Jurisprudência Mineira

Órgão Oficial do Tribunal de Justiça
do Estado de Minas Gerais

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

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

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

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

Jurisprudência Mineira	Belo Horizonte	a. 63	v. 203	p. 1-369	out./dez. 2012

Escola Judicial Des. Edésio Fernandes

Superintendente
Des. José Antonino Baía Borges

Superintendente Adjunto
Des. José Geraldo Saldanha da Fonseca

Coordenador do Centro de Estudos Jurídicos Juiz Ronaldo Cunha Campos
Des. Tiago Pinto

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

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)
Lúcia Maria de Oliveira Mudrik - Coordenadora

Adriana Lucia Mendonça Doehler
Alexandre Silva Habib
Cecília Maria Alves Costa
Eliana Whately Moreira
Gilson Geraldo Soares de Oliveira
José Dalmy Silva Gama
Karina Carvalho de Rezende
Leda Jussara Barbosa Andrade
Lúcia de Fátima Capanema
Maria Célia da Silveira
Maria da Consolação Santos
Maria Helena Duarte
Maurício Tobias de Lacerda
Tadeu Rodrigo Ribeiro
Vera Lúcia Camilo Guimarães

Escola Judicial Desembargador Edésio Fernandes
Rua Guajajaras, 40 - 22º andar - Centro - Ed. Mirafiori - Telefone: (31) 3247-8766
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: Carlos Eduardo Miranda de Jesus - ASCOM/CECOV
Normalização Bibliográfica: EJEF/GEDOC/COBIB
Tiragem: 400 unidades
Distribuída em todo o território nacional

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

O conteúdo dos artigos doutrinários publicados nesta Revista, as afirmações e os conceitos emitidos são de única e exclusiva responsabilidade de seus autores.
Qualquer parte desta publicação pode ser reproduzida, desde que citada a fonte.

JURISPRUDÊNCIA MINEIRA, Ano 1 n° 1 1950-2012
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 JOAQUIM HERCULANO RODRIGUES

Primeiro Vice-Presidente
Desembargador JOSÉ TARCÍZIO DE ALMEIDA MELO

Segundo Vice-Presidente
Desembargador JOSÉ ANTONINO BAÍA BORGES

Terceiro Vice-Presidente
Desembargador MANUEL BRAVO SARAMAGO

Corregedor-Geral de Justiça
Desembargador LUIZ AUDEBERT DELAGE FILHO

Tribunal Pleno
Desembargadores
(por ordem de antiguidade, em 14.12.2012)

Joaquim Herculano Rodrigues
José Tarcízio de Almeida Melo
José Antonino Baía Borges
Kildare Gonçalves Carvalho
Márcia Maria Milanez
José Altivo Brandão Teixeira
Antônio Marcos Alvim Soares
Eduardo Guimarães Andrade
Antônio Carlos Cruvinel
Silas Rodrigues Vieira
Wander Paulo Marotta Moreira
Geraldo Augusto de Almeida
Caetano Levi Lopes
Luiz Audebert Delage Filho
Manuel Bravo Saramago
Belizário Antônio de Lacerda
José Edgard Penna Amorim Pereira
José Carlos Moreira Diniz
Paulo Cézar Dias
Vanessa Verdolim Hudson Andrade
Edilson Olímpio Fernandes
Geraldo José Duarte de Paula
Maria Beatriz Madureira Pinheiro Costa Caires
Armando Freire
Delmival de Almeida Campos
Alvimar de Ávila
Dárcio Lopardi Mendes
Valdez Leite Machado
Alexandre Victor de Carvalho
Teresa Cristina da Cunha Peixoto
Eduardo Mariné da Cunha
Alberto Vilas Boas Vieira de Sousa
José Affonso da Costa Côrtes
Antônio Armando dos Anjos
José Geraldo Saldanha da Fonseca
Geraldo Domingos Coelho
Guilherme Luciano Baeta Nunes
Paulo Roberto Pereira da Silva
Eduardo Brum Vieira Chaves
Maria das Graças Silva Albergaria dos Santos Costa
Elias Camilo Sobrinho
Pedro Bernardes de Oliveira
Antônio Sérvulo dos Santos

Francisco **Batista de Abreu**
Heloísa Helena de Ruiz **Combat**
Sebastião Pereira de Souza
Selma Maria **Marques** de Souza
José Flávio de Almeida
Evangelina Castilho Duarte
Otávio de Abreu Portes
Nilo Nívio **Lacerda**
Luciano Pinto
Márcia De Paoli Balbino
Antônio de Pádua Oliveira
Fernando Caldeira Brant
Hilda Maria Pôrto de Paula Teixeira da Costa
José de Anchieta da **Mota e Silva**
José **Afrânio Vilela**
Elpídio Donizetti Nunes
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**
Tibúrcio Marques Rodrigues
Tiago Pinto
Antônio Carlos de Oliveira **Bispo**
Luiz Carlos Gomes da Mata
Júlio Cezar Guttierrez Vieira Baptista
Doorgal Gustavo Borges de **Andrada**
José Marcos Rodrigues Vieira
Gutemberg da Mota e Silva
Herbert José Almeida Carneiro
Arnaldo Maciel Pinto
Sandra Alves de Santana e **Fonseca**
Alberto Deodato Maia Barreto **Neto**
Eduardo Machado Costa
André **Leite Praça**
Flávio Batista Leite
Nelson Missias de Morais
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 **Paiva**
Agostinho Gomes de Azevedo
Vítor 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 Luíza de Marilac Alvarenga Araújo
Walter Luiz de Melo
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**
Alyrio Ramos
Luiz Carlos de Azevedo **Corrêa Junior**
Rogério Alves **Coutinho**
Alexandre Quintino **Santiago**

Composição de Câmaras e Grupos (em 14.12.2012) - Dias de Sessão

Primeira Câmara Cível Terças-feiras	Segunda Câmara Cível Terças-feiras	Primeiro Grupo de Câmaras Cíveis
Desembargadores	Desembargadores	1ª quarta-feira do mês (Primeira e Segunda Câmaras, sob a Presidência do Des. Brandão Teixeira)
Eduardo Guimarães **Andrade***	José Altivo **Brandão Teixeira***	- Horário: 13 horas -
Geraldo Augusto de Almeida	**Caetano Levi Lopes**	
Vanessa Verdolim Hudson Andrade	**Hilda Maria Pôrto de Paula Teixeira da Costa**	
Armando Freire	José **Afrânio Vilela**	
Alberto Vilas Boas	**Raimundo Messias Júnior**	

** Presidente da Câmara*

Terceira Câmara Cível Quintas-feiras	Quarta Câmara Cível Quintas-feiras	Segundo Grupo de Câmaras Cíveis
Desembargadores	Desembargadores	1ª quarta-feira do mês (Terceira e Quarta Câmaras, sob a Presidência do Des. Kildare Carvalho)
Kildare Gonçalves **Carvalho***	Antônio Marcos **Alvim Soares**	- Horário: 13 horas -
Maria das Graças Silva **Albergaria**	José Carlos **Moreira Diniz**	
dos Santos **Costa**	**Dárcio Lopardi Mendes***	
Elias Camilo Sobrinho	**Heloísa** Helena de Ruiz **Combat**	
Judimar Martins **Biber** Sampaio	**Ana Paula** Nannetti **Caixeta**	
Jair José **Varão** Pinto Júnior		

** Presidente da Câmara*

Quinta Câmara Cível Quintas-feiras	Sexta Câmara Cível Terças-feiras	Terceiro Grupo de Câmaras Cíveis
Desembargadores	Desembargadores	3ª quarta-feira do mês (Quinta e Sexta Câmaras, sob a Presidência do Des.Edilson Fernandes)
Fernando Caldeira Brant	**Edilson** Olímpio **Fernandes**	- Horário: 13 horas -
Carlos Augusto de **Barros Levenhagen***	**Antônio Sérvulo** dos Santos*	
Saulo **Versiani Penna**	**Selma** Maria **Marques** de Souza	
Áurea Maria **Brasil** Santos Perez	**Sandra** Alves de Santana e **Fonseca**	
(...)	Luiz Carlos de Azevedo **Corrêa Junior**	

** Presidente da Câmara*

Sétima Câmara Cível Quintas-feiras	Oitava Câmara Cível Terças-feiras	Quarto Grupo de Câmaras Cíveis
Desembargadores	Desembargadores	3ª quarta-feira do mês (Sétima e Oitava Câmaras, sob a Presidência do Des. Wander Marotta)
Wander Paulo **Marotta** Moreira	José **Edgard Penna Amorim** Pereira*	- Horário: 13 horas -
Belizário Antônio **de Lacerda***	**Teresa Cristina da Cunha Peixoto**	
Vítor Inácio **Peixoto** Parreiras **Henriques**	**Elpídio Donizetti** Nunes	
Osvaldo **Oliveira** Araújo **Firmo**	Pedro Carlos **Bitencourt Marcondes**	
José **Washington Ferreira** da Silva	**Alyrio Ramos**	

** Presidente da Câmara*

Nona Câmara Cível Terças-feiras	Décima Câmara Cível Terças-feiras	Quinto Grupo de Câmaras Cíveis
Desembargadores	Desembargadores	2ª terça-feira do mês (Nona e Décima Câmaras, sob a Presidência do Des. Pereira da Silva) - Horário: 13 horas -
Pedro Bernardes de Oliveira*	**Paulo Roberto Pereira da Silva**	
Luiz Artur Rocha **Hilário**	**Álvares Cabral da Silva**	
Márcio Idalmo Santos Miranda	**Gutemberg da Mota e Silva**	
Moacyr Lobato de Campos Filho	José do Carmos **Veiga de Oliveira***	
André Luiz **Amorim Siqueira**	**Mariangela Meyer** Pires Faleiro	

** Presidente da Câmara*

Décima Primeira Câmara Cível Quartas-feiras	Décima Segunda Câmara Cível Quartas-feiras	Sexto Grupo de Câmaras Cíveis
Desembargadores	Desembargadores	3ª quarta-feira do mês (Décima Primeira e Décima Segunda Câmaras, sob a Presidência do Des. Alvimar de Ávila) - Horário: 13 horas -
Marcelo Guimarães **Rodrigues**	**Alvimar de Ávila**	
Marcos Lincoln dos Santos	José Geraldo **Saldanha da Fonseca**	
Wanderley Salgado **Paiva***	Geraldo **Domingos Coelho**	
Rogério Alves **Coutinho**	**José Flávio de Almeida***	
Alexandre Quintino **Santiago**	**Nilo** Nívio **Lacerda**	

** Presidente da Câmara*

Décima Terceira Câmara Cível Quintas-feiras	Décima Quarta Câmara Cível Quintas-feiras	Sétimo Grupo de Câmaras Cíveis
Desembargadores	Desembargadores	2ª quinta-feira do mês (Décima Terceira e Décima Quarta Câmaras, sob a Presidência do Des. Valdez Leite Machado) - Horário: 13 horas -
Cláudia Regina Guedes **Maia***	**Valdez Leite Machado***	
Alberto Henrique Costa de Oliveira	**Evangelina Castilho Duarte**	
Luiz Carlos Gomes da Mata	**Antônio de Pádua** Oliveira	
José de Carvalho Barbosa	**Rogério Medeiros** Garcia de Lima	
Newton Teixeira Carvalho	**Estevão Lucchesi** de Carvalho	

** Presidente da Câmara*

Décima Quinta Câmara Cível Quintas-feiras	Décima Sexta Câmara Cível Quartas-feiras	Oitavo Grupo de Câmaras Cíveis
Desembargadores	Desembargadores	3ª quinta-feira do mês (Décima Quinta e Décima Sexta Câmaras, sob a Presidência do Des. José Affonso da Costa Côrtes) - Horário: 13 horas -
José Affonso da Costa Côrtes*	**Francisco Batista de Abreu***	
Maurílio Gabriel Diniz	**Sebastião Pereira de Souza**	
Tibúrcio Marques Rodrigues	**Otávio de Abreu Portes**	
Tiago Pinto	**Wagner Wilson Ferreira**	
Antônio Carlos de Oliveira **Bispo**	**José Marcos Rodrigues Vieira**	

** Presidente da Câmara*

Décima Sétima Câmara Cível Quintas-feiras	Décima Oitava Câmara Cível Terças-feiras
Desembargadores	Desembargadores
Eduardo Mariné da Cunha*	**Guilherme Luciano Baeta Nunes**
Luciano Pinto	José de Anchieta da **Mota e Silva***
Márcia De Paoli Balbino	**Arnaldo Maciel** Pinto
André **Leite Praça**	**João Cancio** de Mello Junior
Evandro Lopes da Costa Teixeira	Jayme Silvestre **Corrêa Camargo**

Nono Grupo de Câmaras Cíveis

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

- Horário: 13 horas -

** Presidente da Câmara*

Primeira Câmara Criminal Terças-feiras	Segunda Câmara Criminal Quintas-feiras	Terceira Câmara Criminal Terças-feiras
Desembargadores	Desembargadores	Desembargadores
Silas Rodrigues Vieira	Maria **Beatriz** Madureira **Pinheiro** Costa	**Antônio Carlos Cruvinel***
Alberto Deodato Maia Barreto **Neto***	**Caires***	**Paulo Cézar Dias**
Flávio Batista Leite	**Renato Martins Jacob**	**Antônio Armando dos Anjos**
Walter Luiz de Melo	**Nelson Missias de Morais**	Eduardo César **Fortuna Grion**
(...)	**Matheus Chaves Jardim**	**Maria Luíza de Marilac** Alvarenga Araújo
	José Mauro **Catta Preta** Leal	

** Presidente da Câmara*

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

Quarta Câmara Criminal Quartas-feiras	Quinta Câmara Criminal Terças-feiras
Desembargadores	Desembargadores
Demival de Almeida Campos*	**Alexandre Victor de Carvalho***
Eduardo Brum Vieira Chaves	**Pedro Coelho Vergara**
Júlio Cezar Guttierrez Vieira Baptista	**Adilson Lamounier**
Doorgal Gustavo Borges de **Andrada**	**Eduardo Machado** Costa
Herbert José Almeida Carneiro	**Júlio César Lorens**

Segundo Grupo de Câmaras Criminais

1ª terça-feira do mês (Quarta e Quinta Câmaras, sob a Presidência do Des. Delmival de Almeida Campos)

- Horário: 13 horas -

** Presidente da Câmara*

Sexta Câmara Criminal Quartas-feiras	Sétima Câmara Criminal Quintas-feiras
Desembargadores	Desembargadores
Márcia Milanez*	Geraldo José **Duarte de Paula***
Rubens Gabriel Soares	**Marcílio Eustáquio Santos**
José Osvaldo Corrêa **Furtado de Mendonça**	**Cássio** Souza **Salomé**
Jaubert Carneiro Jaques	**Agostinho Gomes de Azevedo**
Denise Pinho da Costa Val	(...)

Terceiro Grupo de Câmaras Criminais

1ª terça-feira do mês (Primeira e Sétima Câmaras, sob a Presidência do Des. Silas Vieira)

- Horário: 13 horas -

** Presidente da Câmara*

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

Desembargadores

Joaquim Herculano Rodrigues
Presidente

José Tarcízio de Almeida Melo
Primeiro Vice-Presidente

José Antonino Baía Borges
Segundo Vice-Presidente

Luiz Audebert Delage Filho
Corregedor-Geral de Justiça

Manuel Bravo Saramago
Terceiro Vice-Presidente

Maria Beatriz Madureira Pinheiro Costa Caires

Delmival de Almeida Campos

Alvimar de Ávila

Valdez Leite Machado

Alexandre Victor Carvalho

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

Desembargadores

Joaquim Herculano Rodrigues
Presidente

José Tarcízio de Almeida Melo
Primeiro Vice-Presidente

José Antonino Baía Borges
Segundo Vice-Presidente

Kildare Gonçalves Carvalho

Márcia Maria Milanez

José Altivo Brandão Teixeira

Antônio Marcos Alvim Soares

Antônio Carlos Cruvinel
Presidente do TRE

Silas Rodrigues Vieira

Wander Paulo Marotta Moreira
Vice-Presidente do TRE

Geraldo Augusto de Almeida

Caetano Levi Lopes

Luiz Audebert Delage Filho
Corregedor-Geral de Justiça

Edilson Olímpio Fernandes

Elias Camilo Sobrinho

Antônio Sérvulo dos Santos

Heloísa Helena de Ruiz Combat

Selma Maria Marques de Souza

José Afrânio Vilela

Wagner Wilson Ferreira

Pedro Carlos Bitencourt Marcondes

Adilson Lamounier

Carlos Augusto de Barros Levenhagen

André Leite Praça

Cássio Souza Salomé

(...)

(...)

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

Comitê Técnico da Escola Judicial Desembargador Edésio Fernandes

Desembargadores

Herbert José Almeida Carneiro

Heloísa Helena de Ruiz Combat

Juiz de Direito

Marco Aurélio Ferenzini

Diretora Executiva de Desenvolvimento de Pessoas

Mônica Alexandra de Mendonça Terra e Almeida Sá

Diretor Executivo de Gestão de Informação Documental

André Borges Ribeiro

Comissão de Divulgação da Jurisprudência

Desembargadores

José Antonino Baía Borges - 2º Vice-Presidente

Armando Freire - 1ª, 2ª e 3ª Cíveis

José Washington Ferreira da Silva - 4ª, 5ª e 6ª Cíveis

Moacyr Lobato de Campos Filho - 7ª, 8ª e 9ª Cíveis

Áurea Maria Brasil Santos Perez - 10ª, 11ª e 12ª Cíveis

Rogério Medeiros Garcia de Lima - 13ª, 14ª e 15ª Cíveis

José de Carvalho Barbosa - 16ª, 17ª e 18ª Cíveis

Maria Beatriz Madureira Pinheiro Costa Caires - 1ª, 2ª e 3ª Criminais

Walter Luiz de Melo - 4ª, 5ª, 6ª e 7ª Criminais

SUMÁRIO

MEMÓRIA DO JUDICIÁRIO MINEIRO

Desembargador Moacir Pimenta Pedroso - Nota biográfica 15

O Barroco e Rococó mineiro: arte, arquitetura, artistas - Nota histórica 17

DOUTRINA

Reflexões sobre o novo Código Florestal - *Evangelina Castilho Duarte* 23

Dignidade da pessoa humana, cuidados paliativos e ortotanásia: a visão de um juiz - *Damião Alexandre Tavares Oliveira* 32

A eficácia horizontal dos direitos fundamentais no plano processual das relações privadas e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal após a Constituição Federal de 1988 - *Rodrigo Martins Faria* 40

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Órgão Especial 49

Jurisprudência Cível 57

Jurisprudência Criminal 247

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA 329

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL 347

ÍNDICE NUMÉRICO 353

ÍNDICE ALFABÉTICO E REMISSIVO 357

Desembargador MOACIR PIMENTA PEDROSO

MEMÓRIA DO JUDICIÁRIO MINEIRO

NOTA BIOGRÁFICA*

Desembargador Moacir Pimenta Pedroso

O Desembargador Moacir Pimenta Pedroso, paranaense de Cambará, nasceu no dia 3 de setembro de 1921. Filho do Prof. Tabajara Pedroso e da Sr.ª Maria Pimenta Pedroso, casou-se com a Sr.ª Vita de Vasconcellos Pedroso, com quem teve seis filhos: Tabajara, Eugênio, Suzana Maria, Vita Maria, Fabíola Maria, Regina Maria e Laura Maria.

Bacharelou-se pela Faculdade de Direito da Universidade de Minas Gerais em 1945.

Exerceu a advocacia e ingressou posteriormente no Ministério Público.

Aprovado em concurso público para a Magistratura, foi nomeado Juiz de Direito da Comarca de Alvinópolis, onde entrou em exercício no dia 15 de março de 1957. Posteriormente, em 15 de novembro de 1959, foi promovido, por merecimento, para o cargo de Juiz de Direito da Comarca de Baependi. Promovido, também por merecimento, para a Comarca de São Sebastião do Paraíso, iniciou suas atividades no dia 28 de dezembro de 1962. Na qualidade de Juiz de Direito, instalou e deu posse à Câmara Municipal de Fortaleza de Minas. Em São Sebastião do Paraíso, atuou até o ano de 1964, quando, removido a pedido para Barbacena, entrou em exercício no dia 21 de novembro. Nessa Comarca, exerceu as funções de Juiz Diretor do Foro e Juiz de Menores.

A partir do dia 10 de dezembro de 1976, elevado para Belo Horizonte, exerceu o cargo de Juiz de Direito na 8ª Vara Criminal. Removido, a pedido, para a 12ª Vara Cível, entrou em exercício no dia 11 de maio de 1977.

Em 12 de março de 1983, foi promovido, por antiguidade, para o cargo de Juiz do extinto Tribunal de Alçada, onde entrou em exercício no dia 23. Em setembro de 1984, coube ao então Juiz Moacir Pimenta Pedroso expedir mandado de segurança legitimando o direito dos índios Krenak de permanecerem em suas terras na região do Vale do Rio Doce.

Aposentou-se em 25 de junho de 1985, no cargo de Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais.

Faleceu no dia 16 de março de 2013. Em sessão da 11ª Câmara Cível realizada no dia 20 de março, o Doutor Aristóteles Atheniense ressaltou ser o saudoso Desembargador, "[...] sempre muito solícito ao longo de todo o exercício da judicatura" e "[...] sempre atendeu aos advogados com muito respeito e, jamais, a sua porta se fechou a qualquer pretensão nossa, desde que justa, desde que razoável [...]".

O Desembargador Marcelo Rodrigues, da 2ª Câmara Cível, que atuou em duas oportunidades distintas em Barbacena, Comarca onde o saudoso Des. Moacir Pimenta Pedroso serviu durante doze anos, assim se expressou: "[...] em ambas as ocasiões, pude avaliar como a figura do Des. Moacir era querida, respeitada e admirada naquela comarca, não apenas pelos operadores do Direito, mas, sobretudo, também, pelos próprios jurisdicionados, sem dúvida alguma fruto da sua personalidade ímpar, de sua dedicação e sua vocação a esse verdadeiro sacerdócio que é o exercício da Magistratura [...]".

Referências

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS. *Lista de Desembargadores. Belo Horizonte*. Disponível em: http://www.tjmg.gov.br/institucional/desembargadores. Acesso em: 17.nov.2010.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS. *Arquivo de Provimento de Comarcas da Magistratura de Minas Gerais*. Sistema de Recursos Humanos da Magistratura. Belo Horizonte.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS. *Acervo da Mejud*. Belo Horizonte.

...

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

NOTA HISTÓRICA

O Barroco e Rococó Mineiro: arte, arquitetura, artistas

> "O Barroco Mineiro nasceu mestiço como seus criadores, filtrando influências de várias partes de Portugal e do Brasil. Muitas vezes seu esplendor se esconde no interior das pequenas igrejas de paredes de taipa, quadradas e brancas, revelando-se com impacto quando se abrem as portas. É o que acontece, por exemplo, na Igreja de Nossa Senhora do Ó, em Sabará, ou na Capela do Padre Faria, em Vila Rica, e em várias outras construções da primeira metade do século XVIII" (Saga: a grande História do Brasil. São Paulo: Abril Cultural, 1981, v. 2, p. 127).

Introdução

Como todo estilo artístico, o Barroco deve ser considerado dentro de seu contexto histórico. Em suas raízes, ele se sintoniza com a maneira íntima e própria de o artista ver, sentir e exprimir uma experiência peculiar da realidade, a qual a arte transvaza e sublima.

O Barroco originou-se na Itália, mas não tardou a irradiar-se por outros países da Europa, alcançando a América Latina até o fim do século XVIII. Em suas origens, o Barroco esteve associado a uma pérola disforme e irregular, evidenciando a ideia de exagero, de contraste forte que utiliza, como nunca visto antes, o potencial dramático da luz e da falta de lógica em relação ao estilo clássico do Renascimento. Caracteriza-se por um estilo rebuscado, repleto de metáforas e antíteses. Seu atributo marcante é, portanto, o contraste.

A história europeia do século XVII até o século XVIII foi marcada pela luta entre reformistas e contrarreformistas e, ainda, pela expansão mercantilista proveniente das grandes navegações. O Barroco foi uma das armas de reação dos países católicos ao crescimento do protestantismo, que colocava em risco a hegemonia da Igreja romana. O novo estilo atuou como instrumento de afirmação do poder eclesiástico temporal, tendo um efeito de impacto sobre a sociedade, que se debatia entre os velhos valores da tradição católica e os valores emergentes, com noções de filosofia do Renascimento. O Barroco reflete a tentativa de conciliar forças antagônicas: o bem e o mal, o espírito e a matéria, o céu e a terra, a pureza e o pecado, a razão e a fé. Seu objetivo era propagar a religião por meio de uma arte de impacto, sinuosa, enfeitada ao extremo.

Barroco Mineiro

Com a ocupação do território brasileiro, houve também a instalação das ordens religiosas e o surgimento das vilas e cidades litorâneas. Os primeiros templos seguiam diretamente o modelo cultural europeu. Neles utilizavam-se modelos arquitetônicos e peças construtivas e decorativas trazidas diretamente de Portugal. No entanto, não configura, absolutamente, falta de originalidade nas expressões artísticas dessa nova sociedade.

Os Estados da Bahia, Pernambuco, Rio de Janeiro, São Paulo e Rio Grande do Sul receberam a influência do barroco, mas foi em Minas que o estilo teve seu apogeu.

A descoberta de ouro e diamante em Minas Gerais, em fins do século XVII e início do XVIII, provocou uma corrente migratória sem precedentes na história da colonização brasileira, deslocando, para o interior, a atenção dos colonizadores portugueses, até então concentrada no litoral.

A fim de fiscalizar a saída do ouro e controlar as populações locais, a Coroa proibiu a entrada de ordens religiosas no território mineiro, o que gerou uma cultura sem grandes raízes às tradições religiosas. Sendo assim, a arquitetura barroca em Minas Gerais adotou uma estética peculiar, uma vez que não havia os conventos e colégios das grandes ordens religiosas. Além disso, a distância do litoral e as dificuldades de importação de materiais vão dar ao Barroco Mineiro uma expressão particular marcada pelo regionalismo.

Nesse contexto, a sociedade se torna mais flexível, menos rígida com os artistas mulatos e caboclos, o que, consequentemente, faz surgir artistas leigos, incluindo mestiços nascidos na própria colônia, mais independentes que seus antecessores. É nesse sentido que o Barroco desenvolvido em Minas Gerais ganhou expressão particular no contexto brasileiro, firmando-se como um estilo diferenciado.

As primeiras aglomerações que se formaram para a exploração do ouro geravam capelas menores, pautadas pela simplicidade das formas arquitetônicas. Todavia, os interiores apresentavam grande riqueza decorativa. Entre essas, o mais sugestivo exemplar é a Capela de Nossa Senhora do Ó, em Sabará. Em contraponto à chanfrada muito simples, o interior deslumbra com o conjunto de talhas, painéis pintados e decorações em "chinesices" a ouro sobre fundo de cores quentes, decorrentes da vinda de jesuítas portugueses provenientes de Macau, colônia portuguesa na China.

Em Ouro Preto, encontra-se outra construção com características similares. Trata-se da Capela de Nossa Senhora do Rosário, conhecida popularmente como Capela do Padre Faria, na qual se nota um exterior bastante simples. Porém, seus altares - o altar-mor e dois laterais - encontram-se entalhados e decorados em belíssima policromia dourada.

---

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

A partir das décadas de 1730-40, um novo estilo surge na talha mineira, direcionado ao gosto de D. João V. É a vez dos retábulos estruturados por colunas torsas arrematado por dosséis e com presença sólida de anjos, meninos e elementos escultóricos; revestimento em talha dourada e policromia em azul, vermelho e branco. Nesse grupo, inserem-se as matrizes de Nossa Senhora do Pilar e Nossa Senhora da Conceição de Antônio Dias, ambas em Ouro Preto.

Na segunda metade do setecentos, há uma caracterização da modificação dos retábulos, isto é, o desaparecimento dos dosséis e maior harmonia dos ornatos. Nesse momento, entra em cena Antônio Francisco Lisboa, o Aleijadinho (1738-1814), como arquiteto, entalhador e santeiro, deixando um importante legado de arte rococó.

Os retábulos não tiveram padrão único, diversificando-se às preferências dos artistas e ao gosto das irmandades que encomendavam as obras. Uma característica marcante das igrejas do Rococó Mineiro são as amplas pinturas ilusionistas dos tetos, que, juntamente com o retábulo principal, funcionam como focos prioritários de atenção, atraindo o olhar ao se deslocar no recinto da nave. Destaca-se, nesse período, a Igreja de São Francisco de Assis de Ouro Preto, a qual, além dos trabalhos de Aleijadinho, possui trabalhos de pintura e douramentos de Manuel da Costa Ataíde - Mestre Ataíde (1762-1837).

Os templos mineiros estão povoados por imagens sacras de Barroco-Rococó, ora vindas diretamente de Portugal, ora executadas na colônia por santeiros anônimos ou por mestres identificados como Aleijadinho, Francisco Xavier de Brito, entre outros.

As escolas de pintura mineira, quase sempre compostas por pintores mulatos, criaram mais de cem abóbadas de foros policromados, que vão da perspectiva barroca ao rococó, contando com nomes como Manoel da Costa Ataíde, João Nepomuceno Correia e Castro, entre outros.

Acervo arquitetônico religioso

Minas Gerais possui um acervo amplo e emblemático de monumentos surpreendentemente conservados em seus aspectos originais, juntamente com o conjunto urbano no qual se insere. Destaca-se, ainda, pela excentricidade de suas expressões estilísticas e por salvaguardar a representação de vários ciclos da história. No Brasil, a arquitetura religiosa foi o maior expoente da arte barroca.

As igrejas eram maravilhosamente decoradas com entalhes em madeira cobertos de ouro, teto pintado com cenas bíblicas, esculturas, altares com anjos, colunas, flores e muitos outros elementos decorativos. É na construção de capelas com fachadas singelas, das maravilhosas igrejas, que o Barroco e o Rococó marcaram definitivamente presença em Minas Gerais.

1 - Igreja Nossa Senhora do Ó (Sabará)

Os devotos de Nossa Senhora da Expectação do Parto obtiveram do Senado da Câmara de Sabará a doação de um terreno, mediante o despacho confirmado em 1º de janeiro de 1718. Porém, em 1717, já havia sido iniciada a construção da capela. Em 1719, o capitão-mor Lucas Ribeiro de Almeida tomou a iniciativa da construção definitiva do corpo da igreja, firmando contrato com o ajudante Manuel da Mota Torres, que estipulava o prazo de entrega para o mesmo ano. Diante da falta de documentação, nada se sabe de concreto sobre a participação de outros profissionais nas obras de construção e ornamentação da igreja.

Por meio de estudos comparativos, feitos a partir das especificações constantes no contrato e a atual feição arquitetônica da capela, conclui-se que o programa construtivo original foi bastante alterado. Além de algumas reformas entre 1890 e 1901, outras modificações significativas foram também realizadas por volta de 1929. São elas: redução da frente da dependência lateral, recomposição de paredes a tijolos e recobrimento de algumas pinturas.

A Capela Nossa Senhora do Ó apresenta planta em duas secções, correspondentes à nave e à capela-mor. Internamente, a nave é composta por piso em campas e paredes revestidas de painéis emoldurados e teto em caixotões, também com moldura. A capela-mor possui paredes com revestimentos em painéis. Traços chineses são encontrados nessa capela nos painéis vermelhos com desenhos em ouro, ao lado de cada cruzeiro, e na talha dourada dos painéis octogonais de fundo azul. O único altar existente é o altar-mor, em talha dourada, bem ao estilo "nacional português". As paredes laterais possuem estrutura em madeira e adobe prolongando-se, à direita, sobre os cômodos da sacristia e dependência de acesso ao púlpito e coro. A fachada é chanfrada, em três planos, apresentando três janelas rasgadas, com guarda-corpo de balaústre, dispostas em planos distintos e torre central com sineira vazada em três vãos. A unidade decorativa do seu interior advém, principalmente, da harmonia confe-

[1] Designação estilística atribuída pelo historiador norte-americano Robert Smith (1912-1975), insere-se num período marcado pela restauração da monarquia em 1640 e consequente abandono da subjugação e normas impostas pelos reis de Espanha. Segundo Robert Smith, a revolução efetuou-se pela ação de dois elementos indispensáveis - a coluna de fuste em espiral, chamado "salomônico", e o remate de arcos concêntricos, que, combinados, deram ao retábulo português uma nova estrutura, mais escultural do que arquitetônica, dinâmica em vez de estática, emprestando-lhe sentido de movimento e efeito de unidade e juntos com folhas de acanto em alto-relevo, esses elementos produziram a primeira manifestação inteiramente barroca da arte portuguesa (Smith, 1962).

rida pelos elementos de policromia: o ouro, o vermelho e o azul.

Sylvio de Vasconcellos cita que a capela é o "próprio ouro das Minas. Por fora, cascalho rude; por dentro, o mais valioso metal. Por fora, posta em modéstias; por dentro, esplendendo em belezas".

2 - Capela Padre Faria (Ouro Preto)

Nos primeiros anos do século XVIII, o Padre João de Faria iniciou a construção de uma capela em honra de Nossa Senhora do Carmo. O primeiro nome que ela recebeu foi, portanto, o da Virgem do Carmo. Por volta de 1740, iniciou-se a total reconstrução da capela, no mesmo local da primitiva edificação, porém em maiores proporções.

Diante das lacunas da documentação, não há como compor uma cronologia de sua construção.

Contudo, sabe-se que a igreja se encontrava em fase final de construção, em 1756, a partir de datas inscritas: uma no sino do campanário ao lado da fachada e outra na cruz monumental em frente da porta principal. O primeiro registro de auxílio para obras data de 1855 e foi concedido pela Assembleia Legislativa Provincial de Minas Gerais. No que diz respeito ao forro da nave, sabe-se que, em época anterior, o teto original de madeira foi substituído por outro. A atual pintura do forro da nave data de 1930.

Sua planta é composta por nave, capela-mor, sacristia lateral e torre sineira isolada. A nave forma o corpo principal e constitui a parte mais alta do conjunto. A fachada é lisa e simples, composta por uma larga porta centralizada e duas janelas laterais rasgadas, com simples balaustradas. Localizada no adro, encontra-se a monumental cruz de três braços, exemplar único em Minas Gerais. Apresenta, em seu interior, magníficos altares e retábulos inteiramente dourados no estilo D. João V. Na pintura do forro, está representada a coroação da Virgem pelos anjos; nos quatro painéis laterais, cenas da vida de Maria.

3 - Igreja Matriz de Nossa Senhora do Pilar (Ouro Preto)

Iniciada entre 1728 e 1730, a construção da atual Matriz do Pilar veio substituir o mais antigo templo da Vila dedicado à Virgem do Pilar, nos primeiros anos do século XVIII. A construção da nova igreja iniciou-se pela nave, o que gerou a transferência provisória do Santíssimo Sacramento e imagens para a Capela do Rosário dos Pretos. Sua construção realizou-se em tempo admirável, já estando praticamente concluída em 1733, ano do "Triunfo Eucarístico", procissão solene que assinala a volta do Santíssimo Sacramento e imagens para a Matriz do Pilar. A Matriz, como hoje a vemos, foi realizada em várias etapas. A decoração arquitetônica da nave foi realizada entre 1735 e 1737, agregando seis altares laterais em talha dourada. Em 1751, foi concluído o arco-cruzeiro. Entre 1741 e 1754, período conturbado pela falência do principal arrematante, Antônio Francisco Pombal, e morte do entalhador Francisco Xavier de Brito, a capela-mor foi reconstruída em maiores proporções em talha dourada; entretanto, somente vinte anos mais tarde, foi definitivamente concluída a sua decoração. Já em 1781, foi necessário reparar uma das torres, a qual ameaçava desabar em virtude da fragilidade da taipa. Em 1818, uma parede inteira do edifício corria o risco de desabamento. Dessa forma, era inevitável a obra de reedificação do templo. Em 1848, foram concluídas a fachada e a torre do lado do Evangelho, conferindo à Matriz do Pilar sua configuração atual. Entre 1952-65, houve obras de restauração realizadas pelo Iphan para recuperação do antigo douramento e pintura dos altares laterais e púlpitos, da nave e da capela-mor.

A Igreja Matriz de Nossa Senhora do Pilar apresenta estrutura arquitetônica caracterizada pela justaposição de duas formas quadrangulares: a primeira, correspondente à nave ou corpo da igreja; a segunda, à capela-mor e sacristia. A fachada atual foi construída em meados do século XIX, substituindo a do século XVIII. Quanto à ornamentação, em número de seis, sabe-se que os altares dedicados a Santo Antônio e Nossa Senhora das Dores são anteriores aos demais, tendo pertencido talvez à igreja primitiva. Os quatro altares restantes apresentam características do estilo joanino - são profusamente dourados e excessivamente ornados. A ornamentação se complementa com magníficos painéis de talha e painéis de pintura a óleo nas paredes da capela-mor. O forro da nave é composto por quinze painéis.

Na cripta da matriz, encontra-se o Museu de Arte Sacra de Ouro Preto, inaugurado em 2000, o qual exibe imagens santas, resplendores, banquetas, documentos e até vestimentas dos moradores da época.

4 - Igreja Matriz de Nossa Senhora da Conceição de Antônio Dias (Ouro Preto)

O bandeirante Antônio Dias foi o construtor da primitiva capela de taipa, dedicada a Nossa Senhora da Conceição, por volta de 1699. Em 1705, a capela foi ampliada, uma vez que havia sido instituída como matriz. A construção da atual Matriz de Antônio Dias iniciou-se com o projeto de Manoel Francisco Lisboa em 1727. Tal construção foi necessária, tendo em vista que o arraial passou a fazer parte da recém-criada Vila Rica - atual Ouro Preto -, gerando um aumento da população local, o que exigiu a construção de um novo templo. Acredita-se que os trabalhos de construção foram iniciados um ou dois anos antes do que os da Matriz do Pilar e tiveram um ritmo bem mais lento. Manoel Francisco Lisboa, além de traçar o projeto, foi o arrematante das obras; seu nome figura em pagamentos feitos por diversos trabalhos até 1742. As obras se estenderam até 1756, ano em que foi iniciada a talha da capela-mor, concluída por volta

de 1770. As obras de pintura e douramento da talha se deram depois de 1770 e foram concluídas em 1772. Desde 1852, os Relatórios dos Presidentes da Província referem-se a constantes verbas concedidas para obras de reparo na Matriz de Nossa Senhora da Conceição. O adro em frente à igreja foi construído entre 1860 e 1863.

A planta apresenta uma justaposição de dois blocos quadrangulares: o primeiro, correspondente à nave, e, o segundo à capela-mor e à sacristia. A portada é simples, com cimalha e duas pontas de volutas. Centralizado entre elas, encontra-se um brasão imperial. De cada lado, duas janelas laterais rasgadas no nível do coro. Na fachada, nota-se ainda o detalhe do óculo, localizado em cima do brasão. Há duas torres sineiras em cada lado da fachada. Possui oito altares laterais separados por pilastras encimadas por capitéis jônicos. O coro é suportado por colunas duplas e grande arco. A talha da capela-mor é constituída pela simplificação geral do programa decorativo, apresentando o dossel e colunas torsas do período D. João V. Introduz-se, nas paredes laterais da capela-mor, decoração rocalha.

Na antiga sacristia, consistório e porão da matriz, encontra-se o Museu Aleijadinho, o qual abriga o túmulo de Antônio Francisco Lisboa, o Aleijadinho.

5 - Igreja de São Francisco de Assis (Ouro Preto)

A iniciativa da edificação da capela de São Francisco deve-se à Ordem Terceira da Penitência de São Francisco de Assis, quando, em 1771, obtiveram a licença régia necessária. Contudo, em 1765, já haviam sido iniciadas as obras de construção.

O trabalho iniciou-se pela capela-mor, a qual estaria praticamente concluída em 1771. Entre 1772 e 1774, construiu-se a abóbada e ainda foi realizada sua ornamentação em talha e taipa, sob os cuidados de Aleijadinho. O retábulo do altar-mor, em função do qual foi organizada toda a decoração da capela, só seria executado entre 1790 e 1794.

Em 1794, concluiu-se a obra de alvenaria. Entretanto, quase toda a parte de pintura e douramento ainda estavam inacabados. Coube a Manoel da Costa Athaíde a pintura e o douramento da capela-mor, do forro da nave e dos painéis a óleo. O cemitério da ordem foi construído entre 1831 e 1838, por Manuel Fernandes da Costa e José Ribeiro de Carvalho.

Durante o século XX, a edificação passou por consecutivas obras, inicialmente sob a responsabilidade da antiga Inspetoria de Monumentos Nacionais e, em seguida, pelo Iphan. Foi erguido um cemitério anexo à capela-mor em 1935, posteriormente reconstruído em 1946/47 pelo Iphan.

A peculiaridade da planta manifesta-se na extinção dos corredores da nave e maior junção dos corredores da capela-mor ao conjunto, como também na posição das torres, que se fecham para trás no corpo da igreja, projetando a fachada - que concentra o efeito ornamental na portada e no medalhão superior. E, ainda, há inovação nas formas circulares das torres, até então sem precedentes. Outra novidade de Aleijadinho seria a função puramente ornamental do óculo, o qual passa a ser vedado. Na nave, contornada por cornija de pedra, os seis altares laterais funcionam como complemento da decoração das paredes laterais. A decoração da capela-mor se concretiza de forma perfeita com a introdução de figuras em relevo na ornamentação do forro.

De autoria de Manoel da Costa Ataíde, merece destaque a pintura do forro em abóbada, onde o artista empregou duas técnicas: a têmpera, para os elementos de arquitetura ilusionista, e o oleio, para o medalhão central. Atribui-se também ao artista a série de painéis a óleo que decora a nave e paredes da capela-mor, assim como as barras de pintura simulando azulejos, com episódios alusivos à vida de Abraão, no registro inferior das paredes da capela-mor.

Mestres do Barroco Mineiro

Muitos foram os artistas que contribuíram para o engrandecimento do Barroco no Brasil. Quando o estilo já estava concatenado ao contexto nacional, apareceram, justamente em Minas Gerais, duas figuras célebres que o levaram ao auge e que iluminaram também o seu fim como corrente estética dominante: Aleijadinho, na arquitetura e na escultura, e, na pintura, Mestre Ataíde.

1 - Antônio Francisco da Costa Lisboa - Aleijadinho

Nasceu em Vila Rica - atual Ouro Preto -, provavelmente no dia 29 de agosto de 1730, uma vez que não há registro oficial quanto à data de seu nascimento. Era filho de Manoel Francisco Lisboa e de uma escrava que se chamava Isabel, embora nenhum documento o comprove. Iniciou sua vida artística ainda na infância, observando o trabalho de seu pai, que também era entalhador.

Por volta de 40 anos de idade, Antônio Francisco Lisboa começou a desenvolver uma doença degenerativa nas articulações que o deixou gravemente deformado. Aos poucos, Aleijadinho foi perdendo o vigor físico, o movimento dos pés e das mãos. Mesmo com todas as limitações, continuou trabalhando na construção de igrejas e altares nas cidades mineiras.

A doença dividiu notavelmente em duas fases a obra de Aleijadinho. Na fase sã, suas obras são caracterizadas pelo equilíbrio, harmonia e serenidade. Na fase do enfermo, surge um sentimento mais gótico e expressionista.

Morreu no ano de 1814 - ano provável. Seu corpo foi sepultado na Matriz de Antônio Dias, e o conjunto

de sua obra foi reconhecido como importante somente muitos anos depois.

Escultura - é marcada por um intenso dramatismo, exuberância das formas, expressões teatrais e luz. Caracteriza-se pela primazia de grande atividade, destacando-se as linhas curvas e os drapeados das vestes, além dos gestos e rostos dos personagens, que revelam emoções violentas, contrariando a ideia anterior do Renascimento, ou seja, sobriedade e racionalidade.

2 - Manoel da Costa Ataíde - Mestre Ataíde

Nasceu no dia 18 de outubro de 1762, em Mariana - MG. Era filho do capitão Luís da Costa Ataíde e de Maria Barbosa de Abreu, provavelmente ambos de naturalidade portuguesa. Não se sabe definir exatamente em qual momento o mestre iniciou suas atividades de pintura. Sabe-se que seu primeiro trabalho conhecido é a encarnação de duas imagens de Cristo para o Santuário de Senhor Bom Jesus de Matozinhos, em Congonhas do Campo - MG, no ano de 1781.

Dominou várias especialidades, que desenvolveu com destreza. Tornou-se, além de pintor, dourador, desenhista e ilustrador, acabando por se tornar, ainda, professor. Embora fosse um professor realmente competente, o artista lutou inutilmente, em 1818, para conquistar a licença oficial que lhe permitiria instituir uma escola de arte em sua terra natal.

Morreu no dia 2 de fevereiro de 1830, em Mariana.

Sua pintura caracteriza-se por ser inquietante e altamente espiritualizada. Marcada por um contraste de claro-escuro, intensificando a sensação de profundidade e dotada de técnicas como figuras desproporcionais ante a perspectiva. Enfatiza a composição assimétrica, em diagonal, que se revela num estilo grandioso, monumental, retorcido, substituindo a unidade geométrica e o equilíbrio da arte renascentista.

Simbolismo das cores na arte barroca

As cores têm um papel fundamental na iconografia; sua função não fica apenas no âmbito estilístico, mas deve levar um simbolismo atrelado à imagem a qual retrata.

Ataíde faz viverem cores e imagens. As cores com que são pintados os altares, as figuras e imagens representam uma importância fundamental para a compreensão dos símbolos e para que se possa entender o tema da composição. Dessa forma, podemos assinalar o significado que trazem consigo as duas cores mais utilizadas por Ataíde: o vermelho e o azul.

O vermelho é, na iconografia barroca, o amor, a caridade, a adoração a Deus, temor, proteção e êxtase diante do infinito desconhecido. É, ainda, martírio, sofrimento, realeza, poder absoluto.

Outros sentidos são atribuídos ao simbolismo das cores, como observa H. Pereira da Silva: "O vermelho vivo, berrante, indica, com segurança, extroversão sexual, embora sublimado pelos motivos sacros. Aquele vermelho não está lá só para contrastar com a sutileza do azul [...]. Ele fornece-nos, simbolicamente, os elementos manifestantes da sexualidade irreprimida, tal o azul, os sentimentos opostos aninhados na alma do decorador".

O azul simboliza a obscuridade, o sobrenatural, o desconhecido e, também, o êxtase diante de uma vida extraterrena. Com a ilusão de infinito, o azul induz ao sonho, aguça a curiosidade e atrai para a fé.

Simbolismo do ouro

O amarelo, o ouro e o sol simbolizam a união da alma de Deus, a luz revelada aos profanos, sendo o amarelo, o ouro e o sol, os três graus dessa revelação. Mesmo sendo o ouro um metal, consolida-se na prática da iconografia. Se as cores se expressam como a luz refletida, traria o simbolismo de ser a própria luz; pura e genuína.

Referências

ARANTES, Adalgisa (Org.). *Manoel da Costa Ataíde*: aspectos históricos, estilísticos, iconográficos e técnicos. Belo Horizonte: C/Arte, 2005.

ÁVILA, Affonso. *O lúdico e as projeções do mundo barroco*. 2. ed. São Paulo: Perspectiva, 1980.

BOSCHI, C. Caio. *O Barroco Mineiro:* artes e trabalho. São Paulo: Brasiliense, 1988.

DRUMMOND, Roberto. Cidade histórica de Ouro Preto. In: UNESCO. *Patrimônio mundial no Brasil*. Brasília: Unesco; Caixa Econômica Federal, 2000.

OLIVEIRA, Myriam Andrade Ribeiro de. Teoria do Rococó religioso e suas relações com o Barroco. *Cultura Visual*. Revista do Curso de Pós-Graduação da Escoa de Belas Artes da Universidade Federal da Bahia, v.1, n. 3, jan./jul. 2001.

SALIN, Alex. *Arte barroca brasileira*. São Paulo: Editora Décor, 2010.

SILVA, H. Pereira da. *Atahyde*: um gênio esquecido. Rio de Janeiro: Pongetti, 1965.

SMITH, R. (1962). *A talha em Portugal*. Lisboa: Livros Horizonte, 1962.

VASCONCELLOS, Sylvio de. *Arquitetura, dois estudos*. Porto Alegre: Instituto Estadual do Livro, 1960. (Cadernos do Rio Grande).

_____. *Arquitetura no Brasil*: pintura mineira e outros temas. Belo Horizonte: Escola de Arquitetura da UFMG, 1959.

Sites consultados:

http://www.iphan.gov.br/ans.net/tema_consulta.asp?Linha=tc_belas.gif&Cod=1419. Acesso em 22.03.2013.

http://www.ouropreto.com.br/pgnormal/detalhe.php?idpgnormal=32. Acesso em 15.03.2013.

http://www.historiadaarte.com.br/linha/barrocobr.html. Acesso em 12.03.2013.

...

Reflexões sobre o novo Código Florestal

Evangelina Castilho Duarte[*]

Sumário: 1 Introdução. 2 Direito de propriedade e meio ambiente. 3 Novo Código Florestal. 4 Conclusão. 5 Referências.

1 Introdução

Este trabalho tem a finalidade de debater as modificações introduzidas pelo novo Código Florestal no âmbito da proteção ao meio ambiente e sua repercussão sobre o Direito Ambiental.

A comunidade jurídica e, especialmente, os ambientalistas criticam o novo Código Florestal, imputando às suas normas afronta ao meio ambiente e à sua conservação, considerando que há permissão para desmatamento excessivo, sem previsão de recuperação de áreas desmatadas ou degradadas, com introdução de culturas exógenas que seriam prejudiciais ao ecossistema, além de abrandamento na fixação da reserva legal.

Será feita uma comparação do Código Florestal de 1965, Lei 4.771, e da nova Lei 12.727/12, com a Lei de Política do Meio Ambiente, Lei 6.938/81, e a Lei 9.605/98, que trata de crimes ambientais.

Não se pode, ainda, perder de vista os preceitos constitucionais que tratam do direito de propriedade e da proteção ao meio ambiente.

É que, ao se editarem normas que tratam do uso sustentável das florestas, há evidente regulação do direito de propriedade, garantido, como direito fundamental, pela Constituição da República, no art. 5º, XXII, e, também, no inciso XXIII, que dispõe que a propriedade atenderá a sua função social.

Qualquer legislação que trate de direito de propriedade, quer seja para assegurá-lo, quer seja para regulamentá-lo, ou para traçar diretrizes sobre seu exercício, deve observar a garantia constitucional e a sua função social, que constituem limitação externa ao domínio.

O exame da nova legislação conduzirá à conclusão sobre a pertinência e adequação do Código Florestal à Constituição da República e à legislação vigente.

2 Direito de propriedade e meio ambiente

O direito de propriedade é direito fundamental assegurado pela Constituição da República no art. 5º, XXII, sofrendo, porém, limitação, também ditada pela Carta Magna, em seu inciso XXIII, para atender a sua função social.

O direito de propriedade é, ainda, considerado um dos pilares da ordem econômica e social, conforme o art. 170 da CF.

> Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:
> I - soberania nacional;
> II - propriedade privada;
> III - função social da propriedade.

Já se pode concluir que a Constituição da República assegura o exercício do direito da propriedade privada, com fundamento na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, repetindo que se observará a sua função social.

E o que seria função social da propriedade?

A resposta é dada pela própria Constituição da República, em seu art. 186, segundo o qual

> Art. 186. A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos:
> I - aproveitamento racional e adequado;
> II - utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente;
> III - observância das disposições que regulam as relações de trabalho;
> IV - exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

A função social da propriedade levará em consideração, portanto, o aproveitamento racional e adequado da terra, buscando evitar a degradação do meio ambiente, o uso exaustivo da terra e sua insuficiente recuperação.

Levará em consideração, ainda, a utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e a preservação do meio ambiente.

Aqui, cabe tecer comentários sobre os princípios que regem o direito ambiental.

A legislação brasileira adota os princípios da precaução e da prevenção, visto que mais vale prevenir o dano do que repará-lo, haja vista que a reparação, na maioria das vezes, é insuficiente e às vezes impossível.

A prevenção é o melhor meio de gerenciamento e conservação da qualidade do meio ambiente e visa a evitar a ocorrência do dano, assim como a precaução, que está mais ligada à administração das entidades vinculadas à matéria.

---

[*] Desembargadora do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais.

A responsabilidade civil por dano ambiental está construída com base nas teorias do risco, da responsabilidade pelo fato da coisa, do poluidor-pagador e do usuário-pagador.

Quem, com sua atividade, cria um risco deve suportar o prejuízo que sua conduta acarreta, ainda que essa atividade de risco lhe proporcione um benefício. Nesse aspecto, cuida-se do denominado risco-proveito.

O dever de indenizar pode decorrer do risco profissional oriundo de uma atividade laborativa, ou do risco criado. Nesse caso, o agente deve indenizar, tendo em vista que, em razão de sua atividade ou profissão, criou um perigo.

O que importa é a existência de situações sociais relevantes, quando a prova da culpa se torna quase impossível para o lesado.

A teoria do risco, por sua vez, está subdividida em outras três teorias: do risco administrativo, do risco integral e do risco criado.

Na teoria do risco administrativo, a obrigação de reparar o dano independe de qualquer ato culposo, estando vinculado à lesividade e injustiça do dano provocado por ato do agente, sendo suficiente a prova da ocorrência da lesão.

Garante-se, entretanto, o direito de se provar a existência de uma das causas excludentes da responsabilidade, quais sejam força maior, culpa da vítima, dano eventual - incerto, decorrente de caso fortuito - e dano que não é direto.

Pela teoria do risco integral, o empreendedor seria chamado a reparar todo e qualquer dano, ainda que resultante de dolo ou culpa da vítima, sem possibilidade de arguição de causas excludentes.

Na teoria do risco criado, o empreendedor é responsável pelo dano causado ao meio ambiente em decorrência do risco inerente à sua atividade empresarial.

A obrigação de indenizar estará configurada mesmo quando não existir nexo causal, bastando o dano, ainda que por culpa exclusiva da vítima, por fato de terceiro, força maior ou caso fortuito. Basta a existência da atividade empresarial.

Assim, a indústria têxtil, que utiliza água no seu processo produtivo e lança dejetos nos leitos dos rios, em consequência das técnicas adotadas, é responsável pelos danos causados àqueles cursos d'água.

A teoria do risco integral é a versão mais radical da responsabilidade civil, pela qual o empreendedor é responsável pela reparação do meio ambiente, ou indenização aos lesados, independentemente da análise da subjetividade da ação, conforme posicionamento de Sérgio Ferraz, Edis Milaré, Nélson Nery Júnior e Toshio Mukai.

Pela teoria do risco criado, o poluidor é responsável por sua atividade e por consequências danosas dela decorrentes, admitindo-se as excludentes do caso fortuito, força maior e ação de terceiros, como defende Patrick Girod, na França.

A responsabilidade por fato da coisa estabelece que esta surgirá em decorrência do caráter perigoso da atividade, presumindo-se a causalidade entre a atividade e o dano, como nos casos de acidentes.

A responsabilidade do poluidor-pagador foi estipulada na Declaração de Estocolmo, 1972, e consiste em que o dano deve ser ressarcido por aquele que foi beneficiado pela atividade causadora, ou por quem causou a degradação ambiental, na exata proporção de sua contribuição nociva.

Daí evoluiu-se para a teoria do usuário-pagador, segundo a qual aquele que usa os recursos ambientais deve pagar pelo uso, independentemente da apuração de danos.

No Brasil, a doutrina tende a adotar a teroria do risco criado, sendo, ainda, cautelosa a respeito da teoria do usuário-pagador.

A preocupação com o meio ambiente é recente. Só surgiu, nos países de primeiro mundo, depois da degradação de florestas, rios, lagos e mares e após instaladas consequências irreversíveis para a natureza, tais como destruição da camada de ozônio, aquecimento global e destruição de florestas temperadas e tropicais.

O dano ecológico, segundo Roland Drago, sempre existiu, desde a ocupação da Terra pelo homem. Sua agravação é geométrica por influência do perigo criado pelas conquistas científicas, que não foram seguidas por medidas preservacionistas.

Poluição está definida na Lei 6.938/81 como

> degradação da qualidade ambiental resultante de atividades que, direta ou indiretamente, prejudiquem a saúde, a segurança e o bem-estar da população, ou criem condições adversas às atividades sociais e econômicas; ou, ainda, afetem as condições vitais, estéticas ou sanitárias do meio ambiente; ou, finalmente, lancem matérias ou energia em desacordo com os padrões ambientais estabelecidos.

O homem viu-se compelido a preservar o meio ambiente como forma de preservar sua vida e a das gerações futuras.

No Brasil, a preservação do meio ambiente foi estatuída como preceito constitucional no art. 225 da Constituição Federal, segundo o qual

> 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.

A responsabilidade civil por dano ecológico vai além da reparação estrita, "todo prejuízo potencial, que pode advir no futuro, pode e deve ser coibido", conforme o mesmo autor.

Aflora, assim, do preceito constitucional o princípio da prevenção, segundo o qual incumbe ao Poder Público,

como responsável pela autorização de atividades econômicas, fiscalizar essas atividades para evitar a produção de danos ao meio ambiente.

A construção doutrinária, em sua evolução, chegou ao princípio do poluidor-pagador, que, segundo Sílvio Sávio Venosa, implica a repartição dos custos sociais do sistema produtivo e distributivo entre aqueles que assumem o risco da produção, com a finalidade de evitar que o prejuízo ao meio ambiente venha a ocorrer.

Entretanto, a análise decorrente do princípio do poluidor-pagador tem levado ao entendimento de que se torna possível causar danos ao meio ambiente, que serão reparados somente com o pagamento de indenizações.

Trata-se de visão distorcida do princípio que visa proteger o meio ambiente, evitando a poluição e sua degradação. O pagamento é meio punitivo, mas deverá estar acompanhado de medidas de prevenção e precaução que deverão ser adotadas pelo empreendedor, com a fiscalização rigorosa do Estado.

O princípio do poluidor-pagador deve ser aplicado em conjunto com os princípios da precaução e da prevenção, para que o pagamento pelo dano não se transforme em permissão para sua realização.

No que se refere à proteção do meio ambiente, deve-se ter em mente uma ética de sobrevivência internacional, porquanto o dano ecológico produzido em qualquer canto do mundo irá repercutir de forma prejudicial nos demais, desencadeando reações que, muitas vezes, podem ter consequências imprevisíveis e incalculáveis, como, por exemplo, no caso do desmatamento da Amazônia.

Daí por que a teoria da reparação do dano ambiental deve ser estatuída sobre a responsabilidade objetiva, independentemente de se perquirir sobre a existência de culpa ou de descumprimento de contrato ou norma jurídica.

Basta que o dano decorra da atividade humana para que o agente seja responsabilizado.

Impossível, portanto, a arguição de excludentes de ilicitude, pois o dano ao meio ambiente é ilícito em si por ferir preceito constitucional estabelecido no art. 225 da CF.

Não há possibilidade de arguição da legalidade do ato, para que o agente se isente de responsabilidade, sendo irrelevante que o empreendedor possua licença para o exercício da sua atividade. Se causar dano, será responsável pela reparação.

Torna-se patente a relevância dos atos lícitos, mas causadores de danos ressarcíveis e suscetíveis de responsabilidade objetiva ou por risco. Embora lícitos, os atos podem causar dano; e, se assim ocorrer, haverá responsabilidade do agente.

Resta, assim, estatuída verdadeira limitação ao direito de propriedade, uma vez que o proprietário poderá usar, gozar e dispor de seus bens, desde que sua atuação não cause danos ao ambiente, limitando-se seu uso com a instituição de reservas legais, áreas de proteção ambiental, áreas de preservação permanente, visando à preservação da qualidade de vida das presentes e futuras gerações.

As reparações de danos ambientais devem circular em torno desses dois polos: retorno ao estado anterior e condenação em dinheiro, uma não exclui a outra, ainda segundo Sílvio Sávio Venosa.

A responsabilidade por dano ambiental, como dito, é objetiva, decorrente do risco integral, como adotado, inicialmente, por Hermann Benjamin, abrandada para risco criado.

O princípio do poluidor-pagador evoluiu para o princípio do usuário-pagador, já adotado no Brasil em questões hidrográficas, cobrando-se pela utilização de água, especialmente na bacia do Rio Parnaíba.

Em consequência, não só o usuário direto arcará com o pagamento pela utilização do recurso natural, pois lançará o valor pago como contribuição nos custos de seu produto ou serviço. Daí resulta que é a coletividade que, ao final, estará pagando pela utilização do recurso.

Observa-se que, na aplicação do preceito constitucional, art. 225, todos, Estado e coletividade, são responsáveis pela preservação do meio ambiente, impedindo-se a utilização até a exaustão dos recursos naturais, que são indispensáveis para a preservação da vida saudável das gerações atuais e futuras.

Logo, nem só o poluidor deverá arcar com a preservação, mas toda a comunidade nela interessada.

O Estado, como fiscalizador da ação empreendedora da iniciativa privada, é responsável direto pelo cumprimento da sua atividade de fiscal e de instituidor de mecanismos e normas de preservação.

Verificado o dano ambiental, deverá responder, também objetivamente, pela reparação, sendo possível, ainda, compeli-lo a criar novos mecanismos de proteção ambiental mediante os meios processuais existentes, tais como ajustamentos de conduta, ação civil pública, ação popular.

Haverá sempre solidariedade passiva pela reparação do dano ecológico, resultando disso que, sendo impossível individualizar-se o responsável pelo dano, todos serão solidariamente responsáveis, bastando que atuem em atividade da qual tenha decorrido a poluição, conforme Fábio Dutra Lucarelli (Responsabilidade civil pelo dano ecológico. *RT*, v. 700, p. 16).

Cabe ao lesado a escolha daquele que será acionado, facultando-se a este buscar o ressarcimento contra os demais envolvidos, ou contra o causador direto do dano, se lhe for possível identificá-lo. Porém, por aplicação analógica do Código de Defesa do Consumidor, não se deve permitir a denunciação à lide dos demais responsáveis solidários, para se evitar demora na reparação. O ressarcimento poderá ser buscado em ação autônoma, posteriormente proposta.

Tais considerações são necessárias, porquanto o Código Florestal vem corroborar essa política de proteção ao meio ambiente, com controvérsias sobre possível abrandamento no manejo das florestas e matas, especialmente quanto à sua recuperação com espécies exógenas.

3 Novo Código Florestal

A edição do novo Código Florestal constitui avanço na legislação, mas causa preocupação em virtude da revogação da Lei de 1965, que era norma avançada para sua época, contendo preceitos que atendiam às expectativas de uso da propriedade e de preservação do meio ambiente, então construídas.

Porém, os tempos são outros, as preocupações são mais profundas com a preservação do meio ambiente e a utilização da propriedade. Na época do Código revogado, nem sequer se discutia a função social da propriedade, que, de forma tênue e tímida, foi inserida no Estatuto da Terra, lei esta que pouco foi aplicada.

A Constituição de 1988 estabeleceu o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, como bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, sendo obrigação do Poder Público e da coletividade defendê-lo e preservá-lo para as gerações presentes e futuras.

O art. 225 da CF estipula em seu § 1°:

> [...]
> § 1° 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;
> II - preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético;
> 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;
> 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;
> 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;
> 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.

Vê-se, pois, que é norma constitucional o dever de preservação do meio ambiente, assim como de proteção da fauna e flora.

Aqui se insere a aplicação do Código Florestal, que tem o objetivo de proteger a fauna e a flora naturais, à evidência, para preservar o meio ambiente, e não como um fim em si mesmo, mas como meio de acautelamento da vida.

A preservação dos recursos naturais é indispensável à conservação do meio ambiente para as atuais e futuras gerações. Ao fim, para preservar a vida no planeta, e não apenas para sustentar a vida atual, nos moldes conhecidos.

Não se pode afastar da análise das leis ambientais, muito menos do Código Florestal, que a preservação deve caminhar com a busca do desenvolvimento, que, na atualidade, é chamado de desenvolvimento sustentável, porque se pretende o crescimento econômico e financeiro, sem se descuidar da preservação dos recursos naturais que o propiciam. E só será alcançado se os bens naturais forem protegidos e preservados.

Para se estudar o novo Código Florestal, é necessária uma comparação, embora sucinta, das suas normas com aquelas contidas no Código revogado, em especial no que se refere aos princípios que inspiraram as duas leis: a área de preservação permanente, a área de reserva legal e a recomposição de áreas degradadas. Desse estudo comparativo, pode-se concluir se as novas regras serão eficazes para a conservação das florestas e matas naturais.

Em interessante estudo elaborado por *Jean Paul Metzger, da Universidade de São Paulo, essas questões são abordadas apenas com relação ao Código Florestal de 1965, mas se prestam como ponto de partida para a análise da nova lei.*

A primeira questão a ser abordada é a reserva legal, que no Código revogado já era tratada, porém com a finalidade de se dar proteção ao meio ambiente.

A respeito Jean Paul Metzger se manifesta:

> O valor de pequenos fragmentos de RL para a conservação da biodiversidade vem sendo questionado, levando a propostas de não mais contabilizar essas reservas por propriedade, mas sim por bacia hidrográfica ou mesmo por bioma, de forma a agrupar essas áreas em fragmentos maiores, e assim aumentar seu valor biológico. Esse mecanismo é conhecido como 'regime de condomínio' e já foi inserido no Código Florestal. Essa opção de agregação das RL tem respaldo em ampla discussão ocorrida nas décadas de 1970 e 1980, que considerava duas opções principais de conservação: um único fragmento grande, ou vários pequenos fragmentos de área equivalente ao fragmento grande (em Inglês, *Single Large or Several Small*, comumente denominada de SLOSS; ver Simberloff and Abele, 1976, 1982; Diamond, 1975, 1976). Apesar desta questão não considerar fatores essenciais para uma devida comparação, em particular o tamanho dos fragmentos pequenos e o grau de isolamento entre eles, a discussão evidenciou que muitos fragmentos pequenos podem abrigar mais espécies do que um fragmento grande, por representarem áreas com características distintas, e logo com composições menos similares. Por outro lado, um fragmento grande é a melhor opção em termos de manutenção das espécies por longo prazo, pois fragmentos grandes contêm em geral populações maiores, que são assim mais resistentes a flutuações ambientais, demográficas ou

> genéticas (Shaffer, 1987), além de serem menos impactados pelos efeitos de borda. Enfim, estratégias de conservação que permitam manter as espécies em longo prazo devem dar prioridade a grandes fragmentos, o que sustentaria a proposta de agregação de RL de diferentes propriedades numa única área.

O Código Florestal de 1965 definia reserva legal como 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 de fauna e flora nativas.

A reserva legal já foi tratada por José Bonifácio, o Patriarca da Independência, sem a conotação de proteção ao meio ambiente, mas com a finalidade de preservar florestas para o aproveitamento econômico, de exploração de madeiras nobres, grande fonte de renda ao tempo do Império.

O Código Florestal de 1965 e o de 2012 são melhores do que as leis de outros países. A legislação brasileira evitou o desmatamento integral do território nacional, enquanto na Europa as florestas foram totalmente dizimadas e nos Estados Unidos pouco sobrou de florestas nativas.

Já o novo Código define reserva legal como a área localizada no interior de uma propriedade ou posse rural, delimitada nos termos do art. 12, com a função de assegurar o uso econômico de modo sustentável dos recursos naturais do imóvel rural, auxiliar a conservação e a reabilitação dos processos ecológicos e promover a conservação da biodiversidade, bem como o abrigo e a proteção de fauna silvestre e da flora nativa.

Paulo Bessa Antunes faz referência à natureza jurídica da reserva legal:

> Quanto à natureza jurídica da Reserva Legal, há que se relembrar que ela é uma obrigação que recai diretamente sobre o imóvel rural, independentemente da pessoa de seu proprietário; está, pois, ligada à própria coisa, permanecendo aderida ao bem, enquanto ele existir. O proprietário somente pode dela se desonerar (a) pela renúncia ao direito sobre a coisa que pode ser manifestada mediante a utilização de qualquer uma das formas legais aptas para transferir a propriedade, ou evidentemente pelo (b) perecimento da própria coisa (MILARÉ, Édis; MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Novo Código Florestal* - Comentários à Lei 16.651, de 25 de maio de 2012, e à Medida Provisória 571, de 25 de maio de 2012. São Paulo: RT, 2012, p. 217).

A reserva legal insere-se, pois, no rol das obrigações reais ou *propter rem*, que aderem à coisa e a acompanham durante toda sua existência.

Embora o conceito seja muito semelhante nos dois diplomas legais, constata-se que a lei atual não excetua a área de preservação permanente da reserva legal, permitindo, de forma implícita, que a área total considere ambas, em detrimento da conservação do meio ambiente e em contradição com os princípios da própria lei nova.

Jean Paul Metzer trata da questão:

> Todo planejamento territorial deveria considerar a heterogeneidade biológica, e um dos primeiros passos neste sentido é distinguir RL e APP, mantendo estratégias distintas para a conservação nestas duas situações.
> O segundo mecanismo de flexibilização das RL também já está parcialmente contemplado no Código Florestal, uma vez que em 'pequenas propriedades, ou de posse rural familiar, podem ser computados os plantios de árvores frutíferas ornamentais ou industriais, compostos por espécies exóticas, cultivadas em sistema intercalar ou em consórcio com espécies nativas' (terceiro parágrafo do artigo 16). O que se discute, mais recentemente, é a ampliação desta flexibilização, permitindo que até 50% da RL possa ser composta por espécies exóticas, como o dendê ou o eucalipto. Qual seria a efetividade da RL em termos de conservação biológica neste caso? Creio que já temos dados concretos para responder essa pergunta, em particular vindos de estudos de sistemas consorciados na Bahia e de plantações de eucalipto na Amazônia e na Mata Atlântica. Na região de Ilhéus, um grupo de pesquisadores das Universidades Estaduais de Campinas, São Paulo e Santa Cruz estudou o valor, em termos de conservação, de um sistema denominado 'cabruca', que são plantações de cacau sombreadas por um dossel de mata (Faria *et al.*, 2006, 2007; Pardini *et al.*, 2009). A principal conclusão [a] que esses pesquisadores chegaram é que o valor da cabruca depende do contexto no qual ela se encontra. Em paisagens predominantemente florestais, com amplas extensões de florestas maduras (ca. 50%), e também com presença de manchas de florestas secundárias (16%) e áreas produtivas florestadas (no caso, cabrucas, que cobrem 6% da paisagem, e seringais), as cabrucas conseguem manter uma parcela considerável das comunidades estudadas (samambaia, sapos, lagartos, morcegos e aves). No entanto, em outra paisagem vizinha, na qual as cabrucas dominam a paisagem (ca. 82%), e os remanescentes florestais são reduzidos (ca. 5%) e fragmentados, estes sistemas são extremamente empobrecidos e mantêm uma parcela pequena da biodiversidade regional (Faria *et al.*, 2006, 2007). Ou seja, a ocorrência ou manutenção da fauna e flora nativa em cabrucas depende da existência de uma fonte de espécie próxima relativamente extensa. Isso significa que, em paisagens predominantemente florestais, tais quais as que se quer conservar na Amazônia, sistemas similares ao das cabrucas poderiam ser considerados como boas alternativas de uso sustentável de recursos naturais em parte da RL (sendo que a extensão destas áreas deve ser estudada com cuidado). No entanto, em outras regiões do Brasil, onde a vegetação nativa já está consideravelmente reduzida e fragmentada, RL formadas por sistemas que intercalam espécies plantadas de interesse econômico com espécies nativas teriam reduzido valor conservacionista, e esta opção deveria ser evitada.

A reserva legal se justifica como instituto jurídico aplicável ao solo com vocação agrícola, pois, como se depreende de sua definição normativa, é área que, obrigatoriamente, deve ser mantida hígida com vistas a assegurar o uso sustentável dos recursos naturais e a reabilitação dos processos ecológicos das áreas que foram desflorestadas com vistas à implantação de atividades agrícolas ou rurais, conforme lição de Paulo de Bessa Antunes (MILARÉ, Édis; MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Novo Código Florestal* - Comentários à Lei 16.651, de 25

de maio de 2012, e à Medida Provisória 571, de 25 de maio de 2012. São Paulo: RT, 2012, p. 229).

Assim, a reserva legal poderá ser cancelada com abrangência da área de proteção permanente nela inserida.

Porém, o novo Código, em seu art. 12, estipula que todo imóvel rural deve manter área com cobertura de vegetação nativa, a título de reserva legal, sem prejuízo das normas sobre as áreas de preservação permanente, observados percentuais mínimos em relação à área do imóvel, que, na lei revogada, não eram estipulados.

Parece haver uma aparente contradição que, entretanto, não se verifica, pois há indicação de que as áreas são consideradas em separado como necessário.

Conclui-se, pois, sobre o tema que, embora haja permissão para se considerarem as duas áreas - reserva legal e de preservação permanente -, de forma englobada, não se abrandou sua regulamentação, sendo indispensável a existência de ambas, em atendimento à Lei 6.938/81, que não foi revogada.

Sobre o tema discorre Paulo de Bessa Antunes (MILARÉ, Édis; MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Novo Código Florestal* - Comentários à Lei 16.651, de 25 de maio de 2012, e à Medida Provisória 571, de 25 de maio de 2012. São Paulo: RT, 2012, p. 240):

> As áreas de preservação permanente que forem incluídas no cômputo da reserva legal não perderão tais características, permanecendo sob o regime que lhes é próprio, inclusive para fins de supressão. A medida é acertada e não traz qualquer prejuízo ao proprietário rural.

A boa novidade do Código Florestal de 2012 é que o art. 16 permite a instituição de reserva legal em regime de condomínio ou coletiva entre proprietários rurais.

Sendo o condomínio uma forma de exercício do direito de propriedade, em que vários proprietários dividem direitos e obrigações em relação à coisa, na proporção de suas cotas-partes, poderá haver afetação de parte do bem de cada unidade autônoma para constituição da reserva legal, em conjunto, alcançando o total necessário para atender à legislação.

Nesse caso, os condôminos serão responsáveis pela manutenção da área de reserva legal, por sua conservação, e se obrigam, na proporção de sua cota-parte, pela ofensa ao dever de preservação, observada aquela solidariedade que inspira a Lei 6.938/81.

Trata-se de mecanismo para ser adotado por condomínios rurais e por pequenos proprietários que seriam afetados sobremaneira pela constituição de área de reserva legal independente e que atende à finalidade científica do instituto, por permitir que sua concentração, criando uma área maior, facilite a percolação defendida por *Jean Paul Metzger*.

Se o imóvel tiver reserva legal em extensão superior à exigida por lei, admite-se que o proprietário utilize a parte que sobejar em favor de terceiros, com incentivos econômicos e títulos criados pelo novo Código Florestal.

Outro ponto que está imbricado com a reserva legal é a área de preservação permanente, tratada também na Lei 9.638/81, Lei de Política do Meio Ambiente.

O Código de 1965 definia área de preservação permanente como a área protegida, coberta ou não por vegetação nativa, com a função ambiental de preservar os recursos hídricos, a paisagem, a estabilidade geológica, a biodiversidade, o fluxo gênico de fauna e flora, proteger o solo e assegurar o bem-estar das populações humanas.

Trata-se de definição consentânea com a Lei 9.638/81, pois enfatiza a função de preservação de recursos naturais e humanos.

Já o Código de 2012 define a área de proteção ambiental como aquela, coberta ou não por vegetação nativa, com função ambiental de preservar os recursos hídricos, a paisagem, a estabilidade geológica e a biodiversidade, facilitar o fluxo gênico da fauna e flora e proteger o solo e assegurar o bem-estar das populações humanas.

A polêmica em relação à nova lei, editada em tempos de conscientização ambiental, de preocupação ecológica, não só pela proteção do meio ambiente, mas com vistas à preservação da vida para a atual e futuras gerações, é a delimitação da área de preservação permanente, por sua abrangência com a reserva legal, sem separação de uma e outra, e pelos termos do art. 4º e do art. 15, desde que implementados os requisitos ali fixados.

Cabe aqui o comentário de *Jean Paul Metzger, da Universidade de São Paulo, sobre a necessidade e a importância de fixação da área de proteção permanente, em relação ao local em que está situada, para preservação dos cursos d'água, das florestas e, especialmente, da fauna*.

> A efetividade destas faixas de vegetação remanescente certamente depende de uma série de fatores, dentre eles o tipo de serviço ecossistêmico considerado e a largura de vegetação preservada. Por exemplo, há dados que indicam que larguras de 30 m seriam suficientes para as matas ripárias retirarem da água do lençol freático boa parte dos nitratos vindos dos campos agrícolas (Pinay *and* Décamps, 1986). No entanto, dada suas múltiplas funções, incluindo a fixação de solo, proteção de recursos hídricos e conservação de fauna e flora, deve-se pensar na largura mínima suficiente para que esta faixa desempenhe de forma satisfatória todas as suas funções. Por consequência, a definição desta largura no âmbito do Código Florestal deveria respeitar a função mais exigente. Eu não pretendo aqui fazer uma ampla revisão sobre a influência da largura das APP, mas penso que a conservação da biodiversidade possa ser um dos fatores mais limitantes para a definição de larguras mínimas, e por isso foquei minha revisão neste aspecto, dando ênfase ao caso das matas ripárias.
>
> Em termos biológicos, os corredores são reconhecidos como elementos que facilitam o fluxo de indivíduos ao longo da paisagem. Em paisagens fragmentadas, quando o habitat original encontra-se disperso em inúmeros fragmentos, isolando e reduzindo o tamanho das populações nativas, a

sobrevivência das espécies depende de suas habilidades de se deslocarem pela paisagem. Nestas condições, os corredores podem ter papel capital, pois muitas espécies não conseguem usar ou cruzar áreas abertas criadas pelo homem, nem quando se trata de áreas muito estreitas como estradas (Develey *and* Stouffer, 2001), e a existência de uma continuidade na cobertura vegetacional original é assim essencial. Dentre os benefícios dos corredores, já comprovados por pesquisa no Brasil, estão o aumento da diversidade genética (Almeida Viera *and* de Carvalho, 2008), o aumento da conectividade da paisagem, possibilitando o uso de vários pequenos fragmentos remanescentes de *habitat*, que isoladamente não sustentariam as populações (Awade and Metzger, 2008; Boscolo *et al.*, 2008; Martensen *et al.*, 2008), a amenização dos efeitos da fragmentação (Pardini *et al*., 2005), e o potencial de amenizar os impactos de mudanças climáticas, numa escala temporal mais ampla (Marini *et al.,* 2009).

A importância de florestas ripárias foi evidenciada em diferentes biomas brasileiros, e para diferentes grupos taxonômicos. A maior parte dos estudos foi feita na Floresta Atlântica (Metzger *et al*. 1997; Uezu *et al*. 2005; Marinho-Filho *and* Verissimo 2007; Keuroghlian *and* Eaton 2008; Maltchik *et al*. 2008; Martensen *et al*. 2008), mas existem dados também para Floresta Amazônica (Lima *and* Gascon 1999; Michalski *et al*. 2006; Lees *and* Peres 2008), Caatinga (Moura *and* Schlindwein 2009), Pantanal (Quigley *and* Crawshaw 1992) e Cerrado (Tubelis *et al*. 2004). Em relação aos grupos taxonômicos, há dados para árvores (Metzger *et al*. 1997), anfíbios (Lima *and* Gascon J.P. Metzger*, Conservação e Natureza, 2010, 8(1), no prelo* 1999; Maltchik *et al*. 2008), aves (Tubelis *et al*. 2004; Uezu *et al*. 2005; Martensen *et al*. 2008), grandes mamíferos (Quigley *and* Crawshaw 1992; Marinho-Filho *and* Verissimo 2007; Keuroghlian *and* Eaton 2008; Lees *and* Peres 2008), pequenos mamíferos (Lima *and* Gascon 1999) e abelhas (Moura *and* Schlindwein 2009).

Não há dúvidas de que, independentemente do bioma ou do grupo taxonômico considerado, toda paisagem deveria manter corredores ripários, dados os seus benefícios para a conservação das espécies.

Os benefícios dos corredores podem estar relacionados à largura, extensão, continuidade e qualidade dos corredores (Laurance and Laurance 1999), à topografia e largura das áreas de influência ripária (Metzger et al. 1997), entre outros fatores, mas sem dúvida o fator mais importante é a largura. Esta largura afeta a qualidade do *habitat*, regulando a área impactada pelos efeitos de borda, i.e. pelas modificações microclimáticas e pelo aumento das perturbações que ocorrem nas bordas destes *habitats*. Em ambiente florestal, há aumento da luminosidade e do ressecamento do ar e do solo, além de um aumento na entrada de espécies invasoras e generalistas (vindas de áreas antrópicas), e de perturbações ocasionais (rajadas de vento, queimadas) que excluem algumas espécies nativas, mais especializadas em sombra, e levam a uma maior mortalidade. Esses efeitos de borda podem variar em extensão em função das espécies e dos processos considerados, e também de acordo com as características físicas do local, em particular com a orientação solar, a latitude e o tipo de matriz de ocupação adjacente, que influenciam na quantidade de radiação solar incidente. De uma forma geral, os efeitos mais intensos ocorrem nos 100 primeiros metros (Laurance *et al*, 2002), o que implica que corredores com menos de 200 m são formados essencialmente por ambientes de borda, altamente perturbados. Assim, alguns autores sugerem que corredores estreitos perderiam parte de sua utilidade, por favorecerem unicamente espécies generalistas, que suportam os efeitos de borda (Santos *et al,* 2008; Lopes *et al*, 2009). Espécies mais estritamente florestais necessitariam de corredores de pelo menos 200 m de largura (Laurance *and* Laurance 1999; Lees *and* Peres 2008).

Embora o legislador atual tenha mais conhecimento das interferências da ação humana no meio ambiente, tenha mais conhecimento técnico e científico dos resultados dessa interferência, foram mantidas as larguras mínimas das faixas marginais e das áreas de entorno de lagos e lagoas, bem como em relação às zonas rurais e urbanas contidas na lei revogada.

Vê-se, pois, que o legislador não avançou em técnica, não aproveitou seu conhecimento, tampouco a grande discussão travada nas audiências públicas realizadas ao longo da tramitação da nova lei para buscar efetiva proteção ao meio ambiente e, em particular, às florestas e matas nativas.

O Código Florestal de 2012 determina que a vegetação situada em área de preservação permanente deverá ser mantida pelo proprietário, possuidor ou ocupante a qualquer título.

Nesse ponto a lei nova avançou porque responsabiliza não só o proprietário, mas o possuidor ou ocupante a qualquer título, impondo-se observar que os movimentos sociais de reivindicação de terras são também responsáveis pela preservação das APPs, em clara sinalização de que lhes será cobrada por atuação ofensiva ao meio ambiente.

O terceiro ponto a ser discutido é a recomposição da reserva legal e das áreas de preservação permanente, que, segundo o art. 17, § 4º, dever ser iniciada em dois anos a contar da publicação da lei, e ser concluída nos prazos estabelecidos pelo Programa de Regularização Ambiental, tratado no art. 59.

De conformidade com o disposto no art. 61-A, nas áreas de preservação permanente, é autorizada, exclusivamente, a continuidade das atividades agrossilvipastoris, de ecoturismo e de turismo rural em áreas rurais consolidadas até 22 de julho de 2008, sendo vedada a instalação de outras atividades em data posterior.

Os diversos parágrafos do dispositivo legal tratam da recomposição das áreas, dependendo da sua situação geográfica, permitindo, em alguns casos, adoção de espécies nativas, e, em outros, de espécies exóticas e nativas, na proporção de 50% cada uma.

A mesma permissão é encontrada no art. 66, que beneficia o proprietário ou possuidor que detinha, em 22 de julho de 2008, área de reserva legal em extensão inferior ao estabelecido no art. 123, que poderá regularizar sua situação, adotando a recomposição da área, mediante plantio intercalado de espécies nativas com exóticas ou frutíferas, em sistema agroflorestal, conforme parâmetros indicados no parágrafo terceiro.

Aqui, mais uma vez, é pertinente a lição de *Jean Paul Metzger,* quando trata da teoria da percolação, ampla-

mente utilizada em ecologia para questões de conectividade biológica.

> Esse conjunto de dados indica a necessidade de se manter 60 a 70% do habitat original para que a paisagem tenha uma estrutura adequada para fins de conservação. Valores mais baixos de cobertura nativa ainda poderiam resultar em estruturas favoráveis para conservação, mas isso unicamente no caso de haver forte agregação deste *habitat* (Metzger 2001). Porém, como o controle sobre a agregação das RL não é uma tarefa fácil em termos operacionais, esta opção não deveria ser considerada.
>
> Na Amazônia, onde temos um vasto patrimônio biológico e genético ainda pouco conhecido, e relativamente conservado, dever-se-ia manter paisagens com pelo menos 60% de cobertura (Metzger 2002), ou de preferência com mais de 70%, para se evitar os efeitos iniciais da redução brusca do tamanho dos fragmentos.

Com essas considerações científicas, pode-se concluir que a permissão de recomposição de áreas de preservação permanente e de reserva legal com espécies exóticas causará impacto grave no meio ambiente, prejudicando, em especial, a fauna, que não se beneficiará da vegetação indispensável para sua sobrevivência.

A nova lei cria o Cadastro Ambiental Rural, que inexistia no regime do Código Florestal de 1965, que consiste no registro eletrônico de âmbito nacional, no sistema Nacional de Informação sobre Meio Ambiente - Sinima, 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.

Seu objetivo é de promover e apoiar a regularização ambiental de imóveis rurais para recuperação de áreas de preservação permanente.

Trata-se de avanço para o controle da situação dos imóveis rurais, com a finalidade de cumprir os objetivos da lei, sendo obrigatório.

Com a instituição do Cadastro Ambiental Rural, que será gerido por órgão ambiental estadual, e por ele emitido de forma virtual, a Reserva Legal, doravante, quando for instituída, não será registrada em Cartório de Registro de Imóveis.

É mecanismo que afasta a característica de publicidade e de aderência *erga omnes* da área de reserva legal em relação à propriedade, e conferida pela atual sistemática fundada no registro público.

Embora o órgão estadual, que providenciará o registro das novas áreas de reserva legal seja público, não serão preservadas aquelas características, que garantem a preservação da área de reserva legal, impedindo sua utilização em detrimento do meio ambiente, e sua oposição a terceiros.

Não se trata, no entanto, do abrandamento ou limitação da Reserva Legal, cuja existência está assegurada pelos arts. 3º, III, 12 a 16, 17 a 24.

Observa-se, contudo, que o art. 12, §§ 3º e 4º, condiciona a supressão de novas áreas de floresta ou outras formas de vegetação nativa à autorização do órgão ambiental estadual e ao registro da propriedade no Cadastro Ambiental Rural, permitindo a redução da área de Reserva Legal para até 50% para fins de recomposição se o município tiver mais de 50% da área ocupada por unidades de conservação da natureza de domínio público e por terras indígenas homologadas.

Há um evidente risco de redução da área da Reserva Legal, se for admitido que determinados municípios possuem mais de 50% da sua área ocupada por unidades de conservação da natureza de domínio público, situação só vivenciada em alguns municípios do estado do Rio Grande do Sul. E mais, o abrandamento da área de Reserva Legal em terras indígenas homologadas permite sua redução ou eliminação, pois nesses locais a fiscalização é tênue, sob a justificativa de autonomia dos indígenas.

O art. 78-A estipula que, após cinco anos da publicação da lei, as instituições financeiras só concederão crédito agrícola, em qualquer de suas modalidades, para proprietários de imóveis rurais que estejam inscritos no Cadastro Ambiental Rural.

É penalidade muito branda em comparação à norma que se quer cumprir, ao objetivo da criação do cadastro e ao espírito da lei.

Impõe-se, ainda, observar que o novo Código Florestal não prevê penalidades para aqueles que descumprirem seus preceitos, senão aquela do art. 78-A, deixando assim a punição para os que infringirem o direito florestal para as Leis 6.938/81 e 9.605/98.

O Código Florestal de 1965 considerava como contravenções penais as infrações aos seus dispositivos, conforme art. 26, prevendo penalidades variáveis e consentâneas com os descumprimentos.

Na atualidade, vige a Lei 9.605/98, que prevê penalidades nos arts. 6º a 13 e tipifica como crimes as condutas descritas nos arts. 29 e seguintes.

A punição pelas ofensas ao meio ambiente, seja em relação às florestas e matas nativas, seja de outra natureza, será conforme a Lei 9.605/98.

Com a vigência do novo Código Florestal, instaurou-se discussão sobre a intertemporalidade da lei, com pretensão de incidência das novas regras em processos em andamento, concluindo o egrégio Superior Tribunal de Justiça que o novo código não prevê anistia geral, universal e incondicional das penalidades antes aplicadas.

Em voto magistral, o eminente Ministro Herman Benjamin salienta que "a recuperação do meio ambiente degradado nas chamadas áreas rurais consolidadas continua de rigor".

E mais, "vale dizer, a regra geral é que os autos de infração lavrados continuam plenamente válidos, intangíveis e blindados, como ato jurídico perfeito que são

- apenas sua exigibilidade monetária fica suspensa na esfera administrativa, no aguardo do cumprimento integral das obrigações estabelecidas no PRA ou no TC".

Em conclusão, "é de ser inviável a aplicação da norma mais recente com a finalidade de validar ato praticado na vigência da legislação anterior que, expressamente, contrariou a lei então em vigor".

A respeito da aplicação das normas do novo código às situações pretéritas, Paulo de Bessa Antunes (in MILARÉ, Édis; MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Novo Código Florestal* - Comentários à Lei 16.651, de 25 de maio de 2012, e à Med. Prov. 571, de 25 de maio de 2012. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 223) cita Paul Roubier:

> Um dos mais importantes autores a teorizar sobre o chamado 'direito transitório' foi o professor francês Paul Roubier, que elaborou teoria com amplo espectro para a qual ele se utilizou do conceito de situação jurídica, distinguindo diferentes momentos: (a) a criação, (b) os efeitos em curso e (c) a extinção, sugerindo a seguinte solução: a criação de uma situação jurídica (inclusive aquisição de um direito), assim como os efeitos já produzidos são e continuam sendo regidos pela lei em vigor, no momento da criação ou da aquisição, assim como suas causas de extinção procedem, com 'efeito imediato', da nova lei. Em outras palavras, a nova lei apreende imediatamente a situação em curso, mas não pode modificar, sob pena de agir retroativamente, as consequências que tais situações já produziram.

Impõe-se frisar que o Código Florestal de 2012 só trata de anistia para atos praticados até 22 de julho de 2008 e desde que haja inscrição no Cadastro Ambiental Rural, não atingindo atos praticados após essa data.

4 Conclusão

Constata-se que os objetivos do Código Florestal, indicados no art. 1°-A, são nobres e voltados para a preservação das florestas e demais formas de vegetação nativa, com afirmação da importância estratégica da atividade agropecuária e das demais formas de vegetação nativa na sustentabilidade, no crescimento econômico, na melhoria da qualidade de vida da população, estipulando a responsabilidade comum da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, em colaboração com a sociedade civil, na criação de políticas de preservação e restauração da vegetação nativa.

Entretanto, tais objetivos, nobres e voltados para a preservação do meio ambiente, são assegurados de forma tímida e incoerente em relação à importância do bem a ser protegido.

A nova lei, com os vetos presidenciais, não resultou em aprimoramento do sistema de proteção ao meio ambiente.

Porém, como ainda estão em vigor as Leis 6.938/81 e a Lei 9.605/98, de proteção ao meio ambiente e de crimes contra o meio ambiente, a aplicação do Código Florestal deverá ser conjugada com os dispositivos daqueles diplomas legais, de forma a garantir a conservação da natureza com vistas à sua preservação para a atual e futuras gerações.

5 Referências

BORDALIS, Andre S. *Tutela jurisdicional del medio ambiente*. Universidad Austral de Chile: Editorial Fallos, 2004.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Relatório Aldo Rebelo*. Centro de Documentação e Informação Coordenação Edições Câmara, Brasília, 2010.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. São Paulo: Saraiva, 2009.

HUTCHISON, Tomas. *Dano ambiental*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzon Editores.

METZGER, Jean Paul. *O Código Florestal tem base científica?* Universidade de São Paulo. Disponível em: <www.lerf.esalq.usp.br>.

MILARÉ, Édis. Ministério Público e a responsabilidade civil nas atividades modificativas do meio ambiente, *Revista dos Tribunais*, v. 623, p. 35-39.

MILARÉ, Édis; MACHADO, Paulo Afonso Leme. *Novo Código Florestal* - Comentários à Lei 12.651, de 25 de maio de 2012, e à Medida Provisória 571, de 25 de maio de 2012. São Paulo: RT, 2012.

STOCO, Rui. *Responsabilidade Civil e sua interpretação jurisprudencial*. 2. ed. São Paulo: RT, p. 267.

...

Dignidade da pessoa humana, cuidados paliativos e ortotanásia: a visão de um juiz*

*Damião Alexandre Tavares Oliveira***

Sumário - 1 Introdução. 2 Algumas posições jurídico-constitucionais sobre o princípio da dignidade da pessoa humana e do direito à vida digna. 3 Eutanásia, distanásia, mistanásia, ortotanásia e cuidados paliativos. 4 Envelhecimento da população. 5 Tratamento da Ortotanásia pela legislação e jurisprudência brasileira. 6 A visão de um juiz acerca da temática. 7 Considerações finais. 8 Referências

1 Introdução

O presente trabalho versa sobre a aplicação dos institutos da ortotanásia e dos cuidados paliativos em pacientes terminais irreversíveis no Brasil. Aborda situações importantes sobre o fim da vida humana e o modo como deve ser tratada.

Em seu decurso aponta posições da doutrina constitucionalista sobre o princípio da dignidade da pessoa humana e da vida (morte) digna; estabelece conceitos e distinções entre a ortotanásia e os cuidados paliativos diante de alguns institutos afins, tais como a distanásia e a mistanásia; discorre sobre o envelhecimento da população e suas implicações com a temática; demonstra o tratamento (e lacunas) que vem sendo dado ao tema pela legislação, doutrina e jurisprudência.

Nessa esteira, a pesquisa expõe o olhar de um juiz acerca do problema, que é multidisciplinar, de acordo com o levantamento feito, e oferta algumas proposições práticas a serem adotadas como norte inicial para magistrados, juristas e a sociedade. Ao final, seguem considerações finais, objetivando ampla reflexão.

2 Algumas posições jurídico-constitucionais sobre o princípio da dignidade da pessoa humana e do direito à vida (morte) digna

Considerando o tratamento dispensado a pacientes terminais irreversíveis, efetivou-se levantamento na doutrina constitucional brasileira acerca da temática, sob o vértice do princípio da dignidade da pessoa humana e seus reflexos no direito à vida, ambos com previsão constitucional respectivamente nos arts. 1º, III, e 5º, *caput*, da CR/88.

Nesse passo, o papel desempenhado pelo princípio objetiva a proteção do ser humano diante do Estado e dos outros indivíduos. A propósito, esse é o pensamento de Vieira (2009, p. 49), ao ensinar que constitui o valor máximo do Direito, que unifica todos os demais, "especialmente os direitos fundamentais".

Contudo, Vieira (2009, p. 56-62) alerta sobre o desvirtuamento do princípio ao concluir que é imprescindível ter em mente que esse "jamais admite transigência acerca de um juízo que está em sua base, qual seja que toda e qualquer pessoa humana é digna" e pensar diferente é contribuir para "a mercantilização, coisificação e desvalorização do homem" (Vieira, 2009, p. 62).

Nessa linha, Lenza (2010, p. 751) sustenta que, dentro da ideia de vida digna, "a eutanásia ganha destaque, pois o direito à vida quer significar, também, o direito de viver com dignidade". E prossegue nestes termos:

> A eutanásia passiva vem adquirindo vários defensores (o desligamento das máquinas de doentes em estágio terminal, sem diagnóstico de recuperação), assim como o suicídio assistido. Alguns falam que a eutanásia ativa (o Estado - médico - provocando a morte seria homicídio). O tema está lançado e precisa ser melhor desenvolvido pela sociedade, inclusive em audiências públicas. A ideia de bom-senso, prudência e razoabilidade deve ser considerada (LENZA, 2010, p. 751).

Sobre a dignidade da pessoa humana, Mendes; Coelho; Branco (2010, p. 214-219) analisam o princípio sob o prisma da concepção metafísica do ser humano considerando-o como "valor pré-constituinte e de hierarquia supraconstitucional em que se fundamenta a República Federativa do Brasil". Prosseguem apontando as dificuldades de sua concretização "seja por questões de ordem cultural [...] seja pela carência de recursos" e, no Brasil, relatam igualmente o esforço para a sua concretização "tanto no plano legislativo quanto no jurisprudencial e doutrinário". Todavia, no campo jurisprudencial, apesar de exporem inúmeras decisões concretizadoras da dignidade, nenhuma se refere à ortotanásia (2010, p. 219).

Na mesma obra, ao tratar do direito à vida, esses autores se reportam mais diretamente à eutanásia, manifestando opinião contrária. Contudo, sinalizam no sentido de concordância com a ortotanásia (apesar de não utilizarem essa nomeclatura) quando aduzem que "ante a irreversibilidade de um estado terminal não configurará eutanásia a suspensão de tratamentos extraordinários aplicados ao paciente" (2010, p. 447).

Segundo Vargas (2010, p. 160), "definir dignidade da pessoa humana é missão quase impossível". Nem religião, nem filosofia nem a ciência conseguiram uma definição precisa, continua o doutrinador. Contudo, afirma que a dignidade resulta de duas ideias essenciais, quais sejam: "a ideia de que a pessoa se distingue das coisas e deve ser considerada um fim em si e não um meio para

---

* Trabalho de Conclusão (com adaptações) elaborado de acordo com as normas da ABNT (Associação Brasileira de Normas Técnicas), apresentado no Curso de Especialização em Direito Constitucional - Universidade Anhanguera -Uniderp, Rede de Ensino Luiz Flávio Gomes -, sob orientação da professora Marcela Maria Gomes Giorgi. Defendido oralmente em junho de 2012.

** Juiz de Direito na 1ª Vara Cível da Comarca de Ponte Nova/MG. Mestrando em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito de Lisboa, Portugal, em convênio com a Esmape – Brasil. Ano 2011/2013.

a consecução de determinado resultado. De outro, só a pessoa tem livre arbítrio, autonomia e capacidade de dirigir-se" (2010, p. 161).

Todavia, quando Vargas (2010, p. 293-294) cuida do direito à vida o faz sem referência às expressões ortotanásia e cuidados paliativos.

Apesar disso, é de se ressaltar o quanto é acertada a ideia de que 'nunca ', frise-se, 'em hipótese alguma', deve haver a coisificação do ser humano, pena de retrocesso inestimável para o direito, o Estado, a ética e a moral, retrocesso esse que pode nos conduzir aos tempos do nazismo e do stalinismo.

Moraes (2011, p. 61-62) considera a dignidade da pessoa humana como "um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida". Porém, ao lecionar sobre o direito à vida, se posiciona contrariamente à eutanásia e ao suicídio, considerando ambos como crimes. Aduz que o Estado "não coloca a vida como direito disponível, nem a morte como direito subjetivo do indivíduo". Indo adiante, se manifesta contrariamente à ortotanásia, a despeito de certa confusão terminológica com a eutanásia, nos seguintes termos:

> O ordenamento jurídico-constitucional não autoriza, portanto, nenhuma das espécies de eutanásia, quais sejam a ativa ou passiva (ortotanásia). Enquanto a primeira configura o direito subjetivo de exigir de terceiros, inclusive do próprio Estado, a provocação de morte, para atenuar sofrimentos (morte doce ou homicídio por piedade), a segunda é o direito de opor-se ao prolongamento artificial da própria vida, por meio de artifícios médicos, seja em caso de doenças incuráveis e terríveis, seja em caso de acidentes gravíssimos (o chamado direito à morte digna) (MORAES, 2011, p. 62).

Assim, o que se constata é a existência de confusão no emprego da terminologia ortotanásia (mesmo entre juristas) e as palavras eutanásia (mais difundida e com inúmeras classificações), distanásia e mistanásia. Enfim, o próprio termo é polissêmico e, na linguagem coloquial, então, contribui mais ainda para a percepção equivocada de seu real significado, não raro permeado de *tabus*, por conduzirem todos, em várias situações, ao entendimento de que se trata de 'eutanásia ou eugenia'.

Além disso, está clara a inexistência de consenso e sequer há referências significativas ao termo ortotanásia. Algumas obras, de passagem, no máximo fazem alusão ao direito a uma 'morte digna'. Sobre cuidados paliativos quase nenhuma observação e poucas referências no meio jurídico são encontradas. A questão por enquanto está mais difundida na seara médica.

Com efeito, importante esclarecer essas terminologias utilizadas com maior freqüência, para evitar equívocos interpretativos em situações concretas.

3 Eutanásia, Distanásia, Mistanásia, Ortotanásia e Cuidados Paliativos

De acordo com Pessini (2004, p. 201) o debate sobre a defesa da dignidade da vida humana em sua fase terminal é acentuado devido à "confusão terminológica que, às vezes, não deixa claro aquilo que se condena e aquilo que se aprova". Propõe, então, o aprofundamento e a distinção de alguns conceitos fundamentais no Capítulo VIII de sua obra *Eutanásia*: por que abreviar a vida? (2004, p. 198-225).

Nessa esteira, sugere Pessini (2004, p. 205) que a utilização do termo eutanásia (boa morte) "seja reservado apenas para o ato médico que, por compaixão, abrevia diretamente a vida do paciente com a intenção de eliminar a dor", em contrapartida a outros procedimentos que devem ser identificados com expressões de "assassinato por misericórdia, mistanásia, distanásia ou ortotanásia conforme seus resultados, a intencionalidade, sua natureza e as circunstâncias" (2004, p. 205).

Propõe, ademais, a fim de evitar ambiguidades, que surgem em relação à natureza da eutanásia que se reserve a palavra "exclusivamente para denotar atos médicos que, motivados por compaixão, provocam *precoce e diretamente a morte a fim de eliminar a dor*" (PESSINI, 2004, p. 206).

Noutro viés:

> [...] eutanásia significa 'morte serena, sem sofrimento', mas hoje o termo é usado para referir-se à morte daqueles que estão com doenças incuráveis e sofrem de angústia e dores insuportáveis; é uma ação praticada em seu benefício e tem por finalidade poupar-lhes a continuidade da dor e do sofrimento (SINGER, 2009, p. 185-186).

Mistanásia ou eutanásia social, para Pessini (2004, p. 210), seria a "morte miserável fora e antes do seu tempo", que englobaria três situações:

> Primeiro, a grande massa de doentes e deficientes que, por motivos políticos, sociais e econômicos, não chega a ser paciente, que não consegue ingressar efetivamente no sistema de atendimento médico; segundo, os doentes que conseguem ser pacientes para, em seguida, se tornar vítimas de erro médico; e, terceiro, os pacientes que acabam sendo vítimas de má prática por motivos econômicos, científicos ou sociopolíticos. A mistanásia é uma categoria que nos permite levar a sério o fenômeno da maldade humana (PESSINI, 2004, p. 210).

Etimologicamente, de acordo com Cabette (2009, p. 31), mistanásia tem o significado de "morrer como um rato". E explica que o instituto:

> [...] traduz o abandono social, econômico, sanitário, higiênico, educacional, de saúde e segurança a que se encontram submetidas grandes parcelas das populações do mundo, simplesmente morrendo pelo descaso e desrespeito dos mais comezinhos Direitos Humanos (CABETTE, 2009, p. 31).

Outro instituto correlato, a distanásia é a obstinação terapêutica e distingue-se da eutanásia porque

> Enquanto a eutanásia se preocupa prioritariamente com a qualidade da vida humana em sua fase final, eliminando o sofrimento, a distanásia se dedica a prolongar o máximo a

> quantidade de vida humana, combatendo a morte como o grande e último inimigo. [...].
> A distanásia erra do outro lado, não conseguindo discernir quando intervenções terapêuticas são inúteis e quando se deve deixar a pessoa abraçar em paz a morte como desfecho natural da sua vida. [...]
> O importante é prolongar ao máximo a duração da vida humana; a qualidade dessa vida, um conceito de difícil medição para a ciência e a tecnologia, cai para o segundo plano (PESSINI, 2004, p. 218, 220-221).

Para Vieira (2009, p. 233), a distanásia também atenta contra a dignidade, devendo ser evitada, a não ser que o paciente manifeste sua vontade livremente, "pedindo que sejam aplicados todos os meios terapêuticos disponíveis para prolongar sua vida o máximo possível, ainda que se trate de existência antinatural, totalmente mantida de forma mecânica".

Ou seja, distanásia segundo Cabette (2009, p. 26) é conceituada como sendo:

> [...] o ato de protrair o processo de falecimento iminente em que se encontra o paciente terminal, vez que implica um tratamento inútil. Trata-se, aqui da atitude médica que, visando o salvar a vida do moribundo, submete-o a grande sofrimento. Não se prolonga, destarte, a vida propriamente dita, mas o processo de morrer. A distanásia está, portanto, ligada às chamadas 'obstinação terapêutica' e 'futilidade médica'.

Em suma, conforme extraído do artigo *Quando a morte é um ato de cuidado*, DINIZ (2007, p. 295), na obra *Nos limites da vida*, coordenada por Daniel Sarmento e Flávia Piovesan, a distanásia ou obstinação terapêutica provoca "uma morte lenta e com intenso sofrimento", pois o "avanço tecnológico tornou possível manter uma pessoa muito doente ou em estágio terminal indefinidamente viva, porém ligada a aparelhos de sustentação artificial de vida, como a ventilação mecânica". Entretanto, conclui que essas medidas terapêuticas "impõem sofrimento e dor à pessoa doente, pois as ações médicas não são capazes de modificar o quadro mórbido".

Além dessas terminologias e como foco principal deste trabalho, Pessini (2004, p. 225) desenvolve o conceito de ortotanásia como sendo "a arte de bem morrer, que rejeita toda forma de mistanásia sem cair nas ciladas da eutanásia nem da distanásia", e prossegue dizendo que "no fundo, a ortotanásia é para o doente morrer saudavelmente, cercado de amor e carinho, amando e sendo amado enquanto se prepara para o mergulho final no amor que não tem medida e que não tem fim" (2004, p. 226).

Com efeito, etimologicamente ortotanásia:

> [...] advém do grego *orthós* (normal, correta) e *thánatos* (morte), designando, portanto, a 'morte natural ou correta'. Assim sendo, 'a ortotanásia consiste na morte a seu tempo', sem abreviação do período vital (eutanásia) nem prolongamentos irracionais do processo de morrer (distanásia). É a 'morte correta', mediante a abstenção, supressão ou limitação de todo tratamento inútil, extraordinário e desproporcional, ante a iminência da morte do paciente, morte esta a que não se busca (pois o que se pretende aqui é humanizar o processo de morrer, sem prolongá-lo abusivamente), nem se provoca (já que resultará da própria enfermidade da qual o sujeito padece)' (CABETTE, 2009, p. 24-25).

Nessa senda, pode-se estabelecer de forma clara as distinções básicas entre eutanásia, distanásia e ortotanásia, nos seguintes termos:

> A eutanásia, conduta que, ativa ou passivamente, de forma intencional, abrevia a vida de um paciente, com o objetivo de pôr fim ao seu sofrimento, deve ser bem diferenciada da distanásia, prática que, negando a finitude do ser humano, prolonga a existência através da utilização de meios desproporcionados e extraordinários, quando, naturalmente, a vida já chegou ao seu fim, apenas restando os sinais vitais mantidos por aparelhos, e da ortotanásia, postura que se opõe às duas anteriores, visando a garantir a dignidade do processo de morrer, sem abreviações intencionais nem prolongamentos desnecessários da vida, propiciando ao paciente alívio da dor, conforto, atenção e amor, para que possa recuperar o sentido da vida e da morte (VIEIRA, 2009, p. 295).

A criação da denominação ortotanásia, atribuída ao professor Jaccques Roskam, da Universidade de Liege, na Bégica, foi efetivada, segundo Santoro (2010, p. 132), no Primeiro Congresso Internacional de Gerontologia, em 1950, com a finalidade de opor-se tanto à eutanásia quanto à distanásia, ou seja, "sem desistir antes do tempo, mas também sem submeter a pessoa a um encarniçamento terapêutico" (2010, p. 132). Santoro (2010, p. 132) afirma, ainda, que é nesse contexto de respeito à dignidade da pessoa humana que se "impõe ao médico o dever de ministrar os cuidados paliativos, propiciando ao paciente que venha a falecer de forma tranqüila, com o máximo de bem-estar global sem, no entanto, interferir no processo mortal".

Indo adiante, Santoro (2010, p. 132) cita, inclusive, o art. 41 do Capítulo V, do Código de Ética Médica, que em seu entendimento respeita a dignidade da pessoa humana. O doutrinador entende indispensável estabelecer os requisitos para a realização da ortotanásia, quais sejam "o início do processo mortal e a ausência de qualquer possibilidade de salvar o paciente", porque, se houver a mínima chance de salvá-lo, embora remota, "o médico deve continuar no tratamento, que, em hipótese alguma, poderá ser considerado inútil" (2010, p. 133).

Santoro (2010, p. 134) sustenta também que o médico deve estabelecer com precisão o momento exato em que a cura não é mais possível e, a partir daí, preservar apenas a função cuidadora, interrompendo qualquer atividade heróica. Aduz que até mesmo a Igreja Católica defende "a supressão de cuidados de reanimação em pacientes que estejam em morte iminente e inevitável" (2010, p. 135), o que teria ficado consignado na Declaração Sobre a Eutanásia da Sagrada Congregação Para a Doutrina da Fé, aprovada pelo Papa João Paulo II, em 05.05.1980, onde se entende "ser lícito contentar-se com os meios normais de que a ciência médica dispõe

naquele momento e renunciar a tratamentos que levariam a um prolongamento doloroso da vida" (2010, p. 135).

Continua Santoro (2010, p. 136-137) que tanto a Declaração da Associação Médica Mundial sobre a eutanásia, realizada em Madrid, Espanha, em 1987, quanto o Conselho Federal de Medicina, em sua resolução 1.805, de 21.11.2006, se posicionam favoravelmente à ortotanásia.

Nessa linha, Santoro (2010, p. 162) estabelece com precisão alguns requisitos indispensáveis para que haja uma situação ortotanásica:

> a) vida do paciente deve estar em perigo, sendo a morte iminente e invevitável [...]); b) existência do consentimento, do paciente ou de seus familiares, na supressão ou interrupção do tratamento e na sua conversão em cuidados paliativos, propiciando um completo estado de bem-estar, e, finalmente; c) atuação do médico e demais profissionais da saúde sempre visando o bem do paciente, razão pela qual não poderá deixar de ampará-lo, prestando-lhe os cuidados paliativos.
> Portanto, é no desdobramento da ortotanásia que surge o conceito de cuidados paliativos acolhido pela Organização Mundial de Saúde e entendido como sendo:
> [...] a abordagem que melhora a qualidade de vida dos pacientes e suas famílias que enfrentam problemas associados com doenças ameaçadoras de vida, através da prevenção e do alivio do sofrimento, com meios de identificação precoce, avaliação correta, tratamento da dor, e outros problemas de ordem física, psicossocial e espiritual.

Tal conceito foi desenvolvido em Londres, em 1967, por meio da criação do *hospice* ou hospital-lar para Pessini, citado por Vieira (2009, p. 273-274), e no contexto da ortotanásia seria a mudança do paradigma relativo à saúde 'do curar para cuidar', em casos extremos. Ainda segundo Vieira (2009, p. 274), no Brasil, "a preocupação com o desenvolvimento e aplicação dos cuidados paliativos e com a formação de pessoal especializado para utilizá-lo é crescente, tendo-se fundado, em 1997, a Associação Brasileira de Cuidados Paliativos".

Calha frisar que em Portugal existe organização similar, qual seja a APCP (Associação Portuguesa de Cuidados Paliativos), fundada na Unidade do IPO do Porto, em 1995[1].

Acerca desse instituto, a *Revista Psique Ciência e Vida*, ano V, nº 59, novembro/2010, contém um dossiê à respeito do trabalho do psicólogo nos hospitais em quatro artigos que tratam desde o cuidado com o paciente até o respeito pelos profissionais da Saúde (2010, p. 1-16). Dentre eles consta um texto específico sobre cuidados paliativos, objetivando mostrar como essa filosofia vem ocupando espaço nos últimos anos e relatando "a história e importância da intervenção do grupo de paliativos, com sua característica tão multiprofissional" (2010, p. 3). Importante frisar que todos os artigos foram escritos por profissionais que atendem no Hospital Sírio Libanês em SP.

Desses artigos, destaca-se *Equipe Multidisciplinar em cuidados Paliativos* (2010, p. 8-11). Retrata especialmente aqueles pacientes com câncer terminal submetidos a abordagens agressivas de tratamento curativo "mesmo quando este se torna ineficaz", a definição dos cuidados paliativos pela Organização Mundial de Saúde em 2002, a prática profissional que segundo a ANCP (Academia Nacional de Cuidados Paliativos) deve reunir as habilidades de uma equipe multiprofissional por um médico, um enfermeiro, um psicólogo e uma assistente social, capacitados. Entretanto, urge descrever os princípios dos cuidados paliativos enumerados no artigo:

> 1. Respeitar a dignidade e autonomia dos pacientes; 2. Honrar o direito do paciente de escolher entre os tratamentos, incluindo aqueles que podem ou não prolongar a vida; 3. Comunicar-se de maneira clara e cuidadosa com os pacientes, suas famílias e seus cuidadores; 4. Identificar os principais objetivos dos cuidados de saúde a partir do ponto de vista do paciente; 5. Prover o controle impecável da dor e de outros sintomas de sofrimento físico; 6. Reconhecer, avaliar, discutir e oferecer acesso a serviços para o atendimento psicológico, social e questões espirituais; 7. Proporcionar o acesso ao apoio terapêutico, abrangendo o espectro de vida através de tratamentos de final de vida que proporcionem melhora na qualidade de vida percebida pelo paciente, por sua família e seus cuidadores; 8. Organizar os cuidados de modo a promover a sua continuidade ao paciente e sua família, sejam eles realizados no hospital, no consultório, em casa ou em outra instituição de saúde; 9. Manter uma atitude de suporte educacional a todos os envolvidos nos cuidados diretos com o paciente (2010, p. 10).

4 Envelhecimento da população

É notório e os meios de comunicação diariamente noticiam que a população mundial e brasileira está envelhecendo mais e com melhor qualidade de vida diante de diversos fatores tais como a evolução da ciência médica. Basta contemplar em nossas cidades as pessoas para que se dê conta do aumento de idosos. Esse é um fator empírico, decorrente da experiência e que vem sendo demonstrado, também, por meio de pesquisas científicas, incluindo no Brasil.

Os números demonstram que, segundo projeção do IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística), a população brasileira envelhece em ritmo acelerado e que:

> Em 2008, enquanto as crianças de 0 a 14 anos correspondem a 26,47% da população total, contingente com 65 anos ou mais representa 6,53%. Em 2050, a situação muda e o primeiro grupo representará 13,15% ao passo que a população idosa ultrapassará os 22,71% da população total [...].

[1] Cfr. a história, estatutos, direção, filiação, núcleos regionais, parceiros e equipes de cuidados paliativos existentes naquele país, cursos e diversas outras informações por meio do site oficial da instituição, qual seja http://www.apcp.com.pt/. Acesso em 25 de junho de 2012.

> O índice de envelhecimento aponta para mudanças na estrutura etária da população brasileira. Em 2008, para cada grupo de 100 crianças de 0 a 14 anos existem 24,7 idosos de 65 anos ou mais. Em 2050, o quadro muda e para cada 100 crianças de 0 a 14 anos existirão 172,7 idosos.

Sobre a importância do envelhecimento para o favorecimento do ambiente de debate do tema, confira-se o trecho extraído do artigo *Quando a morte é um ato de cuidado*, extraído da obra coordenada por Daniel Sarmento e Flávia Piovesan:

> O crescente envelhecimento populacional associado ao rápido avanço das tecnologias biomédicas favorece a ampliação do horizonte de debates sobre o direito de morrer, a eutanásia e a obstinação terapêutica. Certamente, este será um fenômeno que exigirá rápida revisão dos currículos das carreiras de saúde, e a bioética pode ser um instrumento analítico importante para esta redefinição dos papéis na relação entre os profissionais de saúde e os pacientes. O tema do direito de deliberar sobre a própria morte extrapolou as fronteiras acadêmicas do Direito, da Medicina e da Bioética e ganhou o espaço da ficção, do cinema e do debate cotidiano. Ao contrário de outros temas bioéticos, a ressignificação da eutanásia como uma expressão da cultura dos direitos humanos, ou seja, como um tema relativo a princípios éticos como a autonomia ou a dignidade, é um movimento crescente no Brasil (DINIZ, 2007, p. 297).

Contudo, conforme adverte Vieira (2009, p. 93-95) essa situação traz ínsito um problema, se tornando uma "questão da maior importância, que tem íntima relação com a eutanásia" (e logicamente com seus institutos correlatos), mesmo porque o envelhecimento da população é:

> [...] situação recente e inédita, na história da humanidade, pois, até há bem pouco tempo, as pessoas geralmente morriam cedo, em decorrência, principalmente da falta de tratamento para a maior parte das doenças. O aumento do número de idosos cria questionamento sérios e terríveis, com imensas implicações éticas, como, por exemplo, os que dizem respeito aos custos dos tratamentos de saúde e do sistema previdenciário (VIEIRA, 2009, p. 93-94).

E conclui Vieira (2009, p. 94) que, ao atingir um de seus objetivos, que era retardar a morte o máximo possível, "a sociedade acabou se defrontando com uma frustração, o grande aumento do número de velhos, 'vistos como portadores de doenças e de morte'", o que vai de encontro à adoração da juventude e ao medo natural de morrer.

Essa situação paradoxal favorece o aprofundamento do ambiente de debate acerca das questões do fim da vida.

5 Tratamento da Ortotanásia pela Legislação e Jurisprudência Brasileira

A legislação brasileira não possui, ainda, uma Lei Federal disciplinando especificamente a ortotanásia e os cuidados paliativos.

Porém, Santoro (p. 141-162), no Capitulo 5 da sua obra, apesar da lacuna, questiona sobre a necessidade ou não de edição de lei para disciplinar o assunto, que já estaria acobertado em nosso ordenamento pelo superprincípio da dignidade da pessoa humana que prevalece sobre o direito à vida em dadas condições. Essa lição tem razão de ser porque, como nenhum direito fundamental é absoluto e deve ser ponderado, em casos concretos, a própria Constituição pode contribuir para a eventual solução de conflitos. Porém, a meu sentir, a existência de legislação infraconstitucional traz subsídios adicionais para orientação e segurança das decisões do Judiciário em terrenos 'tão movediços', o que já existe em outros países, como Holanda e Argentina.

Apesar disso, a busca aponta apenas dois projetos de lei em tramitação no Congresso sobre o assunto, quais sejam: Projeto de Lei 3.002/08 da Câmara dos Deputados, apensado ao PL 6715/2009 – que altera o CP para excluir de ilicitude a ortotanásia – e o Projeto de Lei 116/00 apresentado no Senado Federal - remetido à Câmara em 22.12.2009, de igual teor.

No entanto, no momento, apenas a Resolução CFM 1.805/06, de 28.11.2006, em seus arts. 1° e 2°, cuidou da ortotanásia e dos cuidados paliativos no Brasil, em sintonia com o princípio da dignidade da pessoa humana, mas sua eficácia foi suspensa em ACP proposta pelo MPF em 23.10.2007, de acordo com Santoro (2010, p. 163-166).

Sobre os cuidados paliativos, o novo Código de Ética Médica (Resolução CFM 1.931/2009), que entrou em vigor em 14.04.2010, em seu art. 41, parágrafo único, diz que "nos casos de doença incurável e terminal, deve o médico oferecer todos os cuidados paliativos disponíveis sem empreender ações diagnosticas ou terapêuticas inúteis ou obstinadas, levando sempre em consideração a vontade expressa do paciente ou, na sua impossibilidade, a de seu representante legal".

Por tudo isso, conclui-se que:

> [...] a tendência é reconhecer, expressamente, a licitude da ortotanásia no ordenamento jurídico brasileiro, possibilitando a sua realização sem deixar os médicos à mercê de um entendimento equivocado dos aplicadores do direito. Confere-se, então a almejada segurança jurídica, diferentemente da eutanásia, que vem merecendo dos projetos recentes tratamento incriminador (...) (SANTORO, 2010, p. 170).

O mesmo se pode dizer dos cuidados paliativos, principalmente em virtude da disposição contida no novo Código de Ética Médica.

No que se refere à jurisprudência, até o fechamento da pesquisa não foram encontrados casos diretamente relacionados à temática da ortotanásia e dos cuidados paliativos.

Portanto, necessário que a sociedade e os próprios operadores do direito tenham algumas noções mínimas à respeito da vida e da morte, bem como dos institutos ora

estudados, para que se possa realizar um debate construtivo, 'tomando-se consciência do que se trata e como deve ser tratado', o que só pode ser conseguido por meio da educação como meio de libertação dos preconceitos.

6 A visão de um juiz acerca da temática

A qualquer instante o juiz pode se deparar com um caso concreto, litigioso (ou de jurisdição voluntária), de extrema complexidade envolvendo a morte de pacientes terminais irreversíveis. A decisão, certamente, terá de ser célere e eficaz, tendo em vista que se relaciona à saúde, vida e morte, dor, agonia e angústia, não apenas do paciente, mas de seus familiares.

Nesse passo, deve-se considerar esse caso concreto como de 'emergência', e não apenas 'urgente'. Afinal de contas, pode envolver menores, recém-nascidos, idosos e pessoas vivenciando extrema dor. Prioridade absoluta, assim, é questão de ordem, apesar do 'turbilhão' de processos que provavelmente já aguardam por solução em seu gabinete, o que é rotina em praticamente todo o Judiciário no Brasil.

Todavia, apenas o foco emergencial do juiz não será suficiente, pois o ideal é que a solução venha de forma célere e eficaz, mas principalmente que seja justa para os envolvidos. Isso exige preparação intelectual multidisciplinar e prática. Não basta o cumprimento do princípio constitucional da duração razoável do processo. A solução merece rapidez sim, mas exige razoabilidade e justiça, pena de ofensa irreparável à dignidade da pessoa humana ou a manutenção desnecessária e cruel de uma vida 'indigna'.

Será que, nesses moldes, estamos preparados hoje para esse tipo de resposta judicial? A experiência como regra demonstra que a resposta é negativa, porque ao juiz falta disponibilidade temporal para o prévio estudo de casos difíceis.

Não se pode perder de vista que a função de magistrado é preocupante no Brasil contemporâneo. Pois, além do elevado acervo processual, inúmeras vezes cumula funções administrativas do Foro, eleitorais, Presidência e atuações em Turmas Recursais nos casos da Lei 9.099/95. Nos Tribunais Estaduais, Federais, Superiores e na própria Corte Suprema a situação estrutural não é diferenciada. Somado a esses fatos, nos últimos anos, a cobrança social dos jurisdicionados, da mídia pela celeridade e o aumento da demanda em todos os níveis dificultam sobremaneira uma prestação jurisdicional de qualidade.

Por isso (e mesmo assim), a formação do magistrado deve ser continuada e multidisciplinar, para o desenlace desses *hard cases*, sendo que o trabalho desenvolvido ao longo desta pesquisa está longe de eximi-lo de conhecimentos sólidos no campo da medicina, saúde, filosofia, sociologia, bioética, dentre outras que, como se sabe, a maioria não teve oportunidade de obter nos bancos universitários. Então, muitas vezes solitário, é hora de se informar 'rapidamente' quando o caso já desponta em suas mãos. E disso, não se esqueça, podem advir conseqüências problemáticas, quiçá, irreparáveis.

À míngua de legislação e jurisprudência consolidadas e devido à importância do tema, o correto será que seja incluído nos currículos universitários de todo país ensinamentos e subsídios éticos, jurídicos, médicos e multidiciplinares para uma prévia preparação eficiente da nova geração de magistrados. Para a atual, essa preparação deverá vir 'a galope' por meio de ensinamentos de iniciativa das próprias Escolas Judiciais dos Tribunais, incentivo à participação em cursos ou, ainda, por iniciativa do próprio magistrado. Afinal de contas, o tempo urge, a população envelhece, as doenças terminais se multiplicam e o magistrado não pode ficar passivo.

Além de informação constante por todos os meios disponíveis (eletrônicos[2] ou convencionais, nacionais ou internacionais), incluindo filmes (tais como Menina de Ouro, etc.) o juiz deve se humanizar e se integrar mais ao meio social, comparecendo sempre que possível a hospitais para verificação de situações envolvendo pacientes terminais e seus familiares (ainda que não tenha sob seu crivo nenhum caso concreto). Se tiver, essa atitude será imprescindível para o eficaz deslinde do processo.

O comparecimento a asilos e outras entidades assistenciais no exercício da atividade judicante em suas respectivas cidades é igualmente importante. Ao cumprir essas tarefas, certamente, quando necessário, soluções mais justas serão produzidas.

Consideradas as peculiaridades do caso concreto, os limites da atuação médica e levando-se em conta o teor da pesquisa, na linha das doutrinas mencionadas, a acertada decisão para o caso dos pacientes terminais irreversíveis (existindo lide) é a que acolher a ortotanásia aliada aos cuidados paliativos. Nesses institutos prepondera o equilíbrio da balança entre a vida e a morte, considerando o princípio da dignidade da pessoa humana, ao contrário da distanásia (obstinação terapêutica), que provoca falsas expectativas nos pacientes e familiares, e prolongamentos de sobrevida sempre dolorosos e desnecessários.

Por outro lado, a exemplo do que presenciamos na experiência com a questão da internação de dependentes químicos de drogas, planos de saúde ineficientes (com

[2] Cfr. o site da ANCP (Academia Nacional de Cuidados Paliativos) onde se poderão obter informações bastante úteis sobre a instituição, valores, conceitos e, principalmente um serviço de busca denominado 'Diretório de Cuidados Paliativos", ou seja, um banco de dados inédito e exclusivo sobre os serviços de Cuidados Paliativos no Brasil. Seu objetivo é suprir uma lacuna sobre o mercado da paliação no nosso país, oferecendo informações completas e atualizadas sobre instituições que atuam na área. É uma ferramenta útil para profissionais de saúde, pesquisadores, pacientes e familiares. <http://www.paliativo.org.br/home.php>. Acesso em 25 de junho de 2012.

violações constantes ao consumidor), a falta de estrutura do próprio Estado (e principalmente dos Municípios), a ausência de clínicas na maioria das comarcas e locais específicos para a implementação dos cuidados paliativos certamente serão obstáculos a serem enfrentados pelo juiz. Outros tantos igualmente serão encontrados em possível falta de qualificação dos profissionais da saúde naqueles rincões mais afastados dos grandes centros urbanos, dadas as proporções continentais de nosso país. Porém, nada é insuperável quando se dispõe de conhecimento, atitude reflexiva e boa vontade para decidir. Em uma palavra, 'conhecimento é poder'.

Importante considerar que pairam fundadas dúvidas sobre a efetiva resolução desses problemas humanos e logísticos apenas por meio da legislação. É certo que de alguma maneira poderá contribuir para o aprofundamento do debate e segurança jurídica dos profissionais da saúde na adoção de seus procedimentos, ao lado dos familiares, sem temer que de um ato de amor e cuidado possam se tornar 'assassinos'. Nesse ponto é crucial a visão madura do juiz.

Esse, em suas reflexões e atos, não pode se descurar de questões outras atinentes a interesses escusos como o comércio de órgãos. Por isso, a urgência do conhecimento específico aliado ao contato direto (sem violar sua imparcialidade) com as partes, nessas hipóteses, é necessária para a concretização do ideal de justiça.

Ou seja, o magistrado deve ser um pensador preparado e imparcial, porém justo, equilibrado e célere, sob pena de provocar danos irreparáveis na área da saúde. Antes de tudo, porém, é conveniente que esteja preparado e consciente para refletir sobre a sua própria morte/fim (deve tentar se aproximar do juiz Hércules mencionado por Dworkin). Do contrário, não tem como compreender e solucionar casos análogos e alheios a si. Importante, então, que elimine seus próprios *tabus* nos limites da moral, da ética e do ordenamento. Para tanto, imprescindível o contato com a realidade.

A partir de então, dotado de novos paradigmas servirá de espelho para seus servidores e mostrar-lhes-á a importância desses casos, independente do Judiciário prepará-los para essas situações, formando-se todos (a equipe) permanentemente e de forma continuada (o que deve ser compartilhado com a instituição – Tribunal a que esteja vinculado).

Com efeito, o desenvolvimento desses paradigmas-atitudes em toda a equipe encarregada de solucionar a questão, convencerá igualmente as partes e advogados sobre o acerto de sua decisão, evitando recursos (algumas vezes desnecessários) que poderiam vir a ocasionar atrasos em processos que de fato 'navegam contra o tempo'.

Apenas juízes e equipes preparadas, por si sós, não resolvem em definitivo a problemática, apesar da substancial contribuição. É preciso que os políticos e toda sociedade esteja informada (e seja educada) e reflita sobre o tema para evitar o risco de uma dupla condenação ao paciente e seus familiares, quais sejam: dor desnecessária e penas (criminais) ou julgamentos morais-éticos preciptados.

Por meio de tudo que foi considerado, não se torna viável que o juiz decida sob o prisma da visão exclusivamente religiosa, mesmo porque vivemos em um Estado laico (art. 19, I, CR/88) e as questões religiosas jamais devem se sobrepor ao princípio maior da dignidade da pessoa humana, ainda que possam influenciar, muitas vezes de forma equivocada, a opinião pública.

Indo adiante, enquanto a legislação não é promulgada (e mesmo *se* e *quando* o seja), o correto é insuflar e alargar o debate para a própria sociedade por meio de audiências públicas, seminários, palestras, com conteúdo focado no tema, incluindo a visão do direito comparado dos países que já avançaram mais na discussão, logicamente adequando-se à realidade *tupiniquim*.

E quando vier a legislação (após intenso debate em toda comunidade), o ideal é que não seja taxativa (pois provavelmente estaria sujeita a falhas) com o fim de não engessar a visão jurídica e das ciências afins. Muito mais produtiva será se se limitar a traçar normas e premissas relativamente genéricas, mas de forma clara e precisa (regulando os principais aspectos procedimentais e éticos). Não pode se descurar a legislação também do devido acompanhamento do paciente terminal do apoio de equipe multidisciplinar (médicos, enfermeiros, psicólogos, etc.), pois o tema transborda a seara jurídica, e sem o seu apoio a solução judicial estaria muito mais propensa a violar princípios constitucionais.

Ora, as doenças terminais são inúmeras, o envelhecimento da população está demonstrado. Então, a possibilidade de multiplicação de casos judicializados envolvendo pacientes terminais no futuro é questão de tempo.

Portanto, a reflexão sobre essas ideias propostas (e outras tantas) é de suma importância para minimizar erros que, nessas hipóteses, são irreversíveis.

Nos debates, reflexões e novos estudos (especialmente em momento anterior a criação de eventual legislação) deve-se, além de quebrar *tabus*, inovar. Ponderar sobre a necessidade, utilidade e conveniência de criação de novos instrumentos para auxiliar os pacientes, familiares e juízes em suas futuras decisões. Como sugestão, poderíamos refletir sobre os testamentos de vida e procurações mencionados por Dworkin, ampliando o debate com sinceridade e em alto nível.

Por fim, deve ficar bem claro que as considerações desse tópico, sem pretensão de esgotar o assunto e enquadrar o magistrado naquela concepção do 'juiz Hércules' proposta por Dworkin, visam, apenas, servir de ponto de partida para o aprofundamento no tema, principalmente no meio jurídico onde é ainda incipiente.

7 Considerações finais

Partindo da exposição traçada e das premissas que findaram o último tópico, o juiz deve considerar a complexidade das situações que envolvem a temática, em cada caso concreto, dentro de um pensamento complexo.

O tema é difícil, multidisciplinar e com terminologias confusas, mesmo para os juristas.

A morte sempre foi considerada um *tabu*. Na contemporaneidade e, no Brasil, não é diferente. Há pouco debate, com exceção do que é feito de forma incipiente e superficial nos meios acadêmicos. Às vezes é abordada apenas por meio de institutos beneficentes, associações ou na internet de maneira muito louvável, porém insuficiente e, como cediço, nem sempre integralmente confiável.

Por sua vez, é inegável o envelhecimento da população e a proliferação de doenças terminais, como o mal de Alzeihmer, o mal de Parckinson e o câncer, dentre outras, o que está umbilicalmente ligado à morte digna.

Dentro desse quadro, observa-se que nem a normatização, nem a jurisprudência brasileira contribuem muito para o fornecimento de subsídios, posto que muito parcas. Apenas a doutrina e algumas ciências, especialmente nas áreas da saúde e filosofia ofertam algum direcionamento ao jurista sobre ponderações éticas, filosóficas, médicas, políticas e sociais.

Destarte, a ortotanásia e os cuidados paliativos constituem o caminho mais equilibrado para o enfrentamento dos problemas ligados ao fim da vida. Estão na linha da preponderância do princípio da dignidade da vida humana, constituindo o ponto de equilíbrio fundamental para a quebra de preconceitos.

E o médico, ao praticá-la, de acordo com as balizas propostas pela doutrina, não comete ilícito civil ou criminal.

Porém, essa discussão é apenas o início, quiçá, permitindo a construção de sólidas balizas éticas e jurídicas para uma ampla reflexão e novos estudos (incluindo de direito comparado) sobre a situação dos pacientes terminais, o que, sem dúvida, propiciará uma correta aplicação do direito e do princípio da dignidade da pessoa humana aos casos concretos pelos juízes imbuídos, dentre outras atitudes, da ótica descrita no tópico anterior.

8 Referências

ALASMAR, Cristiane Werner; ARQUETTE, Daniela; LIONE, Fernanda Rizzo di. Cuidados com o cuidador. *Psique Ciência e Vida*. São Paulo, v. 1, n. 59, p. 12-16, nov. 2010.

ARQUETTE, Daniela. Equipe multidisciplinar em cuidados paliativos. *Psique Ciência e Vida*. São Paulo, v. 1, n. 59, p. 8-11, nov. 2010.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. *Eutanásia e ortotanásia*: comentários à Resolução 1.805/06 CFM. Aspectos éticos e jurídicos. Curitiba: Juruá, 2009.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto de Lei 3.002/08* da Câmara dos Deputados, apensado ao PL 6715/2009. Disponível em: <www.camara.gov.br>. Acesso em: 19 dez. 2011.

DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida*: aborto, eutanásia e liberdades individuais. Tradução: Jefferson Luiz Camargo; revisão da tradução: Silvana Vieira. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Projeção da população brasileira*. IBGE: população brasileira envelhece em ritmo acelerado. Disponível em:<http://www.ibge. gov.br/home/presidencia/noticias/noticia_impress....pdf>. Acesso em: 15 jul. 2011.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 14. ed. ver. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.

LIONE, Fernanda Rizzo di. A Psicologia dentro do Hospital Geral. *Psique Ciência e Vida*. São Paulo, v. 1, n. 59, p. 2-3, nov. 2010.

MARTON, Scarlett. A morte como instante de vida. *Filosofia, Ciência e Vida*, São Paulo, Editora Escala, ano III, nº 32, p. 18-25.

MEDEIROS, Denise Rolin Leal de. Intervenção Multidisciplinar ao Paciente Pediátrico e sua Família. *Psique Ciência e Vida*. São Paulo, v. 1, n. 59, p. 4-7, nov. 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Martins Inocêncio; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. 8. ed. atualizada até a EC nº 67/10. São Paulo: Atlas, 2011.

PESSINI, Leo. *Eutanásia:* por que abreviar a vida?. São Paulo: São Camilo, 2004.

PORTAL ATIVIDADE LEGISLATIVA. SENADO FEDERAL. *Projeto de Lei 116/00 apresentado no Senado Federal*. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=43807>. Acesso em 19 dez. 2011.

SANTORO, Luciano de Freitas. *Morte digna*: o direito do paciente terminal. Curitiba: Juruá, 2010.

SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia (Coords.). *Nos limites da vida*: aborto, clonagem humana e eutanásia sob a perspectiva dos direitos humanos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

VARGAS, Denise. *Manual de Direito Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

VIEIRA, Mônica Silveira. *Eutanásia:* humanizando a visão jurídica. Curitiba: Juruá, 2009.

...

A eficácia horizontal dos direitos fundamentais no plano processual das relações privadas e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal após a Constituição Federal de 1988

Rodrigo Martins Faria[*]

Resumo

A eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares tem tratamento variado pelos diversos ordenamentos jurídicos e teorias estrangeiras, que oscilam entre a inaplicabilidade e a aplicabilidade direta. A vanguardista Constituição Federal de 1988 adotou substancialmente a teoria dos direitos fundamentais e o paradigma da jurisdição constitucional, faces do neoconstitucionalismo, sem se pronunciar sobre a eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas relações privadas. Ao Supremo Tribunal Federal, legítimo intérprete do texto constitucional, cabe a missão de apontar a exata medida e extensão de que é dotada a eficácia horizontal dos direitos fundamentais na nova ordem jurídica constitucional. Este trabalho propõe-se a refletir sobre isso, a partir do exame da jurisprudência que vem se formando no Pretório Excelso e do diagnóstico do seu enquadramento nas teorias que tratam do tema.

Palavras-chave: Direitos fundamentais. Eficácia horizontal. Relações entre particulares. Teorias. *State action*. Eficácia mediata. Eficácia imediata. Constituição Federal. Jurisprudência. Supremo Tribunal Federal.

Sumário: 1 Introdução. 2 Teorias sobre a eficácia horizontal dos direitos fundamentais. 3 A eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. 4 Conclusão. 5 Referências.

1 Introdução

Na transição para a era contemporânea, a ciência clássica da constituição, ou constitucionalismo liberal clássico, trouxe os contornos básicos da norma jurídica superior que deveria limitar e organizar o exercício do poder estatal: a constituição. Nessa época, buscava-se assegurar liberdades individuais e o exercício de direitos políticos, traços do Estado Liberal não intervencionista, valores reconhecidos como direitos fundamentais do homem contra o arbítrio estatal, com eficácia vertical neutralizadora da relação de subordinação entre indivíduo e Estado.

O colapso social provocado pelo triunfo do *laissez faire* reclama nova intervenção estatal, originando o paradigma do Estado Social e, com ele, o constitucionalismo social democrático. Aqui, condições mínimas de existência são reconhecidas ao cidadão, como direitos fundamentais do cidadão, e, dependentes de eficácia direta e imediata, deflagraram as primeiras teorias sobre a força normativa da constituição.

Até então as relações entre particulares estavam restritas ao plano normativo da autonomia privada, a partir de livre manifestação de vontade, em relação horizontal de coordenação que se estabelecia entre iguais sob o manto da *pacta sunt servanda,* intangível pela regulamentação estatal. Baseava-se na idéia de que a livre determinação da vontade pelas próprias partes é o campo normativo ideal da relação privada.

Partindo da releitura do constitucionalismo liberal clássico e social democrático, o neoconstitucionalismo trouxe em seu vértice o princípio da dignidade da pessoa humana, e, com ele, novos paradigmas jurídicos para a ordem jurídica constitucional, dos quais podemos apontar, com especial destaque para nosso tema: a) o desenvolvimento da teoria dos direitos fundamentais, com características multifuncionais, força normativa direta e exigentes de aplicação em máxima efetividade; b) a constitucionalização dos direitos, com a elevação de questões de interesse público à estatura constitucional em contrapartida à irradiação dos valores constitucionais sobre todo o ordenamento jurídico; c) a jurisdição constitucional, atribuindo-se ao Tribunal Constitucional a missão de legítimo intérprete do texto da constituição.

Com esse novo paradigma constitucional emerge a temática da eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre os particulares, haja vista que o desenvolvimento da sociedade contemporânea sob as bases do neoliberalismo modificou as regras do exercício do poder, desconcentrando-o do Estado para pessoas e grupos privados, com capacidade para restringir a liberdade individual (STEINMETZ, 2004, p. 85).

Para André Rufino do Vale (2004, p. 100),

> [...] é fato notório que, na sociedade neocapitalista, essa igualdade formal não supõe um igualdade material, e que nela o pleno desfrute dos direitos fundamentais se encontra, em muitas ocasiões, ameaçado pela existência, na esfera privada, de centros de poder não menos importantes que os que correspondem aos órgãos públicos.

Observou-se, a partir da desigualdade fática, a possibilidade de violação de direitos fundamentais também nas relações entre particulares, e, via reflexa, da dignidade humana, seu objeto de proteção. Com isso, a intangibilidade da autonomia privada cedeu espaço à força normativa dos direitos fundamentais, agora com eficácia também horizontal.

---

[*] Graduado em Direito pela Fumec. Pós-graduado em Direito Público pela Uniderp. Assessor Jurídico do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais.

Modernamente não há controvérsia sobre a aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. O direito comparado revela Estados que tratam constitucionalmente o tema, e autores estrangeiros com teorias que traçam as diversas medidas possíveis e os necessários limites para a eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

De nossa parte, a vanguardista Constituição Federal de 1988 adotou substancialmente a teoria dos direitos fundamentais e o paradigma da jurisdição constitucional, faces do neoconstitucionalismo, sem expressa alusão sobre a eficácia dos direitos fundamentais.

Não há controvérsia doutrinária ou jurisprudencial quanto à eficácia vertical direta dos direitos fundamentais, a partir da norma do artigo 5º, parágrafo 1º do Texto Constitucional (SARLET, 2007, p. 360), que vincula o Estado à estrita observância dos preceitos constitucionais, notadamente aos direitos fundamentais.

Também não se concebem dúvidas quanto à eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, haja vista a força normativa das normas constitucionais e a aplicação em máxima eficácia que elas exigem (MENDONÇA, FERREIRA, 2006, p. 68/73). Entretanto, quanto à forma e dimensão dessa eficácia, cumpre ao Supremo Tribunal Federal, legítimo interprete do texto constitucional, a missão de apontar a exata medida, alcance e extensão dos direitos fundamentais nas relações privadas, reflexão a que se propõe este trabalho, a partir do exame da jurisprudência que vem formando o Pretório Excelso na nova ordem jurídica constitucional e seu enquadramento nas diversas teorias que tratam do tema.

2 Teorias sobre a eficácia horizontal dos direitos fundamentais

Por essencial ao desenvolvimento e compreensão do tema, passamos a expor com a necessária brevidade, as principais teorias que tratam na eficácia horizontal dos direitos fundamentais, sendo elas: a) a teoria da ineficácia horizontal direta, subdividida entre a teoria da imputação e a teoria da *state action*; b) a teoria da eficácia horizontal indireta; e c) a teoria da eficácia horizontal direta.

A teoria da ineficácia horizontal direta parte do pressuposto da inaplicabilidade. Essa corrente doutrinária é representada pela teoria alemã da imputação, em que o Estado é responsabilizado por atos privados; e pela doutrina americana das *state actions,* que define situações de equiparação dos atos privados aos estatais, caso em que é possível verificar alguma eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre os particulares. Essa teoria é dividida entre a teoria da imputação e a teoria da *state action*.

A teoria da imputação é originária da Alemanha, a partir dos estudos de Jürgen Schwabe[1], presumindo que a violação de direitos fundamentais nas relações entre particulares resulta da omissão estatal, razão pela qual as consequências da lesão devem ser imputadas ao Estado. Para Wilson Steinmetz (*op. cit,* p. 176), "se o Estado - por meio da legislação, jurisdição e administração - não proíbe uma violação de direito fundamental entre particulares, o Estado a permite", devendo-lhe, portanto, ser imputada a responsabilidade pela lesão.

Entre as críticas à teoria da imputação[2], Wilson Steinmetz observa o problema de se transferir a responsabilidade de particulares ao Estado, fomentando a lesão de direitos fundamentais nas relações privadas.

A doutrina da *state action* (ações estatais) é difundida especialmente nos Estados Unidos, e parte da equiparação dos atos privados aos atos estatais, mantendo com isso a concepção liberal de eficácia vertical dos direitos fundamentais. Modernamente, entretanto, a jurisprudência norte-americana tem empreendido interpretação extensiva à doutrina da *state action,* naqueles casos em que houver "o exercício por um sujeito aparentemente privado de uma função própria do Estado[3] e a existência de contatos ou cumplicidades suficientemente significativas para implicar o Estado na conduta de um ato privado" (UBILLOS, 1997, 15/16).

A teoria da eficácia horizontal indireta (*indirekte Drittwirkung*), ou eficácia mediata (*mittelbare Drittwirkung*), também tem origem alemã, e marco histórico no julgamento do caso *Luth* (1958), pelo Tribunal Constitucional alemão (SARMENTO, 2006, p. 152), apontado *Günther Durig* seu principal precursor[4].

O pressuposto dessa teoria é a preservação da autonomia privada, princípio basilar que seria aniquilado pela aplicação direta dos direitos fundamentais, desfigurando o direito privado. Para ela, os direitos fundamentais consubstanciam defesa à atuação estatal, e, como ordem objetiva de valores, não podem ser enquadrados como direitos subjetivos constitucionais, afastando eficácia nas relações privadas, conforme observou o Tribunal Constitucional alemão (*apud* Steinmetz, *op. cit.,* p. 146):

---

[1] Os marcos teóricos são os trabalhos do autor intitulados *Die sogenannte Drittwirkung der Grundrechtei* (1971) e *Probleme der Grundrechtsdogmatik* (1977).

[2] Entre elas autores como Klaus Stern, Claus-Wilhelm Canaris, Virgílio Afonso da Silva, Wilson Steinmetz e Ingo Wolfgang Sarlet.

[3] Fala-se aqui da *public funtion doctrine*, vertente da *state action doctrine*, que atribui natureza estatal aos atos privados praticados por particulares no exercício de função pública ou quase-pública.

[4] Dentre os principais adeptos ditem-se Konrad Hesse, Klaus Stern, Hans Peter Schneider, Claus-Wilhelm Canaris, Pedro Cruz Villalón, Jesús García Torres, Jesús Alfaro Aguila-Real, Carlos Alberto da Mota Pinto.

> O conteúdo dos direitos fundamentais como normas objetivas se desenvolve no direito privado por meio das disposições que diretamente regem esse âmbito jurídico [...]. Uma contenda entre particulares sobre os direitos e os deveres derivados de tais normas de direito civil influídas pelos direitos fundamentais segue sendo material e processualmente uma contenda jurídico-civil: se interpreta e aplica direito civil, ainda quando sua interpretação há de seguir o direito público, a Constituição.

Aqui, a eficácia horizontal dos direitos fundamentais exige mediação legislativa, através de normas infraconstitucionais, portanto a cargo do legislador, e, em caso de lacuna, da atividade concretizadora do julgador, através de interpretação de cláusulas gerais (*generalklausel*), que seriam o instrumento de irradiação dos direitos fundamentais no âmbito do direito privado, devendo ser preenchidas pelo intérprete a partir da ordem objetiva de valores que inspira o sistema jurídico, viabilizando a coexistência da autonomia privada com a eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

Entretanto, o Tribunal Federal do Trabalho alemão distinguiu categorias de direitos fundamentais suscetíveis de eficácia horizontal, característica que seria ditada pela veste da ordem pública (STEINMETZ, *op. cit.*, p. 166):

> [...] em verdade, nem todos, mas uma série de direitos fundamentais destinam-se não apenas a garantir os direitos de liberdade em face do Estado, mas também a estabelecer as bases essenciais da vida social. Isso significa que disposições relacionadas com os direitos fundamentais devem ter aplicação direta nas relações privadas entre os indivíduos. Assim, os acordos de direito privado, os negócios e os atos jurídicos não podem contrariar aquilo que se convencionou chamar de ordem básica ou ordem pública.

José Carlos Vieira de Andrade (2008, p. 281) já observava que mesmo os adeptos da teoria da eficácia horizontal mediata admitem excepcionalmente eficácia horizontal direta aos direitos fundamentais, desde que observadas: a) a inexistência de regulamentação legislativa; b) a impossibilidade de concretização judicial dos direitos fundamentais por meio das cláusulas gerais; e c) a constatação de desigualdade fática entre os particulares integrantes da relação jurídica privada, não necessariamente econômica.

Entre as críticas, Wilson Steinmetz (*op. cit.,* p. 162) observa que as cláusulas gerais são preceitos normativos de elevado grau de indeterminação, a exemplo dos preceitos constitucionais que veiculam direitos fundamentais. Citando Habermas, demonstra o risco de que a ordem objetiva de valores, localizada no plano deôntico, seja substituída por juízos axiológicos do intérprete em ponderação de valores, colocando em risco a segurança jurídica.

Por fim, a teoria da eficácia direta (*direkte Drittwirkung*), ou eficácia imediata (*unmitteelbare Drittwirkung*), precursada por Hans Carl Nipperdey, foi primeiramente adotada pelo Tribunal Federal do Trabalho alemão, integrado por Nipperdey. A partir daí, foi adotada pelas constituições de países como Itália, Espanha e Portugal (SARLET, 2000, p. 120).

Para ela, os direitos fundamentais podem ser aplicados diretamente às relações entre particulares sem intermediação legislativa, entretanto não na mesma intensidade com que se aplicam na relação vertical. O critério distintivo seria a desigualdade fática e a subordinação eventualmente constatada na relação privada, autorizando a ponderação entre direitos fundamentais e a autonomia privada. Havendo isonomia entre os particulares, a autonomia privada deve prevalecer.

Aqui, os direitos fundamentais assumem caráter de direitos subjetivos constitucionais, com força vinculante entre os particulares, rompendo a intangibilidade da autonomia privada. Nesse sentido De La Cruz (*apud* Steinmetz, 2004, p.167):

> [...] os direitos fundamentais, em sua dupla vertente subjetiva e objetiva, constituem o fundamento de todo o ordenamento jurídico e são aplicáveis em todos os âmbitos de atuação humana de maneira imediata, sem intermediação do legislador. Por isso, as normas de direitos fundamentais contidas na Constituição geram, conforme a sua natureza e teor literal, direitos subjetivos dos cidadãos oponíveis tantos aos poderes públicos como aos particulares.

Entre as críticas, os adeptos da teoria da eficácia indireta observam para a violação aos princípios da segurança jurídica, democracia e separação de poderes, ante a falta de preceito constitucional que vincule expressamente os particulares às normas de direito fundamental, com a dominação do direito público em detrimento da autonomia privada.

3 A eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

Para Daniel Sarmento (2006, p. 297), tanto o Supremo Tribunal Federal quanto os tribunais pátrios têm aderido à teoria da eficácia direta dos direitos fundamentais. Segundo preleciona,

> [...] é possível concluir que, mesmo sem entrar na discussão das teses jurídicas sobre a forma de vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, a jurisprudência brasileira vem aplicando diretamente os direitos individuais consagrados na Constituição na resolução de litígios privados.

A partir da afirmação do eminente doutrinador, seguida pela doutrina brasileira (MARTINS, 2009, *passim*), passaremos a analisar a jurisprudência que se formou no Supremo Tribunal Federal após a promulgação da Constituição Federal de 1988, a fim de examinar qual a extensão da eficácia dos direitos fundamentais admitida pela ordem jurídica constitucional brasileira.

a) Recurso Extraordinário nº 158.215-4/RS (DOU de 07.06.1996)

No julgamento desse recurso extraordinário o Supremo Tribunal Federal examinou caso que envolvia a exclusão arbitrária de cooperado sem a observância das regras atinentes à ampla defesa e contraditório previstas no estatuto social.

Na origem, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul julgava legítima a exclusão do cooperado, que, em cadeia de rádio, teria desafiado a assembléia geral a retirá-lo dos quadros da cooperativa.

O extraordinário foi distribuído à relatoria do Ministro Marco Aurélio Mello, que deu provimento ao recurso para assegurar ao cooperado as garantias do devido processo legal formal, nas dimensões do contraditório e ampla defesa, observando que "A exaltação de ânimos não é de molde a afastar a incidência do preceito constitucional assegurador da plenitude de defesa nos processos em geral".

O voto condutor do acórdão é tímido ao tratar da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, especialmente porque as garantias fundamentais violadas na espécie estavam previstas no estatuto social.

A nosso juízo, o ponto alto desse precedente está centrado no juízo de admissibilidade, em que se reconheceu substância constitucional às normas estatutárias que tratam das garantias da ampla defesa e contraditório nas relações entre os particulares, aspectos melhor delineados na ementa emprestada ao acórdão, *verbis*:

> Defesa. Devido processo legal. Inciso LV do rol das garantias constitucionais. Exame. Legislação comum. - A intangibilidade do preceito constitucional assegurador do devido processo legal direciona ao exame da legislação comum. Daí a insubsistência da óptica segundo a qual a violência à Carta Política da República, suficiente a ensejar o conhecimento do extraordinário, há de ser direta e frontal. Caso a caso, compete ao Supremo Tribunal Federal exercer crivo sobre a matéria, distinguindo os recursos protelatórios daqueles em que versada, com procedência, a transgressão a texto constitucional, muito embora torne-se necessário, até mesmo, partir-se do que previsto na legislação comum. Entendimento diverso implica relegar à inocuidade dois princípios básicos em um Estado Democrático de Direito – o da legalidade e do devido processo legal, com a garantia da ampla defesa, sempre a pressuporem a consideração de normas estritamente legais.

Da ementa é possível observar a toda evidência a preocupação do Pretório Excelso em distinguir caso a caso peculiaridades que reclamem sua extraordinária intervenção, como no caso, em que foi possível diagnosticar flagrantes violações a direitos fundamentais, ainda que nas relações privadas, casuísmo que não foi abandonado pelo Supremo Tribunal Federal em julgamentos posteriores, conforme se observará.

b) Recurso Extraordinário nº 160.222-8/RJ (DOU de 01.09.1995)

Nesse recurso o Supremo Tribunal Federal não chegou a se debruçar sobre a temática da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, haja vista que, interposto nos autos de ação penal pela suposta prática de crime de constrangimento ilegal, restou reconhecida a ocorrência de prescrição superveniente, prejudicando o exame das questões constitucionais nele suscitadas.

O caso envolvia temática do direito fundamental à intimidade, o qual se sustentava violado em face de revista íntima a que funcionárias de fábrica de lingerie eram sistematicamente submetidas, conforme previsão em cláusula do contrato de trabalho. Questionava-se a invalidade da cláusula contratual em confronto com direito constitucional de natureza fundamental.

Entretanto, breve menção merece o recurso, pois seu Relator, Ministro Sepúlveda Pertence, teceu profundas lamentações pela superveniência do óbice temporal, apontando sem sombra de dúvidas sua propensão a atribuir eficácia horizontal aos direitos fundamentais - no caso direito à intimidade - em confronto com cláusula de contrato de trabalho "livremente" celebrado entre particulares.

A simpatia do Ministro Relator pela eficácia horizontal dos direitos fundamentais veio notadamente no relatório do acórdão, que, afastando a imparcialidade normalmente emprestada a esse capítulo da decisão judicial, observou que o réu "foi condenado, em primeira instância por brilhante sentença do Juiz [...] por constrangimento ilegal", entretanto reformada pelo TACrim/RJ, em acórdão no qual se consignou:

> Não constitui constrangimento ilegal e sim, constrangimento legal, o ato de se revistar empregadas na saída da fábrica, já que este procedimento é admitido por elas quando da assinatura do contrato de trabalho. O contrato é lei entre as partes e a cláusula referente à revista não ofende a lei.

Ao reconhecer a superveniência da prescrição, ponderou o Ministro Relator:

> Lamento que a irreversibilidade do tempo corrido faça impossível enfrentar a relevante questão de direitos fundamentais da pessoa humana, que o caso suscita, e que a radical contraposição de perspectivas entre a sentença e o recurso, de um lado, e o exarcebado privatismo do acórdão, de outro, tornaria fascinante.
> Não tenho outra alternativa, declaro extinta a punibilidade do fato pela prescrição da pretensão punitiva.

Vale observar que esse caso cuida de relações trabalhistas com grave violação a direitos fundamentais, tanto que tratado como crime pela legislação infraconstitucional. Embora estabelecidas entre particulares, nas relações trabalhistas há maior propensão a se verificar a violação de direitos fundamentais, haja vista ser comum a desigualdade fática que se estabelece entre patrões e empregados, sendo este um critério de destaque que a jurisprudência vem adotando para decidir pela eficácia horizontal direta, o que, a propósito, compõe vertente

da teoria da eficácia indireta que propugna pela eficácia horizontal imediata a determinadas categorias de direitos fundamentais (STEINMETZ, *op. cit.*, p. 166).

c) Recurso Extraordinário nº. 161.243-6/DF (DOU de 19.12.1997)

Trata-se de julgamento de recurso extraordinário envolvendo caso em que a empresa aérea Air France, a partir de cláusula do Estatuto de Pessoal, concedia benefícios trabalhistas somente aos empregados de nacionalidade francesa, discriminando os empregados brasileiros, ainda que realizassem atividades idênticas.

Na origem, tanto a 28ª Junta de Conciliação e Julgamento do Rio de Janeiro quanto o Tribunal Regional Federal da 1ª Região afastaram, com base no Estatuto de Pessoal, a pretensão de equiparação de direitos dos nacionais com os dos empregados franceses, entendimento finalmente perfilhado pelo Tribunal Superior do Trabalho.

O recurso extraordinário foi distribuído à Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a relatoria do Ministro Carlos Velloso, e, superado óbice inicial acerca da possibilidade de julgamento do mérito, concluiu-se por ser discriminatória a norma do Estatuto de Pessoal da empresa francesa que atribui benefícios trabalhistas somente aos empregados franceses, excluindo os brasileiros na mesma situação. No caso, ao reclamante foram estendidos os benefícios previstos no estatuto somente para empregados franceses.

No voto condutor do acórdão, o Ministro Carlos Velloso observou, com base na obra O conteúdo jurídico do princípio da igualdade:

> Em síntese, no caso, o elemento usado para desigualar é simplesmente singularizador do destinatário; acresce que não há conexão lógica e racional que justifique o tratamento diferenciado e, ademais, não me parece ocorrer, no tratamento diferenciado, afinidade com o sistema normativo vigente. A existência desses três fatores é que autorizaria a desigualação. (Celso Antônio Bandeira de Mello, ob. cit.)

Aderindo aos fundamentos do Relator, o Ministro Maurício Corrêa ponderou que a "discriminação que foi feita não se coaduna com a razoabilidade". Já o Ministro Néri da Silveira observou que

> No genérico âmbito do conceito de *propriedade*, compreendem-se os chamados direitos econômicos e direitos salariais. De outra parte, no que concerne aos direitos sociais, nosso sistema veda, no inciso XXX do art. 7º da Constituição Federal, qualquer discriminação decorrente - além, evidentemente, da nacionalidade - de sexo, idade, cor ou estado civil. Dessa maneira, nosso sistema constitucional é contrário a tratamento discriminatório entre pessoas que prestam serviços iguais a um empregador.

A nosso juízo, o tratamento emprestado ao caso pela excelsa Suprema Corte traduz evidente anuência à teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, permeada em certo aspecto, e mais uma vez, pela vertente da teoria da eficácia mediata que admite eficácia direta a certas categorias de direitos fundamentais, no caso das relações trabalhistas, a exemplo do caso anteriormente analisado.

d) Recurso Extraordinário nº 175.161-4/SP (DOU de 14.05.1999)

Versou o recurso ação proposta perante juizado especial em que pessoa excluída de grupo de consórcio (por inadimplemento) buscava afastar cláusula contratual que previa, ao término do grupo, a devolução das parcelas pagas pelo valor nominal. Na origem, a Turma Recursal acolheu a pretensão para determinar a incidência de correção monetária na quantia a restituir, afastando enriquecimento ilícito da administradora de consórcio.

O recurso extraordinário interposto, com fundamento em direito adquirido a partir de ato jurídico perfeito, foi distribuído à 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal sob a relatoria do Ministro Marco Aurélio Mello, ao qual se negou provimento por unanimidade, observando o Ministro Relator

> [...] porque esta última [administradora de consórcio] já é remunerada com a taxa de administração, não se tem como placitar, como ato jurídico perfeito, a gerar direito adquirido, a óptica da devolução das garantias satisfeitas nominalmente. Mais uma vez, atente-se para os princípios constitucionais da proporcionalidade e razoabilidade. Mais uma vez, considere-se que não se pode interpretar de maneira isolada, com a automaticidade estranha à busca da prevalência do trinômio Lei, Direito e Justiça.

Nesse caso o Supremo Tribunal Federal atribuiu indistintamente eficácia horizontal imediata aos direitos fundamentais, afastando em juízo de ponderação cláusula contratual desproporcional e desarrazoada, reclamando a prevalência do devido processo legal substantivo (*substantive due processo of law*) sobre o ato jurídico perfeito. Portanto, é possível observar traços evidentes de que a excelsa Suprema Corte adotou no caso a teoria da eficácia horizontal direta.

e) Recurso Extraordinário nº 201.819/RJ

Esse é o caso em que o Supremo Tribunal Federal foi chamado a se manifestar da forma mais incisiva, e, portanto, em que houve o debate mais aprofundado sobre a eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas relações entre particulares.

Versa o recurso caso de exclusão de sócio dos quadros da União Brasileira de Compositores (UBC), sociedade civil sem fins lucrativos, por decisão de comissão especialmente designada para apurar a prática de infração estatutária baseada em documentos fornecidos pelo secretário da sociedade, sem que fosse assegurado o direito de defesa.

Na origem, o TJRJ anulou a penalidade de exclusão do sócio, sustentando a eficácia horizontal dos direitos

fundamentais a partir das cláusulas do direito fundamental ao devido processo legal, contraditório e ampla defesa (art. 5º, incisos LIV e LV, CRFB/88).

No Supremo Tribunal Federal o Recurso Extraordinário foi distribuído à relatoria da Ministra Ellen Gracie, que, acompanhada pelo Ministro Carlos Velloso, dava provimento ao recurso por não identificar no caso campo para a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, entendimento vencido pelo voto condutor do Ministro Gilmar Mendes, relator para o acórdão, acompanhado dos Ministros Joaquim Barbosa e Celso de Mello.

A Ministra Ellen Gracie, amparada nas bases da teoria da eficácia horizontal indireta, entendeu que "A controvérsia envolvendo a exclusão de um sócio de entidade privada resolve-se a partir de regras do estatuto social e da legislação civil em vigor". Na mesma linha seguiu o Ministro Carlos Velloso, que, manifestando adesão à teoria da eficácia horizontal indireta, entendeu ser o caso de ofensa ao estatuto social, localizada no plano infraconstitucional, desautorizando a utilização da via recursal extrema.

A despeito dessas considerações, é possível verificar nos fundamentos apresentados pela Ministra Ellen Gracie sua simpatia à eficácia horizontal imediata dos direitos fundamentais quando envolver relações de trabalho, haja vista, sustentou, a desigualdade fática pela subordinação entre os particulares, patrões e empregados, o que não ocorreria no caso em exame, em face da liberdade de associação constitucionalmente assegurada (art. 5º, inciso XX, CRFB/88).

A nosso juízo, trata-se de entendimento que perfilha as bases da teoria da eficácia horizontal direta, consagrada pelo Tribunal Federal do Trabalho alemão, que, conforme observado, distinguia categorias de direitos fundamentais com eficácia normativa direta, conquanto protegessem a ordem pública (STEINMETZ, 2004, p. 166).

Da parte do Ministro Gilmar Mendes, que aplicou ao caso a teoria da eficácia horizontal direta, não haveria o propósito do Supremo Tribunal Federal de traçar limites objetivos para a adoção da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, especialmente porque, segundo observa, as teorias que tratam da questão (eficácia imediata e mediata) apresentariam deficiências também suscetíveis de colocar em risco o princípio da segurança jurídica.

Vejamos:

> Não estou preocupado em discutir no atual momento qual a forma geral de aplicabilidade dos direitos fundamentais que a jurisprudência dessa Corte professa para regular as relações entre particulares. Tenho a preocupação de, tão somente, ressaltar que o Supremo Tribunal Federal já possui histórico identificável de uma jurisdição constitucional voltada para a aplicação desses direitos às relações privadas.
> [...]
> Quanto à fundamentação dogmática, afirma-se que a doutrina da eficácia mediata dos direitos fundamentais no âmbito das relações privadas padece dos mesmos problemas da jurisprudência sobre a Constituição enquanto ordem valorativa (teoria da eficácia direta dos direitos fundamentais). A ausência de uma ordem objetiva de valores dificulta se não impossibilita uma decisão clara sobre os valores que hão de prevalecer em uma dada situação de conflito. A incerteza quanto aos critérios de ponderação e a existência de múltiplos critérios quase permitiram afirmar que uma orientação pelos valores básicos poderia fundamentar qualquer decisão.

Ao longo de seu voto, entretanto, o Ministro Gilmar Mendes atribui natureza quase pública à União Brasileira de Compositores (UBC), no que é possível diagnosticar a adoção da *state action doctrina*, na vertente da *public function doctrine* (cf. item 2, "a.2", *supra*), temperada em certo aspecto pela teoria da eficácia imediata. Vejamos:

> Esse caráter público ou geral da atividade parece decisivo aqui para legitimar a aplicação direta dos direitos fundamentais concernentes ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, da CF) ao processo de exclusão de sócio de entidade.

Ainda, o Ministro Gilmar Mendes destaca o fenômeno da existência de poderes sociais a justificar a eficácia horizontal direta dos direitos fundamentais:

> [...] a existência de forças sociais específicas, sindicatos e associações patronais, enfraquece sobremaneira o argumento da igualdade entre os entes privados, exigindo que se reconheça, em determinadas medida, a aplicação dos direitos fundamentais também às relações privadas.

Conclui, entretanto, que o critério determinante que define a eficácia horizontal direta dos direitos fundamentais deve ser aferido caso a caso, ao confessar-se "[...] convencido, portanto, de que as particularidades do caso concreto legitimam a aplicabilidade dos direitos fundamentais referidos já pelo caráter público - ainda que não estatal - desempenhado pela entidade [...]".

Por sua vez, o Ministro Joaquim Barbosa limita-se a pronunciar a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares sem especificar critérios ou métodos para esse enquadramento, exame que deve ser feito caso a caso, portanto sem adesão a nenhuma das teorias que tratam da eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

Entretanto, o Ministro observou que é preciso ponderar os valores envolvidos, identificando no caso concreto situações que justifiquem a retração do campo de atuação funcional da autonomia privada. Observe:

> De minha parte, a exemplo do ministro Gilmar Mendes, penso, ao contrário, que os direitos fundamentais têm, sim, aplicabilidade no âmbito das relações privadas. Tomo cautela de dizer que não estou aqui a esposar o entendimento de que essa aplicabilidade deva verificar-se em todas as situações. No campo das relações privadas, a incidência das normas de direitos fundamentais há de ser aferida caso a caso, com parcimônia, a fim de que não se comprima em demasia a esfera de autonomia privada do indivíduo.

De sua parte, o Ministro Celso de Mello observou que à época dos fatos em exame ainda não vigorava a nova redação do artigo 57 do Código Civil (dada pela Lei 11.127/05), abrindo espaço para a discussão acerca da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, pois, caso contrário, nem sequer haveria de se cogitar em eficácia imediata dos direitos fundamentais. Assim, aduziu entendimento favorável à eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, observando que o Supremo Tribunal Federal teria histórico em admitir a vinculação de particulares aos direitos fundamentais, especialmente no tocante ao contraditório e ampla defesa, com a ressalva de que determinados direitos, por possuírem como destinatários os poderes públicos, não estariam sujeitos a essa eficácia.

Do voto do Ministro Celso de Mello é possível observar traços característicos de várias das teorias que tratam da eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Num primeiro momento seu entendimento encontra ressonância na teoria da eficácia horizontal mediata, que admite eficácia direta aos direitos fundamentais em caso de inexistência de regulamentação legislativa (cf. Andrade, 2008, p. 281, *supra*). Após isso, o Ministro indica ser possível a atribuição de eficácia horizontal direta, conforme tradição da excelsa Suprema Corte, especialmente quanto a certas categorias de direitos, destacando no caso a ampla defesa e o contraditório, cláusulas do devido processo legal, sendo este, como visto, traço distintivo da teoria da eficácia horizontal indireta.

4 Conclusão

Para a ordem jurídica constitucional brasileira, a teoria da eficácia mediata pouco resolve eventual conflito entre a autonomia privada e os direitos fundamentais, pois, havendo cláusulas gerais na legislação infraconstitucional, a interpretação segundo os parâmetros constitucionais fundamentais é mera decorrência da força normativa dos princípios constitucionais, notadamente os direitos fundamentais. Nesse aspecto, a teoria da eficácia direta de plano se mostra a mais adequada à realidade constitucional brasileira.

Entretanto, ao lado dos direitos fundamentais, e entre eles mesmos, a liberdade individual é importante pilar da ordem jurídica constitucional, que traça sua organização a partir da liberdade (art. 5º, *caput*) e do ato jurídico perfeito (art. 5º, inciso XXXVI), elevando a livre iniciativa a princípio fundamental (art. 1º, inciso IV, CF) e base da ordem econômica e financeira (art. 170, *caput*), revelando o valor fundamental da autonomia privada.

Embora o Supremo Tribunal Federal ainda não se tenha posicionado expressamente acerca da adoção de alguma das teorias que tratam da eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, e muitos digam que sua preferência seja pela teoria da eficácia direta, observamos historicamente que a Excelsa Suprema Corte se despreocupa com elucubrações meramente teóricas, atento a que a autonomia privada é importante pilar da ordem jurídica constitucional.

Assim, sem traçar critérios objetivos para a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, o Supremo Tribunal Federal prefere analisar o conflito de valores de acordo com as peculiaridades do caso concreto, adotando técnica de método tópico problemático a fim de não mitigar ou fulminar a proteção que deve ser deferida à autonomia privada, tão cara à realidade brasileira, traçando em juízo de ponderação dos valores envolvidos a exata medida em que um deve ceder lugar ao outro.

Entretanto, foi possível observar que esse juízo de ponderação tendencialmente pende para determinadas categorias de direitos, e, em casos concretos, os direitos fundamentais que tratam de relações trabalhistas e das cláusulas do devido processo legal (ampla defesa e contraditório) têm dado a tônica da posição da Corte Suprema.

Portanto, é de se concluir que, em tema de direitos fundamentais, o Supremo Tribunal Federal não levanta dúvidas quanto à sua eficácia nas relações entre particulares, matizando, por outro lado, os elementos das diversas teorias que tratam do tema, viabilizando a melhor solução no caso concreto sempre com olhos voltados à proteção da dignidade humana, pilar fundamental da ordem jurídica constitucional e vetor de todo o sistema.

5 Referências

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2006.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Contraditório e ampla defesa. Recurso Extraordinário nº 158.215-4. Relator: Min. Marco Aurélio Mello. Brasília, DF, 30 de abril de 1996.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Intimidade e dignidade humana nas relações trabalhistas. Recurso Extraordinário nº 160.222. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Brasília, DF, 11 de abril de 1995.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Isonomia nas relações trabalhistas. Recurso Extraordinário nº 161.243. Relator: Min. Carlos Velloso. Brasília, DF, 29 de outubro de 1996.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Devido processo legal substantivo. Recurso Extraordinário nº 175.161. Relator: Min. Marco Aurélio Mello. Brasília, DF, 15 de dezembro de 1998.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Contraditório e ampla defesa. Recurso Extraordinário nº 201.819-8.

Relatora: Min.ª Ellen Gracie. Brasília, DF, 11 de outubro de 2005.

MARTINS, Thiago Penido. Eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares no ordenamento jurídico brasileiro. *Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI: 11.172-11.181,* 2009.

MENDONÇA, Andrey Borges de; FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas. M. Novelino (org.). *Leituras complementares de direito constitucional*. Salvador: Juspodium, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Constituição concretizada:* construindo pontes entre o público e o privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

SARMENTO, Daniel Antonio de Moraes. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado. In: DIDIER JÚNIOR, F. (Org.). *Processo civil:* leituras complementares. Salvador: Juspodium, 2006.

SARMENTO, Daniel Antonio de Moraes. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito:* os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Mandamentos, 2008.

STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004.

VALE, André Rufino do. *A eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2004.

...

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Órgão Especial

Queixa-crime - Imputação de calúnia, injúria e difamação por magistrado contra advogado - *Animus* de ofender a honra do causídico - Inexistência - Dolo específico - Ausência - Atipicidade - Rejeição

Ementa: Processo-crime de competência originária. Queixa-crime. Imputação dos delitos de calúnia, injúria e difamação por magistrado a advogado. Inépcia da queixa-crime. Ausência de ânimo de ofensa à honra do advogado.

- Na esteira da orientação doutrinária e jurisprudencial, ainda que o magistrado querelado se valha de expressões duras e ásperas como resposta ao tumulto criado pelo advogado querelante, não há falar em crime de calúnia, injúria ou difamação, se perceptível *primus ictus oculi* que a sua manifestação está desacompanhada da intenção de ofender, elemento subjetivo do tipo, ou seja, agiu no estrito cumprimento do dever de ofício, já que o *animus narrandi* ou *animus criticandi* ao tumulto instaurado pelo advogado querelante em audiência não configuram delitos contra a honra.

Queixa-crime rejeitada.

AÇÃO PENAL - PROCEDIMENTO ORDINÁRIO Nº 1.0000.11.055522-4/000 - Comarca de Vespasiano - Querelante: F.E.R., em causa própria - Querelado: C.G.H., Juiz de Direito - Relator: DES. ANTÔNIO ARMANDO DOS ANJOS

Acórdão

Vistos etc., acorda o Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sob a Presidência do Desembargador Herculano Rodrigues, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, em REJEITAR A QUEIXA-CRIME.

Belo Horizonte, 12 de dezembro de 2012. - *Antônio Armando dos Anjos* - Relator.

Notas taquigráficas

Proferiu sustentação oral, pelo querelado, o Dr. Sânzio Baioneta Nogueira.

DES. ANTÔNIO ARMANDO DOS ANJOS - Sr. Presidente. Ouvi, com bastante atenção, a sustentação oral feita da tribuna pelo ilustre advogado.

F.E.R., advogado inscrito na OAB/MG sob o nº AB, oferece queixa-crime contra o Dr. C.G.H., Juiz de Direito, imputando-lhe a prática dos delitos descritos nos arts. 138, 139 e 140, todos do Código Penal.

Quanto aos fatos, narra a queixa-crime de f. 02-04 que, no dia 10 de junho de 2011, durante audiência na Comarca de Vespasiano, quando da redação do termo de audiência, o Juiz de Direito, C.G.H., injuriou, caluniou e difamou o querelante.

Narra ainda a queixa-crime que:

> durante os processos criminais contra dois réus irmãos, dos quais o querelante é advogado, o MM. Juiz Querelado tem praticado abusos de autoridade, ilegalidades diversas, cerceamento de defesa e vem agindo de forma insuportável contra os réus e contra o advogado ora Querelante, o que foi suportado até o dia em que este Querelante relatou alguns desses fatos na ata de audiência, no dia 10 de junho de 2011.

Consta também da citada queixa-crime, que "o MM. Juiz querelado lançou essas ofensas insuportáveis contra este Querelante, sem apresentar um fato concreto sequer".

A inicial foi instruída com os documentos de f. 05-07.

Devidamente notificado, o querelado (f. 20) apresentou resposta à acusação (f. 26-36) aduzindo, em preliminar, a inépcia da queixa-crime por ausência de justa causa para ação penal e ofensa ao princípio da indivisibilidade da ação penal. No mérito, pugnou pela rejeição da queixa-crime. Na oportunidade, juntou os documentos de f. 37-48.

Em face da juntada de novos documentos, abriu-se vista ao querelante, que, novamente, bateu pelo recebimento e processamento da queixa-crime (f. 61-62).

A d. Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer subscrito pelo Dr. Geraldo Flávio Vasques e Dr. Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro, manifesta-se no sentido de afastar as preliminares e, no mérito, pela rejeição da queixa-crime ante a atipicidade de conduta pela ausência de dolo específico (f. 65-70).

É, no essencial, o relatório do que interessa.

Inicialmente, ressalto que as preliminares agitadas de inépcia da queixa-crime, por ausência de justa causa para ação penal e ofensa ao princípio da indivisibilidade da ação penal, confundem-se com o próprio mérito e com ele devem ser analisadas.

Como visto alhures, o querelante imputa ao querelado, Dr. C.G.H. (f. 07), Juiz de Direito, a prática dos delitos de injúria, calúnia e difamação, sustentando que tais delitos teriam ocorrido quando da lavratura de termo de audiência, onde o Juiz assim consignou:

> Lamentável que o ilustre patrono dos réus, a pretexto de zelar por suas defesas, utilize-se de expedientes escusos e mal-intencionados, chegando ao extremo de levantar falso a este magistrado e ao digno representante do Ministério Público, que sempre o trataram com urbanidade e respeito, como é comum a todos que militam no ambiente forense, não só a indispensável classe dos advogados. Interfere nas perguntas do IRMP, quando a palavra não lhe dada ou concedida pelo *ex adverso*, distorce as declarações das testemunhas, insiste na teimosia e, mesmo após ser advertido uma, duas, três vezes, não se cala. Perturba o bom andamento da audiência, querendo impor a todos - Juiz, MP, testemunhas - seu ponto de vista, como se dono da verdade fosse. Não respeita a ordem processual, nem os apelos deste Magistrado, Presidente da Audiência. Constrange a todos com seu arrogo e falta de educação. Lastreado na verdade que criou para si, imagina situações que posteriormente são colocadas como cerceamento de defesa a seus clientes, de modo a ensejar uma nulidade processual, sendo aqueles, a meu sentir, maiores vítimas do despreparo profissional do causídico. Age com falta de ética e deslealdade processual, o que não era de se esperar de uma pessoa tão vivida e calejada. Os falsos levantados são desprovidos de provas, sendo lançadas ao próprio vento no terreno infértil das meras alegações. Nunca, em seis anos dedicados à Magistratura, tive o dissabor de laborar com um advogado de caráter tão duvidoso como o representante dos réus. Ainda assim, registro que seus clientes podem ficar descansados, pois sempre proferi as decisões no feito de modo técnico, amparado nas convicções que as provas objetivas e subjetivas proporcionaram. Lamento que, em face dos arroubos de um profissional emocionalmente desestabilizado, os trabalhos judiciais se arrastem ate às 20h30 de uma sexta-feira. Rechaço e lamento todos os questionamentos eriçados pela defesa (f. 7).

Definindo os delitos contra a honra, assim se manifestou o colendo Superior Tribunal de Justiça:

> Queixa. Calúnia, injúria e difamação. Renúncia tácita do direito de queixa. Inépcia da queixa.
> [...]
> II - A calúnia é a imputação falsa a alguém de fato definido como crime. O pedido de abertura de inquérito sobre fatos que ocorreram e que poderiam eventualmente configurar um ilícito penal não se enquadram na hipótese de imputação falsa. Além do mais, pelos dados colhidos se verifica que incide ao caso concreto a hipótese do estrito cumprimento do dever legal, que para uns configura hipótese de excludente de antijuridicidade, e para outros de atipicidade conglobante.
> III - Na injúria, não se imputa fato determinado, mas se formulam juízos de valor, exteriorizando-se qualidades negativas ou defeitos que importem menoscabo, ultraje ou vilipêndio de alguém. Ocorre que da leitura dos trechos transcritos na exordial acusatória não se vislumbra a prática de tal delito, porquanto as quereladas, no pedido de instauração de inquérito policial criminal, não formularam considerações em relação à dignidade ou decoro do querelado, não tendo sido praticado o crime de injúria.
> IV - O crime de difamação consiste na imputação de fato que incide na reprovação ético-social, ferindo, portanto, a reputação do indivíduo, pouco importando que o fato imputado seja ou não verdadeiro. Entretanto, o querelante não particularizou qual seria o fato determinado que seria ofensivo à sua honra. Na peça elaborada pelas quereladas consta somente a narração da atuação do querelante, enquanto Juiz Substituto, em autos de execução cível, e a indicação da existência de indícios da ocorrência de crime, com a solicitação da instauração de investigação. Isso, por si só, não se amolda à conduta inscrita no tipo acima mencionado.
> [...] (STJ, APn 560/RJ, Corte Especial, Rel. Ministro Felix Fischer, v.u., j. em 16.09.2009, pub. no *DJe* de 29.10.2009).

Examinei com acuidade a queixa-crime ofertada em seu aspecto formal, concluindo não se encontrarem presentes as condições necessárias para o início da persecução criminal.

Ora, é de sabença comezinha que o art. 41 do Código de Processo Penal aponta os requisitos essenciais da denúncia e da queixa-crime, dispondo que:

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

Sobre os requisitos da peça que inicia a ação penal, preleciona Eugênio Pacelli de Oliveira:

> As exigências relativas à exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias atendem à necessidade de se permitir, desde logo, o exercício da ampla defesa. Conhecendo com precisão todos os limites da imputação, poderá o acusado a ela se contrapor o mais amplamente possível, desde, então, a delimitação temática da peça acusatória, em que irá fixar o conteúdo da questão penal.
> Mas, de outro lado, a correta delimitação temática, ou imputação do fato, presta-se, também, a viabilizar a própria aplicação da lei penal, na medida em que permite ao órgão jurisdicional dar ao fato narrado na acusação a justa e adequada correspondência normativa, isto é, valendo-nos de linguagem chiovendiana, dizer a vontade concreta da lei (subsunção do fato imputado à norma penal prevista no ordenamento). (OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 16. ed. atual. São Paulo: Atlas, 2012, p. 162-163.)

No caso em apreço, o querelante qualificou o querelado e apontou os supostos crimes cometidos, contudo não narra de forma clara e objetiva quais ações do magistrado ensejariam, em seu entendimento, os delitos de injúria, calúnia e difamação, não permitindo ao querelado o pleno exercício de sua defesa, limitando-se a afirmar que agiu no interesse de seus clientes e ressaltando questões ligadas à sua formação profissional e conduta ilibada, como se depreende do seguinte trecho:

> Ora, o MM. Juiz querelado lançou ofensas insuportáveis contra este Querelante, sem apresentar um fato concreto sequer. Este Querelante tem formação religiosa e compromisso com a honra e com a verdade. Tem 77 anos de idade, advoga há mais de 26 anos, tem mais de três mil processos criminais e cíveis. Trabalha com centenas de juízes das mais diversas varas e comarcas. Relaciona-se profissionalmente com desembargadores e funcionários da Justiça [...] (f. 03).

Assim, tenho que a queixa-crime é inepta, por ausência de exposição do fato criminoso com todas as suas circunstâncias, não demonstrando qual o crime o querelado lhe imputou para configurar o crime de

calúnia, tampouco como o Magistrado teria ofendido sua honra objetiva e subjetiva para se configurarem os delitos de injúria e difamação.

Além da inépcia da queixa-crime, tenho que a mesma deve ser rejeitada por não se vislumbrar nos autos o *animus* de ofender a honra do querelante por parte do querelado. Analisando minuciosamente o termo de julgamento colacionado, em que as supostas ofensas ocorreram, verifico que o Magistrado se valeu de expressões duras e ásperas, mas não com a intenção de ofender a honra do querelante, e sim como resposta às ofensas irrogadas pelo advogado querelante ao Magistrado querelado.

A propósito, o representante do Ministério Público no Juízo de Vespasiano, Dr. Daniel de Oliveira Malaco, destacou que os embates verbais entre Juiz e Advogado se deram após diversos tumultos processuais causados por este último. Acerca dos fatos, narrou:

> [...] Este Promotor de Justiça, imediatamente, postou-se em silêncio, enquanto o nobre causídico continuava a falar e a, indevidamente, atrapalhar o bom andamento do processo. O Juiz-Presidente da audiência, por pelo menos três vezes, solicitou ao procurador que deixasse o Promotor de Justiça formular suas perguntas, mas, insistentemente, o defensor não permitia.
> Diante da postura adotada pela defesa, outra solução não restou ao Juiz-Presidente, senão a de cassar a palavra do procurador, eis que era intempestiva e impertinente. Este, então, elevou o tom de voz, o que fez com que o Juiz-Presidente necessitasse também de elevar a sua.
> [...]
> Insatisfeito, o procurador dos réus, ao final da audiência de instrução e julgamento, pediu a palavra e fez o registro de f. 290/291, imediatamente e bem rebatido pelo Excelentíssimo Juiz-Presidente.
> [...] Triste, portanto, a forma antiética com a qual o procurador da defesa tem se portado durante as instruções processuais, valendo-se de subterfúgios escusos para tentativa de intimidação dos trabalhos desenvolvidos quer pelo Ministério Público, quer pelo Poder Judiciário. [...] (f. 45-47).

No mesmo sentido, o entendimento do il. Procurador-Geral de Justiça de Justiça Adjunto Jurídico, Dr. Geraldo Flávio Vasques, o qual pugna pela rejeição da queixa-crime por ausência de dolo específico na conduta do querelado:

> No tocante ao mérito, contudo, entendemos que a peça vestibular não merece ser recebida, porquanto, por força de ausência de dolo, não estão providos os atos imputados ao querelado de vontade caracterizadora do *animus* de ofender a honra alheia e, portanto, são atípicos (f. 69).

Como cediço, para se caracterizarem os delitos de calúnia, injúria e difamação, há que existir, por parte do agente, o *animus* de ofender a honra do indivíduo. Nesse sentido, a jurisprudência:

> Nos crimes contra a honra, além do dolo, deve estar presente um especial fim de agir, consubstanciado no *animus injuriandi vel diffamandi*, consistente no ânimo de denegrir, ofender a honra do indivíduo. Processar alguém que agiu com mero *animus narrandi*, ou seja, com a intenção de narrar ou relatar um fato, inviabilizaria a persecução penal. (STJ, 5ª Turma, *HC* 103344/AL, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, v.u., j. em 14.05.2009, pub. no *DJe* de 22.06.2009.)

Acrescente-se que o Superior Tribunal de Justiça já decidiu que as manifestações judiciais duras ou com excesso de linguagem, mas com *animus criticandi* ou *animus narrandi* não configuram os delitos contra a honra, *verbis*:

> Ação penal originária. Corte Especial. Delito de injúria. Ausência de dolo específico na conduta do representado. Expressões utilizadas como fundamentos de *decisum*. *Animus narrandi*. Ação penal rejeitada.
> 1. Denúncia oferecida pelo Ministério Público Federal em face de desembargador do TRF da 1ª Região, pela suposta prática de injúria e difamação, consubstanciada na prolação de *decisum* judicial.
> 2. Os delitos contra a honra reclamam, para a configuração penal, o elemento subjetivo consistente no dolo de ofender na modalidade de 'dolo específico', cognominado *animus injuriandi*, consoante cediço em sede doutrinária e na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e deste Superior Tribunal de Justiça.
> 3. A doutrina pátria leciona que: 'O dolo na injúria, ou seja, a vontade de praticar a conduta, deve vir informado no elemento subjetivo do tipo, ou seja, *do animus infamandi ou injuriandi*, conhecido pelos clássicos como dolo específico. Inexiste ela nos demais *animii* (*jocandi, criticandi, narrandi* etc.) (itens 138.3 e139.3). Tem-se decidido pela inexistência do elemento subjetivo nas expressões proferidas no calor de uma discussão, no depoimento como testemunha etc.' (MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código Penal interpretado*. 6. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2007, p. 1.123). No mesmo sentido, FRAGOSO, Heleno Cláudio: 'o propósito de ofender integra o conteúdo de fato dos crimes contra a honra. Trata-se do chamado 'dolo específico', que é elemento subjetivo do tipo inerente à ação de ofender. Em consequência, não se configura o crime se a expressão ofensiva for realizada sem o propósito de ofender. É o caso, por exemplo, da manifestação eventualmente ofensiva feita com o propósito de informar ou narrar um acontecimento (*animus narrandi*), ou com o propósito de debater ou criticar (*animus criticandi*), particularmente amplo em matéria política'. (*Lições de direito penal* - Parte Especial. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988, p. 221-222, v. I.) Nelson Hungria, por seu turno, assim definia o dolo específico nos crimes contra a honra: 'Pode-se, então, definir o dolo específico do crime contra a honra como sendo a consciência e a vontade de ofender a honra alheia (reputação, dignidade ou decoro), mediante a linguagem falada, mímica ou escrita. É indispensável a vontade de injuriar ou difamar, a vontade referida ao *eventus sceleris*, que é, no caso, a ofensa à honra'. (*Comentários ao Código Penal*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1982, p. 53, volume VI.)
> 4. Forçoso destacar que se infere do voto reputado pela Procuradora-representante como injurioso a intenção de expor os fatos com acréscimo de certa dose de perplexidade por parte de seu prolator, instado a conceder ordem de *habeas corpus* em processo de extrema gravidade, por força de sua duração irrazoável, sendo certo que após longos 5 anos de investigação solicitou-se 'diligências indispensáveis', o que pressupõe sejam requeridas *ab initio* no bojo da persecução ainda inquisitorial.

5. O *animus narrandi* depreendido do voto faz ressoar inequívoco que o voto tão somente teve o condão de narrar os acontecimentos, quando muito com dose de *animus criticandi* sem que se pudesse depreender qualquer intenção de injuriar a procuradora representante. Sob esse ângulo, narrou o expositor do voto, *verbis*: 'Sim, atrasos eventuais, os juízes e os tribunais, inclusive nossa Terceira Turma, tem aceito. Estamos, assim, de acordo com a afirmativa da Quinta Turma do STJ. Mas uma demora de quase cinco anos não pode ser considerada eventual. E o pior, para, depois de todo esse tempo, pedir diligências, que diz ser imprescindíveis pelo Ministério Público Federal, já deveriam ter sido requeridas logo no início da investigação. Só podemos dizer, datíssima vênia, que a Procuradora da República Lívia nascimento Tinoco foi desidiosa.

6. A expressão de vênia, acompanhada por embargos de declaração na qual o denunciado reconheceu nominalmente que não fora a Procuradora-representante a desidiosa, reforça a ausência de elemento subjetivo no tipo penal. Sob esse enfoque, é mister ressaltar que ambas as votações foram públicas, encerrando retratação eficaz. É que o Desembargador, quando se pronunciou em sede de embargos de declaração, verberou, *verbis*: 'O equívoco contido no acórdão - a inércia não foi da Procuradora da República; reconhecendo nominalmente que à Procuradora-representante não poderia ser atribuída a pecha de desidiosa, porquanto, diversamente do que lhe parecera, a mesma recebera os autos em prazo recente, restando [...]'.

7. A jurisprudência da Suprema Corte e da egrégia Corte Especial perfilha o entendimento supradelineado, consoante se infere dos seguintes precedentes: *HC* 72.062/SP, Rel. Min. Celso de Mello, Primeira Turma, *DJU* de 21.11.97; Apn 516/DF, Rel.ª Min.ª Eliana Calmon, Corte Especial, *DJU* 06.10.08; Apn 490/RS, desta relatoria, *DJU* 25.09.08; ExVerd 42/ES, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, Corte Especial, *DJU* 03.09.07; Apn 488/SP, Rel. Min. João Otávio de Noronha, Corte Especial, *DJU* 19.11.07; e Apn 360/MG, Rel. Min. Antônio de Páuda Ribeiro, Corte Especial, *DJU* 25.04.05.

8. Piero Calamandrei, na sua memorável obra *O elogio aos juízes feito por um advogado*, distingue os sentimento da paixão e da razão, atribuindo o primeiro aos advogados na atuação em juízo e o segundo aos juízes, como consectário do equilíbrio, representando pela balança da Justiça. Nada obstante, no calor das discussões, a paixão judicial autentica a humanidade dos juízes, razão pela qual, com acerto, assentou-se nessa Corte que: '[...] 2. No teatro de disputas políticas e de espaço de poder institucional, as condutas dos envolvidos nos fatos desencadeadores da denúncia criminal tornam desculpáveis possíveis ofensas, acusações e adjetivações indesejáveis. 3. Na avaliação contextual dos fatos pertinentes, não se identifica a vontade deliberada de difamar ou injuriar. 4. As ásperas palavras dirigidas à vítima, pela denunciada, soam como indignação pelos episódios institucionais vivenciados. [...]' (Apn 516/DF, Rel. Min. Eliana Calmon, Corte Especial, *DJU* 06.10.08)

10. A atipicidade do fato descrito na denúncia decorre, ainda, de subprincípio encartado na Loman, art. 41, segundo o qual o magistrado não pode ser punido ou prejudicado pelas opiniões que manifestar ou pelo teor das decisões que proferir, salvo em casos específicos ora não observados, bem como da excludente do art. 142, III, do Código Penal, *verbis*: 'Art. 142 - Não constituem injúria ou difamação punível:

[...] III - o conceito desfavorável emitido por funcionário público, em apreciação ou informação que preste no cumprimento de dever do ofício'.

11. Improcedência da acusação (art. 6º, *caput*, da Lei 8.038/90). (STJ, Corte Especial, Apn 555/DF, Rel. Min. Luiz Fux, v.u., j. 01.04.2009, pub. in *DJe* de 14.05.2009.)

Não configurado, no caso em apreço, o ânimo de ofender a honra do querelante por parte do querelado, há que se rejeitar a queixa-crime.

Portanto, sendo inepta a denúncia e não se comprovando a intenção do querelado de ofender a honra do querelante, há que se rejeitar a queixa-crime.

Fiel a essas considerações e de tudo mais que dos autos consta, meu voto é no sentido de rejeitar a queixa-crime, determinando o arquivamento dos autos.

É como voto.

DES.ª MÁRCIA MILANEZ - Trata-se de ação penal privada ajuizada pelo advogado F.E.R. em desfavor do Juiz de Direito, C.G.H., pela suposta prática dos crimes previstos nos arts. 138, 139 e 140 do Código Penal, em razão das menções registradas pelo Magistrado no termo da audiência ocorrida no dia 10 de junho de 2011.

Na esteira do irrepreensível voto do ilustre Relator, também compartilho do entendimento de que a rejeição da queixa-crime é a única medida a ser tomada no presente caso. De fato, a peça vestibular afigura-se inepta, pois apenas menciona as manifestações do querelado e as considera ofensivas, para ao final requerer a condenação pelos crimes de calúnia, difamação e injúria, mas não individualiza e especifica quais ações do Magistrado implicariam o enquadramento típico nos três crimes imputados, em violação às diretrizes do art. 41 do Código de Processo Penal.

Outrossim, como bem ressaltado pela douta Procuradoria de Justiça, inexiste justa causa para o exercício da ação penal, no que concerne ao elemento subjetivo dos tipos penais, os quais exigem a intenção de ofender, a qual não se compatibiliza com o *animus narrandi* ou com o *animus criticandi*. Noutras palavras, tendo o Magistrado querelado apenas narrado e apreciado os fatos ocorridos em audiência, ainda que de forma crítica e até mesmo áspera, disso não se vislumbra seu dolo de macular a honra do querelante.

Ademais, pela simples leitura do termo de audiência às f. 05/07, percebe-se que o querelado não imputou ao querelante, nem mesmo em tese, a prática de nenhum crime, razão pela qual não se haveria de falar em "calúnia" (que consiste na imputação falsa de "crime"), sendo que, quanto à difamação e à injúria, o magistrado estaria abarcado pela imunidade funcional do art. 142, III, do Código Penal, da mesma forma que as partes e seus procuradores estão protegidos pela imunidade judiciária do inciso I do mesmo artigo do *codex*. Neste ínterim, faltaria condição para o exercício do direito de ação ao querelante em face da impossibilidade jurídica do pedido.

Portanto, em consonância com o parecer da douta Procuradoria de Justiça e aderindo ao voto do ilustre Relator, também rejeito a queixa-crime, com fulcro no art. 395, I, II e III, do Código de Processo Penal.

DES. ALVIM SOARES - De acordo com o Relator.

DES. ELIAS CAMILO - Com o Relator.

DES. ANTÔNIO SÉRVULO - Com o Relator.

DES.ª SELMA MARQUES - Com o Relator.

DES. AFRÂNIO VILELA - Com o Relator.

DES. LEITE PRAÇA - Com o Relator.

DES. CÁSSIO SALOMÉ - Com o Relator.

DES. MANUEL SARAMAGO - Com o Relator.

DES. EDGARD PENNA AMORIM - De acordo.

DES.ª VANESSA VERDOLIM HUDSON ANDRADE - Com o Relator.

DES. DUARTE DE PAULA - Sr. Presidente. Agradeço a participação do ilustre Advogado que ocupou a tribuna.

Dos subsídios por ele trazidos e da análise que fiz das peças que me foram endereçadas, verifiquei que, inobstante entrevero havido em audiência, tal fato não resultou, de forma alguma, pela descrição dos fatos que devia conter a queixa, em observância ao art. 41 do CPP, na imputação que levaria ao recebimento da denúncia, quer por injúria, quer por calúnia, quer por difamação.

Ademais, como bem colocado pelo ilustre Relator, faltou o elemento subjetivo, para a caracterização dos delitos contra a honra, imputados pelo querelado.

Não vejo, aqui, *animus infamandi* ou *injuriandi,* mas simples entrevero ocorrido em audiência, que deveria ser relevado pelo ilustre querelante, entendendo o quanto sofre um magistrado, que é passível de erros, até mesmo da incompreensão alheia em seus julgamentos, para relevar, talvez, um destempero, que não chega nunca a elevar à pratica delitiva aqui imputada e reconhecer que somos passíveis de erros - não somos infalíveis.

Nesses argumentos, não vejo como proceder à denúncia da queixa-crime impetrada. Com tais adminículos, peço vênia ao ilustre Relator, se assim me permitir, para acompanhar às inteiras seu judicioso voto e rejeitar a queixa.

DES.ª BEATRIZ PINHEIRO CAIRES - Com o Relator.

DES. EDUARDO MARINÉ DA CUNHA - Com o Relator.

DES. ALBERTO VILAS BOAS - Com o Relator.

DES. JOSÉ AFFONSO DA COSTA CÔRTES - Com o Relator.

Súmula - À UNANIMIDADE, REJEITARAM A QUEIXA-CRIME.

...

Habeas corpus - Autoridade coatora - Câmara criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais - Julgamento - Competência do STJ - Art. 105, I, *c*, da Constituição Federal

Ementa: *Habeas corpus*. Autoridade coatora. Câmara criminal do Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Art. 105, I, c, da CF/88. Competência do STJ.

- A competência para o julgamento de *habeas corpus* contra ato da Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de Minas Gerais é do Superior Tribunal de Justiça.

***HABEAS CORPUS* Nº 1.0000.12.081292-0/000 - Comarca de Lambari - Paciente: Sebastião Carlos dos Reis - Autoridade coatora: Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais - Relator: DES. SILAS VIEIRA**

Acórdão

Vistos etc., acorda o Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sob a Presidência do Desembargador Herculano Rodrigues, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, em DECLINAR DA COMPETÊNCIA PARA O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.

Belo Horizonte, 10 de outubro de 2012. - *Silas Vieira* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. BITENCOURT MARCONDES - Sr. Presidente, pela ordem.

Suscito, de ofício, a incompetência deste Órgão Especial do Tribunal de Justiça para conhecer do presente *habeas corpus*.

Isso porque as autoridades coatoras são os membros da 2ª Câmara Criminal que reformaram a sentença absolutória prolatada pelo Juiz de primeira instância e condenaram o paciente à pena de três anos de reclusão, nos termos do art. 89 c/c art. 99 da Lei nº 8.666/93, e nas sanções do art. 1º, inciso I, do Decreto-lei nº 201/67, a dois anos de reclusão.

Estabelece o art. 105, inciso I, alínea c, da Constituição da República que a competência para

conhecer de *habeas corpus* contra ato praticado por Desembargador de Tribunal de Justiça é do Superior Tribunal de Justiça.

O Supremo Tribunal Federal editou a Súmula nº 606, cujo enunciado é:

> Não cabe *habeas corpus* originário para o Tribunal Pleno de decisão de turma, ou do plenário, proferida em *habeas corpus* ou no respectivo recurso.

Ante o exposto, em face da incompetência deste Órgão, os autos devem ser remetidos ao c. Superior Tribunal de Justiça.

DES. SILAS VIEIRA - Sr. Presidente.

Surpreendido que fui com esta preliminar, peço vista para examiná-la.

Súmula - PEDIU VISTA DOS AUTOS O RELATOR, APÓS O DES. BITENCOURT MARCONDES SUSCITAR A PRELIMINAR DE INCOMPETÊNCIA DESTE ÓRGÃO ESPECIAL PARA DECIDIR A MATÉRIA, EM CONSEQUÊNCIA, DEVENDO OS AUTOS SER REMETIDOS AO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.

Notas taquigráficas

DES. PRESIDENTE (HERCULANO RODRIGUES) - O julgamento deste feito foi adiado na sessão do dia 26.09.12, a pedido do Relator, após o Des. Bitencourt Marcondes suscitar a preliminar de incompetência deste Órgão Especial para decidir a matéria, em consequência, devendo os autos ser remetidos ao Superior Tribunal de Justiça.

Com a palavra, o Des. Silas Vieira.

DES. SILAS VIEIRA - Sr. Presidente.

Pedi vista dos autos, na última sessão, para melhor examinar a preliminar suscitada pelo Des. Bitencourt Marcondes e, após fazê-lo, cheguei à mesma conclusão de S.Ex.ª, entendendo, assim, pela incompetência deste Colegiado, conforme voto que passo a proferir.

Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar, impetrado em favor de Sebastião Carlos dos Reis, pretendendo a suspensão da execução da pena que lhe foi aplicada nos autos da Apelação Criminal nº 1.0378.08.025906-2/001.

Alega que o paciente foi condenado a cumprir uma pena de 3 (três) anos de reclusão, como incurso no art. 89 c/c art. 99 da Lei nº 8.666/93, e a 2 (dois) anos de detenção, pelas sanções do art. 1º, I, do Decreto-lei nº 201/67, inicialmente no regime aberto. Informa que o acórdão que reformou a sentença absolutória não deve prevalecer diante da ausência de lastro probatório. Diz que as testemunhas ouvidas estão todas impedidas e que a nulidade do processo é medida que se impõe. Requer a concessão de liminar para que seja suspenso o início do cumprimento da pena.

A inicial foi instruída com os documentos acostados às f. 14/80.

Liminar indeferida à f. 88.

Informações prestadas pela autoridade coatora à f. 95, documentos juntados às f. 96/110.

Instada a se manifestar, às f. 112/116, a Procuradoria-Geral de Justiça opinou pela denegação da ordem.

É o relatório. Passo a decidir.

Cumpre-me salientar que o alegado constrangimento ilegal que o paciente diz estar sofrendo resultou de acórdão proferido na Apelação Criminal 1.0378.08.025906-2/001, relatado pelo eminente Desembargador José Antonino Baía Borges, que deu provimento ao recurso aviado pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais e condenou o ora paciente, Sebastião Carlos dos Reis, às sanções dos arts. 89 e 99, ambos da Lei 8.666/93. e do art. 1º, I, da Lei 201/67, sendo-lhe imposto uma pena de 3 (três) anos de reclusão e 2 (dois) anos de detenção, a ser cumprida no regime aberto.

No entanto, a impetração não deve ser conhecida, pois trata-se de reexame pela via heróica de decisão deste próprio Tribunal, o que, a toda evidência, é da competência do colendo Superior Tribunal de Justiça, conforme estabelece o art. 105, inciso I, alíneas *a* e *c* da Constituição Federal:

> Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:
> I - processar e julgar, originariamente:
> a) nos crimes comuns, os Governadores dos Estados e do Distrito Federal, e, nestes e nos de responsabilidade, os desembargadores dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, os membros dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, os dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais Regionais Eleitorais e do Trabalho, os membros dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios e os do Ministério Público da União que oficiem perante tribunais; [...]
> c) os *habeas corpus*, quando o coator ou paciente for qualquer das pessoas mencionadas na alínea *a*, ou quando o coator for tribunal sujeito à sua jurisdição, Ministro de Estado ou Comandante da Marinha, do Exército ou da Aeronáutica, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral.

Coadunando tal posicionamento, este egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais já teve oportunidade de decidir:

> Corte Superior - *Habeas corpus* - Autoridade coatora - Câmara criminal do TJMG - Competência do STJ - Não conhecimento da ordem. - Nos termos do art. 105, inciso II, letra *a*, cabe recurso ordinário ao Superior Tribunal de Justiça em relação aos *habeas corpus* decididos em única ou última instância pelos Tribunais dos Estados, quando denegatória a decisão (*Habeas Corpus* nº 1.0000.11.067245-8/000, Rel. Des. Paulo Cézar Dias, j. em 23.11.2011).
>
> *Habeas corpus* - Autoridade apontada como coatora - Turma julgadora do Tribunal - Competência que se declina para o STJ (*Habeas Corpus* nº 1.0000.11.073667-5/000, Rel. Des. Antônio Carlos Cruvinel, j. em 09.11.2011).
>
> *Habeas corpus* - Ato impugnado - Acórdão de revisão criminal - Competência - Superior Tribunal de Justiça. - É da competência do Superior Tribunal de Justiça julgar *habeas*

corpus em que o ato impugnado é acórdão de revisão criminal proferido por Grupo de Câmaras Criminais de Tribunal de Jusitça Estadual (*Habeas Corpus* nº 1.0000.03.401850-7/000, Rel. Des. José Antonino Baía Borges, j. em 10.03.04).

Nesta esteira, não sendo deste órgão a competência para julgamento do presente feito, impõe-se a remessa dos autos ao STJ.

Pelo exposto, reconheço a incompetência deste eg. Tribunal de Justiça e declino da competência para o colendo Superior Tribunal de Justiça.

É como voto.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES ADILSON LAMOUNIER, BARROS LEVENHAGEN, LEITE PRAÇA, KILDARE CARVALHO, BRANDÃO TEIXEIRA, ALVIM SOARES, GERALDO AUGUSTO, CAETANO LEVI LOPES, MAURO SOARES DE FREITAS, ANTÔNIO SÉRVULO, HELOÍSA COMBAT, SELMA MARQUES, AFRÂNIO VILELA, WAGNER WILSON, BITENCOURT MARCONDES, VANESSA VERDOLIM HUDSON ANDRADE, DÁRCIO LOPARDI MENDES, ALBERTO VILAS BOAS e WANDERLEY PAIVA.

Súmula - DECLINARAM DA COMPETÊNCIA.

...

Ação Direta de Inconstitucionalidade - Uso e ocupação do solo - Matéria ambiental - Lei municipal - Competência supletiva - Legislação federal - Inobservância - Artigo 24 da Constituição da República e artigo 2º do Código Florestal - Ofensa - Inconstitucionalidade

Ementa: Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei municipal de uso e ocupação do solo. Ofensa ao art. 24 da Constituição da República e ao art. 2º do Código Florestal. Representação acolhida *in casu*.

- A legislação municipal sobre meio ambiente é supletiva e não concorrente, e, por isso mesmo, "deve respeitar os limites estabelecidos pela legislação federal".

- A competência legislativa do Município em matéria ambiental limita-se tão somente a subsidiar a legislação federal e estadual no que couber, devendo observar as normas gerais estatuídas pela União, "sob pena de invadir competência que não lhe foi atribuída pelo texto constitucional e, consequentemente, romper com o pacto federativo".

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 1.0000.10.036760-6/000 - Comarca de Viçosa - Requerente: Procurador-Geral de Justiça do Estado de Minas Gerais - Requerida: Câmara Municipal de Viçosa, Prefeito do Município de Viçosa - Relator: DES. BELIZÁRIO DE LACERDA

Acórdão

Vistos etc., acorda o Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sob a Presidência do Desembargador Herculano Rodrigues, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM JULGAR PROCEDENTE O PEDIDO.

Belo Horizonte, 28 de novembro de 2012. - *Belizário de Lacerda* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. BELIZÁRIO DE LACERDA - Cuida-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade proposta pelo Ministério Público deste Estado em face do art. 5º, inciso I e § 2º, da Lei nº 1.420/2000 do Município de Viçosa, a qual dispõe sobre a ocupação, uso do solo e zoneamento urbano.

O pedido inicial sustenta que o Município só tem competência legislativa supletiva, e assim não pode extrapolar os limites estabelecidos pela legislação federal e estadual, relativamente às questões ambientais, fundamentando-se em textos constitucionais, legislativos e doutrina jurisprudência sobre a matéria.

O Município de Viçosa, por meio de seu Prefeito Municipal, prestou informações às f. 121/132, sustentando a constitucionalidade do texto legal objeto da presente ação.

> Decido.
> O texto legal objeto da presente ação está assim redigido:
> Lei nº 1.420, de 21 de dezembro de 2000:
> [...]
> Art. 5º - No território municipal, consideram-se não-edificados:
> I - nas áreas urbanas, as faixas de terrenos situadas ao longo das águas correntes e dormentes, a distâncias laterais nunca inferiores a 10 (dez metros) dos eixos;
> [...]
> § 2º - Nos loteamentos aprovados, implantados e registrados, será obedecido ao longo das águas correntes e dormentes o afastamento mínimo de 15 m (quinze metros), contados das margens.
> [...]

Como se vê, tanto o inciso I do artigo 5º, bem como seu § 2º ultrapassam os limites estabelecidos pela Lei nº 4.771/65 (Código Florestal), o qual estabelece em seu art. 2º que, ao longo dos rios e cursos de água, deve ser respeitada a faixa marginal de 30 metros.

O mesmo artigo em seu parágrafo único assim dispõe:

> Parágrafo único. No caso de áreas urbanas, assim entendidas as compreendidas nos perímetros urbanos definidos por lei municipal, e nas regiões metropolitanas e aglomerações urbanas, em todo o território abrangido, observar-se-á o disposto nos respectivos planos diretores e leis de uso do solo, respeitados os princípios e limites a que se refere este artigo.

O que se vê do dispositivo acima transcrito é que os Municípios podem legislar supletivamente sobre a matéria, regulamentando seus planos diretores e leis de

uso do solo, mas sempre com a ressalva de que devem respeitar "os princípios e limites a que se refere este artigo".

Assim, fica muito claro que o Município, ao legislar sobre matéria relativa aos cursos de água que cortam o seu território, deve respeitar o limite estabelecido pelo Código Florestal.

E, como bem fundamentado no pedido inicial, o art. 24 da Constituição da República restringe a competência legislativa sobre matéria ambiental à União, aos Estados e ao Distrito Federal, admitindo que o Município legisle supletivamente, desde que respeite os limites consagrados na legislação federal e estadual.

Sobre a matéria, vide o seguinte precedente similar do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

> Ação Direta de Inconstitucionalidade. Art. 17, § 4º, da Lei Municipal nº 1.072/2007, do Município de Imbé. Alteração da definição de área de preservação permanente, em nítida contrariedade ao que dispõe a legislação federal sobre o tema. Matéria cuja competência é concorrente entre os entes federados, sendo que à União compete a elaboração de normas gerais sobre o tema, que, no caso, é a Resolução nº 303/2002 do Conama. Município que ignorou a legislação da União e extrapolou a competência. Hipótese de competência suplementar que não resta verificada ante a ausência de vácuo legislativo. - A competência dos Municípios nas questões de legislação concorrente (art. 24 da CF) limita-se a suplementar a legislação federal e estadual no que couber, dentro do interesse local. Salvo a hipótese de vácuo legislativo, não podem os Municípios estabelecer normas gerais sobre aquelas matérias. - O art. 17, § 4º, da Lei Municipal nº 1.072/2007, ao estabelecer que 'As Áreas de Transição compreendem 100m (cem metros) após os 30m (trinta metros) de Área de Preservação Permanente da margem do rio, devendo ser livres de residências fixas e proporcionar livre acesso da população à margem do rio. [...]', inequivocamente extrapolou a competência que lhe é reservada pelo texto constitucional. Ao dispor sobre o mesmo tema regulado na legislação federal, e ainda de modo contrário, invadiu a competência da União para legislar sobre normas gerais, pois a definição do que seja área de preservação permanente já existe em nível de legislação federal, que, no caso, assume contorno de lei nacional, por ser geral. Assunto de relevância nacional, a merecer procedimento uniforme em todo o território brasileiro. Afronta direta aos princípios previstos nos arts. 1º e 8º da Constituição Estadual. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada procedente. Unânime (TJRS, Jurisprudência, Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 70026489880, Tribunal Pleno, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Aquino Flôres de Camargo, julgado em 27.04.2009).

A matéria, que não é nova e consta à f. 85, já foi reiteradamente decidida por este Tribunal exatamente sobre planos diretores e uso e ocupação do solo.

A legislação municipal sobre meio ambiente é supletiva e não concorrente, e por isso mesmo deve respeitar os limites estabelecidos pela legislação federal.

A competência legislativa do Município em matéria ambiental limita-se tão somente a subsidiar a legislação federal e estadual no que couber, devendo observar as normas gerais estatuídas pela União, sob pena de invadir competência que não lhe foi atribuída pelo texto constitucional e, consequentemente, romper com o pacto federativo.

Em tais termos, julgo procedente o pedido para declarar inconstitucional o inciso 1 do art. 5º e o § 2º do mesmo artigo da Lei Municipal nº 1.420, de 21 de dezembro de 2000, do Município de Viçosa.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores EDILSON FERNANDES, ELIAS CAMILO, ANTÔNIO SÉRVULO, HELOISA COMBAT, SELMA MARQUES, AFRÂNIO VILELA, WAGNER WILSON, BITENCOURT MARCONDES, ADILSON LAMOUNIER, BARROS LEVENHAGEN, LEITE PRAÇA, CÁSSIO SALOMÉ, ALMEIDA MELO, JOSÉ ANTONINO BAÍA BORGES, KILDARE CARVALHO, MÁRCIA MILANEZ, SILAS VIEIRA, GERALDO AUGUSTO, CAETANO LEVI LOPES, AUDEBERT DELAGE, MANUEL SARAMAGO, PAULO CÉZAR DIAS e VANESSA VERDOLIM HUDSON ANDRADE.

Súmula - PROCEDENTE.

...

Improbidade administrativa - Vereadores - Afastamento liminar - Ações temerárias - Ocultação/destruição de provas - Perigo de dano irreparável ou de difícil reparação - Art. 20, parágrafo único, da Lei 8.429/92 - Providência necessária - Precedentes do STJ

Ementa: Agravo de instrumento. Ação cautelar aviada pelo Ministério Público. Afastamento do cargo de vereadores. Liminar deferida. Obstrução da colheita de provas. Decisão mantida.

- Demonstrados nos autos a verossimilhança da alegação e o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, consubstanciado na obstrução dos agravados na colheita de provas, na ação cautelar preparatória da apuração de improbidade administrativa, há que ser mantido o deferimento liminar que determinou o afastamento do cargo dos vereadores do Município de Alto do Rio Doce.

Recurso não provido.

Agravo de Instrumento Cível nº 1.0021.12.000078-7/001 - Comarca de Alto Rio Doce - Agravante: Anselmo José Barbosa de Paiva - Agravado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Interessados: Caetano Moreira Barbosa e outro, Altamiro Francisco de Assis, Geraldo Assunção Andrade de Oliveira - 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, à unanimidade, em NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 8 de novembro de 2012. - *Judimar Biber* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. JUDIMAR BIBER - Trata-se de agravo de instrumento aviado contra a decisão de f. 43/46-TJ, que deferiu, nos autos da ação cautelar promovida pelo representante do Ministério Público, a medida requerida, para determinar o afastamento de quatro vereadores da Câmara de Vereadores do Município de Alto do Rio Doce, em que se pretende impor efeito suspensivo à decisão produzida e sua reforma, ao final.

O agravado, embora intimado, deixou de apresentar contraminuta ao agravo de instrumento.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça apresentou o parecer de f. 141/149, pelo desprovimento do presente agravo.

O agravo é regular e tempestivo, não sendo mesmo o caso de sua conversão em retido nos autos.

Em que pesem as ponderações do requerente, o que se vislumbra é que o agravante não fez juntar aos autos os documentos trazidos com a inicial e que deram base fundamental para o afastamento cautelar do cargo, havendo, na petição inicial, indicação de atos atentatórios contra os princípios da legalidade, da moralidade e da probidade administrativa, a respaldar as condições do art. 11 da Lei Federal 8.429/92.

Não se tendo conhecimento das provas pré-constituídas que conduziram o Juízo a sustentar a própria medida cautelar deferida, seria mesmo impossível que se pudesse conhecer do agravo de instrumento para lhe dar uma solução adequada, não se mostrando possível oportunizar a juntada de peças capazes de conduzir ao conhecimento e ao julgamento do tema, tal como proposto, questão, aliás, que se encontra pacificada no Superior Tribunal de Justiça, senão vejamos:

> Processual civil. Agravo de instrumento. Deficiência na instrução. Ausência de peça facultativa, essencial ao julgamento. Art. 525 do CPC. Não conhecimento do recurso. Precedentes da Corte Especial. - 1. As peças necessárias ao conhecimento pleno da controvérsia, mercê de não obrigatórias, impõem ao agente o dever de encartá-las no instrumento, sob pena de inadmissão da irresignação recursal. Precedentes do STJ: EREsp 504914/SC, Corte Especial, *DJ* de 17.12.2004; EREsp 512149/SC, Corte Especial, *DJ* de 06.12.2004; EREsp 509394/RS, Corte Especial, *DJ* 04.04.2005. - 2. Agravo regimental desprovido. (AgRg no REsp 821.665/MA, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 11.03.2008, *DJe* de 03.04.2008.)

> Recurso especial. Direito processual civil. Agravo de instrumento. Ausência de prequestionamento. Deficiente formação. Ausência de peça essencial para a resolução da controvérsia, mas não obrigatória. Inteligência do art. 525, incisos I e II, do Código de Processo Civil. Conversão do julgamento em diligência. Descabimento. - 1. A ausência de debate, na instância recorrida, do dispositivo legal, cuja violação se alega no recurso especial, atrai a incidência da Súmula 282 do STF. - 2. O inciso II do art. 525 do Código de Processo Civil permite ao agravante formar o instrumento com outras peças, que não as obrigatórias, mas necessárias ao exato conhecimento das questões discutidas, uma vez que os autos principais não sobem ao tribunal por causa do agravo. Cabe-lhe, em sendo interesse seu, o traslado de outras cópias do processo, de modo a embasar seu pedido, possibilitando o desate da lide. - 3. É ônus do agravante a adequada formação do instrumento com todos os elementos, para além dos legalmente obrigatórios, necessários ao conhecimento da espécie, sem o que fica excluída a possibilidade de decisão do mérito. - 4. É firme o entendimento do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal no sentido de que constitui ônus da parte instruir corretamente o agravo de instrumento, fiscalizando a sua formação e o seu processamento,

sendo inviável a juntada de qualquer documento *a posteriori*, em face da revogação, pela Lei nº 9.139/95, do texto original do art. 557 do Código de Processo Civil, que autorizava o relator a converter em diligência o agravo insuficientemente instruído. - 5. Recurso especial a que se nega provimento. (REsp 675.715/RJ, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 03.02.2005, *DJ* de 28.02.2005, p. 251.)

Nesse particular, deixaria consignado que a pretensão do agravante, de que se desqualifiquem as provas trazidas aos autos pelo representante do Ministério Público local, não seria mesmo possível, menos ainda desqualificar o poder de investigação, em função das condições do art. 129, III, da Constituição Federal, mormente quando nem mesmo se trouxeram aos autos as investigações produzidas.

Por outro lado, a decisão hostilizada, por sua vez, está arrimada não apenas na reiteração dos atos de improbidade, mas traz à baila uma série de depoimentos extrajudiciais que dão conta de que os vereadores locais se teriam apropriado de recursos públicos de forma ilegal, além de indicação de nefasta influência nas testemunhas, ocultação e destruição de documentos públicos com a única finalidade de ocultar os fatos que estariam em apuração extrajudicial, o que dá guarida ao próprio afastamento liminar, tal como antevisto no art. 20, parágrafo único, da Lei Federal 8.429/92, ante a temerária ação dos agentes políticos acerca das investigações promovidas.

A decisão se afina com o posicionamento firmado no Superior Tribunal de Justiça sobre o tema, que vem admitindo o afastamento cautelar, sem prejuízo da remuneração, na hipótese de se mostrar providência útil ou necessária às apurações, sendo certo que um dos afastados seria o próprio presidente da casa legislativa local, o que, aliado às ações temerárias declinadas e à não juntada das provas que respaldaram a própria medida adotada, sustenta o afastamento do próprio agravo de instrumento.

Vejamos decisões daquele Tribunal Superior:

Processual civil. Administrativo. Ação cautelar. Improbidade. Destrancamento e efeito suspensivo. Inexistência de plausibilidade do direito. Ausência de teratologia no acórdão da origem. - 1. A concessão de medida cautelar exige, necessariamente, a presença cumulativa dos requisitos de plausibilidade do direito invocado e do risco de dano irreparável (*fumus boni iuris* e *periculum in mora*). A ausência de quaisquer desses requisitos obsta a pretensão de se conferir efeito suspensivo ao recurso, bem como seu destrancamento. - 2. O acórdão da origem, para justificar o afastamento provisório do vereador de seu cargo público, pelo art. 20 da LIA, afirma que o requerente está 'ocultando provas e ameaçando testemunhas', não restando demonstrada a probabilidade de êxito do recurso especial, em razão do óbice previsto na Súmula 7/STJ. - 3. Registre-se que também não ficou evidenciado o caráter teratológico ou manifestamente ilegal do aresto impugnado, que legitimaria o destrancamento e a atribuição de efeito suspensivo ao recurso especial. Medida cautelar improcedente. Agravo regimental prejudicado. (MC 17.767/ES, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 17.11.2011, *DJe* de 23.11.2011.)

Portanto, plenamente possível o afastamento dos agentes públicos dos respectivos cargos, quando haja indícios de perturbação na colheita de provas no processo judicial ou no procedimento administrativo, não merecendo prosperar a alegação de que houve ofensa ao princípio da tripartição dos Poderes, na medida em que a Câmara Municipal não foi ouvida, pois a medida cautelar teve como objeto os agravados, e não a Casa Legislativa, sendo certo que os atos de improbidade podem e devem ser combatidos pelo Poder Judiciário.

Logo, além da pretensão se mostrar deficiente em termos de instrução, a decisão produzida se afina inteiramente com a decisão do Superior Tribunal de Justiça.

Diante do exposto, nego provimento ao agravo de instrumento.

Custas, imunes.

DES. JAIR VARÃO - De acordo com o Relator.

DES. KILDARE CARVALHO - Não obstante já tenha manifestado entendimento contrário em outros casos, na hipótese em comento, em que o presente recurso não se encontra satisfatoriamente instruído, ponho-me de acordo com o eminente Desembargador Relator.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

...

Execução - Cédula de crédito bancário - Título executivo - Testemunhas - Assinatura

Execução. Cédula de crédito bancário. Título executivo. Não exigência de assinatura de testemunhas. Regra processual. Previsão legal.

- A cédula de crédito bancário é um título de crédito executivo extrajudicial, nos termos do art. 585, inciso VIII, do CPC e Lei 10.931, de 2004.

- A Lei 10.931, de 2004, não exige a assinatura de duas testemunhas para se atribuir força executiva à cédula de crédito bancário.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0081.12.000114-4/001 - Comarca de Bonfim - Vara Única - Apelante: Banco Santander (Brasil) S.A. - Apelado: Daniel José Felício - Relator: DES. MARCELO RODRIGUES

Acórdão

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

Belo Horizonte, 31 de outubro de 2012. - *Marcelo Rodrigues* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. MARCELO RODRIGUES - Cuida-se de apelação cível interposta por Banco Santander Brasil S.A. em face da sentença de f. 19/20-TJ, pela qual o Juiz julgou extinto o feito sem resolução de mérito, por considerar ausentes os pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo, com base no art. 267, inciso IV, do Código de Processo Civil, na execução que move em face de Daniel José Felício.

Em suas razões de recurso, a apelante alega que cumpriu com todos os requisitos dos arts. 282 e 283 do Código de Processo Civil e, considerando-se que a cédula de crédito bancário é um título de crédito executivo extrajudicial, não haveria razão para o indeferimento da inicial. Aponta que o art. 585, inciso VIII, do Código de Processo Civil dispõe que todos os demais títulos judiciais aos quais alguma lei atribuir força executiva devem ser reconhecidos como tal. E, no caso da cédula de crédito bancário, o art. 28 da Lei 10.931, de 2004, atribui-lhe a força executiva, sem necessidade de assinatura de testemunhas. Pugna pela anulação da sentença, com o prosseguimento do feito.

Preparo do recurso à f. 30-TJ.

Não houve citação do réu, motivo pelo qual ausentes contrarrazões.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

Assiste razão à apelante.

A execução foi instruída com uma cédula de crédito bancário. A cédula de crédito é um título de crédito que representa uma promessa de pagamento pela qual o obrigado se compromete diretamente com o beneficiário a pagar-lhe certa quantia em dinheiro, e, no caso dos autos, aquela apresentada às f. 09/16-TJ encontra-se com todos os requisitos da lei.

Anoto, a título de esclarecimento, que em 2004 houve a edição da Lei nº 10.931, que estabeleceu por vez a definição e congregação no ordenamento jurídico pátrio das cédulas de crédito bancário, antes reguladas pela Medida Provisória nº 1.925, de 1999.

> A Lei nº 10.931, de 2004, em seu art. 28, *caput*, assim redigido, dispõe que:
>
> Art. 28. A Cédula de Crédito Bancário é título executivo extrajudicial e representa dívida em dinheiro, certa, líquida e exigível, seja pela soma nela indicada, seja pelo saldo devedor demonstrado em planilha de cálculo, ou nos extratos da conta-corrente, elaborados conforme previsto no § 2º.

Assim, em consonância com o art. 585, VIII, do Código de Processo Civil, a Lei nº 10.931, de 2004, ao disciplinar a cédula de crédito bancário, conferiu-lhe a conformação de título de crédito, atribuindo-lhe a força executiva.

Oportuno apontar que a apelante cumpriu, outrossim, com o requisito disposto no § 2º do art. 28 da citada lei:

> § 2º Sempre que necessário, a apuração do valor exato da obrigação, ou de seu saldo devedor, representado pela Cédula de Crédito Bancário, será feita pelo credor, por meio de planilha de cálculo e, quando for o caso, de extrato emitido pela instituição financeira, em favor da qual a Cédula de Crédito Bancário foi originalmente emitida, documentos esses que integrarão a Cédula [...].

No que tange à exigência de assinaturas, dispõe o art. 29 que bastam as da instituição financeira e do emitente.

Sobre o tema, vejam-se precedentes do STJ:

> Agravo regimental no recurso especial. Direito bancário e processual civil. Recurso especial. Cédula de crédito bancário vinculada a contrato de crédito rotativo. Exequibilidade. Lei nº 10.931/2004. Possibilidade de questionamento acerca do preenchimento dos requisitos legais relativos aos demonstrativos da dívida. Incisos I e II do § 2º do art. 28 da lei regente. 1. A Lei nº 10.931/2004 estabelece que a cédula de crédito bancário é título executivo extrajudicial, representativo de operações de crédito de qualquer natureza, circunstância que autoriza sua emissão para documentar a abertura de crédito em conta corrente, nas modalidades de crédito rotativo ou cheque especial. 2. Para tanto, o título de crédito deve vir acompanhado de claro demonstrativo acerca dos valores utilizados pelo cliente, trazendo o diploma legal a relação de exigências que o credor deverá cumprir, de modo a conferir liquidez e exequibilidade à Cédula (art. 28, § 2º, incisos I e II, da Lei nº 10.931/2004). 3. No caso em julgamento, tendo sido afastada a tese de que, em abstrato, a cédula de crédito bancário não possuiria força executiva, os autos devem retornar ao Tribunal *a quo* para a apreciação das demais questões suscitadas no recurso de apelação. Precedente. 4. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no REsp 1271339/MS, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 21.08.2012, *DJe* de 29.08.2012.)

E, considerando os requisitos da execução, tenho que a mesma não está eivada de qualquer vício, ou seja, o crédito funda-se em título de obrigação certa, líquida e exigível (art. 586 do Código de Processo Civil). A obrigação é certa, porque existe o dever de pagamento afirmado no título; líquida, porque é perceptível a quantia nele declarada; e exigível, porque o inadimplemento foi constituído em mora.

Pelo exposto, dou provimento ao recurso para anular a sentença e determinar o regular prosseguimento do feito, observado o devido processo legal.

Custas, ao final, pelo sucumbente.

DES. MARCOS LINCOLN - De acordo com o Relator.

DES. WANDERLEY PAIVA - De acordo com o Relator.

Súmula - DAR PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Falência lastreada em execução forçada - Insolvência - Não comprovação - Princípio da preservação da empresa - Créditos a receber - Pendência de penhora - Execução - Continuidade - Possibilidade - Decretação de falência - Descabimento - Justiça gratuita - Revogação

Ementa: Apelação cível. Falência lastreada em execução frustrada. Insolvência não comprovada. Princípio da preservação da empresa. Créditos a receber ainda pendentes de penhora. Continuidade da execução. Possibilidade. Pedido de quebra rechaçado. Gratuidade da justiça. Benefício cassado.

- A decretação de quebra de uma sociedade empresária somente se legitima quando constatada sua insolvência, a qual decorrerá de um concurso de credores.

- A inexistência de concurso de credores e a prova de que a sociedade empresária possui considerável montante a receber do cliente do autor da ação afastam a situação de insolvência da pessoa jurídica, descaracterizando, ainda, a hipótese de execução frustrada.

- A declaração de pobreza colacionada pelo requerente nos autos alicerça a presunção *juris tantum*, prevista em lei, a seu favor.

- No entanto, a presunção de miserabilidade jurídica, porquanto relativa, pode ser elidida quando verificada, nos autos, prova de que o beneficiário da justiça gratuita possui condições de arcar com as despesas processuais sem prejuízo de seu sustento, o que ocorreu na espécie.

Recurso a que se nega provimento.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0132.05.000148-7/001 - Comarca de Carandaí - Apelante: Ricardo Vanderlei Silva, em causa própria - Apelados: Casa Agricultor Carandaí Ltda. e outro coobrigado - 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, à unanimidade, em NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 29 de novembro de 2012. - *Áurea Brasil* - Relatora.

Notas taquigráficas

DES.ª ÁUREA BRASIL - Cuida-se de apelação cível interposta por Ricardo Vanderlei Silva em face da r. sentença de f. 571/578, da lavra do MM. Juiz de Direito Cristiano Araújo Simões Nunes, da Comarca de Carandaí, que, nos autos de ação falimentar, julgou improcedente o pedido e revogou a assistência judiciária antes concedida, condenando o autor ao pagamento de honorários advocatícios no importe de R$3.000,00 (três mil reais).

Em razões de f. 579/597, alega o apelante: a) a caracterização do estado falimentar é objetiva, consoante disposto na Lei 11.101/2005; b) o que interessa para decretação de falência, nos termos da lei, é a insolvência jurídica do devedor; c) encontra-se caracterizada, nos autos, a impontualidade injustificada da executada, que, citada para pagamento dos honorários arbitrados nos autos dos embargos à arrematação contra ela opostos, não pagou, não depositou e não nomeou bens à penhora; d) há várias execuções propostas contra a apelada, demonstrando, assim, que sua saúde financeira não é boa; e) a apelada, no curso de todo o processo, não trouxe à baila, além da alegação de possuir crédito superior àquele devido ao apelante, quaisquer provas no sentido de que possua bens ou valores líquidos, certos e exigíveis, com os quais possa quitar sua dívida; f) não vem o apelante utilizar-se da ação de falência como meio substitutivo da ação de cobrança; g) faz jus ao benefício da assistência judiciária, sendo descabida sua revogação pelo Juiz da causa.

Contrarrazões às f. 602/612, pugnando pela majoração de honorários advocatícios e pela condenação do apelante às penas por litigância de má-fé.

Remetidos os autos à Procuradoria-Geral de Justiça, manifestou-se o douto Procurador, Dr. Antônio César Mendes Martins, pelo desprovimento do recurso (f. 627/628).

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

O apelante pugna pela decretação da falência da sociedade empresária Casa do Agricultor de Carandaí Ltda., ora apelada, lastreando seu pleito no art. 94, II, da Lei 11.101/05, que prevê:

> Art. 94. Será decretada a falência do devedor que:
> [...]
> II - executado por qualquer quantia líquida, não paga, não deposita e não nomeia à penhora bens suficientes dentro do prazo legal.

Inicialmente, registro que não se pode desvirtuar o instituto da falência, para torná-la sucedâneo da execução. Para tanto, deve o magistrado atentar-se às especificidades do caso concreto, conferindo à legislação especial - *in casu*, a Lei 11.101/05 -, adequada interpretação, em consonância com o princípio da preservação da empresa, bem como ao disposto no art. 170 da Constituição da República, que estabelece:

> Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:
> [...]
> VIII - busca do pleno emprego; [...].

A paralisação das atividades de uma sociedade empresária somente se legitima quando constatada sua insolvência, que, por certo, decorrerá de um concurso de credores.

Essa é, a meu sentir, a condição da qual deriva o processo de falência, à luz dos mais modernos pensadores do direito falimentar, que, atentos ao princípio da preservação da empresa, criticam a decretação da quebra lastreada em simples presunção de insolvência, decorrente de atrasos de pagamentos.

A respeito do tema, destaco a doutrina de André Luiz Santa Cruz Ramos:

> [...] para a doutrina comercialista a insolvência do empresário, como pressuposto para a abertura do processo falimentar, não deve ser compreendida no seu sentido real ou econômico acima referido, mas num sentido jurídico ou presumido, preestabelecido em lei.
> No entanto, no mesmo momento em que apontamos essa posição da doutrina destacamos que ela precisa ser repensada à luz dos novos paradigmas que orientam o direito falimentar contemporâneo. Com efeito, a ideia subjacente ao princípio da preservação da empresa, o qual, como visto, informa o direito falimentar atual, é a manutenção no mercado dos empresários viáveis ou recuperáveis, ideia essa que se opõe, pois, a qualquer sistema de determinação da insolvência que se baseie, pura e simplesmente, em meras presunções.
> Num passado não muito distante, em que a falência era vista como punição do devedor inadimplente, a presunção da insolvência pela mera impontualidade de dívida ou pela adoção de certos comportamentos suspeitos era justificável. Hodiernamente, porém, para alguns essa visão não se sustenta. Segundo o entendimento dos que assim pensam, a impontualidade do devedor ou a prática de alguns atos supostamente 'falimentares' poderia indicar, no máximo, uma situação de crise econômica temporária, que representa mera iliquidez, não autorizando, pois, a abertura do processo falimentar (*Curso de direito empresarial* - O novo regime jurídico-empresarial brasileiro. Salvador: Jus Podivm, 2008, p. 537-538).

Seguindo esse raciocínio, cito ainda precedentes do Superior Tribunal de Justiça:

> Comercial e processual civil. Pedido de falência. Acórdão estadual que identificou simples propósito de cobrança. Matéria de fato. Reexame. Impossibilidade. Súmula nº 7-STJ. - I. Descabido o pedido de falência quando o mesmo se reveste do simples propósito de cobrança de dívida, como substitutivo da via executiva, e, ainda, quando revelado pelo aresto estadual a intransigência da credora no recebimento do diminuto crédito pela via do acordo. II. 'A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial' (Súmula n. 7/STJ). III. Recurso especial não conhecido (REsp 606485/RS - Rel. Ministro Aldir Passarinho Junior - Quarta Turma - julgado em 16.11.2010 - *DJe* de 1º.12.2010).

> Falência. Instrumento de coação para cobrança de dívidas. Incompatibilidade. - Não havendo real fundamento para o requerimento da falência, que, de procedimento indispensável à liquidação de patrimônio de empresa insolvente, transmuda-se em instrumento de coação para a cobrança de dívidas, a quitação do débito, descaracterizando o estado de insolvência, mormente quando comunicado ao juízo o desinteresse do credor único no prosseguimento do processo falimentar, impõe a extinção do processo. Recurso especial conhecido e provido (REsp 399644/SP - Rel. Min. Castro Filho - Terceira Turma - j. em 30.04.2002 - *DJ* de 17.06.2002, p. 259).

No presente caso, o apelante carreia aos autos cópia do processo de execução dos honorários advocatícios arbitrados em ação de embargos à arrematação, além de certidões negativas da propriedade de bens emitidas pelo Detran/MG e pelo Cartório de Registro de Imóveis da Comarca de Carandaí (f. 37/41), bem como relação de 7 (sete) execuções fiscais ajuizadas no período de 1998 a 2004 (f. 42) contra a mesma devedora.

O documento de f. 195/197 evidencia que, das sete demandas noticiadas, apenas três encontram-se ativas, não autorizando, portanto, a configuração de um concurso de credores a demandar contra a empresa. Ademais, há nos autos certidões negativas dos Fiscos federal e estadual (f. 72/73).

Importante frisar que o débito exequendo, que culminou no pleito falimentar, consiste em honorários advocatícios fixados nos embargos à arrematação movidos por Paulo César de Oliveira contra a ora apelada. Tais embargos foram aviados em execução proposta pela sociedade empresária, lastreada em duplicadas lançadas em face do Sr. Paulo César.

Esse devedor reconheceu a existência de crédito em favor da empresa no transcurso da execução por ela proposta (cf. termo de f. 448/449), mas, por esse mesmo motivo, questionou os atos constritivos até então praticados naquela demanda, alegando novação. Tal argumento não foi aceito pelo Juízo de primeiro grau, mas houve reforma do *decisum* nesta Instância Revisora, consoante se infere do acórdão, cuja cópia se encontra acostada às f. 324/328 dos autos.

Conclui-se, portanto, que Ricardo Vanderlei Silva pugna pela decretação de falência da sociedade empresária Casa do Agricultor de Carandaí Ltda., baseando-se no inadimplemento de honorários advocatícios fixados em ação de embargos à arrematação julgados em favor do seu cliente Paulo César de Oliveira, o qual, nestes mesmos autos, reconhece a existência de dívida para com essa pessoa jurídica, em valor que hoje suplanta R$60.000,00 (sessenta mil reais), mas que, até o presente momento, não restou devidamente quitado, diante das esquivas do devedor, nos termos da petição, cuja cópia se encontra anexada à f. 522.

Toda essa peculiar conjuntura dos autos, muito bem delineada pelo MM. Juiz da causa, associada à inexistência de pendências perante os Fiscos federal e estadual, bem como SPC ou Serasa (f. 560/562), impede que se reconheça a insolvência da apelada para os fins falimentares.

Consoante destacado pelo atento Magistrado de primeiro grau, se a empresa requerida tem um crédito a receber, ela não pode ser considerada insolvente.

Isso porque poderia o advogado penhorar o direito ao crédito da empresa requerida no rosto dos autos da ação de execução proposta contra Paulo César de Oliveira, nos termos do art. 673 do Código de Processo Civil. O crédito é do conhecimento do autor, pois ele patrocinava a defesa da parte executada nos autos (f. 575).

Isso posto, seja porque descaracterizada a insolvência da apelada, seja porque não esgotadas as chances de pagamento dos honorários advocatícios pela via da ação de execução, descabida a decretação de falência com lastro no título ora apontado.

Quanto à revogação dos benefícios da gratuidade da justiça, também nesse aspecto a sentença deve ser mantida, uma vez que sua renda consiste não só nos vencimentos auferidos pelo desempenho do cargo de Procurador do Município (cf. contracheques de f. 598), mas também em honorários cobrados nas inúmeras causas ativas em que milita na Comarca de Carandaí, consoante informações extraídas do próprio sistema de consultas processuais deste Tribunal de Justiça.

Tais circunstâncias, por si sós, elidem a presunção de hipossuficiência do recorrente, então gerada pela declaração de f. 10, dispensando, dessarte, a instrução probatória tal desiderato.

Por fim, impende ressaltar o descabimento dos pleitos lançados pela apelada em contrarrazões, porquanto flagrante a inadequação da via eleita.

Com tais considerações, nego provimento ao recurso.

Votaram de acordo com a Relatora os DESEMBARGADORES FERNANDO CALDEIRA BRANT e BARROS LEVENHAGEN.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Ação ordinária - Detran/MG - Automóvel objeto de crime - Entrega do bem ao proprietário legítimo - Baixa definitiva de registro de veículo - Direito de petição (art. 5º, XXXIV, *a*, CF) - Poder-dever de agir - Omissão do agente público - Art. 2º da Resolução nº 11/98 do Contran - Honorários advocatícios

Ementa: Reexame necessário. Ação ordinária. Detran/MG. Automóvel objeto de crime. Entrega do bem ao proprietário legítimo. Baixa definitiva de registro de veículo. Direito de petição (art. 5º, XXXIV, *a*, CF). Poder-dever de agir. Omissão do agente público. Art. 2º da Resolução nº 11/98 do Contran. Honorários advocatícios.

- A efetivação da baixa do registro de veículos, nos termos do art. 2º da Resolução nº 011/98, somente deve ser autorizada após a quitação de eventuais débitos fiscais e de multas de trânsito e ambientais que disserem respeito ao veículo, independentemente da responsabilidade pelas infrações cometidas.

- Se o automóvel objeto de crime já foi restituído ao seu legítimo proprietário e, quanto a ele, inexistem débitos fiscais ou de multas, não há motivo razoável para que o seu registro subsista, mormente quando isso decorre tão somente de conduta desidiosa do delegado de trânsito do Detran/MG.

- A conduta omissiva do representante do Estado de Minas Gerais, por considerado interstício temporal, viola, de um lado, (I) o direito fundamental de petição (art. 5º, XXXIV, *a*, CF/88) e, de outro, (II) o mandamento de atuação administrativa, consistente no poder-dever de agir, incidente sobre os agentes públicos.

- O direito de petição, manejável para defesa de direito ou contra ilegalidade ou abuso de poder, tem como corolário lógico, como contraface, o dever de pronunciamento da autoridade destinatária do pedido, sob pena de, em caso de omissão, esvaziar-se a normatividade dessa garantia fundamental. Não há de se tolerar, portanto, a omissão do agente público, porque o silêncio, nessa hipótese, configura flagrante ilegalidade.

- Os poderes administrativos são outorgados aos agentes públicos para lhes permitir atuação voltada à concretização dos interesses da coletividade, e, exatamente por isso, são irrenunciáveis, devendo ser obrigatoriamente exercidos pelos titulares. Isto é, as prerrogativas públicas, ao mesmo tempo que constituem poderes para o administrador público, impõem-lhe o seu exercício e lhe vedam a inércia. Deve-se compreender, enfim, que a atividade administrativa realiza-se sob o influxo de uma relação de subordinação, serviente à boa prestação do serviço público prestado pelo ente, que se operacionaliza prioritariamente a favor dos súditos, porquanto todo agente do Estado deve atuar, com único e primeiro direcionamento, na persecução do interesse público, do interesse coletivo.

- Tratando-se de condenação imposta à Fazenda Pública, os honorários de sucumbência devem ser arbitrados nos termos do art. 20, § 4º, do CPC, pela apreciação equitativa do juiz, em atenção ao 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 o seu serviço.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0071.11.000808-4/001 - Comarca de Boa Esperança - Apelante: Estado de Minas Gerais - Apelado: Dirlene Augusta de Andrade - Relator: DES. ELPÍDIO DONIZETTI

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, EM, NO REEXAME NECESSÁRIO, CONFIRMAR A SENTENÇA, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

Belo Horizonte, 8 de novembro de 2012. - *Elpídio Donizetti* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. ELPÍDIO DONIZETTI - Trata-se de recurso de apelação interposto à sentença proferida pelo Dr. Ricardo Acayaba Vieira, Juiz de Direito da 2ª Vara Cível, Criminal e da Infância e Juventude da Comarca de Boa Esperança, que, nos autos da ação ordinária ajuizada em face do Estado de Minas Gerais, julgou procedente o pedido formulado na inicial.

Na sentença (f. 40/41), o Juiz de primeiro grau consignou que, em sua defesa, o réu apresentou teses genéricas, que não guardam nenhuma correspondência com a base fática na qual se funda o direito da autora.

Ademais, salientou que a autora se desincumbiu do ônus de comprovar os requisitos necessários para a baixa do registro do veículo apontado na inicial, o que, em virtude da inércia do Delegado de Trânsito que atua no Município de Boa Esperança/MG, não ocorreu no âmbito administrativo.

Com tais fundamentos, julgou procedente o pedido formulado na inicial, para condenar o Estado de Minas Gerais a proceder, no prazo de 5 (cinco) dias, à efetiva baixa do registro do veículo descrito na inicial no Detran/MG.

Por fim, condenou o réu ao pagamento de honorários advocatícios em favor dos patronos da autora no importe de R$1.000,00.

Irresignado, o Estado de Minas Gerais interpôs recurso de apelação (f. 43/50), aduzindo, em suma, que:

a) a autora não comprovou os requisitos imprescindíveis para a baixa do registro do veículo apontado na inicial;

b) tendo em vista que a autora, injustificadamente, deu causa à instauração do processo, ela deve ser condenada ao pagamento dos ônus da sucumbência;

c) em atenção ao princípio da eventualidade, a quantia arbitrada a título de honorários advocatícios deve ser minorada, em virtude de ter sido fixada em inobservância aos critérios elencados pelo § 3º do art. 20 do CPC.

Ao final, pugna pelo provimento do recurso para que o pedido formulado na inicial seja julgado improcedente. Caso assim não entenda, requer a minoração dos honorários advocatícios.

A autora, por sua vez, apresentou contrarrazões (f. 52/55), pleiteando a manutenção da sentença, por seus próprios fundamentos.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso. Por força da maior abrangência do reexame necessário - condição de eficácia da sentença, nos termos do art. 475, I, do CPC - operado nestes autos, dele tratar-se-á prioritariamente a seguir.

1 - Do reexame necessário

Versam os autos sobre ação ordinária, ajuizada por Dirlene Augusta de Fátima em face do Estado de Minas Gerais, por meio da qual a autora pretende compelir o réu a proceder à baixa definitiva do registro do automóvel marca Mercedes Benz, modelo L-1513, chassi nº 345.033-12-667963, placa KUP-6243, de cor azul, no Detran/MG.

Na inicial (f. 02/05), a autora alega que, no ano de 2005, celebrou contrato de compra e venda com a Sra. Francisca de Paula Vitor Gentil, adquirindo para si o veículo em referência.

No ano de 2006, o automóvel, que já se encontrava registrado no nome da autora, foi apreendido no Estado de São Paulo, nos termos do auto de exibição e apreensão de f. 11, ocasião em que a requerente veio a saber que o bem era objeto de crime.

O veículo, após ter sido periciado, conforme laudo pericial de f. 12/14, foi entregue ao seu legítimo proprietário, nos termos do auto de entrega de f. 15, datado de 02.01.2007. Ressalte-se que o número do chassi e da placa bem como a cor do automóvel foram adulterados.

Ante essa situação, a autora ajuizou ação de indenização em face da Sra. Francisca de Paula Vitor Gentil, que tramitou sob o nº 0071.07.030557-9. Na sentença (reproduzida às f. 16/18), o Juiz de primeiro grau reconheceu a configuração da evicção e, em consequência, julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados na inicial para condenar a Sra. Francisca ao pagamento de indenização à autora no importe de R$55.000,00, a título dos danos materiais por esta experimentados. A decisão em tela transitou em julgado na data de 03.04.2010 (f. 20).

A fim de dar baixa do registro do veículo que, apesar de ter sido restituído ao legítimo proprietário, permanecia em seu nome no cadastro do Detran/MG, a autora protocolou requerimento administrativo na data de 16.03.2010 (f. 21/22), o qual, até a data do ajuizamento da presente demanda, qual seja 26.04.2011 (f. 27), não havia sido apreciado pelo Delegado de Trânsito que atua no Município de Boa Esperança - MG.

Em virtude da inércia da autoridade em questão, a autora se socorreu ao Poder Judiciário no desiderato de que o Estado de Minas Gerais seja compelido a proceder à baixa definitiva do automóvel marca Mercedes Benz, modelo L-1513, placa KUP-6243, de cor azul, no Detran/MG.

O Estado de Minas Gerais, em sua contestação (f. 29/36), formulou teses genéricas sobre o princípio da legalidade e o procedimento necessário para realizar a baixa definitiva do registro de veículos automotores no

Detran/MG. Por fim, consignou que os ônus da sucumbência devem ser suportados exclusivamente pela autora, responsável pela propositura da demanda.

Às f. 37/38, a autora impugnou a contestação do réu, sustentando que juntou aos autos os documentos que comprovam os requisitos necessários para que a baixa definitiva do registro do veículo apontado na inicial fosse realizada, o que, a seu ver, somente não ocorreu em virtude da inércia do Delegado de Trânsito. Ao final, salientou que o réu deve ser condenado ao pagamento das despesas processuais, haja vista que a desídia da autoridade em questão é que motivou a instauração do processo judicial.

No que tange aos requisitos para a efetivação da baixa do registro de veículos, o art. 2º da Resolução nº 011/98 do Conselho Nacional de Trânsito (Contran) estabelece que ela "somente será autorizada mediante quitação de débitos fiscais e de multas de trânsito e ambientais, vinculadas ao veículo, independentemente da responsabilidade pelas infrações cometidas".

Compulsando os autos, depreende-se que a autora instruiu o seu requerimento administrativo com o resultado de consulta virtual ao *site* do Detran/MG, na qual consta que inexiste autuação ou multa em relação ao veículo apontado na inicial.

Ademais, observa-se que o automóvel em referência já foi entregue ao seu legítimo proprietário no início do ano de 2007, conforme anteriormente explicitado. Aliás, essa situação fática inclusive embasou o pedido de indenização por danos materiais formulado pela autora nos Autos nº 0071.07.030557-9, o qual, em razão do reconhecimento da ocorrência de evicção, foi julgado procedente por sentença transitada em julgado.

Ora, em vista do conjunto probatório presente no caderno processual e da ausência de argumentação consistente por parte do réu, andou bem o Juiz de primeiro grau ao julgar procedente o pedido formulado na inicial. Aliás, não podem ser impostos óbices ao reconhecimento do direito da autora de se ver livre do registro, em seu nome, de bem que sequer deve existir no plano fático, haja vista que, provavelmente, os números do chassi e da placa, bem como a cor do automóvel apontados na inicial devem ter sido retificados pelo proprietário legítimo do veículo para constarem de acordo com o seu registro original.

A conduta omissiva do representante do Estado de Minas Gerais - refiro-me ao Delegado de Transito que atua no Município de Boa Esperança - MG - por mais de um ano, viola, de um lado, (i) o direito fundamental de petição (art. 5º, XXXIV, *a*, CF/88) e, de outro, (ii) o mandamento de atuação administrativa, consistente no poder-dever de agir, incidente sobre os agentes públicos.

O direito de petição, manejável para defesa de direito ou contra ilegalidade ou abuso de poder, tem como corolário lógico, como contraface, o dever de pronunciamento da autoridade destinatária do pedido, sob pena de, em caso de omissão, esvaziar-se a normatividade dessa garantia fundamental. O agente público tem de manifestar-se, nem que seja para indeferir o pedido. Não se há de tolerar, portanto, a sua omissão, porque o silêncio, nessa hipótese, configura flagrante ilegalidade, ainda mais quando decorrido, no presente caso, interstício de tempo superior a um ano contado do protocolo do requerimento. Inexiste, pois, numa ponderação do razoável, motivo plausível para a não manifestação do agente público em comento.

De outro lado, os poderes administrativos são outorgados aos agentes públicos para lhes permitir atuação voltada à concretização dos interesses da coletividade, que se refletem ou são reflexo, nessa via de mão dupla, dos interesses dos administrados. Exatamente por isso, tais poderes são irrenunciáveis e devem ser obrigatoriamente exercidos pelos titulares, isto é, as prerrogativas públicas, ao mesmo tempo que constituem poderes para o administrador público, impõem-lhe o seu exercício e lhe vedam a inércia.

Deve-se compreender, enfim, que a atividade administrativa realiza-se sob o influxo de uma relação de subordinação, serviente à boa prestação do serviço público prestado pelo ente, que se operacionaliza prioritariamente a favor dos súditos, porquanto todo agente do Estado deve atuar, com único e primeiro direcionamento, na persecução do interesse público, do interesse coletivo.

Nesse sentido, cite-se a lição da doutrina quanto ao poder-dever de agir, que se entrelaça, quando descumprido, com o direito constitucional de petição:

> Corolário importante do poder-dever de agir é a situação de ilegitimidade de que se reveste a inércia do administrador: na medida em que lhe incumbe conduta comissiva, a omissão (conduta omissiva) haverá de configurar-se como ilegal. Desse modo, o administrado tem o direito subjetivo de exigir do administrador omissivo a conduta comissiva imposta pela lei, quer na via administrativa, o que poderá fazer pelo exercício do direito de petição (art. 5º, XXXIV, *a*, da CF), quer na via judicial, formulando na ação pedido de natureza condenatória de obrigação de fazer (ou, para os outros, pedido mandamental) (CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 44).

Em suma, diante da inércia do agente público em questão, e não havendo impedimentos nos termos da Resolução nº 011/98 do Contran, a baixa do registro existente em nome da autora é medida que se impõe.

No que diz respeito à distribuição dos ônus sucumbenciais, em razão de a demanda ter sido ajuizada em virtude da conduta desidiosa do Delegado de Trânsito que atua no Município de Boa Esperança - MG, agente do Detran/MG, entendo que devem ser suportados na integralidade pelo Estado de Minas Gerais, ressalvadas as disposições da Lei Estadual nº 14.939/03.

Por último, quanto aos honorários advocatícios, em razão da controvérsia instaurada, da complexidade da causa, e levando em consideração o trabalho reali-

zado e o tempo exigido para a solução da lide, entendo que os honorários, fixados em R$1.000,00, foram arbitrados com equidade e em atenção aos critérios previstos no § 3º do art. 20 do CPC, não merecendo reforma.

2 - Conclusão

Ante o exposto, no reexame necessário, confirmo a sentença de primeiro grau, da lavra do culto e operoso Juiz de Direito, Dr. Ricardo Acayaba Vieira, prejudicado o recurso voluntário.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES BITENCOURT MARCONDES e ALYRIO RAMOS.

Súmula - NO REEXAME NECESSÁRIO, CONFIRMARAM A SENTENÇA. FICA PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

...

Testamenteiro - Prêmio - Art. 1.987 do Código Civil e art. 1.138 do Código de Processo Civil - Complexidade do trabalho - Critério de dosagem - Percentual - Incidência - Herança líquida - Precisão - Manutenção - Recorrente adesivo - Inventariante - Honorários - Estipulação - Imprescindibilidade - Pena de enriquecimento ilícito da herdeira - Art. 22, § 2º, da Lei 8.906/94 - Exorbitância do magistrado primevo - Redução

Ementa: Apelação cível. Recurso adesivo. Prêmio por desempenho. Testamenteiro. Manutenção. Arbitramento de honorários. Necessidade. Impossibilidade de enriquecimento ilícito. Redução.

- Conforme determinam os arts. 1.987 do Código Civil e 1.138 do Código de Processo Civil, o testamenteiro tem direito a um prêmio, que, se o testador não houver fixado, o juiz arbitrará, levando em conta o valor da herança e o trabalho de execução do testamento.

- Na falta de estipulação ou de acordo entre as partes, os honorários são fixados por arbitramento judicial, em remuneração compatível com o trabalho e o valor econômico da questão, nos termos do art. 22, § 2º, da Lei 8.906/94.

Recurso de apelação conhecido e parcialmente provido.

Recurso adesivo conhecido, porém desprovido.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0499.10.000850-1/001 - Comarca de Perdões - Apelante: Maria Ruth dos Santos Vítor - Apelante adesivo: Eudes José Freire em causa própria - Apelados: Maria Ruth dos Santos Vítor, Eudes José Freire - 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, à unanimidade, em DAR PRACIAL PROVIMENTO AO RECURSO DE APELAÇÃO E NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO ADESIVO.

Belo Horizonte, 4 de outubro de 2012 - *Albergaria Costa* - Relatora.

Notas taquigráficas

DES.ª ALBERGARIA COSTA - Trata-se de recurso de apelação e recurso adesivo interpostos contra a sentença de f. 223/228, que julgou procedentes os pedidos iniciais formulados por Eudes José Freire e condenou Maria Ruth dos Santos Vítor a pagar o equivalente a 2% (dois por cento) de R$ 126.774,58, a título de prêmio pelo desencargo da função de testamenteiro, e mais R$ 10.000,00, a título de honorários advocatícios.

Em suas razões recursais, a apelante alegou que não tem razão de ser a fixação do prêmio previsto no art. 1.987 do Código Civil, tendo em vista que, além de os bens deixados pela testadora não terem sido aproveitados integralmente pela herdeira, em virtude de o valor depositado na poupança ter sido levantado pelo segundo titular, houve a adjudicação do outro único bem, de modo que seria aplicável o art. 1.139 do CPC.

Argumentou que o apelado agiu em nome próprio e em seu único interesse ao assumir o encargo de inventariante, de modo que incabível a fixação de honorários. Aduziu que não houve desídia de sua parte em ajuizar o inventário e que somente foi destituída do múnus de inventariante em virtude das artimanhas engendradas pelo recorrido.

Por sua vez, o recorrente adesivo impugnou preliminarmente o deferimento da justiça gratuita deferida à autora em sede recursal, ao argumento de que o requerimento foi realizado de forma imprópria. Ainda, apontou a impropriedade da juntada dos documentos de f. 242/266, bem como pugnou pela majoração do prêmio arbitrado e dos honorários advocatícios.

Contrarrazões às f. 275/278 e 281/289, respectivamente, ao primeiro e ao segundo recursos, pugnando cada qual pelo desprovimento do recurso contrário.

À f. 301, a Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se pela desnecessidade de sua intervenção.

É o relatório.

Questões preliminares.

- Impropriedade do requerimento de justiça gratuita.

O recorrente adesivo alegou a impropriedade do requerimento de concessão de justiça gratuita elaborado pela apelante quando da interposição do recurso, ao argumento de que deveria ter sido realizado de forma apartada aos autos.

Porém, a despeito do art. 6º da Lei 1.060/50, não vejo como alterar a concessão do benefício, seja porque

preclusa a questão, seja porque o pedido de assistência judiciária de forma autônoma configura um nítido formalismo excessivo.

Assim, rejeito a preliminar e conheço de ambos os recursos, presentes os pressupostos de admissibilidade.

- Desentranhamento de documentos.

O segundo recorrente, ainda, pugnou pelo desentranhamento dos documentos juntados com o recurso de apelação sob o fundamento de que, depois de contestada a ação, não mais é licito deduzir novas alegações, salvo se supervenientes, o que não seria o caso.

Não obstante, constata-se que tais documentos são os mesmos juntados anteriormente, apesar de nesse momento ter sido dada uma nova didática a sua apresentação a fim de concatenar os argumentos cronologicamente expostos nas razões do recurso.

Além do mais, não inovaram quanto aos argumentos outrora defendidos pela parte, o que não permite o desentranhamento.

Desse modo, igualmente, rejeito a preliminar.

Questões de mérito.

Conforme relatado, as matérias devolvidas a esta Instância julgadora pelos recursos de apelação e adesivo desafiam a mesma fundamentação, pois, enquanto a apelante defendeu a impossibilidade de fixação de prêmio para o testamenteiro e de honorários advocatícios, o recorrente adesivo pugnou apenas pela majoração dos valores fixados, razão pela qual os analiso conjuntamente.

Infere-se dos autos que Eudes José Freire ajuizou a presente ação, alegando ter sido constituído testamenteiro por Maria da Penha Santos no testamento deixado em favor de Maria Ruth dos Santos Vítor, sua irmã, tendo-se desincumbido de tal ônus satisfatoriamente, fazendo jus, assim, ao arbitramento do prêmio previsto no art. 1.987 do Código Civil.

Concomitantemente, narrou que, diante da desídia da herdeira, foi também inventariante dos bens deixados pela *de cujus*, o que, na mesma medida, demandaria a fixação de honorários advocatícios em seu favor, em virtude dos serviços prestados.

No tocante ao encargo de testamenteiro assumido pelo autor, é incontroverso nos autos que ele se desincumbiu do ônus assumido. Ocorre que a apelante resiste ao arbitramento do valor basicamente por três motivos: inexistência de dificuldade do trabalho desempenhado, porque "a abertura do testamento se resumiu em apenas protocolar uma única lauda contendo 4 parágrafos"; parte do patrimônio não foi aproveitada, porque o cotitular da poupança deixada levantou os valores depositados; e que o único imóvel do espólio foi adjudicado, devendo ser aplicado o art. 1.139 do CPC.

O arbitramento do aludido prêmio é disciplinado pelos arts. 1.987 do Código Civil e 1.138 do Código de Processo Civil, que, respectivamente, assim dispõem:

> Art. 1.987. Salvo disposição testamentária em contrário, o testamenteiro, que não seja herdeiro ou legatário, terá direito a um prêmio, que, se o testador não o houver fixado, será de um a cinco por cento, arbitrado pelo juiz, sobre a herança líquida, conforme a importância dela e maior ou menor dificuldade na execução do testamento.
>
> Art. 1.138. O testamenteiro tem direito a um prêmio que, se o testador não o houver fixado, o juiz arbitrará, levando em conta o valor da herança e o trabalho de execução do testamento.
> § 1° O prêmio, que não excederá 5% (cinco por cento), será calculado sobre a herança líquida e deduzido somente da metade disponível quando houver herdeiros necessários, e de todo o acervo líquido nos demais casos.

Conforme se extrai do texto legal e diferentemente do que alegou a apelante, a complexidade do trabalho desenvolvido pelo testamenteiro não é causa excludente da fixação do prêmio, mas somente um critério a ser utilizado para sua dosagem.

No mesmo sentido, depreende-se que o percentual será calculado sobre "a herança líquida", independentemente do aproveitamento ou não dos bens deixados pelo *de cujus*. Nesse sentido, a bem da verdade, pouco importa, para o arbitramento do prêmio, se houve o levantamento dos depósitos bancários deixados pela testadora por terceiros, já que tal questão interessa apenas à herdeira e deve ser decidida na forma própria.

Quanto ao último argumento aduzido pela apelante, é evidente que, embora seja aplicável o art. 1.139 do CPC, não o é no sentido pretendido por ela.

Isso porque, ao determinar que "não se efetuará o pagamento do prêmio mediante adjudicação de bens do espólio", é evidente que a lei pretendeu vedar a adjudicação de bem pelo testamenteiro, e não nos casos em que houvesse adjudicação pelos herdeiros, por óbvio. Essa situação, inclusive, é elucidada na parte final do artigo omitida pela apelante.

Nesse contexto, então, é claro o direito do autor em ter arbitrado em seu favor o prêmio em questão, sendo que, diante da parca complexidade do trabalho assumido, entendo que a fixação em 2% (dois por cento) do valor líquido da herança, tal como estabelecido em primeiro grau, é razoável para o caso, pois reflete com precisão as funções desempenhadas.

Já em relação à fixação de honorários advocatícios em favor do recorrente adesivo, certo é que, embora a inventariante tenha ajuizado o inventário dentro do prazo legal, conforme alegou, e tenha sido nomeada inventariante no curso do Processo n° 0499.08.009610-4 (f. 26/28) - decisão que foi mantida por este Tribunal -, foi removida posteriormente do múnus, tendo sido substituída pelo Dr. Eudes José Freire (f. 34).

Desse modo, é imprescindível que sejam fixados honorários advocatícios pelo trabalho desempenhado, sob pena de enriquecimento ilícito da herdeira que se beneficiou com o seu trabalho. Afinal, mesmo que tenha

havido a prestação de serviço a contragosto da apelante, não houve recurso contra aquela decisão que o nomeou como inventariante, sendo que o recurso interposto por ela, posteriormente, visando à nulidade dos atos praticados por ele, não foi sequer conhecido, tal como ela mesma admitiu (f. 236, item 17).

Diante desse cenário, portanto, aplica-se o art. 22, § 2º, da Lei 8.906/94, segundo o qual, "na falta de estipulação ou de acordo, os honorários são fixados por arbitramento judicial, em remuneração compatível com o trabalho e o valor econômico da questão".

Contudo, da detida análise dos autos, vejo que os honorários foram fixados pelo Magistrado de primeiro grau de forma exorbitante, não condizendo com o trabalho desenvolvido pelo autor. É que, além de o processo envolver um patrimônio pouco expressivo, consistente apenas em um numerário depositado e um imóvel, não houve complicações maiores para o desfecho do processo.

Assim, a fim de garantir uma maior equidade entre o valor recebido pela apelante, a herança e o trabalho exercido pelo autor, ora recorrente adesivo, entendo que R$ 2.000,00 (dois mil reais) o remunera de forma condigna, além de expressar com maior justiça o montante recebido pela Sra. Maria Ruth dos Santos Vítor, como dito.

Isso posto, dou parcial provimento ao recurso de apelação apenas para reduzir o valor dos honorários advocatícios para R $2.000,00 (dois mil reais).

Nego provimento ao recurso adesivo.

Custas, na forma da lei.

É como voto.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES ELIAS CAMILO SOBRINHO e JUDIMAR BIBER.

Súmula - RECURSO PROVIDO EM PARTE (APELAÇÃO). RECURSO NÃO PROVIDO (ADESIVO).

...

Responsabilidade objetiva - Concessionária de serviço público - Energia elétrica - Fornecimento - Interrupção - Festa de 15 anos - Dano moral - Ocorrência - Redução do valor - Possibilidade - Princípios da razoabilidade e proporcionalidade - Observância

Ementa: Apelação cível. Concessionária de serviço público. Responsabilidade objetiva. Interrupção no fornecimento de energia elétrica. Festa de 15 anos. Dano moral. *Quantum*. Peculiaridades do caso. Redução do valor fixado na sentença. Possibilidade. Observância aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

- O valor da indenização por dano extrapatrimonial puro deve significar exemplo e punição para o causador do dano, como também servir de compensação, ao menos em parte, pela dor sofrida pela vítima, não podendo constituir-se em fonte de enriquecimento.

- Assim, o arbitramento da indenização por dano moral deve se orientar pelo prudente arbítrio do julgador, observadas as circunstâncias do caso e os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, a fim de que se chegue a um montante mais justo.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0313.11.000958-3/001 - Comarca de Ipatinga - Apelante: Cemig Distribuição S.A. - Apelados: Marileusa Guimarães Santos e Almeida, Sebastião Rodrigues de Almeida Neto, Raquel Guimarães de Almeida e outro, representado pela mãe, Marileusa Guimarães Souza e Almeida - Relator: DES. VERSIANI PENNA

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, à unanimidade, em DAR PROVIMENTO AO APELO.

Belo Horizonte, 7 de novembro de 2012. - *Versiani Penna* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. VERSIANI PENNA – Relatório.

Trata-se de ação ordinária ajuizada por Raquel Guimarães Almeida, Marileusa Guimarães Santos e Almeida e Sebastião Rodrigues de Almeida Neto, em face da Cemig Distribuição S.A., em que pretendem a condenação da requerida ao pagamento de indenização por danos morais e materiais, em razão da interrupção do fornecimento de energia elétrica durante a festa de 15 (quinze) anos da primeira requerente, pelo período de 22h30 até 03h30.

Indeferimento do pedido de antecipação de tutela, f. 60/61.

A requerida contestou às f. 70/81 e afirmou que inexiste dever de indenizar, uma vez que não há prática de ato ilícito por parte da concessionária, além de salientar a ausência de dolo e culpa. Quanto aos danos materiais, afirma que não foram comprovados. Pede a improcedência da ação.

Impugnação à contestação, f. 85.

Termo de audiência e oitiva de testemunhas, f. 102/104.

Parecer ministerial pela parcial procedência do pedido (f. 107/115).

Em sentença de f. 117/122, o MM. Juiz *a quo* julgou parcialmente procedente o pedido,

> [...] para condenar a parte ré ao pagamento de indenização aos autores pelo dano moral, sendo este estipulado em R$ 10.000,00 (dez mil reais) para cada autor, e pelo dano material, nas despesas de f. 27, 28, 32/33, 34, 36, 37, 38, 40/41, 43, 44, 51, atualizado o valor monetariamente, desde a data dos recibos, e corrigido, com juros de 1% desde a citação.

Embargos de declaração opostos à f. 124, acolhidos em decisão de f. 128.

Inconformada, a Cemig interpôs recurso de apelação às f. 130/133, pretendendo tão somente a redução do valor fixado a título de danos morais.

Contrarrazões pelo improvimento do recurso, f. 141/123.

A Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo desprovimento do recurso, f. 151/155.

É o relatório.

Voto.

Cuida-se de recurso de apelação interposto pela Cemig Distribuição S.A. em face da sentença que julgou parcialmente procedente o pedido,

> [...] para condenar a parte ré ao pagamento de indenização aos autores pelo dano moral, sendo este estipulado em R$ 10.000,00 (dez mil reais) para cada autor, e pelo dano material, nas despesas de f. 27, 28, 32/33, 34, 36, 37, 38, 40/41, 43, 44, 51, atualizado o valor monetariamente, desde a data dos recibos, e corrigido, com juros de 1% desde a citação (f. 117/122).

Admissibilidade.

Conheço do recurso de apelação, uma vez que presentes os pressupostos de sua admissibilidade.

Mérito.

O cerne da questão trazida a este Juízo Revisor restringe-se à redução do valor fixado a título de danos morais, em razão da interrupção do fornecimento de energia elétrica durante a festa de 15 anos da primeira apelada.

É cediço que o dano moral não se avalia mediante cálculo matemático-econômico das repercussões patrimoniais ou milimetricamente, mas pelo critério do puro arbitramento (art. 946 do CC) com base no princípio do livre convencimento do julgador, com a observância das circunstâncias concretas.

Lembre-se, ainda, que o valor da indenização deve significar exemplo e punição para o causador do dano, como também servir, pelo menos em parte, como compensação pela dor sofrida, não se constituindo fonte de enriquecimento.

Assim, a paga em dinheiro deve representar para a vítima uma satisfação que seja, pelo menos, psicologicamente capaz de neutralizar ou anestesiar em alguma parte o sofrimento impingido. Além disso, deve também produzir no causador do mal um impacto bastante para dissuadi-lo de novo, ou igual, atentado.

Sobre o tema, Caio Mário da Silva Pereira destaca que dois são os aspectos a serem observados:

> a) De um lado, a idéia de punição ao infrator, que não pode ofender em vão a esfera jurídica alheia [...].
> b) De outro lado, proporcionar à vítima uma compensação pelo dano suportado, pondo-lhe o ofensor nas mãos uma soma que não é *pretium doloris*, porém uma ensancha de reparação da afronta [...] (*Instituições de direito civil*. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, v. 2, p. 242).

Aliás, na jurisprudência sobre os parâmetros para a fixação do montante indenizatório, embora em situação distinta da analisada, merece transcrição o brilhante voto da lavra da eminente Desembargadora, hoje aposentada, Maria Elza:

> Com efeito, a temática referente à fixação do valor para reparabilidade do dano moral sempre foi ponto polêmico e controvertido tanto em doutrina como em jurisprudência, sendo que o motivo disso reside no fato de que os critérios empregados para a delimitação do *quantum* a ser pago detém enorme carga de subjetividade (Número do processo: 1.0024.07.492315-2/001(1) - Relatora: Des.ª Maria Elza - Data do julgamento: 05.03.2009 - Data da Publicação: 24.03.2009).

Tentando solucionar tal dificuldade, a doutrina tem

> [...] 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 (BITTAR, Carlos Alberto. Reparação civil por danos morais: a questão da fixação do valor, *Tribuna da Magistratura*, Caderno de Doutrina. p. 33-37, jul. 1996).

Em nosso ordenamento jurídico, o sistema adotado é o aberto, aquele em que a incumbência do valor indenizatório fica submetida ao prudente arbítrio do juiz, pois não se pode esquecer que as poucas leis que tratam da matéria têm uma abrangência muito limitada, não abarcando, pois, todas as situações que dão azo a uma indenização por dano moral.

Por outro lado, o critério empregado pela jurisprudência não é unívoco, pois inúmeros são os parâmetros utilizados pelos tribunais pátrios.

A propósito, Humberto Theodoro Júnior, em sua artigo intitulado "Responsabilidade civil - Danos morais e patrimoniais - Acidente no Trabalho - Ato de Preposto" (*RT*, v. 731, p. 91-104, set. 1996), sustenta que:

> Cabe assim ao prudente arbítrio dos juízes e à força criativa da doutrina e jurisprudência a instituição de critérios e parâmetros que haverão de presidir as indenizações por dano moral, a fim de evitar que o ressarcimento, na espécie, não se torne expressão de puro arbítrio, já que tal se transformaria numa quebra total de princípios básicos do Estado Democrático de Direito, tais como, por exemplo, o princípio da legalidade e da isonomia.

Ainda, a respeito, segundo Aguiar Dias:

> Deve seguir um processo idôneo que busque para o ofendido um equivalente adequado. Para tanto, lembra a lição de Lacoste, segundo a qual não se pretende que a indenização

> fundada na dor moral seja sem limite. Aliás, a reparação será sempre, sem nenhuma dúvida, inferior ao prejuízo experimentado, mas, de outra parte, quem atribuísse demasiada importância a esta reparação de ordem inferior se mostraria mais preocupado com a idéia de lucro do que mesmo com a injúria às suas afeições; pareceria especular sobre sua dor e seria evidentemente chocante a condenação cuja cifra favorecesse tal coisa (*Da responsabilidade civil*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994, v. 2, p. 740, nota 63).

Nesse sentido, também, o posicionamento do ilustre Civilista Caio Mário da Silva Pereira, *in verbis*:

> A vítima de uma lesão a algum daqueles direitos sem cunho patrimonial efetivo, mas ofendida em um bem jurídico que em certos casos pode ser mesmo mais valioso do que os integrantes de seu patrimônio, deve receber uma soma que lhe compense a dor ou o sofrimento, a ser arbitrada pelo juiz, atendendo às circunstâncias de cada caso, e tendo em vista as posses do ofensor e a situação pessoal do ofendido. Nem tão grande que se converta em fonte de enriquecimento, nem tão pequena que se torne inexpressiva (*Responsabilidade civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990, n. 45, p. 67).

Por todo o exposto, forçoso concluir que o arbitramento do montante deve atender ao equilíbrio, próprio da ciência jurídica, após serem levadas em conta as circunstâncias do caso concreto.

No caso em exame, *data maxima venia* do d. Juiz sentenciante, tenho que o valor fixado (R$ 30.000,00 - aproximadamente 50 salários mínimos) extrapola os limites da razoabilidade, não sendo justo e proporcional às circunstâncias do caso concreto, devendo ser reduzido à metade, ou seja, R$ 15.000,00 (quinze mil reais - aproximadamente 24 salários mínimos).

Ora, malgrado me sensibilize com o sofrimento dos apelados, que tiveram frustrada a realização de uma festa a cuja preparação muito se dedicaram, mister ressaltar que a reparação de cunho moral sempre será inferior ao prejuízo experimentado, inclusive porque, conforme exposto alhures, não é possível quantificar o dissabor sentido pelos ofendidos.

Ademais, o *quantum* adotado por este Relator não destoa dos parâmetros jurisprudenciais em casos similares, como se depreende, inclusive, do julgado na Apelação Cível 1.0499.11.001702-1/003, Rel. Des. Wander Marotta, da 7ª Câmara Cível.

Dessarte, em atenção aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, o *quantum* deve ser reduzido para R$ 15.000,00 (quinze mil reais - aproximadamente 24 salários mínimos), valor que, a meu sentir, atenderá às finalidades da indenização pelos danos morais experimentados pelos recorridos.

O *quantum* indenizatório será acrescido de correção monetária, pelos índices da tabela da Corregedoria-Geral de Justiça, incidente desde a data do evento danoso, e de juros moratórios de 1% (um por cento) ao mês, contados a partir da data da citação.

Ante o exposto, dou provimento ao apelo para reduzir o valor da indenização a título de danos morais para o importe de R$ 15.000,00 (quinze mil reais), acrescidos de correção monetária pelos índices da tabela da Corregedoria-Geral de Justiça, incidente desde a data do evento danoso, e de juros moratórios de 1% (um por cento) ao mês, contados a partir da data da citação.

Custas, *ex lege*.

É como voto.

DES.ª ÁUREA BRASIL - De acordo com o Relator.

DES. BARROS LEVENHAGEN - De acordo com o Relator.

Súmula - APELO CONHECIDO E PROVIDO.

...

Desconsideração da personalidade jurídica - Teoria maior - Art. 50 do Código Civil - Aplicação - Requisitos - Existência - Comprovação do encerramento irregular da empresa - Responsabilização dos sócios - Possibilidade

Ementa: Agravo de instrumento. Desconsideração da personalidade jurídica. Execução extrajudicial. Inadimplemento da executada. Teoria maior e teoria menor. Limite de responsabilização dos sócios.

- A teoria maior da desconsideração, regra geral no sistema jurídico brasileiro, não pode ser aplicada com a mera demonstração de estar a pessoa jurídica insolvente para o cumprimento de suas obrigações. Exige-se, aqui, além da prova de insolvência, ou a demonstração de desvio de finalidade (teoria subjetiva da desconsideração), ou a demonstração de confusão patrimonial (teoria objetiva da desconsideração).

- A teoria menor da desconsideração, acolhida em nosso ordenamento jurídico, excepcionalmente no direito do consumidor e no direito ambiental, incide com a mera prova de insolvência da pessoa jurídica para o pagamento de suas obrigações, independentemente da existência de desvio de finalidade ou de confusão patrimonial.

- Tendo sido provados os requisitos do art. 50 do Código Civil, deverá ser deferida a desconsideração da personalidade jurídica, pois ficou devidamente comprovado o encerramento da empresa de forma irregular.

AGRAVO DE INSTRUMENTO CÍVEL Nº 1.0518.11.001298-7/001 - Comarca de Poços de Caldas - Agravante: Poços Beer Distribuidora de Bebidas Ltda. - Agravada: Conesa e Silva Supermercado Ltda. ME (Microempresa) - Relator: DES. ANTÔNIO BISPO

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, à unanimidade, em DAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 11 de outubro de 2012. - *Antônio Bispo* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. ANTÔNIO BISPO - Poços Beer Distribuidora de Bebidas Ltda. agrava da decisão de f. 107-TJ, proferida nos autos da ação de "execução por título extrajudicial" movida em face de Conesa e Silva Supermercado Ltda. ME (Microempresa) que indeferiu o pedido de desconsideração da personalidade jurídica da empresa executada, sob o fundamento de que os autos não oferecem elementos para a referida medida.

Das razões recursais (f. 02/11-TJ) consta, em síntese, que:

I - trata-se de dívida contraída e não paga pela executada/agravada, que se quedou inerte para o cumprimento da obrigação;

II - afirma-se que, ao efetuar pesquisa na Receita Federal sobre a situação cadastral da empresa agravada, esta não foi encerrada, para efeitos legais, de forma ativa, não obstante a Delegacia da Receita Federal, por meio de ofício do Ministério da Fazenda, atestar não haver apresentação de declaração de rendimentos nos últimos cinco anos;

III - embora tenha havido o encerramento fático das atividades da agravada, não houve a regular dissolução da sociedade, que exige o procedimento de arrecadação e alienação dos bens, com a finalidade de quitação dos credores da pessoa jurídica;

IV - a agravante foi vítima do crime de estelionato, realizando representação penal, em que foi instaurado o Inquérito Policial de nº 152/2011, Autos de nº 0024404-96.2011.8.13.0518;

V - a agravada encontra-se em lugar incerto e não sabido, não sendo encontrados bens passíveis de penhora.

Com essas considerações, requereu a agravante, liminarmente, a concessão de efeito ativo. Ao final, requer que seja provido o recurso, reformando-se a decisão agravada para deferir a desconsideração da personalidade jurídica da agravada.

Recebidos os autos (art. 527 do CPC), foi deferida a tutela antecipada (f. 188/190-TJ).

Nas informações (art. 527, IV, do CPC), noticiou-se a manutenção da decisão agravada (f. 196 e 198-TJ).

Sem contraminuta.

É o relatório.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

Cinge a controvérsia recursal em se definir se estão presentes os pressupostos para o deferimento da desconsideração da personalidade jurídica da pessoa jurídica executada, ora agravada.

Pelo que se depreende dos autos, a parte autora, ora agravante, ajuizou execução de título extrajudicial em face da agravada em 2011, visando ao recebimento da importância de R$31.092,74 (trinta e um mil e noventa e dois reais e setenta e quatro centavos).

A agravada não foi citada e não foram encontrados bens para serem penhorados por via do Bacen-Jus, Info-Jud e Renan-Jud (f. 50, 62/64, 71 e 79-TJ).

A agravante formulou pedido de desconsideração da personalidade jurídica (f. 99/101-TJ) para estender a execução aos sócios da executada.

Ato contínuo, o Juiz *a quo* proferiu a decisão agravada, indeferindo a pretendida desconsideração.

Primeiramente, cumpre registrar que o STJ e a jurisprudência em geral admitem a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica nos próprios autos da execução, sem necessidade de propositura de ação autônoma (Precedentes: REsp 521.049-SP, *DJ* de 03.10.2005; REsp 598.111-AM, *DJ* de 21.06.2004; RMS 16.274-SP, *DJ* de 02.08.2004; AgRg no REsp 798.095-SP, *DJ* de 1º.08.2006, e REsp 767.021-RJ, *DJ* de 12.09.2005; REsp 331.478-RJ).

A desconsideração da personalidade jurídica da empresa não viola as garantias constitucionais da ampla defesa e do contraditório, pois apenas se deferida é que os sócios passariam a compor o polo passivo da ação.

Enfim, na ação originária ajuizada contra a pessoa jurídica, somente esta integra a lide, sendo que seus sócios, sejam eles administradores ou não, somente ingressarão na demanda por força da desconsideração da personalidade jurídica.

Impende registrar que, não bastasse o fato de a legislação pertinente à desconsideração da personalidade jurídica não exigir um procedimento próprio e autônomo, uma vez decretada a desconsideração nos próprios autos da ação originária, os sócios da empresa agravada deverão ser citados e poderão exercer sua defesa plenamente, podendo, inclusive, apresentar, se for o caso, embargos à execução.

Esclarecidos esses pontos, impõe averiguar se estão presentes os requisitos para a aplicação desse instituto.

A teoria da desconsideração da personalidade jurídica, emergida do Direito Anglo-Saxão sob a denominação de *disregard of legal entity*, também conhecida como despersonalização da pessoa jurídica, constitui meio legal de satisfação do débito por meio do patrimônio pessoal dos sócios, quando esses procuram burlar a lei ou lesar terceiros.

Na lição do emérito mestre Sílvio de Salvo Venosa:

> Quando a pessoa jurídica, ou melhor, a personalidade jurídica for utilizada para fugir a suas finalidades, para lesar terceiros, deve ser desconsiderada, isto é, não deve ser levada em conta a personalidade técnica, não deve ser tomada em consideração sua existência, decidindo o julgador como se o

> ato ou negócio houvesse sido praticado pela pessoa natural (ou outra pessoa jurídica). Na realidade, nessas hipóteses, a pessoa natural procura um escudo de legitimidade na realidade técnica da pessoa jurídica, mas o ato é fraudulento e ilegítimo (*Direito civil*. 3. ed. São Paulo: Atlas, v. 1, p. 300).

O Código Civil, em seu art. 50, positivou o referido instituto:

> Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.

Diante desse conceito legal, extraem-se os seguintes pressupostos necessários ao deferimento da despersonalização, quais sejam: abuso da personalidade jurídica; requerimento da parte ou do MP; e restrição dos efeitos a relações obrigacionais determinadas.

O primeiro requisito, abuso da personalidade jurídica, pode surgir de duas situações: desvio de finalidade ou confusão patrimonial.

O desvio de finalidade ocorre, segundo assevera Eduardo Viana Pinto,

> quando a pessoa jurídica fugir, afastando-se, apartando-se, desviando-se, enfim, de seus objetivos ou finalidades contratuais ou estatutárias (*Desconsideração da personalidade jurídica no novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 79).

A outra espécie de abuso da personalidade jurídica, confusão patrimonial, dá-se quando, a despeito da regra do art. 1.024 do Código Civil, o patrimônio da pessoa jurídica se mistura com o dos sócios, impedindo o estabelecimento de uma baliza que permita visualizar a distinção sobre a titularidade de um conjunto de bens.

Eduardo Viana Pinto ainda expõe que:

> A fraude e o abuso de direito, que autorizam a adoção do instituto da desconsideração, hão de ser cabalmente demonstrados, não sendo suficiente a existência de indícios ou presunções, porque se cuida de uma excepcionalidade, que demanda prova inconteste. Só a prova provada, de forma irrefutável, comprovada à evidência, inconteste da prática da fraude ou abuso de direito, autoriza aplicação, em caráter excepcional, da desconsideração da personalidade jurídica. Indícios, presunções, dúvidas, suspeitas, interesses econômicos momentâneos e menos graves não bastam, como é curial (*Desconsideração da personalidade jurídica no novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 23).

Justifica-se, ainda, a desconsideração da personalidade jurídica se, ajuizada a execução e citada a empresa, esta não for encontrada, conforme ensina Eduardo Viana Pinto, na obra citada, à p. 83:

> Da mesma forma, se a sociedade executada não for localizada em seu endereço comercial, ou se este se encontrar ocupado por terceiro, inclusive desconhecido o seu paradeiro, estamos frente a outra hipótese que permite seja decretada a sua desconsideração. Esse desaparecimento ou sumiço indica a extinção ou o prematuro encerramento de suas atividades, porque, se houvesse apenas uma mudança de endereço, esse fato implicaria alteração de seu contrato social, com o seu arquivamento perante a junta comercial. Assim, se essa devedora descumprir esse procedimento formal, o mesmo ocorrendo quando não arquiva sua dissolução nesse órgão estadual, em ambos os casos torna-se uma sociedade irregular. E mais. Ocorre, ainda, a dissolução irregular quando a sociedade encerra seu negócio, desiste de operar, mas não deixa bens suficientes e necessários para responder pelo seu passivo. Gestão fraudulenta, abusiva ou desastrosa, que culmina com a falência da sociedade, é outra causa determinante da desconsideração.

Existem duas formas de aplicar a desconsideração da personalidade jurídica: uma, valendo-se da "teoria maior", e outra, da "teoria menor".

O Código Civil brasileiro, em seu art. 50, adotou a "teoria maior", em que o interessado em obter a desconsideração da personalidade jurídica, além do desvio de finalidade ou da confusão patrimonial, deve provar a inadimplência da pessoa jurídica, ou seja, a situação de insolvência em face de suas obrigações (ele tem que provar mais requisitos).

De outro lado, no CDC, na CLT e na legislação ambiental, dentre outras, vige a "teoria menor da desconsideração", em que basta, apenas, a inadimplência da obrigação para que a desconsideração da personalidade jurídica seja decretada, apresentando-se desnecessária a prova do desvio de finalidade ou da confusão patrimonial.

Logo, *in casu*, constata-se que a desconsideração a ser aplicada é a fundada na "teoria maior", na qual deve ser provada, além do desvio de finalidade ou da confusão patrimonial, a inadimplência da pessoa jurídica, por não se tratar de relação de consumo, em que basta, apenas, a inadimplência.

Nesse contexto, para que seja aplicada a desconsideração da personalidade jurídica, é indispensável que a parte interessada comprove os requisitos autorizadores do art. 50 do Código Civil, o que ocorreu no presente caso.

É que, como certificado nos autos, a executada encerrou suas atividades de forma irregular, não tendo sido localizada para citação, deixando de liquidar os débitos, o que caracterizaria o abuso de personalidade, ensejando a desconsideração da personalidade jurídica.

Assim sendo, versando o requerimento de desconsideração da personalidade jurídica sobre uma hipótese específica, qual seja o débito existente em decorrência de título extrajudicial, e estando provado o abuso da personalidade/desvio de finalidade, o pedido deve ser deferido.

Com essas considerações, dou provimento ao recurso para reformar a decisão agravada e deferir o pedido de desconsideração da personalidade jurídica, devendo os sócios da agravada ser responsabilizados pelo pagamento do débito.

Custas recursais, pela agravada.

DES. JOSÉ AFFONSO DA COSTA CÔRTES - De acordo com o em. Des. Relator, quanto à revogação da decisão agravada com o deferimento do pedido de desconsideração da personalidade jurídica da empresa agravada, Conesa e Silva Supermercado Ltda. ME (nome fantasia: "Peg Pag Paulista"), com a determinação de citação dos sócios para integrarem a relação jurídico-processual.

DES. TIBÚRCIO MARQUES - De acordo com o Relator.

Súmula - DERAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Autorização de viagem de menor ao exterior - Negativa de consentimento paterno - Suprimento pela autorização judicial - Art. 84, II, da Lei 8.069/90 - Prevalência do melhor interesse do menor, e não de seu genitor - Discernimento suficiente - Manifestação de vontade a ser considerada

Ementa: Apelação cível. Ação de suprimento de consentimento paterno. Alvará para viagem ao exterior. Prevalência do interesse da criança.

- Nos termos dos arts. 84 e 85 da Lei nº 8.069/90 - ECA, a autorização judicial para viagem de menor ao exterior é indispensável quando um dos genitores não consente com o pedido.

- O suprimento do consentimento paterno é possível quando as circunstâncias do caso concreto revelam que a retorno do filho ao exterior, para a companhia da mãe, atende ao bem- estar do menor e privilegia o princípio do melhor interesse da criança, notadamente quando o incapaz, adolescente de 14 anos, manifesta o seu ponto de vista em relação ao local mais adequado para residir.

Recurso não provido.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0105.12.001551-3/001 - Comarca de Governador Valadares - Apelante: F.C.M. - Apelado: G.C.M., representado pela mãe, F.F.M., representada por A.M.L. - 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, à unanimidade, em NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 6 de novembro de 2012. - *Raimundo Messias Júnior* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. RAIMUNDO MESSIAS JÚNIOR - Trata-se de recurso interposto por F.C.M contra a sentença de f. 60/64, que, com fundamento no art. 84 do Estatuto da Criança e do Adolescente, julgou procedente o pedido inicial para suprimir o consentimento paterno e determinar a expedição de alvará de viagem em favor do menor G.C.M., desacompanhado dos pais, para a cidade de Londres, na Inglaterra.

Em suas razões, sustenta o apelante que a genitora priva o adolescente de seu convívio, bloqueando o contato pelo celular e pela internet, além de impedir o menor de viajar durante as férias para o Brasil.

Diante disso, ajuizou medida judicial para a regulamentação de visitas, e que o menor estuda atualmente na cidade de Governador Valadares, na medida em que a escola em Londres teria remetido uma correspondência eletrônica (*e-mail*), comunicando a perda de sua vaga.

Pontua que a solução mais adequada seria a permanência do menor no Brasil, já que em Londres, devido aos horários de trabalho, é deveras difícil à mãe acompanhá-lo, o que pode até mesmo paralisar o tratamento ortodôntico do infante.

Desnecessário o preparo recursal - art. 141, § 2º, do ECA.

Contrarrazões ofertadas às f. 82/87, pelo desprovimento do recurso, refutando um a um todos os argumentos vertidos no recurso.

Ouvida, a Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo improvimento do apelo (f. 94/96).

É o relatório.

Conheço do recurso, presentes os pressupostos subjetivos e objetivos de admissibilidade.

Colhe-se dos autos que G.C.M. ajuizou a presente ação pretendendo o suprimento do consentimento paterno e a expedição de alvará para autorização judicial para retorno ao convívio materno e às suas atividades estudantis desempenhadas na cidade de Londres, Inglaterra.

A autorização de viagem de menores para o exterior está disciplinada nos arts. 83 e 84 da Lei nº 8.069/90 - Estatuto da Criança e do Adolescente, assim redigidos:

> Art. 83. Nenhuma criança poderá viajar para fora da comarca onde reside, desacompanhada dos pais ou responsável, sem expressa autorização judicial.
> Art. 84. Quando se tratar de viagem ao exterior, a autorização é dispensável, se a criança ou adolescente:
> I - estiver acompanhado de ambos os pais ou responsável;
> II - viajar na companhia de um dos pais, autorizado expressamente pelo outro através de documento com firma reconhecida.

Conforme se vê, a autorização judicial para viagem de menor ao exterior é indispensável, salvo quando

a criança estiver acompanhada de ambos os pais ou responsável, ou quando estiver na companhia de um dos genitores, autorizado pelo outro.

No caso concreto, uma vez que não houve o consentimento do pai da criança, o apelado não está autorizado a viajar para o exterior, senão mediante prévia autorização do juiz, suprimindo a vontade do genitor.

Resta perquirir, portanto, a pertinência das razões da discordância paterna.

Extrai-se dos autos que o recorrente não é favorável ao retorno do filho para a Inglaterra, pelo fato de a mãe não dispor de tempo para cuidar do filho. Ademais, o menino está apresentando vários problemas de saúde, inclusive precisou providenciar o seu tratamento dentário.

Através do estudo psicológico, informou o menor que está cursando o 10º ano em Londres, pretendendo ingressar na Universidade na Inglaterra, país em que reside há três anos. Embora tenha manifestado vontade de morar no Brasil, considera que na Inglaterra terá mais oportunidades.

Senão, vejamos:

> O adolescente em pauta demonstra ter bom relacionamento com ambos os pais. Tem afeto e respeito por eles, sentindo-se protegido e amado quando na companhia de um e de outro. *Gostaria de morar no Brasil, mas entende que onde reside tem mais oportunidade de desenvolvimento pessoal e social.* Relata que visita o pai regularmente em seu período de férias escolares, além de ter sempre disponíveis os meios de comunicação com ele nos outros meses do ano. Informa também que o pai costuma visitá-lo em Londres, o que ocorreu por duas vezes no ano de 2010 e uma vez no corrente ano (f.14).

Tratando-se de um adolescente de 14 (quatorze) anos, que já dispõe de algum discernimento para fazer suas escolhas, e considerando que sua mãe reside há 15 anos na Capital da Inglaterra, o que demonstra estabilidade e consolidação de sua situação, razoável que seja confirmada a decisão que supriu o consentimento do pai.

É inegável que a convivência paterna é importante para a formação da criança.

Afinal, o próprio texto constitucional atribuiu à "família" e aos "pais" o dever de assistir, criar e educar os filhos, contribuindo para a formação de sua base social, moral e intelectual (arts. 227 e 229 da CR/88).

Todavia, havendo dissenso dos genitores quanto à pretensão ajuizada, cabe ao magistrado ponderar todas as circunstâncias do processo, de forma a resguardar os melhores interesses da criança.

Yussef Said Cahali, in *Divórcio e separação*, 10. ed., São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 490, apregoa:

> [...] o princípio a ser observado, [...] estando o casal separado de fato, é da prevalência do interesse do menor; havendo conflito entre os genitores, o juiz decidirá tendo em vista as circunstâncias de cada caso e sempre no interesse daquele, que preponderará em qualquer hipótese; daí o largo arbítrio de que dispõem os tribunais para estabelecer o que julgar mais acertado em proveito dos menores.

Portanto, se os autos não apontam razoabilidade para impedir o retorno do menor para o exterior, juntando-se à mãe, para viver em um país que poderá lhe propiciar qualidade de vida superior à atual, a confirmação da sentença é medida de se impõe.

Frise-se, mais uma vez, que a prestação jurisdicional em causas dessa natureza deve contemplar precipuamente o incapaz, e não apenas os interesses e a conveniência de seus genitores.

Por isso, ainda que relevante o argumento do recorrente, quanto à necessidade da convivência com o filho, não há como prevalecer apenas o desejo do pai, pois é dever do magistrado zelar pelo bem-estar da criança, propiciando-lhe todas as condições para uma vida normal, digna e tranquila.

Isso posto, nego provimento ao recurso, mantendo a sentença de primeiro grau.

Sem custas - art. 141, § 2º, do ECA.

É como voto.

DES. BRANDÃO TEIXEIRA - De acordo com o Relator.

DES. CAETANO LEVI LOPES - De acordo com o Relator.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

...

Alvará judicial para levantamento de quantia de pessoa falecida - Art. 2º da Lei nº 6.858/80 - Interpretação equivocada - Existência de bens deixados pelo *de cujus* - Inventário aberto - Incidência de ITCD sobre a quantia que se pretende liberar - Impossibilidade jurídica do pedido - Extinção do processo - Inteligência do art. 267, I, c/c o art. 295, parágrafo único, III, do Código de Processo Civil - Sentença cassada

Ementa: Apelação. Requerimento de alvará judicial. Liberação de quantia. Falecido. Existência de bens. Abertura de inventário. Necessidade. Impossibilidade jurídica do pedido. Extinção do processo. Sentença cassada.

- Impõe-se a cassação da sentença e consequente extinção, sem resolução de mérito, nos termos do art. 267, I, c/c o art. 295, parágrafo único, III, do Código de Processo Civil, do procedimento relativo à expedição de alvará para levantamento de quantia, com fundamento na Lei nº 6.858/80, quando comprovada a existência de bens para serem inventariados.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0439.11.002108-6/001 - Comarca de Muriaé - Apelante: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Apelados: Maria Inês Gomes da Silva e outro, Aline Aparecida da Silva - Relator: DES. KILDARE CARVALHO

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, à unanimidade, em DAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 29 de novembro de 2011. - *Kildare Carvalho* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. KILDARE CARVALHO – Trata-se de recurso de apelação interposto pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais contra a r. sentença de f. 36/38, que deferiu o pedido de expedição de alvará judicial para levantamento da quantia de R$ 2.330,66, depositada, junto ao Banco Bradesco, em favor de Maria Inês Gomes da Silva e Aline Aparecida da Silva, viúva meeira e herdeira, respectivamente, de Walfrido Vargas da Silva.

Inconformado, pugna o apelante pela cassação da sentença, "a fim de que se possa apurar, nos autos junto à Administração Pública Fazendária local, o valor do ITCD devido em razão da sucessão monetária em questão, logrando-se, ao fim, seu prévio recolhimento". Para tanto, invocando o disposto no art. 1º, VI, da Lei Estadual nº 14.941/03 c/c o Decreto Estadual nº 43.981/2005, sustenta ser indispensável o recolhimento do ITCD, incidente sobre a quantia postulada pela parte agravada. Aduz, ainda, não haver nos autos qualquer indício comprovador de que a quantia, cujo levantamento se pretende, tenha sido recebida pelo *de cujus*, em razão de relação de trabalho ou rendimento de aposentadoria ou pensão, nos termos do art. 2º, § 3º, da Lei estadual nº 14.941/2003.

Sem preparo, por força da norma trazida pelo art. 511, § 1º, do Código de Processo Civil.

Contrarrazões às f. 48/51.

Parecer da Procuradoria de Justiça às f. 58/60, pelo provimento do recurso.

Esse o relatório, passo ao voto.

Conheço do recurso, porquanto preenchidos os requisitos formais necessários à sua admissão.

Cinge-se a controvérsia posta em debate em aferir a correção da decisão que, interpretando o disposto no art. 2º da Lei nº 6.858/80 e invocando o entendimento manifestado no Superior Tribunal de Justiça, deferiu o pedido de expedição de alvará judicial para levantamento de quantia equivalente a R$ 2.330,66, depositada no Banco Bradesco, em nome de pessoa já falecida.

De uma análise detida da questão, tenho que a insurreição do órgão ministerial merece ser acolhida, impondo-se, por isso, a cassação da r. sentença, porquanto equivocada, *data venia*, a meu ver, a interpretação dada pelo Magistrado singular ao dispositivo legal mencionado.

Confira-se, a propósito, a redação do art. 2º da Lei nº 6.858/80:

> Art. 2º O disposto nesta Lei se aplica às restituições relativas ao Imposto de Renda e outros tributos, recolhidos por pessoa física, e, não existindo outros bens sujeitos a inventário, aos saldos bancários e de contas de cadernetas de poupança e fundos de investimento de valor até 500 (quinhentas) Obrigações do Tesouro Nacional.

Pois bem, à luz da previsão acima transcrita, sem adentrar a discussão atinente ao valor atualmente correspondente às 500 (quinhentas) Obrigações do Tesouro Nacional, infere-se, da leitura do dispositivo legal em questão, que a liberação do dinheiro, em hipóteses como a presente, está condicionada à inexistência de outros bens passíveis de inventário, o que, como se colhe da leitura de f. 11, não ocorre, porquanto noticiada a existência de bens deixados pelo *de cujus*, bens estes não mencionados pela parte requerente.

E mais, como noticiado pela própria parte interessada em sua peça vestibular, já há inventário aberto, o que corrobora a tese sustentada pelo recorrente, no sentido de que o dinheiro, cujo levantamento se pretende, deve ser igual e devidamente inventariado, sujeitando-se, por isso, à incidência do ITCD.

Assim, resta configurada a impossibilidade jurídica do pedido da autora, o que implica, via de consequência, a extinção do processo, sem resolução de mérito, nos termos do art. 267, I, c/c o art. 295, parágrafo único, III, ambos do Código de Processo Civil.

Feitas essas considerações, dou provimento ao recurso para cassar a r. sentença de f. 36/38 e, via de consequência, julgar extinto o processo, sem resolução de mérito, nos termos do art. 267, I, c/c o art. 295, parágrafo único, III, ambos do Código de Processo Civil.

Custas recursais, pelas apeladas, observado, contudo, o disposto no art. 12 da Lei nº 1.060/50.

DES.ª ALBERGARIA COSTA - Em juízo de revisão, conheço do recurso de apelação, uma vez que presentes os pressupostos de admissibilidade.

Cinge-se o recurso em verificar a possibilidade de expedir alvará judicial, para levantamento de saldo bancário de falecido correntista, independentemente de inventário ou arrolamento de bens.

A solução da questão passa pela leitura do art. 2º da Lei nº 6.858/80, que prevê que, inexistindo bens sujeitos a inventário, poderão ser sacados os saldos bancários de valor até 500 (quinhentas) Obrigações do Tesouro Nacional.

Ocorre que, no caso dos autos, restou demonstrado que o *de cujus* deixou bens a inventariar, conforme se

infere da observação na certidão de óbito à f. 11, atestando que ele "deixou bens", e também do fato de que a própria autora afirma que já iniciou processo de inventário (f. 03), o que revela a existência de outros bens deixados por ele.

Desse modo, não sendo o procedimento de expedição de alvará judicial medida cabível na hipótese dos autos e, por conseguinte, impossível juridicamente o pedido da autora, deve ser extinto o processo sem resolução do mérito, nos termos do art. 267, I, c/c o art. 295, parágrafo único, III, ambos do Código de Processo Civil.

Isso posto, acompanho o eminente Relator para dar provimento ao recurso de apelação e cassar a sentença, julgando extinto o processo, sem resolução de mérito, nos termos do art. 267, I, c/c o art. 295, parágrafo único, III, do CPC.

Custas, pelas apeladas, suspensa a exigibilidade de pagamento por litigarem sob o pálio da justiça gratuita.

É como voto.

DES. ELIAS CAMILO SOBRINHO - De acordo com o Relator.

Súmula - DERAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Declaratória de Inexistência de débito c/c danos morais - Uso de cartão e senha pessoal por terceiros - Furto - Dever de guarda do titular da conta-corrente - Negligência - Culpa exclusiva da vítima - Responsabilidade da instituição financeira - Dever de indenizar - Inexistência

Ementa: Apelação. Declaratória de inexistência de débito c/c danos morais. Empréstimo contraído em caixa eletrônico. Furto do cartão e senha. Negligência do correntista. Improcedência do pedido.

- Cabendo ao correntista o cuidado no uso e guarda de seu cartão magnético, bem como da respectiva senha, não pode a instituição financeira responder por negociações efetivadas por terceiros que tiveram acesso aos documentos por descuido do próprio cliente.

- Configurada, pois, a culpa exclusiva da autora, não há falar em declaração de inexistência da relação jurídica e, consequentemente, em dever de indenizar.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0686.12.002406-8/002 - Comarca de Teófilo Otoni - Apelante: Banco Mercantil Brasil S.A. - Apelante adesiva: Lucilene Gomes Prates de Almeida - Apelado: Banco Mercantil Brasil S.A., Lucilene Gomes Prates de Almeida - Relator: DES. JOSÉ AFFONSO DA COSTA CÔRTES

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 15ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, à unanimidade, em DAR PROVIMENTO AO RECURSO PRINCIPAL E NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO ADESIVO.

Belo Horizonte, 13 de dezembro de 2012. - *José Affonso da Costa Côrtes* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. JOSÉ AFFONSO DA COSTA CÔRTES - Trata-se de ação declaratória de nulidade de débito c/c repetição de indébito e indenização por danos morais, proposta por Lucilene Gomes Prates de Almeida contra Banco Mercantil do Brasil S.A., na qual a autora pretende ser ressarcida dos prejuízos advindos da contratação de empréstimo e realização de saques por terceiro em seu nome, sem sua autorização.

O Juiz de primeira instância julgou parcialmente procedente o pedido para declarar nulo o contrato de empréstimo, determinando que o banco restitua em dobro à autora o valor das parcelas descontadas de seu benefício previdenciário, bem como correção pela tabela da Corregedoria de Justiça, desde a propositura da ação, e juros de mora de 1% (um por cento) ao mês, a partir da citação. Condenou cada parte ao pagamento de metade das custas e demais despesas processuais, compensando-se os honorários advocatícios, suspensa a exigibilidade em relação à autora em função da gratuidade de justiça.

Dessa decisão recorre Banco Mercantil do Brasil S.A., alegando, em suma, que:

In casu, com todo o contido nos autos, fica comprovado que ocorreu negligência por parte da recorrida na guarda do cartão e da senha, fato que ocasionou o furto por sua amiga, que frequentava sua residência e por tal motivo é que foi feito o empréstimo, que deve ser atribuído inteiramente à recorrida, que também somente comunicou o fato após o furto consolidado.

Nesse sentido, requer o provimento da presente apelação para reformar totalmente a sentença de primeiro grau, julgando-se improcedente a ação.

Contrarrazões às f. 117/123.

Lucilene Gomes Prates de Almeida apresentou recurso adesivo, pugnando pela reforma parcial da sentença, no tocante ao indeferimento da indenização por danos morais, sob a alegação de que a atitude do banco lhe causou transtornos de ordem moral passíveis de reparação.

Contrarrazões às f. 139/151.

Passo à análise conjunta das apelações.

No caso, entendo que restou configurada a culpa exclusiva do consumidor.

Na petição inicial, bem como nas declarações prestadas à Polícia Civil (f. 17 e 20/21), a autora, ora

apelante adesiva, relata ter sido o empréstimo ora discutido feito por uma vizinha de nome Aldaiana Brito Soares, que furtou de sua bolsa o cartão do banco, bem como as senhas para utilização deste.

A própria Aldaiana confessou o furto dos documentos no depoimento de f. 23/25, veja-se:

> [...] que, no mês de dezembro de 2011, esteve na casa da sra. Lucilene, oportunidade em que esta foi até o quintal da casa, momento em que a declarante foi até o quarto da Lucilene e pegou de dentro da sua bolsa um cartão bolsa família, um cartão da Caixa Econômica Federal, um cartão do Banco Mercantil, um CPF e as senhas junto aos cartões; [...] que, no mesmo dia em que efetuou as compras com o cartão da Caixa Econômica Federal, a declarante foi ao Banco Mercantil, se dirigiu a um dos caixas eletrônicos, onde, de posse do Cartão Mercantil, realizou um empréstimo no valor de cinco mil seiscentos e vinte reais; que, também naquele momento, sacou primeiramente a quantia de quinhentos reais, em seguida, sacou três vezes mil e quinhentos reais; que a declarante quis deixar o restante que sobrava na conta; que, ao todo, sacou cinco mil reais; que, após o saque, não teve ajuda de nenhum funcionário, a declarante foi até as lojas da cidade, onde comprou mais roupas e sapatos para seus filhos, fez feira no Simões Supermercado, pagou contas que já estavam vencidas [...].

Assim, resta claro que o empréstimo foi contraído por terceira pessoa, ou seja, que foi a autora vítima de fraude. Todavia, é incontroverso também que a fraude só foi possível em razão de uma atitude negligente desta, já que a fraudadora, valendo-se de um descuido da correntista, apossou-se do seu cartão bancário e da senha necessária à efetivação do negócio.

No caso, ainda que tenha o empréstimo sido realizado por um terceiro, sem autorização da autora, não se pode atribuir responsabilidade à instituição bancária, pois a negociação não decorreu de atitude negligente de funcionário do banco, mas de um descuido da própria correntista, que permitiu o acesso da fraudadora a todos os documentos e dados necessários à movimentação de sua conta por via de caixa eletrônico.

Portanto, cabendo ao correntista o cuidado no uso e guarda de seu cartão magnético, bem como da respectiva senha, não pode a instituição financeira responder por negociações efetivadas por terceiros que tiveram acesso aos documentos por descuido do próprio cliente.

Sobre o tema a jurisprudência:

> Recurso especial - Responsabilidade civil - Ação de indenização - Danos materiais [...] - Conforme precedentes desta Corte, em relação ao uso do serviço de conta-corrente fornecido pelas instituições bancárias, cabe ao correntista cuidar pessoalmente da guarda de seu cartão magnético e sigilo de sua senha pessoal no momento em que deles faz uso. Não pode ceder o cartão a quem quer que seja, muito menos fornecer sua senha a terceiros. Ao agir dessa forma, passa a assumir os riscos de sua conduta, que contribui, a toda evidência, para que seja vítima de fraudadores e estelionatários (REsp 602680/BA, Rel. Min. Fernando Gonçalves, *DJU* de 16.11.2004; REsp 417835/AL, Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, *DJU* de 19.08.2002). [...] (STJ - REsp 601805/SP, Rel. Min. Jorge Scartezzini, 14.11.2005).

> Indenização - Instituição financeira - Cartão magnético - Senha pessoal - Dever de guarda do cliente - Inobservância - Operação de empréstimo - Culpa exclusiva da vítima. - Evidenciada a culpa exclusiva da vítima que, ao não zelar pela guarda de seu cartão magnético e respectiva senha pessoal, permitiu que outra pessoa realizasse operação de empréstimo em sua conta-corrente, não há que se atribuir responsabilidade civil à instituição financeira (TJMG - Apelação Cível nº 1.0024.11.260128-1/001, Rel.ª Des.ª Cláudia Maia, julgado em 19.07.2012, *DJ* de 26.07.2012).

> Ação declaratória de inexistência de débito c/c indenização. Empréstimo. Caixa eletrônico. Uso de cartão e senha pessoal por terceiro. Dever de guarda pelo titular da conta-corrente. Culpa exclusiva da vítima. - Configurada a culpa exclusiva do correntista que, por descuido, entrega a terceiro fraudador o cartão magnético e os demais dados necessários para seu uso nos terminais de auto-atendimento, resultando na contratação de empréstimo para o qual não consentiu, fica eximida de responsabilidade a instituição financeira (TJMG - Apelação Cível nº 1.0694.08.044853-3/001, Rel. Des. Guilherme Luciano Baeta Nunes, publicação: 21.05.2010).

Configurada, pois, a culpa exclusiva da autora, não há que se falar em declaração de inexistência da relação jurídica e, consequentemente, em dever de indenizar.

Com tais considerações, dou provimento ao recurso principal e nego provimento ao recurso adesivo para reformar a sentença e julgar improcedente o pedido inicial.

Condeno a autora ao pagamento das custas processuais, inclusive as recursais, e dos honorários advocatícios, fixados em R$1.000,00 (mil reais), suspensa a exigibilidade em virtude da justiça gratuita.

DES. MAURÍLIO GABRIEL - De acordo com o Relator.

DES. TIAGO PINTO - De acordo com o e. Relator, ressaltando que a exposição imprudente do cartão e da senha se eleva à condição de máxima e insuperável. Todos os fatos têm causa nesse fato. Dessa forma, realizada contratação de empréstimo em caixa eletrônico com o uso do cartão e da senha pessoal que lhe foram furtados, não há mesmo como se responsabilizar o banco réu.

Súmula - DERAM PROVIMENTO AO RECURSO PRINCIPAL E NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO ADESIVO.

...

Bem público - Doação condicionada - Finalidade - Interesse público - Desvio - Reversão à Municipalidade - Admissibilidade - Direito líquido e certo do impetrante afastado

Ementa: Mandado de segurança. Doação de bem público. Inobservância da finalidade do uso do bem. Reversão do bem doado. Possibilidade. Direito líquido e certo. Não demonstração. Segurança denegada. Recurso desprovido.

- Na lição de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, "[...] a doação condicionada é feita para que o donatário utilize o imóvel para fins de interesse público; se deixar de haver essa utilização, o bem volta ao patrimônio do doador. A ideia evidente é a de manter o bem doado vinculado ao fim de interesse público que justificou a doação. Se deixar de atender a esse objetivo, o bem volta ao patrimônio público".

- Nessa orientação, se o donatário, no caso dos autos, deixou de atender às finalidades impostas pelo Município no ato da doação do imóvel, impedindo a Municipalidade de dar ao imóvel a destinação que o bem da coletividade exige, evidencia-se o desvio de finalidade, a justificar a reversão do imóvel ao patrimônio público, descaracterizando-se, assim, o direito líquido e certo da impetrante à suspensão do decreto de reversão.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0183.12.002908-1/002 - Comarca de Conselheiro Lafaiete - Apelante: Alto Paraopeba Alimentos Ltda. - Apelado: Município de Conselheiro Lafaiete - Autoridade coatora: Prefeito do Município de Conselheiro Lafaiete - Relator: DES. EDUARDO ANDRADE

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, 4 de dezembro de 2012. - *Eduardo Andrade* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. EDUARDO ANDRADE - Trata-se de mandado de segurança com pedido liminar impetrado por Alto Paraopeba Alimentos Ltda. contra ato supostamente ilegal e abusivo praticado pelo Prefeito Municipal de Conselheiro Lafaiete/MG, consubstanciado no Decreto nº 330/2012, que, considerando o descumprimento da finalidade da doação onerosa de imóvel da Municipalidade à impetrante, efetivada por meio da Lei Municipal nº 4.637/2004, declarou a reversão do bem ao patrimônio público municipal.

Adoto o relatório da sentença de origem, acrescentando-lhe que a segurança foi denegada, em face da ausência de direito líquido e certo da impetrante. As custas foram impostas na forma da lei (f. 179/183).

Inconformada, a apelante sustenta: que o único encargo previsto na lei de doação do imóvel, referente apenas aos prazos para início e conclusão da construção do projeto industrial, foi rigorosamente cumprido, conforme comprovado por meio das escrituras públicas de f. 36/48; que o argumento baseado no "real motivo das leis", na "razoabilidade" e na "razão de existir das normas municipais" não poderá fazer com que uma norma tecnicamente imperfeita tenha o condão de autorizar a aplicação de uma sanção (a reversão) não prevista, sob pena de violação ao princípio da segurança jurídica; que a divisão do imóvel deve ser atribuída ao próprio Município, que já efetivou a doação por meio de duas leis distintas, uma para cada área; que a primeira área se encontra locada, como não proíbe a lei, à Comercial Exportadora Rinoldi, cuja atividade gera empregos, tributos e se encontra amparada por alvará de funcionamento concedido pelo próprio Município; que a segunda área foi comprada da verdadeira proprietária, Companhia de Desenvolvimento Econômico de Minas Gerais - Codemig, encontrando-se, atualmente, cedida à sociedade Andrea Vilar Silva F/I; que, não tivesse mesmo cumprido o encargo, teria direito, ao menos, a ser notificada judicialmente com a assinação de prazo razoável para cumpri-lo, nos termos do art. 562 do CC; que a manobra realizada pelo Município por meio do indigitado decreto oculta, em verdade, o intuito confiscatório do Poder Público, em violação ao princípio da legalidade (f. 186/198).

Intimado, o apelado apresentou contrarrazões às f. 201/210, pugnando pelo desprovimento do recurso, bem assim pela condenação da apelante, em litigância de má-fé.

Remetidos os autos à douta Procuradoria-Geral de Justiça, a ilustre representante do Ministério Público, Dra. Eliane Maria Gonçalves Falcão, opinou pelo provimento parcial do recurso (f. 218/223).

Conheço do recurso, porque se encontram presentes seus pressupostos de admissibilidade.

Permissa maxima venia, não assiste razão à apelante.

Vejamos.

O mandado de segurança presta-se a proteger direito líquido e certo, na hipótese de alguém sofrer violação de direito ou houver justo receio de sofrê-la, em virtude de ato ilegal ou por abuso de poder de autoridade.

Exige, portanto, o preenchimento simultâneo de dois requisitos: a existência de direito líquido e certo e a configuração de ato maculado por ilegalidade ou abuso de poder, sob pena de, na falta de qualquer deles, ser indeferida a inicial do *mandamus*, nos termos do art. 10 da Lei nº 12.016/2009.

A esse respeito, vale destacar os ensinamentos de Hely Lopes Meirelles para a configuração do direito líquido e certo:

> [...] quando a lei alude a direito líquido e certo, está exigindo que esse direito se apresente com todos os requisitos para o seu reconhecimento e exercício no momento da impetração. Em última análise, direito líquido e certo é direito comprovado de plano. Se depender de comprovação posterior, não é líquido e certo para fins de segurança (*Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, habeas data*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989, p. 13).

Melhor examinando o caso *sub examine*, depois de prestadas as informações pela autoridade apontada coatora, revi o entendimento que manifestei por ocasião do agravo de instrumento, resultante de juízo de cognição sumária, para reconhecer que, a despeito da topografia das leis municipais que autorizaram a doação onerosa do imóvel ora em questão (f. 28/31) - nas quais a finalidade pública da alienação do bem constou de artigo separado daquele que cuidou dos prazos para construção do projeto industrial -, é inegável a necessidade de observância perene da destinação pública prevista para o imóvel como condição à subsistência da doação, pois essa é a pedra de toque que justifica e legitima o ato de disposição do bem público.

É princípio basilar de hermenêutica que a lei não contém disposições inúteis. Nessa perspectiva, a previsão dos arts. 3º e 2º, respectivamente, das Leis Municipais nºs 4.394/2000 e 4.637/2004, não pode ser ignorada, como se letra morta fosse. A meu ver, não há como conceber uma doação onerosa de bem público cujo encargo não perpasse, no mínimo, pelo cumprimento de uma finalidade pública.

A propósito, o texto dos citados artigos:

> A área doada se destina exclusivamente à implantação de projeto industrial, com vista à geração de empregos no município, vedada qualquer outra utilização, salvo construção de instalações para vigia.

Nesse sentido, a doutrina de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, destacada pelo Município de Conselheiro Lafaiete:

> [...] a doação condicionada é feita para que o donatário utilize o imóvel para fins de interesse público; se deixar de haver essa utilização, o bem volta ao patrimônio do doador. A ideia evidente é a de manter o bem doado vinculado ao fim de interesse público que justificou a doação. Se deixar de atender a esse objetivo, o bem volta ao patrimônio público (*Manual de direito administrativo*. 12. ed. São Paulo: Atlas, p. 303) (f. 104).

E, no caso dos autos, é incontroverso que uma parte do imóvel objeto da doação vem sendo explorada pela sociedade Andréa Vilar Silva F.I., na atividade de pesquisa, lavra e envase de água mineral - como alega o Município (f. 100 e seguintes), e não nega a impetrante -, objeto este não contemplado pela lei que autorizou a doação, conforme acima transcrito.

Em que pese a informação de que referida área teria sido reconhecida, depois da doação, como de propriedade da Companhia de Desenvolvimento Econômico de Minas Gerais -Codemig, e, nessa condição, comprada pela impetrante no ano de 2007, conforme contrato de f. 50/58, não me parece possível, na estreita via do mandado de segurança, reconhecer que tal ajuste se sobrepõe à doação autorizada por lei e levada a registro, conforme f. 36/47.

Como bem pontuou a cuidadosa Promotora de Justiça, Dra. Aléssia Alves de Alvarenga Santa Bárbara (f. 175-v.), a área que a impetrante alega ter sido adquirida da Codemig é também objeto da doação por instrumento público efetivada pelo Município de Conselheiro Lafaiete, gravada com cláusulas de inalienabilidade, impenhorabilidade e reversão, sendo que a impetrante, na condição de donatária, manifestou expressamente a aceitação da doação em todos os seus termos.

Em reforço, verifica-se, ainda, que a própria sociedade Andréa Vilar Silva F.I., afirmando pertencer ao mesmo grupo da ora impetrante, reconheceu que a área na qual exercia a atividade de "envase de produtos líquidos/alimentícios", cuja transferência pretendia formalizar perante a Municipalidade, fora doada ao grupo "através da Lei nº 4637/04", segundo ofício juntado à f. 85.

Assim, verificada a contradição, no tocante à origem da propriedade da área, ou, no mínimo, uma sobreposição de instrumentos deliberando acerca de um mesmo bem, há de prevalecer, na falta de esclarecimento cabal, a informação da doação, contida na escritura pública transcrita no Cartório do 2º Ofício de Registro de Imóveis da Comarca, no Livro nº 2 AP, f. 11.511, sob os nºs R-11511 e AV-2-11511, em 25 de abril de 2002, conforme constante da f. 46.

Isso já é suficiente, a meu ver, para descaracterizar o alegado direito líquido e certo da impetrante à suspensão do decreto de reversão, pois evidenciada, no tocante à área de 10.004,14m², integrante da doação onerosa, o desvirtuamento do uso público do imóvel, relacionado à "implantação de projeto industrial, com vista à geração de empregos no Município", nos termos da lei.

É o que se pode extrair, de plano, da prova constante do presente *mandamus*.

A propósito, assim entendi no julgamento da Apelação Cível nº 1.0137.06.000395-1/001, versando sobre caso semelhante ao presente. Confira-se a ementa do acórdão, destacada nas informações de f. 104:

> Doação de bem público. Inobservância da finalidade do uso do bem. Reversão do bem doado. Possibilidade. Sentença confirmada. - Se o donatário deixou de atender às finalidades impostas pelo Município, no ato da doação do imóvel, impedindo a Municipalidade de dar ao imóvel a destinação que o bem da coletividade exige, evidencia-se o desvio de finalidade, a justificar a reversão do imóvel ao patrimônio público (Apelação Cível 1.0137.06.000395-1/001 - Relator: Des. Eduardo Andrade - 1ª Câmara Cível - j. em 13.02.2007 - publ. em 02.03.2007).

Na mesma orientação, o seguinte julgado deste egrégio TJMG:

> Administrativo. Imóvel público. Doação com encargo. Inobservância da finalidade do uso do bem. Revogação e o correspondente cancelamento de registro imobiliário. Pedidos julgados procedentes. Sentença mantida. - Se a donatária descumpre quaisquer das condições impostas quando da

doação, desvirtuando a verdadeira finalidade na utilização do imóvel, impede a Municipalidade de dar ao imóvel objeto da doação a destinação que o bem da coletividade exige, justificando, assim, a reversão do imóvel ao patrimônio público (Apelação Cível 1.0155.10.001139-6/001 - Relator: Des. Elias Camilo - 3ª Câmara Cível - j. em 10.05.2012 - publ. em 18.05.2012).

Em conclusão, evidenciado que a apelante-donatária deixou de atender, no tocante a uma parte da área doada a ela pelo Município-apelado, às finalidades impostas no ato da doação do imóvel, permitindo a exploração, no local, de atividades de envase de água mineral - estranhas ao objeto estabelecido como condição ao ajuste -, privando a Municipalidade, nesse tocante, de dar ao imóvel destinação que o bem da coletividade exige, evidencia-se o desvio de finalidade a justificar a reversão do imóvel ao patrimônio público, e, com isso, afasta-se a hipótese de direito líquido e certo da impetrante à suspensão do ato de reversão.

Caso é mesmo, portanto, de denegação da segurança.

Por fim, no tocante ao pedido do apelado pela condenação da impetrante por litigância de má-fé, reafirmo, tal como colocado por ocasião do julgamento do agravo de instrumento, que não me parece configurada qualquer das hipóteses previstas no art. 17 do CPC - valendo frisar que o apelado nem sequer cuidou de apontar em qual inciso pretendia enquadrar o comportamento da impetrante, como se vê da f. 210.

Em reforço, registre-se que o fato de a apelante ter pleiteado em Juízo "um suposto direito líquido e certo a que nunca fez jus" - nas palavras do recorrido (f. 205) -, não é motivo que, por si só, caracterize a sua conduta como atentatória aos deveres da boa-fé e lealdade processual, notadamente no caso dos autos, em que a tese jurídica debatida se revelou extremamente complexa, tendo a ilustre Procuradora de Justiça, inclusive, manifestado respeitável entendimento em favor da concessão da segurança -, o que denota a considerável controvérsia gerada.

Com essas considerações, nego provimento ao recurso.

DES. GERALDO AUGUSTO - De acordo com o Relator.

DES.ª VANESSA VERDOLIM HUDSON ANDRADE - De acordo com o Relator.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

...

ICMS - Aquisição de veículo - Portador de deficiência - Incapacidade para dirigir - Isenção - Limitação do benefício fiscal aos que possuam carteira de habilitação e possam conduzir o veículo - Descabimento - Ofensa ao princípio da isonomia - Liminar concedida

Ementa: Agravo de instrumento. Mandado de segurança. Portador de deficiência mental grave. Aquisição de veículo. Condução por terceiro.- Isenção de ICMS. Lei 15.757/05. Recurso provido. Liminar concedida.

- Impõe-se a concessão da liminar em mandado de segurança para garantir ao agravante/impetrante a isenção de ICMS na aquisição de veículo automotor, porquanto demonstrada a plausibilidade de suas alegações e o perigo da demora.

AGRAVO DE INSTRUMENTO CÍVEL Nº 1.0687. 12.003233-3/001 - Comarca de Timóteo - Agravante: Rafael Lucas Vieira representado p/ pai Helio Vieira - Agravado: Estado de Minas Gerais - Autoridade coatora: Chefe da Administração Fazendária do Município de Timóteo - 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, à unanimidade, em DAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 13 de novembro de 2012. - *Armando Freire* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. ARMANDO FREIRE - Trata-se de agravo de instrumento interposto por Rafael Lucas Vieira, representado pelo pai Hélio Vieira, contra decisão proferida pelo MM. Juiz de Direito 1ª Vara Cível da Comarca de Timóteo, em autos de mandado de segurança que consistiu em indeferir a liminar pleiteada.

Na minuta recursal de f. 04/08, o agravante alega, em síntese, que a legislação que regulamenta a matéria prevê a isenção de ICMS na compra de veículos por pessoa portadora de deficiência ou por intermédio de seu representante legal. Pontua que é portador de doença mental severa e precisa do automóvel para se submeter a tratamento fora do domicílio. Assegura que a demora na aquisição do automóvel se deu em razão das condições financeiras da família, que só agora obteve meios para a compra do carro. Afirma que os requisitos para a concessão da liminar estão presentes na espécie. Salienta que a pretensão do imperante é amplamente acolhida na jurisprudência mineira. Pugna pelo provimento do recurso.

Na decisão de f. 43/44, recebi o presente recurso. Decisão retificada às f. 64/65, para correção de erro material.

Informações prestadas à f. 62.

Contrarrazões às f. 75/85, pelo desprovimento do recurso.

No parecer de f. 88/95, a douta Procuradoria-Geral de Justiça opina pelo desprovimento do agravo.

Em síntese, é o relatório.

Conheço o recurso, visto que presentes os pressupostos de admissibilidade.

De início, cumpre pontuar que, na espécie, não há controvérsia acerca do fato de ser o impetrante portador de deficiência. A discussão cinge-se apenas quanto à possibilidade de concessão da liminar, no mandado de segurança, com fins de isenção de ICMS na compra de veículos automotores àqueles deficientes que são incapacitados de dirigir.

Registro que há algum tempo admito que a limitação para a concessão de isenção de ICMS - apenas quando o portador da deficiência fosse o condutor - não se justifica, uma vez que viola o princípio da isonomia, em que pessoas em situação idêntica, recebem tratamento desigual por parte do Estado.

Esse entendimento está concentrado no julgamento do REsp 567873/MG. Embora o caso diga respeito à isenção do IPI, os fundamentos aplicam-se perfeitamente à controvérsia enfrentada nestes autos. Peço vênia para transcrever trecho do voto proferido pelo em. Ministro Relator Luiz Fux:

> Sob essa ótica, a *ratio legis* do benefício fiscal conferido aos deficientes físicos indicia que indeferir requerimento formulado com o fim de adquirir um veículo para que outrem o dirija, à míngua de condições de adaptá-lo, afronta ao fim colimado pelo legislador ao aprovar a norma visando facilitar a locomoção de pessoa portadora de deficiência física, possibilitando-lhe a aquisição de veículo para seu uso, independentemente do pagamento do IPI. Consectariamente, revela-se inaceitável privar a recorrente de um benefício legal que coadjuva às duas razões finais a motivos humanitários, posto de sabença que os deficientes físicos enfrentam inúmeras dificuldades, tais como o preconceito, a discriminação, a comiseração exagerada, acesso ao mercado de trabalho, os obstáculos físicos, constatações que conduziram à consagração das denominadas ações afirmativas, como esta que se pretende empreender.
>
> A doutrina pátria calcada no princípio isonômico e sua exegese refinada orienta-se no sentido de que a legislação deve ser interpretada da maneira em que se trate de forma igualitária os iguais e desigualmente os desiguais.

A Lei 15.757/2005, que disciplina sobre a isenção de ICMS na compra de veículo adaptado em Minas Gerais preceitua:

> Art. 1° Fica o Poder Executivo autorizado a isentar do Imposto sobre as Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS - a aquisição de automóvel de passageiros, de fabricação nacional, equipado com motor de cilindrada não superior a 1.600 cm^3 (mil e seiscentos centímetros cúbicos), movido a combustível de origem renovável ou sistema reversível de combustão, por pessoa portadora de deficiência física, visual, mental severa ou profunda ou autista, diretamente ou por intermédio de seu representante legal.

Em que pese à alegação da autoridade coatora de que a RICMS/2002 e o Convênio ICMS 03/2007 exigem que o beneficiário da isenção possua carteira de habilitação, a legislação supramencionada dispõe no sentido de que tanto o beneficiário como o seu representante legal podem adquirir o veículo com a isenção do ICMS. Aliás, a existência de convênio não tem o poder de restringir a isenção prevista no referido dispositivo legal.

A matéria já foi exaustivamente analisada por este egrégio Tribunal. Transcrevo, a título de exemplo, acórdãos desta Primeira Câmara Cível:

> Constitucional e tributário. Mandado de segurança. Liminar. Concessão. Deficiente físico e mental incapaz de conduzir veículo. Condução por terceiro. Isenção de IPVA. Princípios da isonomia e da dignidade da pessoa humana. Benefício outorgado a portador de deficiência mental severa e profunda. - Deve ser deferida a liminar a portador de deficiência física objetivando garantir-lhe o direito de obter isenção de IPVA na aquisição de veículo ainda que venha a ser guiado por terceiro, sob pena de haver tratamento diferenciado com aqueles que têm a deficiência e podem dirigir (Agravo 1.0702.12.022784-9/002, Rel. Des. Alberto Vilas Boas, 1ª Câmara Cível, j. em 12.06.2012, publ. da súmula em 15.06.2012).

> Ação cominatória de obrigação de fazer. Deficiência física e mental. Fato incontroverso. Aquisição de veículo automotor. Isenção de ICMS e IPVA. Veículo a ser guiado por terceiro. Possibilidade. Princípio da isonomia e da dignidade da pessoa humana. Prova inequívoca da verossimilhança das alegações. Perigo de dano. Art. 273 do CPC. Recurso parcialmente provido. - Conforme dispõe o art. 273 do CPC, para a concessão de tutela antecipada, necessária é a existência de prova inequívoca para o convencimento da verossimilhança da alegação e que haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, ou fique caracterizado o abuso do direito de defesa ou a manifesta intenção de protelar. - Vale dizer que o autor da ação deverá demonstrar as suas alegações fático-jurídicas ao magistrado, de maneira cabal, por intermédio de prova inequívoca efetivamente hábil à formação de um juízo de verossimilhança, as quais, necessariamente, haverão de somar-se, no caso concreto, ao requisito específico definido como fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação. - As fotografias acostadas e os atestados médicos não deixam dúvidas quanto a ser a agravante portadora de Hidranencefalia, doença que compromete não apenas a sua saúde física, mas também a sua saúde mental. - As isenções de ICMS e de IPVA devem ser interpretadas à luz do princípio da isonomia e da dignidade da pessoa humana, diante de comprovada incapacidade física e mental. - Recurso parcialmente provido (Agravo de Instrumento Cível 1.0637.11.008679-9/001, Rel. Des. Eduardo Andrade, 1ª Câmara Cível, j. em 12.06.2012, p. da súmula em 22.06.2012).

> Agravo. Liminar em mandado de segurança. Requisitos. Presentes. Deficiente visual. Isenção. ICMS. Limitação à isenção. Descabimento. Desprovimento. - A liminar em mandado de segurança tem por objetivo afastar a lesão ou ameaça de lesão a direito líquido e certo. Os requisitos para a concessão da medida liminar - plausibilidade do direito invocado e o perigo de dano - são cumulativos, simultâneos, devendo, pois, estar ambos caracterizados nos autos. Restando comprovados, de plano, a liminar deve ser deferida (Agravo de Instrumento Cível 1.0024.11.006547-1/001, Rel. Des. Geraldo Augusto, 1º Câmara Cível, j. em 17.05.2011, p. da súmula em 01.07.2011).

No caso dos autos, o veículo pode ser adquirido em proveito do deficiente, que, ao que tudo indica, necessita do bem para deslocar-se, tendo em vista que necessita de cuidados intensivos e diversificados. Pelo que se vê dos atestados médicos juntados às f. 26/31-TJ, o impetrante demanda tratamento especial, com deslocamentos frequentes ao hospital e às consultas com profissionais de diversas áreas da saúde.

Data venia, a fundamentação do douto Magistrado de primeiro grau, no sentido de que não há urgência na espécie, porquanto o impetrante já é deficiente há muitos anos e só agora requereu a aludida isenção, deve ser afastada.

Isso porque descabe questionar os motivos pelos quais a família do impetrante não adquiriu ou não pôde comprar um automóvel até os dias de hoje. Por óbvio, o veículo auxiliará, sobremaneira, no transporte e locomoção do impetrante, que faz uso de cadeira de rodas.

Diante do exposto, dou provimento ao recurso para conceder a liminar pleiteada.

Custas, *ex lege*.

É o meu voto.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES ALBERTO VILAS BOAS e EDUARDO ANDRADE.

Súmula - DERAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Mandado de segurança coletivo - Preliminares de impossibilidade jurídica do pedido e ilegitimidade ativa do sindicato impetrante rejeitadas - Garantia constitucional - Art. 21, *caput*, da Lei 12.016/2009 - Direito à informação - Art. 5º, incisos XXXIII e XXXIV, alínea *b*, da CF/88 - Publicidade dos atos administrativos - Interesse da coletividade

Ementa: Reexame necessário. Apelação. Mandado de segurança coletivo. Direito à informação. Preliminares de impossibilidade jurídica do pedido e de ilegitimidade ativa afastadas.

- A pretensão deduzida no *mandamus* respeita o direito de informação previsto no art. 5º, XXXIII e XXXIV, *b*, da CF/88.

Sentença confirmada em reexame. Prejudicada a análise do recurso voluntário.

APELAÇÃO CÍVEL/REEXAME NECESSÁRIO Nº 1.0317.10.003561-5/001 - Comarca de Itabira - Remetente: Juiz de Direito da 2ª Vara Cível da Comarca de Itabira - Apelante: Município de Itabira - Apelado: Sintsepmi - Sindicato dos Trabalhadores/Servidores Públicos do Município de Itabira - Autoridade coatora: Prefeito do Município de Itabira - Relator: DES. BRANDÃO TEIXEIRA

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, à unanimidade, em CONFIRMAR A SENTENÇA EM REEXAME. PREJUDICADA A ANÁLISE DO RECURSO VOLUNTÁRIO.

Belo Horizonte, 27 de novembro de 2012. - *Brandão Teixeira* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. BRANDÃO TEIXEIRA - Versam os autos sobre reexame necessário e apelação cível interposta pelo Município de Itabira em face da r. sentença de f. 60/62 que, em mandado de segurança impetrado pelo Sintsepmi, concedeu a segurança ''para determinar à autoridade coatora que, no prazo de quinze dias, apresente ao impetrante resposta ao pedido de informações contido no ofício de f. 30'' (*sic*).

Nas razões recursais de f. 64/69, o apelante suscitou, preliminarmente, ilegitimidade ativa do sindicato impetrante, ao argumento de que o aludido sindicato sustenta que pretende verificar eventuais irregularidades, já que há denúncia de favorecimento a alguns servidores, em desobediência à Circular nº SMA/003/2009, que suspendeu, por tempo indeterminado, a partir de 1º.04.2009, a conversão em pecúnia da gratificação de licença-prêmio; no presente caso não são todos os servidores municipais que possuem direito ao recebimento da licença-prêmio nem sequer da informação solicitada, não podendo o sindicato atuar como substituto processual. No mérito, argumentou que: os servidores a respeito dos quais o sindicato pede informações também são filiados ao próprio sindicato; o Município não pode prestar informações sem autorização expressa desses servidores, que também gozam de sigilo constitucionalmente assegurado no tocante a seus dados pessoais, devendo ser resguardada a privacidade desses servidores.

O apelado apresentou contrarrazões às f. 72/77.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça se manifestou às f. 86/93 pela confirmação da sentença de primeiro grau.

Decido.

Juízo de admissibilidade.

Conheço da remessa obrigatória, por força do reexame necessário, nos termos do § 1º do art. 14 da novel Lei 12.016/09.

Reexame necessário.

Preliminares.

1ª - Impossibilidade jurídica do pedido.

O Juízo *a quo* afastou a preliminar de impossibilidade jurídica do pedido sob o fundamento de que ''o mandado de segurança coletivo contra ato omisso de autoridade encontra previsão abstrata no ordenamento brasileiro, razão pela qual rejeito a preliminar'' (f. 61).

Com razão o Juízo *a quo*.

A possibilidade jurídica do pedido na seara pública liga-se à possibilidade de se pedir, em abstrato, aquilo que não for tacitamente ou expressamente proibido de se pleitear em juízo. Nesse sentido a CF/88, em seu art. 5º, XXXIII, prevê o direito de todos a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse da coletividade.

Rejeita-se a preliminar de impossibilidade jurídica do pedido.

2ª - Ilegitimidade ativa.

A autoridade apontada como coatora suscitou a preliminar de ilegitimidade ativa do sindicato, ao argumento de que não são todos os servidores municipais que possuem direito ao recebimento da licença-prêmio nem sequer da informação solicitada, razão pela qual não poderia o sindicato atuar como substituto processual.

O Juízo *a quo* rejeitou a preliminar sob o argumento de que ''a pertinência subjetiva do presente *writ* ao impetrante decorre expressamente da regra inscrita no art. 21, *caput*, da Lei nº 12.030, de 2009 [...]'' (*sic*).

Consoante pacífica orientação do Superior Tribunal de Justiça e do Pretório Excelso, a entidade representativa de classe não depende de autorização expressa dos seus filiados para agir judicialmente em defesa dos direitos e interesses da categoria que representa.

Deve, assim, prevalecer o entendimento sedimentado de que

> as associações possuem legitimação ativa, como substitutas processuais de seus associados, para impetrar mandado de segurança em defesa de direitos vinculados ao interesse da respectiva categoria funcional, independentemente de autorização expressa de seus filiados (STJ - MS 8121/DF - Relator: Gilson Dipp; *vide* também: MS nº 4256/DF - Corte Especial - STJ; MS nº 22.132/RJ - Tribunal Pleno - STF).

Nesses termos, rejeita-se a preliminar de ilegitimidade ativa.

Mérito.

O Sintsepmi - Sindicado dos Trabalhadores e Servidores Públicos do Município de Itabira-MG impetrou mandado de segurança coletivo em face de ato apontado como ilegal do Prefeito de Itabira/MG, ''consistente em não apresentar resposta a pedido de informação formulado pela parte impetrante sobre eventual descumprimento do ato administrativo objeto da Circular SMA/003/2009'' (f. 61).

O Juízo *a quo* concedeu a segurança, valendo-se dos seguintes argumentos:

> Da análise dos documentos coligidos, conclui-se que, por intermédio do ofício de f. 31, em 30 de março de 2010, portanto há tempo mais do que razoável, o impetrante apresentou à autoridade apontada como coatora requerimento de informações sobre eventual descumprimento das medidas administrativas adotadas pelo Chefe do Poder Público do Município de Itabira por intermédio da Circular SMA/003/2009.
>
> Como consta da cópia da circular em apreço (f. 30), as medidas em consideração dizem respeito ao pagamento de vantagens pecuniárias dos servidores públicos municipais.
>
> Em tal contexto, forçoso se faz reconhecer que, tendo em vista o disposto no art. 5º, XXXIII, da Constituição da República, como entidade de informações postuladas, para averiguar eventual descumprimento de atos administrativos com repercussão sobre a esfera jurídica de seus sindicalizados.

Ao apreciar caso análogo, já decidiu o egrégio TJMG:

> Ementa: Mandado de segurança. Apelação cível. Ilegitimidade recursal da autoridade impetrada. Recurso voluntário não conhecido. Sindicato dos servidores públicos municipais. Certidões e documentos. Princípio da publicidade. Direito à informação. Honorários advocatícios. Súmula 512 do STF e 105 do STJ. Sentença parcialmente reformada.
>
> Diante do exposto, na esteira do entendimento jurisprudencial supra, julgo procedente a pretensão formulada na inicial e concedo a ordem requerida, para determinar à autoridade coatora que, no prazo de quinze dias, apresente ao impetrante resposta ao pedido de informações contido no ofício de f. 30 (f. 61/62).

A r. sentença deve ser confirmada por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Constou no referido Ofício do Sintsepmi 057/2010:

> Este Sindicato vem solicitar informações e relação acerca dos servidores contemplados com pagamento de gratificação de licença-prêmio, durante o período de janeiro de 2009 até a presente data.
>
> Solicitada informação tem como finalidade informar a classe dos servidores públicos de que a circular que suspendeu o pagamento de dita gratificação abrangeu todos os servidores do Município, sem quaisquer privilégios pessoais ou políticos (f. 31).

Entende-se que a pretensão deduzida no presente *mandamus* diz respeito ao direito de informação, a teor

do disposto no art. 5º, incisos XXXIII e XXXIV, alínea *b*, da CF/88:

> 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:
> [...]
> XXXIII - todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestados no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado;
> XXXIV - são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas:
> [...]
> b) a obtenção de certidões em repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal; [...].

Dessarte, salvo nos casos imprescindíveis para segurança da sociedade e do Estado, o que não é o caso, todos os atos administrativos são públicos, inclusive para que o cidadão possa exercer o controle da legalidade e legitimidade dos mesmos.

No caso, o impetrante representa a coletividade dos funcionários. Presume-se que seja do interesse de todos a obtenção de informações a respeito do pagamento de alguma verba a algum deles, porque houve ordem de suspensão geral de pagamento dela a todos os funcionários representados pelo impetrante e, por isso, amparado pelo art. 5º, XXXIII, da CF/88.

Saber quais foram os servidores atingidos pela circular que proibiu a conversão da licença-prêmio em pecúnia, para fins de apurar se houve ou não privilégios pessoais ou políticos, configura visível interesse da coletividade, amparado pelo referido art. 5º, XXXIII, da CF/88.

Por esses fundamentos, em reexame necessário, confirma-se sentença.

Prejudicada a análise do recurso voluntário.

Conclusão.

Pelo exposto, em reexame necessário, confirma-se a sentença. Prejudicada a análise do recurso voluntário.

Custas, *ex lege*.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES CAETANO LEVI LOPES e HILDA TEIXEIRA DA COSTA.

Súmula - CONFIRMARAM A SENTENÇA EM REEXAME NECESSÁRIO. PREJUDICADA A ANÁLISE DO RECURSO VOLUNTÁRIO.

...

Registro civil - Alteração - Redesignação de sexo - Indivíduo transgênero - Questão complexa relativa ao estado da pessoa - Competência - Vara de Família - Instrução probatória ampla e específica - Busca da verdade real - Redistribuição do feito - Reabertura da instrução - Parcial anulação do processo a partir da sentença

Ementa: Ação declaratória. Redesignação de sexo. Retificação do registro civil. Consequência da decisão. Estado de pessoa. Competência do Juízo/Vara de Família. Art. 60, LCE 59/2001. Necessidade de ampla instrução probatória. Anulação parcial. Redistribuição.

- Tratando-se de pretensão de redesignação de sexo, envolvendo estado da pessoa que se mostra transgênero, a questão é bem mais ampla e bem mais complexa, sendo o pedido de alteração no registro civil apenas a consequência final da procedência ou não da ação.

- Não fosse, então, pela legislação de competência (art. 60 da LCE 59/2001) de que tais ações relativas ao estado das pessoas competem aos juízos/varas de família, e não às varas de registros públicos ou cíveis em geral, tem-se que, nessas varas especializadas, se encontram meios de instrução probatória também específicos e mais adequados, inclusive com assistentes sociais, quadros de peritos indicados, possibilidade de requisição de tais serviços em estabelecimentos técnicos próprios para uma ampla busca da verdade real, o que levará a um convencimento seguro do direito a amparar a angústia da parte, como cidadão e como pessoa humana.

- Fixa-se, pois, a competência para uma das varas de família da comarca, com a redistribuição e o prosseguimento do feito.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0672.11.005358-0/001 - Comarca de Sete Lagoas - Apelante: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Apelado: R.P.C. - Relator: DES. GERALDO AUGUSTO

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 DAR PARCIAL PROVIMENTO AO AGRAVO.

Belo Horizonte, 4 de dezembro de 2012. - *Geraldo Augusto* - Relator.

Notas taquigráficas

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

Trata-se de apelação contra a sentença de f. 57/66, cujo relatório se adota porque correto, completo e fiel aos autos, acrescentando-se que a ação de retificação de registro civil proposta pelo apelado foi julgada procedente, determinando a retificação de nome e sexo, com as razões ali constantes.

Irresignado, pretende o apelante a reforma parcial da sentença, com a improcedência do pedido, conforme f. 69/93, argumentando, em preliminar, a nulidade da decisão de origem, porque prolatada por Juízo absolutamente incompetente, uma vez que o Juízo competente seria o da Vara de Família. No mérito, aduz, em resumo, que o escopo da retificação do nome civil é garantir a correspondência entre a realidade fática e a realidade registral, visando a resguardar a realidade dos Registros Públicos; que as informações nestes constantes visam à distinção das pessoas naturais na sociedade; que a regra vigente é a da imutabilidade do nome civil, admitindo-se a sua retificação em raras exceções, desde que devidamente fundamentadas; que o Ministério Público, em parecer final, opinou pela procedência do pedido subsidiário e improcedência do pleito de alteração do designativo de sexo do peticionário; que o Juízo de origem, sem a devida fundamentação, houve por bem alterar o sexo do requerente em seu registro civil; que nem sequer foi realizada a cirurgia de redesignação sexual, considerada indispensável por este Tribunal para a alteração do sexo no registro civil; que a reforma parcial da decisão, tão somente para que não se altere, como feito, o designativo de sexo do peticionário, em nada violará a efetivação da dignidade da pessoa humana, porque somente visa a resguardar o isonômico tratamento a ser dispensado aos cidadãos.

Contrarrazões (f. 96/100), em resumo, pela manutenção da decisão de origem.

A Procuradoria de Justiça, por seu ilustre membro junto a esta Câmara (f. 107/109) emitiu parecer, em resumo, no sentido do provimento do recurso.

Analisa-se e decide-se a preliminar:

Embora tenha o feito vindo com a denominação e pedido de "ação declaratória de retificação de registro civil", tem-se, pela só leitura da inicial, que a base e fundamento da pretensão se encontra em que o autor, ora apelado, "[...] apresenta características corporais e comportamento social e sexual compatíveis com indivíduos do sexo feminino e detém total convicção e certeza psicológica quanto a sua correta sexualidade". Acrescenta que, desde os 12 anos de idade, veio a descobrir a sua correta sexualidade, que é diversa daquela prenotada no seu registro de nascimento e que, "[...] a partir desta data, o requerente sempre se portou como mulher em todos os ambientes que frequentava, levando uma vida tradicionalmente feminina desde sua maneira de vestir até a totalidade de seu comportamento perante a sociedade [...]". Daí o seu constrangimento e a discriminação sofrida por possuir aparência feminina e ter de se apresentar com nome masculino. Em resumo, e finalmente, que "o requerente possui alma feminina aprisionada em um corpo masculino".

Registra que ainda não passou pelo procedimento cirúrgico da transgenitalização, não obstante já ter-se submetido a diversos tratamentos de ingestão hormonal que resultaram em sensíveis alterações em suas feições externas, similares às femininas.

Ora, só por isso, convence-se que não se trata de mero e simples pedido de alteração de nome/registro civil. Pede, ademais, seja alterado o sexo, no mesmo registro, de masculino para feminino.

Trata-se, pois, de pretensão de redesignação de sexo, envolvendo estado da pessoa, que se mostra transgênero.

A prova, então, não é apenas oral. Há necessidade de provas técnicas médico/física e psicológica, análise de comportamento em ambas as áreas, entrevistas pessoais e técnicas, entre outras.

É questão bem mais ampla e bem mais complexa, sendo o pedido de alteração no registro civil apenas a consequência final da procedência ou não da ação.

Não fosse, então, pela legislação de competência (art. 60 da LCE 59/2001) de que tais ações relativas ao estado das pessoas competem aos juízos/varas de família, e não das varas de registros públicos ou cíveis em geral, tem-se que, nessas varas especializadas, onde existem (como é o caso dos autos a Comarca de Sete Lagoas), encontram-se meios de instrução probatória também específicos e mais adequados, inclusive com assistentes sociais, quadros de peritos indicados, possibilidade de requisição de tais serviços em estabelecimentos técnicos próprios para uma ampla busca da verdade real, o que levará a um convencimento seguro do direito a amparar a angústia da parte, como cidadão e como pessoa humana.

A jurisprudência/entendimento do TJMG a respeito é no mesmo sentido.

Este Tribunal de Justiça, inclusive, por meio desta Câmara e até em julgamento anterior da relatoria deste mesmo Desembargador Relator (Apelação nº 1.0016.04.041282-3/001 - 1ª Câmara Cível - Comarca: Alfenas - 2ª Vara Cível - Apelante: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Apelado: A.P.C. - Relator: Des. Geraldo Augusto), tem aceitado a alteração do gênero/sexo/nome; porém mediante comprovação de circunstâncias e requisitos:

> Ementa: Retificação de registro civil. Requerente portador de transexualidade primária, verdadeira. Distúrbio psíquico/físico de causa natural/congênita. Exteriorização desde três anos de idade. Sofrimento intenso e crescente de gravíssimas conseqüências. Imposição de cirurgia de transgenitalização. Laudo técnico/médico idôneo. Obediência às normas legais, éticas e do Conselho Federal de Medicina. Resultado de êxito reconhecido tecnicamente. Requerente com características psíquicas e físicas definidas como femininas. Fato concreto definido e irreversível. Reconhecimento do direito à plena integração social. Retificação do registro civil. Anotações de prenome e sexo. Arts. 1º, III, 3º, IV, e 5º, X, da Constituição da

> República c/c os arts. 57 e 58 da Lei 6.015/73. Confirmação da sentença que julgou procedente o pedido. - Desde que comprovada a condição de transexual primário, verdadeiro, distúrbio psíquico/físico de gênero, de causa natural/congênita, exteriorizado desde os três anos de idade, cujo sofrimento causado é intenso e crescente, podendo levar à gravíssima consequência de automutilação e suicídio, recomendado o procedimento cirúrgico, não por simples vontade ou mero capricho do paciente, assim reconhecido por laudo médico e técnico idôneo; tendo sido realizada, com sucesso, a cirurgia de transgenitalização, obedecidas, também, as regras da ética e da regulamentação específica do Conselho Federal de Medicina, com resultado também reconhecido tecnicamente; que o requerente se apresenta com características e comportamento definidos como femininos, nos aspectos físico e psíquico, e já assim integrado e aceito entre familiares e conhecidos; decorre, no caso concreto e específico, diante do fato concreto definido e irreversível, o reconhecimento do direito à integração social plena e consequente retificação do registro civil do requerente quanto às anotações do prenome e do sexo, com base nos arts. 1°, III; 3°, IV, e 5°, X, da Constituição da República c/c os arts. 57 e 58 da Lei n° 6.015/73, confirmando-se a sentença que julgou procedente o pedido.

Vê-se, pois, a imposição da instrução probatória ampla e específica e que, na espécie, diante da natureza da ação/pedido, a questão que envolve pode e deve ser determinada até de ofício pelo julgador, em obediência à procura da verdade real para o convencimento seguro a basear a decisão final em julgamento.

Nesse aspecto, tem vantagem o requerente diante da oportunidade de ser demonstrada amplamente a sua condição, origem e atualidade, nos aspectos físico e psicológico, inclusive com a necessária distinção entre a eventualidade do transexualismo primário e verdadeiro (quando, involuntariamente, se alteram as características físico/psicológicas do gênero e se demonstram os conflitos entre o físico e o psíquico), e o mero travestismo e/ou homossexualismo (quando se mantêm as características do físico/psíquico, a consciência e vontade na manutenção).

Com tais razões, dá-se parcial provimento ao recurso para, acolhendo a preliminar, anular parcialmente o processo a partir da sentença, tão somente, para oportunizar o aproveitamento da prova oral e documental já produzida e diante do tempo transcorrido, redistribuindo-se o feito para uma das varas especializadas de família existentes na comarca, onde deve prosseguir, reabrindo-se a instrução, ampla e completa, na forma acima.

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

Súmula - DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO AGRAVO.

...

Professora - Contratação temporária - Estado gravídico - Ciência - Licença-maternidade - Concessão - Regularidade - Retorno - Dispensa - Inadmissibilidade - Ofensa à boa-fé objetiva - Reintegração determinada

Ementa: Administrativo. Ação anulatória. Designação de servidora para o exercício da função temporária de professora de Educação Física. Ciência de estado gravídico. Licença-maternidade regularmente concedida. Dispensa por ocasião do retorno sob a alegação de não comparecimento na data designada para o exercício. Descabimento. Violação da boa-fé objetiva. Tutela antecipada concedida.

- Se o Estado de Minas Gerais contratou a servidora para a função de professora de Educação Física ciente de seu estado gravídico e lhe concedeu licença-maternidade regularmente, não pode dispensá-la sob a alegação de não comparecimento na data designada para o início do exercício, sob pena de ofensa à boa-fé objetiva.

AGRAVO DE INSTRUMENTO CÍVEL Nº 1.0512. 12.005414-7/001 - Comarca de Pirapora - Agravante: Aracelle Martins Cordeiro - Agravado: Estado de Minas Gerais, Secretaria de Estado da Educação de Minas Gerais, Delegacia Regional de Ensino de Pirapora - 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, à unanimidade, em DAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 11 de dezembro de 2012. - *Alberto Vilas Boas* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. ALBERTO VILAS BOAS - Conheço do recurso.

A recorrente foi convocada pelo Estado de Minas Gerais para desempenhar as atribuições inerentes ao cargo de professora de Educação Física para o período de fevereiro a dezembro de 2012, sendo certo que, em janeiro deste ano, ocorreu o nascimento de seu filho (f. 27).

O benefício da licença-maternidade foi concedido e, ao retornar ao trabalho, foi informada de que seria dispensada, nos seguintes termos:

> A servidora Aracele Martins não poderia ter sido designada e a GP já se pronunciou a respeito. Cabe à escola providenciar a dispensa da servidora nos termos do inciso XII do art. 42 da Resolução SEE nº 2018/2012, qual seja, não comparecimento no dia determinado para assumir o exercício, no código 10.024, ficando assim com o impedimento previsto na referida Resolução:

§ 6º. O servidor dispensado de ofício na hipótese prevista no inciso XII deste artigo só poderá ser novamente designada em escola estadual no mesmo município, após decorrido o prazo de 120 (cento e vinte) dias de dispensa.

Por considerar que a motivação de sua dispensa não tinha fundamento legal - visto que a ausência ao trabalho se deu em razão da fruição da licença-maternidade - a agravante ajuizou ação anulatória e a concessão de tutela antecipada para ser reintegrada na função pública.

Assiste razão à recorrente quando postula a reforma da decisão que indeferiu a tutela de urgência, *data venia*.

Com efeito, restou comprovado que a contratação administrativa objetivava abranger o período de 02.02.0212 a 31.12.2012 (f. 28), sendo certo que o nascimento do filho da recorrente ocorreu em 30.12.2012 (f. 27). É possível dizer, portanto, que o agravado contratou a recorrente com plena ciência de seu estado gravídico, tanto é que lhe concedeu regularmente licença-maternidade (f. 46).

Nesse contexto, o agravado não poderia indeferir o retorno da agravante ao serviço público somente pela circunstância de ser temporária, pois estaria violando a boa-fé objetiva e puniria, de forma oblíqua, a autora por haver usufruído de um direito que o texto constitucional lhe resguarda.

E, pelos relatos feitos nos autos, está devidamente justificado o motivo para o não comparecimento no dia determinado para assumir o exercício, visto que se encontrava de licença-maternidade. Daí por que não poderia o Estado de Minas Gerais dispensar a servidora e puni-la porque o nascimento de seu filho coincidiu com parte do período das aulas.

Em face da relevância jurídica de seus argumentos, é inegável o perigo de se consumar dano irreparável para a agravante, porquanto a remuneração tem natureza alimentar e, se consumado o afastamento, não poderia ser novamente designada para a função pública.

Fundado nessas razões, dou provimento ao recurso e ratifico os termos da antecipação da tutela recursal mediante a qual foi determinado ao Estado de Minas Gerais que reintegrasse a agravada na função para a qual foi contratada até 31.12.2012, de acordo com o contrato administrativo.

DES. EDUARDO ANDRADE - De acordo com o Relator.

DES.ª VANESSA VERDOLIM HUDSON ANDRADE - De acordo com o Relator.

Súmula - DERAM PROVIMENTO.

...

Medida cautelar - Transação extrajudicial - Requisitos legais - Observância - Advogado - Participação - Desnecessidade - Homologação por sentença - Honorários advocatícios - Não estipulação - Verba indevida

Ementa: Medida cautelar. Acordo extrajudicial. Desnecessidade de participação do advogado. Homologação por sentença. Honorários advocatícios. Ausência de deliberação. Verba indevida.

- O acordo extrajudicial, negócio jurídico válido que obedece a todos os requisitos legais, uma vez que entabulado por partes capazes, em plenas condições de transigirem e tendo como objeto direito disponível, possível a celebração sem a necessidade da assistência de advogado.

- Homologado pelo juízo o acordo que delibera acerca de composição da celeuma, com a consequente perda do objeto e extinção do feito com resolução do mérito, não são devidos honorários de advogado no procedimento se a respeito da verba nada foi acordado pelas partes, o que não afasta o direito de, em outro procedimento adequado, o profissional haver o que entende de direito.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0027.10.005585-7/006 - Comarca de Betim - Apelante: Fábio Candido Pereira, em causa própria - Apelado: Fiat Automoveis S.A. e outro, Banco Fidis de Investimento S.A. - Interessado: Resenauto Veículos Ltda. - Relator: DES. FERNANDO CALDEIRA BRANT

Acórdão

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

Belo Horizonte, 23 de novembro de 2012. - *Fernando Caldeira Brant* - Relator.

Notas taquigráficas

Proferiu sustentação oral, pelo apelado, a Dr.ª Roberta Ribeiro Alexandre.

DR.ª ROBERTA RIBEIRO ALEXANDRE - Arguí, da Tribuna, preliminar de suspensão do julgamento em face da ação principal.

DES. FERNANDO CALDEIRA BRANT - Sr. Presidente, com a devida vênia, entendo que a questão da cautelar, embora esteja conexa, evidentemente, com a causa principal, encontra na presente hipótese relação de independência, pois estamos julgando, aqui, a questão da

medida cautelar, dispondo sobre o acordo que foi feito nos autos da medida cautelar.

Por evidente, se na ação principal alguma outra questão for discutida a respeito do acordo, é o então Relator que deve, a meu sentir modesto, apreciar essa questão.

Como estamos no plano da cautelar, e ainda que esse acordo suplante qualquer questão na ação principal, estou rejeitando essa preliminar.

DES. MARCELO RODRIGUES - Alinho-me ao entendimento do Relator, porque entendo que não vai haver prejuízo na apreciação, no julgamento antecipado da cautelar.

Então, também afasto a preliminar.

DES. MARCOS LINCOLN - Acompanho o eminente Relator.

DES. FERNANDO CALDEIRA BRANT - Trata-se de recurso interposto contra a r. sentença de f. 1.036, proferida pelo MM. Juiz de Direito da 3ª Vara Cível da Comarca de Betim, nos autos da medida cautelar proposta por Resenauto Veículos Ltda. em face de Fiat Automóveis e outro.

A sentença, tendo em vista que as partes transigiram e o feito perdeu o objeto, julgou extinto o processo com resolução do mérito, nos termos do art. 269, III, do CPC. Determinou que as custas fossem pagas conforme acordado.

O patrono da autora, Fábio Cândido Pereira, em nome próprio, apresentou apelação com razões às f. 1123/1160. Em princípio, o patrono do réu defende a possibilidade de estar recorrendo em nome próprio, justificando que sua legitimidade reside no fato de ter atuado como causídico no feito, sem que, contudo, tenha sido fixada verba honorária.

Defende que foi homologada transação entabulada pelas partes, da qual o patrono apelante não participou, acordo este que não pode prosperar. Explica que não foi estipulado valor a título de honorários e que tal obrigação não constou do acordo firmado. Reitera que a participação do advogado não pode ser minimizada. Ao final, pede o provimento do recurso.

Preparo à f. 1161, sendo a apelação recebida à f. 1163.

Contrarrazões às f. 1173/1183.

Conheço do recurso, visto que presentes os pressupostos objetivos e subjetivos de admissibilidade.

Compulsando detidamente os autos, tenho que não assiste razão ao apelante.

Em leitura à petição de f. 1.027/1.029 e ao documento anexado à f. 1.030/1.033, depreende-se que houve uma composição entre as partes, objetivando pôr fim aos processos de ação ordinária e ação cautelar, sendo que a autora Resenauto informou que renunciou expressamente ao direito em que se fundam as ações em referência com relação aos réus Fiat e Banco Fidis.

Dessa maneira, perdeu o objeto a cautelar ajuizada pela Resenauto Veículos Ltda., não havendo por que prosseguir o feito ajuizado.

Verifica-se que a composição extrajudicial, como negócio jurídico que é, deve observar os pressupostos de validade constantes da lei civil; e, em sendo as partes capazes de transigir, o objeto é lícito, possível e determinado ou determinável, bem como a forma prescrita ou não defesa em lei, não se justificando a nulidade do negócio.

Frise-se ainda que o objeto do feito não se refere a direito indisponível, motivo pelo qual não há impedimento algum de que as partes possam dele dispor, bem como transigir da maneira que entenderem mais conveniente.

Sabido que a transação é negócio jurídico bilateral e, através dela,podem as partes interessadas, mediante concessões mútuas, extinguir obrigações apenas pendentes ou já litigiosas.

A pretensão do patrono da autora em desconstituir o acordo diante de sua ausência no momento em que entabulado extrajudicialmente deve ser examinada em ação adequada, conforme preconiza o art. 486 do CPC.

Assim, repita-se que, no acordo extrajudicial obedecendo a todos os requisitos legais, sem que o apelante tenha apontado cláusula que o invalide por absoluto, uma vez que se trata de partes capazes, não há impedimento algum de que formalizem a composição que teve por escopo terminar o litígio, mesmo que desacompanhadas de advogado.

O STJ já se manifestou nesse sentido:

> Dispensa-se a intervenção de advogado na transação feita por instrumento público ou particular, embora com a finalidade de pôr termo a uma demanda (*JTJ* 173/205 e *JTA* 120/312). Também entendendo que a transação, mesmo judicial, dispensa a intervenção dos advogados das partes: *RT* 724/382, *JTJ* 165/204, *Lex-JTA* 142/326 (NEGRÃO, Theotônio; GOUVÊA, José Roberto F. *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*. 39. ed. atual. até 16 de janeiro de 2007. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 171).

Dessa maneira, não ficou caracterizada a simples desistência da ação pelo requerente, visto que o que ocorreu foi uma composição, motivo pelo qual não é oportuna a aplicação do *caput* do art. 26 do CPC, que trata do pagamento das despesas e dos honorários quando o processo termina por desistência ou reconhecimento do pedido.

Lado outro, o patrono do requerido não está impedido de pleitear o pagamento de seus honorários, considerando-se que nada foi disposto no acordo entabulado pelas partes a respeito de tal verba e nem mesmo poderia sê-lo, já que é direito que diz respeito apenas ao causídico e apenas com a participação dele pode ser objeto de transação.

A Lei nº 8.906/94 protege o direito à percepção dos honorários advocatícios pelo profissional que desempenhou o trabalho de advocacia, cabendo ao ora apelante, caso tenha interesse, pleitear a verba que entender lhe seja devida na via própria.

Firme em tais considerações, nego provimento ao recurso.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES MARCELO RODRIGUES e MARCOS LINCOLN.

Súmula - REJEITARAM PRELIMINAR LEVANTADA DA TRIBUNA E NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Mandado de segurança - Fisco municipal - Recusa de alteração de dados cadastrais - Dívida de outra empresa, antiga proprietária dos imóveis - Impedimento do livre exercício da atividade econômica - Procedimento arbitrário - Existência de meios normais de cobrança

Ementa: Mandado de segurança. Fisco municipal. Recusa de alteração de dados cadastrais. Dívida de outra empresa, antiga proprietária dos imóveis. Impedimento do livre exercício de atividade econômica. Procedimento arbitrário. Existência de meios normais de cobrança.

- À Fazenda Pública é vedado condicionar a alteração de dados cadastrais de imóveis, ainda que existentes débitos em nome da antiga proprietária, uma vez que dispõe de meios hábeis para a cobrança de seus créditos, não se justificando o manejo de procedimentos que, de forma anormal, visam obter a sua quitação - e que cerceiam o direito ao exercício das atividades empresariais, principalmente ao impedir a atualização do cadastro ao fundamento de existir pendência fiscal de outra empresa, em afronta a princípio constitucional da ordem econômica, tal como previsto no art. 170 da Constituição Federal.

REEXAME NECESSÁRIO-CÍVEL Nº 1.0210.11.006248-1/001 - Comarca de Pedro Leopoldo - Remetente: Juiz de Direito da 1ª Vara da Comarca de Pedro Leopoldo - Autor: Jardins Lagoa Park Empreendimento Ltda. - Réu: Município de Pedro Leopoldo - Autoridade coatora: Gerente de Cadastro de Imóveis do Município de Pedro Leopoldo - Relator: DES. WANDER MAROTTA

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 CONFIRMAR A SENTENÇA, NO REEXAME NECESSÁRIO.

Belo Horizonte, 30 de outubro de 2012. - *Wander Marotta* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. WANDER MAROTTA - Conheço da remessa oficial.

Jardins Lagoa Park Empreendimentos Ltda. - EPP impetrou mandado de segurança contra ato da Gerência de Cadastro de Imóveis do Município de Pedro Leopoldo, vinculada à Secretaria de Planejamento Urbano, alegando, em síntese que, como empresa privada regularmente constituída, adquiriu alguns imóveis no Município. Ao solicitar a alteração cadastral dos mesmos para emissão de guias de IPTU em seu nome, teve o pedido negado ao fundamento de haver dívidas fiscais em nome de Lotus Empreendimentos Ltda., anterior proprietária dos imóveis. Ressalta não ser possível impedi-la de funcionar e que o débito já foi parcialmente quitado, garantindo a execução fiscal devidamente embargada. Pede a liminar para assegurar-lhe a alteração dos dados cadastrais perante a Gerência de Cadastro de imóveis e, ao final, a concessão da segurança.

A liminar foi deferida para determinar que a autoridade impetrada acolhesse o pedido de alteração dos dados cadastrais em favor da impetrante, "salvo se houver outro impedimento legal diverso da justificativa apresentada" (f. 61/64).

O Município de Pedro Leopoldo informou ter cumprido a liminar deferida, com a consequente alteração dos dados cadastrais dos imóveis, pugnando pela extinção do feito sem julgamento do mérito ao fundamento de que a ação mandamental perdeu seu objeto após o cumprimento da liminar.

Regularmente notificada, a autoridade impetrada não se manifestou.

Às f. 80/85, manifestou-se o Ministério Público pela concessão da ordem.

A sentença, confirmando a liminar, concedeu a segurança para determinar que a autoridade impetrada proceda à alteração dos dados cadastrais dos imóveis adquiridos pela impetrante, independentemente do pagamento de impostos ou taxas pendentes.

Intimadas, as partes não se manifestaram.

O mandado de segurança visa proteger direito subjetivo individual, líquido e certo, que deve ser comprovado documentalmente e de plano.

Ensina Carlos Mário da Silva Veloso (in *Do mandado de segurança e institutos afins na Constituição de 1988; apud* Mandados de segurança e injunção. Coordenação: Sálvio de Figueiredo Teixeira. São Paulo: Saraiva Editora, 1990, p. 81):

> [...] O conceito, portanto, de direito líquido e certo, ensina Celso Barbi, lição que é, também, de Lopes da Costa e Sálvio de Figueiredo Teixeira, é processual. Quando acontecer um fato que der origem a um direito subjetivo, esse

> direito, apesar de realmente existente, só será líquido e certo se o fato for indiscutível, isto é, provado documentalmente e de forma satisfatória. Se a demonstração da existência do fato depender de outros meios de prova, o direito subjetivo surgido dele existirá, mas não será líquido e certo, para efeito de mandado de segurança. Nesse caso, sua proteção só poderá ser obtida por outra via processual.

Cumpre ao impetrante, portanto, demonstrar, através de prova pré-constituída, o seu pretendido direito líquido e certo. E tais documentos devem, forçosamente, vir juntados à inicial, nos termos do art. 283 do CPC.

No caso, pretende a impetrante que se lhe reconheça direito líquido e certo à alteração de dados cadastrais dos imóveis por ela adquiridos, que lhe foi negada pela autoridade impetrante sob o argumento de haver débitos tributários relativos aos imóveis em nome da antiga proprietária.

A prova demonstra que, de fato, a Gerência de Cadastro de Imóveis, vinculada à Secretaria de Planejamento Urbano do Município de Pedro Leopoldo, indeferiu o pedido formulado pela impetrante, de acordo com o despacho da Procuradoria da Fazenda, no sentido de haver débitos relativos aos imóveis adquiridos por ela, em nome de Lotus Empreendimentos e Participações S.A., antiga proprietária dos bens.

Há nos autos prova de que a antiga proprietária quitou os débitos tributários cobrados pelo Município, no importe de R$33.835,41 (f. 55).

Sabe-se que a Fazenda Pública não pode condicionar a alteração de dados cadastrais em decorrência de débitos em nome de antigo proprietário de imóveis, pois dispõe de meios hábeis para cobrar seus créditos, não necessitando de mecanismos como o que aqui foi adotado.

Certo é que a impetrante não obteve êxito quanto ao pedido de alteração dos dados cadastrais dos imóveis por ela adquiridos, a demonstrar o direito líquido e certo por ela pretendido.

O procedimento adotado pela Administração Fazendária constitui abuso de poder e tem caráter de penalidade, o que não é admitido pela ordem jurídica.

A propósito:

> Apelação cível - Mandado segurança - Violação do direito líquido e certo - Ilegalidade do ato praticado pela autoridade coatora - Negativa de cadastro junto ao IEF pela existência de débito - Ilegalidade. - A ação mandamental reclama prova pré-constituída da violação, pela autoridade apontada como coatora, do direito líquido e certo sustentado na impetração, sob pena de improcedência da referida garantia constitucional. Considera-se ilegal a negativa de cadastro de empresa junto ao IEF sob o fundamento de existência de débito, uma vez que há meios para a cobrança deste crédito. (Apelação Cível nº 1.0024.10.115946-5/002, Rel. Des. Vieira de Brito, j. em 07.02.2011.)

> Tributário - Mandado de segurança - Inscrição fiscal - Vinculação ao pagamento de débito junto ao Fisco - Ilegalidade. - É ilícito o procedimento da Administração Fazendária de condicionar o fornecimento de certidão negativa do sócio para fins de inscrição de uma outra empresa, ao pagamento de impostos, por ter caráter de penalidade. Aplicação da Súmula 547 do STF. Confirmada a sentença, em reexame necessário, prejudicado o recurso de apelação. (Apelação Cível nº 1.0000.00.227956-0/000, Rel. Des. Isalino Lisboa, j. em 07.03.2002, p. em 22.03.2002.)

À Fazenda Pública, portanto, é vedado condicionar a alteração de dados cadastrais de imóveis, ainda que existentes débitos em nome da antiga proprietária, uma vez que dispõe de meios hábeis para a cobrança de seus créditos, não se justificando o manejo de procedimentos que, de forma anormal, visam obter a sua quitação - e que cerceiam o direito ao exercício das atividades empresariais, principalmente ao impedir a atualização do cadastro ao fundamento de existir pendência fiscal de outra empresa, tudo em afronta a princípio constitucional da ordem econômica, tal como previsto no art. 170 da Constituição Federal.

Provado o direito líquido e certo, está correta a sentença monocrática ao conceder a ordem tal como requerida na inicial.

Ante o exposto, no reexame necessário, confirmo a sentença de primeiro grau.

Sem custas recursais, sem honorários.

DES. BELIZÁRIO DE LACERDA - De acordo com o Relator.

DES. PEIXOTO HENRIQUES - De acordo com o Relator.

Súmula - NO REEXAME NECESSÁRIO, CONFIRMARAM A SENTENÇA.

...

Ação popular - Ação de indenização - Causa de pedir - Identidade - Conexão - Suspensão da ação popular - Evitar decisões conflitantes - Viabilizar instrução única - Possibilidade - Juiz - Destinatário da prova - Princípios da economia e da celeridade processual

Ementa: Agravo de instrumento. Ação popular conexa com ação de indenização. Suspensão do andamento da ação popular para instrução única na ação de indenização. Possibilidade. Juiz como destinatário da prova. Princípios da economia e da celeridade processual.

- O destinatário da prova é o juiz, sendo que é ele quem decide sobre a necessidade ou não de sua realização.

- "Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo,

indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias" (Dicção do art. 130 do CPC).

- O ilustre Magistrado singular determinou a suspensão da ação popular, até que a ação de indenização esteja em condições de viabilizar colheita da prova oral, por haver identidade entre a causa de pedir das ações, para se evitarem decisões conflitantes e, principalmente, possibilitar instrução única, com base no princípio da economia processual.

Recurso não provido.

AGRAVO DE INSTRUMENTO CÍVEL Nº 1.0016. 11.011344-2/004 - Comarca de Alfenas - Agravante: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Agravados: Município de Alfenas, Antônio Carlos Esteves Pereira, Renan Pereira Negrini - Interessado: Perácio Azevedo Júnior - 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, à unanimidade, em NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 29 de novembro de 2012. - *Heloísa Combat* - Relatora.

Notas taquigráficas

DES.ª HELOÍSA COMBAT - Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais contra a r. decisão proferida pelo MM. Juiz da 2ª Vara Criminal e de Execuções Penais da Comarca de Alfenas, que, em sede de ação popular, suspendeu o feito até que o processo em apenso (ação de indenização) esteja apto a viabilizar a colheita de prova oral.

Alega o agravante que, na ação popular, se discute a validade do ato administrativo que autorizou a construção do "calçadão" defronte ao estabelecimento de propriedade de Renan Pereira Negrini; já na ação de indenização, visa-se ao ressarcimento dos danos sofridos pela Garrafaria da Cidade, em face da construção do alargamento da calçada, que valorizou o comércio e as vendas do estabelecimento do ora agravado, Renan Pereira Negrini.

Aduz o agravante que não é a ação popular que depende da ação de indenização, pelo contrário, somente com a comprovação da ilegalidade e lesividade do termo de cooperação firmado entre os agravados é que a ação de indenização poderá prosperar.

Salienta que a ação popular não demanda dilação probatória, uma vez que nela se discute apenas matéria de direito, certo que os documentos acostados são suficientes para o convencimento do juiz.

Afirma que a ação popular comporta julgamento antecipado, uma vez que as questões postas na inicial são matérias apenas de direito, estando cabalmente comprovadas a ilegalidade e a lesividade causadas pelo ato administrativo que autorizou a construção de extensão da calçada.

Pugna o agravante pela antecipação de tutela recursal, concedendo-se a imediata suspensão da decisão de f. 11, para determinar o prosseguimento do feito com o conseguinte julgamento antecipado da lide.

Ao final, requer a confirmação da tutela antecipada recursal, com o provimento do recurso.

Foi indeferido o efeito ativo ao recurso.

Contraminuta às f. 122/133.

Parecer da douta Procuradoria de Justiça às f. 147/149, opinando pelo provimento do recurso.

Passo a decidir.

O MM. Juiz *a quo* proferiu a seguinte decisão:

> Considerando a propositura da ação de indenização, Proc. n. 01611012194-0, que tem como causa de pedir o mesmo ato administrativo questionado nesta ação, para evitar decisões conflitantes e possibilitar instrução única, como medida de economia, determino a suspensão deste feito até que o processo em apenso esteja em condições de viabilizar colheita da prova oral.

Compulsando os autos, percebe-se que a ação popular e a ação de indenização foram interpostas pelo mesmo escritório de advocacia, havendo trechos idênticos nos instrumentos. Os réus e a causa de pedir são as mesmas.

A única diferença entre os pedidos é que, na ação de indenização, além de requerer a declaração da nulidade do ato administrativo realizado entre os réus, a irregularidade das obras e a determinação de demolição da construção feita, restaurando-se o passeio na forma original, o autor acrescentou um pedido, qual seja: pleiteou também a indenização pelos danos sofridos.

Assim, é obvio que a instrução probatória de um dos feitos servirá para o outro, mormente por se tratar de processos conexos.

A parte recorrente alega que a ação popular não demanda dilação probatória, uma vez que nela se discute apenas matéria de direito, sendo certo que os documentos acostados são suficientes para o convencimento do juiz.

Não vejo dessa forma, *permissa venia*.

Certo é que o Código de Processo Civil prevê, em seu art. 330, I, a possibilidade de julgamento antecipado da lide quando não houver necessidade de produzir outras provas; contudo, não me parece ser esse o caso dos autos.

As imputações feitas pelos autores da ação popular e da ação de indenização são graves e incluem até mesmo supostos atos de improbidade administrativa.

Assim como o MM. Juiz, vislumbro a necessidade de dilação probatória.

O destinatário da prova é o juiz, sendo que é ele quem decide sobre a necessidade ou não de sua realização.

O art. 130 do Código de Processo Civil dispõe:

> Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias.

No caso, o MM. Juiz entende que a prova a ser produzida na ação de indenização será importante para a formação de seu convencimento em ambos os feitos. Pelos fundamentos acima expostos, tenho que a sua decisão deve ser mantida.

Frisa-se que o ilustre Magistrado singular adotou a medida, suspendendo a ação popular, por haver identidade entre a causa de pedir das ações, para se evitarem decisões conflitantes e possibilitar instrução única, com escopo no princípio da economia processual.

À luz de tais considerações, nego provimento ao recurso.

DES. MOREIRA DINIZ - De acordo com a Relatora.

DES. DÁRCIO LOPARDI MENDES - De acordo com a Relatora.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Construção - Autorização do Poder Público - Terraplanagem - Métodos indevidos - Ausência de construção de contenções - Desmoronamento de moradia vizinha - Laudo pericial - Nexo causal demonstrado - Negligência da administração municipal em relação à ocupação do solo urbano - Área de risco - Ciência - Não exigência de laudo geotécnico - Culpa exclusiva do autor/vítima ou do fator natural pela superveniência de chuva - Inadmissibilidade - Responsabilidade objetiva do ente municipal pelos danos materiais - Danos morais - Configuração - Indenizações devidas - Valores mantidos

Ementa: Responsabilidade civil. Negligência na reforma de imóvel. Chuvas torrenciais. Desabamento de imóvel vizinho. Configuração da responsabilidade. Fator natural que deveria ser considerado pelo edificante. Alvará municipal permitindo a construção. Responsabilidade objetiva do ente municipal.

- Cabe ao edificante a observância dos riscos da área em que constrói ou reforma imóvel, tendo em vista a possibilidade de comprometer construções vizinhas. Ainda que o dano decorra de fato natural, como chuvas, trata-se de elemento que deveria ser considerado para prevenção, especialmente se comprovado que o evento natural, por si só, não causaria tal dano.

- Concorre na responsabilidade por danos materiais o ente municipal que permite a construção ou reforma de edificação, sem expor, de maneira clara, os riscos presentes na área, ou negligencia a sua existência. Caso configurado o dano, há nexo causal entre este e a omissão da Administração Pública.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0220.09.012082-9/001 - Comarca de Divino - Apelantes: 1º) Sindicato dos Trabalhadores e Trabalhadoras Rurais de Divino, 2º) Município de Divino - Apelado: José Firmino Chagas - Relatora: DES.ª VANESSA VERDOLIM HUDSON ANDRADE

Acórdão

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

Belo Horizonte, 4 de dezembro de 2012. - *Vanessa Verdolim Hudson Andrade* - Relatora.

Notas taquigráficas

DES.ª VANESSA VERDOLIM HUDSON ANDRADE - Trata-se de recursos de apelação interpostos pelo Sindicato dos Trabalhadores e Trabalhadoras Rurais de Divino e pelo Município de Divino, respectivamente, em face da sentença prolatada às f. 187/202. No provimento, o Juízo *a quo* julgou procedente a ação indenizatória movida pelo ora apelado, José Firmino Chagas, determinando aos réus o pagamento, de forma solidária, da importância de R$ 40.000,00 (quarenta mil reais), referente ao dano material decorrente da ruína de sua casa, como também da quantia de R$ 20.000,00 (vinte mil reais), a título de indenização por danos morais. Na oportunidade, condenou, ainda, os réus ao pagamento das custas processuais, honorários periciais fixados anteriormente e, por fim, honorários advocatícios, arbitrados em 15% (quinze por cento) sobre o montante da condenação.

Em suas razões recursais, sustenta o apelante que não deu causa ao dano material gerado, o qual teria decorrência da própria condição do imóvel, assim como das fortes chuvas ocorridas no ano de 2009, período do acidente. Assim, não haveria nexo causal entre a construção de sua nova sede e o desabamento do imóvel de propriedade do agravado. Além disso, entende ser possível a redução do valor da indenização a título de

danos morais e, na eventualidade, a redução dos danos materiais, caso não entendidos como indevidos na sua totalidade. Por fim, pede a redução da fixação de honorários advocatícios para 10% (dez por cento).

O segundo apelante, por sua vez, pugna, primeiramente, pelo conhecimento e julgamento do agravo retido interposto em face da decisão de f. 68. No mérito recursal, alega que o desabamento se deu em razão da falta de cuidado do próprio autor na sua construção, haja vista não ter realizado obras de contenção, conforme dito no próprio laudo pericial. Afirma, com base em tais fatos, que sua responsabilidade deve ser atenuada na medida de sua coparticipação no evento danoso.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

Ausentes questões preliminares, passo ao exame do mérito.

Do agravo retido.

Fora interposto agravo retido às f. 70/72, contra decisão de f. 68, que indeferiu a preliminar de inépcia da inicial, por se tratar de dano gerado em razão de caso fortuito e, ainda, a prescrição da pretensão indenizatória.

No que tange à prescrição, evidente que não assiste razão ao apelante. Não obstante a falha no texto legislativo apresentado, é evidente que o prazo prescricional para reparação civil (três anos, conforme art. 206, § 3º, V, do Código Civil) tem início do dano ou de seu conhecimento. No caso em comento, não faz nenhum sentido a contagem prescricional desde a realização da terraplanagem no imóvel do primeiro réu. Com efeito, naquele momento não se cogitava da possibilidade de ocorrência de dano, nem se verificava como possível, ocorrendo tal dano apenas após o evento, qual seja nas chuvas em 2009. Assim firmado, não há que se falar em prescrição da pretensão indenizatória.

Com relação à inépcia da inicial, em virtude da tese de caso fortuito, trata-se de questão controversa, cuja solução é eminentemente de mérito, na medida em que exige uma cognição exauriente por parte do magistrado. Logo, não há que se falar em questão preliminar, mas em análise de mérito, cabendo essa análise à defesa, e não a este julgamento preliminar.

Por todo o exposto, nego provimento ao agravo retido.

Do mérito.

Cuidam os autos de ação indenizatória ajuizada por José Firmino Chaves em face do Sindicato de Trabalhadores e Trabalhadoras Rurais de Divino e do Município de Divino, alegando a existência de responsabilidade dos réus pelo desmoronamento de sua moradia. Primeiro, em virtude de suas construções na região, e segundo, em razão de sua omissão, ao permitir que o primeiro réu erguesse edificação com métodos indevidos, acarretando o risco para os prédios vizinhos e o posterior acometimento de dano. Tendo em vista a mesma causa de pedir, pugna pela condenação dos autores a título de danos morais.

Julgados procedentes os pedidos iniciais em sentença, vieram os autos para julgamento de apelação de ambos os réus, além do reexame necessário no caso da Fazenda Municipal.

As questões controversas acerca do feito cingem-se à existência ou não de concorrência ou culpa exclusiva do autor, haja vista as condições de seu imóvel antes das chuvas. Além disso, cabe analisar se o desabamento teve como fato gerador, ou fator concorrente, a terraplanagem ocorrida no terreno do imóvel do sindicato.

Extrai-se, tanto das razões recursais do sindicato quanto do recurso voluntário do ente municipal, uma tendência argumentativa que apresenta como causa exclusiva do desabamento as chuvas ocorridas em 2009. Desse modo, concluir-se-ia que a construção do ente sindical, autorizada pelo Município, em nada teria contribuído para a confecção do dano, inexistindo, dessarte, a responsabilidade.

Ainda que se considerem as volumosas precipitações ocorridas naquele ano como ápice para os danos materiais ocorridos, o acervo probatório dos autos não deixa dúvidas com relação ao nexo causal entre a construção - com o aval do Poder Público - e o desabamento.

Nesse sentido é a conclusão do laudo pericial, conforme se verifica à f. 120:

> [...] sou de opinião, salvo melhor juízo, que o escorregamento do maciço terroso que levou à ruína a residência do autor teve sua origem durante o processo construtivo da sede do Sindicato dos Trabalhadores Rurais de Divino, especialmente durante o processo de escavação da encosta.

Além disso, inegável que caberia ao ente sindical a construção de contenções para a escavação da encosta, haja vista a diferença de nível entre a edificação do autor e a construção da ré (a fotografia à f. 111 é evidente nesse sentido). Veja-se, nesse sentido, o trecho do laudo pericial à f. 117:

> Durante a vistoria nas edificações e terrenos dentro da área do desastre foi possível constatar que o sindicato ainda não tomou providência técnica com o objetivo de conter a encosta desestabilizada. Nenhuma contenção estrutural estava iniciada à época da vistoria.

Na esteira desse raciocínio, afirma o *expert*, em resposta ao quesito formulado pelo autor:

> Conforme descrito no corpo do laudo, especialmente na conclusão, a não construção de um muro de contenção onde a encosta foi escavada pelo réu impediu que a encosta se mantivesse estabilizada, especialmente nos períodos de chuva, comprometendo as fundações do imóvel do autor, levando-o ao colapso estrutural (f. 121).

Tal cenário, cominado com a permissão indevida do ente municipal, conforme alvará de licença para construção à f. 136, impede uma conclusão diversa daquela

que atribui responsabilidade aos réus pelos danos causados ao autor.

Quanto à indagação trazida nas peças recursais, de que a chuva teria sido causa exclusiva para o deslizamento, a resposta do perito é incontroversa. Além disso, deixa claro que o dever de construir muros de contenção é do ente sindical, uma vez que este agiu de maneira ativa nas escavações, não se tratando de medida preventiva por parte do autor (o que implicaria sua culpa exclusiva).

> Não. Houve 'deslizamento da rampa', porque o réu não construiu o muro de contenção na encosta e não providenciou um sistema de drenagem das águas pluviais.

Por tais considerações, conclusivo é o fato de que os danos materiais possuem nexo causal com os atos construtivos pouco prudentes, sob a observância negligenciada do ente municipal. E o fato de a área estar em risco (conforme oitiva testemunhal do ex-prefeito à f. 164) não exime os réus do dever de cuidado. Ao contrário, apenas o aumenta.

Quanto à responsabilidade municipal, é evidente que sua postura foi negligente e não protetiva com relação aos cidadãos na observância à ocupação do solo urbano (art. 30, VIII, da Constituição da República). Ao outorgar alvará de construção ao sindicato, ciente de que se tratava de área de risco e sem exigir laudo geotécnico do terreno, impõe-se, também, à Administração Municipal o dever de indenização de tais danos.

Nesse sentido, trago julgado desta Câmara:

> Ação de indenização. Desmoronamento de imóvel. Área de risco geológico. Outorga, pelo Município, de alvará de construção ao proprietário do lote contíguo. Aprovação do projeto, sem exigência de laudo geotécnico do terreno. Ilegalidade. Abalo provocado pela intervenção das obras. Nexo de causalidade. Danos morais e materiais. Indenização. Cabimento. Responsabilidade objetiva da Municipalidade. - A responsabilidade do Município é objetiva, a teor do disposto no art. 37, § 6º, da Constituição, e, dessa forma, independe da prova de culpa, bastando que se demonstre o nexo causal entre a ação do Poder Público e o dano sofrido pelo administrado. - Restando evidenciado nos autos que o Município, ente competente para regulamentar e controlar as edificações urbanas, aprovou o projeto de edificação e outorgou o alvará de construção a particular, sem exigir a elaboração de laudo geotécnico do terreno, como exigia a legislação municipal - por se tratar, no caso dos autos, de área de risco geológico -, bem como que, em razão da intervenção provocada pelas obras, houve deslocamento maciço de encosta, causando o desmoronamento da edificação contígua, resta à Municipalidade o dever de indenizar às vítimas do ocorrido, caracterizada a sua responsabilidade objetiva pelo evento (Apelação Cível 1.0461.06.033115-8/005 - Relator: Des. Eduardo Andrade - 1º Câmara Cível - julgamento em 24.07.2012 - publicação da súmula em 03.08.2012).

Por fim, quanto ao valor apresentado para fins de danos materiais, não se extrai da peça de defesa do sindicato (recorrente que suscita essa questão) qualquer alegação nesse sentido, de modo que a tese queda em inovação recursal, não podendo ser conhecida por este Juízo, consoante interpretação, *a contrario sensu*, do art. 517 do Código de Processo Civil. Com efeito, dar provimento sob tal fundamento implicaria evidente cerceamento de defesa da parte autora, que não teve oportunidade de impugnar tal fato em sede de instrução processual.

Diante de todo o exposto, não vejo razões para a reforma da sentença no que tange à responsabilidade por danos patrimoniais. Não se verifica circunstância que extinga a responsabilidade dos réus, seja com base na ausência de nexo causal, seja em virtude de culpa exclusiva do fator natural ou do autor.

Danos morais.

No que tange à indenização por danos morais, não vejo como excessiva a quantia determinada pela sentença (vinte mil reais). Com efeito, os danos da ordem moral são evidentes, uma vez que o autor perdeu não só sua moradia, como também o local onde exercia função de cabeleireiro, origem de sua renda.

Entenda-se que, para apuração dos danos morais neste caso, é importante perceber o cenário em que se encontra o apelado. Trata-se de pessoa simples, sem altas condições, que perde seu lar e sua fonte de renda em razão do descuido alheio. Tal cenário decorre, indiscutivelmente, em angústia para a vítima, que passa tempos sem ter as bases de sua sobrevivência (moradia e fonte de trabalho).

Para esse exame, ainda, não se olvida que o acontecimento se deu em 2009, sendo que estamos em 2012 e a vítima ainda não possui certeza quanto à violação de seu direito e o dever de reparação dos causadores do seu dano.

Assim firmado, entendo também plausível a fixação dos danos morais na sentença, não carecendo de reforma.

Honorários advocatícios.

Por fim, cabe analisar a necessidade de redução dos honorários advocatícios, os quais foram fixados em 15% (quinze por cento) do valor da condenação.

No caso em comento, entendo como necessária a manutenção da fixação pelo Magistrado de origem. O feito, ainda que trate apenas da questão jurídica da responsabilidade, as nuances do processo impedem a definição dos honorários sucumbenciais ao mínimo previsto em lei (dez por cento do valor da condenação, nos termos do art. 20, § 3º, do Código de Processo Civil). A existência de litisconsórcio, a necessidade de prova pericial e de elaboração de quesitos, a necessidade de depoimentos pessoais e provas testemunhais, sem contar a carga probatória documental necessária para comprovação dos fatos alegados na exordial, demonstram um zelo profissional acima da média, atendendo a própria demanda à natureza do feito.

Assim firmado, também entendo correta a fixação dos honorários advocatícios da sentença.

Frente a todas as considerações apresentadas, nego provimento ao agravo retido, nego provimento ao

primeiro recurso e mantenho a sentença, em reexame necessário, prejudicado o recurso voluntário, jazendo intacta a sentença.

Custas recursais, na forma da lei.

DES. ARMANDO FREIRE - De acordo com a Relatora.

DES. ALBERTO VILAS BOAS - De acordo com a Relatora.

Súmula - RECURSO NÃO PROVIDO.

...

Execução fiscal - IPTU - Contribuinte - Proprietário ou possuidor por direito real - Locatário - Possuidor por relação de direito pessoal - Não abrangência do tributo - Art. 34 do CTN - Prescrição - Incidência

Ementa: Execução fiscal. IPTU. Prescrição. Locatário. Contribuinte.

- Segundo dicção do art. 34 do Código Tributário Nacional, contribuinte do imposto é o proprietário do imóvel, o titular do seu domínio útil, ou o seu possuidor a qualquer título, não se enquadrando nesta hipótese o locatário, pois possuidor por relação de direito pessoal e, como tal, não é contribuinte do IPTU ou de qualquer taxa que incida sobre o imóvel que ocupa.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0324.10.013687-2/001 - Comarca de Itajubá - Apelante: Município de Itajubá - Apelada: Lilian Raquel Rennó Ribeiro Costa em causa própria - Relatora: DES.ª SELMA MARQUES

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, à unanimidade, em negar provimento.

Belo Horizonte, 11 de dezembro de 2012 - *Selma Marques* - Relatora.

Notas taquigráficas

DES.ª SELMA MARQUES - Trata-se de recurso de apelação interposto pelo Município de Itajubá contra a r. sentença de f. 37/38, que julgou extinta a execução fiscal proposta contra Lilian Raquel Rennó Ribeiro da Costa, nos termos do art. 269, IV, do CPC.

Inconformado com o resultado do litígio, o município apela às f. 41/48, sob o argumento principal de que não ocorreu a prescrição na espécie, porque interrompida pelo parcelamento do débito efetuado pelo locatário do imóvel.

Conheço do recurso porque presentes seus pressupostos de admissibilidade.

Pois bem. Pretende o município de Itajubá afastar a prescrição do débito, reconhecida pelo Magistrado de primeiro de grau, sob a alegação de que houve causa interruptiva do lapso temporal, consistente no parcelamento da dívida do IPTU pelo locatário do imóvel.

Contudo, referida afirmação encontra óbice no art. 34 do CTN, pois, na lição de Misabel de Abreu Machado Derzi e Sacha Calmon Navarro Coelho,

> não é qualquer posse que o Código Tributário Nacional deseja ver tributada. Não a posse direta do locatário, do comodatário, do arrendatário de terreno, do administrador de bem de terceiro, do usuário ou habitador (uso e habitação) ou do possuidor clandestino ou precário (posse nova) etc. A posse prevista no Código Tributário como tributável é a de pessoa que já é ou pode ser proprietária da coisa.

A propósito, já decidiu o STJ:

> O locatário é possuidor por relação de direito pessoal e, como tal, não é contribuinte do IPTU ou de qualquer taxa que incida sobre o imóvel que ocupa. [...] (REsp 714.587/SP, Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, j. em 25.04.2006).

Na mesma esteira, estabelece o art. 123 do Código Tributário Nacional,

> salvo disposições de lei em contrário, as convenções particulares, relativas à responsabilidade pelo pagamento de tributos, não podem ser opostas à Fazenda Pública, para modificar a definição legal do sujeito passivo das obrigações tributárias correspondentes.

A respeito do assunto, extrai-se da doutrina de Vladimir Passos de Freitas:

> Sujeito passivo é aquele indicado pela lei, seja na condição de contribuinte ou responsável.
> Não pode a pessoa obrigada se desvencilhar de seu mister, transferindo-o para outrem, mediante simples contrato particular, pois este não surtirá qualquer efeito perante o Fisco.
> Situação corrente é a do proprietário de imóvel que, no contrato de locação, estipula cláusula impondo ao locatário o pagamento do Imposto sobre Propriedade Territorial Urbana (IPTU) durante o período de vigência do liame. Deixando o inquilino de efetuar a quitação do tributo, caberá ao Fisco Municipal adotar as medidas necessárias para a cobrança junto a quem de direito - o sujeito passivo, que é o proprietário do imóvel. Em sua defesa, não poderá o contribuinte alegar que a dívida é do locatário, uma vez que o contrato não poderá ser oposto à Fazenda. Deverá, assim, pagar a dívida e depois exigi-la do alugador, pois a ele, sim, o pacto há de ser suscitado.
> A norma é bastante salutar para a administração dos tributos, pois a permissão de transferência de responsabilidade pelo pagamento, através de simples contrato, poderia ensejar uma série de fraudes (*Código Tributário Nacional comentado*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 610-611).

Extrai-se da jurisprudência:

> Tributário. Recurso especial. Taxa de limpeza e conservação. Prescrição. Prequestionamento. Súmulas 282 e 356. Contribuinte. Possuidor por relação de direito pessoal. Art. 34 do CTN. - 1. Ausência de prequestionamento no tocante à suposta contrariedade ao art. 168 CTN. Incidência das Súmulas 282 e 356 do STF. 2. O IPTU é imposto que tem como contribuinte o proprietário ou o possuidor por direito real, que exerce a posse com *animus domini*. 3. O locatário é possuidor por relação de direito pessoal e, como tal, não é contribuinte do IPTU ou de qualquer taxa que incida sobre o imóvel que ocupa. 4. Recurso especial dos contribuintes não conhecido. Recurso especial do Município de São Paulo provido (REsp 714.587/SP, Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, j. em 25.04.2006).

Assim, não é dado ao próprio Fisco transferir ao locatário a responsabilidade pelo pagamento do tributo.

A par dessas considerações, o alegado parcelamento do débito do IPTU celebrado com o preposto do locatário não possui o condão de interromper o prazo prescricional.

Nego provimento ao recurso.

Custas, *ex lege*.

Votaram de acordo com a Relatora os DESEMBARGADORES SANDRA FONSECA e CORRÊA JUNIOR.

Súmula - NEGAR PROVIMENTO.

...

Jurisdição voluntária - Cláusula de inalienabilidade - Imóvel - Alienação - Necessidade do herdeiro - Autorização judicial - Sub-rogação do gravame

Ementa: Apelação. Sentença *extra petita*. Princípio da instrumentalidade das formas e economia processual. Procedimento de jurisdição voluntária. Autorização judicial para alienação de imóvel gravado com cláusula de inalienabilidade. Vontade do testador. Sub-rogação do gravame.

- Nos termos dos arts. 128, 459 e 460 do CPC, deve o julgador solucionar a lide dentro dos limites estabelecidos pelas pretensões das partes, de modo que lhe é vedado decidir aquém ou além das questões submetidas a sua apreciação ou examinar questões estranhas à lide.

- Segundo os arts. 1.676 e 1.677 do Código Civil de 1916, aplicáveis à espécie, em caso de alienação do imóvel gravado, por conveniência econômica do herdeiro, o produto da venda converter-se-á em outros bens, sobre os quais incidirão as restrições apostas ao primeiro.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0699.10.013853-5/001 - Comarca de Ubá - Apelante: Otávio Pinheiro de Freitas - 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, à unanimidade, em NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 14 de novembro de 2012. - *Marcos Lincoln* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. MARCOS LINCOLN - Trata-se de apelação cível interposta por Otávio Pinheiro de Freitas da sentença de f. 22/24, que, nos autos da ação de "autorização judicial para cancelamento de cláusula", julgou parcialmente procedente o pedido para "autorizar a venda do imóvel, com sub-rogação do produto da venda em outro bem, que deverá ser gravado com as mesmas cláusulas de inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade" (*sic*, f. 24).

Inconformado, o autor interpôs apelação. Nas razões, sustentou que,

> a prevalecer a sentença recorrida, nos termos em que proferida, estar-se-ia permitindo grave cerceamento ao direito de propriedade do apelante e, o que é pior, sem justificativa para tanto, já que demonstrado, às escâncaras, que o recorrente não depende do imóvel para sustento e moradia, de modo que caberá a ele/apelante (e não ao Judiciário) deliberar sobre o destino a ser dado ao valor arrecadado com a venda do bem (*sic*, f. 28).

Por essas razões, pugnou pela reforma da sentença para julgar procedente o pedido inicial, autorizando a venda do imóvel descrito na inicial, independentemente de sub-rogação dos gravames.

Parecer da Procuradoria-Geral da Justiça às f. 44/45, opinando pela manutenção da sentença.

É o breve relatório, passo a decidir.

Depreende-se dos autos que o autor apelante pretende obter autorização judicial para afastar as cláusulas de inalienabilidade e impenhorabilidade que gravam o imóvel constante da Matricula nº 30.293, Livro 2, Registro Geral, Ficha nº 01F, do Cartório de Registro de Imóveis de Ubá, que recebeu por herança de seu avô, "independentemente de sub-rogação dos gravames" (*sic*, f. 07).

A MM. Juíza primeva deferiu parcialmente o pedido inicial, "para autorizar a venda do imóvel, com sub-rogação do produto da venda em outro bem, que deverá ser gravado com as mesmas cláusulas de inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade" (*sic*, f. 24).

Inicialmente, impende destacar que, nos termos dos arts. 128, 459 e 460 do CPC, deve o julgador solucionar a lide dentro dos limites estabelecidos pelas pretensões das partes, de modo que lhe é vedado decidir aquém ou além das questões submetidas a sua apreciação ou

examinar questões estranhas à lide. No caso em análise, não obstante tenha a Julgadora singular decidido fora dos limites dos pedidos, uma vez que a pretensão autoral era de cancelamento das cláusulas que recaíam sobre o imóvel descrito na inicial, independentemente de sub-rogação dos gravames, em respeito aos princípios da economia processual e da instrumentalidade das formas, deixo de cassar a sentença e passo à análise do recurso interposto pelo autor.

Pois bem.

Cinge-se a controvérsia em apurar a possibilidade de alienação do imóvel recebido por herança e gravado com cláusula de inalienabilidade, sem necessidade de transferência do gravame.

Segundo os arts. 1.676 e 1.677 do Código Civil de 1916, aplicáveis à espécie, em caso de alienação do imóvel gravado, por conveniência econômica do herdeiro, o produto da venda converter-se-á em outros bens, sobre os quais incidirão as restrições apostas ao primeiro.

Referidos dispositivos legais, correspondentes ao atual art. 1.911 do Código Civil de 2002, assim dispunham, *in verbis*:

> Art. 1.676. A cláusula de inalienabilidade temporária, ou vitalícia, imposta aos bens pelos testadores ou doadores, não poderá, em caso algum, salvo os de expropriação por necessidade ou utilidade pública, e de execução por dívidas provenientes de impostos relativos aos respectivos imóveis, ser invalidada ou dispensada por atos judiciais de qualquer espécie, sob pena de nulidade.
> Art. 1.677. Quando, nas hipóteses do artigo antecedente, se der alienação de bens clausulados, o produto se converterá em outros bens, que ficarão sub-rogados nas obrigações dos primeiros.

Tal medida é fruto da melhor interpretação da manifestação de última vontade do testador, que pretendia assegurar os herdeiros contra a expropriação do bem para pagamento de dívidas e contra um mau casamento, em obediência ao disposto no art. 1.666 daquela Lei Adjetiva, *verbis*:

> Art. 1.666. Quando a cláusula testamentária for suscetível de interpretações diferentes, prevalecerá a que melhor assegure a observância da vontade do testador.

Assim, autoriza-se a alienação do bem imóvel clausulado, por conveniência do proprietário, ressalvando-se, contudo, ainda no interesse deste, que, em caso de aquisição de outro imóvel com o produto dessa venda, sejam sub-rogadas as cláusulas de impenhorabilidade, incomunicabilidade e inalienabilidade.

A respeito da matéria, é a lição de Mauro Antonini:

> Sub-rogação do vínculo: por fim, no § 2º, há previsão da sub-rogação do vínculo, que consiste na possibilidade de converter os bens gravados com essas cláusulas em outros, nos quais as cláusulas se sub-rogam. Exige o dispositivo que, para tanto, haja justa causa, o que significa, na verdade, mera conveniência da sub-rogação; e, além disso, obtenção de autorização judicial em procedimento de jurisdição voluntária. Cristiano Chaves de Faria (*op. cit.*, p. 249) observa, com razão, que será possível solicitar a extinção do vínculo, sem sub-rogação, em situações nas quais tal extinção se revelar conveniente a bem do que recebeu a herança clausulada. É o que ocorre, por exemplo, quando necessita de caro tratamento médico, não tendo como custeá-lo a não ser com o produto da venda do bem clausulado (PELUSO, Cezar (Coord.). *Código Civil comentado, doutrina e jurisprudência*. 5. ed. ver. e atual., São Paulo: Editora Manole, 2011, p. 2.253).

No mesmo sentido, tive a oportunidade de expor o meu posicionamento como Vogal da Apelação Cível nº 1.0024.09.520856-7/001 (*DJe* de 24.05.2010).

Saliente-se que, no caso em análise, o autor apelante não comprovou qualquer situação que possibilitaria a venda do imóvel com extinção do vínculo, ou seja, sem transferência do gravame imposto pelo testador, de modo que a pretensão inicial não deve ser atendida.

Conclusão.

Mediante essas considerações, nego provimento ao recurso, para manter a sentença hostilizada.

Custas recursais, pelo apelante.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES WANDERLEY PAIVA e FERNANDO CALDEIRA BRANT.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Indenização - Licitante - Concorrente preterido - Danos materiais - Reconhecimento - Valor - Alteração da fixação da sentença - Critério - Sentença contra o Município - Condenação superior a 60 salários mínimos - Ausência de remessa ao duplo grau - Reexame necessário de ofício - Art. 475, I, § 1º, CPC - Inteligência - Apelação adesiva - Preparo insuficiente - Inércia quanto à complementação - Deserção reconhecida - Art. 557 do CPC - Aplicação

Ementa: Apelação cível. Administrativo. Processual civil. Administrativo. Ação de indenização. Danos materiais. Licitação: irregularidades. Vinculação ao instrumento convocatório. Análise dos documentos. Publicidade dos atos.

- Os licitantes e a Comissão de Licitação devem obediência ao instrumento convocatório - edital - sob pena de nulidade dos atos praticados e de desclassificação dos concorrentes.

- O exame dos documentos apresentados pelos licitantes deve ser feito formalmente - apresentação conforme exigido no edital - e materialmente - conteúdo das informações neles contidas.

- Os atos de abertura dos envelopes de habilitação e de proposta devem ser feitos publicamente.

- Cometidas irregularidades pela Comissão de Licitação, que não observou o previsto no edital e não realizou o exame no conteúdo dos documentos apresentados, habilitando licitante que não preenchia os requisitos estabelecidos no instrumento convocatório, o concorrente preterido faz jus à indenização por danos materiais.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0166.07.016747-2/001 - Comarca de Cláudio - Apelante: Município de Cláudio - Apelante adesivo: Sérgio Aparecido Amorim - Apelados: Sérgio Aparecido Amorim, Município de Cláudio - 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 NEGAR SEGUIMENTO À APELAÇÃO ADESIVA E REFORMAR PARCIALMENTE A SENTENÇA NO REEXAME NECESSÁRIO, PREJUDICADA A APELAÇÃO PRINCIPAL.

Belo Horizonte, 13 de novembro de 2012. - *Oliveira Firmo* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. OLIVEIRA FIRMO - I - Relatório.

1. Trata-se de reexame necessário, apelação principal e apelação adesiva interpostas contra sentença (f. 1.558-1.567), que, em ação de indenização proposta por Sérgio Aparecido Amorim em face do Município de Cláudio/MG, julgou parcialmente procedente o pedido inicial para condenar o requerido ao pagamento da indenização por dano material no valor de R$35.720,00 (trinta e cinco mil e setecentos e vinte reais), atualizados desde o ajuizamento da ação, com juros de mora "no patamar legal", afastada "a pretensão de indenização por danos morais"; além de honorários advocatícios arbitrados em R$2.000,00 (dois mil reais).

2. O Município, apelante principal, alega, em preliminar, a falta de interesse de agir do apelado com relação ao período de fev./2006 a ago./2007. No mérito, aduz que: a) o valor da condenação não corresponde ao valor do lucro que deixou de ser auferido pelo apelado, tendo em vista que corresponde ao valor total do contrato, não sendo considerados os "gastos com motorista, combustível, pneus, manutenção do veículo como um todo" incluídos no preço total; b) a sentença proferida em sede de Mandado de Segurança nº 0166.05.009389-6/001 concedeu a segurança ao apelado para que ocupasse imediatamente o lugar do Sr. Francisco, vencedor da Licitação nº 43/2005. Contudo, mesmo intimado pessoalmente em 27.01.2006 para o cumprimento da decisão, o apelado não se manifestou; c) o edital de licitação não consignou a exigência da apresentação de carteira de habilitação (CNH) categoria "D", não sendo vedada a contratação de motorista pelo vencedor do certame; d) a ausência da assinatura não invalida a proposta apresentada, tratando-se de vício meramente formal, sanável. Pede o provimento do recurso, com a reforma da decisão para julgar improcedentes os pedidos iniciais, condenando o apelado nos ônus sucumbenciais (f. 1.575-1.588).

3. Em recurso adesivo, Sérgio alega que: a) o Município responde de forma objetiva pelos danos que seus agentes causarem a terceiro; b) foi preterido no procedimento licitatório por concorrente que não preenchia todos os requisitos exigidos no edital e que apresentou documentação extemporânea. Por isso, deve ser indenizado por danos morais. Pede a reforma da sentença na parte que indeferiu o pedido de indenização por danos morais (f. 1.598-1.602).

4. Contrarrazões: apelado principal, pelo não provimento do recurso (f. 1.591-1.597); apelado adesivo (f. 1.606-1.616), pelo não conhecimento do recurso adesivo.

5. Sem o Ministério Público (Rec. nº 16/2010 do CNMP).

6. Preparo: apelação principal isenta (art. 10, I, da Lei Estadual nº 14.939/2003 e art. 511, §1º, do CPC); apelação adesiva (f. 1.603).

É o relatório.

II - Juízo de admissibilidade.

II - a) Do reexame necessário.

7. A sentença proferida contra o Município está sujeita ao duplo grau de jurisdição necessário, excepcionadas as hipóteses de o direito controvertido ser de valor certo não excedente a 60 (sessenta) salários mínimos ou a sentença fundar-se em jurisprudência do plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) ou súmula de tribunal superior (art. 475, I, §§ 2º e 3º, do CPC).

8. No caso, a sentença condenou o Município a pagar ao requerente/apelado principal o valor de R$35.720,00 (trinta e cinco mil e setecentos e vinte reais), sem, contudo, submeter a decisão ao duplo grau necessário de jurisdição.

9. Dessarte, e considerando que o valor da condenação é superior a 60 (sessenta) salários mínimos, imperioso o "reexame necessário" de jurisdição (art. 475, I, § 2º, do CPC).

10. Assim, reexamino de ofício a sentença (art. 475, § 1º, do CPC).

II - b) Da apelação principal.

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

II - c) Da apelação adesiva.

12. Sérgio Aparecido Amorim interpôs apelação adesiva ao recurso apresentado pelo Município (f. 1.598-1.602), contudo efetuou preparo a menor (f. 1.603), conforme promoção da Corac (f. 1.618).

13. Intimado para complementar o preparo recursal (f. 1.632), o apelante adesivo quedou-se inerte (f. 1.633), caracterizando-se, portanto, a deserção.

14. Posto isso, forte na norma expressa no art. 557 do CPC, nego seguimento à apelação adesiva, por manifestamente inadmissível, por deserta.

15. Custas: apelante adesivo.

III - Mérito.

III - a) Do reexame necessário.

III - a.1)

16. Pretende o requerente/apelado principal a condenação do Município ao pagamento de indenização por danos morais e materiais, tendo em vista a sua derrota no procedimento licitatório nº 43/2005 para contratação de transporte escolar do roteiro 29, que foi adjudicado por Francisco Fernandes Teixeira, devido a erros cometidos pela comissão licitante.

17. Diz que o vencedor do certame não preenchia os requisitos necessários para habilitação, além de apresentar documentos extemporaneamente.

18. O procedimento administrativo da licitação deve observância ao edital - instrumento convocatório - ao qual está vinculado, sob pena de violação à moralidade administrativa, à impessoalidade e à probidade administrativa. (CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 24. ed., rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, cap. VI, 8, 8.1, p. 226-227.)

19. Caso ocorra o descumprimento das regras do instrumento convocatório, deve dar-se a desclassificação do licitante, conforme previsto na Lei nº 8.666/1993.

"Art. 48. Serão desclassificadas:

I - as propostas que não atendam às exigências do ato convocatório da licitação".

20. O Município de Cláudio/MG autorizou a abertura de procedimento licitatório para a prestação de serviços de transporte escolar municipal, dentro os quais o roteiro 29 (f. 278). Foi escolhida como modalidade de licitação a tomada de preços. Na referida modalidade, os candidatos devem ser previamente cadastrados ou cadastrar-se até 3 (três) dias antes da abertura das propostas, observada a qualificação (art. 22, II e § 2º, da Lei de Licitações).

> Art. 22. São modalidades de licitação:
> [...]
> II - tomada de preços;
> [...]
> §2º Tomada de preços é a modalidade de licitação entre interessados devidamente cadastrados ou que atenderem a todas as condições exigidas para cadastramento até o terceiro dia anterior à data do recebimento das propostas, observada a necessária qualificação.

21. Para a habilitação e proposta do concorrente, o edital referente à Tomada de Preços nº 12/2005 (f. 263/276) previa, no que interessa:

> 5 - DAS CONDIÇÕES DE PARTICIPAÇÃO: (habilitação)
> [...]
> 5.4 - Pessoa Física:
> [...]
> i - Certificado de Curso de Transporte Coletivo e Transporte Escolar.
> [...]
> 13 - DAS DISPOSIÇÕES GERAIS:
> [...]
> 13.5 - Uma vez findo o prazo de entrega dos envelopes no local indicado, não serão admitidas quaisquer retificações de documentos e propostas apresentadas, ficando expressamente proibida a juntada de qualquer documento, como também a participação de proponentes retardatários;
> [...]
> 6 - DA PROPOSTA
> 6.1 - A proposta deverá ser apresentada sem emendas, rasuras, entrelinhas e ressalvas, datadas, assinaladas e rubricadas em todas as suas páginas e anexos, de fácil leitura e compreensão, sob pena de desclassificação e contendo ainda, obrigatoriamente: [...].

III - a.2)

22. Na casuística, os envelopes de habilitação dos concorrentes foram abertos em 19.7.2005, sendo habilitados o requerente Sérgio, o vencedor do certame (Francisco) e um outro concorrente Ademir (f. 125-126) para o roteiro 29.

23. Na abertura das propostas, os concorrentes Francisco e Ademir foram desclassificados por ausência de assinatura nas propostas apresentadas (f. 91-92), saindo-se vencedor do certame Sérgio, o requerente.

24. Acatando o pedido de reconsideração de Francisco (f. 90), a Comissão Permanente de Licitação (CPL) entendeu tratar-se de mera irregularidade a falta de assinatura, uma vez que a proposta estava de acordo com os itens estabelecidos no edital. Assim, habilitou novamente os concorrentes Francisco e Ademir, abrindo as propostas por eles apresentadas em reunião fechada da CPL (f. 62-64).

25. O requerente interpôs recurso administrativo contra a referida decisão alegando que a falta de assinatura não é simples irregularidade e que a abertura das propostas sem reunião pública é nula (f. 57-59). A CPL deu parcial provimento ao recurso, designando nova data para abertura das propostas em reunião pública (f. 56). Na referida reunião pública, Francisco foi considerado vencedor do certame, uma vez que ofereceu o menor preço (f. 52-53).

26. O requerente impetrou mandado de segurança (Proc. nº 0166.05.009389-6) alegando que Francisco não possuía um dos requisitos para a habilitação no procedimento licitatório, qual seja o certificado de Curso de Transporte Coletivo e Transporte Escolar, nem CNH de categoria "D", além de estar apócrifa a proposta por ele apresentada. Requereu a concessão de ordem liminar

para que fosse considerado vencedor do certame, que restou indeferida. Em primeiro grau, a segurança foi concedida (7.12.2005), determinando a imediata substituição de Francisco por Sérgio na realização do transporte escolar do roteiro 29, conforme previsto no Edital de Licitação no Processo nº 43/2005 (f. 286-291). Em sede de duplo grau necessário de jurisdição, a sentença foi reformada, reconhecendo a perda do objeto do *writ,* tendo em vista a adjudicação do bem objeto da lide por Francisco (f. 292-293 e 838-845).

27. A prestação de serviços foi adjudicada em 1º.7.2005, com a assinatura do contrato com prazo de vigência de 24 (vinte e quatro) meses (f. 18-22).

28. O requerente aviou, então, denúncia de irregularidades no procedimento licitatório junto à Câmara Municipal de Cláudio, cujo parecer foi pela nulidade do referido procedimento, com a notificação do Prefeito Municipal para anular o contrato e instaurar novo procedimento para o roteiro 29 (f. 294-301).

Em resposta, o Prefeito diz que o termo final do contrato era 1º.9.2007, sugerindo à Câmara a validade do referido contrato até o seu término, quando seria realizada nova licitação (f. 302-303), o que restou acatado (f. 309-310).

III - a.3)

29. Antes mesmo de adentrar as questões atinentes à regularidade da proposta apresentada, imprescindível a análise dos requisitos para habilitação no certame, fase anterior àquela.

30. É dever da CPL analisar se os documentos requeridos no edital foram apresentados - requisito formal -, bem como se o conteúdo deles está em conformidade com o requerido - requisito material.

31. Marçal Justen Filho, atestando a seriedade do trabalho da CPL na análise dos documentos, diz que "as declarações e documentos sobre capacitação técnica devem ser investigados em profundidade". (JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 11. ed. São Paulo: Dialética, 2005, f. 418.)

32. No caso, o edital previa que o candidato deveria apresentar certificado de Curso de Transporte Coletivo e Transporte Escolar na fase de habilitação, sendo vedada a retificação e juntada de documentos posteriormente.

33. Por desídia da CPL, o exame dos documentos apresentados na fase de habilitação foi realizado apenas no caráter formal, sem análise do conteúdo e da autenticidade do documento.

34. Por isso, a declaração de matrícula do concorrente Francisco foi aceita como sendo certificado de conclusão de curso. Consta da referida declaração datada de 13.7.2005 que Francisco estava matriculado no curso e o certificado só estaria disponível no mês de agosto. Vejamos:

> Declaramos que Francisco Fernandes Teixeira, C.P.F. 771.130.206-15, está matriculado nos cursos de Formação de Condutor Transportador de Escolares e Capacitação de Condutor de Veículo Rodoviário Transportador Coletivo de Passageiros, a ser ministrado pelo SEST SENAT Unidade Divinópolis, sendo que seu Certificado e sua carteira ficarão a disposição no mês de agosto.
> Divinópolis, 13 de julho de 2005 (f.195).

35. Somente após 20.9.2005, quando o contrato já estava em vigor, é que o vencedor Francisco apresentou cópia da carteira de "Condutor de Veículo de Transporte Escolar", na qual consta que o período de realização do curso foi de 26.9.2005 a 3.10.2005 (f. 11). Tal documento desconstitui a declaração apresentada, pois lá restou certificado que a expedição ocorreria no mês de agosto, e aqui que o curso se iniciou no fim de agosto com término em outubro de 2005.

36. A desídia da CPL em analisar os documentos apresentados na fase de habilitação causou ao requerente a perda da adjudicação do serviço de transportes referente ao roteiro 29.

37. Não se descura que a Lei de Licitações prevê que a decisão da habilitação encerra o exame da matéria, podendo ser reaberta somente em casos de fatos supervenientes ou só conhecidos após o julgamento (art. 43, § 5º).

38. Tal norma não exclui a apreciação do ato pelo Judiciário. Lado outro, tem-se que a própria Lei de Licitações confere à Administração o poder de anular o procedimento licitatório em qualquer fase e, consequentemente, o contrato celebrado.

> Art. 49. A autoridade competente para a aprovação do procedimento somente poderá revogar a licitação por razões de interesse público decorrente de fato superveniente devidamente comprovado, pertinente e suficiente para justificar tal conduta, devendo anulá-la por ilegalidade, de ofício ou por provocação de terceiros, mediante parecer escrito e devidamente fundamentado.
> § 1º A anulação do procedimento licitatório por motivo de ilegalidade não gera obrigação de indenizar, ressalvado o disposto no parágrafo único do art. 59 desta Lei.
> § 2º A nulidade do procedimento licitatório induz à do contrato, ressalvado o disposto no parágrafo único do art. 59 desta Lei.
> § 3º No caso de desfazimento do processo licitatório, fica assegurado o contraditório e a ampla defesa.

39. Neste momento, lamenta-se que o Município de Cláudio/MG, embora tivesse tido ciência da irregularidade com relação à habilitação do vencedor do certame desde a impetração do mandado de segurança, e após na denúncia feita junto à Câmara Municipal, entendeu por dar continuidade ao contrato irregular até o seu término.

III - a.4)

40. Ao que parece, há confusão entre as assinaturas que devem constar na proposta: a do licitante (i) e a dos licitantes e da CPL (ii).

41. A ausência da primeira - assinatura do licitante na proposta por ele apresentada - configura causa de desclassificação do concorrente, conforme cláusula 6.1. do edital, acima transcrita.

42. Assim, e ao contrário do decidido pela CPL não se trata de mera irregularidade, mas sim de inobservância do previsto no instrumento convocatório.

43. A ausência da segunda - assinatura dos licitantes presentes e da CPL nas propostas apresentadas - é que representa mera irregularidade.

Isso porque a lei determina que os licitantes presentes é que deverão rubricar as propostas apresentadas (art. 43, § 2º). Contudo, a presença dos licitantes não é obrigatória.

44. Mais uma vez, a CPL cometeu um erro que ocasionou a perda do requerente à adjudicação do roteiro 29.

45. Lado outro, o procedimento de licitação deve observância ao princípio da publicidade. A Lei nº 8.666/1993 determina que os envelopes deverão ser abertos em ato público, e não em reunião fechada como fez a CPL.

> Art. 43. A licitação será processada e julgada com observância dos seguintes procedimentos:
> [...]
> §1º A abertura dos envelopes contendo a documentação para habilitação e as propostas será realizada sempre em ato público previamente designado, do qual se lavrará ata circunstanciada, assinada pelos licitantes presentes e pela Comissão.

46. A abertura das propostas dos concorrentes Francisco e Ademir em reunião da CPL, por si só, já acarretaria a nulidade de todo o procedimento. Entretanto, essa não foi a decisão da CPL, que optou por designar reunião pública para abertura "oficial" das propostas já abertas e conhecidas pela Comissão (f. 62-64).

III - a.5)

47. Com relação à habilitação necessária para condução de veículos de transporte coletivo de passageiros, tenho que não há previsão, tampouco proibição, no instrumento convocatório com relação a este requisito.

48. Ressalte-se que nem mesmo seria cabível referida previsão, uma vez que pessoas jurídicas - é impossível pessoa jurídica obter habilitação para condução de veículo (!) - poderiam participar, assim como participaram, do certame.

49. Além, o edital não proibiu a contratação de terceiros ou empregados para realização do serviço público pelo vencedor da licitação.

III - a.6)

50. O Município responde objetivamente pelos atos danosos de seus agentes, praticados nesta qualidade e no exercício de suas funções, nada obstante a possibilidade de ressarcimento posterior do ente público junto ao servidor, conforme art. 37, § 6º, da CF/88.

51. Restou comprovado que os atos praticados pela CPL causaram danos de ordem material ao requerente vencido no procedimento licitatório por concorrente que não possuía sequer os requisitos para habilitação no certame e nem observou o determinado no instrumento convocatório, deixando de auferir os rendimentos provenientes do contrato de prestação de serviço público.

52. Nesse ponto, a sentença não merece reforma, embora apresentados aqui fundamentos outros com relação às irregularidades apontadas no procedimento licitatório.

53. O preço proposto pelo requerente para o roteiro 29 era de R$1,90 (um real e noventa centavos) por quilômetro percorrido (f. 95). O prazo de validade do contrato era de 24 (vinte e quatro) meses. A distância a ser percorrida no roteiro é de 47km (quarenta e sete quilômetros) (f. 263-272).

54. Da minuta do contrato administrativo de prestação do serviço, tem-se que, no caso de o contratado ser pessoa física, 70% (setenta por cento) do valor do contrato será destinado para o custeio de combustível e manutenção do veículo (f. 13). Dessarte, o lucro da pessoa física contratada seria apenas de 30% (trinta por cento) do valor contratado.

55. No caso, não houve prestação do serviço, não houve gasto com combustível, não houve gasto com a manutenção do veículo. Em tese, o que o requerente deixou de auferir - e que configuraria o dano material - é apenas 30% (trinta por cento) do valor do contrato.

56. Contudo, há uma particularidade neste feito que deve ser levada em consideração para fixação final da indenização relativa ao dano material.

57. Como dito, no Mandado de Segurança nº 0166.05.009389-6, a sentença concedeu a segurança determinando a imediata substituição de Francisco por Sérgio na realização do transporte escolar do roteiro 29, em face da existência de irregularidades no procedimento licitatório (f. 286-291).

58. Em cumprimento à referida decisão, o Muncípio de Cláudio/MG convocou o requerente em 31.1.2006 (f. 785-789), notificando-o pessoalmente e por sua procuradora, para que fosse procedida a substituição determinada. Entretanto, o requerente manteve-se inerte, não comparecendo para assumir o serviço de transporte escolar municipal.

59. Tem-se que a atitude do requerente - não comparecimento para assumir o contrato a que faria jus não fossem os erros praticados pela CLP - demonstra a sua falta de interesse bem como a renúncia a qualquer direito desde 31.01.2006, data da notificação.

60. Não se descura que a sentença do mandado de segurança foi reformada pelo acórdão de f. 838-845, que transitou em julgado em 28.9.2006 (f. 848). E, assim, a segurança concedida foi substituída pela decisão de perda do objeto.

Caso o requerente tivesse assumido o contrato quando da notificação, o Município não mais estaria obrigado a mantê-lo na prestação do serviço público.

61. Assim, e considerando que o contrato teve início em 1°.9.2005 (f. 18-22); que o requerente foi notificado para assumir o contrato em 31.1.2006, não se manifestando; que em 28.9.2006 o acórdão que reformou a sentença que concedeu a segurança transitou em julgado; que o contrato teria como termo final 1°.9.2007; e que o lucro que o requerente deixou de auferir equivale apenas a 30% (trinta por cento) do valor do contrato; fixo o valor da indenização em 30% (trinta por cento) do valor dos 47km (quarenta e sete quilômetros) diários, multiplicados por R$1,90 (um real e noventa centavos) por quilômetro e pelo número de dias letivos dos períodos de 1°.9.2005 a 31.1.2006 e de 29.9.2006 a 1°.9.2007, que deverá ser apurado em liquidação de sentença.

62. Assim, a sentença merece reforma quanto ao valor da indenização do dano material.

III - b) Da apelação principal.

63. A matéria submetida a reexame necessário é a mesma matéria constante da apelação principal, que foi acima analisada. Assim, o recurso principal restou prejudicado.

III - c) Da sucumbência.

64. O requerente foi vencedor apenas de parte de seu pedido de indenização por danos materiais, restando vencido integralmente com relação à indenização por danos morais. Como consectário de congruência e proporcionalidade inversa, o requerido foi vencedor no tocante aos danos morais e parcialmente com relação aos danos materiais.

65. Assim, em vista da sucumbência recíproca e não equivalente, impõe-se a redistribuição dos ônus respectivos.

66. Sérgio Aparecido Amorim e Município de Cláudio/MG devem responder, respectivamente na proporção de 2/3 (dois terços) e 1/3 (um terço), ao pagamento de custas processuais, observada a isenção do Município, nos termos do art. 10, I, da Lei n° 14.939/2003; e honorários advocatícios arbitrados em R$2.000,00 (dois mil reais), na forma do art. 20, §§ 4° e 3°, do CPC, tendo em conta, por um lado, o tempo longo do trabalho, distribuída a ação em 2007; e, por outro, a simplicidade do feito, instruído com prova documental, e o lugar da prestação do serviço, onde os advogados são estabelecidos. Fica desde já determinada a compensação, a teor do que dispõe o art. 21 do CPC.

IV - Conclusão.

67. Posto isso, em reexame necessário, reformo parcialmente a sentença para fixar que o valor da indenização em 30% (trinta por cento) do valor dos 47km (quarenta e sete quilômetros) diários, multiplicados por R$1,90 (um real e noventa centavos) por quilômetro e pelo número de dias letivos dos períodos de 1°.9.2005 a 31.1.2006 e de 29.9.2006 a 1°.9.2007, que deverá ser apurado em liquidação de sentença; redistribuir, na proporção de 2/3 (dois terços) para Sérgio Aparecido Amorim e 1/3 (um terço) para o Município, o encargo de pagamento de custas e honorários de sucumbência, arbitrados em R$2.000,00 (dois mil reais) e determinada a compensação; e declarar a isenção do Município ao pagamento de custas (art. 10, I, da Lei n° 14.939/2003), mantida a sentença quanto ao mais.

68. Sobre o valor da condenação incidem correção monetária pelos índices da Corregedoria-Geral de Justiça (CGJ/MG) e juros de mora de 1% (um por cento) ao mês, na forma do art. 406 do CC/2002, aquela desde o 10° (décimo) dia útil do mês subsequente ao vencido em que deveria ter ocorrido a prestação do serviço público, conforme previsão contratual (f. 18); e estes desde a citação, até 30.6.2009, quando passam a incidir, de forma única, os índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança, na forma do art. 1°-F da Lei n° 9.494/1997, com redação dada pela Lei n° 11.960/2009.

69. Prejudicada a apelação principal.

70. Nego seguimento à apelação adesiva, por deserta.

É o voto.

DES. WASHINGTON FERREIRA - De acordo com o Relator.

DES. BELIZÁRIO DE LACERDA - De acordo com o Relator.

Súmula - NEGARAM SEGUIMENTO À APELAÇÃO ADESIVA, REFORMARAM PARCIALMENTE A SENTENÇA NO REEXAME NECESSÁRIO, PREJUDICADA A APELAÇÃO PRINCIPAL.

...

Agravo de instrumento - Mandado de segurança - Regime especial de fiscalização - Contribuintes reincidentes na prática de infrações tributárias - Imposição admitida pelo STJ - Liminar - Ausência dos pressupostos

Ementa: Agravo de instrumento. Mandado de segurança. Regime especial de fiscalização. Liminar. Ausência dos requisitos autorizadores. Recurso não provido.

- O STJ vem admitindo a imposição do regime especial aos contribuintes que comprovadamente sejam reincidentes na prática de infrações tributárias, como meio inerente ao poder de polícia e necessário para que a Administração Tributária possa prevenir novos prejuízos aos cofres públicos", de forma que não resta configu-

rada a relevância da fundamentação para concessão da liminar.

AGRAVO DE INSTRUMENTO CÍVEL Nº 1.0223. 12.018644-8/001 - Comarca de Divinópolis - Agravante: Fundição C&S Ltda. - Agravado: Estado de Minas Gerais - Autoridade coatora: Delegado Fiscal da Receita Estadual de Divinópolis - Relator: DES. ALVIM SOARES

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, à unanimidade, em NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 13 de dezembro de 2012. - *Alvim Soares* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. ALVIM SOARES - Trata-se de agravo de instrumento interposto por Fundição C&S Ltda. em face da r. decisão de f. 19/20-TJ, proferida nos autos do mandado de segurança impetrado contra ato do Delegado Fiscal da Receita Estadual de Divinópolis, a qual indeferiu o pedido de medida liminar formulado com o objetivo de que fosse declarada a nulidade do ato administrativo que lhe impôs "Regime Especial de Controle e Fiscalização".

Aduz a agravante, em síntese, que: 1) o Regime Especial de Controle e Fiscalização impede a emissão de nota fiscal eletrônica pelo sistema da Secretaria de Estado da Fazenda, fazendo com que ela descumpra contratos firmados, principalmente com a Administração Pública, o que pode lhe acarretar diversas penalidades; 2) todas as vezes que precisa emitir nota fiscal, a empresa é obrigada a solicitar autorização do Estado, que muitas vezes indefere a emissão, devido aos seus débitos não quitados de ICMS; 3) a medida do Fisco tem caráter de perseguição, pois inúmeras outras empresas encontram-se na mesma situação e não houve tal imposição em relação a elas; 4) o Regime Especial de Controle e Fiscalização representa coação ilegítima para o pagamento de tributos, havendo vários julgados do STJ nesse sentido; 5) quando o Poder Público autoriza emissão de nota fiscal, consta do formulário do documento a expressão: "contribuinte sujeito a Regime Especial de Controle e Fiscalização", o que desmoraliza a imagem da empresa; 6) a imposição do "Regime Especial Mineiro" suplanta o princípio constitucional da livre iniciativa, um dos pilares da ordem econômica estabelecida.

Mediante essas considerações, requer a antecipação dos efeitos da tutela para declarar a nulidade e/ou ilegalidade da imposição do Regime Especial de Controle e Fiscalização à agravante.

Indeferido efeito ativo às f. 168/170-TJ.

Intimado, o Estado de Minas Gerais apresentou contraminuta às f. 181/186-TJ, batendo pelo desprovimento do recurso.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça apresentou parecer às f. 177/179-TJ, opinando pelo não provimento do recurso.

Conheço do recurso, visto que presentes seus pressupostos de admissibilidade.

Compulsando atentamente estes autos e após muito refletir sobre os fundamentos levantados pelo agravante e pelo Estado de Minas Gerais, cheguei à conclusão de que o recurso não merece ser provido.

Inicialmente, é preciso ressaltar que o juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação.

Dessa forma, pode-se dizer que a tutela antecipada é marcada por duas qualidades que lhe são bastante peculiares, que são a sumariedade da cognição e a precariedade de seus efeitos, de forma que pode ser revogada ou modificada a qualquer tempo, ou seja, não se torna apta a coisa julgada material.

Tem como principal objetivo antecipar os efeitos da tutela definitiva, uma vez que, em muitos casos, como o presente, o lapso de tempo entre o momento em que é solicitada a prestação jurisdicional e aquele em que ela é, de fato, obtida pode transcorrer considerável demora, que poderia ensejar consequências desastrosas para o jurisdicionado.

Acerca dos pressupostos da tutela antecipada, segundo o magistério de Fredie Didier Jr. *et al* (*Curso de direito processual civil, teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 5. ed. Salvador: JusPodivm, v. 2, p. 488 e 497):

> São pressupostos genéricos e essenciais para a concessão de qualquer espécie de tutela antecipada: a existência de prova inequívoca que conduza a um juízo de verossimilhança sobre as alegações.
> Prova inequívoca não é prova irrefutável, senão conduziria a uma tutela satisfativa definitiva (fundada em cognição exauriente) e, não, provisória. A exigência não pode ser tomada no sentido de 'prova segura', 'inarredável', capaz de induzir a certeza sobre os fatos alegados, sob pena de esvaziar completamente o conteúdo das tutelas antecipadas, que só poderiam ser deferidas, desse modo, após toda a instrução processual, após uma cognição profunda.
> Dano de difícil reparação é aquele que provavelmente não será revertido, seja porque as condições financeiras do réu autorizam supor que não será compensado ou restabelecido, seja porque, por sua própria natureza, é complexa sua individualização ou quantificação precisa - ex.: dano decorrente de desvio de clientela.
> O *periculum in mora* - representado pelo fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação - está cristalizado.

Questão um pouco mais tormentosa, por outro lado, diz respeito à relevância da fundamentação, que, no caso dos autos, não vislumbrei presente.

O próprio colendo Superior Tribunal de Justiça, a quem compete, por expressa determinação constitucional, uniformizar a interpretação acerca da legislação infraconstitucional, firmou entendimento no sentido de que:

> Mais recentemente, todavia, o STJ vem admitindo a imposição do regime especial aos contribuintes que comprovadamente sejam reincidentes na prática de infrações tributárias, como meio inerente ao poder de polícia e necessário para que a Administração Tributária possa prevenir novos prejuízos aos cofres públicos. Precedentes: AgRg nos EDcl no RMS 17.983/GO, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 20.10.2009, *DJe* 29.10.2009; REsp 1.032.515/SP, Rel.ª Min.ª Eliana Calmon, Segunda Turma, *DJe* 29.04.2009; AgRg no RMS 23.578/SE, Rel. Min. Francisco Falcão, Primeira Turma, *DJe* 09.04.2008 (REsp 123622/MG - Rel. Min. Benedito Gonçalves - *DJe* de 16.03.2012).

Enfim, não se mostram relevantes os argumentos trazidos pela agravante.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

Custas recursais, pela agravante.

É como voto.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES MOREIRA DINIZ e ANA PAULA CAIXETA.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Interdição - Medida extrema - Conjunto probatório - Laudo pericial - Ausência de dúvida acerca da incapacidade do interditando para os atos da vida civil - Sentença mantida

Ementa: Apelação cível. Ação de interdição. Comprovação da incapacidade do interditando para os atos da vida civil. Existência. Procedência do pedido. Manutenção.

- A interdição, por se tratar de medida extrema, apenas pode ser deferida quando o conjunto probatório não deixa margem à dúvida de ser o interditado incapaz de reger sua pessoa e administrar seus bens.

- Sendo as provas produzidas suficientes para justificar a extremada medida de interdição, haja vista ter sido a prova pericial conclusiva no sentido de ser o interditando incapaz para os atos da vida civil, a improcedência do pedido inicial é medida que se impõe.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0028.09.020423-2/001 - Comarca de Andrelândia - Apelante: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Apelada: Olga Helena da Silva - Interessado: Corinto José da Silva - Relator: DES. ELIAS CAMILO SOBRINHO

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, à unanimidade, em NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 8 de novembro de 2012. - *Elias Camilo Sobrinho* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. ELIAS CAMILO SOBRINHO - Trata-se de recurso de apelação contra a sentença de f. 46/47, que julgou procedente o pedido inicial da presente ação, para decretar a interdição de Corinto José da Silva, nomeando como sua curadora sua irmã Olga Helena da Silva, ora apelada.

Na peça recursal de f. 48/42, pugna o Ministério Público do Estado de Minas Gerais, ora apelante, pela reforma da sentença de primeiro grau, para julgar improcedente o pedido inicial, ao fundamento, em síntese, de "não ter restado devidamente demonstrada a deficiência ou enfermidade mental grave, a gerar a incapacidade total do interdita(n)do" (*sic*, f. 52); que, conforme apurado, possui inclusive "condições de trabalho, em havendo estabilidade clínica, o que pode ser obtido com simples tratamento ambulatorial de rotina" (*sic*, f. 50).

Recebido o recurso, ofertou a apelada as contrarrazões de f. 54/57, em infirmação óbvia.

Parecer da douta Procuradoria de Justiça às f. 64/68, opinando pelo desprovimento do recurso.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso, uma vez que próprio, tempestivamente apresentado, regularmente processado, isento de preparo, em face da gratuidade da justiça concedida.

Busca o apelante, através do presente recurso, a reforma da sentença de primeiro grau, para julgar improcedente o pedido inicial de interdição de Corinto José da Silva, requerida por sua irmã, ora apelada.

Com a devida vênia, tenho que razão não assiste ao recorrente.

Ab initio, cumpre registrar que o Código Civil/2002, no que diz respeito ao instituto da interdição e da curatela, assim dispôs:

> Art. 1.767. Estão sujeitos a curatela:
> I - aqueles que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para os atos da vida civil;
> II - aqueles que, por outra causa duradoura, não puderem exprimir a sua vontade;
> III - os deficientes mentais, os ébrios habituais e os viciados em tóxicos;
> IV - os excepcionais sem completo desenvolvimento mental;
> V - os pródigos.
> [...]
> Art. 1.771. Antes de pronunciar-se acerca da interdição, o juiz, assistido por especialistas, examinará pessoalmente o arguido de incapacidade.

Conceituando a interdição, Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, em comentários ao art. 1.767 do Código Civil, ensinam:

> Interdição. É medida de proteção ao incapaz, que se insere dentro do direito de família, onde pode ser assegurada, com mais eficácia, a proteção do deficiente físico ou mental, criando mecanismos que coíbam o risco de violência a sua pessoa ou de perda de seus bens. A proteção legal se impõe ao maior incapaz para que não seja prejudicada a execução de suas obrigações sociais, comerciais e familiares e para que haja proteção efetiva de seus bens e de sua pessoa. A interdição decorre de decisão soberana do juiz (*Código Civil comentado*. 5. ed., rev., ampl. e atual. até 16.06.2007. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 1.102).

Feitas tais considerações, conclui-se que a interdição, por se tratar de medida extrema, apenas pode ser deferida quando o conjunto probatório não deixa margem à dúvida de ser o interditado incapaz de reger sua pessoa e administrar seus bens, de forma que, para fins de declaração de interdição e a consequente curatela, se mostra necessário averiguar

> [...] não só se é necessária a interdição e se ela aproveitaria ao arguido da incapacidade, bem como a razão legal da curatela, ou seja, se o indivíduo é, ou não, incapaz de dirigir sua pessoa e seu patrimônio (DINIZ, Maria Helena. *Direito civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 5, p. 528).

De fato, conquanto a interdição seja um instituto que tem um caráter nitidamente protetivo da pessoa, constitui também, como já dito, medida extremamente drástica, por privar o interditado da capacidade para a prática de todos ou de alguns atos da vida civil, sendo imperiosa, portanto, a adoção de todas as cautelas possíveis antes de sua declaração.

Assim, *in casu*, com a devida vênia, de uma detida análise dos autos, verifica-se que as provas produzidas são suficientes para justificar a extremada medida almejada pela apelada, qual seja a interdição de seu irmão, haja vista que, como bem asseverado pelo d. Juiz sentenciante, o laudo do exame pericial realizado é conclusivo no sentido de ser ele incapaz para os atos da vida civil, por ser portador de "retardo mental" e de "esquizofrenia", sendo, portanto, recomendável a sua interdição.

Nesse sentido, estabelece o laudo psicológico de f. 42, em resposta aos quesitos formulados pelo juízo:

> 1. Tem o interditando capacidade de reger sua pessoa e seus negócios? (*sic*, f. 34)
> Não. (*sic*, f. 42)
> 2. De que enfermidade o mesmo padece? (*sic*, f. 34)
> É portador de Retardo Mental (CID-10 F-79.0) e de esquizofrenia (CID-10 F-20.0). (*sic*, f. 42)
> 3. Caso positivo, a doença é progressiva, regressiva ou estável? (*sic*, f. 34)
> As doenças são de caráter permanente e incurável. Poderão tornar-se estáveis com o tratamento psiquiátrico adequado. (*sic*, f. 42)
> 4. Tem condições para o trabalho? (*sic*, f. 34)
> Em termos. Por tratar-se de Retardo Mental e Esquizofrenia, uma vez que haja a estabilidade clínica, onde não apresentem fenômeno delirante ou alucinatório, sim, o paciente está apto ao trabalho. Considerando-se, ainda, o Retardo Mental, que cursa clinicamente com redução intelectual acentuada. (*sic*, f. 42)
> 5. Outros esclarecimentos que julgar necessários. (*sic*, f. 34)
> As doenças acima relacionadas impedem que o Sr. Corinto José da Silva cuide de si próprio ou de seu patrimônio, por haver, clinicamente, rebaixamento cognitivo, com déficit no juízo crítico e lógico, havendo, ainda, redução de orientação cronoespacial. Portanto, deverá estar continuamente sob orientação e amparo de terceiros. (*sic*, f. 42)

Quanto ao referido laudo, de fato, o trabalho de análise de um parecer técnico não há de ser feito como se fosse o magistrado um autômato, obrigado a aceitar passivamente as conclusões do experto, pelo simples fato de ser este um técnico. Como é evidente, o perito assessora o juiz, mas compete a este apreciar o laudo sem vinculações, dando-lhe a valoração que merecer diante do conjunto probatório colhido no processo. Entretanto, cumpre ressaltar que, em casos como o presente, não sendo o juiz, por óbvio, qualificado para verificar a incapacidade do interditando, torna-se imprescindível atentar para as conclusões da perícia.

Ademais, corroborando dito laudo estão os atestados médicos colacionados às f. 11, 23, 29, 30 e 31, também conclusivos quanto à incapacidade do interditando para os atos da vida civil.

Dessarte, restando demonstrado não possuir o irmão da apelada capacidade para os atos da vida civil, a manutenção da sentença de primeiro grau, que julgou procedente o pedido de interdição, é medida que se impõe.

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

Sem custas recursais, em razão da isenção legal conferida ao recorrente.

DES. JUDIMAR BIBER - De acordo com o Relator.

DES. JAIR VARÃO - De acordo com o Relator.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Dano moral - Pacote de núpcias - Suíte de hotel - Instalações elétricas - Mau funcionamento - Responsabilidade civil - Culpa exclusiva ou concorrente - Não ocorrência - Valor da indenização - Fixação

Ementa: Apelação cível. Dano moral. Pacote de núpcias. Suíte de hotel. Instalações elétricas. Mau funcionamento.

Responsabilidade civil. Culpa exclusiva ou concorrente. Inocorrência. Valor. Sentença mantida.

- Ao oferecer o pacote de núpcias, o hotel deixa claro em seu *folder* que é permitido que a suíte seja utilizada pelos noivos, às vésperas do casamento, como produção fotográfica, não havendo que se considerar excessiva a presença de maquiador, cabeleireiro e filmagens, especialmente ante a não regulamentação dos serviços autorizados pelo hotel.

- Os transtornos sofridos pela noiva, no dia do seu casamento, decorrente do serviço de má qualidade prestado pelo réu, configuram danos morais passíveis de indenização.

- Fixado em patamar razoável, o valor da indenização não merece ser reduzido.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0145.10.028735-1/001 - Comarca de Juiz de Fora - Apelante: Grande Hotel José Rocha Ltda. - Apelados: Kelmer Diógenes França da Silva e outro, Paloma Marques Morais França - Relator: DES. WAGNER WILSON FERREIRA

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, à unanimidade, em NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 14 de novembro de 2012. - *Wagner Wilson Ferreira* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. WAGNER WILSON FERREIRA - Recurso de apelação interposto por Grande Hotel José Rocha Ltda. contra sentença proferida pelo MM. Juiz da 5ª Vara Cível da Comarca de Juiz de Fora que julgou procedente o pedido inicial formulado pelos autores, Kellmer Diógenes França da Silva e Paloma Marques Morais França, e condenou o apelante ao pagamento de R$ 20.000,00 (vinte mil reais) a título de danos morais.

Sustentou o apelante, em suas razões recursais, que a culpa pelo ocorrido foi exclusiva da apelada, que excedeu o limite de uso das instalações elétricas com o excesso de pessoas no quarto; que os autores transformaram o quarto em um *set* de filmagem, salão de beleza e estúdio fotográfico; e que, não obstante a rede elétrica do hotel estar em ótimas condições, não conseguiu suportar o excesso.

Asseverou que o *folder* de propaganda do hotel permite aos noivos o uso das dependências da suíte para produção fotográfica apenas, não para filmagens; e que deve ser considerada, no mínimo, culpa recíproca das partes.

Impugnou o valor fixado pelo MM. Juiz a título de indenização, argumentando ter sido o mesmo excessivo.

Pediu o provimento do recurso.

Nas contrarrazões, pugnaram os apelados pela manutenção da sentença.

Eis o relatório. Passo a decidir.

Em análise acurada dos autos, tenho que a sentença proferida não merece qualquer reparo. Vejamos.

As partes firmaram um contrato em que os autores teriam disponibilizado uma suíte nas dependências do estabelecimento hoteleiro do réu, Victory Business Hotel, no dia 19 de dezembro de 2009, data da celebração do casamento dos noivos, para ocupação desde as 12h (meio dia) dessa data até as 18h do dia seguinte.

O pacote de núpcias contratado permitia que as dependências da suíte fossem utilizadas pelos noivos para produções fotográficas.

No dia do casamento, a autora se dirigiu ao hotel às 16h para dar início à sua produção para o casamento marcado para as 19h30 (f. 20); e, ao iniciar os preparativos de cabelo e maquiagem, com os respectivos registros de foto e filmagem, foi surpreendida com a queda da energia da sua suíte, fato este que se repetiu diversas vezes durante a tarde.

Em razão das quedas de energia, os serviços de cabelo e maquiagem ficaram severamente comprometidos, tendo a autora sido preparada parte do tempo no corredor do hotel, e depois sendo direcionada a um quarto de solteiro, sem a devida arrumação, o que gerou estresse da noiva, além de atraso de 1 hora da cerimônia (f. 24).

Tais fatos são todos incontroversos, pois o próprio apelante os confirma, dispensando a transcrição dos depoimentos das testemunhas confirmando o relato inicial, bem como a análise de todos os elementos da responsabilidade civil.

A tese de defesa, renovada no recurso, é a de que houve excesso, por parte dos autores, no uso das instalações elétricas, já que estavam no quarto, além da noiva e de sua mãe, o fotógrafo, os responsáveis pela filmagem, o cabeleireiro e o maquiador, o que caracterizaria culpa exclusiva dos autores, e, por via de consequência, lhe isentaria de qualquer responsabilidade. Alternativamente, defendeu o apelante a possibilidade de se considerar a culpa concorrente das partes. No entanto, essas teses não se sustentam.

Ao oferecer o pacote de núpcias, o hotel deixa claro em seu *folder* que é permitido que a suíte seja utilizada pelos noivos, às vésperas do casamento, como produção fotográfica. Em que consiste esta produção fotográfica?

Acredita o réu, de verdade, que estariam presentes na suíte, momentos antes do seu casamento, somente a noiva e o fotógrafo, utilizando sua máquina fotográfica com bateria própria?

Por óbvio que isso não se sustenta. Ao se preparar para seu casamento e para a sessão fotográfica, é

natural que a noiva demande pelos serviços de cabelo e maquiagem. Ou seja, se estava presente algum serviço extra, era apenas o de filmagem, o que jamais pode ser considerado excesso.

Registre-se, por oportuno, que não há no contrato qualquer estipulação que defina o que seriam esses serviços fotográficos, ou qualquer limitação quanto ao número de profissionais que podem executar esses serviços.

Absolutamente, não há como imputar aos autores a culpa, nem exclusiva nem concorrente, pelo ocorrido. O que ocorreu foi a prestação de um serviço de péssima qualidade, devendo o apelante responder pelos danos causados.

E os danos morais são evidentes. Que noiva, no dia das suas núpcias, não ficaria abalada em não poder receber os devidos cuidados de cabelo e maquiagem para a sua cerimônia e festa do seu casamento? Quem não sentiria verdadeira angústia em ser arrumada nos corredores do hotel, quando havia contratado uma suíte para tanto? Quem não se sentiria transtornada em saber que esses momentos únicos não poderiam ser registrados por foto ou vídeo pela falta de energia elétrica do local?

Não bastasse, consta dos autos a informação de que havia, no hotel, outra suíte disponível que não foi oferecida à autora por ser de valor superior ao que foi pago (f. 113). Ou seja: o hotel sabia da deficiência do serviço que estava sendo prestado à autora e, quando ainda era possível consertar a situação e oferecer conforto aos seus hóspedes, preferiu economizar na transferência da autora, deixando de disponibilizar um local adequado por ser de valor maior. Essa política de administração o levará a um prejuízo infinitamente maior do que teria tido se tivesse como levar a preservação do bem-estar dos seus consumidores.

Em relação ao valor, também acho que irretocável.

Tratando-se de dano moral, o conceito de ressarcimento abrange duas forças: uma de caráter punitivo, com vistas a castigar o causador do dano pela ofensa praticada, e outra de caráter compensatório, destinada a proporcionar à vítima algum benefício em contrapartida ao mal sofrido. Tal ressarcimento se presta a minimizar o desequilíbrio e aflição suportada pela vítima do dano, não podendo, em contrapartida, constituir fonte de enriquecimento ilícito.

O *quantum* a ser fixado para a indenização competirá ao prudente arbítrio do magistrado, que, tendo em vista as dificuldades da positivação, traços e contornos do dano moral, deverá estabelecer uma reparação equitativa, levando em conta as peculiaridades de cada caso, como a culpa do agente, a extensão do prejuízo causado e a capacidade econômica do agressor.

O caso dos autos é bastante peculiar, não tendo, dentre os julgamentos que já me passaram, qualquer traço de similitude. Considerando os transtornos causados aos autores no dia das suas núpcias e a pouca disposição do apelante em solucionar o problema, tenho que o valor arbitrado é bastante justo a remunerar os danos morais sofridos.

Feitas essas considerações, nego provimento ao recurso.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES JOSÉ MARCOS VIEIRA e FRANCISCO BATISTA DE ABREU.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Imóvel - Risco de desabamento - Interdição

Ementa: Agravo de instrumento. Interdição de imóvel. Risco de desabamento. Decisão mantida.

- A possibilidade de desabamento do imóvel, devido ao comprometimento de sua estrutura, põe em risco um bem jurídico maior, qual seja a vida humana.

AGRAVO DE INSTRUMENTO CÍVEL Nº 1.0400. 08.030652-7/001 - Comarca de Mariana - Agravante: José Geraldo Gamarano - Agravado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Interessado: Ordem Terceira Franciscana Secular de Mariana - 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, à unanimidade, em NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 4 de dezembro de 2012. - *Amorim Siqueira* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. AMORIM SIQUEIRA - Trata-se de agravo de instrumento interposto por José Geraldo Gamarano contra a decisão de f. 24/28-TJ, proferida pelo MM. Juiz da 2ª Vara Cível, Criminal e de Execuções Penais da Comarca de Mariana, nos autos da ação civil pública movida pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais.

O MM. Juiz *a quo* deferiu o pedido de interdição da "Casa Conde de Assumar", em virtude do seu mau estado de conservação.

Sustenta o agravante que tal decisão lhe trará grandes prejuízos, uma vez que alugou esse imóvel para exercer sua atividade profissional.

Aduz que a porção do bem que ocupa se encontra em "excelente estado de conservação" e que, caso seja interditado, ficará ele abandonado, propenso a maiores danos pela ação destruidora do tempo.

Não houve pedido de efeito suspensivo, nem de tutela recursal (f. 43-TJ).

Contraminuta às f. 49/52-TJ.

Parecer da Procuradoria de Justiça às f. 293/297-TJ, opinando pelo não provimento do agravo.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

Verifica-se nos autos que o Ministério Público do Estado de Minas Gerais, ora agravado, ajuizou ação civil pública em face de Ordem Terceira Franciscana Secular de Mariana, proprietária do imóvel tombado, conhecido por "Casa Conde de Assumar", em razão do seu estado de deterioração.

A liminar foi deferida para que a proprietária realizasse medidas técnicas de urgência, com o objetivo de evitar o desabamento completo.

O relatório de vistoria do Iphan - Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional atestou o precário estado de conservação do bem e mencionou obras feitas pelo recorrente no setor que utiliza, as quais foram de grande importância, mas não eliminaram por completo os problemas (f. 189/190-TJ).

Segundo o engenheiro responsável pela vistoria, persistem sinais de comprometimento em toda a sua extensão, alcançando a estrutura de madeira, a cobertura, o forro, os pisos, e as instalações elétricas.

Ao final, chegou-se à conclusão de que:

> De maneira geral, todos os elementos da edificação encontram-se comprometidos pela ação da umidade e dos cupins.
> Tendo em vista o quadro de degradação apresentado pelo imóvel, recomendamos a sua interdição e a execução de um projeto de restauração que contemple a recuperação de todos os seus elementos.

Diante disso, o recorrido solicitou a interdição imediata da propriedade, a qual foi deferida pelo MM. Juiz de primeiro grau.

Dessa forma, fica claro que, dado o quadro de comprometimento da casa, objeto em discussão, não há como manter o seu funcionamento, permitindo que pessoas por ela transitem, sem que antes sejam feitas obras de recuperação necessárias à eliminação do risco de acidentes advindos do possível desmoronamento da sua estrutura.

Se o risco de prejuízo existe para o agravante, pela impossibilidade de exposição de suas obras de arte, este é de ordem financeira e não pode sobrepor-se à integridade física ou até mesmo à vida do recorrente, demais funcionários e visitantes do local, caso seja revogada a ordem de interdição.

Portanto, estando a decisão interlocutória baseada em fortes elementos probatórios e visando à proteção de um bem maior, qual seja a vida, não vejo como modificá-la.

Sobre o tema decisão deste Tribunal:

> Agravo de instrumento - Preliminar de prescrição - Matéria não apreciada pela instância inferior - Impossibilidade de análise sob pena de configuração de supressão de instância - Não conhecimento - Bloco de apartamentos - Risco de desabamento - Fortes indícios probatórios - Notificação feita pela Defesa Civil - Vício de construção - Desocupação liminar determinada com os custos, inclusive de mudança, a cargo da construtora - Presença dos requisitos do *fumus boni iuris* e *periculum in mora* - Bem maior a ser protegido - Decisão mantida. - Não se conhece de matéria preliminar se não houve análise e decisão da questão pelo Juiz *a quo*, sob pena de configurar supressão de instância. Se a prova e indícios de prova carreados aos autos, com especial atenção à notificação feita pela Defesa Civil aos moradores, demonstra a princípio a possibilidade de ocorrência de desabamento do prédio, correta se mostra a decisão interlocutória que determina a desocupação, com os custos a cargo da construtora, ante a presença inequívoca do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*. Havendo alegação pelas partes de possibilidade de ocorrência de risco de dano irreversível, de forma mútua e em razão do resultado da liminar, correta se mostra a decisão interlocutória que defere a liminar objetivando a proteção à vida, bem maior a ser protegido, relevando para segundo plano o prejuízo material e financeiro alegado pelo agravante e decorrente do cumprimento da liminar imposta (TJMG - Agravo de Instrumento nº 1.0231.09.143370-7/001, 13ª Câmara Cível, Rel. Des. Luiz Carlos Gomes da Mata, j. em 03.09.2009, *DJ* de 28.09.2009).

Pelo exposto, nego provimento ao recurso.

Custas recursais, pelo agravante.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES PEDRO BERNARDES e LUIZ ARTUR HILÁRIO.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Revisão contratual - Depósitos judiciais - Valores e datas previstos no contrato - Afastamento da mora - Nome do devedor - Inclusão e permanência no banco de dados - Impossibilidade - Permanência do bem na posse do devedor - Antecipação de tutela - Afronta ao direito de acesso ao Judiciário - Vedação constitucional

Ementa: Agravo de instrumento. Depósitos judiciais. Valores e datas previstos no contrato. Mora afastada. Bancos de dados. Lançamento e exclusão. Permanência do bem na posse do devedor. Afronta ao direito de acesso ao Judiciário.

- Os depósitos judiciais das prestações, nos valores e nas datas previstos no contrato, com o acréscimo, se for o caso, dos encargos contratuais, desde que efetivados, afastam a mora e, por consequência, impedem que o nome do devedor permaneça ou seja incluído em bancos de dados.

- Não há como, em antecipação de tutela, determinar que o bem objeto do contrato de financiamento permaneça em poder do devedor até o trânsito em julgado da ação por ele proposta, sob pena de se impedir o credor de buscar, junto ao Judiciário, a reparação a seu direito, o que é vedado pela Constituição Federal.

AGRAVO DE INSTRUMENTO CÍVEL Nº 1.0024. 12.047384-8/003 - Comarca de Belo Horizonte - Agravante: BFB Leasing S.A. Arrendamento Mercantil - Agravado: Fabiano Raimundo Nascimento - 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, à unanimidade, em DAR PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 18 de dezembro de 2012. - *Maurílio Gabriel* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. MAURÍLIO GABRIEL - Cuida-se de agravo de instrumento interposto por BFB Leasing S.A. Arrendamento Mercantil em face da decisão prolatada nos autos da "ação ordinária de revisão contratual, repetição de indébito e depósito de parcelas", contra ela ajuizada por Fabiano Raimundo Nascimento.

Na referida decisão (f. 124/126-TJ), a culta Juíza da causa: a) deferiu "o pedido autoral de consignação de parcelas da dívida, desde que observados os valores pactuados pelas partes e as datas de vencimentos, acrescidos, no caso de eventuais vencidas, dos encargos moratórios previstos no contrato revisando"; e b) determinou que, efetuados os depósitos integrais das parcelas vencidas e vincendas, a ré, ora agravada, se abstivesse de incluir o nome do autor em bancos de dados ou o excluísse, se já lançado, e também se abstivesse "de tentar retomar o veículo objeto do contrato", tudo sob pena de multa diária de R$ 1.000,00, limitada a R$ 10.000,00.

Alega a agravante que o autor "não demonstrou estarem preenchidos os requisitos para a sua concessão, previstos no art. 273, incisos e parágrafos, do Código de Processo Civil".

Sustenta que, "uma vez inadimplente o contratante", tem "o direito de haver seu crédito, fazendo valer seu direito e as normas legais e contratuais, o que inclui, se necessário for, ação de reintegração de posse e inserir seu nome no cadastro de inadimplentes".

Assevera que:

> a abertura de cadastro no SPC, Serasa ou Cadim [...] não constitui comportamento ilícito do mesmo, pelo contrário, [uma] vez que representa não só punição ao devedor inadimplente que não tentou resolver seu débito extrajudicialmente, como também representa precaução contra eventuais futuros inadimplementos.

Afirma que, "ao deferir a manutenção de posse ao agravado", bem como ao lhe proibir "de promover qualquer medida judicial com a finalidade de reintegração de posse do veículo objeto do contrato em sua posse, grande desordem na ordem contratual, e até mesmo legal, gerou o Magistrado *a quo*".

Acrescenta que a aplicação de multa não é cabível, no caso em comento, sendo o valor arbitrado "excessivo e divorciado do caso em questão, principalmente em se tratando de cliente inadimplente".

Ao final, a agravante pugna pelo provimento do recurso, reformando-se a decisão,

> determinando que o agravado continue pagando o valor que foi livremente pactuado entre as partes, bem como permita ao agravante, no caso de inadimplência, a inserção do nome do agravado no rol dos serviços de proteção ao crédito, protesto dos títulos vinculados ao contrato, bem como seja cassada a imposição de multa diária arbitrada [...] e, ainda, permita ao agravante o ingresso com ação de reintegração de posse.

Foi indeferido o pedido de concessão de efeito suspensivo ao presente recurso.

A ilustrada Juíza singular informou ter mantido a decisão agravada e ter a recorrente cumprido com o disposto no art. 526 do Código de Processo Civil.

Embora intimado, Fabiano Raimundo do Nascimento não apresentou contraminuta.

Presentes os requisitos de admissibilidade, conheço do recurso.

Na decisão ora questionada, a culta Juíza de primeiro grau inicialmente deferiu

> o pedido autoral de consignação de parcelas da dívida, desde que observados os valores pactuados pelas partes e as datas de vencimentos, acrescidos, no caso de eventuais vencidas, dos encargos moratórios previstos no contrato revisando.

A recorrente BFB Leasing S.A. Arrendamento Mercantil não se opôs a essas determinações, razão pela qual deixo de examiná-las.

Evidentemente, os depósitos judiciais das prestações, desde que efetuados na forma determinada, afastam a mora do devedor, ora agravado, e, por consequência, impedem que o nome deste permaneça ou seja incluído em bancos de dados.

Deve, por consequência, ser mantida a decisão, nesse aspecto.

Inexistindo a mora, não haverá razão para que a credora tente retomar o veículo.

Não obstante, entendo que não se pode, em antecipação de tutela, determinar que o bem objeto do contrato permaneça em poder do devedor, sob pena de se impedir o credor de buscar, junto ao Judiciário, a reparação a seu direito, o que é vedado pelo inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal.

Evidentemente, o Juiz da ação, que porventura for proposta, deverá considerar, em suas decisões, a efetivação dos depósitos judiciais, na forma ora autorizada.

Com tais considerações, dou parcial provimento ao recurso, apenas para revogar a decisão na parte em que impediu a ré agravante de tentar retomar o veículo objeto do contrato revisando, desde que efetuados os depósitos na forma autorizada.

Custas recursais, na forma da lei.

DES. TIAGO PINTO - De acordo com o Relator.

DES. JOSÉ AFFONSO DA COSTA CÔRTES - De acordo com o Relator.

Súmula - DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Habilitação de crédito - Alvará judicial - Inexistência de concordância - Indeferimento do pedido

Ementa: Apelação cível. Habilitação de crédito. Alvará judicial. Inexistência de concordância. Indeferimento do pedido. Recurso conhecido e provido.

- Inexiste previsão de habilitação de crédito em alvará judicial, motivo pelo qual é de ser indeferido o pedido formulado, mormente quando se constata a discordância expressa do apelado.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0702.11.051294-5/001 - Comarca de Uberlândia - Apelante: Espólio de Arcília Maria Pereira - Apelado: Hospital Santa Catarina S.A. - Relator: DES. BITENCOURT MARCONDES

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, em DAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 8 de novembro de 2012. - *Bitencourt Marcondes* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. BITENCOURT MARCONDES - Trata-se de apelação cível, interposta pelo Espólio de Arcília Maria Pereira em face da sentença proferida pelo MM. Juiz de Direito Armando D. Ventura Júnior, da 1ª Vara de Família e Sucessões da Comarca de Uberlândia, que deferiu o pedido de habilitação de crédito formulado pelo Hospital Santa Catarina S.A., nos Autos de nº 1.0702.11.037804-0 (alvará judicial).

Requer a reforma da sentença, porque não concordou com a habilitação do crédito no valor de R$ 9.941,60, não tendo reconhecido referida quantia como devida.

Recurso recebido à f. 92.

Contrarrazões apresentadas às f. 94/98.

O ilustre representante da Procuradoria-Geral de Justiça manifestou desinteresse no feito às f. 108/109.

É o relatório.

Conheço do recurso, pois presentes os pressupostos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade.

Pleiteia o apelante a reforma da sentença que declarou habilitado o crédito nos autos do alvará judicial, uma vez que, ao contrário do afirmado pelo Juiz *a quo*, não houve concordância do espólio quanto ao crédito apresentado.

Razão assiste ao apelante.

O pedido de habilitação de crédito está expressamente previsto no art. 1.018 do Código de Processo Civil, *in verbis*:

> Art. 1.018. Não havendo concordância de todas as partes sobre o pedido de pagamento feito pelo credor, será ele remetido para os meios ordinários.
> Parágrafo único. O juiz mandará, porém, reservar em poder do inventariante bens suficientes para pagar o credor, quando a dívida constar de documento que comprove suficientemente a obrigação e a impugnação não se fundar em quitação.

Na hipótese dos autos, ao contrário do que afirmou o apelado na exordial, a habilitação de crédito foi requerida, tendo como base não os autos do inventário, mas sim o pedido de alvará judicial (Lei 6.858/80), ajuizado por Dinorá Alves Pereira, uma das herdeiras de Arcília Maria Pereira, com o único fim de receber benefício previdenciário, no valor de R$ 545,00, não recebido em vida pela respectiva titular, sua genitora.

Não obstante, intimado o espólio a se manifestar quanto ao pedido de habilitação (f. 80), discordou expressamente do pedido (*vide* manifestação às f. 82/83).

Dessa forma, incabível o deferimento do pedido, primeiro, porque o alvará judicial não comporta a habilitação de crédito; segundo, porque não houve concordância do apelante com o pedido.

Tivesse o pedido sido formulado nos autos do inventário (que nem sequer existe!), diante da discordância do espólio, caberia ao Juízo *a quo* determinar a remessa às vias ordinárias, nos termos da norma supracitada.

Mutatis mutandis, é esse o entendimento desta Corte:

> Agravo de instrumento. Habilitação de crédito em inventário. Pedido de pagamento. Concordância das partes. Inocorrência. Habilitação vedada. Remessa às vias ordinárias. Começo de prova literal. Reserva de bens. Inteligência do art. 1.018 do Código de Processo Civil. Decisão parcialmente reformada. - Em se tratando de pedido de habilitação de crédito em inventário, havendo discordância das partes sobre o pedido de pagamento formulado, resta vedada a pretensão do credor, sendo, no entanto, de rigor a deter-

minação da reserva de bens em poder do inventariante, se a dívida consta de documento que comprove a obrigação e se a impugnação não se funda em quitação do débito. Inteligência do art. 1.018, *caput* e parágrafo único, do Código de Processo Civil. Recurso provido em parte (Agravo de Instrumento nº 1.0431.08.044227-7/001 - 3ª Câmara Cível - Rel. Des. Kildare Carvalho - *DJ* de 30.10.2009).

Agravo de instrumento. Inventário. Habilitação de crédito. Discordância sobre o pedido. Remessa dos autos aos meios ordinários. Reserva de bens em poder do inventariante. Decisão reformada. - A discordância acerca do pedido de habilitação, corporificado em nota promissória emitida pelo inventariado, enseja a remessa dos autos para os meios ordinários - palco hábil à análise e decisão das arguições -, impondo-se a reserva de bens em poder do inventariante suficientes à satisfação do credor, porquanto a impugnação não se funda na quitação (Agravo de Instrumento nº 1.0024.07.409541-5/001 - 5ª Câmara Cível - Rel. Des. Nepomuceno Silva - *DJ* de 06.03.2009).

Direito de sucessões. Habilitação de crédito no inventário. Impugnação de uma das herdeiras. Remessa do credor às vias ordinárias. Reserva de bens para garantir o pagamento do crédito. - 1. Nos termos do art. 1.018 do Código de Processo Civil, havendo impugnação à habilitação de crédito, será o pretenso credor remetido às vias ordinárias. 2. Com o julgamento de improcedência do pedido de habilitação de crédito, devem ser reservados bens do espólio suficientes para o pagamento da dívida, quando se tratar de pretensão representada por documento que comprove a obrigação e se a impugnação não se fundar em quitação (parágrafo único do art. 1.018 do CPC). 3. Preliminares rejeitadas e recurso provido (Agravo de Instrumento nº 1.0133.05.028012-1/001 - 8º Câmara Cível - Rel. Des. Edgard Penna Amorim - *DJ* de 31.01.2008).

Desse modo, vedada a habilitação nos autos em comento.

Conclusão.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso de apelação para reformar a sentença e indeferir o pedido de habilitação.

Custas, pelo apelado.

É como voto.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES EDGARD PENNA AMORIM e TERESA CRISTINA DA CUNHA PEIXOTO.

Súmula - DERAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

ICMS - Irregularidades fiscais - Constatação administrativa - Regime especial de controle e fiscalização - Imposição - Legalidade

Ementa: Mandado de segurança. ICMS. Constatação administrativa de irregularidades fiscais. Submissão ao regime especial de controle e fiscalização. Legalidade. Recurso não provido.

- Não é ilegal ou abusiva a sujeição de contribuinte ao regime especial de controle e fiscalização, prevista em lei, se esse deixou de cumprir com suas obrigações tributárias.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0702.11.075075-0/002 - Comarca de Uberlândia - Apelante: Metalservice Metalúrgica Serviços Manutenção Mecânica em Equipamentos - Apelado: Estado de Minas Gerais - Autoridade coatora: Superintendente Regional da Fazenda do Estado de Minas Gerais - 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, à unanimidade, em NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 4 de dezembro de 2012. - *Edilson Fernandes* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. EDILSON FERNANDES - Trata-se de recurso interposto contra a r. sentença de f. 84/88, que, nos autos do mandado de segurança impetrado por Metalservice - Metalúrgica e Serviços de Manutenção Mecânica em Equipamentos Ltda. contra ato do Superintendente Regional da Fazenda do Estado de Minas Gerais em Uberlândia, denegou a ordem pleiteada, que visava determinar à autoridade dita coatora abster-se de praticar qualquer penalidade originária do inadimplemento de débito tributário.

Em suas razões, a apelante sustenta que a aplicação do regime especial de controle e fiscalização, que altera a forma de recolhimento do ICMS, é prática repudiada pelo ordenamento jurídico, pois viola a liberdade de comércio, a livre concorrência e o princípio da igualdade. Alega ser coercitiva a exigência de prévio recolhimento do imposto, incumbindo ao Fisco apenas exercer a fiscalização caso verifique alguma infração fiscal. Requer a reforma da r. sentença (f. 90/99).

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

Versam os autos sobre ação mandamental ajuizada pela apelante ao argumento de que a instituição do regime especial de controle e fiscalização por parte do Fisco, com a consequente apreensão de notas fiscais de vendas, impõe-lhe limitações à atividade empresarial, violando direito líquido e certo.

Com efeito, o ato administrativo encontra-se devidamente motivado, conforme se extrai do documento de f. 67/68:

> O contribuinte Metalservice encontra-se submetido a RECF - Regime Especial de Controle e Fiscalização, que altera o formato da apuração do imposto e seu pagamento, ao invés de ser mensal, regra geral, passa a ser quinzenal e, não cumprindo com os pagamentos, esse regime determina

> que terá seu acesso ao sistema de emissão de nota fiscal eletrônica bloqueado, até que o pagamento seja efetivado, conforme determina sua cláusula quinta [...].
> O contribuinte em tela foi submetido a RECF porque não vem pagando o imposto há muito tempo, refletido no Processo Tributário Administrativo - PTA do tipo '03' - omisso, abaixo, todos em aberto, sendo 8 (oito) inscritos em Dívida Ativa - DA e 2 (dois) em fase de AI, que já alcança o valor de R$1.316.320,00, fora os créditos tributários dos meses de outubro e novembro que vão se transformar em PTA '03'.

O art. 52 da Lei 6.763/75 (arts. 197 a 200 RICMS/02) dispõe que a autoridade fiscal poderá submeter o contribuinte a regime especial de controle e fiscalização, inclusive com alteração da forma e do prazo de recolhimento do imposto, na hipótese dos autos (inciso I).

Ora, havendo previsão legal e estando o ato motivado em indícios de irregularidades, que implicaram sonegação de ICMS, a inclusão da apelante no aludido regime especial não viola direito líquido e certo, consoante jurisprudência deste egrégio Tribunal: ACs 1.0702.07.401310-4/001, Rel. Des. Antônio Sérvulo, *DJ* de 30.09.2008; 1.0056.05.106175-4/002, Rel. Des. Eduardo Andrade, *DJ* de 1º.12.2006.

Nesse sentido, confira o entendimento do egrégio Superior Tribunal de Justiça:

> Tributário. Recurso especial. ICMS. Regime especial de controle e fiscalização. Imposição em face de reiteradas infrações tributárias. Possibilidade. Legitimidade das obrigações impostas pelo Fisco. Juízo de razoabilidade. Necessidade. - 1. Recurso especial pelo qual se discute a legitimidade do Regime Especial de Controle e Fiscalização, previsto na legislação do Estado de Minas Gerais (art. 52 da Lei 6.763/75), que foi imposto à contribuinte por meio de ato do Delegado Fiscal de Betim. 2. O STJ já decidiu pela ilegitimidade do regime especial mineiro, ao fundamento de que ele representa coação ilegítima para o pagamento de tributos. Precedentes: REsp 281.588/MG, Rel. Min. João Otávio de Noronha, Segunda Turma, *DJ* de 01.02.2006; AgRg no REsp 734.364/MG, Rel. Min. Francisco Falcão, Primeira Turma, *DJ* de 29.08.2005; RMS 15.674/MG, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, *DJ* de 22.04.2003; AgRg no REsp 77.224/MG, Rel.ª Min.ª Nancy Andrighi, Segunda Turma, *DJ* de 11.09.2000. 3. Mais recentemente, todavia, o STJ vem admitindo a imposição do regime especial aos contribuintes que comprovadamente sejam reincidentes na prática de infrações tributárias, como meio inerente ao poder de polícia e necessário para que a Administração Tributária possa prevenir novos prejuízos aos cofres públicos. Precedentes: AgRg nos EDcl no RMS 17.983/GO, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, j. em 20.10.2009, *DJe* de 29.10.2009; REsp 1.032.515/SP, Rel.ª Min.ª Eliana Calmon, Segunda Turma, *DJe* de 29.04.2009; AgRg no RMS 23.578/SE, Rel. Min. Francisco Falcão, Primeira Turma, *DJe* de 09.04.2008. [...] (REsp 1236622/MG, Rel. Min. Benedito Gonçalves, *DJ* de 16.03.2012).

A sujeição da apelante ao regime especial é legítimo, não afrontando princípios constitucionais invocados, pois a recorrente não cumpriu com suas obrigações fiscais.

Uma das medidas a ela impostas é o pagamento imediato do ICMS, ou seja, na saída da mercadoria do estabelecimento. Não vislumbro que a simples obrigação do pagamento do tributo na saída da mercadoria configura ato a impedir o exercício de suas atividades ou uma forma de coação ao recolhimento do imposto.

Ao contrário, a apelante continua atuando no mercado, agora sob fiscalização mais rigorosa, a fim de privilegiar a concorrência e impedir a evasão fiscal. A medida apenas altera para ela - e para todos os contribuintes submetidos ao regime (princípio da isonomia) - o momento do recolhimento do imposto, que é sempre certo.

As demais medidas impostas são formas razoáveis de cautela administrativa ditada pelos superiores interesses públicos de impedir a resistência do contribuinte em cumprir suas obrigações fiscais.

Nego provimento ao recurso.

Custas recursais, pela apelante.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES ANTÔNIO SÉRVULO e SELMA MARQUES.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Concurso público - Professora - Posse indeferida - Ausência de diploma - Apresentação de declaração de conclusão de ensino superior firmada pela instituição de ensino - Prova idônea - Possibilidade

Ementa: Reexame necessário. Mandado de segurança. Administrativo. Concurso público. Professora. Posse indeferida. Ausência de diploma. Apresentação de declaração de conclusão de ensino superior firmada pela instituição de ensino. Prova idônea. Possibilidade. Segurança confirmada.

- Possibilitando o ingresso em cargo público a efetivação de um direito constitucionalmente definido como social (art. 6º, *caput*, CF), cujos valores a Carta Magna ainda proclama como um dos fundamentos de nossa República Federativa (art. 1º, IV, CF), os quais, indubitavelmente, se prestam à efetivação da dignidade da pessoa humana (outro fundamento de nossa República - art. 1º, III, CF), injustificável impedir a posse no cargo por conta da não exibição do diploma exigido pelo edital do certame quando existentes provas idôneas e satisfatórias dos mesmos fatos que seriam comprovados pelo diploma exigido e ainda não expedido por questões burocráticas, fatos esses que restaram comprovados por declaração de conclusão do curso e histórico escolar incontroversos, visto não impugnados.

REEXAME NECESSÁRIO-CÍVEL Nº 1.0704.08.120972-5/002 - Comarca de Unaí - Remetente: JD 1 V COMARCA UNAI - Autora: Jânia Maria Batista Moreira - Réu: Município de Unaí - 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, à unanimidade, em REEXAME, CONFIRMAR A SENTENÇA.

Belo Horizonte, 13 de novembro de 2012. - *Peixoto Henriques* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. PEIXOTO HENRIQUES - A MM. Juíza de Direito da 1ª Vara Cível, Crime e Feitos Cíveis da Infância e Juventude da Comarca de Unaí submete a reexame necessário sentença (f. 80/83) sua que, dirimindo mandado de segurança impetrado por Jânia Maria Batista Moreira contra ato praticado pela Secretária Municipal de Educação de Unaí, concedeu a segurança postulada na inicial, "para determinar à autoridade coatora que admita a declaração de conclusão de curso em substituição ao diploma", tendo, por fim, isentado o réu do pagamento das custas e declarado indevidos os honorários advocatícios.

As partes não recorreram, embora intimadas do *decisum*.

A d. PGJ/MG opina pela confirmação da sentença.

Este o relato do necessário.

Concedida a ordem, cabível o reexame (art. 14, § 1º, Lei nº 12.016/09).

Nos termos do art. 5º, LXIX, da CR/88 e do art. 1º da Lei nº 12.016/09, presta-se o mandado de segurança à proteção do cidadão contra ato ilegal ou proferido com abuso de autoridade que viole ou cause receio de violação de direito líquido e certo, sendo este assim definido por Maria Sylvia Zanella di Pietro:

> 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, inexiste 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).

Convém ainda lembrar, outrossim, que o mandado de segurança não é cabível contra lei em tese (Súmula nº 266/STF) nem contra ato passível de recurso administrativo com efeito suspensivo (art. 5º, I, Lei nº 12.016/09).

Cuidam os autos de mandado de segurança, no qual é relatado que a impetrante, classificada e nomeada para o cargo de Professor de Educação Básica II - Inglês, do Município de Unaí, busca a tutela jurisdicional para que seja aceita a declaração de conclusão de curso fornecida pela Faculdade Cidade de João Pinheiro como documento apto a dar-lhe a posse, visto que esta foi indeferida, ao fundamento de que "a documentação de habilitação apresentada pela requerente está em desacordo com o Edital 01/2007" (f. 11).

A medida liminar requerida foi deferida em parte.

Devidamente notificada, a impetrada apresentou informações. Preliminarmente sustentou a sua ilegitimidade passiva, ao argumento de que a parte passiva legítima é o Município de Unaí. No mérito, defendeu a legalidade do ato impugnado, alegando: que é indispensável a apresentação do diploma de formação superior, conforme previsto no edital do certame, "procedimento que a autora definitivamente não fez, razão pela qual não há que se falar em direito líquido e certo violado; e, por isso mesmo, torna-se inevitável a denegação da segurança".

Após a oitiva da d. Promotoria de Justiça, a d. Sentenciante julgou procedente a segurança pleiteada, determinando que a autoridade coatora admitisse a declaração de conclusão de curso em substituição ao diploma.

Impõe-se, a manutenção do decidido.

a) Da preliminar

A Secretária Municipal de Educação, ao prestar informações, sustentou a sua ilegitimidade passiva.

Razão não lhe assiste.

Como é sabido, coatora é a autoridade que pratica ou ordena a execução ou inexecução do ato impugnado. Do exame do conjunto probatório, consta à f. 11 um atestado firmado pela Secretária Municipal de Educação, autoridade, diga-se de passagem, apontada como coatora, dando conta de que:

> Atestamos que a documentação de habilitação apresentada pela requerente está em desacordo com o Edital 01/2007, que publicou normas relativas ao provimento de cargos criados pela Lei Complementar nº 56, de 30 de outubro de 2006.

Nesse contexto, inquestionável a legitimidade da Secretaria Municipal de Educação para figurar no polo passivo do *mandamus*, visto que foi ela quem praticou o ato aqui atacado.

Além do mais, ao prestar suas informações, ela inequivocamente defendeu o mérito do ato impugnado, dizendo-o legítimo.

Dessarte, configurada a teoria da encampação.

Como se sabe:

> Aplica-se a teoria da encampação quando a autoridade apontada como coatora, ao prestar suas informações, não se limita a alegar sua ilegitimidade, mas defende o mérito do ato impugnado, requerendo a denegação da segurança, assu-

> mindo a *legitimatio ad causam* passiva (RMS nº 17889/RS, 1ª T/STJ, Rel. Min. Luiz Fux, *DJ* de 28.02.2005 - ementa parcial).
>
> O STJ pacificou o entendimento de que, se a autoridade apontada como coatora, ao prestar suas informações, não se limita a arguir a sua ilegitimidade passiva e passa a defender o ato impugnado, aplica-se a Teoria da Encampação e a sua coatoria torna-se legítima (REsp nº 285299/PI, 2ª T/STJ, Rel. Min. João Otávio de Noronha, *DJ* de 19.12.2005 - ementa parcial).

Reputo, pois, legitimada a impetrada.

b) Do mérito

Como se nota do conjunto probatório, o ato hostilizado fundamenta-se no fato de que a documentação apresentada pela impetrante está em desacordo com o item 12.4, *j*, do Edital PMU nº 01/2007, motivo pelo qual a posse lhe foi indeferida.

Dita regra editalícia assim dispõe:

> "12.4 O candidato nomeado será empossado no cargo se apresentar, obrigatoriamente, no ato da posse, cópia xerográfica acompanhada do original dos seguintes documentos: [...]
> j) Diploma registrado ou registro profissional para os profissionais de nível superior e técnico profissionalizante ou Certificado de Conclusão do Ensino Fundamental ou Médio;" (f. 15-v./16)

In casu, a impetrante apresentou "Declaração de Conclusão de Curso" de Licenciatura em Letras emitida pela Faculdade Cidade de João Pinheiro (f. 20), devidamente assinada e carimbada pela Secretária Geral, onde se atesta que ela "concluiu todas as disciplinas e integralizou todos os créditos e carga horária necessárias e obteve sua colação de grau no dia 19 de dezembro de 2006", bem como histórico escolar (f. 21) comprovando a sua aprovação e/ou dispensa em todas as matérias.

Na hipótese em exame, a "Declaração" e o "Histórico Escolar", apresentados pela impetrante e não impugnados pela impetrada, comprovam de forma incontestável a habilitação daquela para o pleno exercício do cargo, não se mostrando razoável o ato da autoridade impetrada, que não aceitou a aludida documentação como apta para a posse.

Só para arrematar, a impetrante deixou de apresentar o "Diploma" exigido no edital porque não o possuía naquele momento, visto que sua expedição fica a cargo da instituição de ensino, como faz prova a informação contida na parte final da declaração de conclusão de curso ("Declaramos ainda que o Diploma seguirá todos os trâmites de prazos legais para sua emissão" - v. f. 11).

Destaca-se, ainda, o documento acostado à f. 15, comprovando que a impetrante fez o requerimento, bem como o pagamento para a confecção do diploma, dependendo, portanto, da universidade a sua expedição.

Logo, força convir, a "Declaração de Conclusão de Curso" e o "Histórico Escolar" apresentados pela impetrante constituem documentos aptos a autorizar a sua posse.

Nessa linha de ideias, confira-se a jurisprudência desta Suprema Corte Estadual:

> É inadmissível a obstaculização de designação de candidato aprovado em concurso público para o cargo de Professor quando aquele tenha apresentado o histórico escolar e declaração de conclusão do curso exigido. Não se trata de hipótese de garantir a possibilidade de participação de profissional inabilitado em processo de designação de professores, mas sim de candidato que detém a habilitação exigida, apesar de, por circunstância alheia à sua vontade, não portar o diploma registrado pelo MEC (AC/RN nº 1.0145.02.010447-0/001, 7ª CCív/TJMG, Rel. Des. Belizário de Lacerda, *DJ* de 07.12.2004 - ementa parcial).
>
> Administrativo - Mandado de segurança - Concurso público - Professora - Ausência de apresentação do diploma e histórico escolar - Oferecimento de documentos substitutivos - Possibilidade - Posse. - Havendo a candidata apresentado documento que comprova sua capacidade técnica para o cargo, inegável o direito à posse, sob pena de ofensa ao princípio da razoabilidade (AC/RN nº 1.0145.05.201589-1/001, 4ª CCív/TJMG, Rel. Des. Audebert Delage, *DJ* de 07.03.2006).

Como bem dito pelo d. Procurador de Justiça:

> (...) possui a impetrante os requisitos exigidos para o cargo no qual logrou aprovação, previsto no edital, restando comprovada sua capacitação para o exercício do cargo, ressaltando-se que, por vezes, o excesso de formalidades ou exigências burocráticas impregnam o serviço público de inércia funcional, redundando em burocracia ou, até mesmo, inutilidade no desenvolvimento da função social, que deveria ser seu escopo máximo (f. 98).

Possibilitando o ingresso em cargo público a efetivação de um direito constitucionalmente definido como social (art. 6º, *caput*, CF), cujos valores a Carta Magna ainda proclama como um dos fundamentos de nossa República Federativa (art. 1º, IV, CF), os quais, indubitavelmente, se prestam à efetivação da dignidade da pessoa humana (outro fundamento de nossa República - art. 1º, III, CF), injustificável impedir a posse no cargo por conta da não exibição do diploma exigido pelo edital do certame quando existentes provas idôneas e satisfatórias dos mesmos fatos que seriam comprovados pelo diploma exigido e ainda não expedido por questões burocráticas, fatos esses que restaram comprovados por declaração de conclusão do curso e histórico escolar incontroversos, visto não impugnados.

Desse modo, do minucioso exame dos autos, fácil ver que o direito exposto possui todos os contornos desejáveis de certeza, liquidez e exigibilidade.

Em derradeiro arremate, anoto que são mesmo indevidos os honorários advocatícios na espécie (art. 25, Lei nº 12.016/09 e Súmulas nº 512 do STF e 105 do STJ) e as custas processuais (art. 10, I, LE nº 14.939/03).

Impõe-se, pois, ratificar a sentença revisanda.

Isso posto, contando com o sempre reconfortante aval da d. PGJ/MG, em reexame necessário, confirmo a sentença, mantendo-a inalterada.

Sem custas recursais (LE nº 14.939/03).

É o meu voto.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES OLIVEIRA FIRMO e WASHINGTON FERREIRA.

Súmula - EM REEXAME, CONFIRMARAM A SENTENÇA.

...

Usucapião - Propriedade rural - Herança- Condomínio *pro diviso* - Herdeiro - Posse acrescida com o passar do tempo - Pretensão de usucapir - Viabilidade - Via eleita - Adequação- Falta de interesse de agir - Carência da ação - Afastamento

Ementa: Apelação cível. Usucapião. Propriedade rural. Herança. Condomínio *pro diviso*. Herdeiro. Posse que se acresceu com o passar do tempo. Pretensão de usucapir. Viabilidade. Adequação da via eleita. Falta de interesse de agir e carência da ação afastadas. Recurso provido.

- Não há carência de ação, por falta de interesse de agir, na demanda movida por quem exerce posse sobre área rural maior que aquela inicialmente herdada de seus pais, atualmente em situação de condomínio *pro diviso*, desejando adquirir, por usucapião, a propriedade da porção de terra que, sob o aspecto formal, não lhe pertence. Não existe vedação no ordenamento jurídico para que um condômino possa usucapir a fração de outro, desde que se cuide de posse individualizada, adquirindo de forma originária a propriedade por usucapião.

- Vale registrar que o interesse processual decorre de uma relação de necessidade e de utilidade (adequação) ligados ao pleito vindicado e ao próprio direito judicializado. Assim sendo, se a via escolhida é apta ao fim proposto e perseguido pelo autor com o provimento jurisdicional, não há que se falar em carência da ação por falta de interesse processual ou de agir, devendo apenas ser mais bem minudenciada a área que efetivamente constitui o objeto do pedido.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0183.07.132024-0/001 - Comarca de Conselheiro Lafaiete - Apelantes: Agostinho Celso de Souza e sua mulher, Maria Imaculada Gonçalves de Souza - Apelados: Efigênia Quintina de Souza e outro, Afonsino Ferreira de Carvalho (herdeiros de) - Interessado: João Candido de Souza - 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 DAR PROVIMENTO AO RECURSO, VENCIDO O REVISOR.

Belo Horizonte, 31 de outubro de 2012. - *Otávio de Abreu Portes* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. OTÁVIO DE ABREU PORTES - Trata-se de ação de usucapião que Agostinho Celso de Souza ajuizou em desfavor de Efigênia Quintina de Souza e herdeiros de Cândido Zózimo de Souza, narrando em resumo que possui de forma mansa, pacífica e ininterrupta, com ânimo de dono e por mais de vinte anos, o imóvel descrito na inicial, localizado em Joselândia, lugar denominado "Rocinha" ou "Buraco do Gavião", medindo área de 65.650,00 m^2, registrado no CRI do 2º Ofício da Comarca. Asseverou que a posse do imóvel advém da sucessão de seus falecidos genitores (Cândido Zózimo de Souza e Rosa Cândida de Assis) e já está dividido faticamente, sendo que cada herdeiro ocupa a respectiva porção de terra dividida, pretendendo o reconhecimento da usucapião para fins de regularização da sua fração.

Pediu, nesses termos, a procedência do pedido.

Expedidas as cartas citatórias, foram juntadas aos autos certidões dos Cartórios de Registro Imobiliário da Comarca (f. 42 e f. 44), sendo cientificados da existência da ação a União, o Estado e o Município; o Ministério Público requereu diligências, e o autor se manifestou (f. 62/63 e f. 64). Nova vista ao *Parquet*, que opinou pela extinção do processo sem resolução do mérito (f. 67/69).

Em sentença de f. 70/71, o processo foi extinto, sem apreciação meritória, por entender o juiz que a via eleita é inadequada ao que realmente pretende o autor com a ação proposta.

Inconformado, apela o autor, alegando em resumo do necessário que a via eleita é adequada, pois o Código Civil estabelece que a usucapião é forma de aquisição e regularização da propriedade; que a gleba de terras já está registrada em nome do recorrente e que, por ser pobre, procurou a via menos onerosa para adequar o registro ao seu tamanho real; que não existe composse no local, pois todos os herdeiros possuem suas respectivas propriedades e posses bem definidas e registradas.

Pede o provimento do recurso, com a reforma ou cassação da sentença, para o prosseguimento da demanda.

Contrarrazões recursais nas f. 76/77.

Franqueada vista ao IRMP, na f. 85 a PGJ/MG afirmou o desinteresse na manifestação recursal.

É o breve relatório.

Presentes os pressupostos, admito o recurso.

A usucapião define-se como modo originário de aquisição da propriedade e de outros direitos reais pela

posse prolongada e qualificada por requisitos estabelecidos em lei. Diz-se modo originário porque não há relação de direito pessoal entre o proprietário anterior e o subsequente, ou seja, o direito do usucapiente não se funda sobre direito do titular precedente, não constituindo este direito pressuposto daquele, muito menos lhe determinando a existência, qualidades e extensão, conforme pontifica Francisco Eduardo Loureiro (*Código Civil comentado*, Coord. Ministro Cézar Peluzo, 2. ed., p. 1.161).

Conforme se pode concluir da leitura do processado, a despeito da narrativa lacônica e substanciação evasiva do pedido inicial, o autor/recorrente afirma em várias passagens dos autos que:

> [...] ...o Autor que, vem agora, regularizar suas terras uma vez que a gleba de terra do Autor possui área maior que a que consta do seu título atual; [...] ...sendo seu imóvel maior que o que consta na escritura pública, preferiu usar a ação de usucapião [...]; [...] ...impedido de regularizar suas poucas terras metricamente pela presente via [...] (f. 55; f. 64; f. 73).

Nesse cenário, ao qual se acresce o teor da certidão de f. 42, vê-se que o imóvel originário, após a morte de Cândido Zózimo de Souza e de Maria Cândida de Assis, foi partilhado entre os herdeiros, entre eles o apelante, ficando configurada comunhão (condomínio) dividida faticamente entre eles (*pro diviso*), ou seja, cada um se alojando na sua parcela determinada da coisa. Logo, ao que tudo indica, há ali um estado de indivisão jurídica, mas não de indivisão fática.

Supõe-se seja a pretensão do recorrente usucapir parcela de terra que se acresceu à posse faticamente por ele exercida no imóvel litigioso com o passar dos anos. Ou seja, afirma o apelante que exerce posse sobre área maior que aquela herdada de seus pais, desejando adquirir, por usucapião, a propriedade da porção de terra que, sob o aspecto formal, não lhe pertence.

O objeto do pedido não é, pois, a fração de propriedade já pertencente ao apelante, devidamente registrada, mas sim porção sobre a qual exerce apenas posse, também não se cuidando de retificação de registro, razão pela qual viável, em abstrato, o pedido de usucapião.

Registre-se que não existe vedação no ordenamento jurídico para que um condômino possa usucapir a fração de outro, desde que se cuide de posse individualizada, adquirindo de forma originária a propriedade, o que parece ser também a hipótese dos autos.

Vale ressaltar que o interesse processual decorre de uma relação de necessidade e de utilidade (adequação) ligados ao pleito vindicado e ao próprio direito judicializado.

Ou seja, pode-se afirmar que o interesse de agir se assenta exatamente sobre tal binômio, devendo refletir a necessidade do provimento jurisdicional, veiculada através do meio adequado para satisfazê-la, na persecução de um determinado bem da vida.

Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery (2006, p. 436) professam que:

> Existe interesse processual quando a parte tem necessidade de ir a juízo para alcançar a tutela pretendida e, ainda, quando essa tutela jurisdicional pode trazer-lhe alguma utilidade do ponto de vista prático. Verifica-se o interesse processual quando o direito tiver sido ameaçado ou efetivamente violado (v.g., pelo inadimplemento da prestação e resistência do réu à pretensão do autor). De outra parte, o autor, movendo a ação errada ou utilizando-se do procedimento incorreto, o provimento jurisdicional não lhe será útil, razão pela qual a inadequação procedimental acarreta a inexistência de interesse processual.

Ainda sobre o tema ora abordado, diz Moacyr Amaral Santos (1993, p. 166) que

> o interesse de agir é secundário, instrumental, subsidiário, de natureza processual, consistente no interesse ou necessidade de obter uma providência jurisdicional quanto ao interesse substancial contido na pretensão.

In casu, não paira dúvida quanto à necessidade da jurisdição, bem como da adequação/utilidade do provimento pretendido, com as observações já decantadas. Assim sendo, se a via escolhida é apta ao fim proposto e perseguido pelo autor com o provimento jurisdicional, não há que se falar em carência da ação por falta de interesse processual ou de agir, devendo apenas ser melhor minudenciada a área que efetivamente constitui o objeto do pedido.

Aliás, a adequação da pretensão em caso bastante similar já foi admitida por esta 16ª Câmara Cível, *mutatis mutandis*:

> Direito processual civil. Apelação cível. Ação de usucapião. Pretensão de reconhecimento de propriedade sobre terras que se acresceram à área inicial. Possibilidade. Ação de retificação descabida na espécie. Pedido de unificação das matrículas. Inviabilidade. Provimento que extrapola o âmbito temático da usucapião. - Pretendendo o autor o reconhecimento da propriedade sobre diferença de terra que se acresceu à área inicial com o passar do tempo, pelo exercício da posse, não há que se falar em impertinência da ação de usucapião, via adequada para tanto. [...]. (TJMG - Apelação Cível nº 1.0433.11.006031-9/001. Rel. Des. Sebastião Pereira de Souza. Publicação: 25.05.2012.)

O conhecimento direto do pedido ou o julgamento antecipado recursal, nos termos do art. 515, § 3º, do CPC, todavia, fica obstado, por carecer o feito de melhor instrução, não estando ainda o processo maduro o suficiente para o desfecho meritório.

Conclusão.

Nessa ordem de ideias é que dou provimento ao recurso para cassar a sentença e determinar o prosseguimento da ação, devendo, todavia, providenciar o autor/apelante, no momento oportuno, os memoriais descritivos, plantas baixas e outros documentos que identifiquem, de forma precisa e clara, quais são e onde estão localizados os 6,5650 hectares de terra que constituem o objeto do pedido, sob pena de nova extinção do processo.

Custas, ao final.

DES. WAGNER WILSON FERREIRA - Apelação cível. Usucapião. Inadequação da via eleita. Ausência interesse de agir. Há de ser mantida a sentença que extinguiu o processo sem resolução do mérito por falta de interesse de agir, quando o objetivo do autor na ação de usucapião é a retificação de área, e não a aquisição da propriedade.

Peço vênia ao Relator para dele divergir.

Da análise da petição inicial, constato que o pedido do autor nesta ação de usucapião não é a aquisição de propriedade, mas sim a regularização das terras que foram objeto da partilha. Vejamos:

> [...] valendo lembrar que propõe a presente ação, tendo em vista não haver composição amigável para regularização das glebas já divididas de fato a mais de vinte anos, uma vez que cada herdeiro se encontra na posse de sua parte da terra, o que foi definido e acordado por eles [...] À vista do exposto e tendo interesse na regularização de sua área de terra e que ora se encontra em comum com os demais herdeiros [...].

Conforme bem informado pelo MM. Juiz *a quo*, a ação de usucapião é meio de aquisição de propriedade, não servindo para proceder à retificação de área. Desta forma, voto pela manutenção da decisão recorrida que indeferiu a inicial e extinguiu o processo sem julgamento de mérito.

DES. JOSÉ MARCOS RODRIGUES VIEIRA - Acompanho o Relator.

A temática dos autos é de alta indagação. Remonta à pretensão de usucapião capaz de frustrar a divisão ou demarcação.

In casu, não cabe usucapião ordinário (contra o título), mas só o extraordinário.

Sobre a matéria, disserta Humberto Theodoro Junior (*Terras particulares*, 1. ed., 2. tiragem, São Paulo: Leud ,1981, p. 100):

> O usucapião produz efeito contra a pretensão demarcatória fundada nos títulos dominiais e nos demais critérios legais de superar a confusão de limites, no caso em que um dos confrontantes firma posse *pro diviso* (isto é, posse certa e determinada, bem delimitada), de acordo com seu título ou em contrário a ele [e diríamos, por usucapião ordinário ou extraordinário, respectivamente], além da extrema verdadeira ou da linha pretendida por outro confrontante, e faz que essa posse perdure, sem contestação, pelo lapso previsto em lei suficiente para gerar a prescrição aquisitiva.

Eis os termos da inicial (f. 02-TJ):

> O suplicante possui de forma mansa, pacífica e ininterrupta, com ânimo de dono por mais de 20 (vinte) anos, o imóvel (croqui anexo) situado na localidade de Joselândia - Rocinha/Buraco do Gavião nos municípios de Santana do Montes e Haverava, numa área de terra rural medindo 65.650 m² (sessenta e cinco mil, seiscentos e cinqüenta metros quadrados), posse esta advinda de herança de seus pais, Cândido Zózimo de Souza e Rosa Cândido de Assis, com registro no Cartório Imobiliário do 2º Ofício desta Comarca, conforme documentos em anexo, e que se encontra em comum com as glebas de terra dos demais herdeiros, não obstante já tenha havido a divisão de fato das mesmas.

Mais adiante (f. 55-TJ), o autor esclarece, ante a alegação de falta de registro imobiliário da área de 6,5650 ha, objeto do processo nº 0183.07.132024-0 (estes autos), passada pelo 2º Oficial de Reg. de Imóveis da Comarca de Conselheiro Lafaiete:

> [...] na certidão do imobiliário local às f. 42 constam vários herdeiros, dentre os quais está também o autor (Agostinho Celso de Souza), tem a esclarecer que cada um deles já possui sua gleba de terras devidamente cercada há mais de trinta anos, o mesmo ocorrendo com o autor, que vem, agora, regularizar suas terras, uma vez que a gleba de terra do autor possui área maior da que consta em seu título atual e o mesmo ocorre com os demais herdeiros.

Embora a imprecisão desta última frase, "o mesmo ocorre com os demais herdeiros", parece querer o autor dizer de área diversa, no caso de algum deles ou alguns deles, tanto que, dos autos, decorre a seguinte constatação: o Formal de Partilha de f. 11/12-TJ indica ser o autor proprietário, por herança, de 1/8 (um oitavo) da gleba de 6,5 ha - enquanto, na inicial, invocando posse, o autor reclama usucapião da totalidade da gleba.

Estou em que, se não houvesse partilha, a composse excluiria a obtenção de título, por já titulada.

Mas, como na hipótese dos autos, partilha há, cuida-se de reconhecimento de domínio sobre áreas que se tenham acrescido à área inicial. E não é caso de retificação de área, d.v. do Revisor, pois, ao contrário do que se dá nesta, o autor quer se tornar proprietário de algo que não é. Pelos dizeres do pedido, quer (o autor) ver-se reconhecido proprietário do que não está em seu nome.

Assim, pretendendo a aquisição da propriedade de imóvel que não lhe pertence, entendo correto o ajuizamento de ação de usucapião, sendo, portanto, adequada a via eleita para a formulação do pedido.

Com tais considerações, acompanho o Relator para dar provimento ao recurso, cassar a sentença e determinar o prosseguimento da ação.

Súmula - DAR PROVIMENTO AO RECURSO, VENCIDO O REVISOR.

...

Embargos à execução - Contrato de patrocínio a atleta - Inexigibilidade do crédito - Nulidade do título e do procedimento - Inocorrência - Dedução de pagamentos efetuados para disputa de competições isoladas - Não incidência - Ônus da comprovação do pagamento da integralidade do contrato - Cumprimento - Ausência

Ementa: Apelação. Embargos à execução. Contrato de patrocínio a atleta. Nulidade do título e do procedimento não verificados. Preliminar. Rejeição. Dedução no contrato

de pagamentos efetuados para disputa de competições isoladas. Ausência de comprovação. Sentença mantida.

- Tratando-se de execução aparelhada por contratação legítima de patrocínio esportivo em que resta demonstrada a participação da contratada nos eventos, a partir da assinatura do documento, descarta-se a alegação de inexigibilidade do crédito.

- Sendo ônus da embargante a prova da integralidade do pagamento das parcelas do contrato de patrocínio e dele não se desincumbindo a contento, impõe-se a improcedência de seu pedido.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0525.08.152801-6/001 - Comarca de Pouso Alegre - Apelante: Cimed Ind. Medicamentos Ltda. - Apelada: Thaiana de Cássia Andrade - Relator: DES. MOACYR LOBATO

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, à unanimidade, em REJEITAR PRELIMINAR E NEGAR PROVIMENTO

Belo Horizonte, 27 de outubro de 2012. - *Moacyr Lobato* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. MOACYR LOBATO - Pressupostos presentes. Conheço do recurso.

Contra uma sentença que, na Comarca de Pouso Alegre - 3ª Vara Cível -, julgou improcedentes os embargos à execução, nos termos do art. 269, I, CPC, surge a presente apelação interposta pela pessoa jurídica embargante - Cimed Indústria de Medicamentos Ltda., suscitando, preliminarmente, a nulidade do procedimento executivo e do próprio título extrajudicial, porquanto não restaria demonstrado pela exequente o cumprimento de sua contraprestação, tornando inexequível o título.

Meritoriamente, aponta que os documentos acostados aos autos, bem como o depoimento pessoal de seus funcionários, demonstram que as parcelas contratuais reivindicadas na execução já teriam sido quitadas em momento anterior, enfatizando, ainda, que a dedução de tais quantias sobre o montante global do contrato havia sido verbalmente pactuado entre os litigantes.

Apelo de f. 221/234 devidamente preparado e contra-arrazoado às f. 238/247.

Passo a decidir.

Preliminar de nulidade do título e do procedimento executivo.

Sem razão a recorrente quanto à alegação de inexigibilidade do título, dada a demonstração incontestável de que a apelada efetivamente participou dos mencionados campeonatos, representando a patrocinadora, notadamente pelas fotos anexadas aos autos com a utilização da respectiva marca (f. 85/87) e pelos *e-mails* enviados para o responsável da empresa, informando sobre o comparecimento nos eventos (f. 248/256).

Ademais, as alegações envolvendo suposta ausência de demonstração de conduta ética por parte da atleta mostram-se desarrazoadas, pois a própria natureza da exigência perquirida pela patrocinadora encontra obstáculo na sua comprovação, mostrando-se presumida, embora sujeita à desconstituição pela parte contrária, o que não se verificou.

Assim, a execução veio acompanhada de título formalmente válido, o que espanca a discussão sobre a sua desconstituição.

Rejeito a preliminar.

Meritoriamente, limita-se a celeuma recursal à apuração do adimplemento das verbas de patrocínios devidas à apelada, que ensejaram o procedimento executivo.

Ressuma dos autos que as partes celebraram o denominado "Contrato de patrocínio, cessão de uso e exploração de nome, apelido desportivo, voz e/ou imagem" (f. 08/12 - execução em apenso), envolvendo o patrocínio da atleta de caratê que figura como embargada na presente demanda.

Diante da alegada inadimplência da patrocinadora em parte do negócio, a contratada promoveu a execução do título extrajudicial, no intuito de receber as parcelas atrasadas, salientando que da importância relativa a R$6.000,00 (seis mil reais), correspondentes à totalidade do ajuste, dividida em 12 (doze) parcelas mensais no valor de R$500,00, apenas 6 (seis) restaram quitadas, razão pela qual faz jus ao restante da contratação.

Em contrapartida, afirma a embargada/apelante que a ora recorrida recebeu o valor total pactuado, mormente porque os dois cheques nos valores de R$2.100,00 (dois mil e cem reais) e R$1.500,00 (mil e quinhentos reais), recebidos pela atleta em razão de competições isoladas nas cidades de Belém e Belo Horizonte, respectivamente, compreendem o instrumento contratual e, por essa razão, merecem ser considerados como pagamento do mesmo.

Manuseando atentamente os autos, observa-se que, diferentemente do sustentado nas razões recursais, a atleta embargada não afirmou em seu depoimento pessoal de f. 127/128 ter recebido as oito parcelas no valor de R$500,00 (quinhentos reais), além de refutar qualquer acordo envolvendo descontos na verba de patrocínio contratada, em decorrência de recebimento dos aludidos cheques para participação em competições isoladas.

Registre-se que, nos termos do art. 348 do CPC, há confissão quando a parte admite a verdade de um fato, contrário ao seu interesse e favorável ao adversário. No caso presente, não há falar-se em confissão, uma vez que a embargada contesta a versão anunciada pela patrocinadora embargante.

Por tal razão, mostra-se manifestamente incabível a pena de confissão, porquanto denota o pedido da apelante nítida incoerência, estando afastado de qualquer amparo legal.

Ademais, a tese recursal de que os valores destinados às competições especificas seriam descontados do valor total do patrocínio não restou suficientemente comprovada, demonstrando-se frágil o simples depoimento do funcionário da apelante nesse sentido.

Com efeito, a ausência de documento contendo formalização ou recibo referente ao suposto pagamento da totalidade das parcelas do contrato de patrocínio impede a caracterização do adimplemento da patrocinadora frente ao pactuado com a atleta, sendo certo que competia à apelante a demonstração efetiva de suas arguições.

Aliás, conforme bem mencionado pelo Magistrado de 1ª Instância, causa estranheza que uma empresa do porte da apelante não tome nenhuma diligência quanto à elaboração de recibos ou documentos que atestem os pagamentos por ela realizados.

Sobre o ônus da prova, oportuna a Lição de Humberto Theodoro Júnior:

> Não há um dever de provar, nem à parte contrária 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 dos quais depende a existência do direito subjetivo que pretende resguardar através da tutela jurisdicional. Isso porque, segundo máxima antiga, fato alegado e não provado é o mesmo que fato inexistente. [...]
> Cada parte, portanto, tem o ônus de provar os pressupostos fáticos do direito que pretenda seja aplicado pelo juiz na solução do litígio. Quando o réu contesta apenas negando o fato em que se baseia a pretensão do autor, todo o ônus probatório recai sobre este. Mesmo sem nenhuma iniciativa de prova, o réu ganhará a causa se o autor não demonstrar a veracidade do fato constitutivo do seu pretenso direito. *Actore non probante absolvitur reus*.
> Quando, todavia, o réu se defende através de defesa indireta, invocando fato capaz de alterar ou eliminar as consequências jurídicas daquele outro fato invocado pelo autor, a regra inverte-se [...] A controvérsia deslocou-se para o fato trazido pela resposta do réu. A este, pois, tocará o ônus de prová-lo (*Curso de direito processual civil*. 53. ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 446/447).

No mesmo sentido, a Jurisprudência:

> Apelação. Ação cautelar de busca e apreensão. Ônus da prova. Autor. - Consiste regra básica do sistema probatório que quem alega um fato deve prová-lo. No caso do autor, os fatos que lhe incumbem provar são os que forem constitutivos do seu direito, nos termos do art. 333, I, do Código de Processo Civil (Apelação Cível 1.0145.09.545074-1/001, Rel.ª Des.ª Cláudia Maia, 13ª Câmara Cível, j. em 23.08.2012, publicação da súmula em 29.08.2012).

> Apelação cível - Restituição de coisa - Ônus da prova. - Cabe ao autor o ônus da prova dos fatos que alega na inicial, nos termos do art. 333, I do CPC. A fragilidade do arcabouço probatório afasta a pretensão e autoriza o acolhimento da pretensão recursal, notadamente quando se verifica a viabilidade e a possibilidade da prova documental, inexistente nos autos (Apelação Cível 1.0701.08.217742-2/001, Rel. Des. Pereira da Silva, 10ª Câmara Cível, j. em 23.08.2011, publicação da súmula em 05.09.2011).

Por tudo isso, inexistindo nos autos comprovação do suposto acordo realizado entre os litigantes quanto ao abatimento de valores do contrato de patrocínio, incabível o pleito recursal.

Com o exposto, rejeito a preliminar e nego provimento à apelação, mantendo a sentença por seus próprios fundamentos.

Custas recursais, pela respectiva apelante.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES AMORIM SIQUEIRA e PEDRO BERNARDES.

Súmula - REJEITARAM PRELIMINAR E NEGARAM PROVIMENTO.

...

Intervenção em diretório municipal de partido político - Processo administrativo - Princípio constitucional da ampla defesa - Inobservância - Antecipação de tutela - Possibilidade - Art. 273 do CPC - Teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais - Aplicação

Ementa: Ação anulatória. Intervenção em diretório municipal. Antecipação de tutela. Inteligência do art. 273, CPC. Processo administrativo que se desenvolveu à margem do princípio constitucional da ampla defesa. Eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

- Os direitos fundamentais constitucionalmente assegurados não servem somente ao particular frente ao poder público, mas também - em sua eficácia horizontal - como meio assecuratório em face de arbitrariedade perpetrada pelo poder privado.

- Uma vez presentes os requisitos previstos no art. 273, CPC, vale dizer, a verossimilhança das alegações somada ao fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, a concessão da tutela antecipada é medida de rigor.

AGRAVO DE INSTRUMENTO CÍVEL Nº 1.0024.12.171542-9/001 - Comarca de Belo Horizonte - Agravante: Partido do Movimento Democrático Brasileiro PMDB, atribuição da parte em branco do Diretório Central - Agravado: Partido do Movimento Democrático Brasileiro - PMDB, atribuição da parte em branco do Município de Ipanema - Relatora: DES.ª CLÁUDIA MAIA

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, à unanimidade, em negar provimento ao recurso.

Belo Horizonte, 22 de novembro de 2012. - *Cláudia Maia* - Relatora.

Notas taquigráficas

DES.ª CLÁUDIA MAIA - Trata-se de agravo de instrumento aviado por Diretório Estadual do Partido do Movimento Democrático Brasileiro e outros contra a decisão proferida pelo Juiz de Direito Rogério Alves Coutinho, investido na 19ª Vara Cível da Comarca de Belo Horizonte, por meio da qual, nos autos de ação anulatória movida por Diretório Municipal do Partido do Movimento Democrático Brasileiro do Município de Ipanema, foi concedida a antecipação de tutela para determinar a suspensão do ato de intervenção do diretório requerente, tendo sido determinado ao réu a restauração, em 48 horas, da situação do autor, inclusive perante a Justiça Eleitoral, sob pena de multa diária no valor R$10.000,00 por dia.

Nas razões recursais de f. 02-15/TJ, alega o agravante, em suma, que a decisão agravada se consubstancia em verdadeiro vilipêndio à autonomia partidária, na medida em que entra no mérito da decisão do agravante a respeito da intervenção do autor. Aduz que o processo de intervenção havido correu em perfeita consonância com o disposto no art. 61 do Estatuto do PMDB, bem como com os princípios do contraditório e da ampla defesa, não havendo falar em falta de fundamentação da decisão que se pretende anulada.

Pugna pelo recebimento do presente em ambos os efeitos e, no mérito, a reforma da decisão monocrática.

Recebi o recurso em seu efeito meramente devolutivo às f. 171/172-TJ.

Contraminuta às f. 179/189-TJ.

Dispensada a prestação de informações.

É o relatório.

Pois bem. De início, é bem de ver que, ao contrário do alegado pelo agravante, a decisão agravada não tangencia, em absoluto, o mérito da decisão administrativa por meio da qual foi resolvida a dissolução do autor.

As razões que fundaram o convencimento do Magistrado *a quo* dizem respeito à inobservância por parte do agravante dos preceitos constitucionais insculpidos sobretudo no art. 5º da Constituição Federal. É dizer, o que motivou a decisão ora agravada reside no modo como se deu a dissolução, e não nas razões de fundo do ato, essas sim impermeáveis ao juízo do Poder Judiciário.

Trata-se de nítida aplicação da teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais sobre a qual discorre Lenza:

> Com o objetivo de se conciliar uma tutela efetiva dos direitos fundamentais e a proteção da autonomia privada do indivíduo, surgiram diversas teorias. No ordenamento jurídico pátrio, dentre poucos os autores que já se manifestaram sobre o tema, a maioria sustenta que a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas é direta e imediata. Por meio desta teoria, embora os direitos fundamentais sejam diretamente aplicáveis às relações privadas, porque independem da mediação do legislador, eles precisam ser analisados no caso concreto para verificar a existência e a extensão da sua eficácia (LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. São Paulo: Método, 2007, p. 698/700).

A respeito do tema, confira, ainda, o entendimento do Supremo Tribunal Federal:

> Ementa: Sociedade civil sem fins lucrativos. União Brasileira de Compositores. Exclusão de sócio sem garantia da ampla defesa e do contraditório. Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas. Recurso desprovido. - I. Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas. - As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados. - II. Os princípios constitucionais como limites à autonomia privada das associações. - A ordem jurídico-constitucional brasileira não conferiu a qualquer associação civil a possibilidade de agir à revelia dos princípios inscritos nas leis e, em especial, dos postulados que têm por fundamento direto o próprio texto da Constituição da República, notadamente em tema de proteção às liberdades e garantias fundamentais. O espaço de autonomia privada garantido pela Constituição às associações não está imune à incidência dos princípios constitucionais que asseguram o respeito aos direitos fundamentais de seus associados. A autonomia privada, que encontra claras limitações de ordem jurídica, não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem, aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais. [...] A vedação das garantias constitucionais do devido processo legal acaba por restringir a própria liberdade de exercício profissional do sócio. O caráter público da atividade exercida pela sociedade e a dependência do vínculo associativo para o exercício profissional de seus sócios legitimam, no caso concreto, a aplicação direta dos direitos fundamentais concernentes ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, CF/88). IV. Recurso extraordinário desprovido) (RE 201819/RJ, Rel.ª Min.ª Ellen Gracie, j. em 11.10.2005).

No mesmo sentido, pode-se, ainda, citar outros precedentes, tais como, RE nº 160.222-8; RE nº 158.215-4; RE nº 161.243-6; RE nº 175.161-4; *HC* nº 12.547/STJ; REsp 249.321; RE 201.819.

Como se pode ver, o Supremo Tribunal Federal, órgão máximo do Poder Judiciário, assentou a possibilidade de

aplicação dos direitos fundamentais assegurados pela Constituição para a proteção dos particulares contra os poderes privados.

Resta, então, saber se o processo administrativo de intervenção que ora se pretende anulado, de fato, se deu ao arrepio dos princípios constitucionais fundamentais, o que ora se faz somente em juízo de cognição sumária.

No caso em apreço, se nos revela, como bem assinalou o Magistrado *a quo*, a verossimilhança da alegação do autor, sobretudo quando se tem em mira o princípio constitucional da ampla defesa, o qual parece mesmo não ter inspirado o ânimo dos condutores do processo administrativo em questão.

Ora, é que, embora o autor tenha tido, como alega o recorrente, a oportunidade de apresentar defesa escrita, não lhe foi devidamente oportunizada a efetiva defesa, uma vez que, a um, o pedido de intervenção a ele encaminhado é deveras genérico e mesmo equivocado na transcrição do artigo do Estatuto em que se fundamenta o pedido de intervenção. A dois, é de se dizer que um dos fundamentos que embasaram a decisão pela intervenção, qual seja o fraco desempenho eleitoral nos anos de 2004 e 2008, não constava do pedido de intervenção a ele encaminhado, pelo que não haveria mesmo sequer como se rebater tal fundamento.

Assim, uma vez presente a verossimilhança das alegações, aliada ao perigo de lesão grave ou de difícil reparação, que, com a devida vênia, dispensa maiores digressões em se tratando de medida tão extrema quanto invasiva tal qual a intervenção partidária, é medida de rigor a antecipação dos efeitos da tutela pretendida.

Diante do exposto, em atenção ao princípio do livre convencimento motivado, nego provimento ao recurso.

Custas, pelo agravante.

Votaram de acordo com a Relatora os DESEMBARGADORES ALBERTO HENRIQUE e LUIZ CARLOS GOMES DA MATA.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Execução - Contrato executado - Juntada do original do contrato - Desnecessidade - Cópia autenticada digitalmente - Validade

Ementa: Agravo de instrumento. Execução. Determinação de juntada do original do contrato executado. Desnecessidade. Cópia autenticada digitalmente. Validade. Recurso provido.

- A instrução do original se faz desnecessária nos termos do art. 385 do CPC.

- A autenticidade do contrato pode ser aferida pelo certificado digital expedido pelo oficial do cartório.

- O contrato de empréstimo não tem natureza cambial, daí por que desnecessário o original como condição de procedibilidade.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 1.0024.11.174855-4/001 - Comarca de Belo Horizonte - Agravante: Banco Santander do Brasil S.A. - Agravada: Renata Cristina Falcão Dias - Relator: DES. BATISTA DE ABREU

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, à unanimidade, em DAR PROVIMENTO AO AGRAVO DE INSTRUMENTO.

Belo Horizonte, 17 de outubro de 2012. - *Batista de Abreu* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. BATISTA DE ABREU - Trata-se de agravo de instrumento interposto por Banco Santander do Brasil S.A. contra decisão de f. 34-TJ, proferida pela 28ª Vara Cível da Comarca de Belo Horizonte, que, nos autos da execução por título extrajudicial ajuizada em face de Renata Cristina Falcão Dias, determinou que o agravante instruísse a inicial, no prazo de 10 (dez) dias, com o mandato e o contrato em seus originais ou devidamente autenticados, podendo utilizar-se da prerrogativa do art. 365, inciso IV, do CPC, sob pena de indeferimento da inicial.

Alega o agravante que, em uma simples análise do art. 614 do CPC, é possível verificar que não há qualquer restrição quanto à juntada da cópia do documento autenticado ou certificado eletronicamente ou até mesmo sua cópia; que os arts. 385 e 375 do CPC estabelecem que a cópia do documento tem o mesmo valor probante que o original, podendo a parte contrária impugnar a sua autenticidade; que os documentos juntados à exordial são suficientes para instruir a execução e ainda comprovam, de forma inequívoca, a pactuação celebrada entre as partes e o débito executado; que o título que embasa a execução é um contrato de empréstimo que não possui circulação e, ainda, é certificado digitalmente, logo desnecessária a juntada do seu original; que do contrato juntado aos autos constam todos os dados necessários ao deslinde do feito.

Requer a concessão do efeito suspensivo ao recurso e que, ao final, seja dado provimento ao presente agravo de instrumento para reformar a decisão que determinou a juntada do contrato original exeqüendo; e, alternativamente, requer seja declarada a validade do contrato juntado.

Efeito suspensivo deferido na decisão de f. 52-TJ.

Desnecessária a intimação da agravada.

É o relatório.

Como visto, cuidam os autos de agravo de instrumento interposto contra decisão que determinou que o agravante instruísse a inicial, no prazo de 10 (dez) dias, com o mandato e o contrato em seus originais ou devidamente autenticados, podendo utilizar-se da prerrogativa do art. 365, inciso IV, do CPC, sob pena de indeferimento da inicial.

Analisando cuidadosamente os autos, tem-se que razão assiste ao agravante.

Primeiro, porque a instrução do original se faz desnecessária nos termos do art. 385 do CPC, e segundo, porque a autenticidade do contrato é aferida pelo certificado digital expedido pelo oficial do cartório (f. 20-TJ).

A autenticidade digital tem expressa previsão na Medida Provisória 2.200-2, de 24.08.2001, que, em seu art. 1°, institui "a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP - Brasil, para garantir a autenticidade, a integridade e a validade jurídica de documentos em forma eletrônica, das aplicações de suporte e das aplicações habilitadas que utilizem certificados digitais, bem como a realização de transações eletrônicas seguras".

Reconhecida, portanto, a validade do contrato cuja autenticidade foi certificada digitalmente.

Ademais, registre-se que a exigência posta na decisão recorrida seria aceitável se a execução tivesse como objeto título de crédito circulável, uma vez que o exequente poderia admitir sua circulação por via de endosso ou outro procedimento próprio. O contrato de empréstimo não tem essa natureza, daí por que desnecessário o original como condição de procedibilidade.

Assim sendo, a cópia autenticada digitalmente não afasta os requisitos de certeza, liquidez e exigibilidade, figurando, assim, como documento hábil a instruir o feito da execução, como título executivo.

Por fim, valendo apenas como ressalva, tem-se que a interposição do presente recurso poderia ter sido evitada. Isso porque bastava ter o próprio advogado do agravante, valendo-se da prerrogativa concedida pela decisão agravada, juntado simples declaração de autenticidade das cópias reprográficas. O que, além de lhe ser menos trabalhoso, também contribuiria para a diminuição dos inúmeros recursos que abarrotam este Tribunal de Justiça.

Isso posto, dá-se provimento ao agravo de instrumento.

Custas recursais, ao final, pelo vencido.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES SEBASTIÃO PEREIRA DE SOUZA e OTÁVIO DE ABREU PORTES.

Súmula - DAR PROVIMENTO AO AGRAVO DE INSTRUMENTO.

...

Concurso público - Aprovação dentro do número de vagas - Prazo de validade expirado - Direito à nomeação - Vencimentos retroativos - Recebimento - Inadmissibilidade - Investidura no cargo - Pressuposto - Posse - Aperfeiçoamento - Requisitos - Comprovação - Necessidade - Súmula 266 do STJ

Ementa: Apelação. Ordinária. Aprovação em concurso público dentro do número de vagas. Expiração do prazo de validade. Direito à nomeação. Vantagens retroativas. Impossibilidade.

- Havendo previsão de certo número de vagas no edital e aprovado o candidato dentro desse número, faz jus, autonomamente, à nomeação dentro do prazo de validade do concurso, mesmo que o edital disponha que se trata de ato discricionário da Administração Pública.

- A configuração de direito à nomeação não se confunde com o direito ao recebimento dos vencimentos retroativos, pois este pressupõe a investidura no cargo público, que se aperfeiçoa com a posse, quando serão exigidos do interessado comprovantes de habilitação, entre outros atos que deve praticar para assumir o cargo, nos termos da Súmula n° 266 do STJ.

- Não estando comprovados de plano os requisitos para a completa investidura no cargo, não há falar em concessão de vantagens, pois não se sabe se, caso fosse o candidato nomeado dentro do prazo de validade do concurso, teria tomado posse, já que pendente condição suspensiva.

REEXAME NECESSÁRIO CÍVEL Nº 1.0245.09.178105-5/001 - Comarca de Santa Luzia - Remetente: Juiz de Direito da 3ª Vara Cível da Comarca de Santa Luzia - Autora: Magna Maria de Souza - Réus: Município de Santa Luzia e outro, Prefeito Municipal de Santa Luzia - 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, à unanimidade, em CONFIRMAR PARCIALMENTE A SENTENÇA, NO REEXAME NECESSÁRIO.

Belo Horizonte, 25 de outubro de 2012. - *Jair Varão* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. JAIR VARÃO - Cuida-se de reexame necessário da r. sentença proferida pelo digno Juiz da 3ª Vara Cível da Comarca de Santa Luzia que, nos autos da ação ordinária proposta por Magna Maria de Souza em face da

Comissão de Coordenação de Concursos da Prefeitura de Santa Luzia, bem como do Prefeito Municipal, julgou procedente o pedido inicial para nomear a autora, candidata aprovada em concurso público dentro do número de vagas.

O d. Magistrado *a quo* julgou

> parcialmente procedente o pedido inicial para determinar ao réu que proceda a nomeação da autora no cargo de Agente de Administração, para a qual foi aprovada em 64° (sexagésimo quarto) lugar, no certame realizado pelo Edital de Concurso Público do Município de Santa Luzia n° 01/99, sendo-lhe garantido o computo do tempo de serviço da data do término do prazo de validade do certame até o dia da efetiva nomeação da autora para efeitos de concessão de todas as vantagens a que teria direito como se nomeada fosse.

Condenou o réu, ainda, ao pagamento de honorários de advogado no importe de R$ 3.000,00.

Conheço do reexame necessário, porque presentes os pressupostos de sua admissibilidade.

Revelam os autos que a autora classificou-se no 64° lugar para o cargo de agente de administração, no Concurso Público n° 01/1999, do Município de Santa Luzia. Previa o edital, no item 2.1, o preenchimento de 68 vagas para o referido cargo.

Homologado o concurso em 2006, por meio do Decreto n° 1.801/2006, a validade do concurso não foi prorrogada, findando-se em junho de 2008.

Resta saber, nesse contexto, se a aprovação da autora em concurso público na 64ª posição, quando havia previsão de 68 vagas, traduz um direito subjetivo seu à nomeação e posse, após expirar o prazo de validade do concurso.

O princípio da boa-fé deve ser observado, pois decorre do devido processo legal, que é aplicável a toda atuação estatal como instrumento limitador de atos arbitrários.

Mesmo que o edital tenha previsto que a aprovação dentro do número de vagas configura mera expectativa de direito, não se pode, portanto, assim considerar.

Tratar-se-ia, pois, de conduta contraditória que não pode ser oposta ao administrado, que, de boa-fé, presta o concurso público e, uma vez aprovado, conta com a lealdade da Administração Pública em prover as vagas pelos candidatos.

Não pode a Municipalidade furtar-se à nomeação dos candidatos aprovados dentro do número de vagas, sob pena, inclusive, de serem feridos os princípios da moralidade e da isonomia que o próprio concurso público visa proteger, passando a se valer de contratos temporários.

A matéria é comumente enfrentada pelo Superior Tribunal de Justiça, que assim tem se manifestado:

> Agravo regimental no recurso em mandado de segurança. Concurso público. Candidato aprovado dentro do número de vagas previsto no edital. Direito subjetivo à nomeação.
> - A jurisprudência desta Corte entende que a regular aprovação em concurso público em posição classificatória compatível com as vagas previstas em edital confere ao candidato direito subjetivo à nomeação e à posse dentro do período de validade do certame.
> Agravo regimental improvido (AgRg no RMS 31.899/MS - Relator: Ministro Cesar Asfor Rocha - Segunda Turma - julgado em 03.05.2012 - *DJe* de 18.05.2012).
>
> Recurso ordinário. Mandado de segurança. Interesse processual. Existência. Concurso público. Aprovação dentro do número de vagas previsto no edital, consideradas as desistências. Direito subjetivo à nomeação. Precedentes.
> 1. Em precedente idêntico ao caso dos autos, a Sexta Turma proferiu o entendimento de que, 'tendo em vista os princípios da lealdade, da boa-fé administrativa e da segurança jurídica, bem como o fato de que a criação de cargos depende de prévia dotação orçamentária, o candidato aprovado dentro do número de vagas previsto no edital do certame, consideradas as desistências dos candidatos melhor classificados, não tem mera expectativa de direito, mas verdadeiro direito subjetivo à nomeação (RMS 21.323/SP - Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura - Sexta Turma - julgado em 1°.06.2010 - *DJe* de 21.06.2010).
> 2. O prazo decadencial de 120 dias para impetração do *mandamus* tem como termo inicial a data em que se encerra a validade do certame, uma vez que a omissão estatal se estende por toda vigência do concurso.
> 3. Está presente o interesse processual na impetração de mandado de segurança contra a ausência de nomeação de candidato aprovado, ainda que expirado o prazo de validade do concurso público.
> 4. Agravo regimental a que se nega provimento (AgRg no RMS 21.155/SP - Relator: Ministro Vasco Della Giustina - Desembargador convocado do TJRS - Sexta Turma - julgado em 10.04.2012 - *DJe* de 18.04.2012).
>
> Agravo regimental. Recurso ordinário em mandado de segurança. Concurso público. Magistério. Aprovação em primeiro lugar. Direito à nomeação.
> 1. Há direito subjetivo à nomeação do candidato aprovado em primeiro lugar no concurso público se havia previsão de vaga, entre as 5.896 ofertadas, no cargo e localidade para a qual se inscreveu, nada importando que tenha sido divulgado apenas o quantitativo total das vagas existentes.
> 2. Agravo regimental improvido (AgRg no RMS 26.711/RS - Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura - Sexta Turma - julgado em 10.04.2012 - *DJe* de 07.05.2012).

Havendo previsão de certo número de vagas e aprovado o candidato dentro desse número, faz jus à nomeação, mesmo que o edital disponha diversamente. E isso se aplica a todos os candidatos, sendo que o direito à nomeação de um não depende do exercício do direito do outro, quando configurada a omissão ilícita da Administração Pública em proceder às nomeações após o término do prazo de validade do concurso.

Assim, não há de se falar, no caso dos autos, em ofensa à ordem de classificação, pois todos que reúnem os requisitos podem, igualmente, exigi-la da Administração Pública.

Por certo, o candidato classificado na posição n° 63 não deixa de ter direito à nomeação quando se reconhece à parte autora, na 64ª colocação. Aquele poderá,

ainda, procurar as medidas cabíveis para promover sua nomeação sem prejuízo do resultado deste julgamento.

De toda forma, não se pode deixar de reconhecer que a omissão da Administração Pública foi antijurídica.

Entretanto, a pretensão da parte autora não pode ser acolhida em sua totalidade, uma vez que pretende a determinação para sua nomeação e pagamento dos danos materiais - os quais entendo como o pagamento dos vencimentos atrasados desde a expiração do prazo de validade - e danos morais sofridos.

Como visto, é claro seu direito à nomeação. Entretanto, reconhecer esse direito, esclareça-se, não é sinônimo de direito à posse. São atos distintos, com pressupostos diferentes. É que, após a nomeação, é cediço que se abre prazo para que o interessado apresente os comprovantes de sua habilitação para o cargo e, somente após atestada a regularidade, haverá a posse.

A investidura em cargo público implica uma série de atos, tanto da Administração Pública como do interessado, para que se promova o adequado provimento do cargo.

Tanto é assim que o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de que

> o diploma ou habilitação legal para o exercício do cargo deve ser exigido na posse, e não na inscrição para o concurso público (Súmula 266 - Terceira Seção - julgado em 22.05.2002 - *DJ* de 29.05.2002 p. 135).

Assim, é possível que, mesmo nomeada, a parte impetrante não venha a tomar posse por não cumprir os requisitos, por motivos que não nos cabe aqui especular.

Fato é que, por conseguinte, não se vislumbra a ocorrência de danos materiais, no que tange ao recebimento retroativo dos vencimentos, mesmo diante da omissão ilícita da parte ré.

Em outros termos, portanto, a configuração de direito à nomeação não se confunde com o direito ao recebimento dos vencimentos retroativos, pois este pressupõe a investidura no cargo público, que se aperfeiçoa com a posse, quando serão exigidos do interessado comprovantes de habilitação, entre outros atos que deve praticar para assumir o cargo, nos termos da Súmula nº 266 do STJ.

Não estando comprovados de plano os requisitos para a completa investidura no cargo, não há falar em recebimento dos valores retroativos, pois não se sabe se, caso fosse a candidata nomeada dentro do prazo de validade do concurso, teria tomado posse.

Quanto à ocorrência de danos morais, não há prova de abalo psíquico a ensejar tal condenação, não havendo nexo de causalidade entre as alegações da autora e o suposto dano moral, que nem sequer foi descrito na peça de ingresso.

Com essas considerações, confirmo parcialmente a sentença, no sentido de determinar à Administração Pública que providencie a nomeação da autora no prazo de dez dias, sob pena de multa diária de R$ 500,00 (quinhentos reais), limitada a R$ 10.000,00 (dez mil reais), mantendo-se os ônus sucumbenciais.

DES. KILDARE CARVALHO - De acordo com o Relator.

DES.ª ALBERGARIA COSTA - De acordo com o Relator.

Súmula - CONFIRMARAM PARCIALMENTE A SENTENÇA, NO REEXAME NECESSÁRIO.

...

Execução - Boleto bancário - Nota fiscal - Duplicata mercantil - Título executivo extrajudicial

Ementa: Apelação cível. Execução. Boleto bancário e notas fiscais. Ausência de vício. Serviço prestado. Título executivo extrajudicial. Requisitos preenchidos. Recurso provido.

- Os boletos bancários, acompanhados de notas fiscais que atestam a realização do serviço, são considerados títulos executivos, porquanto suficientes para comprovar a relação comercial estabelecida entre as partes.

V.v.: - Ementa: Apelação cível. Execução. Duplicatas mercantis. Ausência de títulos. Boletos bancários. Instrumento de protesto.

- Para a propositura da ação de execução, é necessária a apresentação dos títulos executivos que serão executados.

- Boletos bancários e notas fiscais não possuem força executiva.

- A juntada do instrumento de protesto da duplicata supre a apresentação do título.

- Provimento parcial ao recurso.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0313.06.188104-8/001 - Comarca de Ipatinga - Apelante: Expresso Braziltur Ltda. - Apelada: Cogefe Engenharia Comércio e Empreendimentos Ltda. - Relator: DES. ROGÉRIO COUTINHO

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 provimento ao recurso para cassar a sentença, vencido o Revisor.

Belo Horizonte, 19 de dezembro de 2012. - *Rogério Coutinho* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. ROGÉRIO COUTINHO - Trata-se de apelação interposta à sentença prolatada pelo Juiz da 1ª Vara Cível da Comarca de Ipatinga, Otávio Pinheiro da Silva, que, nos autos da ação de execução, ajuizada por Expresso Brasiltur Ltda. em face de Cogefe Engenharia Comércio e Empreendimentos Ltda., julgou extinto o processo ao fundamento de nulidade decorrente da ausência de título executivo extrajudicial que corresponda à obrigação certa, líquida e exigível, na forma do art. 618, I, do Código de Processo Civil.

Na sentença (f. 173/177), o Magistrado argumentou que a "simples juntada de notas fiscais, boletos bancários e as malsinadas 'duplicatas escriturais', acompanhadas do respectivo protesto por indicação não suprem as determinações" da Lei nº 5.474/68.

Inconformada com a decisão, a empresa autora interpôs recurso de apelação (f.189/198), no qual aduz, em síntese, que, contrariamente ao alegado na sentença, o pleito executório se encontra regularmente instruído por título executivo extrajudicial consubstanciado na seguinte documentação: duas duplicatas mercantis com aceite (f. 10 e 15); comprovantes da prestação de serviço (f. 18 e 20); notas fiscais com assinatura do devedor (f. 10,11, 15 e 16); instrumentos de protesto (f. 17); e notificação extrajudicial acompanhada de aviso de recebimento (f. 12/14). Argumenta que a sentença prolatada se baseou em duplicata virtual sem aceite retirada de fita magnética de suposta dívida. Assevera, por fim, que esta Corte admite a juntada dos documentos retrodiscriminados como forma de suprimento de duplicata não aceita e que, a par disso, na hipótese específica, as duplicatas mercantis em questão possuem aceite da executada.

Embora intimada, a empresa-ré não apresentou contrarrazões.

Presentes os pressupostos de admissibilidade recursal, conheço da apelação.

Consoante se verifica pelo exame dos autos, o Magistrado sentenciante julgou inexistente o título executivo ao fundamento de que inexiste comprovação de lastro em duplicata, conforme determinado pelo art. 13 da Lei nº 5.474/68.

A apelante (exequente), em contrapartida, salienta que, a despeito dos argumentos invocados, a execução promovida está lastreada em duas duplicatas mercantis com aceite do devedor, comprovantes de prestação de serviço, notas fiscais com assinatura do devedor, instrumentos de protesto e notificação extrajudicial acompanhada de aviso de recebimento (f. 194), razão pela qual tal decisão não merece prosperar, até porque, afora a documentação retromencionada, as duplicatas mercantis em questão possuem aceite da apelada (executada).

Verifico, todavia, que, no que respeita à derradeira afirmação, a apelante se equivoca ao afirmar que os documentos juntados às f. 10 e 15 são duplicatas, quando, na realidade, são apenas boletos bancários.

Feita essa ressalva, cumpre mencionar posicionamento da Ministra Nancy Andrighi, que, em sessão de julgamento, salientou a nova perspectiva a ser dada sobre à matéria:

> [...] a Lei das Duplicatas Mercantis (Lei nº 5.474/68) foi editada numa época na qual a criação e posterior circulação eletrônica de títulos de crédito eram inconcebíveis [...] pelo que a prática mercantil aliou-se ao desenvolvimento da tecnologia e desmaterializou a duplicata, transformando-a em registros eletromagnéticos, transmitidos por computador pelo comerciante ao banco. O banco, por seu turno, faz a cobrança mediante expedição de simples aviso ao devedor - os chamados boletos, de tal sorte que o título em si, na sua expressão de cártula, surge se o devedor se mostrar inadimplente.

Com base nessas alegações, cabe frisar que a controvérsia trazida a lume cinge-se à possibilidade de o boleto bancário e a nota fiscal serem considerados título executivo sem o acompanhamento da duplicata mercantil.

Conforme bem salientado pela ilustre Ministra, a lei que rege a matéria é antiga (Lei nº 5.474/68), e àquela época não havia como prever os avanços experimentados atualmente na área da informática e telecomunicações. É inegável que, hoje em dia, o que torna alguém devedor é o fato de ter havido, efetivamente, a compra e o recebimento da mercadoria - ou execução do serviço, como na hipótese ora em análise - sem qualquer vício.

Entendo, assim, que os boletos bancários, se devidamente acompanhados das notas fiscais, são hábeis a comprovar a relação comercial firmada entre as partes e, como tais, considerados títulos executivos.

Nessa esteira, é possível concluir que os títulos 0000338000007 e 0000338000009, emitidos em 15.06.2005 e 15.07.2005, respectivamente, anexados às f. 10 e 15 com as notas fiscais (f. 11 e 16) do processo de execução são eficazes à demonstração da realização do serviço que se pretende receber, razão pela qual inexiste vício capaz de provocar eventual nulidade.

Nesse sentido é a jurisprudência deste Tribunal:

> Embargos à execução. Duplicatas sem aceite. Perfeição formal. Protesto mediante exibição de boleto bancário. Comprovante de entrega da mercadoria. Título executivo. Configuração [...]. II - A duplicata mercantil pode ser protestada por indicação, mediante apresentação do boleto bancário, que constitui meio magnético ou de gravação eletrônica de dados recepcionado pelo Tabelionato de Protesto, constituindo documento hábil para fazer o protesto da duplicata por falta de pagamento de parcela da compra e venda subjacente, desde que seja apresentado o comprovante de recebimento da mercadoria. Incidência da Lei nº 9.492, de 10 de setembro de 1997. [...] (TAMG, Processo: 0406483-1 - Primeira Câmara Cível - Recurso: Apelação - Relator: Juiz Osmando Almeida - Julgamento: 11.11.2003).
>
> Embargos infringentes. Execução de título. Duplicatas. Pleito instruído com boleto bancário, termo de protesto e nota

> fiscal/fatura. Recebimento das mercadorias. Comprovação. Admissibilidade. Rejeição dos embargos. Manutenção do acórdão. - É válido o protesto por indicação se as duplicatas foram emitidas com lastro na nota fiscal e no documento que comprova o recebimento da mercadoria, em obediência à determinação contida na Lei de Duplicatas (Lei nº 5.474/68), não tendo havido questionamento no que tange ao autor da assinatura aposta no recibo. - Regular o protesto, mostra-se possível o ajuizamento da ação de execução, instruída com boleto bancário de remessa e aceite da duplicata, do termo de protesto e da nota fiscal/fatura, com comprovante de recebimento das mercadorias, quando então não há que se falar em desqualificação do título executivo, ante a comprovação da realidade da operação de compra e venda mercantil estabelecida entre as partes e da ausência de comprovação de quitação do débito (Embargos Infringentes nº 1.0024.05.861793-7/003 - 17ª Câmara Cível - Relator: Des. Luciano Baeta Nunes - Julgamento: 10.04.2008).

Inegável, portanto, a força executiva dos documentos que instruem a inicial.

Assim, dou provimento ao recurso para cassar a sentença proferida no juízo de primeiro grau e, por conseguinte, determinar o retorno dos autos para a vara de origem a fim de que se dê o regular processamento à execução.

Custas recursais, ao final.

DES. ALEXANDRE SANTIAGO - Em face da sentença de f. 173/177, que julgou extinto o processo de execução ante a nulidade decorrente da ausência de título executivo extrajudicial, insurge-se o apelante Expresso Braziltur Ltda., pugnando pela reforma do julgado, ao argumento de que a instrução da execução com notas fiscais, comprovantes de mercadorias e os instrumentos de protesto por indicação suprem a ausência da duplicata não aceita.

Em seu voto, o il. Relator considerou que os boletos bancários, se devidamente acompanhados das notas fiscais, são hábeis a comprovar a relação comercial firmada entre as partes e, como tais, considerados títulos executivos.

Opinião da qual, *data venia,* ouso divergir.

Nos termos do art. 586 do Código de Processo Civil: "A execução para cobrança de crédito fundar-se-á sempre em título de obrigações certa, líquida e exigível".

A certeza, liquidez e exigibilidade são pressupostos exigidos para aqueles títulos extrajudiciais que ensejam um imediato processo de execução, no qual a cognição se apresenta de forma mais restrita.

Nos termos do art. 585 do Código de Processo Civil:

> Art. 585. São títulos executivos extrajudiciais:
> I - a letra de câmbio, a nota promissória, a duplicata, a debênture e o cheque;
> II - a escritura pública ou outro documento público assinado pelo devedor; o documento particular assinado pelo devedor e por duas testemunhas; o instrumento de transação referendado pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública ou pelos advogados dos transatores;
> III - os contratos de hipoteca, de penhor, de anticrese e de caução, bem como de seguro de vida e de acidentes pessoais de que resulte morte ou incapacidade;
> IV - o crédito decorrente de foro, laudêmio, aluguel ou renda de imóvel, bem como encargo de condomínio desde que comprovado por contrato escrito;
> V - o crédito de serventuário de justiça, de perito, de intérprete, ou de tradutor, quando as custas, emolumentos ou honorários forem aprovados por decisão judicial;
> VI - a certidão de dívida ativa da Fazenda Pública da União, Estado, Distrito Federal, Território e Município, correspondente aos créditos inscritos na forma da lei;
> VII - todos os demais títulos a que, por disposição expressa, a lei atribuir força executiva.

O citado artigo elenca de forma taxativa os títulos que podem ser executados extrajudicialmente. Nesta seara entendo que boletos bancários acompanhados de notas fiscais não são aptos a embasar uma ação executória.

Nesse sentido é o entendimento deste egrégio Tribunal:

> Apelação cível. Embargos à execução. Duplicatas mercantis. Ausência. Boletos bancários. Necessidade de título executivo. Extinção. - A propositura de execução enseja a apresentação de título executivo extrajudicial. - Boleto bancário não é titulo de crédito e não possui força executiva para fins de propositura de execução (TJMG - Relator: Des. Marcelo Rodrigues - *DJ* de 24.10.2007 - DP: 02.11.2007).

> Apelação. Embargos à execução. Boleto bancário. Ausência de título executivo extrajudicial. Fundamentos processuais. Extinção do processo, com julgamento do mérito. - O boleto bancário protestado por falta de pagamento não se caracteriza como título executivo extrajudicial, porque não está inserido no rol taxativo do art. 585 do CPC, ainda que a existência do débito não tenha sido impugnada. - Verificada a inexistência do título executivo extrajudicial, deve a execução ser extinta na esteira do art. 741, inc. II, do CPC, porque é regra específica para o processo de execução (TJMG - Processo: 1.0011.04.006822-0/001 - 0068220-44.2004.8.13.0011(1) - Relator: Des. Afrânio Vilela - *DJ*: 12.07.2006 - *DP*: 18.08.2006).

Verifica-se, assim, que a execução só pode ser instruída com o próprio título executivo; e, não sendo apresentado, deve ser julgado extinto o processo, tendo agido corretamente o Juízo *a quo* em relação à Duplicata nº 0000338000007, no valor de R$7.140,00 (sete mil cento e quarenta reais).

Quanto à duplicata 0000338000009, no valor de R$3.220,00 (três mil duzentos e vinte reais), entendo que referido título pode ser executado.

Isso porque foi juntado à f. 17 dos autos o instrumento de protesto do referido título, comprovando a existência da duplicata. Tendo em vista que referido título foi protestado, ele encontra-se retido no Cartório de Registro de Protestos da Comarca de Ipatinga até o seu pagamento, o que impossibilitou sua apresentação nos autos.

A duplicata é um título de crédito causal; e, como tal, deve estar atrelada a um negócio jurídico anterior que tenha dado causa à sua emissão. Assim, nos termos da Lei 5.474/68, não existindo fatura de compra e venda mercantil, ou de prestação de serviço, não poderá ela ser emitida.

No presente caso, em relação ao título cujo protesto foi realizado, entendo que a transação comercial subjacente se consubstancia nos documentos juntados aos autos.

O documento de protesto foi assinado por oficial cartorário, dotado de fé publica. Lado outro, o documento que comprova a entrega fica em poder do Tabelionato, não sendo fornecido à parte que apontou o titulo a protesto, motivo pelo qual não foi apresentado.

Mediante tais considerações, dou provimento parcial ao recurso, determinando a extinção do processo em relação à Duplicata 0000338000007, no valor de R$7.140,00 (sete mil cento e quarenta reais), e a execução da Duplicata 000033800009, no valor de R$3.220,00 (três mil duzentos e vinte reais).

Em face da sucumbência recíproca, as custas e os honorários advocatícios deverão ser suportados na proporção de 50% (cinquenta por cento) pelo apelante e 50% (cinquenta por cento) pelo apelado.

Os honorários poderão ser compensados.

DES. WANDERLEY PAIVA - De acordo com o Relator.

Súmula - DAR PROVIMENTO AO RECURSO PARA CASSAR A SENTENÇA, VENCIDO O REVISOR.

...

Imóvel - Construção - Prazo de entrega- Não observância - Entrega das chaves - Não ocorrência - Reajuste de valores - Impossibilidade - Boa-fé objetiva - Aplicação

Ementa: Processual civil. Agravo de instrumento. Imóvel. Construção. Prazo de entrega. Inobservância. Entrega das chaves. Inocorrência. Reajuste de valores. Impossibilidade. Boa-fé objetiva. Aplicação. Recurso desprovido.

- Não sendo observadas as cláusulas contratuais quanto ao prazo de entrega do imóvel e havendo previsão de considerável atraso da obra, não há que se falar em reajuste do valor da prestação, inicialmente previsto para a data em que seriam entregues as chaves do imóvel.

- O princípio da boa-fé objetiva deve nortear os contratos firmados, no sentido de preservar a honestidade e confiança entre os contratantes, que devem agir com probidade e lealdade nas relações jurídicas entre si estabelecidas.

AGRAVO DE INSTRUMENTO CÍVEL Nº 1.0024. 12.208592-1/001 - Comarca de Belo Horizonte - Agravante: Habitare Construtora Incorporadora Ltda. - Agravado: Claiton Souza Queiroz - Relator: DES. LEITE PRAÇA

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, à unanimidade, em NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 29 de novembro de 2012. - *Leite Praça* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. LEITE PRAÇA - Trata-se de agravo de instrumento interposto contra a decisão de f. 16/17-TJ, que deferiu a antecipação de tutela, para determinar à requerida que se abstenha de efetuar a cobrança das 84 parcelas, no importe de R$ 3.830,23 ou R$ 4.326,29 cada, até a entrega das chaves, mantendo as parcelas no valor atual de R$ 2.500,01, para que o saldo devedor seja atualizado na entrega das chaves, após a dedução dos valores integralizados pelo requerente, até decisão ulterior deste juízo, sob pena de multa diária de R$ 500,00, limitada a R$ 200.000,00, para a hipótese de descumprimento, o que se faz com supedâneo no § 3º do art. 273 do CPC.

Sustenta a agravante, em suma, que não há vinculação, no contrato, de pagamento de parcela do preço à entrega das chaves. Afirma que existe previsão de sanção em caso de atraso na entrega das chaves (prefixação de perdas e danos), de forma que reduzir o valor da parcela equivale à dupla punição ao agravante. Aduz que se trata de contrato a preço fechado, nos termos do art. 43 da Lei nº 4.591/64, e que a informação de que há previsão de atraso não o consolida na presente data, já que existe prazo de carência de 120 dias, podendo as chaves ser entregues até 30.01.2013. Contudo, foi informado aos clientes que será entregue em agosto de 2014, período em que o agravado fará jus à indenização mensal. Pede a atribuição de efeito suspensivo ao recurso e, ao final, que seja dado provimento ao recurso.

O recurso foi recebido às f. 100/106-TJ, sendo indeferido o pedido de suspensão da decisão agravada.

O agravado ofertou contraminuta às f. 111/118-TJ, refutando as alegações da agravante e pugnando pelo desprovimento do recurso.

O Magistrado *a quo* apresentou suas informações à f. 120-TJ, noticiando o cumprimento do art. 526 do Código de Processo Civil, bem como a manutenção da decisão agravada.

É o relatório.

Recebo o recurso, porque preenchidos os requisitos de sua admissibilidade.

Da análise dos autos, tenho que o recurso não merece prosperar.

Isso porque, conforme se denota dos autos, as partes firmaram contrato de construção e incorporação para compra, pelo agravado, do apartamento 902, bloco 03, e respectiva fração ideal de terreno, do Edifício Santa Clara, situado na Rua Maria Heilbuth Surette, nº 1.090, Bairro Buritis, estabelecendo as condições de pagamento, conforme se lê às f. 50/54-TJ.

Da leitura do quadro de resumo se extrai que a previsão de entrega da obra era para 30.07.2012, com prazo de carência de 120 dias (consignado no contrato), sendo o pagamento pactuado da seguinte forma:

A - entrada, no valor único de R$ 30.000,00, com vencimento em 30.09.2009;

B - 34 parcelas mensais de R$ 2.500,01, com início em 10.10.2009; e

C - 84 parcelas mensais de R$ 3.803,23, com início em 10.08.2012.

Ainda restou determinada a utilização do INPC para o reajuste dos valores (f. 54).

Ora, do que se depreende dos autos, o contrato de adesão firmado entre os demandantes previa a entrega da obra até 30.07.2012, com prazo de carência de 120 dias. Por outro lado, a alteração do valor das prestações seria a partir de agosto de 2012, o que presumivelmente levou o agravado a entender que o reajuste se daria tão somente após a entrega das chaves.

Além disso, corrobora tal presunção a possibilidade de financiamento do imóvel junto à instituição financeira que atue perante o SFH, o que demanda a entrega do bem, ou seja, o agravado só obteria crédito para financiar o apartamento com a entrega do mesmo.

A respeito do equilíbrio contratual, sua correlação com o dever de boa-fé objetiva e a possibilidade de revisão de obrigações em decorrência da violação de ambos, a doutrina leciona:

> [...] o principio da boa-fé associa-se a uma concepção material de correção da justiça do contrato e a uma concepção objetiva do princípio da equivalência entre a prestação e a contraprestação. [...].
> A ofensa à equivalência material poderá implicar invalidade, resolução, revisão contratual ou reparação de danos. Com efeito, na justa proporção entre as prestações, em todas as etapas do processo obrigacional, reside no sinalagma. A sua ausência propicia o rompimento da intangibilidade contratual (FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito dos contratos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 237).

> A aplicação da exceção é a maneira de assegurar que as obrigações recíprocas se mantenham coesas, a fim de que uma das partes só possa ser compelida a prestar seu compromisso caso a outra proceda de igual modo. Note-se que, enquanto o descumprimento for temporário, a *exceptio* servirá como forma de pressão, hábil a compelir o devedor a executar sua obrigação, preservando a unidade indivisível do contrato, vista de maneira complexa e global, além de servir de garantia contra as consequências de uma inexecução definitiva. Todavia, constatando-se a impossibilidade total de cumprimento, deverá o credor lesado pleitear a resolução contratual pelo inadimplemento, desvinculando-se da relação obrigacional (PELUSO, Cezar (Coord.). *Código Civil comentado*: doutrina e jurisprudência. 3. ed. Barueri, São Paulo: Manole, 2009, p. 511).

Para Cláudia Lima Marques, a boa-fé objetiva significa:

> [...] uma atuação 'refletida', uma atuação refletindo, pensando no outro, no parceiro contratual, respeitando-o, respeitando seus interesses legítimos, suas expectativas razoáveis, seus direitos, agindo com lealdade, sem abuso, sem obstrução, sem causar lesão ou desvantagem excessiva, cooperando para atingir o bom fim das obrigações: o cumprimento do objetivo contratual e a realização dos interesses das partes (MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*: o novo regime das relações contratuais. 4. ed. São Paulo: RT, 2002, p. 181-182).

Por sua vez, o professor César Fiúza ressalta que a boa-fé objetiva baseia-se na conduta correta e honesta dos contratantes, sob pena de se tornar inexequível o cumprimento do contrato, diante da impossibilidade econômica da prestação. Vejamos:

> A boa-fé objetiva baseia-se em fatos de ordem objetiva. Baseia-se na conduta das partes, que devem agir com correção e honestidade, correspondendo à confiança reciprocamente depositada. As partes devem ter motivos objetivos para confiar uma na outra [...].
> Em sua função interpretativa, o princípio manda que os contratos devam ser interpretados de acordo com seu sentido objetivo aparente, salvo quando o destinatário conheça a vontade real do declarante. Quando o próprio sentido objetivo suscite dúvidas, deve ser preferido o significado que a boa-fé aponte como o mais razoável.
> Segundo a função integrativa, percebe-se que o contrato contém deveres, poderes, direitos e faculdades primários e secundários. São eles integrados pelo princípio da boa-fé.
> Em sua função de controle, o princípio diz que o credor, no exercício de seu direito, não pode exceder os limites impostos pela boa-fé, sob pena de proceder ilicitamente.
> Em algumas hipóteses, o contrato pode ser extinto por violar o princípio da boa-fé.
> Exemplos seriam a frustração do fim contratual e a impossibilidade econômica da prestação (FIÚZA, César. *Código Civil* - curso completo. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 314).

E não é despiciendo trazer à colação decisão desta eg. 17ª Câmara, especificamente sobre o dever de observar a boa-fé objetiva nos contratos, *verbis*:

> Ementa: Processual civil. Agravo de instrumento. Ação de obrigação de fazer c/c pedido de indenização por danos morais. Justiça gratuita. Recolhimento de custas. Preclusão lógica. Benefício indeferido. Tutela antecipada. Emissão de relatório médico sobre paciente atendido pelo SUS. Cobrança de honorários médicos. Código de ética médica. Vedação. CDC. Aplicação. Art. 47. Interpretação mais favorável ao consumidor. Art. 422 do CCB. Observância. *Astreintes*. Redução. Não cabimento. Limite razóavel. Recurso não provido [...]. - O Código Civil brasileiro exige a observância da boa-fé objetiva do prestador e do receptor do serviço, que implica confiança criada e observância dos deveres anexos

do contrato, a exigir probidade, lealdade e cuidado não só na fase precedente e na fase de cumprimento do contrato, mas também na fase pós-contrato. [...] - Recurso conhecido e não provido. Pedido de justiça gratuita indeferido (Agravo de Instrumento Cível nº 1.0035.12.000684-2/001, Rel. Des.ª Márcia De Paoli Balbino, 17ª Câmara Cível, julgamento em 26.07.2012, publicação da súmula em 02.08.2012).

Retornando ao caso concreto, entendo que não se mostra razoável pretender que o agravado arque com o aumento no valor da prestação, quando a Construtora, ora agravante, informa que haverá atraso na entrega da obra, em prazo muito superior ao da carência prevista, qual seja mais 19 meses.

A propósito, já decidiu este eg. Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

> Agravo de instrumento. Ação revisional. Imóvel em construção. Atraso no encerramento das obras. Parcelas intermediárias. Época do pagamento. Incidência do INCC. - 1. Para se evitar desequilíbrio contratual em prejuízo a qualquer das partes, como medida de ponderação, justifica-se a adequação da cláusula contratual de forma a extirpar a data certa da entrega das chaves, substituindo-a pelo marco temporal indefinido da 'entrega das chaves', mantendo o restante da disposição contratual exatamente como restou acordado entre as partes. - 2. O Índice Nacional de Construção Civil representa a variação do valor referente aos materiais, mão de obra e insumos utilizados na construção, consiste em um meio de atualizar as prestações, admitido somente durante o período de construção do imóvel (Agravo de Instrumento Cível 1.0024.11.290075-8/001, Rel. Des. Wagner Wilson, 16ª Câmara Cível, julgamento em 12.04.2012, publicação da súmula em 20.04.2012).

> Ementa: Processual civil. Agravo de instrumento. Ação ordinária. Tutela antecipada. Compromisso de compra e venda. Atraso na entrega das chaves. Suspensão do pagamento das parcelas. Exceção do contrato não cumprido. Verossimilhança das alegações. Possibilidade de dano irreparável. Medida deferida. Recurso provido. - 1. Para o deferimento de antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional, a Lei exige necessariamente o requisito da verossimilhança da alegação fundada em prova inequívoca, além da presença de um dos pressupostos específicos: possibilidade de dano irreparável ou de difícil reparação, ou abuso de direito de defesa, ou manifesto propósito protelatório do réu. Simultaneamente, reclama a ausência do requisito negativo consistente no perigo de irreversibilidade do provimento antecipado. - 2. Nos contratos sinalagmáticos, como o instrumento particular de compromisso de compra e venda de unidade autônoma celebrado entre as partes, uma obrigação somente pode ser exigida após o cumprimento da contraprestação correspondente. - 3. Ainda que não haja no contrato firmado, cláusula de pagamento condicional à entrega das chaves, a conduta de suspender o pagamento das parcelas até o recebimento do imóvel está em conformidade com o disposto no art. 476 do Código Civil, uma vez que, enquanto persistir a mora da construtora na entrega das chaves, não pode a mesma exigir do promissário comprador o cumprimento de suas obrigações. Agravo de instrumento a que se dá provimento (Agravo de Instrumento Cível 1.0188.11.007500-2/001, Rel. Des. Sebastião Pereira de Souza, 16ª Câmara Cível, julgamento em 21.03.2012, publicação da súmula em 30.03.2012).

> Ação de indenização. Contrato particular de compra e venda de imóvel. Atraso injustificado na entrega. Restituição da integralidade dos valores. Juros moratórios. Termo inicial. Data da citação. - Tendo em vista que a ré deu causa à inexecução do contrato de compra e venda de imóvel, fazem jus os autores à restituição da integralidade das quantias desembolsadas, nos exatos termos consignados na sentença. Admitir entendimento contrário violaria não somente o princípio da boa-fé objetiva, mas também a lógica e o bom senso, pois a parte inocente não pode ser responsabilizada pelo inadimplemento do outro contratante. - Não se tratando de ato ilícito, o termo inicial dos juros moratórios é a data da citação, nos exatos termos do disposto no art. 219 do CPC e no art. 405 do CCB/2002 (Apelação Cível 1.0024.05.844959-6/001, Rel. Des. Lucas Pereira, 17ª Câmara Cível, julgamento em 21.05.2009, publicação da súmula em 02.06.2009).

Outrossim, restou clara a intenção do agravado de manter a negociação entabulada com o adimplemento da obrigação assumida, pretendendo, neste momento, não sejam as prestações corrigidas antes da entrega das chaves, em razão da oneração excessiva do contrato, que resultará na impossibilidade de seu cumprimento. Ressalto que o saldo devedor será corrigido posteriormente, de acordo com as cláusulas fixadas.

Pelas razões expostas, nego provimento ao recurso e mantenho incólume a decisão guerreada.

É o meu voto.

DES. EVANDRO LOPES DA COSTA TEIXEIRA - De acordo com o Relator.

DES. EDUARDO MARINÉ DA CUNHA - De acordo com o Relator.

Súmula - NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Usucapião de bem móvel - Conta bancária de titularidade do autor - Valores depositados - Importância bloqueada - Depositária - Gerente do banco - *Animus domini* - Não comprovação

Ementa: Civil. Ação de usucapião de bem móvel. Valores depositados em conta bancária de titularidade do autor. Importância bloqueada. Gerente do banco figurando como depositária daquela importância. Ausência de comprovação do *animus domini*. Recurso improvido.

- O titular de conta bancária em que são depositados pelo banco requerido valores com o fim de garantir o juízo de ação de cobrança contra este ajuizada, estando aquele ciente de sua condição, é mero detentor do bem, não tendo, portanto, o direito de usucapi-lo, porque não exerce efetivamente a posse.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.10.235241-6/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Carlos Antônio Alves da Costa - Apelado: Banco Itaú S.A. - Relator: DES. CORRÊA CAMARGO

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, à unanimidade, em NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 4 de dezembro de 2012. - *Corrêa Camargo* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. CORRÊA CAMARGO - Trata-se de recurso de apelação interposto por Carlos Antônio Alves da Costa, já que irresignado com a r. sentença de f. 85-88, que, nos autos da ação de usucapião por ele ajuizada em face de Banco Itaú S.A., julgou improcedente o pedido, na forma do art. 269, I, do CPC, condenando-o ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, arbitrados em R$ 1.000,00 (hum mil reais).

O apelante, em suas razões de recurso às f. 89-95, pleiteou a reforma da r. sentença, alegando que a hipótese dos autos autorizaria o reconhecimento de usucapião de bem móvel, consistente em determinada importância em dinheiro que se encontrava depositada em conta bancária de sua titularidade.

O banco apelado apresentou contrarrazões às f. 103-108, pugnando pelo improvimento do apelo.

É o relatório,

Passa-se à decisão:

O recurso é próprio e tempestivo, estando comprovado o preparo (f. 96).

Analisando detidamente os autos, verifica-se não assistir qualquer razão ao apelante, pois os argumentos trazidos no presente recurso não são aptos a desconstituir a r. sentença recorrida.

O recorrente pleiteou a reforma da sentença, alegando que a hipótese dos autos autorizaria o reconhecimento de usucapião de bem móvel, consistente em determinada importância em dinheiro depositada em conta bancária de sua titularidade.

Informa o autor, na inicial, que teria proposto em face do requerido uma ação de cobrança relativa a cálculo de correção monetária de valores depositados em uma conta-poupança de sua titularidade. Naqueles autos, teria sido depositada pelo requerido, na conta-corrente do requerente, a importância de R$ 182.918,64 (cento e oitenta e dois mil, novecentos e dezoito reais e sessenta e quatro centavos), para fins de garantir o juízo da ação de cobrança.

Em 08.04.2005, nos autos da referida ação, o autor procedeu ao levantamento do valor incontroverso dentre aquele montante antes depositado, qual seja a quantia de R$ 147.500,67 (cento e quarenta e sete mil, quinhentos reais e sessenta e sete centavos).

Em 06.09.2005, foi declarada extinta a referida execução, uma vez que o devedor satisfez a sua obrigação, conforme acordo firmado entre as partes (f. 09-10 e 15-16), que consistiu no pagamento de uma importância residual de R$ 11.662,84 (onze mil, seiscentos e sessenta e dois reais e oitenta e quatro centavos).

Ocorre que, inadvertidamente, tal valor fora depositado em conta em favor do requerente, ao invés de ser descontado do saldo remanescente de R$ 35.417,97 (trinta e cinco mil, quatrocentos e dezessete reais e noventa e sete centavos), que ficou na conta de sua titularidade, montante este que, sendo mensalmente corrigido, já alcançava, à época da propositura da ação, a importância de R$ 52.423,21 (cinquenta e dois mil, quatrocentos e vinte e três reais e vinte e um centavos).

Alegando que o banco requerido estaria a confirmar o direito do autor sobre aquela importância, uma vez que a faz constar de seu informe de rendimentos para fins de Declaração de Imposto de Renda, é que ajuizou o autor a presente ação de usucapião com fundamento nos arts. 1.260 a 1.262 do Código Civil Brasileiro.

O requerido, por sua vez, devidamente citado, apresentou contestação às f. 41-50, alegando que, ao contrário do alegado, "o autor jamais exerceu a posse com *animus domini*, pois atuou desde o princípio como detentor de tal quantia" (f. 44).

Na decisão de primeira instância, o Magistrado julgou improcedente o pedido, ao fundamento de que o autor não comprovara a existência de um dos elementos necessários à configuração da usucapião, qual seja o *animus domini*, uma vez que a prova documental demonstrava que "o numerário financeiro que se pretende usucapir se encontra nas mãos do réu, verdadeiro possuidor e proprietário, e não do autor como se pretende afirmar" (f. 87).

Compulsando os autos, tenho como acertada a decisão de primeira instância. Estabelecem os arts. 1.260 e 1.261 do Código Civil que:

> Art. 1.260. Aquele que possuir coisa móvel como sua, contínua e incontestadamente durante três anos, com justo título e boa-fé, adquirir-lhe-á a propriedade.

> Art. 1.261. Se a posse da coisa móvel se prolongar por cinco anos, produzirá usucapião, independentemente de título ou boa-fé.

Do exposto, tem-se que, para a procedência da usucapião, a posse deve ser exercida com *animus domini*, mansa, pacifica, contínua e publicamente.

In casu, o autor não provou a existência de um dos elementos necessários à configuração da usucapião: o *animus domini*.

Ora, na própria exordial, o autor admite a todo o tempo não ser seu o saldo remanescente em sua conta

bancária, no importe de R$ 35.417,97 (trinta e cinco mil, quatrocentos e dezessete reais e noventa e sete centavos), montante que, sendo mensalmente corrigido, alcançava à época da propositura da ação a importância de R$ 52.423,21 (cinquenta e dois mil, quatrocentos e vinte e três reais e vinte e um centavos).

Reconheceu, ainda, que tentara realizar saques daquele valor, mas fora impedido por funcionários prepostos do banco requerido, que teriam afirmado a necessidade de autorização judicial para tanto.

A certidão de f. 09-10 também deixa claro que, nos autos da ação de cobrança ajuizada pelo autor em face do requerido, este depositara na conta-corrente do requerente a importância de R$ 182.918,64 (cento e oitenta e dois mil, novecentos e dezoito reais e sessenta e quatro centavos) para fins de garantir o juízo da ação de cobrança, naquela oportunidade figurando a gerente Luzia Benedita Lemos França como depositária daquela quantia.

Tal fato é incontroverso, tanto é que o próprio apelante afirma nas razões recursais que "a figura do depositário fiel coube à gerente do Banco" (f. 94).

Sendo assim, não resta dúvida de que o apelante sempre esteve ciente, de forma inequívoca, de que os valores depositados em sua conta bancária seriam de propriedade do apelado. Deve-se ressaltar que ele próprio admite que fora impedido de sacar parte daquele valor, o que deixa claro que não lhe fora permitido usufruir daqueles valores como se seu possuidor fosse, ou seja, não passava de mero detentor.

Diante do exposto, não há como reconhecer o alegado direito do apelante no sentido de adquirir os valores constantes da inicial, pela via da usucapião, já que não comprovado um dos requisitos exigidos para a sua configuração, qual seja o exercício da posse com ânimo de dono, mansa e pacificamente.

Mediante tais considerações, nego provimento ao recurso, confirmando a r. sentença de f. 85-88, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Custas, pelo apelante, já pagas.

É como voto.

DES. GUILHERME LUCIANO BAETA NUNES - De acordo com o Relator.

DES. MOTA E SILVA - De acordo com o Relator.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Ação anulatória de débito fiscal - Empresa que tem por objeto social a fabricação de artefatos de papelão e cartolina - Divergência sobre a incidência de imposto - ICMS/ISSQN - Antecipação dos efeitos da tutela - Requisitos demonstrados - Deferimento

Ementa: Agravo de instrumento. Ação anulatória de débito fiscal. Empresa que tem por objeto social a fabricação de artefatos de papelão e cartolina. Divergência sobre a incidência de imposto. ICMS/ISSQN. Antecipação dos efeitos da tutela. Requisitos demonstrados. Decisão mantida.

- É de manter a decisão que deferiu a tutela antecipada na ação anulatória que pretendeu a suspensão da exigibilidade de crédito tributário, existindo controvérsia fundada a respeito da incidência do ISSQN em relação à empresa que tem por objeto social a fabricação de artefatos de papelão e cartolina, demonstrando a parte autora a veracidade do direito alegado, formando um juízo máximo e seguro de probabilidade à aceitação do requerimento, na forma do art. 273 do Estatuto Processual, e o fundado receio de dano irreparável e de difícil reparação.

AGRAVO DE INSTRUMENTO CÍVEL Nº 1.0024. 12.244691-7/001 - Comarca de Belo Horizonte - Agravante: Município de Belo Horizonte - Agravado: Cartonagem Triângulo Ltda. - 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, em NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 6 de dezembro de 2012. - *Teresa Cristina da Cunha Peixoto* - Relatora.

Notas taquigráficas

DES.ª TERESA CRISTINA DA CUNHA PEIXOTO - Conheço do recurso, reunidos os pressupostos de sua admissibilidade.

Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo Município de Belo Horizonte contra a decisão de primeiro grau de f. 24/26-TJ que, nos autos da "ação anulatória de débito fiscal com pedido de antecipação dos efeitos da tutela" que lhe move Cartonagem Triângulo Ltda., deferiu a medida liminar "para suspender a exigibilidade do crédito tributário de ISSQN, sob o entendimento de que não incide esse tributo em razão da industrialização de embalagens personalizadas, determinando que se expeça certidão positiva com efeito negativo até o trânsito em julgado e que se abstenha da prática de qualquer ato de satisfação do crédito tributário".

Asseverou o recorrente, em síntese, a ausência de receio de dano e da verossimilhança das alegações da autora, pelo fato de que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI 4389/DF, concedeu medida cautelar com efeitos *ex nunc*, bem como pelo fato de que os serviços prestados pela empresa estão previstos na lista de serviços anexa à LC 116/2003 e DL 406/68, aduzindo ser irrelevante que a atividade principal seja o fornecimento de embalagens.

Requereu o provimento do recurso "para que seja cassada a tutela antecipada", com o deferimento de efeito suspensivo.

Às f. 190/192, foi indeferido o pedido de efeito suspensivo.

Contraminuta apresentada às f. 197/205.

Informações à f. 208.

Revelam os autos que Cartonagem Triângulo Ltda. ajuizou "ação anulatória de débito fiscal com pedido de antecipação dos efeitos da tutela" contra o Município de Belo Horizonte (f. 25/42), afirmando que "fabrica e comercializa produtos em papel, cartolina, papelão e afins, especialmente destinados à embalagem de outros produtos", encontrando-se inscrita "como contribuinte do imposto relativo à operação de circulação de mercadorias (ICMS)" (f. 30), mas que foi autuada por deixar de recolher o ISSQN, entendendo não se enquadrar no item 13.05 da lista de serviços contida na Lei Complementar nº 116/2003, requerendo "seja deferida a antecipação dos efeitos da tutela, *inaudita altera parte*, suspendendo-se a exigibilidade do crédito tributário objeto do Processo Tributário Administrativo nº 01.017239.06.96" (f. 40).

O Magistrado de primeiro grau deferiu a pretensão da autora (f. 24/26), ao fundamento de que "a situação destes autos é diversa daquela prevista na Súmula 156 do STJ, porque, no caso dos autos, a atividade-fim é a confecção das embalagens, de modo que a personalização das embalagens constitui atividade-meio para a consecução da finalidade, que é a industrialização da mercadoria comercializada, sujeita a ICMS", o que ensejou a presente irresignação.

O objeto de análise do presente recurso deve-se ater à ocorrência dos requisitos necessários para a concessão da tutela antecipada.

Nesse mister, impende salientar que o art. 273, I e II, do Código de Processo Civil determina que

> Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e:
> I - haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou
> II - fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório.

Preleciona Ernane Fidélis dos Santos sobre o assunto:

> As condições gerais da antecipação, na lei brasileira, são a existência de prova inequívoca e convencimento do juiz da verossimilhança da alegação, isto é, da procedência do que se pede. Quanto ao aspecto lógico, parece haver contradição porque, se verossimilhança não é o que é verdadeiro, mas o que parece ser verdadeiro (vero = verdade, similhança = semelhante, parecido), não há como considerar-se em tal consequência a infecciosidade da prova. [...] verossimilhança é conceito puramente objetivo, servindo apenas para indicar o que, em dado momento, é apenas parecido com a verdade, na impossibilidade de ser considerada definitiva.
> Neste caso, se existem motivos maiores para se crer e motivos para não se crer, o fato será simplesmente possível; se os motivos para se crer são maiores, o fato já será provável; se todos os motivos são para se crer, sem nenhum para não se crer, o fato será de probabilidade máxima. Verossimilhança, pois, e prova inequívoca são conceitos que se completam exatamente para informar que a antecipação da tutela só pode ocorrer na hipótese de juízo de máxima probabilidade, a certeza, ainda que provisória, revelada por fundamentação fática, onde presentes estão apenas motivos positivos de crença (*Novos perfis do processo civil brasileiro*, p. 30).

Nesse sentido têm sido as decisões dos tribunais pátrios, como a apontada a seguir:

> Segundo estipula o inciso I do art. 273 do Código de Processo Civil, a tutela antecipada, além da existência da prova inequívoca, que, evidentemente, deve ser prova escrita, só pode ser concedida se houver fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação (Agravo de Instrumento nº 465.442, TASP, Rel. Juiz Pereira Calças, 5ª Câmara Cível, *Jurisprudência Informatizada Saraiva*, CDROM nº 08).

Há de se considerar que a segurança do ordenamento jurídico exige, de modo inafastável, o respeito às condições que foram erigidas pela legislação processual civil como requisitos básicos à concessão da tutela antecipada, sendo tal procedimento *conditio sine qua non* para a eficácia do instrumento processual em tese.

Em relação à segurança da outorga dessa medida, esclarece Carreira Alvim que deverá haver,

> de um lado, postulações responsáveis, e, de outro, o exercício de uma jurisdição igualmente responsável. Sim, porque as modernas conquistas processuais, ante a ausência de informações sobre a fisionomia dos novos institutos, são muitas vezes deturpadas, na prática, pela sua má utilização pelos advogados das partes, quando não permanecem no papel, por não encontrarem juízes dispostos a aplicá-los (*A antecipação de tutela na reforma processual*, p. 22-23).

Conclusão óbvia a de que, para o deferimento do pedido de antecipação de tutela, é mister que estejam presentes elementos probatórios que evidenciem a veracidade do direito alegado, formando um juízo máximo e seguro de probabilidade à aceitação da proposição aviada, além do fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, sendo que, *in casu*, se está a discutir se acertado o *decisum* monocrático que deferiu a antecipatória requerida pela agravada nos autos da ação anulatória.

Extrai-se dos autos que a empresa autora tem por objeto social "o ramo de indústria de artefatos de papelão e cartolina" (f. 44), apresentando como atividade econômica principal, consoante inscrição perante a Receita Federal, "fabricação de produtos de pastas celulósicas de papel, cartolina, papel-cartão e papelão ondulado não especificados anteriormente" (f. 49), tendo a Prefeitura Municipal apurado o recolhimento do imposto inadequado (f. 52), por considerar a contribuinte sujeita ao ISSQN, e não ao ICMS.

Isso posto, foi lavrado auto de infração, intimando a contribuinte a recolher a importância de R$ 338.946,31 (trezentos e trinta e oito mil novecentos e quarenta e seis reais e trinta e um centavos), por dívida de ISSQN no período de janeiro de 2000 a dezembro de 2004 (f. 69/70), com posterior emissão de guia de recolhimento, no montante atualizado de R$ 575.240,29 (quinhentos e setenta e cinco mil duzentos e quarenta reais e vinte e nove centavos) (f. 82), constando, a propósito, da decisão proferida pela Junta de Recursos Fiscais da Secretaria Municipal Adjunta de Arrecadações que (f. 58/65):

> [...] apesar de o recorrente insistir que sua atividade se enquadra como etapa da industrialização, passível de aplicação do ICMS, e que a destinação do serviço não é para consumidor final, a legislação municipal aponta um caminho diferente.
> [...] Por conseguinte, na saída de mercadorias com prestação de serviços, nos casos que a lei não faz a ressalva da incidência do ICMS, tem-se configurada a hipótese de incidência do ISSQN, cuja base de cálculo é o valor da operação, e inclui, portanto, o valor das mercadorias. A lei complementar, com fundamento no art. 146, inciso I, da Constituição da República, buscando evitar conflito de competência entre Municípios e Estados, determina a incidência do imposto municipal, afastando o estadual. Por conseguinte, tanto a legislação municipal quanto a estadual delimitam claramente a competência tributária de ambos os entes públicos, determinando a incidência do ISSQN sobre a confecção de produtos para os usuários finais e a incidência do ICMS sobre a confecção de produtos como etapa do processo de sua industrialização e/ou comercialização.

No caso, trata-se então de prestação de serviço especificado em Lista de Serviços do Decreto-lei nº 406/68 e da Lei Complementar nº 116/03, das Leis Municipais nº 5.641/89 e 8.275/03, portanto compreendido na competência tributária do Município, ainda que envolva fornecimento de mercadoria, de forma que só cabe a incidência do ISS (f. 62/63).

Não obstante, consoante informação da agravada,

> é contratada por empresas comerciais e industriais para fornecer embalagens, como parte integrante do processo produtivo das mercadorias, que serão depois distribuídas no mercado. Na maior parte das embalagens fornecidas, a pedido do cliente, a agravada personaliza os produtos com a inserção de logomarca, cores e demais caracteres e informações solicitados; contudo, isso não modifica a natureza do contrato, tampouco desnatura a atividade exercida pela empresa. A inserção de logomarca e outros dados solicitados não descaracteriza a obrigação de dar, representada pela fabricação e comercialização das embalagens. O cliente da autora não contrata serviços gráficos, mas sim o fornecimento de embalagens (f. 200).

Feitas essas considerações, ainda que a matéria em debate seja bastante controvertida, verifico a verossimilhança das alegações da autora, pelo próprio objeto desenvolvido e consolidado em contrato social, denotando que a empresa é contribuinte do imposto relativo à circulação de mercadorias e serviços (ICMS), de competência estadual, e não do imposto sobre serviços de qualquer natureza (ISSQN), de competência municipal, tendo decidido o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI 4389 MC/DF, em 13.04.2011, que:

> Ementa: Constitucional. Tributário. Conflito entre imposto sobre serviços de qualquer natureza e imposto sobre operação de circulação de mercadorias e de serviços de comunicação e de transporte intermunicipal e interestadual. Produção de embalagens sob encomenda para posterior industrialização (serviços gráficos). Ação direta de inconstitucionalidade ajuizada para dar interpretação conforme a do art. 1º, *caput* e § 2º, da Lei Complementar 116/2003 e o subitem 13.05 da Lista de Serviços anexa. Fixação da incidência do ICMS e não do ISS. Medida cautelar deferida. - Até o julgamento final e com eficácia apenas para o futuro (*ex nunc*), concede-se medida cautelar para interpretar o art. 1º, *caput* e § 2º, da Lei Complementar 116/2003 e o subitem 13.05 da lista de serviços anexa, para reconhecer que o ISS não incide sobre operações de industrialização por encomenda de embalagens, destinadas à integração ou utilização direta em processo subsequente de industrialização ou de circulação de mercadoria. Presentes os requisitos constitucionais e legais, incidirá o ICMS (ADI 4389 MC, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, j. em 13.04.2011, Processo Eletrônico *DJe*-098, div. em 24.05.2011, pub. em 25.05.2011, *RDDT* nº 191, 2011, p. 196-206; *RT* v. 100, nº 912, 2011, p. 488-505).

Não se olvida que a medida cautelar foi concedida com efeitos *ex nunc;* todavia, entendo, neste juízo perfunctório, que se mostra verossímil a assertiva da empresa de não se enquadrar no item 13.05 previsto na lista anexa à Lei Complementar nº 116/2003, que faz menção aos serviços de composição gráfica, fotocomposição, clicheria, zincografia, litografia e fotolitografia, na esteira do item 77 da lista anexa ao Decreto-lei nº 406/68, devendo ser mantida, portanto, a decisão que deferiu a antecipação da tutela, decorrendo o fundado receio de dano da inviabilidade de renovação de certidão de regularidade fiscal, prejudicando o regular funcionamento da empresa, além do ajuizamento de execução fiscal informado em contraminuta (f. 203).

Logo, existindo controvérsia fundada a respeito da incidência do ISSQN e da incidência da Súmula nº 156 do STJ, segundo a qual "a prestação de serviço de composição gráfica, personalizada e sob encomenda, ainda que envolva fornecimento de mercadorias, está sujeita, apenas, ao ISS", havendo entendimentos respeitáveis que privilegiam o serviço prestado de forma predo-

minante, enfatizando a atividade-fim, em detrimento da atividade-meio, revela-se prudente a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, a expedição de certidão positiva com efeito negativo e a abstenção da prática, pelo agravante, de atos de satisfação do crédito tributário, como determinou o Julgador.

Dessarte, demonstrando a agravada o cumprimento de ambos os requisitos exigidos pelo art. 273 do CPC, o desprovimento do recurso é medida de rigor, tendo decidido esta Corte de Justiça, nos autos de outra ação anulatória de débito fiscal questionando a incidência do ISSQN:

> Ementa: Agravo de instrumento. Ação anulatória de débito fiscal. Tutela antecipada. Verossimilhança. Perigo de dano incerto e de difícil reparação. Requisitos do art. 273 do CPC. Presença. - Conforme dispõe o art. 273 do CPC, para a concessão de tutela antecipada, necessária é a existência de prova inequívoca para o convencimento da verossimilhança da alegação e que haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, ou fique caracterizado o abuso do direito de defesa ou a manifesta intenção de protelar (Agravo de Instrumento Cível nº 1.0596.08.051597-3/001 - Comarca de Santa Rita do Sapucaí - Agravante: Município de Santa Rita Sapucaí - Agravada: Eletronicpell Ind. Com. Embalagens Circuitos Gerenciamentos Resíduos Ind. Ltda. - Rel. Des. Eduardo Andrade).

Com essas considerações, nego provimento ao recurso, mantendo a decisão agravada.

Custas recursais, pelo agravante, isento na forma da lei.

Votaram de acordo com a Relatora os DESEMBARGADORES ELPÍDIO DONIZETTI e BITENCOURT MARCONDES.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Execução por quantia certa - Frutos civis de imóveis - Penhora - Esposa - Defesa da meação - Dívida contraída pelo marido - Proveito econômico do grupo familiar - Presunção *juris tantum* não elidida

Ementa: Agravo de instrumento. Execução por quantia certa. Penhora de frutos civis de imóveis. Esposa. Defesa da meação. Dívida contraída pelo marido. Proveito econômico do grupo familiar. Presunção *juris tantum* não elidida. Recurso desprovido.

- O STJ entende, numa interpretação teleológica e valorativa, que faz jus aos benefícios da Lei 8.009/90 o devedor que, mesmo não residindo no único imóvel que lhe pertence, utiliza o valor obtido com a locação desse bem como complemento da renda familiar, considerando que o objetivo da norma é o de garantir a moradia familiar ou a subsistência da família.

- No caso dos autos, entendo que não merece guarida a pretensão dos agravantes, porque os frutos civis que eles sustentam ser impenhoráveis não provêm de um único imóvel, mas, sim, de todos os imóveis de sua propriedade.

- Os bens adquiridos por um dos consortes, casado pelo regime da comunhão universal, integram o patrimônio da sociedade conjugal.

- Em se tratando de dívida contraída através de aval à sociedade da qual o marido é sócio, presume-se que tenha sido em benefício da sociedade e, por via de consequência, da família, cabendo à esposa provar o contrário.

Recurso desprovido.

AGRAVO DE INSTRUMENTO CÍVEL Nº 1.0223.09.276832-2/003 - Comarca de Divinópolis - Agravantes: Maria Lopes Cançado Campos, Deusdete Fernandes Campos e outro - Agravadas: Marla Roane Fraga de Aragão, Massa Falida Adimóveis Locadora Ltda. - Relator: DES. EDUARDO MARINÉ DA CUNHA

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 17ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, à unanimidade, em negar provimento ao recurso.

Belo Horizonte, 29 de novembro de 2012. - *Eduardo Mariné da Cunha* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. EDUARDO MARINÉ DA CUNHA - Trata-se de agravo de instrumento interposto por Deusdete Fernandes Campos e Maria Lopes Cançado Campos, contra a decisão de f. 85-TJ prolatada nos autos da ação de execução por quantia certa, ajuizada pela primeira agravada, em que o MM. Juiz *a quo* determinou a penhora de 50% dos frutos locatícios passados e futuros dos imóveis de propriedade dos agravantes, que se tornaram indisponíveis por decisão proferida nos autos do Processo nº 0223.09.292289-5 (pedido de decretação de falência da segunda agravada).

Os agravantes relatam ter sido ajuizada, pela primeira agravada, ação de execução por quantia certa, visando ao recebimento de nota promissória emitida pela sociedade falida Adimóveis Locadora Ltda., segunda agravada, avalizada pelo primeiro agravante. Em face da decretação da falência da segunda agravada, a execução foi suspensa, ingressando no feito a massa falida, representada por seu administrador judicial. A primeira agravada requereu o prosseguimento da execução relativamente ao primeiro agravante e a penhora dos frutos locatícios dos

imóveis do primeiro agravante, em copropriedade com a segunda agravante. Os bens da massa falida tornaram-se indisponíveis, sendo certo que apenas foram liberados os frutos civis (aluguéis) que se encontravam depositados em juízo. Dizem ter sido reconhecido o direito à meação da segunda agravante, por ocasião do julgamento do Agravo de Instrumento nº 0940437.07.2012.8.13.0000. Afirmam que a dívida que originou a constrição judicial, atingindo a meação da segunda agravante, foi contraída exclusivamente pelo primeiro agravante, na qualidade de avalista da segunda agravada.

Sustentam ser impenhoráveis os frutos civis, nos termos do art. 649, IV, do CPC, uma vez que são a única fonte de sustento da família, ainda mais considerando a indisponibilidade de seus bens em razão de decisão judicial. Entendem que deve ser reconhecido o direito à meação da segunda agravante, de forma que, do valor total relativo aos frutos civis, deve ser liberada a quota-parte referente à meação.

Pugnam pela concessão da tutela recursal e, quando do julgamento, o provimento do agravo, para reformar a decisão que determinou a penhora dos aluguéis de imóveis de propriedade dos agravantes, determinando-se a imediata expedição de alvará para levantamento dos valores. Ou, sucessivamente, seja reconhecido o direito à meação da segunda agravante, determinando-se a imediata liberação da metade dos valores eventualmente depositados em juízo.

O recurso foi recebido apenas no efeito devolutivo (f.180-183-TJ).

Pedido de reconsideração às f.188-190-TJ, deferido para antecipar a tutela recursal e determinar a expedição de alvará para levantamento, em favor da segunda agravante, de 25% do valor depositado judicialmente, referentes aos frutos civis dos imóveis de propriedade do primeiro agravante.

Oficiado ao MM. Juiz *a quo*, este manteve a decisão hostilizada (f.1.993-TJ).

Conheço do recurso, já que presentes dos pressupostos de sua admissibilidade.

Cinge-se o recurso à análise da decisão primeva, em que o MM.Juiz *a quo* determinou a penhora de 50% dos frutos locatícios passados e futuros dos imóveis de propriedade dos agravantes, que se tornaram indisponíveis por decisão proferida nos autos do Processo nº 0223.09.292289-5 (pedido de decretação de falência da segunda agravada).

A alegação de que os aluguéis constituem o único bem de que os agravantes dispõem, configurando-se, assim, impenhoráveis, nos termos do art. 649, IV, do CPC, não colhe, porque, como veremos adiante, o objetivo da Lei 8.009/90 é preservar o bem em que a família reside ou os frutos civis desse bem de família, não de todos os imóveis do devedor.

A Lei 8.009/90, que dispõe sobre impenhorabilidade de imóvel residencial próprio do casal ou de entidade familiar, veda que tal bem responda por dívida civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de qualquer natureza, contraída pelos cônjuges, pais ou filhos que sejam seus proprietários e nele residam.

O STJ, numa interpretação teleológica e valorativa, tem entendido que faz jus aos benefícios da Lei 8.009/90 o devedor que, mesmo não residindo no único imóvel que lhe pertence, utiliza o valor obtido com a locação desse bem como complemento da renda familiar, considerando que o objetivo da norma é o de garantir a moradia familiar ou a subsistência da família.

No presente caso, entendo que não merece guarida a pretensão dos agravantes, porque os frutos civis que eles sustentam ser impenhoráveis não provêm de um único imóvel, mas, sim, de todos os imóveis de sua propriedade.

Relativamente ao reconhecimento do direito à meação da segunda agravada, conforme se vê à f. 61-TJ, as agravadas requereram a penhora da quota-parte dos frutos pertencentes ao primeiro agravante (50%), pois a outra metade pertence a Maria de Lourdes Amorim.

Ora, se cabe ao primeiro agravante 50% dos frutos civis, por óbvio que, em respeito ao direito de meação da segunda agravante, porque casados sob o regime de comunhão universal (f.98,TJ), a penhora só poderá recair sobre a quota-parte pertencente ao primeiro agravado.

Nesse sentido, já decidiu este Tribunal:

> Embargos de terceiro - Casamento realizado sob o regime da comunhão universal de bens - Penhora sobre valor depositado em conta-poupança da esposa - Quantia oriunda da venda de bem que integrava o patrimônio da sociedade conjugal - Reserva da meação. - Os bens adquiridos por qualquer dos cônjuges casados sob o regime da comunhão universal integram o patrimônio da sociedade conjugal, de modo que com a venda de um dos imóveis que integra este monte cada metade do valor arrecadado pertence a um dos cônjuges. - A penhora decorrente de dívida contraída por um dos cônjuges, e que não foi contraída em favor da família, só pode recair sobre a cota-parte pertencente ao devedor, não podendo abranger a metade pertencente ao outro. (Apelação Cível 1.0024.07.691069-4/005, Rel. Des. Pedro Bernardes, 9ª Câmara Cível, julgamento em 27.09.2011, publicação da súmula em 17.10.2011.)

Foi ajuizada por Marla Roane Fraga de Aragão ação de execução de título extrajudicial contra Adimóveis Locadora Ltda, da qual o primeiro agravante era sócio, figurando como avalista da nota promissória de f. 38-TJ, emitida pela sociedade empresária.

Assim, como os agravantes são casados sob o regime de comunhão universal de bens, para que seja deferida a exclusão da meação da segunda agravante não basta a alegação de não haver participado do negócio gerador do débito ou de não ter a ele anuído. Compete-lhe provar que a dívida contraída não se reverteu em proveito da sociedade, de onde o marido retira o numerário para o seu sustento e de sua família, tendo a esposa a seu cargo o *onus probandi* do fato constitutivo de seu direito (art. 333, I, CPC). Ela se desincumbirá de

tal ônus mediante produção de provas idôneas, hábeis, relevantes e legítimas, que tragam elementos de convencimento robustos e concludentes, no sentido de que o aval prestado pelo marido à dívida contraída pela sociedade da qual é sócio não trouxe proveito a esta e, por via de consequência, à sua família, dada a presunção *juris tantum* do proveito econômico, já que retira da sociedade o numerário para a própria mantença e de sua família.

Em minuciosa análise dos autos, conclui-se que não foi feita qualquer prova, no sentido de que a dívida que ora se executa não se tenha revertido em benefício da esposa (segunda agravante) e de sua família. Ao contrário, foi contraída pela sociedade devedora da qual o primeiro agravante era sócio e retirava o numerário para o seu sustento e de sua família.

É entendimento pacífico no STJ que o aval prestado por sócio da empresa devedora obriga o cônjuge deste sócio, salvo se este cônjuge fizer prova de que não beneficiou a família. Isso porque a dívida contraída por um dos cônjuges, por presunção *juris tantum*, se faz sempre em proveito do casal, cabendo ao outro cônjuge o ônus de demonstrar não ter ela se revertido em benefício da família. E, na hipótese dos autos, a segunda agravante não se desincumbiu de tal ônus, pelo que não pode ser preservada a sua meação.

Nesse sentido são os julgados do STJ:

> Processual civil. Agravo regimental. Aval prestado pelo cônjuge. Meação da esposa. Ausência. Comprovação. Benefício da família. Revisão. Súmula nº 7/STJ. Súmula 83/STJ. 1. - O acórdão recorrido assentou expressamente que nenhuma prova de que a dívida não trouxe benefícios à família foi produzida. Neste contexto, é inviável o conhecimento de recurso especial quando a análise da controvérsia demanda o reexame de elementos fático-probatórios, a teor da Súmula nº 7 do Superior Tribunal de Justiça. 2. - 'Se o aval foi prestado pelo marido em garantia de dívida da sociedade de que faz parte, cabe à mulher que opõe embargos de terceiro o ônus da prova de que disso não resultou benefício para a família.' (REsp 148719/SP, Rel. Ministro Ari Pargendler, Terceira Turma, julgado em 27.03.2001, *DJ* de 30.04.2001, p. 130.) 3. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no Ag 702.569/RS, Rel. Ministro Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS), Terceira Turma, julgado em 25.08.2009, *DJe* de 09.09.2009.)
>
> Agravo regimental no agravo de instrumento. Negativa de prestação jurisdicional. Não ocorrência. Embargos de terceiro. Aval. Marido sócio da empresa. Presunção de benefício da família. Prova em contrário. Ônus da embargante. Recurso improvido. (AgRg no Ag 1082106/MG, Rel. Ministro Massami Uyeda, Terceira Turma, julgado em 04.06.2009, *DJe* de 17.06.2009.)
>
> Embargos de terceiro. Aval. Meação. Jurisprudência da Corte. - 1. Está assentado na jurisprudência da Corte que a mulher do avalista deve provar que a dívida não foi contraída em benefício da família, sendo o marido sócio da empresa beneficiada, não quando tal circunstância está ausente, porque se presume o prejuízo, caso dos autos, considerando que o acórdão recorrido não a identificou. 2. Recurso especial não conhecido. (REsp 525.527/RS, Rel. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Terceira Turma, julgado em 16.12.2003, *DJ* de 22.03.2004, p. 297.)
>
> Processual civil. Execução. Aval dado pelo marido a empresa da qual é sócio. Penhora de bens. Meação da esposa. Presunção de empréstimo que beneficiou a família. Terceira embargante e meeira que é sócia da mesma pessoa jurídica. Incidência da constrição sobre a totalidade dos bens. Ônus da prova pertencente à esposa. I. - Orientou-se a jurisprudência das Turmas integrantes da 2ª Seção do STJ no sentido de que, em se tratando de aval prestado pelo marido em favor de empresa da qual é sócio, é de se presumir que o empréstimo que deu origem à dívida cobrada veio em benefício da família, daí cabendo à esposa meeira o ônus da prova. II. Caso, ademais, em que a própria esposa do avalista é, igualmente, sócia da mesma empresa, a evidenciar o seu direto beneficiamento. III. Recurso especial conhecido e provido, para incidir a penhora sobre a totalidade dos bens, sem a ressalva da meação. (REsp 231.029/SP, Rel. Ministro Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, julgado em 05.11.2002, *DJ* de 17.02.2003, p. 281.)

Não é outro o entendimento deste Tribunal:

> Direito processual civil. Apelação. Nulidade da sentença. Falta de fundamentação. Inocorrência. Embargos de terceiro. Dívida contraída por sociedade empresária. Aval prestado pelo marido sem anuência da mulher. Prova de que o débito foi contraído em benefício da família. Inexistência. Ônus do exequente. Penhora de imóveis. Meação do cônjuge alheio à execução. Incidência sobre o produto da alienação. Recurso parcialmente provido. - É da mulher do avalista o ônus de provar que a dívida não foi contraída em benefício da família, apenas na hipótese em que o seu marido for sócio da empresa beneficiada pela operação bancária, sendo que, nos demais casos, cabe ao exequente, para manter a constrição sobre a meação da mulher alheia à execução, demonstrar que a família foi beneficiada. - Nos termos do art. 655-B do Código de Processo Civil, tratando-se de penhora em bem indivisível, a meação do cônjuge alheio à execução recairá sobre o produto da alienação do bem. (Apelação Cível 1.0024.09.692424-6/001, Rel. Des. Moreira Diniz, 4ª Câmara Cível, julgamento em 18.10.2012, publicação da súmula em 23.10.2012.)
>
> Ementa: Apelação cível. Embargos de terceiro. Meação de cônjuge. Propriedade rural. Aquisição de produtos agrícolas. Presunção de aproveitamento pela família. Ônus da prova em contrário da embargante. Especificação de provas não apreciada. Julgamento antecipado. Cerceamento de defesa. Cassação da sentença de ofício. - Em se tratando de dívida destinada a financiar atividade agrícola do marido, ainda que avalista, presume-se que tal aquisição tenha sido em benefício da família, cabendo à esposa provar o contrário. [...] . (Apelação Cível 1.0433.09.304362-1/001, Rel. Des. Luciano Pinto, 17ª Câmara Cível, julgamento em 02.02.2012, publicação da súmula em 10.02.2012.)

Pelo exposto, revogo a antecipação de tutela deferida por ocasião do recebimento do agravo de instrumento e nego provimento ao recurso.

Custas recursais, pelos agravantes, suspensa a exigibilidade quanto aos primeiros, nos termos do art.12 da Lei nº 1.060/50.

DES. LUCIANO PINTO - De acordo com o Relator.

DES.ª MÁRCIA DE PAOLI BALBINO - De acordo com o Relator.

Súmula - RECURSO DESPROVIDO.

...

Direito de vizinhança - Passagem forçada - Encravamento absoluto - Ônus da prova - Perícia - Quesitos - Honorários periciais

Ementa: Apelação cível. Declaração de passagem forçada. Encravamento absoluto. Agravo retido. Cerceamento de defesa. Imparcialidade. Preclusão. Distribuição do ônus de antecipação do pagamento dos honorários periciais. Audiência de instrução e julgamento. Prazo de apresentação de quesitos para perícia. (In)deferimento de oitiva de testemunhas.

- Nos termos do art. 130 do CPC, cabe ao juiz determinar as provas necessárias à instrução do processo.

- Conforme os arts. 400 e 405, § 3º, IV, do CPC, a prova testemunhal será sempre admitida, salvo previsão legal em sentido contrário, de modo que a testemunha que se declarar interessada no resultado da causa não deve ser ouvida, pois que inútil ao feito. A relação profissional como vínculo entre testemunha e parte não é motivo que por si só enseja o indeferimento da oitiva.

- O art. 33 do CPC estabelece a distribuição do ônus de antecipação dos honorários periciais, sendo do autor este ônus quando ele, isolada ou conjuntamente com o réu, requerer esse meio de prova.

- A apresentação dos quesitos para a perícia deve ocorrer, respeitados os prazos sucessivos para apreciação dos autos a serem concedidos às partes.

- A exclusão do autor da sala de audiência deve ser acompanhada de comprovação do ocorrido e demonstração do prejuízo, conforme a instrumentalidade do processo e a teoria das nulidades.

- Para a concessão de passagem forçada, a doutrina majoritária e a jurisprudência atual não exigem que o encravamento seja absoluto. Existe a possibilidade de sua concessão na hipótese de encravamento relativo, ocasião em que deve ser ela verificada mediante um juízo de proporcionalidade, de modo a averiguar a situação concreta e a sua real necessidade.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0672.09.384718-0/001 - Comarca de Sete Lagoas - Apelante: Agenor Guimarães da Silva - Apelada: Cia. de Bebidas das Américas Ambev - Relator: DES.ª MARIANGELA 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, à unanimidade, em negar provimento aos agravos retidos e dar provimento a apelação.

Belo Horizonte, 11 de dezembro de 2012. - *Mariangela Meyer* - Relatora.

Notas taquigráficas

DES.ª MARIANGELA MEYER - Insurge-se o apelante contra a sentença do MM. Juiz da 3ª Vara Cível de Sete Lagoas, que julgou improcedente a ação declaratória de direito de passagem forçada.

Preliminarmente, pretende o apelante a análise dos dois agravos retidos interpostos na audiência de instrução e julgamento, em que aduz, resumidamente, a nulidade da sentença por cerceamento de defesa e parcialidade do MM. Juiz *a quo* no exame dos autos. Assevera, ainda, que houve irregularidade quanto ao ônus de pagamento dos honorários periciais com favorecimento da parte ré em detrimento do autor, que ocorreu a preclusão da apresentação dos quesitos e que houve violação ao devido processo legal na realização da audiência de instrução e julgamento.

No mérito, pede a aplicação do art. 1.285 do CC/02, especialmente quanto ao seu § 2º, para que lhe seja reconhecido o direito de passagem forçada. Alega que o Magistrado *a quo* não se fundou no laudo pericial ou apresentou motivos que justificassem tal afastamento.

Sustenta que a empresa apelada tinha consciência da passagem forçada quando da alienação do terreno e que isso consta da planta do terreno que lhe foi vendido, assinada por ambas as partes.

Por fim, requer o provimento do recurso para que a sentença seja reformada, julgando-se totalmente improcedente o pedido inicial.

Devidamente intimado, o apelado apresentou contrarrazões de apelação, às f. 409/426, requerendo seja negado provimento aos agravos e à apelação, mantendo-se a sentença por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Relatados, examino e, ao final, decido.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

Da análise dos agravos retidos.

Do indeferimento da oitiva da testemunha Geraldo Eustáquio Dias e do deferimento da oitivia da testemunha Thiago de Lima Azevedo.

Requer o recorrente preliminarmente sejam analisados os agravos retidos interpostos na audiência de instrução e julgamento.

Sustenta o apelante/agravante que o MM. Juiz *a quo* foi imparcial ao deferir a oitiva de Thiago de Lima Azevedo e ao indeferir a oitiva da testemunha Geraldo

Eustáquio Dias, pois que, supostamente, o mesmo fundamento para indeferir deveria ter sido utilizado quando do deferimento. Assim, assevera que o Magistrado primevo se baseou no fato de a testemunha trabalhar, esporadicamente, para o apelante, enquanto que a relação de emprego existente entre a testemunha deferida e a ré foi ignorada.

Entendo que o recorrente não merece razão, pois não foram esses os fundamentos utilizados pelo MM. Juiz *a quo*.

O deferimento da oitiva de Thiago ocorreu em razão de não ser a relação de emprego motivo para, por si, impedir tal testemunho.

Já o indeferimento de Geraldo se deu em razão de ele ter se declarado interessado no resultado da causa.

Nos termos dos arts. 130, 400 e 405, § 3º, inciso IV, todos do CPC:

> Art.130. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias.
> [...]
> Art. 400. A prova testemunhal é sempre admissível, não dispondo a lei de modo diverso.
> [...]
> Art. 405. Podem depor como testemunhas todas as pessoas, exceto as incapazes, impedidas ou suspeitas.
> [...]
> § 3º São suspeitos:
> [...]
> IV - o que tiver interesse no litígio.

Fica claro: não havia impedimento legal para a oitiva da testemunha que tem vínculo profissional com a parte, ou, pelo menos, isso não era, por si só, motivo que ensejasse tal impedimento ou suspeição.

Por outro lado, quanto à testemunha que declarou ter interesse no resultado da causa, o art. 405, § 3º, IV, do CPC é expresso quanto à suspeição.

Desse modo, quanto à matéria em questão, fica afastada a pretensão recursal.

Demais temas apresentados em agravo retido:

Ainda, ao expor os fundamentos e impugnações dos agravos retidos, o recorrente arguiu a irregularidade do ônus dos honorários periciais, a perda do prazo para apresentação dos quesitos para a perícia, da parte ré, ensejando a preclusão temporal, e a suposta não participação do autor na audiência de instrução e julgamento, momento em que ele foi obrigado a se manter de fora da sala.

Entendo que em nenhum desses pontos assiste razão ao autor/agravante.

Quanto à irregularidade da distribuição do ônus de antecipação dos honorários periciais, deve-se enfatizar que se olvidou o autor do art. 33 do CPC.

> Art. 33. Cada parte pagará a remuneração do assistente técnico que houver indicado; a do perito será paga pela parte que houver requerido o exame, ou pelo autor, quando requerido por ambas as partes ou determinado de ofício pelo juiz. (BRASIL, 1973.)

Isto ocorre porque o autor deve fazer prova do fato constitutivo do seu direito e o réu prova do fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. Se a perícia for o meio hábil para indicar o fato constitutivo do direito do autor, então, mesmo que o réu também requeira a produção dessa prova, será o autor o responsável pela integralidade da antecipação dos honorários periciais.

Se for a perícia a prova necessária para demonstrar o fato constitutivo do direito do autor, a não realização da perícia, certamente, beneficia o réu, já que não haverá demonstração do fato constitutivo do direito do autor.

Quanto à preclusão dos quesitos, entendo que o prazo legal a ser cumprido era sucessivo. Primeiro cinco dias ao autor e, então, cinco dias ao réu.

Nesse sentido, o prazo foi devidamente cumprido. Isso ocorre, inclusive, em razão da provável necessidade de se dar carga dos autos a cada uma das partes para a devida formulação dos quesitos. Tudo isso em nome da melhor forma de concretização do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal.

Quanto à exclusão do autor da sala de audiência, o autor não juntou aos autos qualquer prova de tal acontecimento, nem mesmo fez constar na ata de audiência o ocorrido. Não evidenciou ainda qualquer prejuízo que ensejasse a referida nulidade.

A teoria das nulidades adotada pelo ordenamento pátrio exige que, além da existência de um vício, a parte que arguir a nulidade deve evidenciar o prejuízo causado. Tudo isso ocorre em prol da instrumentalidade das formas e da efetividade processual.

De qualquer modo, em razão da inexistência de qualquer prova dessas alegações, impossível é acolhê-las.

Isso posto, nego provimento aos agravos.

No mérito da apelação.

De início imprescindível anotar que, após detida análise dos autos, tenho que, a despeito do máximo respeito ao entendimento esposado pelo ilustre Sentenciante de primeiro grau, a questão está a exigir um tratamento diverso, pelos motivos a seguir expostos.

Isso porque entendo que deve ser levado em consideração de um lado o direito do proprietário de usar e gozar do bem, da maneira que melhor lhe aprouver, inclusive monitorando a sua segurança; e, de outro, o aspecto social da propriedade privada, que deve conceder àquele imóvel que pretende assegurar a passagem forçada saída viável para a via pública com a possibilidade de se utilizar de imóvel alheio para o escoamento da sua produção, que é de interesse coletivo.

Deve também ser considerado no caso em exame quem sofrerá maior prejuízo com o deferimento ou indeferimento da passagem forçada em questão.

Feita essa breve ponderação, constata-se que a lide tem origem no compromisso de compra e venda

firmado entre autor e réu, onde autor figurou como promitente vendedor e a empresa ré como compromissária compradora.

Nos termos do instrumento particular de compromisso de compra e venda de imóvel firmado entre as partes, consta da cláusula 1.1.1. que o objeto do contrato é

> um terreno de 147,20 (cento e quarenta e sete hectares e vinte ares), no local denominado Fazenda Rancho Alegre, em Sete Lagoas, Estado de Minas Gerais, cuja descrição e memorial descritivo foi elaborado pelo escritório do Dr. Josemar Cordeiro de Menezes e planta do imóvel com o georreferenciamento e memorial descritivo sob a responsabilidade técnica do Dr. Marco Aurélio R. de Menezes, CREA-MG 23.309/TD, ambos com data de 17 de fevereiro de 2008, que vistos e assinados pelas partes passam a ser documentos integrantes deste instrumento (f. 24).

O apelante era o proprietário do imóvel denominado Rancho Alegre, com área de 328,91ha, o qual foi dividido em duas glebas pelo "Córrego Boa Esperança" (Ribeirão Tropeiro), sendo a primeira, de 147,20ha, alienada à apelante e a segunda, de 181,52ha, ainda de propriedade do apelante.

Vale dizer que, na escritura pública juntada, às f. 59/61, consta o seguinte:

> No imóvel descrito encontram-se as antigas estradas que são mencionadas e consta da planta do imóvel georreferenciado e que dão acesso à área remanescente da propriedade do outorgante vendedor (f. 59/61).

Por sua vez, o compromisso de compra e venda fez constar no instrumento escrito a seguinte cláusula, rubricada por ambas as partes: "1.1.1.1 - Fica esclarecido que a utilização do Córrego da Boa Esperança será compartilhada entre as duas propriedades as quais ele divide" (f. 24).

Assim, a despeito das alegações no sentido de que não teria sido ressalvado o direito de passagem, este se fez público e notório, conforme se infere dos documentos acima indicados.

E, mesmo se assim não o fosse, em detida análise do laudo pericial, f. 189/228, conclui-se que o apelado promoveu o fechamento da estrada, objeto desta lide, sendo que com tal atitude dificultou o acesso à área remanescente do autor, com aumento de 21,5km (vinte e um quilômetros e quinhentos metros), no percurso, totalizando 23km (vinte e três quilômetros), o que antes era realizado em apenas 1,5km (um quilômetro e quinhentos metros).

Desse modo, ainda que não tenha constado da escritura "a passagem", não é crível que o apelante nela não tenha pensado, pois, como dito, estava ela prevista no referido contrato, o que, possivelmente, fez com que ele acreditasse que poderia continuar a nela transitar mesmo após a escritura e registro, havendo de ser ressaltada a desproporcionalidade entre a passagem por ele utilizada anteriormente e a nova rota que ficou obrigado a suportar.

Saliento que esse novo trajeto implica passagem por estradas particulares, vicinais e estradas pavimentadas até o centro da cidade de Sete Lagoas, conforme f. 207, o que por certo trará novos problemas de servidão/passagem.

Ademais, ao examinar a resposta do perito aos quesitos suplementares, observo que a utilização da estrada objeto desta lide, como passagem para a propriedade remanescente do apelante, causaria um menor impacto, pois que já é uma estrada consolidada, e a abertura de nova estrada implicaria a supressão de vegetação em área de preservação permanente, demandando, inclusive, licença ambiental emitida pelo IEF. Por outro lado, o parecer do perito informa que a medida necessária para o restabelecimento da estrada importa na retirada do esgotamento sanitário dos efluentes da ré e que o tempo necessário, utilizando-se dos meios apropriados, é de 15 (quinze) dias.

Ora, em atenção a todos esses pontos, entendendo, *data venia*, primeiro, que houve previsão no instrumento particular de compra e venda da utilização compartilhada do Córrego Boa Esperança (Ribeirão Tropeiro - servidão de passagem), segundo, que, mesmo que assim não o fosse, ao ser obstaculizada a passagem ao apelante pela antiga estrada até a sua propriedade, implicaria um aumento de 21,5km (vinte e um quilômetros e quinhentos metros) e que esse novo percurso envolve a passagem por estradas particulares, estradas vicinais, tenho que deve ser considerada a possibilidade da passagem forçada, ainda que não se refira a terreno totalmente encravado.

A jurisprudência deste Tribunal já está pacificada no sentido de se admitir a concessão da passagem forçada mesmo em hipóteses em que não existe o encravamento absoluto, veja-se:

> Embargos infringentes - Ação de reintegração de posse - Servidão - Passagem forçada - Presença dos requisitos - Concessão. - Para a concessão da servidão de trânsito entre prédios rurais, basta que o percurso alternativo seja inadequado, insuficiente ou perigoso, não sendo necessário o encravamento absoluto do imóvel. - V.v.: - Verificada a ausência de argumentos suficientes para levar à revisão do entendimento esposado em sede de apelo, inviável o acolhimento dos infringentes. (Minas Gerais. TJMG. 15ª CACIV. Embargos Infrigentes 1.0452.04.013664-3/002, Rel. Tibúrcio Marques, j. em 29.06.2010, p. em 10.08.2010.)

> Apelação cível - Passagem forçada - Servidão - Diferença - Imóvel encravado - Relativização - Acesso perigoso e impraticável - Condomínio horizontal - Indenização. - A servidão de passagem possui natureza convencional, com o acordo entre os proprietários para a conveniência e comodidade de utilização do prédio, enquanto a passagem forçada se institui por força de lei, em razão de encravamento de prédio que não tem acesso à via pública. Segundo entendimento atual, o encravamento não precisa ser absoluto, desde que se prove que o acesso existente é perigoso e impraticável, a impedir o trânsito não só de veículos como também de pessoas. O cons-

> trangimento do proprietário para a passagem forçada impõe indenização pela restrição do domínio. (Minas Gerais. TJMG. 11º CACIV. Apelação Cível 1.0024.07.431049-1/002, Rel. Marcelo Rodrigues, j. em 07.10.2009, p. 27.10.2009.)
>
> Passagem forçada. Imóvel encravado. Existência de outra saída. Situação apta a demonstrar o encravamento. Ausência de provas. - Nos termos do art. 559 do Código Civil de 1916, é considerado encravado, portanto com direito à passagem forçada, o imóvel sem saída para a via pública, fonte ou porto. A doutrina e a jurisprudência vêm admitindo a passagem forçada quando a saída utilizada pela parte é extremamente penosa, perigosa e insuficiente, temperando assim o conceito absoluto de encravamento estabelecido no Código Civil vetusto. Ficando demonstrado nos autos que aquele que pretende a passagem forçada já se utiliza de outra saída para a via pública e que esta atende à finalidade, não sendo precária ou perigosa, não há como ser acolhida a pretensão. (Minas Gerais. TJMG. 11º CACIV. Apelação Cível 2.0000.00.420368-1/000, Rel. Albergaria Costa, j. em 31.03.2004, p. em 17.04.2008.)

Desse modo, entendo que a construção doutrinária e jurisprudencial que abranda a exigência do encravamento absoluto se utiliza do princípio constitucional da proporcionalidade para avaliar a necessidade e adequação em sentido estrito quanto à concessão da passagem forçada.

Nessa ótica, não é proporcional exigir-se que o apelante, proprietário remanescente da propriedade relativamente encravada, mesmo que não tenha tido o cuidado de prevenir a servidão de passagem, como alegado ao longo do processo pela apelada, fique prejudicado no escoamento de sua produção. Mesmo que tal previsão tenha sido aludida, tão somente por ocasião da feitura do compromisso de compra e venda firmado entre as partes, não se mostra proporcional que o apelante percorra trajeto quinze vezes maior do que aquele já realizado há tantos anos, a fim de abastecer e escoar a produção de sua propriedade.

E, mais, penso que, apesar de não estar comprovado o perigo da via alternativa, esse não é único pressuposto que configura o encravamento relativo apto à concessão da passagem forçada.

Vale dizer que forçar o apelante a utilizar-se da via alternativa importa, inclusive, na passagem por propriedades particulares, que eventualmente poderão até ensejar novas discussões sobre o direito de passagem.

Noutro giro, é também desproporcional exigir-se a supressão de vegetação em área de preservação permanente para que se faça uma nova estrada, em detrimento de uma preexistente de 1,5km.

Interpretação em sentido contrário iria de encontro à Constituição quanto ao princípio da proporcionalidade, bem como violaria o meio ambiente, implicando a supressão de vegetação, e, eventualmente, a propositura de novas ações para se discutir o mesmo problema, envolvendo novas partes.

Desse modo, não se pode dizer que se trata de simples comodidade, mas de necessidade de acesso do autor à via pública, de acesso infinitamente menor, que inclusive foi por ele sempre utilizada.

Salienta-se ainda que, numa era em que a técnica da engenharia dominou a natureza, a noção de imóvel encravado já não existe em termos absolutos e deve ser inspirada pela motivação do instituto da passagem forçada, que deita raízes na supremacia do interesse público.

Juridicamente, encravado é o imóvel cujo acesso por meios terrestres exige do respectivo proprietário despesas excessivas para que cumpra a função social sem inutilizar o terreno do vizinho e que no caso se mostra totalmente condizente com o instituto a concessão da passagem ao apelante.

Ante o exposto, nego provimento aos agravos retidos e dou provimento ao apelo para reformar a sentença guerreada, concedendo ao apelante o direito de passagem forçada pela estrada objeto desta lide, devendo a apelada providenciar a reabertura da respectiva via de acesso, no prazo de quinze dias conforme o laudo pericial. Como consequência, inverto o ônus de sucumbência, condenando a ré ao pagamento das custas processuais, dos honorários periciais e dos honorários advocatícios, de R$ 3.000,00 (três mil reais).

Custas recursais, pela empresa apelada.

DES. PAULO ROBERTO PEREIRA DA SILVA - De acordo com a Relatora.

DES. GUTEMBERG DA MOTA E SILVA - De acordo com a Relatora.

Súmula - RECURSO PROVIDO.

...

Execução de título extrajudicial - Prescrição intercorrente - Inexistência - Intimação pessoal - Necessidade

Ementa: Execução de título extrajudicial. Prescrição intercorrente. Não configuração. Necessidade de intimação pessoal.

- O reconhecimento da prescrição intercorrente só é possível se a parte, apesar de intimada pessoalmente para dar andamento ao feito, assim não o fizer.

Recurso provido.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.87.435448-3/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: MGI/Minas Gerais Participações Ltda., sucessora do Bemge/Banco do Estado de Minas Gerais - Apelados: Francisco Pedalino Costa, Lacy Vilela Alves, Fernando Moura Souza - 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, à unanimidade, em DAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 13 de dezembro de 2012. - *Ana Paula Caixeta* - Relatora.

Notas taquigráficas

DES.ª ANA PAULA CAIXETA - Cuida-se de execução de título executivo extrajudicial, ajuizada por MGI - Minas Gerais Participações S.A. (sucessora do Banco do Estado de Minas Gerais - Bemge) em desfavor de Lacy Vilela Alves e Fernando Moura Souza.

Às f. 364/370, a ilustre Juíza *a quo* extinguiu, de ofício, a execução, ao fundamento de ter ocorrido a prescrição intercorrente.

Os embargos declaratórios opostos pela exequente (f. 371/375) em face da sentença foram rejeitados pela il. Juíza primeva, às f. 376/377.

Irresignada, a exequente interpôs o recurso de f. 379/388, pretendendo a reforma do *decisum*, sob a alegação de que não houve a publicação do ato processual que determinou o sobrestamento do feito. Sustentou, ainda, a necessidade de intimação pessoal para reconhecimento da prescrição intercorrente.

Não houve apresentação de contrarrazões, conforme certidão de f. 390-v.

Desnecessário o envio dos autos à douta Procuradoria-Geral de Justiça.

Conheço do recurso, visto que presentes os requisitos de admissibilidade.

Compulsando os autos, observo que a apelante se insurge contra a sentença que declarou a ocorrência da prescrição intercorrente e, por via de consequência, julgou extinto o feito, nos termos do art. 269, IV, c/c o art. 795, ambos do CPC.

A apelante, em suma, defende que não houve publicação do despacho que determinou o sobrestamento do feito (f. 358) e que não foi intimada pessoalmente para dar prosseguimento ao feito.

Pois bem.

De início, cumpre salientar que, para a ocorrência da prescrição intercorrente, hão de estar evidenciadas a inércia do exequente em promover os atos que lhe competem por prazo equivalente àquele previsto em lei para a defesa do direito em Juízo e, ainda, a circunstância de que a paralisação do processo se dê por prazo contínuo.

No caso em tela, o processo foi suspenso em 08.09.08, por ordem judicial, conforme despacho de f. 358. Destaco, nesse ponto, que não consta nos autos certidão acerca da publicação do referido despacho, não havendo, portanto, comprovação de que a exequente teve ciência inequívoca daquela decisão.

Vê-se, ainda, que, devidamente intimada por publicação para dar andamento ao feito, em 14.03.12, a exequente se manifestou em 19.03.12, conforme se verifica às f. 360/361, pugnando pela penhora de valores em aplicações financeiras dos executados por meio do sistema Bacenjud, o que, a meu ver, demonstra sua diligência em dar prosseguimento à execução.

Ressalte-se, também, que tampouco aconteceu a intimação pessoal da exequente para dar andamento ao processo, o que impede o reconhecimento da prescrição intercorrente, consoante entendimento jurisprudencial dominante do colendo Superior Tribunal de Justiça:

> Direito processual civil. Agravo de instrumento. Recurso especial. Ação de execução de título extrajudicial. Prescrição intercorrente. Intimação pessoal. Necessidade. - 1 - É necessária a intimação pessoal do autor da ação de execução para o reconhecimento da prescrição intercorrente. 2 - Agravo no agravo de instrumento não provido (AgRg no Ag 1340932/MG - Rel.ª Min.ª Nancy Andrighi - Terceira Turma - j. em 26.04.2011 - *DJe* de 02.05.2011).

> Processo civil. Prescrição intercorrente. Reconhecimento. Reexame de fatos da causa. Súmula nº 7/STJ. - 1 - A verificação da ocorrência da prescrição intercorrente, conforme iterativa jurisprudência desta Corte, demandaria o reexame de aspectos fáticos da causa. 2 - Ainda que superado o óbice ao conhecimento do apelo especial, para o reconhecimento da prescrição intercorrente é necessário que seja clara a intenção do credor em abandonar a causa, o que somente pode ser constatado com sua intimação a respeito do prosseguimento do feito. 3 - Precedentes (AgRg no Ag 506.604/SP - Relator: Ministro Paulo Gallotti - Sexta Turma - *DJ* de 1º.02.05). [...] 5 - Pelo exposto, dá-se provimento ao recurso especial, afastando a declaração de prescrição intercorrente em virtude da ausência da devida intimação da parte (REsp 1169095/MG - Rel. Min. Sidnei Beneti - *DJ* de 12.05.2010).

Outra não é a jurisprudência deste eg. Tribunal de Justiça:

> Apelação cível. Execução. Título extrajudicial. Inércia do exequente. Prescrição intercorrente. Não ocorrência. Ausência de intimação pessoal. - Em sede de execução de título extrajudicial, exige-se a intimação pessoal do autor da execução para o reconhecimento da prescrição intercorrente. Não ocorrendo tal intimação, impõe-se a cassação da sentença (Apelação Cível nº 1.0313.02.068968-0/001 - Rel. Des. Luciano Pinto - *DJe* de 05.10.2011).

> Processual civil. Agravo de instrumento. Execução. Prescrição intercorrente. Requisitos. Ausência. Não consumação. Extinção do feito. Abandono de causa. Intimação pessoal. Inexistência. Impossibilidade. Recurso conhecido e não provido. - Para a consumação da prescrição intercorrente, é necessário o transcurso do prazo e a presença inequívoca da desídia do credor em dar andamento ao feito. - A extinção do processo por abandono de causa depende de prévia intimação pessoal do exequente para dar andamento ao feito. - Recurso conhecido e não provido (Agravo de Instrumento Cível nº 1.0112.04.038122-3/001 - Rel.ª Des.ª Márcia De Paoli Balbino - *DJe* de 16.03.2010).

Assim, não havendo nos autos prova de que a apelante foi intimada do despacho de f. 358 e inexistindo intimação pessoal da mesma para dar andamento ao feito, não há que se falar em prescrição intercorrente.

Diante do exposto, dou provimento ao recurso, para afastar o reconhecimento de prescrição intercorrente e cassar a sentença, com regular prosseguimento do feito.

Votaram de acordo com a Relatora os DESEMBARGADORES ALVIM SOARES e MOREIRA DINIZ.

Súmula - DERAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

ITCD - Base de cálculo - Valor líquido do quinhão de cada herdeiro/legatário - Inventário - Cálculo - Homologação - Exigibilidade antecipada - Lesão a direito líquido e certo - Súmula 114 do STF

Ementa: Remessa oficial e apelação cível. Ação de mandado de segurança. ITCD. Momento de incidência e exigibilidade. Lesão a direito líquido e certo configurada, com a exigibilidade antecipada. Segurança parcialmente concedida. Sentença confirmada.

- A base de cálculo do ITCD é o valor do quinhão de cada herdeiro ou legatário, o que somente é possível determinar após a homologação do cálculo no inventário.

- A exigibilidade do tributo em momento anterior à homologação mencionada configura lesão ao direito líquido e certo dos herdeiros.

Remessa oficial e apelação cível conhecidas.

Sentença que concedeu parcialmente a segurança confirmada em reexame necessário, prejudicado o recurso voluntário.

APELAÇÃO CÍVEL/REEXAME NECESSÁRIO Nº 1.0079. 08.459816-2/001 - Comarca de Contagem - Remetente: Juiz de Direito da 1ª Vara de Fazenda, Falências, Concordatas e Registros Públicos de Contagem - Apelante: Estado de Minas Gerais - Apelado: Espólio de Geraldo Vitorino de Oliveira - Autoridade coatora: Delegado Fiscal de Contagem da Secretaria de Estado da Fazenda 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, à unanimidade, em CONFIRMAR A SENTENÇA, NO REEXAME NECESSÁRIO, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

Belo Horizonte, 27 de novembro de 2012. - *Caetano Levi Lopes* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. CAETANO LEVI LOPES - Conheço da remessa oficial e do recurso voluntário porque presentes os requisitos de admissibilidade.

O apelado aforou esta ação de mandado de segurança contra ato do Delegado Fiscal de Contagem da Secretaria de Estado da Fazenda de Minas Gerais. Afirmou que o impetrado estaria exigindo antecipadamente o ITCD sobre os bens inventariados. Entende que o tributo somente pode ser exigido após a homologação do cálculo respectivo, e o direito líquido e certo dos herdeiros estaria sendo lesado.

O impetrado prestou informações às f. 19/29. Afirmou estar ausente o suposto direito líquido e certo do apelado e defendeu a legalidade do ato. Pela r. sentença de f. 34/36, declarada à f. 41, foi concedida parcialmente a segurança e determinada a remessa oficial.

Remessa oficial.

Cumpre perquirir se a exigência antecipada do tributo é lesiva a direito líquido e certo do apelado.

O recorrido, com a petição inicial, acostou os documentos de f. 8/14. Merece destaque a memória de cálculo do ITCD (f. 10), a guia de arrecadação do ITCD (f. 11) e a declaração de bens e direitos (f. 12/14). O impetrado não juntou documentos. Esses os fatos.

Quanto ao direito, sabe-se que a ação de mandado de segurança, além dos pressupostos processuais exigidos para a relação jurídica processual, exige que o direito seja líquido e certo. É o que ensina Celso Agrícola Barbi (na obra *Do mandado de segurança*. 10. ed. Rio de Janeiro, 2000, p. 47):

> Pressupostos processuais e condições da ação - Distingue a doutrina moderna os requisitos necessários a que o juiz se pronuncie sobre a demanda e os exigíveis para decisão final favorável ao autor. Os primeiros são chamados 'pressupostos processuais' e se referem à existência, ou mais propriamente, à validade da relação jurídica processual, não importando se a sentença final será favorável ao autor ou ao réu. Incluem-se, entre eles, principalmente, a capacidade processual das partes e sua representação em juízo, a existência de juiz competente e não suspeito ou impedido etc.
> Os requisitos exigíveis para que exista a ação, isto é, para a sentença favorável ao autor, são as denominadas 'condições da ação'. Segundo Chiovenda, três são essas condições, as quais variam dentro de certos limites, conforme o tipo de garantia jurisdicional pretendida, isto é, segundo a sentença desejada seja condenatória, declaratória ou constitutiva, ou a ação seja de cognição, de execução ou cautelar.
> [...] Liquidez e certeza do direito - Enquanto, para as ações em geral, a primeira condição para a sentença favorável é a existência da vontade de lei cuja atuação se reclama, no mandado de segurança isto é insuficiente; é preciso não apenas que haja o direito alegado, mas também que ele seja líquido e certo. Se ele existir, mas sem essas características,

ensejará o exercício da ação por outros ritos, mas não pelo específico do mandado de segurança.
A nosso ver, qualquer tentativa de sistematização do mandado de segurança tem de partir, obrigatoriamente, da definição do que seja direito líquido e certo. Estando essa expressão inscrita na Constituição Federal, a ela estarão sujeitos o legislador ordinário e o doutrinador, sob pena de fazerem trabalho irreal, afastado do direito brasileiro, onde surgiu aquela expressão no direito público.

Contudo, o conceito de liquidez e certeza adotado pelo legislador do mandado de segurança não é o mesmo do legislador civil, porque, no *writ*, o conceito refere-se à comprovação dos fatos que ensejam a aplicação do direito.

Eis, a propósito, a lição de Hely Lopes Meirelles (na obra atualizada por Arnoldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes. *Mandado de segurança*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 36):

> Direito líquido e certo é o que se apresenta manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercitado no momento da impetração. Por outras palavras, o direito invocado, para ser amparável por mandado de segurança, há de vir expresso em norma legal e trazer em si todos os requisitos e condições de sua aplicação ao impetrante: se sua existência for duvidosa; se sua extensão ainda não estiver delimitada; se seu exercício depender de situações e fatos ainda indeterminados, não rende ensejo à segurança, embora possa ser defendido por outros meios judiciais.
> Quando a lei alude a direito líquido e certo, está exigindo que esse direito se apresente com todos os requisitos para seu reconhecimento e exercício no momento da impetração. Em última análise, direito líquido e certo é direito comprovado de plano. Se depender de comprovação posterior, não é líquido nem certo, para fins de segurança. Evidentemente, o conceito de liquidez e certeza adotado pelo legislador no mandado de segurança não é o mesmo do legislador civil (CC, art. 1.533). É um conceito impróprio - e mal expresso - alusivo a precisão e comprovação do direito quando deveria aludir à precisão e comprovação dos fatos e [a] situações que ensejam o exercício desse direito.

Assim, sabe-se que 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. Esta é, a propósito, a lição de José dos Santos Carvalho Filho (*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.
> O princípio 'implica subordinação completa do administrador à lei. Todos os agentes públicos, desde o que lhe ocupe a cúspide até o mais modesto deles, devem ser instrumentos de fiel e dócil realização das finalidades normativas'. Na clássica e feliz comparação de Hely Lopes Meirelles, enquanto os indivíduos no campo privado podem fazer tudo o que a lei não veda, o administrador público só pode atuar onde a lei autoriza.
> É extremamente importante o efeito do princípio da legalidade no que diz respeito aos direitos dos indivíduos. Na verdade, o princípio se reflete na consequência de que a própria garantia desses direitos depende de sua existência, autorizando-se então os indivíduos à verificação do confronto entre a atividade administrativa e a lei. Uma conclusão é inarredável: havendo dissonância entre a conduta e a lei, deverá aquela ser corrigida para eliminar-se a ilicitude.

Os arts. 1.003 e 1.013, ambos do Código de Processo Civil, dispõem que a exigibilidade do ITCD depende da identificação dos herdeiros contribuintes e, principalmente, da definição de sua base de cálculo, o que somente é possível após a avaliação dos bens do espólio e cálculo do imposto:

> Art. 1.003. Findo o prazo do art. 1.000, sem impugnação ou decidida a que houver sido oposta, o juiz nomeará um perito para avaliar os bens do espólio, se não houver na comarca avaliador judicial.
> Parágrafo único. No caso previsto no art. 993, parágrafo único, o juiz nomeará um contador para levantar o balanço ou apurar os haveres.
> Art. 1.013. Feito o cálculo, sobre ele serão ouvidas todas as partes no prazo comum de 5 (cinco) dias, que correrá em cartório e, em seguida, na Fazenda Pública.
> § 1º Se houver impugnação julgada procedente, ordenará o juiz novamente a remessa dos autos ao contador, determinando as alterações que devam ser feitas no cálculo.
> § 2º Cumprido o despacho, o juiz julgará o cálculo do imposto.

Por outro lado, também é de geral ciência que a base de cálculo do ITCD é o valor do quinhão de cada herdeiro ou legatário, o que somente é possível determinar, frise-se, após a homologação do cálculo no processo de inventário. Nesse sentido, a lição de Aliomar Baleeiro (na obra *Direito tributário brasileiro*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 261):

> Exigido outrora sobre a herança bruta, hoje segue critério mais racional: base no valor líquido dos quinhões e legados. Esse critério veio a coincidir com a tendência a considerar-se tal imposto como tributo de caráter direto e pessoal sobre o herdeiro, e não o imposto real sobre o monte ou espólio. Adotou-o o CTN no parágrafo único do art. 35.

No mesmo sentido, a Súmula nº 114 do egrégio Supremo Tribunal Federal:

> Súmula nº 114. O imposto de transmissão *causa mortis* não é exigível antes da homologação do cálculo.

Aliás, outra não é a posição deste Tribunal:

> Reexame necessário. Apelação cível. Mandado de segurança. ITCD. Competência. Recolhimento. Prazo. Multa. O cálculo do Imposto de Transmissão *causa mortis* deverá ser realizado após a avaliação dos bens do espólio e identificação dos herdeiros nos autos do inventário, na forma preconizada pela Seção V do Capítulo IX do Livro IV do Código de Processo Civil, uma vez que, somente após o julgamento das impugnações apresentadas sobre as primeiras declarações do inventariante, poderá ser apurado o valor exato da herança líquida,

ou seja, a base de cálculo do referido imposto, bem como seu sujeito passivo (Ac. na Ap. Civ. nº 1.0433.06.174106-5/001 - Rel.ª Desª. Teresa Cristina da Cunha Peixoto - 8ª CCTJMG - j. em 22.03.2007 - *DJ* de 1º.06.2007).

Reexame necessário. Apelação cível. Execução fiscal. ITCD. Prazo para recolhimento. Avaliação dos bens. Base de cálculo. Homologação. Súmula 114 do STF. Crédito tributário não exigível. Extinção do feito. Honorários advocatícios. Art. 20, §§ 3º e 4º, do CPC. Apreciação equitativa. Redução. Possibilidade. Reforma parcial da sentença. - A Certidão de Dívida Ativa goza de presunção de certeza e liquidez relativa que pode ser ilidida por prova inequívoca, a cargo do sujeito passivo ou de terceiro a que aproveite, nos termos do art. 204 do CTN. - Provando a executada que a dívida não foi regularmente inscrita, visto que inexigível, impõe-se a extinção do feito. - A exigibilidade do Imposto de Transmissão *causa mortis* (ITCD) está diretamente vinculada à identificação dos herdeiros contribuintes (sujeito passivo) e, especialmente, à definição de sua base de cálculo, somente possível após a avaliação dos bens do espólio e cálculo do imposto, nos termos dos arts. 1.003 a 1.013 do Código de Processo Civil. - Aplicabilidade da orientação emanada da Súmula nº 114 do STF. - Restando vencida a Fazenda Pública, a verba honorária que lhe foi imposta na sentença deverá ser reduzida, em reexame necessário, a valor que não se apresente excessivo à Administração e que possa remunerar o profissional de forma justa pelo trabalho desempenhado, atentando-se, em sede de apreciação equitativa, ao disposto no art. 20, § 4º, do CPC (Ac. em Ap. Civ. nº 1.0481.06.060390-1/001 - Rel. Des. Armando Freire - 1º CCTJMG - j. em 06.05.2008 - *DJe* de 10.06.2008).

Portanto, embora o apelante voluntário entenda que não houve lesão ao direito líquido e certo do apelado, o mesmo restou configurado, o que torna correta a sentença.

Com esses fundamentos, confirmo a sentença, prejudicado o recurso voluntário.

Sem custas.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES HILDA TEIXEIRA DA COSTA e AFRÂNIO VILELA.

Súmula - CONFIRMARAM A SENTENÇA NO REEXAME NECESSÁRIO, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

...

Locação - Rescisão do contrato - Indenização - Dano moral e dano material - Cumulação de ações - Citação do locador - Representação pela imobiliária - Nulidade - Locador ausente do país - Não comprovação - Procuração que não confere poderes especiais para recebimento da citação - Fornecimento do endereço do locador - Dever da imobiliária

Ementa: Apelação cível. Ação ajuizada pelo locatário. Rescisão de contrato de locação cumulada com pedido de indenização por danos morais e materiais. Citação do locador, representado pela imobiliária. Nulidade. Ausência de prova de que o locador tenha se ausentado do País. Procuração que não confere poderes especiais para o recebimento da citação. Dever de a imobiliária fornecer o endereço do locador. Preliminar de ofício. Acolhimento. Inteligência do art. 215 do CPC.

- É nula a citação do locador na pessoa da imobiliária, inexistente procuração válida com poderes especiais para recebimento de citação, bem como prova de que o locador tenha se ausentado do País.

- A imobiliária deverá fornecer o endereço do locador ou procuração válida que lhe confira poderes específicos para recebimento de citação, inexigível apenas nos casos em que o locador tenha se ausentado do País.

Preliminar, de ofício, acolhida.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.07.509977-0/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Jorge Henrique Barbosa Júnior - Apelado: Cláudio Evaristo Furbino - 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, à unanimidade, em ACOLHER PRELIMINAR, DE OFÍCIO, DE NULIDADE DA CITAÇÃO.

Belo Horizonte, 19 de dezembro de 2012. - José Marcos Vieira - Relator.

Notas taquigráficas

DES. JOSÉ MARCOS RODRIGUES VIEIRA - Trata-se de apelação cível interposta por Jorge Henrique Barbosa Júnior, da sentença de f. 82/88-TJ, que, nos autos da ação de rescisão de contrato de locação residencial cumulada com indenização por danos morais e cobrança de multa contratual ajuizada em face de Cláudio Evaristo Furbino, julgou parcialmente procedente o pedido, declarando rescindido o contrato desde o dia 15.03.07 e condenado o réu ao pagamento da multa contratual e danos materiais no valor de R$490,00 (quatrocentos e noventa reais), afastada a pretensão ao recebimento de indenização por danos morais.

Inconformado, o autor interpõe apelação (f. 89/95-TJ) em que pleiteia a fixação de indenização por danos morais e a majoração da verba honorária.

Não houve contrarrazões, conforme certificado às f. 98-v.-TJ.

Conheço do recurso, por atendidos os pressupostos de admissibilidade recursal.

Preliminar de ofício - nulidade de citação

Levanto, de ofício, ao exame desta egrégia Câmara Julgadora preliminar de nulidade da citação.

Pelo que se vê dos autos, a ação foi proposta pelo locatário em desfavor do locador, este último representado pela imobiliária.

Pelo que se vê dos autos, as partes celebraram contrato de locação residencial, com prazo de trinta meses, em 31.08.06. O autor afirma a existência de diversos vícios no imóvel, o que teria ocasionado o ajuizamento da demanda em que pleiteia a rescisão do contrato, o recebimento da multa contratual, de danos materiais e de danos morais. A ação foi proposta em desfavor do locador, representado pela imobiliária, já que o autor alega desconhecer sua qualificação.

O mandado de citação foi recebido pelo representante da imobiliária, Sr. Idelino Alkimin Júnior (f. 32-v.-TJ), o qual, representando o réu, outorgou poderes a advogado (f. 42-TJ), que apresentou defesa (f. 33/41-TJ).

Juntamente com a peça de defesa, foi também juntada a procuração de f. 43-TJ, em que o réu teria outorgado poderes ao Sr. Idelino para ajuizar ação de cobrança em desfavor do autor.

Constatado pela MM. Juíza que o documento de f. 43-TJ era cópia, foi ordenada a intimação do réu para regularizar sua capacidade postulatória (f. 57-TJ e f. 64-TJ), o que deixou de ser cumprido. Note-se que, às f. 65-v.-TJ, o Sr. Idelino, que recebeu a citação e constituiu advogado em nome do réu, afirma desconhecê-lo.

Foi, então, proferida a interlocutória de f. 71-TJ, nos seguintes termos:

A carta citatória de f. 31 retornou sem cumprir sua finalidade.

Compareceu aos autos pessoa diversa dos demandados, Idelino de Alkimin Júnior, sem capacidade de ser parte, que, ao ser procurado na forma da certidão de f. 65-v., declarou que desconhece o requerido.

Pelo visto, não há citação válida.

Intime-se o demandante para apresentar o endereço para citação dos demandados, no prazo de 10 (dez) dias, sob pena de extinção do feito sem resolução do mérito (f. 71-TJ).

No entanto, o douto Juiz revogou a decisão supratranscrita, determinando que:

> Compulsando os autos com maior acuidade, verifico que no contrato de locação juntado na peça da exordial à f. 11/12 a Nossa Casa Empreendimentos Imobiliários Ltda. figura como representante do locador Cláudio Evaristo Furbino, inclusive assinou o respectivo instrumento, motivo pelo qual, revogo o despacho de f. 71, para declarar a citação válida dos demandados na forma posta na certidão do Sr. Oficial de Justiça à f. 32/verso, contudo, inexistente tornou-se a peça contestatória apresentada à f. 33/56 em face da não regularização da capacidade postulatória dos demandados em Juízo (f. 73-TJ).

Em seguida, foi proferida sentença de procedência parcial do pedido, o que ensejou a irresignação do autor, que recorreu a este Tribunal, objetivando a fixação de indenização por danos morais.

Como se viu, o douto Juiz reconheceu a validade da citação e decretou a revelia, o que, a meu ver, *data venia*, não está correto, diante da nulidade da citação do réu.

É que, apesar de a "Nossa Casa Empreendimentos Imobiliários Ltda." representar o réu nos autos, tendo constituído advogado em seu nome e apresentado contestação, não foi juntado documento hábil a fundamentar tal representação.

De fato, pelo documento de f. 43, juntado por cópia, o réu confere poderes ao Sr. Idelino de Alkimin Júnior para ajuizar ação de cobrança contra o autor, e não para defendê-lo em juízo, muito menos para receber citação e constituir advogado.

Além disso, o fato de o contrato de locação ter sido assinado pela "Nossa Casa Empreendimentos Imobiliários Ltda." não importa em outorga de poderes especiais para receber citação.

A outorga de poderes pelo réu à Imobiliária para administração do imóvel não importa em legitimidade para recebimento de citação em nome do locador.

O art. 215 do CPC determina:

> Art. 215. Far-se-á a citação pessoalmente ao réu, ao seu representante legal ou ao procurador legalmente autorizado.
> § 2º O locador que se ausentar do Brasil sem cientificar o locatário de que deixou na localidade, onde estiver situado o imóvel, procurador com poderes para receber citação será citado na pessoa do administrador do imóvel encarregado do recebimento dos aluguéis.

Não se pode considerar válida a citação do locador na pessoa do administrador do imóvel, já que não há prova de que tenha se ausentado do País.

O fato é que a procuração de f. 43-TJ, além de ser cópia, apenas outorga poderes especiais para ajuizar ação em desfavor do autor, não podendo haver dilação dos poderes, para incluir o de recebimento de citação. Também incorreta, a meu ver, a decretação da revelia, pois o fato de o réu ter sido representado pela imobiliária para firmar o contrato de locação não significa ter conferido poderes para receber citação judicial, a menos que se tivesse demonstrado sua ausência do País, o que não é o caso.

Nesse sentido, já decidiu o egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo:

> Agravo de instrumento ação de declaratória de exoneração de fiança. Locação de imóvel. Requerimento de citação de administradora. Decisão que declara nulo o ato. Inexistência do contrato de outorga de poderes para receber citação. Impossibilidade de defender em nome próprio interesse de terceiro, arts. 3º e 6º CPC - Dever de informar endereço do locador constante em seus cadastros, ante as peculiaridades do caso. Recurso improvido (TJSP, Rel. Des. Francisco Casconi, Agravo de Instrumento nº 0070472-46.2011.8.26.0000, j. em 03.05.11).

Assim, o processo deverá retornar à instância originária para que seja sanada a nulidade, devendo a empresa Nossa Casa Empreendimentos Imobiliários Ltda. fornecer o endereço do réu ou exibir documento hábil a demonstrar a outorga de poderes para recebimento de citação.

Diante do exposto, de ofício, reconheço a nulidade da citação de f. 32v.-TJ e de todos os atos subsequentes e casso a sentença, devendo os autos retornar à instância originária, na forma acima descrita.

Custas, pelo apelante.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES BATISTA DE ABREU e SEBASTIÃO PEREIRA DE SOUZA.

Súmula - ACOLHERAM PRELIMINAR, DE OFÍCIO, DE NULIDADE DA CITAÇÃO.

...

Doação - Escritura pública de doação - Ausência de nulidade - Motivos para revogação - Inexistência de prova

Ementa: Direito civil e processo civil. Ação declaratória de nulidade de negócio. Jurídico. Doação intervivos. Ausência de nulidade da escritura pública de doação. Inexistência de prova dos motivos para revogação.

- Na ação em que se pretende a revogação de doação pela ingratidão do donatário ou pela inexecução de encargo, há de ser verificada com exatidão a ocorrência dos citados motivos através de produção de provas inconcussas, pois ao doador incumbe a prova dos fatos por ele alegados.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0145.09.535727-6/001 - Comarca de Juiz de Fora - Apelante: Luci de Jesus Rocha - Apelados: Hamilton da Silva Rosa e outro, Denise Aparecida Andrade Rosa - Relator: DES. SEBASTIÃO PEREIRA DE SOUZA

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 16ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, à unanimidade, em NEGAR PROVIMENTO AO APELO.

Belo Horizonte, 14 de novembro de 2012 - *Sebastião Pereira de Souza* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. SEBASTIÃO PEREIRA DE SOUZA - Conheço do recurso porque regular e tempestivamente aviado, presentes os pressupostos objetivos e subjetivos de admissibilidade.

Trata-se de recurso de apelação de f. 121/127, interposto contra a r. sentença de f. 119/119-v., que, nos autos da ação anulatória de doação ajuizada por Luci de Jesus Rocha e seu falecido marido, Aldanir Rocha, em face de Hamilton da Silva Rosa e Denise Aparecida Andrade, julgou improcedente o pedido inicial, ao fundamento, em suma, de que os autores não comprovaram qualquer imperfeição no negócio jurídico entabulado entre as partes.

Inconformada, a autora apelou, alegando, em apertada síntese, que restou demonstrado nos autos que houve ingratidão dos réus beneficiários da doação de 50% do imóvel que pertencia a ambas as partes, pois eles não prestaram assistência psíquica, moral e financeira à autora e seu falecido marido, apesar de tal encargo ter sido verbalmente firmado entre as partes.

O caso é o seguinte: autores/doadores e réus/donatários possuíam um imóvel em comum, sendo que nele edificaram uma casa. Em seguida, os autores doaram metade do imóvel aos réus através da escritura pública de f. 19.

O cerne do litígio passa, portanto, pela aferição da ocorrência ou não de motivo que enseja a revogação da doação.

Pois bem. Segundo o art. 555 do Código Civil: "A doação pode ser revogada por ingratidão do donatário, ou por inexecução do encargo".

Pertinente ao caso em comento, as hipóteses em que resta configurada a ingratidão do donatário prevista no art. 557 do código civil:

> Art. 557. Podem ser revogadas por ingratidão as doações:
> I - se o donatário atentou contra a vida do doador ou cometeu crime de homicídio doloso contra ele;
> II - se cometeu contra ele ofensa física;
> III - se o injuriou gravemente ou o caluniou;
> IV - se, podendo ministrá-los, recusou ao doador os alimentos de que este necessitava.

No caso dos autos, os autores nem mesmo indicaram na petição inicial o motivo legal pelo qual a doação deveria ser revogada pela ingratidão. Logo, a suposta ingratidão dos donatários não restou caracterizada.

Lado outro, na petição inicial, os autores também alegaram que os donatários não cumpriram o encargo verbal de cuidarem deles, levando-os uma vez por mês para fazerem compras no supermercado e ao médico, quando necessário, além de lhes fornecer carinho e atenção.

É certo que, nos termos da primeira parte do art. 562 do CC: "A doação onerosa pode ser revogada por inexecução do encargo, se o donatário incorrer em mora [...]". Mas, para a revogação da doação com encargo, é necessária a constituição em mora do donatário,

conforme preceitua a segunda parte desse mesmo artigo: "Não havendo prazo para o cumprimento, o doador poderá notificar judicialmente o donatário, assinando-lhe prazo razoável para que cumpra a obrigação assumida", ônus do qual os autores não se desincumbiram.

Ora, na ação em que se pretende a revogação de doação pela ingratidão do donatário ou pela inexecução de encargo, há de ser verificada com exatidão a ocorrência dos citados motivos através de produção de provas inconcussas, pois ao autor doador incumbe a prova dos fatos por ele alegados - inteligência do art. 333, I, do Código de Processo Civil.

Nos autos, não há sequer indícios de que tal encargo verbal fora firmado entre doadores e donatários, tratando-se, portanto, de doação pura.

Na verdade, ao que parece, os réus tinham, no máximo, uma obrigação moral de dar assistência, com exceção da financeira, aos donatários.

A prova testemunhal colhida às f. 106/109 é de manifesta tibiez, visto que a primeira testemunha arrolada apenas ouviu dizer do referido encargo pela autora (f. 106); que a segunda testemunha nem mesmo conhece os réus (f. 108); e que a terceira testemunha afirmou que ignora a doação (f. 109).

Por tais razões, à prova testemunhal deve ser emprestada diminuta força probatória, de todo insuficiente à sustentação da procedência do pedido.

Assim, a parte autora não se desincumbiu do ônus que lhe cabia - inteligência do art. 333, I, do Código de Processo Civil.

Na petição inicial, também se alegou que a doação é nula porque o bem doado era o único bem dos doadores.

Contudo, a doação ora discutida não é nula, pois aos doadores foi reservado o usufruto vitalício do bem doado, garantindo-lhe a subsistência - inteligência do art. 548 do CC: "É nula a doação de todos os bens sem reserva de parte, ou renda suficiente para a subsistência do doador".

Ressalte-se que não incide no caso a sanção prevista no art. 549 do CC: "Nula é também a doação quanto à parte que exceder à de que o doador, no momento da liberalidade, poderia dispor em testamento".

É que, conforme dispõe o Código Civil, as doações em vida para terceiros estão subordinadas às mesmas regras da disposição de bens pela via do testamento, ou seja, o doador que tiver herdeiros necessários não poderá doar a terceiros mais que cinquenta por cento dos bens que possuir na data da doação, nos termos do art. 1.789 do CC: "Havendo herdeiros necessários, o testador só poderá dispor da metade da herança".

Todavia, a doação ora questionada não pode ser anulada por esse motivo, pois os doadores não tinham herdeiros necessários na data da doação.

Dispositivo.

Com esses fundamentos, nego provimento ao apelo para manter a r. sentença objurgada pelos seus próprios e jurídicos fundamentos e pelos que ora acrescento.

Custas recursais, pela apelante, observado o art. 12 da Lei 1.060/50.

É como voto.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES OTÁVIO DE ABREU PORTES e WAGNER WILSON FERREIRA.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO APELO.

...

Ação anulatória - Cemig - Débitos apurados em vistoria - Consumo de energia não registrado - Reconhecimento da dívida - Acordo celebrado - Validade do negócio jurídico - Inexistência de vício ou defeito

Ementa: Apelação cível. Anulatória de débito. Consumo de energia não registrado. Termo de acordo e reconhecimento de dívida. Manifestação de vontade. Ausência de vício ou defeito do negócio jurídico. Improcedência do pedido.

- Celebrado acordo, espontaneamente, em relação a débitos apurados em vistoria que concluiu pelo consumo de energia não registrado e inexistentes vícios ou defeitos passíveis de anulação do referido ajuste, a improcedência do pedido é medida que se impõe.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.07.593386-1/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: José Francisco Ribeiro - Apelado: Cemig Distribuição S.A. - Relator: DES. CORRÊA JUNIOR

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, à unanimidade, em NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 4 de dezembro de 2012. - *Corrêa Junior* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. CORRÊA JUNIOR - Trata-se de recurso de apelação interposto por José Francisco Ribeiro contra a sentença de f. 88/92, proferida pelo MM. Juiz de Direito da 3ª Vara da Fazenda Pública e Autarquias da Comarca de Belo Horizonte, que, em ação anulatória de débito cumulada com rescisão contratual, com pedido de antecipação dos efeitos da tutela, ajuizada em face de Cemig

Distribuição S.A., julgou improcedente o pedido inicial, revogando a liminar deferida, extinguindo o feito, com fundamento no art. 269, I, do Código de Processo Civil, e condenando o autor ao pagamento de despesas processuais e de honorários advocatícios, estes fixados em R$ 3.000,00 (três mil reais), nos termos do art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil, sobre os quais incidirão os encargos previstos na tabela da Corregedoria-Geral de Justiça e juros de mora de 1% ao mês desde a data do trânsito em julgado, suspensos na forma do art. 12 da Lei nº 1.060/50.

Alega o apelante, f. 94/99, que firmou o Termo de Acordo e Reconhecimento de Dívida em razão da iminência de suspensão da energia de sua residência.

Aduz que não foi comprovada a adulteração no medidor de sua residência e que, se comprovada, decorreu de inspeção efetivada de maneira unilateral, sem a sua participação, em afronta aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

Assevera que a suposta irregularidade no medidor de energia pode ter origem em falha interna, desgaste ou condições ambientais do próprio medidor, ou, ainda, ação de terceiros.

Afirma que a Resolução 456 da Aneel propõe critérios de estimação ou arbitramento, mas não de apuração ou constatação objetiva do que foi consumido ou subtraído do medidor.

Sustenta que a apelada apenas estima valores de forma subjetiva, não havendo boa-fé ou mesmo informação clara, correta ou precisa sobre a quantidade de serviço efetivamente consumido, no período que elege como sendo fraudulento.

Diz que a cobrança de custo administrativo pela concessionária depende de demonstração e que, embora a Resolução da Aneel autorize o lançamento em até 30% do valor a ser recuperado, tais despesas devem ser comprovadas.

Contrarrazões às f. 101/108, pugnando pela manutenção *in totum* da sentença.

Desnecessária a remessa dos autos à Procuradoria de Justiça por inexistir interesse a justificar a intervenção ministerial.

É o relatório.

Conheço do recurso, presentes os pressupostos de admissibilidade.

Analisando cuidadosamente as provas produzidas nos autos, tenho por improcedente o inconformismo do apelante.

In casu, o apelante se insurge contra a cobrança efetuada pela Cemig sobre o fundamento principal de que o débito foi apurado unilateralmente pela concessionária.

Conforme se extrai do "Termo de Ocorrência de Irregularidade - TOI", colacionado à f. 08, a apelada realizou vistoria na unidade consumidora do apelante em 29.03.2007, ocasião em que verificou que a energia consumida não estava sendo registrada e faturada. No referido termo, consta a assinatura da Sra. Jane Lúcia Ribeiro, o que indica ter sido oportunizado ao usuário ou a pessoa de sua família acompanhar e contestar a inspeção realizada.

Além disso, o "Aviso de Débito de Irregularidade", f. 70/71, demonstra ter sido o apelante notificado da dívida, oportunidade em que foi informado da possibilidade de interposição de recurso administrativo no prazo de 10 dias. Contudo, o apelante não fez uso do seu direito de defesa no âmbito administrativo.

Em 3 de abril de 2007, o apelante celebrou, espontaneamente, acordo extrajudicial com a concessionária, reconhecendo o débito e se comprometendo a efetuar o pagamento da quantia de R$ 9.493,29 (nove mil quatrocentos e noventa e três reais e vinte e nove centavos), em 48 parcelas de R$ 313,06 (trezentos e treze reais e seis centavos), após entrada de R$ 950,00 (novecentos e cinquenta reais), conforme "Termo de Acordo e Reconhecimento de Dívida - TARD" acostado às f. 10/11.

Com efeito, verifica-se ter sido o usuário informado a respeito da apuração do débito, inclusive com possibilidade administrativa de exercer o contraditório e a ampla defesa.

No que tange ao acordo pactuado pelas partes, afirma o apelante ter sido aceita a proposta, "ante a iminência de ver a sua luz cortada, prejudicando a vida e a saúde de sua família" (f. 96).

Nos termos do art. 849 do Código Civil, apenas se anula a transação por dolo, coação, ou erro essencial quanto à pessoa ou coisa controversa. Desse modo, para desconstituir o ajuste, competia ao apelante comprovar a existência de vício ou defeito apto a ensejar a sua anulação.

Ao celebrarem acordo referente a débito de consumo de energia não faturada, as partes firmaram um negócio jurídico bilateral, sendo vedada a anulação postulada, em sede judicial, quando inocorrentes quaisquer dos vícios ou defeitos que maculam a sua validade.

A alegação formulada pelo apelante, de que o acordo foi aceito em virtude de "desespero pela iminência do corte da energia", não tem o condão de desconstituir a transação por ele pactuada, sob pena de violação ao que livre e voluntariamente manifestaram os acordantes, máxime por não ter sido comprovado o vício informado.

Assim, no caso em apreço, é incontestável que as partes optaram por solucionar administrativamente a controvérsia, inexistindo razão para a anulação da manifestação de vontade emitida pelos acordantes.

Não foi outro o entendimento desta Câmara, em feito de relatoria da eminente Desembargadora Sandra Fonseca:

> Ementa: Ação anulatória. Cemig. Violação de medidor. Irregularidade constatada. Reconhecimento da dívida. Acordo celebrado. Validade do negócio jurídico. Exigibilidade do débito. Recurso desprovido. - A assinatura do termo de acordo e reconhecimento de dívida pelo apelante junto à concessionária de serviço público evidencia sua anuência com a

cobrança, de maneira que ulterior alegação de ilegalidade deve ser corroborada, com início de prova que aponte a invalidade do negócio jurídico celebrado, mormente porque lhe foi assegurado o contraditório e a ampla defesa. (Apelação Cível 1.0024.10.098509-2/001, Rel.ª Des.ª Sandra Fonseca, 6ª Câmara Cível, julgamento em 05.06.2012, publicação da súmula em 15.06.2012).

Portanto, não demonstrado vício ou defeito apto a ensejar a anulação do acordo livremente pactuado pelas partes, a manutenção do débito é medida que se impõe.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

Custas, pelo apelante, isentando-o do saldar, por litigar sob o pálio da assistência judiciária gratuita.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES EDILSON FERNANDES e ANTÔNIO SÉRVULO.

Súmula - RECURSO NÃO PROVIDO.

...

Ação revisional de aluguel - Exceção de incompetência oposta - Sobrestamento do processo - Inteligência dos arts. 265 e 306 do CPC - Exceção - Art. 266 do CPC - Ausência das hipóteses legais

Ementa: Processual civil. Agravo de instrumento. Ação revisional de aluguéis. Exceção de incompetência oposta. Sobrestamento do processo. Inteligência dos arts. 265 e 306 do CPC. Exceção. Art. 266. Ausência das hipóteses legais.

- Nos exatos termos dos arts. 265 e 306 do diploma instrumental civil, a mera oposição de exceção de incompetência importa no sobrestamento automático do processo, sendo defesa, a partir de então, a prática de quaisquer atos processuais.

- A simples defasagem dos valores de aluguéis está longe de caracterizar perigo de dano irreparável ou de difícil reparação a autorizar a prática de atos processuais até que seja definitivamente julgado o incidente, consoante regra excepcional prevista no art. 266 do mesmo diploma legal.

AGRAVO DE INSTRUMENTO CÍVEL Nº 1.0024. 09.643505-2/001 - Comarca de Belo Horizonte - Agravantes: Ana Maria de Carvalho Costa, Hede Maria de Carvalho Pinto Coelho, Edna Maria de Carvalho Guimarães, Paulo Cezar de Carvalho e outros - Agravados: Rodrigo Gonçalves Torres Freire, Mariane Ribeiro Bueno, Décio Flávio Gonçalves Torres Freire, José Castro Ferreira, Décio Freire Advogados Associados e outro, Mariana Torres Freire - Relator: DES. LUIZ ARTUR 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, à unanimidade, em NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 14 de dezembro de 2012. - *Luiz Artur Hilário* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. LUIZ ARTUR HILÁRIO - Cuida-se de agravo de instrumento interposto contra a r. decisão de f. 92-TJ, da lavra do MM. Juiz da 19ª Vara Cível da Comarca de Belo Horizonte, que, nos autos da ação revisional de aluguéis manejada por Paulo Cezar de Carvalho e outros em face de José de Castro Ferreira e Décio Freire e Associados Advocacia S/C, indeferiu pedido de fixação de locativos provisórios, ao fundamento de que, oposta exceção de incompetência, torna-se imperioso o sobrestamento do processo principal, até que seja definitivamente julgada, nos termos do art. 306 do CPC, sendo, pois, vedada a prática de qualquer ato processual.

Irresignados, pretendem os agravantes a reforma do r. *decisum*, sustentando, em resumo, que o sobrestamento do processo, diante do manejo de exceção de incompetência, não é absoluto, cedendo nas hipóteses em que houver perigo de dano irreparável ou de difícil reparação para as partes, nos termos do art. 266 do diploma instrumental civil, sendo esta, exatamente, a hipótese dos autos.

Destacam que os prejuízos irreparáveis resultam do fato de que os locatários, ora agravados, continuam desfrutando de valioso patrimônio imobiliário, tendo, para tanto, apenas que despender quantia irrisória, a título de aluguel.

Deferida a formação e o processamento do agravo, denegou-se a antecipação da tutela recursal (f. 100/102-TJ).

Contrarrazões, em evidente infirmação, pugnando pelo desprovimento do recurso (f. 106/118-TJ).

Prestadas informações pelo Prolator da decisão agravada à f. 144-TJ, manifestou-se por sua manutenção, ressaltando ter o recorrente cumprido determinação do art. 526 do CPC.

Presentes os pressupostos que regem sua admissibilidade, conhece-se do recurso.

Rebelam-se os agravantes contra a r. decisão de primeiro grau que, diante do incidente de exceção de incompetência oposto pelos ora agravados, determinou o sobrestamento do processo, visando à revisão de aluguéis.

Estatui o art. 265, III, do Digesto Processual Civil, *litteris*:

> Art. 265. Suspende-se o processo:
> [...]

> III - quando for oposta exceção de incompetência do juízo, da câmara ou do tribunal, bem como de suspeição ou impedimento do juiz.

Por sua vez, preceitua o art. 306 do mesmo diploma legal:

> Art. 306. Recebida a exceção, o processo ficará suspenso (art. 265, III), até que seja definitivamente julgada.

Extrai-se dos dispositivos legais em evidência que a mera oposição de exceção de incompetência importa no sobrestamento automático do processo, sendo defesa, a partir de então, a prática de quaisquer atos processuais.

A respeito, a jurisprudência do colendo Superior Tribunal de Justiça:

> Processual civil. Recurso especial. Competência. Prevenção. Ação civil pública. Litisconsórcio. Sentença. Efeitos. Terceiros. Exceção de incompetência. Suspensão. Prazo contestação. Revelia. Efeitos. [...]. - 8. A simples oposição de exceção de incompetência, independentemente de seu recebimento pelo magistrado, é ato processual apto para produzir a suspensão do processo, a não ser que haja indeferimento liminar da exceção de incompetência (STJ. REsp 1171404/RJ, Rel.ª Min.ª Nancy Andrighi, Terceira Turma, j. em 15.09.2011, *DJe* de 29.09.2011).

No mesmo norte, o aresto abaixo transcrito, oriundo desta eg. Corte de Justiça, como tantos outros:

> Ação de indenização. Exceção de incompetência. Recebimento. Suspensão do feito. Prática de atos processuais. Vedação. - Nenhum ato processual pode ser praticado antes de haver decisão da exceção de incompetência, no Juízo de primeiro grau, sob pena de nulidade, em razão da ofensa aos arts. 265, inciso III, e 306 do CPC. Apelação principal provida e apelação adesiva julgada prejudicada (TJMG. Agravo de Instrumento nº 1.0433.06.199546-3/001, Rel. Des. Pereira da Silva, j. em 26.05.09).

Entretanto, tais regras devem ser mitigadas nas hipóteses em que houver perigo de dano irreparável ou de difícil reparação às partes, quando o juiz, fundamentadamente, poderá determinar a realização do ato.

É o que dispõe o art. 266 do CPC, *litteris*:

> Art. 266. Durante a suspensão é defeso praticar qualquer ato processual; poderá o juiz, todavia, determinar a realização de atos urgentes, a fim de evitar dano irreparável.

Sustentam os recorrentes que esta seria exatamente a hipótese dos autos, porquanto a manutenção dos agravados no imóvel, que intitulam de "valioso patrimônio imobiliário", mediante simples pagamento mensal de quantia irrisória, a título de aluguel, resultaria em "prejuízos irreparáveis".

Rogata venia, a meu inteligir, a simples defasagem dos valores dos aluguéis está longe de caracterizar perigo de dano irreparável ou de difícil reparação a autorizar a prática de atos processuais, até que seja definitivamente julgada a exceção, mesmo porque os agravantes continuam percebendo, mensalmente, a esse título, a quantia de R$14.000,00 (quatorze mil reais), sendo que, ainda que este seja o seu único rendimento, traduz importância, por certo, suficiente a prover o seu sustento até a retomada do curso do processo e consequente apreciação da liminar de fixação de locativos provisórios.

Em suma, oposta a exceção de incompetência, o processo fica automaticamente sobrestado, sendo defeso ao julgador decidir sobre liminar de fixação de locativos provisórios, por não se tratar de ato urgente ou passível de causar dano irreparável.

Por fim, apenas a título de registro, esclareça-se que, no caso de eventual julgamento da exceção de incompetência e de recalcitrância do Juízo de primeiro grau em promover o regular prosseguimento do feito, cumpre à parte provocar o Magistrado a proferir decisão, ao fito de propiciar a interposição de recurso, devolvendo, assim, a esta instância revisora o exame da questão.

Com tais razões de decidir, nega-se provimento ao agravo, mantendo-se incólume a r. decisão atacada por seus e por estes fundamentos.

Custas recursais, pelos agravantes.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES MOACYR LOBATO e AMORIM SIQUEIRA.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Liquidação de sentença - Artigos - Necessidade de alegação e comprovação de fato novo - Extensão dos danos - Honorários periciais - Adiantamento pela parte liquidante - Art. 33 do CPC - Inteligência

Ementa: Agravo de instrumento. Liquidação de sentença. Artigos. Necessidade de alegação e comprovação de fato novo. Extensão dos danos. Honorários periciais. Adiantamento pela parte liquidante. Inteligência do art. 33 do Código de Processo Civil.

- A liquidação por artigos é adotada quando, para determinar o valor da condenação, houver necessidade de alegar e provar fato novo, assim compreendido o evento ainda não verificado no processo, seja porque superveniente ao título, seja porque não objeto de alegação e prova durante a instrução processual.

- A necessidade de demonstração da extensão dos danos reclama a adoção do procedimento de liquidação por artigos.

- Incumbe à parte que promove a liquidação o adiantamento dos honorários do perito, pois a ela interessa a apuração do *quantum debeatur*. Inteligência do art. 33 do Código de Processo Civil.

AGRAVO DE INSTRUMENTO CÍVEL Nº 1.0024. 05.689938-8/004 - Comarca de Belo Horizonte - Agravante: Cia. de Seguros Minas Brasil - Agravada: Conshab Construtora Habitacional Ltda. 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, à unanimidade, em DAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 11 de dezembro de 2012. - *Márcio Idalmo Santos Miranda* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. MÁRCIO IDALMO SANTOS MIRANDA - Trata-se de agravo de instrumento interposto por Cia. de Seguros Minas Brasil contra decisão (f. 1.072-TJ) proferida pelo douto Juízo da 1ª Vara Cível da Comarca de Belo Horizonte, que, nos autos da ação de cobrança c/c pedido de indenização ajuizada por Conshab Construtora Habitacional Ltda., nomeou perito e determinou que os honorários fossem pagos pela executada, ora recorrente, dando início, assim, à fase de liquidação de sentença por arbitramento.

Em suas razões recursais, alega a agravante que, no caso em tela, a liquidação de sentença deverá ser realizada por artigos - e não por arbitramento -, considerada a necessidade de provar fatos novos.

Diz inexistir, nos autos,

> elementos a serem periciados, fazendo-se necessário que a autora, ora agravada, ainda demonstre mais claramente o efetivo prejuízo sofrido com a suposta perda do projeto da hidroelétrica/ranário, bem como os custos com a reconstrução do imóvel afetado pelo fogo (f. 12-TJ).

Acrescenta que, nos termos do art. 475-E do Código de Processo Civil, far-se-á a liquidação por artigos quando, para determinar o valor da condenação, houver necessidade de alegar e provar fato novo, tendo referido dispositivo legal aplicabilidade ao caso concreto.

Aduz que a manutenção da decisão agravada constitui manifesta afronta ao princípio da coisa julgada, "uma vez que vai de encontro ao que restou estabelecido pela sentença primeva e que fora mantido pelo acórdão proferido em sede de apelação, já transitados em julgado" (f. 12-TJ).

Insurge-se, ainda, contra a determinação de pagamento dos honorários periciais, pois, no seu entendimento, incumbe ao credor proceder ao adiantamento, haja vista ser ele o requerente do procedimento, aplicando subsidiariamente à liquidação de sentença as regras processuais referentes à prova pericial.

Ao final, pugna pela concessão de efeito suspensivo ao recurso, bem como pelo seu conhecimento e provimento do agravo de instrumento, de modo a determinar a adoção do procedimento de liquidação de sentença por artigos e, na eventualidade de ser mantida a liquidação por arbitramento, ser a agravada responsabilizada pelo pagamento dos honorários periciais.

Preparo regular, à f. 1.146-TJ.

Deferido, às f. 1.154/1.155, pelo Desembargador Relator originário, o pedido de efeito suspensivo.

Contraminuta apresentada às f. 1.161/1.163.

Feito este breve relato, apenas no indispensável à compreensão da controvérsia estabelecida em sede recursal, passo ao voto.

O recurso, a meu aviso, merece provimento.

De início, registro que a questão a ser analisada se limita à verificação do procedimento a ser adotado para a efetiva liquidação de sentença já transitada em julgado, não sendo admitida a análise de questões de fundo acerca do direito discutido na demanda.

Conshab Construtora Habitacional Ltda. ajuizou, em face de Cia. de Seguros Minas Brasil, ação de cobrança, buscando obter indenização securitária, em virtude de o imóvel e demais bens descritos na peça de ingresso terem sido destruídos por incêndio.

O douto Juízo de 1º grau, em sentença de f. 818/826-TJ, julgou parcialmente procedentes os pleitos iniciais, para

> condenar a requerida a pagar ao autor o valor dos prejuízos com projeto de hidroelétrica/ranário, reconstrução do imóvel e referente a produtos, equipamentos e materiais diversos, cujos valores deverão ser apurados em liquidação de sentença, até os limites garantidos pela apólice de seguro mencionada nestes autos.

Em ato sequencial, ambas as partes interpuseram apelação, tendo este Tribunal de Justiça - em acórdão de f. 1.030/1.011-TJ - provido os recursos, mas tão somente para reformar questões atinentes aos honorários advocatícios arbitrados e ao termo inicial da correção monetária.

Passado em julgado o *decisum* (*vide* f. 1.063-TJ), requereu a agravada fosse iniciada, na modalidade de arbitramento, a liquidação da sentença, pugnando, naquela oportunidade, pela nomeação de perito nos termos do art. 475-D do Código de Processo Civil.

Diante desse requerimento, proferiu o douto Juízo primevo a decisão agravada nos seguintes termos:

> Nomeio engenheiro Dr. Acir Sousa e Silva Júnior, como perito, com escritório na Av. do Contorno, 4023, sala 604, fones 3227-1966 e 9983-0675, cujas despesas correrão por conta do executado.
>
> As partes poderão, em 5 dias, indicar assistentes e formular quesitos.

> Intime-se o perito para dizer se aceita o encargo e apresentar sua proposta de honorários (f. 1.072-TJ).

Contra essa decisão foram opostos embargos declaratórios (f. 1.074/1.080-TJ), que foram rejeitados pelo Juízo primevo (f. 1.081-TJ), "por não vislumbrar obscuridade, contradição ou omissão na decisão proferida".

De acordo com o Código de Processo Civil, em seu art. 475-C, far-se-á a liquidação por arbitramento quando:

> I - determinado pela sentença ou convencionado pelas partes;
> II - o exigir a natureza do objeto da liquidação.

Sobre o tema, ensinam Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira:

> Liquidação por arbitramento é aquela em que a apuração do elemento faltante para a completa definição da norma jurídica individualizada depende apenas da produção de uma prova pericial.
> [...] Deve-se proceder à liquidação por arbitramento, quando assim o exigir a natureza do objeto da liquidação; é dizer, quando a perícia mostrar-se como o meio idôneo para a quantificação da obrigação certificada. É o que ocorre, por exemplo, quando é necessário valer-se do conhecimento especializado de engenheiro para aferir a extensão dos danos causados num prédio em virtude do desabamento do prédio vizinho, ou do conhecimento de um médico para aferir o grau de incapacidade laborativa da pessoa em favor de quem fora certificado o direito à percepção de pensão mensal decorrente de acidente de trabalho, ou ainda para se aferir o valor pecuniário da coisa que deveria ser entregue, da obrigação de fazer ou de não fazer, que não puderam ser cumpridas na forma específica (*Curso de direito processual civil*. 2. ed. Salvador, Bahia: Editora JusPodivm, v. 2, 2008. p. 467/468).

A liquidação por artigos, por sua vez, deve ser adotada quando, para determinar o valor da condenação, houver necessidade de alegar e provar fato novo, como estabelecido no 475-E do Código de Processo Civil.

Por fato novo há de se entender o evento ainda não verificado no processo, seja porque superveniente ao título, seja porque não objeto de alegação e prova na fase de instrução.

Sua definição não se dá, necessariamente, em razão do momento em que, na ordem cronológica dos fatos, ocorreu, mas em função de seu aparecimento, para discussão no processo.

No caso em tela, necessária se faz, na fase de liquidação, não somente a demonstração do valor dos prejuízos a serem indenizados, mas impondo-se, antes disso, definir a extensão dos danos causados pelo incêndio.

E assim porque, na sentença exequenda (f. 818/826-TJ), o douto Juízo de primeiro grau postergou, para a fase de liquidação, a definição do "montante da perda", possivelmente experimentada pela parte exequente em decorrência da destruição, pelo incêndio, de "projeto de construção da hidroelétrica/ranário", bem como do "custo de reconstrução do imóvel afetado pelo fogo".

É o que se colhe do seguinte trecho do julgado (f. 825-TJ):

> [...] Quanto ao projeto de construção da hidroelétrica/ranário, as provas dos autos não excluem a possibilidade de que eles estivessem no interior do imóvel incendiado. Todavia, mesmo que tenham sido atingidos pelo fogo, não implica a impossibilidade de sua recuperação, uma vez que a testemunha Marcos Noraldino Mendonça, f. 383/384, afirma ter consigo o original do estudo do projeto de implantação elétrica.
> Sendo assim, se prejuízo houve, não terá sido integral, porquanto o montante da perda com o projeto há de ser melhor demonstrado.
> A correção monetária haverá de incidir sobre o montante que vier a ser reconhecido ao final, não podendo ser fixada aleatoriamente, como pretende a autora.
> Também não há prova nos autos do custo de reconstrução do imóvel afetado pelo fogo, embora haja um orçamento unilateral da autora.

Vê-se, pois, que, para a definição do valor da indenização, necessária a prova de fatos novos, ou seja, que não foram, antes, objeto de demonstração nos autos, dizendo respeito à extensão dos danos relativos à possível perda de projeto de construção da hidroelétrica/ranário, bem como ao custo de reconstrução do imóvel atingido pelo fogo.

Inafastável, em tais condições, a adoção da modalidade de liquidação por artigos.

Registre, aliás, que existe a possibilidade de a liquidação resultar negativa (liquidação com "dano zero"), no que tange aos supostos prejuízos com o projeto de hidroelétrica/ranário, o que - frise-se - restou reconhecido pelo próprio Juízo de 1º grau.

Sobre a questão, esclarecem Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery:

> Liquidação zero. Limites. Somente a liquidação por artigos pode resultar negativa, dado que nela se tem de provar fato novo, porque o *an debeatur* foi fixado na sentença sem grau de extensão (a caracterizar-se pela prova dos artigos de liquidação). A liquidação por arbitramento, porque já se fixou o *an debeatur*, em extensão máxima indiscutível, por decisão transitada em julgado (CPC 475-G), é impossível resultar negativa: o perito terá de, forçosamente, atribuir um valor à condenação já determinada pela sentença de conhecimento transitada em julgado, sob pena de ofender-se a coisa julgada, negando-se vigência ao CPC 475-G (*Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*. 11. ed.)

Há, em realidade, a necessidade de demonstração de fatos novos que não foram objeto de conhecimento no momento da formação do título judicial, sendo insuficiente o procedimento da liquidação por arbitramento para a complementação da atividade cognitiva.

Não é inútil salientar que a prova pericial poderá ser também necessária em liquidação por artigos, que deverá seguir o rito ordinário ou sumário, não sendo restrita ao procedimento de liquidação por arbitramento, que possui menor amplitude.

No pertinente ao Enunciado nº 344 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça, vale seu registro: "a liquidação por forma diversa da estabelecida na sentença não ofende a coisa julgada".

Assim, a forma como se deve liquidar uma decisão é algo que não se sujeita à coisa julgada. Se o título judicial estabelecer, por exemplo, que a liquidação se faça por artigos, nada impede que ela se faça por arbitramento.

Reformada, pois, a decisão agravada nesse aspecto.

Insurge-se, ainda, a agravante contra a determinação de pagamento dos honorários periciais, pois, no seu entendimento, incumbe ao credor proceder ao adiantamento, haja vista ser ele o requerente do procedimento.

Razão lhe assiste, encontrando a tese defendida pela recorrente respaldo no art. 33 do Código de Processo Civil.

Dúvidas não há acerca da aplicação do regime da prova pericial (arts. 420 a 439), no que couber e não for incompatível com os arts. 475-C e 475-D, ambos do Código de Processo Civil.

Assim, incumbe à parte que promove a liquidação o adiantamento dos honorários do perito, pois a ela interessa a apuração do *quantum debeatur*. Contudo, a despesa deverá, ao final, ser-lhe ressarcida se a parte contrária for sucumbente, sendo essa a inteligência dos dispositivos processuais aplicáveis à distribuição dos ônus sucumbenciais.

Por tais considerações, dou provimento ao agravo e o faço para determinar seja observada a modalidade de liquidação de sentença por artigos, bem como para reconhecer que os honorários periciais, se devidos, deverão ser adiantados pela parte liquidante, cabendo-lhe, eventualmente, o ressarcimento de dita despesa.

Custas recursais, pela parte agravada.

É como voto.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES MOACYR LOBATO e AMORIM SIQUEIRA.

Súmula - DERAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Servidor público - Auxiliar da Polícia Civil - Adicional de insalubridade - Prova emprestada - Imprestabilidade

Ementa: Servidor público. Auxiliar da Polícia Civil. Adicional de insalubridade. Prova emprestada. Imprestabilidade.

- A perícia técnica pode ser emprestada desde que produzida sob o crivo do contraditório e tenha como objeto a mesma matéria probante ou os mesmos fatos que interessam ao processo que a recebe.

- Não sendo possível aferir se o autor desempenha as mesmas funções daqueles servidores que se submeteram à perícia técnica em outros processos, não obstante ocupar, também, o cargo de Auxiliar da Polícia Civil, e inexistentes outras provas, deve ser mantida a sentença que julgou improcedente o pedido de adicional de insalubridade.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.09.692105-1/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Almir Ferreira da Costa Filho - Apelado: Estado de Minas Gerais - Relator: DES. ALYRIO RAMOS

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, em NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 22 de novembro de 2012. - *Alyrio Ramos* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. ALYRIO RAMOS - Trata-se de apelação interposta por Almir Ferreira da Costa Filho, Auxiliar da Polícia Civil do Estado de Minas Gerais, contra a sentença de f. 94/100, proferida pelo MM. Juiz de Direito da 7ª Vara da Fazenda Pública e Autarquias da Comarca de Belo Horizonte, Dr. Carlos Donizetti Ferreira da Silva, que julgou improcedente o pedido inicial da ação ordinária ajuizada pelo apelante contra o Estado de Minas Gerais.

O apelante alegou, inicialmente, que a prova pericial é o único meio apto a comprovar o seu direito ao recebimento do adicional de insalubridade, não podendo o ilustre Magistrado desconsiderar a perícia técnica tomada como prova emprestada dos Autos de nºs 0024.08.043069-7 e 0024.08.061237-7, a qual não padece de vícios e foi submetida ao contraditório, ressaltando que ocupa o mesmo cargo e exerce funções idênticas aos autores das mencionadas ações. Afirmou que restou demonstrado nos referidos feitos que os servidores que trabalham no Instituto de Criminalística, desempenhando funções de auxílio aos peritos nos locais de crime, exercem atividades em condições de insalubridade no grau médio, tendo em vista a exposição aos vírus, às bactérias, aos protozoários em secreções humanas e em sangue. Asseverou que, consoante as fotografias e os laudos periciais juntados aos autos, faz jus ao recebimento do adicional de insalubridade, pois entendimento contrário enseja o enriquecimento ilícito da Administração Pública. Aduziu que a Constituição da República e a Constituição Estadual reconhecem o direito dos servidores públicos ao recebimento do adicional de insalubridade, não podendo ser obstado pelo Regime Estatutário dos Policiais Civis. Salientou que a gratificação por serviço policial não se presta a remunerar o trabalho desempenhado em ambiente perigoso e insalubre. Ressaltou, por

fim, que a gratificação por trabalho policial incorporada ao vencimento do policial civil constituiu verdadeiro reajuste salarial (f. 102/117).

O apelado apresentou contrarrazões (f. 119/126), pugnando pela manutenção da sentença.

Conheço do recurso, visto que presentes os pressupostos de admissibilidade.

O autor pretende o recebimento do adicional de insalubridade, fundamentando sua pretensão no fato de que exerce as funções de Auxiliar da Polícia Civil, em ambientes insalubres. Afirmou que conduz a viatura policial aos locais dos crimes e auxilia os peritos criminais, exercendo suas atividades em contato com tecidos humanos, vísceras, sangue e material biológico contaminado. Apresentou, com a inicial, dois laudos periciais produzidos em outras ações envolvendo servidores que supostamente exercem atividades idênticas àquelas exercidas por ele, para que fossem tomadas como prova emprestada. Apresentou, também, as fotografias de f. 12/13, visando à comprovação de suas alegações.

É inconteste que a prova emprestada é plenamente admissível como meio de prova legítimo e idôneo, nos termos do art. 332 do Código de Processo Civil, justificando, ainda, a sua utilização em razão dos princípios da celeridade e da economia processuais. Porém, dois requisitos são essenciais à sua utilização, quais sejam a submissão da outra perícia ao crivo do contraditório e a similitude da questão versada em um e outro processo, tornando desnecessária a repetição da prova.

Sem embargo de o juiz não estar adstrito ao laudo pericial nos pleitos reivindicatórios de adicional de periculosidade ou insalubridade, é inegável que tal prova técnica assume um papel de destaque em cotejo com as demais provas, porquanto o magistrado carece de conhecimentos técnicos para concluir de modo contrário.

Todavia, no caso em questão, entendo que a sentença não merece reparo, pois não é possível aferir se, realmente, o autor desempenha as mesmas funções daqueles servidores que se submeteram à debatida perícia técnica, não obstante ocupar, também, o cargo de Auxiliar da Polícia Civil (motorista). Cabia ao autor requerer a produção da prova pericial para comprovar as suas alegações, uma vez que a função de motorista, por si só, não traz ínsito o componente insalubridade.

No presente caso, não se pode vislumbrar a identidade dos fatos. Portanto, a prova pericial emprestada não se revela válida para demonstrar que o autor labora em condições insalubres, tais como os servidores que participaram da elaboração da prova emprestada.

Cabe salientar que o fato de o MM. Juiz *a quo* ter deferido a prova pericial emprestada não tem o condão de vincular o julgador ao respectivo laudo, pois este será apreciado quando da prolação da sentença, considerando-se, ainda, as outras provas. Ademais, como já exposto, o sentenciante não está adstrito à prova técnica, podendo firmar sua convicção com outros elementos ou fatos provados pelas partes.

Cumpre ressaltar que o autor não requereu outras provas que pudessem comprovar suas alegações, como a testemunhal, por exemplo, não sendo as duas fotografias juntadas à f. 12/13 suficientes para comprovar suas alegações.

Por derradeiro, mister registrar que as outras questões apontadas pelo apelante, em suas razões, não serão apreciadas, tendo em vista se revelarem estranhas aos fundamentos da sentença.

Com essas considerações, nego provimento ao recurso.

Custas recursais, pelo apelante, observada a gratuidade judiciária.

DES. EDGARD PENNA AMORIM - De início, registro que, não obstante tivesse alhures acompanhado o entendimento de que incabível o pagamento do adicional de insalubridade a servidor dos quadros da Polícia Civil (cf. Apelação Cível nº 1.0024.08.837615-7/001, Rel. Des. Fernando Botelho, j. em 11.03.2010, *DJe* de 05.05.2010), esse entendimento foi por mim revisto, após o julgamento do Incidente de Uniformização de Jurisprudência nº 1.0024.08.941612-7/004 pelo egrégio Órgão Especial, sob a relatoria do eminente Des. Silas Vieira, o qual, embora versasse sobre o adicional noturno, infirmou a tese de que os adicionais e as gratificações previstas no art. 127 da Lei Estadual nº 5.406/69 - dentre as quais a gratificação por risco de contágio - compensariam o desempenho das atividades sob regime ou condições especiais.

Nesse contexto, malgrado o policial civil em tese faça jus ao recebimento do adicional de insalubridade, por expressa previsão do art. 31, § 6º, inc. III, da Constituição Estadual e do art. 13 da Lei Estadual nº 10.745/90, convenço-me do acerto do voto do eminente Relator no sentido de que não demonstrada a efetiva exposição do demandante aos agentes nocivos e o respectivo grau de nocividade, para o que não se revela bastante a prova emprestada de outro processo.

Com tais registros, na esteira do voto que me precedeu, nego provimento à apelação.

DES.ª TERESA CRISTINA DA CUNHA PEIXOTO - De acordo com o Relator.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Ação de execução - Cheques emitidos por terceira pessoa - Ausência de endosso - Responsabilidade - Limitação ao título emitido - Princípio da literalidade - Retificação do polo passivo - Momento processual impróprio

Ementa: Apelação cível. Embargos do devedor. Execução de cheques. Contas correntes e emitentes diversos. Ausência de endosso. Responsabilidade do embargante limitada ao título emitido. Honorários advocatícios. Redução. Possibilidade. Sentença parcialmente reformada.

- Em que pese a alegação de que os demais títulos que instruíram a execução foram dados como forma de pagamento pela aquisição de mercadoria pelo embargante, em virtude do princípio da literalidade, somente se obriga em relação ao título de crédito aquele que firmou a cártula, ou o endossou, o que não ocorreu na hipótese.

- Considerando que a demanda possui baixo grau de complexidade e tramitou de forma relativamente célere, não se justifica o valor fixado a título de honorários advocatícios, assistindo razão ao apelante quando pugna pela sua redução.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0110.12.000537-3/001 - Comarca de Campestre - Apelante: Varnei Penha - Apelado: Frigorífico Zanett Ltda. - 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, à unanimidade, em DAR PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 29 de novembro de 2012. - *Alberto Henrique* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. ALBERTO HENRIQUE - Trata-se de recurso de apelação, interposto por Varnei Penha, contra a r. sentença de f. 89/92, proferida nos autos dos embargos à execução opostos pelo apelado, Frigorífico Zanett Ltda., em desfavor do apelante, via da qual o MM. Juiz *a quo* acolheu parcialmente os embargos, "para decotar do valor cobrado o montante de R$ 49.297,07, consolidando a dívida, na data do ajuizamento da execução, em R$ 136.786,36 (cento e trinta e seis mil, setecentos e oitenta e seis reais e trinta e seis centavos)". Por conseguinte, condenou o embargado ao pagamento das custas e honorários advocatícios, que fixou em R$ 4.929,07 (quatro mil, novecentos e vinte nove reais e sete centavos).

Irresignado, busca o embargado a reforma da decisão, alegando, em síntese, que o douto Magistrado não observou que os cheques emitidos perfazem o valor exato do débito, descontando-se o valor já pago pelo devedor.

Salienta, outrossim, que, embora o ilustre Magistrado tenha decotado parte da dívida oriunda dos títulos emitidos por terceira pessoa, reconheceu expressamente que tais títulos foram dados como forma de pagamento pela compra de mercadorias pelo embargante/apelado.

Ressalta que somente aceitou os títulos em questão, tendo em vista o grau de parentesco com os sócios proprietários da empresa apelada, "senão obviamente pediria endosso do representante legal da devedora".

Entende que, por uma questão de economia processual, a empresa Rejane Maria de Souza Bueno Zanetti - ME deveria compor a presente lide.

Pugna, ao final, pela reforma da decisão.

Preparo regular à f. 100.

Contrarrazões acostadas às f. 102/113.

Eis o relato do essencial.

Presentes os seus pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

Trata-se de embargos à execução, por meio dos quais o embargante pretende seja reconhecido o excesso de execução, sob o argumento de que não pode ser responsabilizado pelo pagamento de títulos emitidos por terceira pessoa - Rejane Maria de Souza Bueno Zanetti - ME, o que fora acolhido pelo douto julgador, que decotou parte do débito exequendo.

Inconformado, o exequente/credor pugna pela reforma da decisão, salientando que as provas dos autos demonstram que os cheques, mesmo emitidos por terceira pessoa, o foram como forma de pagamento das mercadorias adquiridas pelo ora apelado.

Com a devida vênia, quanto a esse ponto, razão não assiste ao recorrente.

Com efeito, como bem salientou o douto julgador singular, o embargante/apelado emitiu 7 (sete) dos 15 (quinze) títulos que instruíram o feito executório, cópias às f. 25/29.

Dessarte, em relação ao pagamento dos cheques emitidos por Rejane Maria de Souza Bueno Zanetti - ME - de nº 854002, 854003, 854004, 853869, 854000, 854001, por óbvio, não há mesmo como exigir que o apelado arque com os valores ali constantes, se não existe endosso ou aval de sua parte nos títulos em questão.

Conforme explica Fran Martins, ao tratar do tema,

> O endosso deve constar da assinatura do endossante, seja pessoa física ou jurídica, de maneira que tal assinatura o identifique. Pode, assim, ser uma assinatura com o nome completo ou abreviado do endossante. Em se tratando de uma pessoa jurídica, será o nome próprio dessa pessoa (firma, denominação ou designação oficial, quando se tratar de uma pessoa jurídica não comercial) seguida do nome de quem lança essa designação, para que se saiba se tal pessoa

> tinha ou não poderes para usá-la validamente (*Títulos de Crédito*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 319).

Em que pese a alegação de que os demais títulos que instruíram a execução foram dados como forma de pagamento pela aquisição de mercadoria pelo embargante, em virtude do princípio da literalidade, somente se obriga em relação ao título de crédito aquele que firmou a cártula, ou o endossou, o que, como visto, não ocorreu na hipótese.

Dessarte, não há como impor a responsabilidade ao executado pelas obrigações de tais cártulas, haja vista, repita-se, não ter firmado os títulos na condição de devedor ou endossante.

Salienta-se, outrossim, que descabe falar, nesse momento, em retificação do polo passivo da ação, para o fim de incluir-se a emitente dos demais títulos que instruíram a inicial da execução, porquanto, além de o embargante/apelado se opor, a composição ideal do polo passivo deveria ter sido feita oportunamente pelo exequente, e não na atual fase do processo.

Em caso análogo, assim decidiu o e. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

> Execução de cheques de contas correntes diversas e signatários diversos. Embargos à execução. Impugnação ao benefício da assistência judiciária gratuita deferido ao exequente e embargado. Atributos dos títulos de crédito sob execução e polo passivo da execução. Origem da dívida. Prova da quitação. Presunção de falta de recursos para custear as despesas das demandas. A execução de cheques de contas corrente diversas, com signatários diversos, deve incluir ambos os emitentes no polo passivo. A inclusão de apenas um dos emitentes gera a exclusão dos cheques que não foram emitidos pelo mesmo. E com o adiantar do procedimento na execução e nos embargos à execução, em que se arguiu essa matéria, mostra-se impossível a retificação do polo passivo, justamente porque o executado se opõe, não se tratando da mesma conta corrente co-titulada pelo outro emitente. A literalidade prevalece na execução de cheques, e a parte deverá buscar seu crédito remanescente em outro processo de execução, movido em face do emitente. O documento apresentado pela parte embargante não caracteriza quitação da dívida, segundo os elementos de prova trazidos ao processo. A presunção de falta de recursos para custeio dos processos pelo exequente, embargado e impugnado, no caso concreto, não foi desconstituída pelo impugnante, embargante e executado. Apelações e recurso adesivo improvidos (Processo nº 70048389290 Relator Carlos Cini Marchionatti, 20ª Câmara Cível).

Por fim, no que tange ao valor fixado a título de honorários advocatícios, tenho que razão assiste ao apelante, senão vejamos.

Como é cediço, os honorários sucumbenciais deverão ser fixados consoante apreciação equitativa do juiz, nos termos da norma do § 4º do art. 20 do CPC, atendidas as diretrizes das alíneas constantes no § 3º do mesmo artigo.

> Art. 20. A sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou e os honorários advocatícios. Essa verba honorária será devida, também, nos casos em que o advogado funcionar em causa própria.
> [...]
> § 3º Os honorários serão fixados entre o mínimo de 10% (dez por cento) e o máximo de 20% (vinte por cento) sobre o valor da condenação, atendidos:
> a) o grau de zelo do profissional;
> b) o lugar de prestação do serviço;
> c) a natureza e a importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.
> § 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, considerando o trabalho desenvolvido, a pequena complexidade da causa e os poucos meses em que os embargos tramitaram, não se justifica mesmo a manutenção da verba honorária fixada pelo d. Magistrado primevo em R$ 4.929,07 (quatro mil, novecentos e vinte nove reais e sete centavos), sendo pertinente a diminuição do encargo.

Assim, atento às alíneas do parágrafo mencionado alhures, entendo que o valor dos honorários advocatícios deve ser reduzido ao patamar de R$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais), sem que, com isso, deixe o douto procurador de receber dignamente pelo serviço prestado.

Assim, é de se dar parcial provimento à apelação do embargado, ora apelante.

Mediante tais considerações, dou parcial provimento ao recurso, apenas para reduzir os honorários advocatícios, fixando-os em R$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais). Quanto ao mais, mantenho incólume a decisão singular.

Custas, pelo apelante.

É como voto.

DES. LUIZ CARLOS GOMES DA MATA - De acordo com o Relator.

DES. JOSÉ DE CARVALHO BARBOSA - De acordo com o Relator.

Súmula - DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Indenização - Culpa concorrente - Instituição de ensino - Participação nas solenidades de formatura - Reprovação - Exposição da situação do estudante - Negligência do aluno

Ementa: Ação indenizatória. Instituição de ensino. Participação de aluno em colação de grau e em solenidades de formatura sem aprovação no ensino funda-

mental. Conduta descompromissada do aluno. Ciência de sua situação educacional. Ato ilícito e prejuízo ao aluno. Inocorrência. Nexo causal. Inexistência. Dever de indenizar. Ausência.

- Para que haja a obrigação de indenizar por danos morais, é necessária a presença de três requisitos, quais sejam: ilicitude da conduta, nexo de causalidade e dano.

- Comprovado nos autos que, se sofreu o aluno algum tipo de constrangimento, este não foi perpetrado por conduta negligente da instituição de ensino, mas sim por sua atitude descompromissada para com os seus deveres escolares, excluída fica dita a responsabilidade por ato ilícito que busca reparação.

- Não restando comprovado nos autos que a comunicação de reprovação e a solicitação de retirada do aluno da sala de aula tenham sido feitas de forma constrangedora e ofensiva, não há falar em dano moral a ser indenizado.

Recurso não provido.

Apelação Cível nº 1.0525.11.004369-8/001 - Comarca de Pouso Alegre - Apelante: Menor representado p/ Mãe - Apelados: Cnec - Campanha Nacional Escolas Comunidade, Colégio Cenetista Senador Eduardo Amaral - Relator: DES. ALVIMAR DE ÁVILA

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, à unanimidade, em NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 5 de dezembro de 2012. - *Alvimar de Ávila* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. ALVIMAR DE ÁVILA - Trata-se de recurso de apelação interposto por Menor representado pela mãe, nos autos da "ação de indenização por danos materiais e morais" que move em face do Colégio Cenetista Senador Eduardo Morais e Campanha Nacional de Escolas, contra decisão que julgou parcialmente procedentes os pedidos iniciais (f. 179/182).

O apelante alega, em suas razões recursais, que a discussão travada nesta ação não versa sobre a sua reprovação, mas sim sobre os atos indevidos praticados pela primeira apelada, que tem por hábito cobrar as anuidades para os próximos anos letivos, bem como sobre o constrangimento sofrido com a exposição de sua imagem em convites de formatura e cerimônias alusivas à conclusão do ano letivo, antes mesmo da verificação final dos aprovados. Sustenta que, admitindo-se no Direito Civil pátrio a concorrência de culpas, *in casu*, constatadas em relação à sua genitora, por presunção legal (responsabilidade civil por *culpa in vigilando*), e em relação à primeira apelada, por responsabilidade civil subjetiva, especialmente por ter organizado, permitido e participado dos eventos alusivos às solenidades e cerimônias de sua formatura, incorreu a apelada nas hipóteses dos arts. 186 e 927 do Código Civil, pelo que entende deveria o Magistrado singular ter-se atido aos termos do art. 945 do Código Civil, mitigando o valor pleiteado a título de indenização por danos morais a ser pago pela primeira apelada, e não o excluindo, como fez. Argumenta que restou comprovada a negligência da primeira apelada, na medida em que permitiu, sem verificar as suas condições para ingressar no Ensino Médio, a sua participação, no mês de novembro (antes da realização das provas finais, que estavam marcadas para o mês seguinte), nas solenidades de formatura e, inclusive, a sua matrícula para o curso seguinte, sem que estivesse devidamente aprovado. Assevera que, constatada a negligência e a imprudência da primeira apelada, deve a sua culpa também ser considerada, ainda que concorrente, a fim de condená-la no pagamento da indenização por danos morais, conforme requerido na inicial, porém, em percentual inferior àquele, que deverá ser fixado por esta Corte, observando-se os critérios da proporcionalidade e da razoabilidade, que sugere seja de 100 (cem) salários mínimos. Defende a necessidade de majoração dos honorários sucumbenciais e a responsabilidade subsidiária da segunda apelada no pagamento dos danos morais, já que é mantenedora da primeira apelada e tem o dever de fiscalizar seus atos educacionais. Pleiteia o provimento do recurso, para que seja reformada em parte a r. sentença, reconhecendo-se a sua culpa concorrente com a primeira apelada, para condenar esta e a segunda apelada, de forma subsidiária, no pagamento da indenização por danos morais em valor não inferior a 100 (cem) salários mínimos. Protesta pela majoração dos honorários, com base no art. 20, § 3º, do CPC (f. 185/196). Ausente preparo, porque beneficiário da justiça gratuita (f. 49).

A segunda apelada apresentou contrarrazões às f. 199/201, pugnando pelo desprovimento do recurso.

Conheço do recurso, por estarem presentes os pressupostos de admissibilidade.

Cuidam os autos de ação indenizatória proposta pelo recorrente, sob o fundamento de que, mesmo tendo conhecimento da sua reprovação escolar, a primeira apelada o expôs a situação constrangedora ao realizar a colação de grau do ensino fundamental, permitindo a sua participação em todas as solenidades, viagem para comemoração da formatura e sua matrícula no ensino médio, mediante cobrança de mensalidade.

Alega que, tendo organizado, permitido e participado dos eventos alusivos às solenidades e cerimônias de sua formatura, incorreu a primeira apelada nas hipóteses dos arts. 186 e 927 do Código Civil, pelo que entende deveria o Magistrado singular ter-se atido aos termos do

art. 945 do Código Civil (culpa concorrente), mitigando o valor pleiteado a título de indenização por danos morais, e não o excluindo, como fez.

Nos termos do art. 186 do Código Civil de 2002, para a configuração do ilícito civil, é indispensável a prática do ato lesivo, sendo imprescindível que tal ato seja voluntário ou culposo.

Além do ato lesivo, é indispensável que dele resulte dano material ou moral ao ofendido, sendo que o terceiro elemento caracterizador do ilícito civil é o nexo de causalidade entre o dano e o comportamento do agente.

Quanto ao dano, tem-se que, sem a sua prova, ninguém pode ser responsabilizado civilmente. O dano pode ser material (sentido estrito), simplesmente moral, ou seja, sem repercussão na órbita financeira do ofendido (sentido amplo), ou, ainda, cumulativamente, material e moral, conforme entendimento consolidado pela Súmula nº 37 do Superior Tribunal de Justiça.

No que se refere ao nexo causal, para que surja a obrigação de reparar, mister se faz prova da existência de uma relação de causalidade entre a ação ou omissão culposa do agente e o dano experimentado pela vítima. Se a vítima experimentar um dano, mas não se evidenciar que o mesmo resultou do comportamento ou da atitude do réu, o pedido de indenização, formulado por aquela, deverá ser julgado improcedente.

Assim, apenas se restarem evidenciados esses três elementos é que surgirá o dever de indenizar.

In casu, após uma minuciosa análise dos autos, entendo que merece ser mantida a r. sentença de primeiro grau.

Resta incontroverso que a primeira requerida não foi omissa nem negligente quanto ao seu dever de comunicar à genitora do requerente o péssimo desempenho escolar de seu filho e as inúmeras faltas apuradas a cada semestre, tanto que lhe remeteu diversos comunicados (f. 80/81, 88/89, 92/93 e 97/100), informando a realização de reuniões para entrega de notas no encerramento de cada semestre e discussão de outros assuntos correlatos, bem como realizou diversas ligações para informar o que estava acontecendo (f. 83, 85, 91, 94, 95, 96 e 101), sem dela obter qualquer tipo de retorno ou participação nas reuniões realizadas (f. 82, 86 e 90).

Assim, não resta dúvida de que não encontra amparo nos autos a argumentação tecida pelo apelante sobre o desconhecimento de sua genitora sobre seu baixo rendimento escolar, pois foi devidamente notificada e cientificada durante todos os semestres em que seu filho cursou o 9º ano do ensino fundamental. Se não tomou nenhuma atitude para chamar a sua atenção para que melhorasse seu desempenho escolar, a fim de alcançar a tão almejada aprovação no final do ano letivo, não pode agora valer-se da sua atitude negligente sob a falsa assertiva de que do problema nem sequer tomou conhecimento porque não foi avisada.

A instituição de ensino apelada adotou todas as medidas que estavam ao seu alcance para auxiliar o aluno na sua vida escolar, promovendo reuniões com os pais para orientá-los e aulas de recuperação a cada semestre. Contudo, de tais reuniões e aulas, genitora e autor não participaram.

Da ata juntada às f. 102/104, verifica-se que a primeira apelada convocou um conselho de classe para discutir a situação escolar dos alunos, dentre eles a do autor/apelante. Nesse conselho foi assinalado:

> Analisando a situação do aluno: o aluno ficou em 8 matérias de recuperação trimestral, 8 matérias de recuperação final e 8 matérias para o conselho.
> Foram colocadas por todos os professores sobre o aluno as atitudes do mesmo ao longo do ano escolar: a falta de interesse do aluno durante o ano todo, o descumprimento das tarefas, e não participação consciente nas atividades em sala, as faltas sucessivas, visto que, quando comparecia à escola, dormia a maior parte do tempo, apesar da conversa com o aluno e a mãe, sobre o fato de trabalhar no bar de propriedade da família, à noite, estava trazendo prejuízos ao menor, e o aluno era menor de idade para tal trabalho, a ausência da família que não participou ativamente do processo, não vinha em nenhuma reunião de pais, só se interessava em saber do aluno quando a escola mantinha contato telefônico ou por *e-mail*, o aluno não participava da orientação de estudos, (em contraturno), trabalhando por monitoria e pela profissional da Orientação Educacional, para sanar as dificuldades apresentadas em sala de aula. É importante salientar que, nos trimestres, 50% da nota era atribuída a trabalhos, atividades em sala e tarefas. Frente a todas estas situações apresentadas, ficou decidida por todos os professores presentes, pela coordenação, apoio pedagógico e orientação de estudos a reprovação do aluno.

Em inspeção escolar realizada na instituição requerida em 21.02.2011, por solicitação da representante legal do autor, concluiu-se que:

> [...] que, diante do rendimento insatisfatório do aluno em questão, a área de Supervisão Escolar do Colégio Cenecista Senador Eduardo Amaral atuou de forma eficaz e direta no cumprimento das normas regimentais, fazendo os devidos comunicados aos pais sobre o rendimento do aluno.
> [...] Após vistoriar toda a documentação ao caso e a consulta a mim formulada, por quanto inspetor escolar, entendo que o Colégio Cenecista Senador Eduardo Amaral procedeu de modo correto em não permitir ao aluno frequentar o ensino médio, tendo em vista a reprovação do mesmo no 9º ano do ensino fundamental (f. 106).

Ora, não se pode admitir que o autor/apelante não soubesse ou ao menos imaginasse que seria reprovado no final do ano letivo, já que tinha pleno acesso às baixíssimas notas escolares alcançadas e idade suficiente para entender que as 101 (cento e uma) faltas constatadas até 28.04.2010, conforme se vê do histórico escolar de f. 87, certamente lhe renderiam no mínimo uma recuperação. Vigora no Direito Brasileiro que a ninguém é dado beneficiar-se da sua própria torpeza.

Se optou o autor por participar das solenidades de formatura, quando tinha pleno conhecimento de que a sua participação não implicaria a imediata promoção ao nível superior, porque lhe foi entregue uma comunicação destinada a sua representante legal fazendo tal ressalva (f. 72), não pode agora pretender beneficiar-se da sua própria torpeza para receber qualquer tipo de indenização. Certo é que participou das solenidades de formatura e contratou os serviços da empresa de turismo para a viagem que faria com seus colegas para comemorar a formatura por sua conta e risco.

Conclui-se, assim, que não restou caracterizado o dito ato ilícito praticado pela primeira apelada, nem mesmo se verificou nexo causal entre a sua conduta, registre-se, irrepreensível, e o suposto dano gerado, que, *in casu*, nem sequer restou comprovado.

Como bem salientou o douto Sentenciante, "ainda que o procedimento adotado pela requerida referente à celebração da formatura tenha que ser aperfeiçoado, com publicação dos alunos aprovados e aptos a participarem das festividades, antes da realização destas, para evitar aborrecimentos como o presente" (f. 181), não se pode concluir que tal atitude da instituição de ensino seria hábil a caracterizar a alegada culpa concorrente.

Restou fartamente comprovado nos autos que, se sofreu o autor algum tipo de constrangimento, este não foi perpetrado por conduta negligente da primeira recorrida, mas sim por sua atitude descompromissada para com os seus deveres escolares, o que exclui a responsabilidade por ato ilícito que tenta imputar à instituição de ensino apelada.

Importa destacar, por oportuno, que não há no caderno probatório um único documento ou mesmo depoimento que demonstre que a comunicação sobre sua reprovação e que a solicitação para que se retirasse da sala de aula tenha sido feita ao recorrente de forma constrangedora e ofensiva.

Ora, se o autor/apelante adentrou a sala de aula destinada aos alunos do ensino médio, acreditando ou tentando acreditar que havia sido aprovado no ensino fundamental, tal fato não lhe rendeu constrangimento algum, até mesmo porque deveria desconfiar de que sua conduta irresponsável não o autorizaria cursar o nível imediatamente superior ao que deveria estar cursando sem ter feito o mínimo esforço.

Vale destacar que, ainda que, por equívoco da instituição de ensino requerida, tenha sido feita a matrícula do aluno no ensino médio, tal falha não pode autorizar a indenização pretendida, pois importaria em premiar a conduta irresponsável e antiética do autor, quando, na verdade, deveria ser repreendida. Ora, não se pode permitir que atitudes tais, sob a proteção do Judiciário, valham de estímulo para que outros alunos se comportem da mesma maneira e, ainda assim, pretendam ser indenizados.

Assim sendo, inexistindo qualquer ato ilícito praticado pela instituição de ensino, nem mesmo o alegado dano moral sofrido pelo autor/apelante passível de ser indenizado, impõe-se a manutenção da r. sentença recorrida, porquanto não vislumbrados os pressupostos do art. 186 do Código Civil.

Por derradeiro, os honorários sucumbenciais serão mantidos no valor fixado em primeira instância, porque em consonância com os ditames dos §§ 3º e 4º do art. 20 do CPC.

Pelo exposto, nego provimento ao recurso para manter a r. sentença monocrática por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Custas recursais, pelo apelante, suspensa a exigibilidade nos termos do art. 12 da Lei nº 1.060/50.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES SALDANHA DA FONSECA e DOMINGOS COELHO.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Indenização - Dano moral - Cartão de crédito - Compras não autorizadas - Empresa titular da marca/bandeira - Ilegitimidade passiva

Ementa: Apelação cível. Ação de indenização. Danos morais. Cartão de crédito. Compras não autorizadas. Empresa licenciadora de "bandeira". Ilegitimidade passiva. Sentença mantida.

- A empresa titular da marca/bandeira constante do cartão de crédito celebra contrato apenas com a administradora do cartão, que, efetivamente, administra todos os fatos decorrentes da sua utilização, concedendo uma linha de crédito ao usuário, permitindo-lhe a aquisição de produtos e serviços, sendo a única responsável pelas autorizações de transações e cobrança de valores.

- A empresa Mastercard é mera titular da bandeira que confere ao portador do cartão de crédito a possibilidade de realizar compras nos estabelecimentos comerciais filiados a ela, não possuindo legitimidade para figurar no polo passivo de demanda na qual se busca indenização por danos morais causados por suposta falha no serviço da administradora do cartão de crédito, responsável pela emissão, gerenciamento e autorizações de transações referentes ao cartão.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0701.11.005286-0/001 - Comarca de Uberaba - Apelantes: Karine Fedrigo Silva, Marcelo Wendel Silva e outro - Apelado: Mastercard Brasil Soluções Pagamento Ltda. - Relator: DES. JOÃO CANCIO

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, à unanimidade, em NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 11 dezembro de 2012. - *João Cancio* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. JOÃO CANCIO - Trata-se de apelação cível interposta por Marcelo Wendel Silva e Karine Fedrigo Silva contra a sentença proferida pela MM.ª Juíza de Direito da 4ª Vara Cível da Comarca de Uberaba, que, nos autos da "Ação de Indenização por Danos Morais" ajuizada pelos ora recorrentes em face de Mastercard Brasil S/C Ltda., acolheu a preliminar de ilegitimidade passiva para julgar extinto o feito sem resolução do mérito nos termos do art. 267, VI, do CPC, condenando os autores ao pagamento de custas processuais e honorários advocatícios, estes arbitrados em R$2.500,00, suspendendo, entretanto, a exigibilidade de tais verbas por estarem os vencidos litigando sob o pálio da justiça gratuita.

Em suas razões (f. 151/167), os autores sustentam a legitimidade da recorrida para figurar no polo passivo da presente ação, pois participa da cadeia de fornecimento do serviço de cartão de crédito, tendo responsabilidade nos termos dos arts. 3º, § 2º, e 14 do Código de Defesa do Consumidor.

Alegam existir clara colaboração entre a instituição financeira, a administradora do cartão de crédito e a detentora da bandeira Mastercard, visto que fornecem serviços conjuntamente e de forma coordenada.

Recurso recebido em ambos os efeitos (f. 168).

Contrarrazões às f. 175/185.

É o relatório.

Passo a decidir.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

Buscam os autores, mediante a presente ação receber indenização pelos danos morais que teriam sofrido por terem sido impedidos de utilizar seus cartões de crédito para aquisição de produtos.

Informaram que não conseguiram realizar uma compra pela internet, pois não foi autorizado o pagamento sob o fundamento de que teriam ultrapassado o limite de crédito disponibilizado.

Afirmaram que, ao acessar o extrato detalhado da fatura do cartão, constataram a existência de transações por eles não realizadas e que, apesar de terem contatado a empresa ré para que tomasse as providências cabíveis, tiveram em outra situação novamente negada a autorização para utilização do cartão de crédito, requerendo, com base em tais fatos, reparação pelos constrangimentos sofridos.

A requerida apresentou contestação às f. 46/61, suscitando preliminar de ilegitimidade passiva.

O d. Sentenciante acolheu a preliminar de ilegitimidade passiva suscitada em contestação, sob o fundamento de que a requerida apenas representa a "bandeira" do cartão, não possuindo qualquer vínculo com os consumidores, mas apenas com a administradora do cartão, que no caso é a Caixa Econômica Federal.

Apelam os autores, invocando a aplicabilidade dos conceitos dispostos nos arts. 2º e 3º, § 2º, do CDC, para sustentar a legitimidade passiva da requerida.

Eis os limites da controvérsia.

Nos termos do art. 2º do Código de Defesa do Consumidor, "consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final".

Não há dúvidas, portanto, de que os autores são consumidores dos serviços de cartão de crédito.

Por sua vez, o art. 3º, § 2º, do mesmo *codex* traz o conceito de fornecedor, *in verbis*:

> Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.
> § 1º Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial.
> § 2º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.

Nessa esteira, tem-se que, para se incluir a empresa requerida dentro do conceito de fornecedor, faz-se necessária uma breve análise acerca dos contratos de cartão de crédito.

A estrutura do cartão de crédito, do ponto de vista jurídico, mostra-se complexa, já que envolve diversas pessoas, que são basicamente quatro: o titular do cartão, a empresa administradora, o estabelecimento comercial fornecedor e a empresa que concede a licença da marca.

A empresa administradora do cartão de crédito obtém licença de uso da marca de empresas como a Mastercard e a Visa, a fim de poder oferecer aos seus consumidores cartões de diferentes bandeiras.

Nesses contratos, é importante lembrar que a empresa titular da "bandeira" ostentada pelo cartão de crédito e a administradora deste são pessoas jurídicas distintas, portanto não se confundem. Existe, ainda, um contrato separado entre a empresa administradora de cartão de crédito e a empresa comercial, para a utilização do nome desta no cartão de crédito.

Sendo assim, a empresa titular da "bandeira" (Visa/Mastercard) celebra contrato apenas com a administradora do cartão de crédito, sendo esta quem administra o cartão, concedendo uma linha de crédito

ao usuário, permitindo-lhe a aquisição de produtos e serviços por meio do cartão magnético, sendo a única responsável pelas autorizações de transações e cobrança de valores.

No caso dos autos, verifica-se que a administradora do cartão de crédito é a Caixa Econômica Federal (f. 33/34), sendo que a Mastercard representa tão somente a "bandeira" que confere ao portador do cartão a possibilidade de realizar compras nos estabelecimentos comerciais filiados a ela.

A relação jurídica decorrente da compra e venda por meio de cartão de crédito dá-se, exclusivamente, entre a administradora e o usuário do cartão, não havendo nenhuma participação do titular da "bandeira", que simplesmente representa a marca no Brasil.

Dessa forma, inexiste qualquer relação jurídica entre os autores e ré, tendo em vista que a empresa apelada não é responsável pela emissão, gerenciamento ou autorizações de transações referentes ao contrato de cartão de credito, que é celebrado entre o consumidor e a empresa administradora.

Conclui-se, portanto, pela impossibilidade de inclusão da requerida, no caso *sub judice*, ao conceito de fornecedor, visto não ter esta fornecido qualquer produto ou serviço aos autores, mas sim a instituição financeira administradora do cartão de crédito; não possuindo, consequentemente, legitimidade para figurar no polo passivo de demandas que dizem respeito diretamente à prestação do serviço de administração do cartão.

A legitimidade *ad causam*, consoante lição de Alexandre de Freitas Câmara (*Lições de direito processual civil*. 16. ed. v. I), consiste em regra processual "[...] segundo a qual será legitimado a atuar em juízo tão somente o titular do interesse levado a juízo pela demanda [...]".

Os legitimados processuais são os sujeitos da ação, ou seja, os legitimados a serem parte no processo, autor ou réu, na defesa do direito material.

A legitimidade passiva é, em princípio, definida como a qualidade necessária ao réu para figurar como sujeito responsável, em tese, pelo direito material controvertido (salvo nos casos excepcionais expressamente previstos em lei), sendo que, para a sua configuração, é necessário que aqueles que forem demandados sejam sujeitos da relação jurídica de direito material trazida a juízo.

Quanto ao tema, é a lição de Humberto Theodoro Júnior:

> [...] 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 [...]
> Em síntese: como as demais condições da ação, o conceito da *legitimatio ad causam* só deve ser procurado com relação ao próprio direito de ação, de sorte que 'a legitimidade não pode ser senão a titularidade da ação'. E, para chegar-se a ela, de um ponto de vista amplo e geral, não há um critério único, sendo necessário pesquisá-la diante da situação concreta em que se achar a parte em face da lide e do direito positivo (*Curso de direito processual civil*. v. I, p. 58).

Com efeito, restará caracterizada a legitimidade passiva, na hipótese de a requerida ser a pessoa indicada, em sendo procedente a ação, a suportar os efeitos oriundos da sentença.

Portanto, *in casu*, possuirá legitimidade para figurar no polo passivo da presente demanda a responsável pelas autorizações das transações com cartão e pela cobrança de valores, que, conforme visto, não é a empresa titular da bandeira Mastercard.

Vale ressaltar que a legitimidade *ad causam* com o interesse de agir e a possibilidade jurídica do pedido constituem as condições da ação, sem as quais se inviabiliza a obtenção de provimento de mérito no feito, nos termos do art. 267, VI, do CPC ("Art. 267. Extingue-se o processo, sem resolução de mérito: [...] VI - quando não concorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual;").

Em regra, somente podem demandar e serem demandados aqueles que forem sujeitos da relação jurídica de direito material em discussão em juízo; isso significa que cada um deve propor as ações relativas aos seus direitos; isso em face daqueles que efetivamente teriam violado tal direito.

Nesse sentido, é a jurisprudência deste eg. Tribunal de Justiça:

> Civil e processual civil. Apelação. Ação de indenização por danos morais. Preliminar de legitimidade passiva da empresa que bloqueia cartão que emitiu. Acolhimento. Preliminar de ilegitimidade passiva da proprietária da marca/bandeira. Acolhimento. Não aceitação de cartão de crédito. Devolução anterior de cheque e inscrição no CCF. Venda a crédito inexigível. Dano moral. Ausência de comprovação. Dever de indenizar. Não cabimento. Art. 14, § 3º, do CDC. Meros aborrecimentos. Recurso não provido. - A legitimidade para a causa consiste na qualidade da parte de demandar e ser demandada, ou seja, de estar em juízo. - Em tese, tem legitimidade passiva para a ação de indenização a empresa que recusa venda por cartão de crédito que emitiu. - Já a empresa que apenas empresta a marca/bandeira para emissão do cartão não tem legitimidade passiva na ação de reparação de danos por alegado defeito na prestação de serviço de que não participou. - Se o titular de cartão de crédito tem cheque devolvido por divergência na assinatura com o consequente bloqueio de cartão de crédito, é dele a culpa exclusiva pelos danos alegados, não se verificando dano moral a ensejar responsabilidade civil de indenizar, a teor do art. 14, § 3º, II, do CDC. - Simples aborrecimentos não ensejam dano moral. - Recurso conhecido e não provido (1.0145.09.508120-7/003, Rel.ª Des.ª Márcia De Paoli Balbino, 16.02.2012).

> Indenização. Furto de cartão de crédito. Bandeira. Ilegitimidade passiva. Compras efetuadas por terceiro. Cobrança indevida. Danos morais. Não configuração. - A bandeira do cartão de crédito confere ao titular a possibilidade de realizar compras nos estabelecimentos comerciais filiados, não possuindo legitimidade para responder pelas falhas na prestação do

serviço da administradora. - A administradora de cartão de crédito, em relação ao seu consumidor, suporta os ônus das aquisições ocorridas com o cartão extraviado. - O envio de fatura com débitos não contraídos pelo titular do cartão não gera indenização por danos morais (1.0024.09.686370-9/001, Rel. Des. Fábio Maia Viani, 29.09.2010).

Nesse enfoque, não sendo a requerida caracterizada como a fornecedora do serviço prestado aos autores e tendo o direito de ação nascido da suposta falha na prestação de serviços relacionados a autorizações de transações com cartão de crédito e à cobrança de valores, o reconhecimento da ilegitimidade passiva da requerida é medida que se impõe.

Conclusão.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso para manter *in totum* a sentença recorrida.

Custas recursais, pelos apelantes, suspensa, entretanto, sua exigibilidade por estarem litigando sob o pálio da justiça gratuita.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES CORRÊA CAMARGO e MOTA E SILVA.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Cancelamento de vôo - Evento da natureza - Cinzas vulcânicas - Motivo de força maior - Conduta da empresa aérea - Falta de assistência - Descaso com os passageiros - Dever de minorar os transtornos - Inobservância - Danos morais e materiais - Configuração - Indenização devida - Fixação do *quantum* - Princípios da razoabilidade e proporcionalidade - Aplicação

Ementa: Apelação. Responsabilidade civil. Empresa aérea. Cancelamento de voo. Cinzas vulcânicas. Evento da natureza. Motivo de força maior. Conduta da companhia. Descaso com os passageiros. Transtornos e frustrações. Configurados. Danos materiais e morais. Dever de ressarcir. Valor da indenização por dano moral. Razoabilidade e proporcionalidade.

- Ainda que o cancelamento do voo decorra de evento da natureza, cinzas expelidas por vulcão, configurando motivo de força maior, responde a companhia aérea civilmente quando não tenta evitar ou minorar os transtornos advindos dos atrasos e cancelamentos de voos, não dando aos seus passageiros o apoio necessário diante daquela adversidade.

- A indenização por dano moral deve ser arbitrada segundo o prudente arbítrio do julgador, sempre com moderação, observando as peculiaridades do caso concreto e os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, de modo que o *quantum* arbitrado se preste a atender ao caráter punitivo da medida e de recomposição dos prejuízos, sem importar, contudo, enriquecimento sem causa da vítima.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0687.11.007938-5/001 - Comarca de Timóteo - Apelante: Webjet Linhas Aereas S.A. - Apelados: André Borges Quintão e outro, Camila Vieira Souza - 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, à unanimidade, em NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 13 de dezembro de 2012. - *José de Carvalho Barbosa* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. JOSÉ DE CARVALHO BARBOSA - Trata-se de recurso de apelação interposto por Webjet Linhas Aéreas S.A., nos autos da ação de indenização ajuizada por André Borges Quintão e Camila Vieira Souza perante a 2ª Vara Cível da Comarca de Timóteo, tendo em vista a sentença de folhas 82/87, que julgou procedente o pedido para condenar a companhia ré a pagar, a título de danos morais, a quantia de R$8.000,00, e, a título de danos materiais, a importância de R$319,50 ao primeiro autor e R$295,50 à segunda autora, sobre as quais incidirão correção monetária e juros legais a partir da sentença, relativamente a ambas as espécies de danos, bem como a arcar com o pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, fixados em 15% do valor da condenação.

Em suas razões recursais de folhas 93/102, sustenta a empresa de aviação apelante ter restado devidamente comprovado que a "aeronave não decolou devido a problemáticas no clima", em virtude das "cinzas vulcânicas expelidas por um vulcão no Chile que tomavam o espaço aéreo", configurando motivo de "força maior", e não risco do empreendimento, tal como entendeu o Magistrado singular.

Assevera que a responsabilidade do transportador é elidida nas hipóteses de força maior, conforme dispõe o art. 734 do Código Civil.

Argumenta que o cancelamento do voo decorreu exclusivamente do mau tempo, não contribuindo para tanto, motivo pelo qual não pode sofrer qualquer tipo de responsabilização.

Alega que a força maior exclui o nexo causal, afastando, por conseguinte, o dever de indenizar, postulando, em caso de mantença da condenação, a

redução do *quantum* indenizatório do dano moral, por considerá-lo exagerado e desproporcional, de modo a evitar o enriquecimento sem causa dos beneficiários.

Preparo regular à folha 103.

Contrarrazões às folhas 107/110.

É o relatório.

Conheço do recurso.

Cinge-se a controvérsia posta a aferir se os autores fazem jus ao ressarcimento dos danos materiais e morais advindos do cancelamento de voo, tal como reconhecido pelo Julgador de primeiro grau.

A companhia aérea sustenta, resumidamente, que o cancelamento do voo dos autores decorreu de "força maior", o que afasta a obrigação de indenizar.

Oportuno, inicialmente, registrar que a relação existente entre o passageiro e a empresa de transporte aéreo é de consumo e está amparada pela Lei 8.078/90.

O colendo STJ já pacificou o entendimento acerca da aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor nessas hipóteses:

> Agravo regimental no agravo no recurso especial. Ausência de prequestionamento. Transporte aéreo. Defeito na prestação do serviço. Aplicação do código de defesa do consumidor. Indenização valor. Razoabilidade. Agravo regimental não provido. Aplicação de multa. [...]. 2. O Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de prevalência do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90), em relação à Convenção de Varsóvia com suas posteriores modificações (Convenção de Haia e Convenção de Montreal) e ao Código Brasileiro de Aeronáutica, nos casos de responsabilidade civil decorrente de má prestação dos serviços pela Companhia aérea. [...]. (STJ - Quarta Turma - AgRg no AREsp 157830/SP, Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, data do julgamento: 06.09.2012, data da publicação/fonte: *DJe* de 17.09.2012.)

> Processual civil e civil. Transporte aéreo internacional. Prescrição. Código de Defesa do Consumidor. Convenção de Varsóvia. - A jurisprudência do STJ é pacífica no sentido de prevalência das normas do CDC em relação à Convenção de Varsóvia, inclusive quanto à prescrição. - Negado provimento ao agravo. (STJ - Terceira Turma - AgRg no REsp 1060792/RJ, Relatora: Ministra Nancy Andrighi, data do julgamento: 17.11.2011, data da publicação/fonte: *DJe* 24.11.2011.)

Pois bem.

É de conhecimento geral, pois amplamente divulgado pela mídia nacional, que as cinzas expelidas pelo vulcão chileno Puyehue, no mês de junho de 2011, prejudicaram boa parte do espaço aéreo dos países do Cone Sul, especialmente Uruguai, Argentina, Brasil e o próprio Chile, situação que gerou não só o atraso, mas a impossibilidade de operações de voos e decolagens em diversos aeroportos, principalmente os do sul do nosso País.

A princípio, a questão é verificar se tal situação fática se enquadra no conceito de caso fortuito ou de força maior, que constituem excludentes de responsabilidade, inclusive a objetiva, por romperem o nexo causal entre o ato e o dano.

A respeito do tema, pertinentes os esclarecimentos de Sérgio Cavalieri Filho:

> [...]. Muito já se discutiu sobre a diferença entre o caso fortuito e a força maior, mas até hoje não se chegou a um entendimento uniforme. O que um autor diz que é força maior outro diz que é caso fortuito e vice-versa. Outros chegam a concluir que não há diferença substancial entre ambos. O que é indiscutível é que tanto um como outro estão fora dos limites da culpa. Fala-se em caso fortuito ou de força maior quando se trata de acontecimento que escapa a toda diligência, inteiramente estranho à vontade do devedor da obrigação. É circunstância irresistível, externa, que impede o agente de ter a conduta devida para cumprir a obrigação a que estava obrigado. Ocorrendo o fortuito ou a força maior a conduta devida fica impedida em razão de um fato não controlável pelo agente. [...]. (In *Programa de responsabilidade civil*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 71.)

Continua elucidando especificamente sobre o transportador:

> [...]. As intempéries da natureza - ventos, temporais, mau tempo - não caracterizam a irresistibilidade para o transportador aéreo. Além de devidamente equipado com avançada tecnologia para prever e evitar o risco, pode e deve minorar as consequências da força maior. Se não pode impedir o mau tempo, pode prevê-lo e evitar a viagem, ou atenuar seus efeitos hospedando e dando tratamento adequado aos seus passageiros. [...]. (Ob. cit., p. 72/73.)

E sobre o evento que deu origem à demanda posta:

> [...]. Durante alguns dias do mês de junho de 2011, por exemplo, uma nuvem de cinzas proveniente do complexo vulcânico do Chile (Puyehue - Cordón Caulle) atingiu o céu do Sul do Brasil, provocando o cancelamento de 93% dos voos nos aeroportos de Porto Alegre e Santa Catarina (Globo, 10 e 11.06.2011). Não há nenhuma dúvida de que o cancelamento dos voos, nessas circunstâncias, foi a medida correta decorrente da força maior. O que as empresas aéreas não podiam fazer era deixar os passageiros, como deixaram, abandonados nos aeroportos, sem nenhuma assistência, nem sequer informações, dormindo no chão e sem alimentação. [...]. (Ob. cit., p. 363/364.)

Assim, independentemente da ocorrência de força maior, responde a companhia aérea civilmente quando não tenta evitar ou minorar os transtornos advindos dos atrasos e cancelamentos de voos, quando não dá aos seus passageiros o apoio necessário diante daquela adversidade.

Desse modo, ainda que o cancelamento do voo dos autores tenha decorrido daquelas cinzas vulcânicas, como se infere do documento de folhas 31, e que essa situação configure "força maior", cumpre examinar, no caso concreto, qual a conduta da empresa aérea diante daquele infortúnio, para fins de responsabilização civil.

Compulsando-se os autos, verifica-se, pelas cópias dos cartões de embarque acostadas às folhas 26/27, que os autores embarcaram no Aeroporto de Confins no voo 5880, às 08h05min do dia 10.06.11, com destino a Brasília, onde fariam uma escala, embarcando

normalmente para Foz do Iguaçu no voo 5815, às 11h16min, que estava com partida marcada para as 11h57min, mas não decolou devido ao cancelamento efetuado pela empresa ré (folhas 31/32).

Verifica-se, também, que os autores não conseguiram chegar ao seu destino final, retornando a Belo Horizonte no mesmo dia, porém em voo de outra companhia aérea, que partiu somente às 22 horas, como se infere dos mencionados cartões de embarque, gerando um dia inteiro de tensão e expectativa dentro do aeroporto.

Os documentos de folhas 28/29 demonstram que os autores tentavam, desde as 13 horas daquele dia, solucionar o problema perante o Juizado Especial do Aeroporto Internacional de Brasília, não cuidando a companhia aérea nem sequer de enviar um preposto à audiência de conciliação ali designada de modo a resolver o impasse.

Observa-se que a empresa aérea ré não comprovou ter envidado todos os esforços possíveis para diminuir os transtornos causados pelo cancelamento do voo, oferecendo assistência material e todo o suporte técnico para que os autores pudessem voltar a sua cidade de origem o mais rápido possível, ante a inviabilidade de se chegar ao local de destino naquele dia.

Saliente-se que o problema relacionado às cinzas vulcânicas não se iniciou no dia do voo dos autores, tendo a companhia ré plena ciência daquela situação e possuindo condições, sem dúvida alguma, de evitar que os autores embarcassem normalmente tanto em Belo Horizonte quanto em Brasília para um destino que se encontrava notoriamente afetado por aquele evento da natureza, ao qual, provavelmente, não se poderia chegar pela via aérea naquela data.

Logo, inequívoca a responsabilidade civil da empresa aérea pelos danos experimentados pelos autores, que tiveram a sua viagem em família frustrada e não receberam o apoio necessário nesse momento de evidente estresse e desgaste emocional.

Em caso análogo, decidiu esta Câmara:

> Apelação. Ação de indenização por danos morais. Cancelamento em voo doméstico. Ausência de assistência material ao passageiro. Mau tempo. Chuva intensa e duradoura. Caso fortuito. Excludente de nexo causal. Prova insuficiente. Dano moral configurado. - Vige no sistema jurídico brasileiro a teoria do risco administrativo, razão pela qual pode a parte, a quem aproveita alegar em defesa a ocorrência de causa excludente do nexo causal (como o caso fortuito e a força maior), não obstante a responsabilidade no que toca à prestação de serviço público por pessoa jurídica de direito privado seja objetiva, à luz do art. 37, § 6º, da Constituição da República. - A ocorrência de precipitação pluviométrica intensa e duradoura somente serve como excludente do nexo causal quando comprovada a impossibilidade inequívoca de operação do embarque no dia e hora contratados, bem como de que a realocação do passageiro se deu no voo mais próximo possível da data avençada. - Cancelamento de voo com remarcação para data 3 (três) dias após a escolhida, somado ao descaso da companhia aérea em prestar informações, fornecer alimentação adequada e providenciar outro meio de transporte ou acomodação para pernoite gera indubitável perturbação à esfera moral do passageiro. - O arbitramento econômico do dano moral deve ser realizado com moderação, em atenção à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso, proporcionalmente ao grau de culpa e ao porte econômico das partes. Ademais, não se pode olvidar, consoante parcela da jurisprudência pátria, acolhedora da tese punitiva acerca da responsabilidade civil, da necessidade de desestimular o ofensor a repetir o ato. (Apelação Cível 1.0024.09.746361-6/002, Rel.ª Des.ª Cláudia Maia, 13ª Câmara Cível, julgamento em 12.01.2012, publicação da súmula em 20.01.2012.)

No que tange aos danos materiais consistentes nos gastos despendidos com estacionamento, hotel e passagens aéreas, tenho que eles restaram suficientemente comprovados pelos documentos de folhas 18/25 e 33, fazendo os autores jus, por conseguinte, ao seu ressarcimento.

Quanto aos danos morais, observa-se que a insurgência da companhia aérea se restringe ao *quantum* indenizatório, sem atacar a configuração do dano propriamente dito.

A indenização por dano moral significa uma forma de compensação e nunca de reposição valorativa de uma perda. Deve ser fixada segundo o prudente arbítrio do julgador, sempre com moderação, observando as peculiaridades do caso concreto e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, de modo que o valor não seja tão grande que se constitua em fonte de enriquecimento sem causa, tampouco insignificante a ponto de não atender ao seu caráter punitivo, para que o causador do fato sofra uma reprimenda pelo ilícito praticado, e ao seu caráter de compensação, para que a vítima possa se recompor do mal sofrido, da dor suportada.

A propósito, confira-se a lição do já citado Sergio Cavalieri Filho:

> Creio que na fixação do *quantum debeatur* da indenização, mormente tratando-se de lucro cessante e dano moral, deve o juiz ter em mente o princípio de que o dano não pode ser fonte de lucro. A indenização, não há dúvida, deve ser suficiente para reparar o dano, o mais completamente possível, e nada mais. Qualquer quantia a maior importará enriquecimento sem causa, ensejador de novo dano. Creio, também, que este é outro ponto onde o princípio da lógica do razoável deve ser a bússola norteadora do julgador. Razoável é aquilo que é sensato, comedido, moderado; que guarda certa proporcionalidade. Importa dizer que o juiz, ao valorar o dano moral, deve arbitrar uma quantia que, de acordo com o seu prudente arbítrio, seja compatível com a reprovabilidade da conduta ilícita, a intensidade e duração do sofrimento experimentado pela vítima, a capacidade econômica do causador do dano, as condições sociais do ofendido, e outras circunstâncias mais que se fizerem presentes. (Ob. cit., p. 105.)

Também nesse sentido a jurisprudência:

> Não há critérios determinados e fixos para a quantificação do dano moral. Recomendável que o arbitramento seja feito com moderação e atendendo às peculiaridades do caso concreto (*RSTJ* 140/371).
>
> Critérios de quantificação da indenização que devem atender a determinados balizamentos, que obedeçam ao padrão social e cultural do ofendido, à extensão da lesão do seu direito, ao grau de intensidade do sofrimento enfrentado, às condições pessoais do devedor, ao grau de suportabilidade do encargo pelo último, sem descurar do caráter reparatório, sempre com a preponderância do bom senso e da razoabilidade do encargo (*Ajuris* 76/608).
>
> Na fixação da indenização por danos morais, recomendável que o arbitramento seja feito com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa, ao nível socioeconômico dos autores e, ainda, ao porte da empresa recorrida (*RSTJ* 112/216 e STJ-*RF* 355/201).
>
> A indenização deve ter conteúdo didático, de modo a coibir reincidência do causador do dano sem enriquecer injustamente a vítima (STJ-3ª T., REsp 831.584-AgRg-EDcl, Min. Gomes de Barros, j. 24.8.06, *DJU* de 11.9.06). (In *Código Civil e legislação civil em vigor*/Theotonio Negrão, José Roberto F. Gouvêa, Luis Guilherme Aidar Bondioli. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 109.)

No caso *sub judice*, entendo que o valor fixado em primeiro grau - R$8.000,00 - se mostra consentâneo com os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, sendo suficiente tanto para reparar a dor moral sofrida pelos autores quanto para atender ao caráter punitivo-pedagógico da condenação, coadunando-se, inclusive, com os parâmetros adotados por esta Câmara em casos análogos, inexistindo motivos para a pretendida redução.

Pelo exposto, nego provimento ao apelo, mantendo inalterada a sentença.

Custas recursais, na forma da lei.

DES. NEWTON TEIXEIRA CARVALHO - A fixação do valor da indenização, a título de danos morais, deve ter por base os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, levando-se em consideração, ainda, a finalidade de compensar o ofendido pelo constrangimento indevido que lhe foi imposto e, por outro lado, desestimular o responsável pela ofensa a praticar atos semelhantes no futuro. Em se tratando de empresa de grande porte, correta é a fixação, neste caso, de danos morais no valor de R$8.000,00 (oito mil reais).

Nesse sentido, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

> Agravo regimental em agravo de instrumento. Transporte aéreo de pessoas. Falha do serviço. Extravio de bagagem. Reparação por danos morais. Aplicação do Código de Defesa do Consumidor. *Quantum* indenizatório razoável. Súmula 7/STJ. Agravo regimental desprovido. 1. O Superior Tribunal de Justiça entende que a responsabilidade civil das companhias aéreas em decorrência da má prestação de serviços, após a entrada em vigor da Lei 8.078/90, não é mais regulada pela Convenção de Varsóvia e suas posteriores modificações (Convenção de Haia e Convenção de Montreal), ou pelo Código Brasileiro de Aeronáutica, subordinando-se, portanto, ao Código Consumerista. 2. O entendimento pacificado no Superior Tribunal de Justiça é de que o valor estabelecido pelas instâncias ordinárias a título de reparação por danos morais pode ser revisto tão somente nas hipóteses em que a condenação revelar-se irrisória ou exorbitante, distanciando-se dos padrões de razoabilidade, o que não se evidencia no presente caso. 3. Não se mostra exagerada a fixação, pelo Tribunal *a quo*, em R$ 10.000,00 (dez mil reais) a título de reparação moral em favor da parte agravada, em virtude dos danos sofridos por ocasião da utilização dos serviços da agravante, motivo pelo qual não se justifica a excepcional intervenção desta Corte no presente feito. 4. A revisão do julgado, conforme pretendida, encontra óbice na Súmula 7/STJ, por demandar o vedado revolvimento de matéria fático-probatória. (AgRg no Ag 1380215/SP Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 2011/0001285-9.)

Diante do exposto, acompanho integralmente o voto do douto Desembargador Relator.

DES. CLÁUDIA MAIA - De acordo com o Relator.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

...

Execução por título executivo extrajudicial - Termo de ajustamento de conduta - Averbação da reserva legal - Promulgação do novo Código Florestal - Irrelevância - Ato jurídico perfeito - Cumprimento da obrigação - Necessidade - Princípio da boa-fé objetiva - Ministério Público - Competência para fiscalizar o meio ambiente - Instituição da reserva legal - Iniciativa do proprietário

Ementa: Apelação cível. Suspensão do processo. Promulgação do novo Código Florestal. Perda do objeto. Ato jurídico perfeito. Irretroatividade da lei civil. Termo de ajustamento de conduta. Título executivo extrajudicial. Princípio da boa-fé objetiva. Averbação da reserva legal. Obrigação do proprietário do imóvel. Ministério Público. Competência para fiscalizar reserva legal. Instituição da reserva legal. Iniciativa do proprietário.

- A entrada em vigor do novo Código Florestal em nada afeta a execução em trâmite, cujo título executivo extrajudicial consiste no Termo de Ajustamento de Conduta firmado entre o executado e o Ministério Público, portanto ato jurídico perfeito, que não pode ser alcançado pela nova lei, visto que instituído na vigência da Lei 4.771/1965, nos termos do art. 6º, § 1º, do Decreto-lei

4.657/1942 (Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, nova redação da Lei 12.376/2010).

- A falta de limitação para a incidência da multa diária não torna nulo o Termo de Ajustamento de Conduta, principalmente porque a fixação do termo final da incidência da multa não constitui requisito legal para sua imposição no Termo de Ajustamento de Conduta.

- Não acarreta a nulidade do Termo de Ajustamento de Conduta o fato de inexistir vegetação nativa no imóvel de propriedade do embargante, tendo em vista ser obrigatória a averbação da área de reserva legal, visando precipuamente à preservação ambiental, como determinado pela Lei 4.771/1965 (Código Florestal), no seu art. 16, § 8º, aplicável à espécie, pois vigente à época da instituição do Termo de Ajustamento de Conduta.

- A pretensão do executado de se eximir do cumprimento do Termo de Ajustamento de Conduta firmado com o MP afronta o princípio da boa-fé objetiva, já que sua obrigação consta do TAC firmado e a ninguém é permitido *venire contra factum proprium* (pleitear em juízo contra os próprios atos).

- A instituição da reserva legal é dever do proprietário, possuidor ou adquirente do imóvel rural, independentemente da existência de florestas ou outras formas de vegetação nativa no imóvel.

- O Ministério Público tem competência para fiscalizar as áreas de reserva legal, amparado na legislação ambiental vigente.

- Deve partir do proprietário ou do possuidor do imóvel rural a iniciativa da instituição e averbação da reserva legal.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0016.11.009361-0/001 - Comarca de Alfenas - Apelante: Delcio Francisco Celani Sobrinho - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - 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, à unanimidade, em REJEITAR PRELIMINARES E NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 29 de novembro de 2012. - *Valdez Leite Machado* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. VALDEZ LEITE MACHADO - Cuida-se de recurso de apelação interposto contra a sentença de f. 40-45, da lavra do MM. Juiz da 1ª Vara Cível da Comarca de Alfenas, que, nos autos dos embargos do devedor, manejados por Delcio Francisco Celani Sobrinho, em face do Ministério Público de Minas Gerais, julgou improcedente o pedido, condenando o embargante ao pagamento das custas processuais, suspensa a exigibilidade por ser beneficiário da justiça gratuita.

Consubstanciando seu inconformismo nas razões de f. 47-58, o apelante busca a reforma do r. *decisum*, alegando, preliminarmente, que o processo deve ser suspenso até promulgação do novo Código Florestal, em trâmite perante o Congresso Nacional, sob o fundamento de que a nova lei lhe trará benefícios, tendo em vista que sua propriedade tem área de pequena dimensão.

Argui, ainda, a ausência de título líquido, certo e exigível, pretendendo, por isso, a extinção da execução.

No mérito, sustenta que a averbação da reserva legal no cartório de registro de imóveis é obrigatória apenas na hipótese em que o proprietário pretenda autorização para suprimir vegetação, o que não é o seu caso.

Afirma que a vedação legal se refere à supressão da mata nativa sem constituição da área de reserva legal de 20%, e a averbação na matrícula do imóvel.

Diz que não cabe ao Ministério Público fiscalizar a matéria, mas, sim, ao Órgão Ambiental.

Sustenta que a iniciativa de instituição e averbação da reserva legal deve ser do Poder Público.

O Ministério Público ofereceu contrarrazões às f. 60-70, pugnando pelo não provimento do recurso.

Em síntese, é o relatório.

Presentes os requisitos de admissibilidade do recurso, dele eu conheço.

Analiso, inicialmente, a preliminar de suspensão do processo de execução até que seja promulgado o novo Código Florestal.

A pretensão do apelante, além de carecer de norma legal que a ampare, perdeu seu objeto, considerando que a lei que institui o novo Código Florestal - Lei 12.651/12 - foi publicada no *Diário Oficial de União* em 28.05.2012.

Entretanto, cumpre registrar que a entrada em vigor do novo Código Florestal, em nada afeta a execução em apenso, cujo título executivo extrajudicial consiste no Termo de Ajustamento de Conduta firmado entre o executado e o Ministério Público; portanto, ato jurídico perfeito, que não pode ser alcançado pela nova lei, visto que instituído na vigência da Lei 4.771/1965, nos termos do art. 6º, § 1º, do Decreto-lei 4.657/1942 (Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, nova redação dada pela Lei 12.376/2010):

> Art. 6º A Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada.
> § 1º Reputa-se ato jurídico perfeito o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou.

Afasto, portanto, a preliminar.

Quanto à preliminar de ausência de força executiva do Termo de Ajustamento de Conduta firmado com o Ministério Público, por faltar-lhe a fixação de termo final

para a incidência da multa, bem como, por inexistir no local vegetação nativa, fato que o desobrigaria de averbar a reserva legal, também esta não merece ser acatada.

A força executiva do Termo de Ajustamento de Conduta é incontestável, uma vez que pela Lei 7.347/1985, no seu art. 5°, § 6°, lhe foi atribuída a eficácia de título executivo extrajudicial, como se verifica:

> Art. 5° [...]
> § 6° Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial.

A falta de limitação para a incidência da multa diária não torna nulo o Termo de Ajustamento de Conduta, principalmente porque a fixação do termo final da incidência da multa não constitui requisito legal para sua imposição no TAC.

Ademais, caso o valor da multa ultrapasse o limite da razoabilidade, sempre poderá ser reduzido judicialmente, conforme estabelece o art. 645, parágrafo único, do CPC.

> Art. 645
> [...]
> Parágrafo único. Se o valor da multa estiver previsto no título, o juiz poderá reduzi-lo se excessivo.

Por outro lado, confiro que não houve pretensão deduzida nos embargos, ou no presente recurso acerca de eventual cobrança excessiva da multa em decorrência da falta de limitação do termo final de incidência, portanto, nada a prover no presente recurso nesse aspecto.

Também não acarreta a nulidade do Termo de Ajustamento de Conduta o fato de inexistir vegetação nativa no imóvel de propriedade do embargante, tendo em vista ser obrigatória a averbação da área de reserva legal, visando precipuamente à preservação ambiental, como determinado pela Lei 4.771/1965 (Código Florestal), no seu art. 16, § 8°, aplicável à espécie, pois vigente à época da instituição do Termo de Ajustamento de Conduta:

> § 8° A área de reserva legal deve ser averbada à margem da inscrição da 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.

De outra banda, extrai-se dos autos que o apelante negociou com o Ministério Público, ora apelado, o que culminou na assinatura do TAC - Termo de Ajustamento de Conduta.

Contudo, através da oposição dos presentes embargos, o apelante tenta se eximir de cumprir o compromisso, arguindo que o mesmo padece dos vícios acima referenciados: inexistência de termo final da incidência da multa imposta e ausência de vegetação nativa no imóvel, a desobrigá-lo *de* proceder à averbação da área de reserva legal.

Entendo que a pretensão do apelante afronta o princípio da boa-fé objetiva, já que sua obrigação consta do Termo de Ajustamento de Conduta firmado e a ninguém é permitido *venire contra factum proprium* (pleitear em juízo contra os próprios atos).

A vedação do comportamento contraditório proporciona segurança e credibilidade às relações sociais e jurídicas, devendo as partes manter um comportamento coerente e leal.

Dessa feita, o Termo de Ajustamento de Conduta objeto da execução em apenso é plenamente dotado de liquidez, certeza e exigibilidade, portanto, perfeitamente exequível.

Com tais considerações, afasto também essa preliminar.

No mérito, em relação ao questionamento da obrigatoriedade de averbação da reserva legal ante a inexistência de vegetação nativa no imóvel de propriedade do embargante, sem razão o apelante, considerando que, conforme previsto no art. 16 da Lei n° 4.771/1965, aplicável ao presente processo por vigente à época do TAC, 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 passíveis de supressão, desde que seja mantido, a título de reserva legal, um mínimo de vinte por cento na propriedade rural em áreas de campos gerais localizada em qualquer região do País (inciso III).

Reserva legal é a área localizada no interior da propriedade ou posse rural, representativa do ambiente natural da região e 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.

Ao estabelecer deveres legais que garantam um mínimo ecológico na exploração da terra, a Constituição Federal (art. 225, § 1°, incisos I e II) tem, no estabelecimento da reserva legal, um dos principais instrumentos de proteção ambiental e manutenção da integridade do patrimônio genético do País.

Por fim, a instituição da reserva legal é "dever legal do proprietário ou adquirente do imóvel rural, independentemente da existência de florestas ou outras formas de vegetação nativa na gleba" (REsp 821.083/MG, Rel. Min. Luiz Fux, *DJe* de 9.04.2008). No mesmo sentido, RMS 21.830/MG, Rel. Min. Castro Meira, *DJ* de 1°.12.2008; RMS 22.391/MG, Rel. Min. Castro Meira, *DJ* de 1°.12.2008; RMS 22.391, Rel.ª Min.ª Denise Arruda, *DJe* de 03.12.2008, e REsp 973.225/MG, Rel.ª Min.ª Eliana Calmon, *DJe* de 03.09.2009).

Portanto, ainda que não haja indício da existência de mata nativa no imóvel do apelante, esse fato não

afasta a obrigação do mesmo de providenciar a averbação da reserva legal.

No tocante à competência do Ministério Público para fiscalizar as infrações às normas ambientais, esta é inquestionável, visto que o Ministério Público possui a função institucional de cuidar do meio ambiente, que lhe é conferida pela Constituição Federal, no seu art. 129, III:

> Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:
> [...]
> III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;

Assim, é absolutamente legítima a ação do Ministério Público ao fiscalizar a reserva legal constituída pela área de propriedade do apelante, cujo inquérito civil culminou no Termo de Ajustamento de Conduta objeto da execução em apenso.

Também sem razão o apelante, ao alegar que a iniciativa da instituição da reserva legal deve partir do Poder Público, visto que, sendo esta uma obrigação *propter rem*, ou seja, ônus que acompanha o bem, é dever de quem for seu proprietário ou possuidor providenciar a instituição e averbação da reserva legal.

Na hipótese de se enquadrar a área de reserva legal de pequena propriedade ou posse rural familiar, pode o Poder Público, na forma da legislação aplicável, conceder, no máximo, apoio técnico e jurídico, se necessário, conforme preceitua o § 9 do art. 16 da lei:

> § 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. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.166-67, de 2001.)

Logo, não há que se falar em transmitir obrigação de iniciativa do apelante ao Poder Público, ainda que, por hipótese, se enquadre nas condições de pequena propriedade rural.

Com tais considerações, rejeito preliminares e nego provimento ao recurso, mantendo na íntegra a sentença proferida em primeira instância.

Custas recursais, pelo apelante, ressalvado o disposto no art. 12 do Lei 1.060/50.

DES.ª EVANGELINA CASTILHO DUARTE - De acordo com o Relator.

DES. ANTÔNIO DE PÁDUA - De acordo com o Relator.

Súmula - REJEITARAM PRELIMINARES E NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Parceria agrícola - Rescisão - Divisão das dívidas e prejuízos entre os contratantes - Documentos inidôneos para comprovar as despesas a serem repartidas - Dano material - Responsabilidade contratual - Correção monetária - Juros de mora - Fixação

Ementa: Apelação cível. Parceria agrícola. Rescisão. Divisão das dívidas e prejuízos entre os contratantes. Documentos diferentes de nota fiscal, duplicata protestada e pedido de mercadoria em duplicidade. Inidôneos para comprovar as despesas a serem repartidas. Reparação de danos materiais. Responsabilidade contratual. Correção monetária. Juros de mora. Fixação.

- Documentos diversos de nota fiscal, duplicata protestada e pedidos de mercadorias em duplicidade não podem ser computados para comprovar as dívidas e prejuízos, a serem rateados pelas partes em função da parceria agrícola contratada.

- Tratando-se de responsabilidade contratual e danos materiais, a correção monetária é contada do efetivo prejuízo e os juros de mora da citação.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0534.08.012879-4/001 - Comarca de Presidente Olegário - Apelante: Valdemar Joaquim de Oliveira - Apelada: Maria Helena de Oliveira - 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, à unanimidade, em DAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 29 de novembro de 2012. - *Evandro Lopes da Costa Teixeira* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. EVANDRO LOPES DA COSTA TEIXEIRA - Trata-se de apelação contra a sentença de f. 191/204, pela qual a Magistrada, nos autos da ação de rescisão contratual c/c perdas e danos e indenização por danos morais movida por Maria Helena de Oliveira em face de Valdemar Joaquim de Oliveira, julgou procedente, em parte, o pedido inicial, para declarar rescindido o contrato verbal de parceria agrícola e condenar o réu ao pagamento da metade das despesas descritas nos documentos de f. 46/47, 50/51, 55/56, 60/67, cujo valor será apurado em liquidação de sentença, afastando, todavia, a condenação por danos morais. Em face da sucumbência recíproca, condenou a autora e o réu ao rateamento das custas processuais e dos honorários advocatícios no valor de R$ 1.600,00, nos termos do

art. 20, § 4º, do CPC, suspensa a exigibilidade de tais verbas em relação às partes, nos termos do art. 12 da Lei nº 1.060/50. No que diz respeito à reconvenção, julgou parcialmente procedentes os pedidos, para condenar a autora/reconvinda ao pagamento de R$ 2.500,00 referentes aos aluguéis de setembro de 2006 até junho de 2007, julgando improcedente o pedido de anulação do contrato de parceria rural, bem como o pedido de indenização por danos morais. Em face da sucumbência recíproca, condenou a autora/reconvinda e o réu ao rateamento das custas processuais e dos honorários advocatícios no valor de R$ 1.600,00, nos termos do art. 20, § 4º, do CPC, suspensa a exigibilidade de tais verbas em relação às partes, nos termos do art. 12 da Lei nº 1.060/50.

Em suas razões recursais (f. 207/218), a parte ré informou que ambas as partes concordam em que o contrato verbal de parceria agrícola firmado em junho de 2007 foi rescindido quando se encerrou a criação das aves de corte. Entretanto, alegou que a Juíza se equivocou ao avaliar como idôneos os documentos de f. 46, 55, 64 (pedido de mercadoria nº 4.504) e 66 para comprovarem as despesas referentes ao citado contrato, que devem ser repartidas pelas partes. Afirmou que o documento de f. 46 não é nota fiscal e representa apenas orçamento. Salientou que a duplicata, acostada à f. 55, não pode ser considerada idônea, pois foi protestada. Destacou que há repetição do número do pedido de mercadoria, de forma maliciosa, nas f. 63/64, configurando cálculo em dobro de despesa. Sustentou que o documento de f. 66 não pode ser considerado idôneo para o cômputo dos prejuízos a serem repartidos, porquanto, além de não ser nota fiscal, não traz em seu bojo informação sobre o que se trata. Ressaltou que somente os documentos de f. 47, 50, 51, 56, 60, 61, 62, 63, 64 (apenas pedido 4.706) e 67 são idôneos para comprovar as dívidas que se reverteram em proveito do contrato de parceria agrícola para criação de aves. Enfatizou que, no que concerne à condenação da parte autora ao pagamento de R$ 2.500,00, referentes aos aluguéis de setembro de 2006 até junho de 2007, não foram fixados juros nem correção monetária. Discorreu que os juros devem ser computados desde a citação e a correção monetária a contar de quando deveriam ter sido efetuados os pagamentos mensais. Pleiteou o provimento do recurso, para reformar a sentença, nos termos acima expostos.

A parte autora apresentou contrarrazões às f. 221/223, pugnando pelo desprovimento do apelo.

Conheço do recurso, preenchidos os pressupostos de admissibilidade. Ressalte-se que a parte autora litiga sob o pálio da justiça gratuita.

Examinando os autos, especialmente o documento de f.16 e as alegações das partes, revela-se incontroversa a contratação verbal de parceria agrícola para a criação de aves de corte em junho de 2007.

Ressalte-se que as próprias partes reconhecem que no citado ajuste ficou acordado que os contratantes dividiriam as despesas e os lucros.

Nesse contexto, cumpre verificar se os documentos impugnados pelo réu (f. 46, 55, 64 - pedido 4.504 - e 66) devem realmente ser considerados inidôneos para demonstrar as obrigações/dívidas contraídas para o fomento do contrato verbal de parceria agrícola para a criação de aves, não podendo, dessa forma, ser computados para o pagamento da metade dos prejuízos.

Analisando os autos, tenho que assiste razão à parte ré, conforme exposição que se segue.

Como bem sustentou o réu, os documentos de f. 46 e 66, por não serem notas fiscais, não comprovam a despesa realizada em prol da parceria agrícola para a criação de aves.

O documento de f. 46 representa apenas orçamento, cabendo destacar em seu bojo a seguinte informação: "Não é documento fiscal - não é válido como garantia de mercadoria".

Igualmente o documento de f. 66, além de não ser nota fiscal, não traz em seu contexto a informação segura a respeito do que se trata, não se revelando, desse modo, apto para o cômputo dos prejuízos a serem repartidos entre as partes.

Já a duplicata, referida à f. 55, não pode ser considerada idônea para fins de comprovar despesa em proveito do contrato de parceria agrícola, pois foi protestada por falta de pagamento, conforme f. 61.

Por fim, deve ser excluído do cálculo da dívida feita em proveito da parceria agrícola o pedido de mercadoria nº 4.504, porquanto, consoante f. 63/64, encontra-se cobrado em duplicidade.

Em relação à fixação de correção monetária e juros de mora incidentes na condenação da parte autora ao pagamento de R$ 2.500,00, referentes aos aluguéis de setembro de 2006 até junho de 2007, também com razão o réu.

Ressalte-se que a correção monetária e os juros de mora são matérias de ordem pública e, desse modo, podem ser conhecidas, inclusive, de ofício e em qualquer grau de jurisdição.

A propósito:

> Tributário. Empréstimo compulsório. Correção monetária. Matéria de ordem pública. Expurgos inflacionários. Inclusão de ofício. Possibilidade. *Reformatio in pejus*. Não ocorrência. Súmula nº 83 do STJ. [...] 2. A correção monetária é matéria de ordem pública, podendo ser tratada pelo Tribunal sem necessidade de prévia provocação da parte. [...] (STJ. REsp 442979-MG 2002/0077497-9. Relator: Ministro João Otávio de Noronha. Órgão Julgador: T2 - Segunda Turma. *DJ* de 31.08.2006, p. 301).

> Processual civil. Embargos de declaração. Art. 535 do CPC. Agravo regimental. Recurso especial. Ação indenizatória. Danos morais. Publicação jornalística. Juros de mora. Termo inicial. Aplicação do Verbete Sumular nº 54/STJ. Matéria de ordem pública. Consectário legal. *Reformatio in pejus*

não configurada. Rediscussão da matéria. Impossibilidade. Inexistência de omissão, contradição ou obscuridade no julgado. [...] 2. Nas ações envolvendo responsabilidade civil extracontratual, os juros moratórios fluem a partir do evento danoso (Súmula nº 54/STJ). 3. Os juros de mora constituem matéria de ordem pública, de modo que sua aplicação ou alteração, bem como a modificação de seu termo inicial, de ofício, não configura *reformatio in pejus* quando já inaugurada a competência desta Corte Superior (Precedente: AgRg no Ag 1114664/RJ, Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, Quarta Turma, *DJe* de 15.12.2010). 4. Embargos de declaração rejeitados (STJ. EDcl nos EDcl no Recurso Especial nº 998.935-DF. Relator: Ministro Vasco Della Giustina. 28.02.2011).

[...] Ressalta-se que não há falar em julgamento *ultra petita* ou mesmo *reformatio in pejus*, tendo em vista que a correção monetária constitui pedido implícito, incide por força de lei e deve ser aplicada nos débitos decorrentes de decisões judiciais.
[...] Com efeito, é cediço que a correção monetária não constitui acréscimo, nem *plus*, nem ganho sobre o capital, representando apenas a recomposição do poder aquisitivo da moeda, corroída pela inflação [...] (TJMG. Apelação Cível nº 1.0701.05.109087-9/001, Relatora: Desª Márcia De Paoli Balbino, data do julgamento: 18.05.2006, data da publicação: 08.06.2006).

A correção monetária não significa um acréscimo, mas sim uma forma de garantir o poder de compra da moeda. Justamente por isso é que, em se tratando de reparação material, deve levar em conta a data em que eram devidos os pagamentos, nos termos da Súmula nº 43 do STJ: "Incide correção monetária sobre dívida por ato ilícito a partir da data do efetivo prejuízo".

Nesse sentido, destacam-se, ainda, as seguintes decisões:

Embargos de declaração. Recurso Especial. Seguro-saúde. Indenização por danos materiais. Correção monetária. Termo inicial. Data do evento danoso. Juros moratórios. Taxa legal. Termo inicial. Citação. 1. Nos termos do Enunciado 43 da Súmula do STJ, a correção monetária, em caso de danos materiais, corre desde a data do evento danoso. 2. Os juros moratórios incidem à taxa de 0,5%, ao mês, até o dia 10.01.2003 (Código Civil de 1916, art. 1.062) e, a partir de então, à taxa de 1%, ao mês (Código Civil de 2002, art. 406). Precedentes. 3. Na hipótese de responsabilidade contratual, os juros moratórios possuem como termo inicial a data da citação. 4. Embargos de declaração acolhidos para sanar omissão apontada (STJ. EDcl no REsp 538279/SP. Relatora Ministra Maria Isabel Gallotti. Órgão Julgador Quarta Turma. Data do Julgamento 21.08.2012. *DJe* de 29.08.2012).

Direito civil. Aquisição de produto defeituoso. Reparação de danos materiais. Juros e correção monetária. Marco inicial. - A correção monetária, em se tratando de reparação material decorrente de compra e venda de bem defeituoso, deve levar em conta a data de desembolso da parcela a ser restituída, porquanto critério apto a preservar a justa recomposição do valor. E, porque em pauta responsabilidade contratual, os juros moratórios têm na citação seu marco inicial (TJMG. Apelação Cível 1.0024.10.186005-4/001, Rel. Des. Saldanha da Fonseca, 12ª Câmara Cível, julgamento em 02.06.2011, publicação da súmula em 13.06.2011).

De outro lado, tratando-se de responsabilidade contratual, os juros de mora devem levar em conta a citação, nos termos da Súmula nº 54 do STJ.

A propósito:

Civil e Processual civil. Recurso especial. Ausência de prequestionamento. Súmula 282/STF. Honorários. Súmula 07/STJ. Juros moratórios. Responsabilidade contratual. Termo inicial. Citação. [...] 3. O termo inicial da incidência dos juros moratórios, em se tratando de responsabilidade civil contratual, é a data da citação (art. 405 do CC). REsp 710385/RJ.

Posto isso, dou provimento ao recurso, para condenar o réu ao pagamento da metade das despesas descritas apenas nos documentos de f. 47, 50, 51, 56, 60, 61, 62, 63, 64 (apenas pedido nº 4.706) e 67, os quais são idôneos para comprovar as dívidas que se reverteram em proveito do contrato de parceria agrícola para criação de aves, tudo a ser apurado em liquidação de sentença, bem como para determinar que a parte autora pague R$ 2.500,00, referentes aos aluguéis de setembro de 2006 até junho de 2007, ao réu, com correção monetária pela tabela da CGJ/TJMG, a contar da data em que eram devidos os pagamentos (Súmula nº 43 do STJ), e juros de mora de 1% ao mês, a partir da citação, nos termos da Súmula nº 54 do STJ.

Em face da sucumbência recíproca, na ação e na reconvenção, condeno a autora e o réu ao pagamento, respectivamente, de 55% e 45% das custas processuais e dos honorários advocatícios, fixados no valor de R$ 1.600,00, nos termos do art. 20, § 4º, do CPC, suspensa a exigibilidade de tais verbas em relação às partes, nos termos do art. 12 da Lei nº 1.060/50.

DES. EDUARDO MARINÉ DA CUNHA - De acordo com o Relator.

DES. LUCIANO PINTO - De acordo com o Relator.

Súmula - DERAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Ação cautelar - Prontuário médico - Exibição - Sigilo

Ementa: Apelação. Ação cautelar. Exibição de prontuários médicos e exames. Recusa do nosocômio. Sigilo médico. Relativização.

- O sigilo profissional, em particular o sigilo médico, não possui caráter absoluto, podendo ser relativizado mediante decisão judicial devidamente fundamentada.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0035.11.018098-7/001 - Comarca de Araguari - Apelante: Santa Casa Misericórdia de Araguari - Apelada: Perina Gama Resende - Relator: DES. PEREIRA DA SILVA

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 10ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, à unanimidade, em NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 4 de dezembro de 2012. - *Pereira da Silva* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. PEREIRA DA SILVA - Trata-se de apelação interposta por Santa Casa de Misericórdia de Araguari contra a sentença proferida pelo ilustre Juiz da 4ª Vara Cível da Comarca de Araguari, nos autos da ação cautelar movida por Perina Gama Resende.

Adoto o relatório da sentença (f. 61/64), destacando a parte dispositiva, que assim contempla:

> Ante o exposto, e com base na fundamentação acima, *julgo procedente* o pedido inicial, confirmando a liminar de f. 13/14, para o fim de assegurar à autora o direito à obtenção de cópia do prontuário médico e demais exames e documentos que demonstram os procedimentos executados pela ré no atendimento ao Sr. João de Sousa Resende.
>
> Condeno o réu ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, que fixo em R$ 545,00 (quinhentos e quarenta e cinco reais), conforme art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil.
>
> Julgo extinto o processo com resolução do mérito, nos termos do art. 269, I, do Código de Processo Civil.

Inconformada, a ré apelou às f. 66/72, salientando que o Código de Ética Médica (Resolução do CFM nº 1.931/2009) veda o fornecimento desses documentos a pessoa que não seja o próprio paciente, prevendo-se, ainda, a hipótese de perícia, desde que preservado o sigilo profissional, inexistindo razões, no presente caso, para a quebra desse sigilo.

A apelada apresentou contrarrazões às f. 79/80.

Este, o breve relatório.

Conheço do recurso por estarem presentes todos os pressupostos de admissibilidade.

Passo à análise das razões recursais.

O art. 1º da Resolução nº 1.638/2002 do Conselho Federal de Medicina define o prontuário médico como

> o documento único constituído de um conjunto de informações, sinais e imagens registradas, geradas a partir de fatos, acontecimentos e situações sobre a saúde do paciente e a assistência a ele prestada, de caráter legal, sigiloso e científico, que possibilita a comunicação entre membros da equipe multiprofissional e a continuidade da assistência prestada ao indivíduo.

Esse caráter sigiloso é inerente ao direito à intimidade, que tem plena aplicação no que se refere ao prontuário médico.

A esfera íntima do paciente deve ser resguardada inclusive perante seus familiares, uma vez que podem existir situações e informações que o próprio paciente não queira que se tornem do conhecimento de qualquer pessoa, inclusive de familiares.

Por isso, a garantia constitucional da proteção da intimidade (art. 5º, X, CF), também prevista no art. 21 do Código Civil, permanece até mesmo após a morte do paciente.

Essa garantia, como todo direito fundamental, evidentemente, não é absoluta.

Assim, não haverá ilicitude: a) se o próprio paciente autorizar a revelação do prontuário médico; b) se houver requisição judicial; ou c) em caso de indispensabilidade da medida.

Ou seja, a liberação do prontuário sem a concordância do próprio paciente só deve ocorrer diante de decisão judicial ou requisição do Conselho Federal de Medicina ou do Conselho Regional de Medicina, já que o direito personalíssimo ao sigilo do prontuário não pode ser violado a pedido de familiares do *de cujus*. Os direitos da personalidade são intransmissíveis, não cabendo cogitar, portanto, a transmissão sucessória de um direito personalíssimo como a intimidade e a vida privada.

Conclui-se, dessa forma, que em hipótese alguma deve o hospital ou o médico liberar o prontuário do paciente falecido a quem quer que seja somente pelo fato de o requerente ser um parente do *de cujus*. O parentesco, por si só, não configura a "justa causa" a que se refere o art. 102 do Código de Ética Médica.

Contudo, mediante decisão judicial devidamente fundamentada, como o foi em primeira instância, nada obsta a entrega.

Nesse sentido já decidiu este egrégio TJMG:

> Agravo de instrumento. Ação de cobrança. Requisição de expedição de ofício para exibição de prontuário médico. Possibilidade. - A intimidade e a privacidade constituem-se em explícitas garantias fundamentais (CF, art. 5º, X e XII), somente podendo sofrer restrições onde a Constituição Federal permite, de acordo com a lei, através do órgão competente e em processo que respeite os limites formais e materiais da Carta Política. Sendo as provas requeridas pela agravada necessárias ao deslinde da questão, devem ser deferidas, sob pena de ofensa ao disposto nos arts. 130 do CPC e 5º, LV, da CF/88. Expedição de ofícios mantida (AI nº 1.0024.10.202645-7/001. Relator: Des. Fernando Caldeira Brant).

Com tais considerações, nego provimento ao recurso, mantendo a bem-lançada sentença primeva por seus próprios fundamentos.

Custas recursais, na forma da lei, pela apelante.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES ÁLVARES CABRAL DA SILVA e GUTEMBERG DA MOTA E SILVA.

Súmula - RECURSO NÃO PROVIDO.

...

Ação de indenização por dano moral e material - Picada de cobra - Amputação da perna - Soro antiofídico - Demora na aplicação - Negligência do hospital - Ausência de prova - Ônus do autor - Art. 333, I, do CPC - Dever de indenizar - Inexistência

Ementa: Apelação. Ação de indenização por dano moral e material. Picada de cobra peçonhenta (jararacuçu). Amputação da perna da vítima. Alegação de negligência e demora do hospital na aplicação do soro antiofídico. Ausência de prova. Pedido julgado improcedente. Sentença monocrática mantida.

- Não se desincumbindo o autor, vítima de picada de cobra peçonhenta (jararacuçu), do ônus que lhe incumbia o art. 333, I, do CPC, é dizer, de provar que o hospital que o atendeu foi negligente e/ou moroso na aplicação do soro antiofídico e que a omissão e/ou demora deste último foram as únicas responsáveis pela posterior amputação de sua perna direita, a improcedência dos pedidos exordiais é medida que se impõe.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0133.07.038665-0/001 - Comarca de Carangola - Apelante: Sebastião Romero Rodrigues de Barros - Apelada: Casa de Caridade de Carangola - Relator: DES. ROGÉRIO MEDEIROS

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, à unanimidade, em NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 14 de novembro de 2012. - *Rogério Medeiros* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. ROGÉRIO MEDEIROS - Versam os autos em epígrafe ação de reparação de danos materiais e morais, proposta por Sebastião Romero Rodrigues de Barros, em face de Casa de Saúde de Carangola, aduzindo o autor, ora apelante, na peça exordial de f. 02/09, que, no dia 17.12.2004, por volta das 13 horas, ao trabalhar na sua lavoura, situada na zona rural da comarca de origem, foi vítima da picada de uma cobra jararacuçu, em sua perna direita; que, imediatamente, foi levado à instituição de saúde ré, ora apelada, sentindo, então, dores atrozes em razão de tal ferimento; que, por cerca de 4 (quatro) horas, aguardou ser-lhe ministrado o soro antiofídico; que a aplicação de tal soro somente se deu às 17h40min daquele dia, e, mesmo assim, em decorrência da intervenção de conhecidos seus junto à direção do hospital réu, ora apelado; que o mesmo ficou internado no nosocômio réu, ora apelado, por cerca de 14 (quatorze) dias; que, em face da piora inexorável em seu estado de saúde, no dia 23.12.2004, ou seja, 6 (seis) dias após a sua internação, foi submetido a uma intervenção cirúrgica, denominada fasciotomia, que se mostrou ineficaz; pois não deteve a marcha da infecção em curso; que, no dia 07.01.2005, desesperada pela sua piora e pela gravidade de seu quadro clínico, a sua família exigiu a sua alta, tendo-o levado imediatamente ao Município de Itaperuna/RJ, onde foi submetido a uma cirurgia de emergência na Casa de Saúde e Maternidade Santa Therezinha, que, embora lhe tenha salvado a vida, custou-lhe a amputação de parte de sua perna direita, já inteiramente putrefata; que atestado médico exarado pelo médico que o atendeu na Casa de Saúde e Maternidade Santa Therezinha, de Itaperuna/RJ, demonstra que já havia sido instalado quadro de septicemia, com risco de vida, sendo que, após a amputação havida, foi-lhe recomendado tratamento protético para o resto da vida; que teve de arcar com os custos de sua internação e procedimentos médico-cirúrgicos que lhe foram ministrados em Itaperuna/RJ, razão pela qual teve de se desfazer de seu único bem imóvel, uma propriedade rural na qual trabalhava e sustentava a sua família; que acidentes com serpentes são comuns na região da comarca de origem, sendo que a instituição ré, ora apelada, é referência para tratamento de casos desse jaez; que, apesar da gravidade da situação vivida, caso lhe tivesse sido aplicado o soro antiofídico imediatamente, a tendência era que seu quadro evoluísse bem, sem a necessidade de posterior amputação de sua perna; que, contudo, não foi o que ocorreu *in casu*, pois, além de lhe ter sido ministrado o soro antiofídico com tardança, o mesmo ficou internado 14 (quatorze) dias nas dependências do hospital-réu, ora apelado, onde o seu quadro clínico só piorou; que, dessa forma, tanto a instituição ré quanto seus empregados foram negligentes em relação ao tratamento que lhe foi ministrado; que, diante da amputação de parte de sua perna direita, ficou incapacitado para o exercício de seu labor de rurícola, tendo, em acréscimo, se desfeito de seu patrimônio com a necessidade da venda da sua propriedade rural, de onde retirava o seu sustento e o de sua família. Requereu, por fim, dentre outros pedidos de praxe, a concessão, em seu benefício, do pálio da gratuidade da justiça; a procedência dos pedidos exordiais, com a condenação do hospital réu, ora apelado, ao pagamento de indenização por danos materiais e morais sofridos.

Mediante a prolatação da r. sentença monocrática de f. 364/376, a douta Magistrada singular *a quo* julgou improcedentes os pedidos elencados na peça exordial deste feito.

Em seu apelo de f. 379/384, o autor, ora apelante, pugnou pela reforma da r. sentença monocrática ora vergastada, sob o fundamento de que as únicas testemunhas isentas neste feito foram aquelas pelo mesmo arroladas; que as mesmas foram unânimes ao afirmar que

o soro antiofídico lhe foi ministrado cerca de 4 (quatro) horas após a sua entrada nas dependências do hospital réu, ora apelado; que os prontuários carreados aos autos pelo hospital réu, ora apelado, são documentos unilateralmente produzidos pelo mesmo; que não foi levado em devida consideração o laudo médico assinado pelo Dr. Marco Antônio Moreira de Abreu, que foi quem o atendeu quando foi internado na Casa de Saúde e Maternidade Santa Therezinha, em Itaperuna/RJ; que, se o mesmo não tivesse saído das dependências do hospital réu, ora apelado, poderia estar morto no momento em que interpunha o apelo ora sob exame, dado o agravamento da septicemia que o acometia; que não consegue atinar para a importância dada pelo hospital réu, ora apelado, em dar entrada em suas dependências pela porta da frente; que os depoimentos das 3 (três) testemunhas que arrolou nestes autos não foram levados em devida consideração pela nobre Magistrada singular *a quo*; que a testemunha que prestou o depoimento de f. 227 tem interesse notório no deslinde do presente feito, pois se trata de conselheiro do hospital réu, ora apelado.

Não houve preparo, visto que o autor, ora apelante, litiga sob o pálio da gratuidade da justiça, que lhe foi deferido na parte dispositiva da r. sentença monocrática ora vergastada.

Em suas contrarrazões de f. 391/394, o hospital réu, ora apelado, pugnou, basicamente, pela manutenção da r. sentença monocrática ora vergastada.

É o relatório.

Conheço do recurso, porque presentes os requisitos de sua admissibilidade.

Compulsando detidamente o feito em epígrafe, vejo que não assiste razão ao autor, ora apelante, no que tange à insurgência do mesmo em relação ao teor da r. sentença monocrática ora vergastada. Se não, vejamos.

De plano, gostaria de solidarizar-me com o autor, ora apelante, em relação ao incidente do qual o mesmo foi vítima, que culminou, lamentavelmente, com a amputação de parte de sua perna direita.

A questão seminal para o deslinde da questão posta à minha apreciação é saber se o hospital réu, ora apelado, socorreu o autor, ora apelante, com toda a brevidade e com a utilização de todos os meios que estavam ao seu dispor para salvar a vida e a integridade física do ora recorrente, em face do grave evento do qual este último foi vítima.

Respondendo à indagação contida no parágrafo imediatamente anterior, encontra-se no documento de f. 14 a ficha de atendimento lavrada quando da entrada do autor, ora apelante, no hospital réu, ora apelado, que demonstra que tal se deu às 13h do dia 17.12.2004, tendo-lhe sido aplicadas 8 (oito) ampolas do soro antiofídico às 14h52min daquele mesmo dia.

Neste ínterim, cumpre salientar que tal documento foi carreado aos autos pelo próprio autor, no sentido de instruir a petição inicial de f. 02/09, razão pela qual não é aceitável que, em seu recurso ora sob exame, venha o mesmo alegar que "o hospital, com base em prontuários feitos por ele mesmo, em que se pode colocar quaisquer horários datas, etc., quer fazer crer que nada houve de errado naquele fatídico dia, que não houve demora na administração do soro, fato este que causou a amputação da perna e quase óbito do autor" - f. 380, ou que "os prontuários foram produzidos unilateralmente pelo Hospital, e que poderiam ter sidos (*sic*) produzidos em qualquer momento, o que, de plano, o descredenciou para servir de prova nesse processo, contudo foram apreciados pelo douto *a quo*" - f. 380/381.

É de perguntar: se o prontuário de f. 14 não representa a verdade dos fatos, por qual razão o próprio autor o carreou aos autos para instruir a peça exordial deste feito? E mais importante ainda, se o autor entende que o prontuário de f. 14 pode ter sido fruto de falsificação, por qual razão não instaurou, nestes autos, o incidente previsto no art. 390 do Código de Processo Civil (CPC)?

Portanto, não há nos autos em epígrafe nenhuma razão para o descarte do prontuário médico de f. 14, mesmo porque atende aos requisitos contidos na Resolução nº 1.638/2002 do Conselho Federal de Medicina (CFM), publicada no *Diário Oficial da União* (*DOU*) de 09.08.2002, *verbis*:

> Define prontuário médico e torna obrigatória a criação da Comissão de Revisão de Prontuários nas instituições de saúde.
> O CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, no uso das atribuições que lhe confere a Lei nº 3.268, de 30 de setembro de 1957, regulamentada pelo Decreto nº 44.045, de 19 de julho de 1958, e
> CONSIDERANDO que o médico tem o dever de elaborar o prontuário para cada paciente a que assiste, conforme previsto no art. 69 do Código de Ética Médica;
> CONSIDERANDO que o prontuário é documento valioso para o paciente, para o médico que o assiste e para as instituições de saúde, bem como para o ensino, a pesquisa e os serviços públicos de saúde, além de instrumento de defesa legal;
> CONSIDERANDO que compete à instituição de saúde e/ou ao médico o dever de guarda do prontuário, e que o mesmo deve estar disponível nos ambulatórios, nas enfermarias e nos serviços de emergência para permitir a continuidade do tratamento do paciente e documentar a atuação de cada profissional;
> CONSIDERANDO que as instituições de saúde devem garantir supervisão permanente dos prontuários sob sua guarda, visando manter a qualidade e preservação das informações neles contidas;
> CONSIDERANDO que para o armazenamento e a eliminação de documentos do prontuário devem prevalecer os critérios médico-científicos, históricos e sociais de relevância para o ensino, a pesquisa e a prática médica;
> CONSIDERANDO a legislação arquivística brasileira, que normatiza a guarda, a temporalidade e a classificação dos documentos, inclusive dos prontuários médicos;
> CONSIDERANDO o teor do Parecer CFM nº 30/2002, aprovado na Sessão Plenária de 10 de julho de 2002;
> CONSIDERANDO, finalmente, o decidido em Sessão Plenária de 10 de julho de 2002.
> RESOLVE:

Art. 1º - Definir prontuário médico como o documento único constituído de um conjunto de informações, sinais e imagens registradas, geradas a partir de fatos, acontecimentos e situações sobre a saúde do paciente e a assistência a ele prestada, de caráter legal, sigiloso e científico, que possibilita a comunicação entre membros da equipe multiprofissional e a continuidade da assistência prestada ao indivíduo.

Art. 2º - Determinar que a responsabilidade pelo prontuário médico cabe:

I. Ao médico assistente e aos demais profissionais que compartilham do atendimento;

II. À hierarquia médica da instituição, nas suas respectivas áreas de atuação, que tem como dever zelar pela qualidade da prática médica ali desenvolvida;

III. À hierarquia médica constituída pelas chefias de equipe, chefias da Clínica, do setor até o diretor da Divisão Médica e/ou diretor técnico.

Art. 3º - Tornar obrigatória a criação das Comissões de Revisão de Prontuários nos estabelecimentos e/ou instituições de saúde onde se presta assistência médica.

Art. 4º - A Comissão de que trata o artigo anterior será criada por designação da Direção do estabelecimento, por eleição do Corpo Clínico ou por qualquer outro método que a instituição julgar adequado, devendo ser coordenada por um médico.

Art. 5º - Compete à Comissão de Revisão de Prontuários:

I. Observar os itens que deverão constar obrigatoriamente do prontuário confeccionado em qualquer suporte, eletrônico ou papel:

a. Identificação do paciente - nome completo, data de nascimento (dia, mês e ano com quatro dígitos), sexo, nome da mãe, naturalidade (indicando o município e o estado de nascimento), endereço completo (nome da via pública, número, complemento, bairro/distrito, município, estado e CEP);

b. Anamnese, exame físico, exames complementares solicitados e seus respectivos resultados, hipóteses diagnósticas, diagnóstico definitivo e tratamento efetuado;

c. Evolução diária do paciente, com data e hora, discriminação de todos os procedimentos aos quais o mesmo foi submetido e identificação dos profissionais que os realizaram, assinados eletronicamente quando elaborados e/ou armazenados em meio eletrônico;

d. Nos prontuários em suporte de papel é obrigatória a legibilidade da letra do profissional que atendeu o paciente, bem como a identificação dos profissionais prestadores do atendimento. São também obrigatórias a assinatura e o respectivo número do CRM;

e. Nos casos emergenciais, nos quais seja impossível a colheita de história clínica do paciente, deverá constar relato médico completo de todos os procedimentos realizados e que tenham possibilitado o diagnóstico e/ou a remoção para outra unidade.

II. Assegurar a responsabilidade do preenchimento, guarda e manuseio dos prontuários, que cabem ao médico assistente, à chefia da equipe, à chefia da Clínica e à Direção técnica da unidade.

Art. 6º - A Comissão de Revisão de Prontuários deverá manter estreita relação com a Comissão de Ética Médica da unidade, com a qual deverão ser discutidos os resultados das avaliações realizadas.

Art. 7º - Esta resolução entrará em vigor na data de sua publicação.

Isso posto, pode-se concluir que o documento de f. 14 é autêntico e que as suas informações são fidedignas, estando aptas a serem utilizadas quando do julgamento da questão ora sob exame.

Cotejando as informações contidas no documento de f. 14 com as demais provas constantes dos autos, é forçoso concluir que era impossível para o hospital réu, ora apelado, ter aplicado os 8 (oito) frascos de soro antiofídico ministrados ao autor, ora apelante, antes do horário informado na ficha mencionada alhures, qual seja 14h52min, haja vista a declaração prestada pela Secretaria de Saúde da Prefeitura Municipal de Carangola/MG - documento que, além de não ser unilateral, goza da presunção de fé pública,e que não foi ilidido nos autos em epígrafe, ressalte-se - cujo teor é o seguinte, *verbis*:

> Declaramos para os devidos fins que atendendo solicitação do Hospital Casa de Caridade de Carangola, disponibilizamos na data de 17 de dezembro de 2004, às 14:30 hs, 8 ampolas de SORO ANTIBOTRÓPICO entregue ao Sr. Omar Millen, funcionário do dito hospital acima supracitado - Maiúsculas no original.

Lado outro, os depoimentos das testemunhas arroladas pelo autor, ora apelante, Ana Célia Morais Hosken Faria (f. 228) e Maria Cristina Silva Hosken (f. 229) são diametralmente opostos ao que consta no depoimento do médico Denis Marques de Figueiredo (f. 248/250), que foi um dos profissionais que atenderam ao ora recorrente, mas que, quando foi ouvido em juízo, já não mantinha qualquer vínculo profissional ou econômico com o hospital réu, ora apelado, que tornasse suspeitas as suas declarações em juízo.

Portanto, não há, nestes autos, nenhuma prova conclusiva de que o hospital réu, ora apelado, foi negligente ao prestar os primeiros socorros e o tratamento adequado ao autor, ora apelante, enquanto este esteve internado em suas dependências, razão pela qual se impõe a conclusão de que o ora recorrente não se desincumbiu do ônus que lhe impunha o art. 333, I, do CPC, o que conduz ao indeferimento dos pleitos autorais.

Neste ínterim, é preciso salientar que a alta conferida ao autor, ora apelante, das dependências do hospital réu, se deu em virtude de exigência da família do mesmo, e que a declaração prestada pelo médico Marco Antonio Moreira Abreu, que atendeu o autor, ora apelante, quando o mesmo foi transferido para a Casa de Saúde e Maternidade Santa Therezinha, em Itaperuna/RJ, não afirma que houve negligência médica ou omissão na prestação dos socorros e medicamentos disponíveis quando o ora recorrente esteve internado nas dependências do hospital réu, ora apelado, pois, na realidade, após uma análise criteriosa das provas carreadas a este feito, estou convencido de que a instituição ré, ora recorrida, lançou mão de todos os meios disponíveis para salvar e curar o autor, ora apelado, das consequências do infausto acontecimento do qual o mesmo lamentavelmente foi vítima.

Julgo pertinente, nesta seara, a transcrição do seguinte excerto, contido na fundamentação da r.

sentença monocrática ora vergastada, na qual a douta Magistrada singular *a quo* analisou tal questão com elogiável percuciência, *verbis*:

> No caso dos autos, não vislumbrei o enquadramento da atuação da ré em uma das situações que ensejariam o dever de indenizar. Há, de fato, controvérsia existente entre os depoimentos prestados pelas testemunhas e pelos documentos colacionados à inicial a fim de comprovar a ocorrência dos fatos como descritos na peça de ingresso e o nexo de causalidade, decorrentes do suposto mau funcionamento do serviço de saúde prestado pela ré.
> [...].
> Sabe-se que os acidentes ofídicos nem sempre se resolvem, de pronto, ao ministrar o soro imediatamente. Esta é a primeira etapa do tratamento. Bem como se sabe que para a prescrição do tratamento mais adequado deve-se levar em conta a quantidade de veneno inoculado pela serpente, fato este que se tornará mais articulado por ocasião da evolução do quadro clínico do paciente.
> O quadro clínico do paciente vítima de acidente ofídico caracteriza-se por manifestações locais importantes, como a dor e edemas. Nos casos mais graves, pode ocorrer necrose de tecidos com formação de abscessos e desenvolvimento compartimental, podendo deixar sequelas, desde a perda funcional ou anatômica do membro acometido, até mesmo a amputação.
> O tratamento em casos mais graves é o debridamento dos tecidos necrosados e a drenagem dos abscessos. *In casu*, verifico que o médico assistente, quando do tratamento do autor, optou ainda por proceder a uma fasciotomia, para descompressão dos vasos e nervos e estruturas nobres, fato que aconteceu em 03 de janeiro de 2005, e que pelo prontuário médico acostado aos autos demonstra imediato alívio ao autor, conforme evolução clínica datada de 04 de janeiro de 2005.
> Ressalto, por oportuno, que o pedido de indenização por danos morais e materiais feitos pelo autor se pauta na alegada demora e ineficiência do tratamento médico que lhe foi dispensado pelo nosocômio, ora requerido, o que pelas provas adicionadas aos autos, a meu sentir, efetivamente não ocorreu como narrado na exordial.
> É sabido que inexiste na legislação processual civil hierarquia entre os meios probatórios existentes, devendo o juiz, através do seu livre convencimento motivado, atribuir real valor às provas.
> Assim, diante da dúvida invencível, que inviabiliza um juízo de certeza quanto à determinação do preenchimento dos requisitos objetivos caracterizadores da responsabilidade civil por danos morais e materiais por parte da ré, a improcedência da ação é medida que se impõe, já que o ao autor incumbia, nos termos do artigo 333, inciso I, do CPC, a comprovação do que alega, no caso destes autos, demora e ineficiência do tratamento médico que lhe foi dispensado pela equipe médica da Casa de Caridade de Carangola - f. 368/375.

Diante de tão doutas conclusões, acrescento a este voto matéria jornalística publicada no *Estado de São Paulo*, datada de 26.07.2010, *verbis*:

> Estudo desvenda ação do veneno de jararaca no local da picada.
> Pela primeira vez, cientistas observaram toxina da cobra agindo nos vasos sanguíneos
> 26 de julho de 2010 - 16h00.
> Carlos Orsi, do estadao.com.br
> Além do efeito tóxico que atinge o corpo todo e é combatido pelo soro antiofídico, o veneno das cobras botrópicas, a família das jararacas, tem uma ação específica no local da picada que pode causar inflamação, hemorragia e, em alguns casos, levar à necrose e à amputação da parte atingida. Pesquisa encabeçada por cientistas brasileiros mostra que uma proteína envolvida no efeito local, a jararagina, acumula-se junto aos vasos sanguíneos, danificando-os e precipitando a hemorragia. Essa descoberta pode apontar o caminho para novos tratamentos.
> Mechanisms of Vascular Damage by Hemorrhagic Snake Venom (íntegra do estudo).
> A jararagina já havia sido isolada em 1991, explica a principal autora do trabalho, Cristiani Baldo, do Laboratório de Imunopatologia, Instituto Butantã. Mas só agora seu mecanismo de ação foi observado e comprovado. 'Injetamos a proteína, marcada, em camundongos e vimos que ela se localiza bem perto do vaso sanguíneo, e degrada o vaso', disse.
> Uma possibilidade de tratamento aberta pelo estudo, publicado no *site* PLoS Neglected Tropical Diseases, seria o uso, em combinação com o soro antiofídico, de inibidores de metaloproteinase, a classe de proteínas a que a jararagina pertence.
> 'Mas é preciso estudar qual o inibidor mais adequado, ver se os inibidores não teriam um efeito ruim na saúde', alerta a pesquisadora. 'Tudo começa na pesquisa básica, mas para chegar a um tratamento são necessários mais estudos, num processo de anos'.
> Dados do Ministério da Saúde dão conta de que, no Brasil, em 2008, ocorreram cerca de 26.900 acidentes envolvendo cobras venenosas, sendo mais de 70% deles com cobras da família das jararacas. Das picadas de jararaca, sequelas relacionadas a complicações locais, como as causadas pela jararagina, aparecem em 10% dos casos.
> Em todo o mundo, segundo a Organização Mundial da Saúde (OMS), estima-se que 5 milhões de pessoas sofram picadas de cobra a cada ano, com 2,5 milhões de envenenamentos. O total estimado de mortes é de 100.000, e o de amputações e outras complicações causadas pelas picadas chega a 300.000.

Julgo apropriada, também, a transcrição do seguinte artigo científico, encontrado no sítio da Fundação de Amparo à pesquisa do Estado de São Paulo (FAPESP) na internet (http://agencia.fapesp.br/12532), *verbis*:

> Veneno da jararaca tem mecanismo desvendado.
> 28/07/2010.
> Por Alex Sander Alcântara.
> Agência FAPESP - A Organização Mundial da Saúde incluiu recentemente o ofidismo (acidentes provocados por serpentes venenosas) como uma doença tropical negligenciada. No Brasil, as picadas de jararaca (*Bothrops jararaca*) respondem por cerca de 90% do total de acidentes com humanos envolvendo serpentes.
> O veneno da jararaca pode provocar lesões no local da picada, tais como hemorragia e necrose que podem levar, em casos mais graves, a amputações dos membros afetados. Uma das toxinas responsáveis pela ação hemorrágica do veneno da jararaca, a jararagina, foi isolada em 1992 e é bastante estudada por pesquisadores no Brasil e de outros países. A jararagina faz parte da família de um grupo de proteínas (metaloproteinases), uma das principais responsáveis pelos efeitos locais da picada, como hemorragia, edema e inflamação.

Agora, uma pesquisa conduzida no Instituto Butantan demonstrou pela primeira vez como a toxina se liga aos vasos sanguíneos. O estudo, publicado na revista *PLoS Neglected Tropical Diseases*, descreve os mecanismos de ação da toxina e traz novas perspectivas para o desenvolvimento de medicamentos.
De acordo com Cristiani Baldo, pós-doutoranda no Laboratório de Imunopatologia do Butantan e autora principal do artigo, o trabalho representa um importante avanço. 'Conhecíamos a patologia e já se sabia que a proteína era hemorrágica, mas os mecanismos através dos quais ela induzia a hemorragia ainda não estavam completamente esclarecidos', disse à Agência Fapesp.
O trabalho publicado é resultado de sua tese de doutorado, intitulada 'Mecanismos envolvidos na ação hemorrágica de metaloproteinases de venenos de serpentes', com Bolsa da Fapesp e orientação de Ana M. Moura da Silva, do Laboratório de Imunopatologia do Butantan.
Atualmente, Cristiani desenvolve uma pesquisa de pós-doutoramento, também com Bolsa da Fapesp e supervisão de Ana Moura, intitulada 'Efeitos da interação entre células endoteliais e jararagina em culturas tridimensionais ricas em colágeno'.
Segundo Cristiani, o principal desafio era justamente entender o mecanismo. 'A dificuldade estava em localizar a proteína no tecido afetado e saber como se comporta', disse.
Utilizando a técnica de microscopia confocal, a pesquisadora usou a pele de camundongos como modelo experimental. 'Marcamos a toxina com uma substância fluorescente, que foi injetada na pele para determinar o caminho percorrido pela toxina', explicou.
Ao injetar na pele dos animais, observou-se que a toxina se concentrou nos pequenos vasos capilares. 'Com 15 minutos, foi possível ver a hemorragia bastante evidente. Em períodos maiores, provavelmente haveria necrose', explicou.
De acordo com o estudo publicado, a jararagina se fixa nas proximidades dos vasos, comprometendo sua integridade e induzindo o sangramento local, que se constitui em um dos principais sintomas do envenenamento.
'Vimos que ela se localiza nas proximidades dos vasos sanguíneos, e esse acumulo é responsável pelo efeito hemorrágico tão evidente', disse Cristiani.
Uma das novidades do trabalho foi a utilização de uma metodologia inovadora para o experimento, que permitiu visualizar a toxina no local. 'Passei dois anos tentando padronizar a metodologia, dos quais seis meses na Universidade da Califórnia, nos Estados Unidos', disse.
Coagulação sanguínea.
De acordo com o estudo publicado, a jararagina se fixa às proximidades dos vasos, ligando-se a componentes de matriz extracelular (responsáveis pela estrutura do vaso), comprometendo sua integridade e induzindo o sangramento local, que se constitui um dos principais sintomas do envenenamento.
'Vimos que ela se localiza nas proximidades dos vasos sanguíneos, e esse acúmulo é responsável por esse efeito hemorrágico tão evidente', disse Cristiani.
De acordo com a pesquisadora, o veneno da jararaca também induz alterações sistêmicas como coagulação sanguínea, alterações cardiovasculares e renais. Cristiane destaca que o soro antiofídico atualmente existentes, produzido em cavalos, é muito eficaz na neutralização desses efeitos.
'O grande problema são as lesões no local da picada caracterizadas principalmente por edema, inflamação e hemorragia, que não são neutralizadas pelo soro antiofídico. Diante disso, cerca de 10% das vítimas ficam com alguma sequela grave, tais como perda da função ou até mesmo amputação do local afetado', disse.
'O soro antiofídico consegue neutralizar muito bem alguns efeitos do veneno, como alterações na coagulação do sangue, mas não consegue reverter os efeitos locais porque eles se estabelecem muito rapidamente', explicou.
Segundo a pesquisadora, ao descobrir como a toxina age e induz a hemorragia, fica mais fácil propor algum tipo de aliado no tratamento das vítimas de envenenamento. 'Outros grupos poderão utilizar algum inibidor dessa proteína como um tratamento aliado à soroterapia, mas esse não é o objetivo do nosso laboratório', disse.
O artigo *Mechanisms of Vascular Damage by Hemorrhagic Snake Venom Metalloproteinases*: Tissue Distribution and In Situ Hydrolysis, de Cristiani Baldo e outros, pode ser lido em www.plosntds.org/article/info:doi/10.1371/journal.pntd.0000727.

Ou seja, ambas as notícias transcritas acima indicam que nem toda a picada de cobra - especialmente aquela que inoculou sua peçonha na perna do autor, ora apelante (jararacuçu) - é curada com a aplicação do soro antiofídico, sendo que a aplicação do mesmo, no menor tempo possível após a picada de tal réptil, é fundamental para aumentar as chances de evitar sequelas no membro ferido, mas não garante a cura total e completa de órgãos e pessoas que tenham sido vítimas de tal incidente.

A respeito, *mutatis mutandis*:

> Apelação. Ação de indenização por danos morais e materiais. Acidente ofídico. Erro médico. Ausência de demonstração. - Em casos de alegação de erro médico, deve ficar bem caracterizado que o profissional se conduziu de forma inaceitável, do ponto de vista técnico, cometendo equívoco inescusável ante as circunstâncias do caso, o que não se verificou na espécie, inclusive ante a prova pericial realizada. Recurso do réu provido e desprovido o dos autores (voto 7.862) (TJSP, 9º Câm. Dir. Privado, AC nº 9053487-29.2000.8.26.0000, Rel. Des. Sergio Gomes, j. em 13.11.2007).

Por fim, anoto que, ao compulsar atentamente os documentos de f. 39/113 destes autos, constatei que nada indicava que o autor, ora apelante, estivesse em processo avançado de septicemia ao se transferir, por exigência de seus familiares, para a Casa de Saúde e Maternidade Santa Therezinha, em Itaperuna/RJ, malgrado a gravidade do ferimento mencionado alhures, sendo crível a informação prestada pelo médico Dênis Marques de Figueiredo, que,

> se o autor estivesse com algum problema de saúde grave o depoente não daria alta ao autor, sendo que, se ele estivesse com infecção grave, o mesmo seria inicialmente encaminhado ao CTI para que medidas mais cabíveis fossem tomadas; que, se a permanência do autor no CTI não surtisse o efeito desejado, partir-se-ia para a amputação da perna; que a amputação da perna somente é feita como última medida médica - f. 250.

Portanto, os gastos desembolsados por ele durante a sua internação na Casa de Saúde e Maternidade Santa Therezinha, em Itaperuna/RJ, decorreram de opção expressamente manifestada pelo mesmo, razão pela qual não podem ser imputados ao hospital réu, ora apelado.

Isso posto, pelas razões expostas acima, mantendo a r. sentença de f. 364/376 por seus próprios e excelentes fundamentos, nego provimento ao apelo de f. 379/384.

Custas recursais, pelo autor, ora apelante, suspensa, contudo, a sua exigibilidade, visto que o mesmo litiga sob o pálio da gratuidade da justiça.

É como voto.

DES. ESTEVÃO LUCCHESI - De acordo com o Relator.

DES. VALDEZ LEITE MACHADO - De acordo com o Relator.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Locação - Retomada do imóvel para uso próprio - Desvio de uso - Multa civil

Ementa: Ação de cobrança de multa civil. Locação. Retomada do imóvel para uso próprio. Desvio de uso. Multa. Art. 44, parágrafo único, da Lei nº 8.245/91. Desprovimento do recurso.

- Deixando o retomante de utilizar o imóvel para o fim de uso próprio declarado, não comprovando a sua verdadeira intenção de ocupar o bem (art. 44, II, c/c o art. 47, III, Lei nº 8.245/91), impõe-se a aplicação da penalidade estatuída (art. 44, parágrafo único, Lei nº 8.245/91).

Recurso não Provido.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0394.08.090093-6/001 - Comarca de Manhuaçu - Apelante: José Geraldo Pessoa - Apelada: Alzira Batista de Souza Tavares - Relator: DES. NILO LACERDA

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, à unanimidade, em NEGAR PROVIMENTO AO APELO.

Belo Horizonte, 12 de dezembro de 2012. - *Nilo Lacerda* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. NILO LACERDA - Trata-se de apelação interposta por José Geraldo Pessoa contra a r. sentença de f. 131/137, proferida nos autos da ação de cobrança de multa civil, que lhe foi ajuizada por Alzira Batista de Souza, que julgou procedente a ação, condenando o réu a indenizar a autora no importe de vinte e dois mil e quinhentos reais (R$ 22.500,00), devendo o valor ser atualizado com a incidência de juros mensais de 1%, contados da efetiva citação e correção monetária com base na Tabela da egrégia Corregedoria-Geral de Justiça de Minas Gerais a partir do ajuizamento da ação.

Pelas razões de f. 150/160, o apelante, após tecer considerações sobre os autos, sustenta a necessidade da modificação da sentença à improcedência da ação, tendo em vista o disposto no art. 57 da Lei nº 8.245/91, no qual se faculta ao dono do imóvel comercial denunciar por escrito o contrato, não havendo qualquer vedação de que essa denúncia seja cheia, ou seja, motivada.

Sustenta que agiu nos termos da lei, promovendo devidamente a notificação premonitória, concedendo prazo inclusive superior ao legal para desocupação, conforme comprovado e reconhecido pela autora ora apelada.

Assevera que, caso o aumento do valor do aluguel fosse o verdadeiro motivo para o pedido de desocupação, ainda assim estaria no exercício de seu direito, visto que poderia informar naturalmente à autora sua pretensão em aumentar o valor do aluguel e, negando-se ela a pagar o valor pretendido, ou a entrar em negociação, poderia o apelante do mesmo jeito valer-se da denúncia vazia, requerendo a desocupação em 60 dias, alugando-o a terceiro no dia seguinte à desocupação.

Aduz que não há qualquer dispositivo legal, aplicável à locação não residencial de prazo indeterminado, que obrigue o apelante a oferecer o imóvel novamente ao ex-inquilino.

Por fim, alega ser impossível aplicar o art. 44, parágrafo único, da Lei nº 8.245/91, visto que o contrato celebrado entre as partes não é locação residencial.

Contrarrazões à apelação às f. 164/170.

Ausente o preparo, visto que o apelante se encontra sob os beneplácitos da justiça gratuita.

Conheço do recurso, visto que presentes os seus pressupostos de admissibilidade.

Cuida-se de recurso de apelação, interposto por José Geraldo Pessoa contra sentença proferida nos autos da ação de cobrança de multa civil que lhe foi ajuizada por Alzira Batista de Souza, que julgou procedente a ação, condenando o réu a indenizar a autora no importe de vinte e dois mil e quinhentos reais (R$ 22.500,00), com juros e correção monetária.

Impõe ressaltar, inicialmente, que o art. 44 da Lei do Inquilinato, ao tratar da retomada do bem locado para uso próprio, busca inibir eventual conduta fraudulenta do locador, que, não necessitando do imóvel para ocupá-lo pessoalmente, ou com os membros de sua família, ou mesmo para providenciar reformas imediatas, utiliza-se maliciosamente da permissão do art. 47, inciso III, do referido Diploma, dando-lhe destino diverso do estabelecido na lei.

Assim, incumbe ao locador utilizar o imóvel para os fins noticiados, dentro do período de 180 dias, a contar de sua entrega, ou seja, para uso próprio, de

cônjuge, companheiro, ascendente ou descendente, pelo período mínimo de um ano, sob pena de se caracterizar a infração prevista na lei, autorizando o pedido indenizatório, mediante o recebimento da multa prevista no parágrafo único do art. 44, *verbis*:

> Ocorrendo qualquer das hipóteses previstas neste artigo, poderá o prejudicado reclamar, em processo próprio, multa equivalente a um mínimo de doze e um máximo de vinte e quatro meses do valor do último aluguel atualizado ou do que esteja sendo cobrado do novo locatário, se realugado o imóvel.

Quanto à questão, o doutrinador Sylvio Capanema de Souza elucida que:

> Nos incisos II e III se contempla a hipótese muito frequente, da retomada insincera, caracterizada pelo desvio de uso do imóvel, após a sua desocupação, não lhe dando o locador o destino declarado (*A nova Lei do Inquilinato comentada*, p. 159).

In casu, verifico que o apelante requereu a desocupação do imóvel, adotando como motivação o uso próprio, conforme se extrai do documento de f. 19, tendo a apelada cumprido a determinação dentro do prazo estipulado.

No entanto, após a entrega das chaves pela locatária, o apelante não passou a utilizar o imóvel para seu próprio uso. Ao contrário, alugou-o a terceiro pelo valor de mil e quinhentos reais (R$1.500,00) mensais.

Sustentou o recorrente que o imóvel seria utilizado como escritório de advocacia pela sua filha e que posteriormente houve mudança de planos, quando aquela lhe informou a pretensão de se dedicar aos estudos para prestar concurso público. No entanto, tal fundamento não foi possível de se sustentar ante o conjunto probatório produzido.

Cumpre salientar que, se realmente o apelante havia o intuito de retomar o bem para uso próprio, tendo sido tal motivação posteriormente modificada pela desistência de sua filha, este possivelmente ofertaria novamente à apelada o imóvel, visto que sabedor de sua necessidade na manutenção do ponto de seu estabelecimento comercial.

Dessa forma, deixando o retomante de utilizar o imóvel para o fim de uso próprio declarado, não comprovando a sua verdadeira intenção de ocupar o bem (art. 44, II, c/c o art. 47, III, Lei nº 8.245/91), imperiosa a aplicação da penalidade estatuída (art. 44, parágrafo único, Lei nº 8.245/91).

Observo, também, que a multa fixada pela r. sentença se encontra de acordo com os ditames legais, que preveem o valor mínimo de doze meses e máximo de vinte e quatro meses do aluguel para os casos em que o retomante deixa de usar o imóvel para uso próprio ou utiliza-o por prazo inferior a um ano.

Logo, subsiste a condenação decretada por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Mediante tais considerações, nego provimento à apelação, mantendo hígida a r. sentença de primeiro grau, por seus próprios fundamentos.

Custas recursais, pelo apelante.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES ALVIMAR DE ÁVILA e SALDANHA DA FONSECA.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO APELO.

...

Indenização - Danos morais e materiais - Parto - Erro médico - Culpa - Inexistência

Ementa: Ação de indenização por dano moral e material. Realização de parto. Alegação de erro médico. Inexistência de culpa. Laudo pericial conclusivo. Dever de indenizar não demonstrado. Sentença mantida.

- Nos termos do art. 14 do Código de Defesa do Consumidor, a responsabilidade do médico, na condição de profissional liberal, é subjetiva.

- Não restando devidamente comprovada a culpa do médico nem mesmo o nexo causal com referência aos danos moral e material reclamados e a conduta pelo profissional empregada, pressupostos caracterizadores da responsabilidade civil, a improcedência do pedido é medida que se impõe.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0701.08.227535-8/001 - Comarca de Uberaba - Apelante: Thaís Fernanda Maurício - Apelados: Associação Portuguesa de Beneficência 1º de Dezembro, Sociedade Educacional Uberabense, Daniela Misson Ribeiro - Relator: DES. WANDERLEY PAIVA

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 11ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, à unanimidade, em negar provimento ao recurso.

Belo Horizonte, 12 de dezembro de 2012. - *Wanderley Paiva* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. WANDERLEY PAIVA - Trata-se de apelação interposta em face da sentença de f. 775/779 proferida pela MM. Juíza Régia Ferreira de Lima, da 3ª Vara Cível da Comarca de Uberaba, que, nos autos da ação de indenização por danos morais e materiais proposta por Thaís Fernanda Maurício em face de Uniube - Universidade de Uberaba, Daniela Misson Ribeiro e Hospital Beneficência Portuguesa, julgou improcedente os pedidos iniciais e, via de consequência, condenou a

autora ao pagamento das custas e despesas processuais, bem como honorários advocatícios fixados em R$ 500,00, suspensa a exigibilidade, nos termos da Lei nº 1.060/50.

Inconformada, a autora interpôs recurso de apelação, f. 782/789, sustentando, em suma, que pela prova pericial produzida foi possível constatar que houve negligência e culpa dos apelados pelo sofrimento suportado pela apelante. Aduziu que os depoimentos testemunhais colhidos se mostram totalmente comprometidos, já que possuem relação direta com os requeridos. Com tais considerações, pugnou pelo provimento do apelo, com a consequente reforma da decisão proferida.

Ausente de preparo, por estar a autora litigando sob o pálio da assistência judiciária gratuita, f. 97.

Intimados, os requeridos apresentaram contrarrazões, f. 802/818, 825/830 e 833/842, todos pugnando pela manutenção da sentença.

É, em suma, o relatório.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

Tratam os autos de ação de indenização por danos materiais e morais proposta pela autora, ao argumento de que se submeteu à realização de um parto, pela segunda requerida, nas dependências das demais, e que não foram realizadas assepsia e limpeza de forma adequada.

Aduz que tal atitude negligente lhe causou dano moral e material, já que restou constatada, posteriormente, a existência de restos placentários, o que lhe ocasionou hemorragias e infecção.

Da sentença de improcedência dos pedidos, recorre a autora pelos argumentos já indicados.

Pois bem. De início, sabe-se que, para a caracterização da responsabilidade civil, é necessária a presença de três elementos, quais sejam a conduta ilícita, o dano e o nexo de causalidade existente entre eles.

Nos termos do art. 14, § 4º, do Código de Defesa do Consumidor, a responsabilidade do médico, na condição de profissional liberal prestador de serviços, é subjetiva. Sendo assim, mostra-se necessária, para a imputação da responsabilidade, a comprovação de que o profissional tenha agido com culpa.

Preleciona o doutrinador, segundo Sérgio Cavalieri, que:

> [...] Nenhum médico, por mais competente que seja, pode assumir a obrigação de curar o doente ou de salvá-lo, mormente quando em estado grave ou terminal. A ciência médica, apesar de todo o seu desenvolvimento, tem inúmeras limitações, que só os poderes divinos poderão suprir. A obrigação que o médico assume, a toda evidência, é a de proporcionar ao paciente todos os cuidados conscienciosos e atentos, de acordo com as aquisições da ciência, para usar-se de fórmula consagrada na escola francesa. Não se compromete a curar, mas a prestar seus serviços de acordo com as regras e os métodos da profissão, incluindo aí os cuidados e conselhos. Logo, a obrigação assumida pelo médico é de meio, e não de resultado [...]. Disso resulta que a responsabilidade médica, embora contratual, é subjetiva e com culpa comprovada. Não decorre de mero insucesso no diagnóstico ou no tratamento, seja clínico ou cirúrgico. [...] Culpa e erro profissional são coisas distintas. Há erro profissional quando a conduta médica é a correta, mas a técnica empregada é incorreta; há imperícia quando a técnica é correta, mas a conduta médica é incorreta. A culpa médica supõe uma falta de diligência ou de prudência em relação ao que era esperável de um bom profissional escolhido como padrão; o erro é a falha do homem normal, consequência inelutável da falibilidade humana. E, embora não se possa falar em um direito ao erro, será este escusável quando invencível à mediana cultura médica, tendo em vista as circunstâncias do caso concreto. [...] 'O médico não tem carta branca, mas não pode comprimir a sua atividade dentro de dogmas intratáveis. Não é ele infalível, e, desde que agiu racionalmente, obediente aos preceitos fundamentais da ciência, ou ainda que se desviando deles, mas por motivos plausíveis, não deve ser chamado a contas pela Justiça, se vem a ocorrer um acidente funesto' (*Comentários ao Código Penal*, v. V/186). Os médicos erram porque são pessoas. É o preço que os seres humanos pagam pela habilidade de pensar e agir. O erro ocorre em todas as profissões. O problema é que o médico lida com a vida humana e em situações muitas vezes imprevisíveis, o que torna seu erro mais dramático (*Programa de Responsabilidade Civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 392-395).

Dessa forma, nesse tipo de contrato, o objeto da obrigação é o emprego do tratamento adequado de acordo com o estágio atual da ciência, de forma cuidadosa e consciente.

Após a caracterização da responsabilidade civil do médico, faz-se necessário investigar a ocorrência dos pressupostos do dever de indenizar, sendo imprescindível, para tanto, a determinação de falha ou omissão do profissional.

Registre-se que é importante indagar se a terapêutica escolhida era adequada, em razão das circunstâncias técnicas que se faziam presentes para o tratamento do paciente.

Segundo a lição de Miguel Kfouri Neto:

> Admitida a conceituação de culpa médica como desvio ou inobservância dos padrões normais de conduta, deve-se firmar qual seria esse modelo idealizado, para a delimitação dos critérios de atuação do médico. O profissional da medicina deve atuar de acordo com o cuidado, a perícia e os conhecimentos compatíveis com o desempenho que seria razoável se esperar de um médico prudente, naquelas mesmas circunstâncias. Aplicam-se ao médico os indicadores que medem e graduam a culpa em geral. Não deve ele olvidar qualquer dos ensinamentos que compõem a base da sua arte, nem tampouco deixar de dar importância a essas regras. Deve, pois, conhecer e fazer tudo aquilo quanto um outro diligente ou diligentíssimo médico que se encontrasse nas mesmas condições suas saberia e faria (*Culpa médica e ônus da prova*. São Paulo: Ed. RT, 2002, p. 35).

No caso dos autos, por tratar-se de questão eminentemente técnica, valho-me do laudo pericial realizado nos autos, que fora submetido ao crivo do contraditório, respeitando todos os princípios constitucionalmente previstos.

Em análise à prova pericial realizada (f. 587/598), pode-se constatar a inexistência de culpa a ser imputada aos apelados, especialmente à médica requerida, conforme se infere das respostas aos quesitos formulados pelas partes, senão vejamos:

> [...] os restos placentários encontrados no útero da autora vêm da má-assepsia pós-parto?
>
> Não tem qualquer relação com assepsia.
>
> [...]
>
> No momento do ato pericial, a paciente encontra-se em perfeitas condições de saúde física e mental aparente, podendo exercer com plenitude todas as suas atividades dentro da sociedade.
>
> [...]
>
> Poderia o douto perito informar, pela leitura dos prontuários, se houve alguma negligência médica?
>
> R: Negligência médica se caracteriza pelo exame superficial e sem as cautelas necessárias, pelo abandono do paciente ou pela omissão de informá-lo de todos os riscos envolvidos no seu tratamento (Ernesto Lippmann). Considerando a cópia do prontuário de que disponho, que me foi trazida pela paciente, não encontrei substratos que me autorizem enquadrá-los nesta definição conceitual.
>
> [...]
>
> Há nexo de causalidade entre a assepsia pós-parto realizada na autora e algum dano?
>
> Não, não há nexo algum.

Diante da leitura atenta do laudo pericial produzido, observa-se que não foi constatada qualquer imperícia, negligência ou imprudência por parte da médica requerida que ensejasse reparação à autora.

Compulsando os autos e todas as provas existentes, não resta dúvida de que a conclusão a que se chega é de não poder imputar aos requeridos a responsabilidade pelo fato narrado.

É de lamentar a insatisfação e os fatos relatados pela autora/apelante; contudo, para haver o dever de responsabilizar e, portanto, a reparação, necessária a comprovação da culpa; e, neste caso, esta não se comprovou.

E, diante da inexistência de culpa, improcede o dever de indenizar, como bem entendido pelo d. julgador *a quo*.

Nesse sentido, é o entendimento jurisprudencial:

> Apelação cível. Ação de indenização por danos morais e materias. Erro médico. Perícia. Laudo pericial em que se evidencia a inocorrência de erro médico. Outras provas capazes de sustentar a versão dos fatos apresentadas pela autora. Ausência. - A prova pericial acostada aos autos é conclusiva, tendo o perito oficial afirmado que a conduta do apelado foi adequada, quando da realização do parto, não podendo lhe ser imputadas quaisquer consequências trágicas advindas do nascimento do filho da apelante. Inexistem nos autos provas capazes de estabelecerem ligação entre os infortúnios vivenciados pela autora e a conduta do primeiro requerido. A autora alega que alegar a ocorrência de erro médico, sem, contudo, carrear aos autos lastro probatório, pois, sendo o ônus da prova uma faculdade, assumiu a parte omissa as consequências de sua inatividade. Recurso não provido (TJMG, Apelação Cível nº 1.0686.05.150521-8/001, Rel.ª Des.ª Electra Benevides, 10ª Câmara Cível, j. em 02.03.2010, publ. em 19.03.2010).
>
> Ação de indenização. Danos morais e estéticos. Cirurgia estética. Erro médico. Nexo de causalidade e defeito na prestação do serviço. Ausência de comprovação. Indenização indevida. Inexistindo nexo de causalidade e defeito na prestação de serviços médico-hospitalares, deve-se manter a sentença que julgou improcedente o pedido de indenização por danos morais e estéticos. Preliminar rejeitada e recurso parcialmente provido (TJMG, Apelação Cível nº 1.0024.04.299.986-2/001, Rel. Pereira da Silva, j. em 02.06.2009).
>
> Ação de indenização. Danos morais e materiais. Erro médico. Responsabilidade civil de natureza subjetiva. Negligência, imperícia ou imprudência dos médicos. Inexistência. Ausência de provas. Inexistência de conduta culposa. - Constituindo o erro médico responsabilidade subjetiva, para justificar o dever de indenizar, impõe-se a demonstração da conduta ao menos culposa do agente, assim como o dano sofrido e o nexo que liga este àquela, numa relação de causa e consequência. Sendo a atividade médica de meio e não de resultado, a simples existência do dano sofrido sem a presença dos demais pressupostos da responsabilidade civil, não acarreta a responsabilidade do profissional, tornando-se necessária a demonstração de sua negligência, imperícia ou imprudência (TJMG, Apelação Cível nº 2.0000.00.501090-8/002, 9ª Câmara Cível, Rel. Des. Antônio de Pádua, j. em 02.02.2010).

E, ainda:

> Apelação cível. Ação de indenização por danos morais e materiais. Responsabilidade civil. Erro médico. Inocorrência. Culpa não comprovada. Procedimento cirúrgico utilizado adequado. Recurso improvido. Incumbe à parte efetivamente provar a existência de erro médico, por se tratar de responsabilidade subjetiva, que demanda demonstração de culpa. A obrigação do profissional da medicina, à exceção das cirurgias estéticas, é caracterizada como de meio, ou seja, tem a responsabilidade de utilizar-se corretamente das técnicas e métodos indicados para o tratamento, de acordo com a literatura médica existente à época, como no caso em comento (TJMG, 14ª Câmara Cível, Rel. Des. Rogério Medeiros, j. em 31.08.2010).

Indene de dúvida, portanto, inexistir culpa dos requeridos, no procedimento a que foi submetida a autora/apelante.

Lado outro, no tocante à alegação da apelante de que os depoimentos testemunhais se mostram totalmente comprometidos, já que possuem relação direta com os requeridos, entendo, *data venia*, que tal questão já se encontra superada.

Isso porque, quando da realização de audiência, com a oitiva de aludidas testemunhas, a autora/apelante não fez qualquer insurgência/impugnação a respeito, ocorrendo, assim, a preclusão de seu direito de impugnar/contraditar as testemunhas.

Com essas considerações, nego provimento ao recurso, mantendo incólume a r. sentença de primeira instância.

Custas recursais, pela apelante, cuja exigibilidade fica suspensa, por estar amparada pela justiça gratuita.

DES. ROGÉRIO COUTINHO - De acordo com o Relator.

DES. FERNANDO CALDEIRA BRANT - De acordo com o Relator.

Súmula - NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Propriedade industrial - Nome de revista - Termo designativo de raça bovina - Expressões de uso comum ou genérico - Utilização por mais de uma empresa - Ausência de dúvida ou confusão - Convivência no mercado - Possibilidade - Art. 124, VI, da Lei nº 9.279/1996

Ementa: Apelação cível. Cautelar de busca e apreensão. Propriedade industrial. Designação genérica do nome. Ausência de dúvida ou confusão. Convivência no mercado.

- A Lei de Propriedades Industriais protege a propriedade e o uso exclusivo da marca através do registro no INPI, nos termos do art. 129 da Lei nº 9.279/96. Todavia, a mesma legislação admite que as designações de uso comum ou genérico sejam utilizadas por outras empresas (art. 124, VI).

- Duas marcas que utilizam expressões de uso comum ou genérico em suas designações podem conviver no mercado quando não geram confusão ou dúvida nos consumidores.

- O valor de honorários de sucumbência se apresenta excessivo, levando em consideração o grau de zelo do profissional, o lugar da prestação do serviço, a natureza e a importância da causa, e deve ser modificado.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0701.09.273404-8/001 - Comarca de Uberaba - Apelante: Rotal Editora Orientação Técnica Ltda. - Apelado: José Otávio Lemos - 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 DAR PARCIAL PROVIMENTO, VENCIDO EM PARTE O VOGAL.

Belo Horizonte, 22 de novembro de 2012. - *Tiago Pinto* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. TIAGO PINTO - Rotal Editora Orientação Técnica Ltda. maneja recurso de apelação da sentença (f. 115/122), que julgou improcedentes os pedidos da ação cautelar de busca e apreensão movida a José Otávio Lemos.

A medida cautelar foi proposta com o objetivo de que fossem buscados e apreendidos os objetos e/ou produtos que possuíssem a marca "Brahman News", especialmente as revistas/livros que contam com o mesmo título. Além disso, foi pedida a cessão do uso do sinal marcário "Brahman News", em conjunto ou separadamente, "inclusive outras marcas que utilizam a base principal da marca registrada pela autora, ou seja, a palavra "Brahman" e que possam ser confundidas com ela [...]".

Segundo a autora, em sua peça inicial, a medida se justificaria porque ela é editora da revista "O Brahman no Brasil", que é um periódico especializado sobre os diversos criatórios da raça bovina Brahman. Também porque é a titular da marca mista "O Brahman no Brasil", registrada no Instituto Nacional de Propriedade Industrial - INPI, sob o nº 827.961.316, desde 29.01.2008. Diante disso, como a ré está comercializando - no mesmo seguimento mercadológico - uma revista com o título "Brahman News", a medida cautelar deveria ser acatada.

Os pedidos foram julgados improcedentes. Considerou o d. Juiz que o som/fonemas das publicações é distinto, bem como os recursos gráficos utilizados. Somado a isso, a expressão "Brahman" é indicativa de uma raça bovina, portanto é de uso comum e insuscetível de apropriação como marca.

Nas razões recursais (f. 125/131), a empresa/autora diz que

> a análise da marca não poderá ser feita simplesmente verificando o som emitido pelas palavras que a compõem, mas fundamentalmente pelo aspecto visual que esta se coloca diante do consumidor, pois é justamente neste momento que as semelhanças se aclaram, podendo causar dúvidas, erros e confusões no leitor.

Noutro ponto, evoca a existência do registro expedido pelo INPI, que garante a ela o uso exclusivo da marca.

Esclarece que o fato de a palavra designar uma raça bovina não impede que seja utilizada como marca quando é revertida de forma específica no contexto a que se destina. A utilização das palavras classificadas como

genéricas/comuns ocorre quando há uma relação direta com o produto ou serviço.

> Se a marca da Recorrente estivesse registrada para proteger uma criação de animais da raça Brahman propriamente dita ou mesmo para designar uma fazenda de gado, então concordaríamos que a mesma seria 'genérica', porém, não é o caso.

Assim, considerando que a permanência das duas marcas no mercado não pode ser mantida, pede a reforma da decisão.

Pleiteia também a revisão do valor dos honorários advocatícios, fixados em R$ 2.000,00, por considerá-lo excessivo.

O réu/apelado contra-arrazoa o recurso (f. 136/143).

Inicia sua manifestação apontando os fundamentos da apelação como tentativa de estabelecer uma confusão entre os institutos jurídicos do direito de marcas, atitude que considera passível de condenação em litigância de má-fé.

Alega que ambas as marcas (Brahman no Brasil e Brahman News) advêm do termo designativo de uma raça bovina. Portanto, não passível de apropriação exclusiva. Acresce que ambas as revistas são destinadas aos criadores do Brahman, que é expressão de uso comum.

Pontua que a sentença não julgou improcedente o pedido apenas por uma distinção de sons entre as marcas, mas considerou também a diferença entre a apresentação de ambas.

Bate-se pela manutenção dos honorários sucumbenciais na quantia arbitrada na decisão.

É o relatório.

Preenchidos requisitos de admissibilidade, conhece-se do recurso.

O cerne da controvérsia repousa em avaliar a possibilidade ou não de o apelado se utilizar da marca "Brahman News" através da edição de revistas do setor agropecuário.

A medida cautelar proposta pela apelante visou ao recolhimento de todos os produtos comercializados pelo apelado sob o signo "Brahman" porque já havia registrado a marca "O Brahman no Brasil" junto ao INPI, e periódicos com o nome "Brahman News" do apelado estariam se confundindo com os seus e lhe causando prejuízos.

A respeito do registro prévio do nome "O Brahman no Brasil" no Instituto Nacional de Propriedade Industrial não há divergência entre as partes. Então, a questão não perpassa pela análise temporal de registro, baseada no princípio da anterioridade, mas sim demanda avaliação sobre a possibilidade ou não do uso pelo apelado da expressão "Brahman", que é o que há de comum entre as duas marcas. Nessa esteira, cabe análise se existe confusão entre o uso dos nomes de forma a justificar a proteção cautelar.

Uma análise acurada dos elementos presentes nos autos conduz à confirmação da sentença.

De imediato, avaliando os periódicos anexados no processo, é possível dizer que a apresentação e a grafia das marcas são distintas.

A faixa de apresentação na capa da revista não tem semelhança. Os nomes não são apresentados de forma igual ou mesmo parecidos. O nome "O Brahman no Brasil", utilizando-se do próprio fundo da revista, traz a complementação do nome "do Brasil" inscrita sobre o mapa da Federação. O "Brahman News" está escrito sobre uma faixa vermelha com o nome "News" na lateral. Por uma avaliação apenas visual, já é possível distinguir as marcas.

Na esteira dos fundamentos da sentença, também são distintas as palavras que compõem os nomes. Havendo traços que demonstram a diversidade das marcas, releva-se, inclusive, utilização de nome estrangeiro "News" em uma delas como forma de demonstrar que não se confundem.

Não se pode desconsiderar que as revistas visam ao mesmo público: leitores interessados em matérias sobre a raça bovina Brahman. Daí as matérias apresentadas em ambas as divulgações periódicas trazerem reportagens sobre o tema. A despeito disso, não há razão para impedir o uso de uma marca simplesmente porque dispõe sobre temas afetos a um nicho mercadológico. Conclusão diversa daria azo à proibição de todas as demais publicações do ramo que também se utilizassem da mesma expressão Brahman.

O nome Brahman utilizado por ambas as partes refere-se a uma raça bovina resultado do cruzamento de outras raças. Substantivo então que não identifica nenhum produto, apenas denomina uma espécie de animal.

A própria revista da apelante apresenta por diversas vezes o nome da raça Brahman ao longo da exposição das matérias, fazendo referência a vários produtos, denotando o uso comum e genérico do termo na seara da agropecuária e não remetendo a outra idéia que não do animal.

A generalidade da palavra não sofre ressalvas simplesmente porque é empregada em periódicos, já que não designa um produto/serviço, mas apenas indica que as publicações se dedicam a uma raça bovina específica.

A Lei de Propriedades Industriais protege a propriedade e o uso exclusivo da marca através do registro no INPI, nos termos do art. 129 da Lei nº 9.279/96. Todavia, a mesma legislação admite que as designações de uso comum ou genérico sejam utilizadas por outras empresas (art. 124, VI).

Do mesmo modo as palavras de André Luiz Santa Cruz Ramos:

> Como a marca possui a finalidade de identificar determinado produto ou serviço do empresário, distinguindo-o dos demais, ela deve cumprir de forma eficiente essa função, sob pena de não ser considerada como marca e, consequen-

temente, não poder ser registrada. É por isso que não se admite o registro como marca de expressões genéricas, que não sirvam para distinguir um produto ou serviço de outros. A marca deve ser, portanto, individualizadora do produto ou serviço que identifica, para que possa distingui-lo dos demais. Nesse sentido, entende o Superior Tribunal de Justiça que é inadmissível o registro com marca de uma expressão comum e corrente (*Curso de direito empresarial:* o novo regime jurídico-empresarial brasileiro. 3. ed., Editora Juspodivm, 2009, p. 207/208).

A propósito:

Marca. Ausência de confusão ou dúvida. Expressão de uso comum, corriqueiro. Precedentes da Corte. Súmula nº 07 da Corte. 1. Considerando as instâncias ordinárias que a expressão *Ticket* é de uso comum, corriqueiro e, ainda, que não há possibilidade de confusão ou dúvida com outra marca mais antiga, merecem preservados os precedentes da Corte que afastam a exclusividade e a impossibilidade de convivência em tais casos. 2. Recurso especial não conhecido (REsp 242.083/RJ, Rel. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Terceira Turma, julgado em 21.11.2000, *DJ* de 05.02.2001, p. 103).

Assim, a apreensão dos periódicos veiculados pelo apelado significaria tolher a sua liberdade de concorrência sem que fosse demonstrado abuso de direito ou houvesse qualquer risco de confusão entre os produtos no mercado.

A fixação dos honorários de sucumbência leva em conta o grau de zelo do profissional, o lugar da prestação do serviço, a natureza e importância da causa, juntamente com o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o serviço.

De fato, o valor de R$ 2.000,00 deve ser reduzido.

A demanda transcorreu naturalmente, sem intercorrências, não houve dilação probatória com realização de perícia, oitiva de testemunhas, nem mesmo interposição de outros recursos. Em hipóteses que tais, a fixação tem sido feita em R$ 1.000,00 (mil reais), por atender ao contexto dos autos, respeitando também o trabalho desenvolvido pelos patronos.

Por fim, não há qualquer evidência de que o apelante tenha agido de má-fé ao apresentar seu inconformismo em relação à decisão *a quo*.

Dessa forma, dá-se parcial provimento ao recurso apenas para reduzir o valor dos honorários advocatícios de sucumbência para R$ 1.000,00 (mil reais).

Custas recursais, pela apelante, considerada a sucumbência mínima.

DES. ANTÔNIO BISPO - De acordo com o Relator.

DES. MAURÍLIO GABRIEL - Ouso discordar do culto Desembargador Relator apenas no que se refere aos honorários decorrentes de sucumbência.

Por se tratar de causa em que não houve condenação, os honorários advocatícios devem ser arbitrados "consoante apreciação equitativa do juiz", observados o grau de zelo do profissional, o lugar de prestação do serviço, a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço (§ 4º combinado com as alíneas *a*, *b* e *c* do § 3º, todos do art. 20 do Código de Processo Civil).

Na espécie, o advogado do réu agiu com extremo zelo profissional e que possui ele escritório na comarca por onde tramita a ação, de complexidade mediana.

Atento a tudo isto, tenho como justo e adequado o valor dos honorários sucumbenciais arbitrados na sentença (R$ 2.000,00).

Com essas considerações, nego provimento ao recurso.

Custas recursais, pela apelante.

Súmula - DERAM PARCIAL PROVIMENTO, VENCIDO EM PARTE O VOGAL.

...

Promessa de compra e venda - Cláusula compromissória - Jurisdição estatal - Afastamento - Validade - Assinatura específica - Contrato de adesão

Ementa: Agravo de instrumento. Direito processual civil. Ação de indenização. Contrato de promessa de compra e venda. Cláusula compromissória. Afastamento da jurisdição estatal. Necessidade de assinatura específica. Requisito de validade exigível apenas em contrato de adesão. Recurso provido. Processo extinto sem resolução do mérito.

- Verificada a existência de cláusula compromissória, alegada em preliminar pelo réu, resta subtraída da jurisdição estatal qualquer controvérsia relativa à relação jurídica estabelecida entre os contratantes.

- A exigência de assinatura específica para a cláusula compromissória é requisito de validade apenas para o contrato de adesão.

AGRAVO DE INSTRUMENTO CÍVEL Nº 1.0024. 11.275599-6/001 - Comarca de Belo Horizonte - Agravante: Castelo Engenharia Construções Ltda. - Agravada: Rita de Cassia de Azevedo Tanure - Interessada: Enfoque Engenharia Incorporações Construções Ltda. 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, à unanimidade,

em DAR PROVIMENTO AO RECURSO E EXTINGUIR O PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO.

Belo Horizonte, 12 de dezembro de 2012. - *José Flávio de Almeida* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. JOSÉ FLÁVIO DE ALMEIDA - Castelo Engenharia Construções Ltda. interpõe agravo de instrumento contra decisão de f. 309/312-TJ, nos autos de ação de indenização por danos morais e materiais e ajuizada por Rita de Cassia de Azevedo Tanure também em face de Enfoque Engenharia Incorporações Construções Ltda., que rejeitou preliminar de incompetência do Juízo suscitada com base em cláusula contratual de arbitragem e indeferiu pedido de denunciação da lide.

A agravante narra que os litigantes firmaram termo de compromisso tendo por objeto o apartamento 1.203 do edifício "Residencial Jayme Gorenstein", a ser construído. Posteriormente assinaram adendo ao termo de compromisso e referente à segunda vaga de garagem. Invoca a cláusula compromissória pactuada com a agravada e defende o cabimento da denunciação da lide às empresas proprietárias do terreno e construtoras do imóvel sobre o qual irá construir o edifício e o apartamento alienado para a agravada, ao argumento de que as denunciadas são responsáveis pela condição suspensiva que impede o início da construção do edifício. Pede liminar para que a decisão agravada e o processo permaneçam suspensos até o julgamento final e definitivo do agravo. No mérito, pede o provimento do recurso para que fique reconhecida a validade da cláusula arbitral e a incompetência da Justiça estatal para solucionar o conflito noticiado nos autos ou para que seja autorizada a denunciação da lide com finalidade de assegurar seu direito de regresso contra as denunciadas.

Deferido o pedido para atribuir efeito suspensivo ao recurso (f. 319/320-TJ).

O MM. Juiz de Direito manteve a decisão agravada (f. 327-TJ).

Embora regularmente intimada, a agravada não deu resposta (f. 328-TJ).

Manifestação da interessada, Enfoque Engenharia Incorporações Construções Ltda., pelo provimento do recurso (f. 331-TJ).

Preparo à f. 314-TJ.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

A agravada busca em juízo ressarcimento pelos danos resultantes do atraso na entrega de imóvel objeto de termo de compromisso que mantém com a agravante (f. 17/26-TJ).

Na contestação, a agravante trouxe preliminar de extinção do processo com base "na existência de cláusula arbitral" (f. 67/88-TJ).

O MM. Juiz de Direito rechaçou a preliminar, ao fundamento de que configurado contrato de adesão e "não comprovada a aquiescência de eleição do foro privilegiado", "o consumidor não poderá ser compelido, compulsoriamente, ao juízo arbitral". Restou indeferido, igualmente, pedido de denunciação da lide (f. 156/157-TJ).

Estatui o art. 3º da Lei 9.307/96 que

> as partes interessadas podem submeter a solução de seus litígios ao juízo arbitral mediante convenção de arbitragem, assim entendida a cláusula compromissória de compromisso arbitral.

A sua vez, o art. 4º do mesmo diploma legal estabelece que:

> Art. 4º A cláusula compromissória é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato.
> § 1º A cláusula compromissória deve ser estipulada por escrito, podendo estar inserta no próprio contrato ou em documento apartado que a ele se refira.
> § 2º Nos contratos de adesão, a cláusula compromissória só terá eficácia se o aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar, expressamente, com a sua instituição, desde que por escrito em documento anexo ou em negrito, com a assinatura ou visto especialmente para essa cláusula.

E, exatamente por entender que o contrato firmado entre as partes seria de adesão, inexistindo, lado outro, qualquer ressalva da aderente/agravada a respeito de sua aquiescência com o compromisso arbitral, é que o MM. Juiz de Direito rechaçou a preliminar.

Data venia, esse fundamento não tem consistência no caso destes autos.

Isso porque, contrariamente ao que entendeu o digno Juiz de Direito, no caso vertente, não temos contrato de adesão, sendo, portanto, dispensadas as formalidades exigidas pela lei e acima destacadas.

O contrato de adesão é definido pelo art. 54 do CDC nos seguintes termos:

> Art. 54. Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo.

Para que se caracterize um contrato de adesão, não basta que as cláusulas tenham sido redigidas por apenas uma das partes, sendo essencial que se verifique uma uniformidade de conteúdo de tal forma a viabilizar sua adequação a um número indeterminados de aderentes.

Pertinente a lição de Cláudia Lima Marques:

> O contrato de adesão é oferecido ao público em um modelo uniforme, geralmente impresso, faltando apenas preencher os dados referentes à identificação do consumidor-contratante, do objeto e do preço. Assim, aqueles que, como consumidores, desejarem contratar com a empresa para adquirirem

> produtos os serviços já receberão pronta e regulamentada a relação contratual, não poderão efetivamente discutir, nem negociar singularmente os termos e condições mais importantes do contrato.
> [...]
> Podemos destacar como características do contrato de adesão: 1) a sua pré-elaboração unilateral; 2) a sua oferta uniforme e de caráter geral, para um número ainda indeterminado de futuras negociações contratuais; 3) seu modo de aceitação, onde o consentimento se dá por simples adesão à vontade manifestada pelo parceiro contratual economicamente mais forte (*Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 4. ed. São Paulo: RT, 2002, p. 59-60).

Na espécie, os litigantes celebraram pré-contrato de promessa de compra e venda de imóvel, intitulado "Termo de Compromisso" (f. 29/34-TJ).

Renovando vênia, não se constata a padronização e uniformidade das cláusulas. Ao revés, observam-se particularidades quanto a elementos essenciais do contrato, principalmente na convenção quanto ao próprio objeto e ao preço e a forma de pagamento (cláusulas 2ª e 3ª).

A própria agravada houve por bem promover adendo ao contrato (f. 36-TJ), de sorte a adquirir "uma segunda vaga de garagem para valorizar ainda mais o imóvel" (f. 18-TJ), a denotar a flexibilidade do ajuste.

Ora, se é facultado à parte promover modificação no próprio objeto do contrato, elemento essencial a qualquer ajuste, não há cogitar de pacto de adesão, que exige, para sua configuração, consoante anotado por Cláudia Lima Marques, a impossibilidade de se "negociar singularmente os termos e condições mais importantes do contrato".

Assim, não evidenciada a presença de contrato de adesão celebrado entre os litigantes, prescindível a exigência contida no § 2º do art. 4º da Lei nº 9.307/96, bastando à validade da cláusula compromissória sua previsão escrita tal como ocorrido no caso vertente (f. 33/34-TJ).

Desse modo, verificada a existência de convenção de arbitragem e sendo esta questão suscitada em preliminar de contestação pela agravante, bem como ausente qualquer vício na aludida cláusula, não resta outra solução senão a extinção do feito sem resolução do mérito, nos termos do art. 267, VII, do CPC.

Com essas considerações, dou provimento ao agravo e acolho a preliminar de convenção de arbitragem, para declarar extinto o processo sem resolução do mérito, nos termos do art. 267, VII, do CPC.

Condeno a agravada ao pagamento das custas processuais e de honorários advocatícios em favor do patrono da agravante, que arbitro em 10% do valor da causa com apoio no art. 20, § 4º, do CPC.

Custas recursais, pela agravada.

DES. NILO LACERDA - De acordo com o Relator.

DES. ALVIMAR DE ÁVILA - De acordo com o Relator.

Súmula - DERAM PROVIMENTO AO RECURSO E EXTINGUIRAM O PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO.

...

Indenização - Dano moral - Assembleia de condomínio - Eleição de síndico - Inadimplência de condômino - Questionamento - Exercício regular de direito

Ementa: Direito civil. Danos morais. Assembleia de condomínio. Eleição de síndico. Questionamento acerca de inadimplência. Vulneração à honra subjetiva de condômino. Ausência.

- A indagação de condômina no sentido de ser possível a participação de inadimplentes na votação de novo síndico, quando da realização da assembleia, não pode ser tomada senão como investigação objetiva, por óbvio à luz da convenção reguladora do condomínio, e, bem por isso, não caracteriza ilícito indenizável quando dela não se extrai ofensa à honra subjetiva dirigida a outro condômino.

Recurso provido.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.09.538298-2/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Maria Ignês Barbosa Resende - Apelado: Geraldo José de Souza Ferreira - 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, à unanimidade, em DAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 31 de outubro de 2012. - *Saldanha da Fonseca* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. SALDANHA DA FONSECA - Cuidam os autos de ação de indenização ajuizada por Geraldo José de Souza Ferreira em face de Maria Ignês Barbosa Resende, em que o autor, denunciando conduta inadequada da ré por ocasião da assembleia geral extraordinária para eleição de síndico do Edifício Codó, com propósito de denegrir sua imagem, vindica a reparação moral que daí sobressai necessária.

A teor da r. sentença de f. 95-98, o pedido foi julgado procedente em parte "para condenar a requerida ao pagamento de indenização por danos morais, em favor do requerente, no valor de R$10.000,00 (dez mil

reais)", atualizado monetariamente e acrescido de juros de mora.

Insatisfeita, recorre a demandada. Com esteio na apelação de f. 99-108, sustenta em síntese a ausência de provas dos fatos constitutivos da pretensão posta a cotejo, notadamente porque não demonstrada "a alegada humilhação/vexame/constrangimento" que o demandante diz ter sofrido. Pugna, *ad cautelam*, pela redução do valor da condenação.

Em contrarrazões de f. 111-114, o apelado, refutando a insurgência recursal, pugna pelo seu desprovimento.

Conheço da apelação, pois que cumpridos seus pressupostos de admissibilidade.

Busca a demandada afastar a condenação que pesa em seu prejuízo. Sustenta, com esse propósito, a inexistência de ilícito por ela praticado, ante o caráter regular de sua atuação.

Conquanto a requerida não negue ter questionado, por ocasião da Assembléia Geral Extraordinária para eleição de síndico do Edifício Codó, a possibilidade de inadimplentes participarem do escrutínio, sustenta ter agido no âmbito do exercício regular do direito, já que ausentes os excessos sugeridos na peça de ingresso ou mesmo a intenção de denegrir a imagem do autor.

Sem prejuízo da compreensão firmada pelo autor, ato contínuo, encampada pelo juízo de origem, tenho que os elementos trazidos aos autos não evidenciam ilícito deflagrador de danos morais. Isto, na medida em que a indagação da recorrente, quando da assembleia mencionada, não pode ser tomada senão como investigação objetiva, por óbvio à luz da convenção reguladora do condomínio, quanto à possibilidade de participação do autor na votação que estava por acontecer.

Essa possibilidade era facultada tanto à ré, enquanto condômina do edifício, como a qualquer outro condômino, e deve ser preservada enquanto medida de cunho acautelatório, portanto, apta a salvaguardar a regularidade da própria assembleia e, com isto, das decisões ali tomadas.

Ademais, no que concerne ao exercício dessa faculdade, a prova colhida nos autos não reflete qualquer excesso da ré capaz de macular sua atuação, reitere-se, absolutamente normal num juízo comum de valor.

A isso deve ser somada, de maneira a sepultar qualquer dúvida que pudesse existir acerca do caráter lícito da conduta impugnada nestes autos, a circunstância de que a inadimplência do apelado já era naquele momento conhecida e, como tal, não foi revelada aos presentes apenas por causa da indagação formulada pela ré. Aliás, causa estranheza a resistência do então representante legal do Condomínio em prestar contas, inclusive de modo a esclarecer a existência de parcelamento de débitos concedida ao apelado como revela o documento de f. 34.

Em verdade, nada há nos autos que possa espelhar o caráter ofensivo da conduta da apelante. A atuação da ré na situação em referência, ainda que possa ser categorizada como pouco amistosa, não ultrapassou o direito de informação dos condôminos.

A prova oral, de outro norte, não se erige como suficiente a demonstrar ofensa à reputação, dignidade ou decoro do apelado perante os demais condôminos, até porque divergentes as opiniões dos presentes acerca do fato noticiado.

De toda sorte, do evento não se extrai afronta ao patrimônio ideal do apelado, dali emergindo, quando muito, aborrecimento e mero desconforto, jamais elevá-veis à categoria de ilícito reparável, cuja banalização não pode mesmo ser tolerada.

E, justamente porque os elementos probatórios constantes do feito (e não os alegados fatos inexistentes que, para o autor, conduziram as razões do julgado de origem) não espelham a presença da tríade legalmente exigida (ação culposa ou dolosa, dano e nexo de causalidade entre ambos), não há falar em ilícito indenizável.

Bem por isso, a outra conclusão não se chega senão de que o ilícito, por absoluta falta de seus pressupostos legais, não se consubstancia. Vale dizer, pois, que não se configura abalo à honra e ao bom nome do autor, tampouco atentado à sua dignidade.

Com essas considerações, dou provimento ao recurso para, em reforma, julgar improcedente o pedido, condenando-se o autor ao pagamento das custas processuais, já consideradas as recursais, bem assim honorários advocatícios arbitrados em R$2.000,00, restando suspensa sua exigibilidade nos termos do art. 12 da Lei nº 1.060/50.

DES. DOMINGOS COELHO - Ato legítimo e legal da apelante, o que, *data venia*, não pode dar ensejo a indenização por danos morais. Acompanho o Relator em sua conclusão.

DES. JOSÉ FLÁVIO DE ALMEIDA - De acordo com o Relator.

Súmula - DERAM PROVIMENTO À APELAÇÃO.

...

Consórcio imobiliário - Cartas de crédito - Atraso na entrega - Dano - Valorização imobiliária - Aluguel

Ementa: Ação de indenização. Consórcio imobiliário. Parte contemplada. Atraso injustificado na entrega das cartas de crédito. Entrega efetivada somente após determinação judicial. Prejuízo decorrente da valorização imobiliária entre a data em que as cartas de crédito deve-

riam ter sido entregues e a que a entrega efetivamente ocorreu. Pagamento de aluguéis no mencionado período. Danos materiais. Comprovação. Recurso improvido.

- Em virtude do ilícito contratual praticado pelo requerido, consubstanciado na recusa injustificada da entrega das cartas de crédito ao consorciado após a contemplação, o que somente foi procedido após determinação judicial, deve a empresa arcar com os prejuízos materiais efetivamente comprovados pelo autor, decorrentes da valorização imobiliária havida entre a data em que as cartas deveriam ter sido entregues e a que a entrega efetivamente ocorreu, além dos valores despendidos por este a título de aluguel enquanto já poderia ter adquirido outro imóvel para residir.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.09.710884-9/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Consórcio Nacional Panamericano S.C. Ltda. - Apelante Adesivo: Marco Aurélio Faria da Silva - Apelados: Consórcio Nacional Panamericano S.C. Ltda., Marco Aurélio Faria da Silva - 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, à unanimidade, em NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 12 de dezembro de 2012. - *Domingos Coelho* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. DOMINGOS COELHO - Cuida-se de apelação cível interposta por Marco Aurélio Faria da Silva, contra a sentença de f. 240-245, que, nos autos da ação de indenização por danos materiais, movida em desfavor de Consórcio Nacional Panamericano S.C. Ltda., julgou procedentes os pedidos para condenar o requerido a indenizar o requerente pelos prejuízos suportados, concernentes à valorização do imóvel adquirido em 131,61%, além de restituir a quantia de R$9.200,00, desembolsada para o adimplemento de aluguéis no período de atraso indevido para a entrega das cartas de crédito.

Inconformado, pretende o vencido a reforma do r. *decisum*, sustentando, em resumo, que este não pode prevalecer, pois o atraso na entrega das cartas de crédito não ocorreu por falha de sua administradora, mas, sim, por culpa do consorciado, que, após ser contemplado, deixou de apresentar a documentação exigida por contrato para tanto. Nesse passo, afirma não ter havido de sua parte qualquer conduta ilícita, mas, ao contrário, agiu no exercício regular de um direito, o que afasta, ademais, o nexo de causalidade. Aduz, ainda, que os danos alegados não restaram comprovados. Acrescenta que, para a caracterização da responsabilidade civil, se faz necessária a coexistência irrefutável dos três elementos ensejadores da responsabilidade civil - o dano, a ilicitude e o nexo causal -, o que, entretanto, não se verifica na espécie.

Contrarrazões às f. 265-273.

Recurso próprio, tempestivo, regularmente processado e preparado. Dele conheço, já que presentes os pressupostos para sua admissibilidade.

Inexistentes preliminares a serem analisadas, passo diretamente ao exame do mérito.

Analisando os autos, não vejo motivos que possam autorizar a reforma da conclusão vertida na r. sentença atacada, tendo seu ilustre prolator conferido correto desate à causa.

Prima facie, cumpre assinalar que a responsabilidade civil pode ser definida como 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.

Desse conceito, extraem-se os seguintes requisitos essenciais.

Em primeiro lugar, a verificação de uma conduta antijurídica, que abrange comportamento contrário ao direito, omissivo ou comissivo, sem necessidade de indagar se houve ou não o propósito de malfazer.

Por segundo, a existência de um dano, tomada a expressão no sentido de lesão a um bem jurídico, seja este de ordem material ou imaterial, de natureza patrimonial ou não patrimonial.

E, em terceiro, o estabelecimento de um nexo de causalidade entre um e outro, de forma a se precisar que o dano decorre da conduta antijurídica, ou, em termos negativos, que, sem a comprovação do comportamento contrário ao direito, não teria havido o atentado ao direito.

Ausente qualquer desses elementos, não há se cogitar do dever indenizatório.

Anoto, ainda, que conduta ilícita é aquela que, apresentando- se em contrariedade ao direito, tem energia suficiente para gerar o resultado lesivo. Todavia, não basta o dano potencial. Mister se faz que a lesão tenha existência concreta, e entre esta e aquela haja um liame indissolúvel de causalidade. Enfim, a conduta antijurídica geradora do dano é essencial para resultar no dever ressarcitório.

A lição é de Caio Mário da Silva Pereira, em *Responsabilidade civil*, Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 83:

> Na etiologia da responsabilidade civil, como visto, são presentes três elementos, ditos essenciais na doutrina subjetivista, porque sem eles não se configura: a ofensa a uma

> norma preexistente ou erro de conduta; um dano; e o nexo de causalidade entre uma e outro. Não basta que o agente haja procedido contra o direito, isto é, não se define a responsabilidade pelo fato de cometer um 'erro de conduta'; não basta que a vítima sofra um 'dano', que é o elemento objetivo do dever de indenizar, pois, se não houver um prejuízo, a conduta antijurídica não gera obrigação ressarcitória.

Cuidando-se, pois, de responsabilidade civil, decorrente de ato ilícito, e tendo-se, como regra, a responsabilidade subjetiva, o lesado deve provar a conduta positiva ou omissiva do agente, o dano e o nexo causal.

Na hipótese dos autos, contrariamente ao que afirma o apelante, dúvidas inexistem acerca da comprovação do cometimento de ilícito contratual de sua parte, consubstanciado na recusa injustificada da entrega das cartas de crédito ao consorciado após a contemplação, em 05.09.2006, o que somente foi procedido após determinação judicial, em 19.12.2008.

Com efeito, a questão relativa à responsabilidade do requerido pelo atraso injustificado na entrega das mencionadas cartas ao consorciado/apelado restou sobejamente delineada nos autos da ação de nº 0024.07.543045-4, que tramitou perante a 7ª Vara Cível, proposta exatamente para se aferir a obrigação do réu em entregá-las ao autor.

A propósito, restou consignado na r. sentença do processo supra:

> No que diz respeito à alegação de que o autor não teria apresentado toda a documentação necessária para a liberação da carta de crédito, tem-se que a mesma não merece prosperar, pois a requerida somente suscitou de forma genérica a ausência de documentos indispensáveis para a concessão do crédito, quando, na verdade deveria especificar de forma detalhada quais os documentos que estavam faltando. [...] Em assim sendo, houve equívoco por parte da ré ao justificar sua negativa para a liberação das cartas de crédito em fatos não demonstrados, não obstante se tratar de consorciado que sempre pagou em dia as parcelas contratuais, assim como ofertou lance de R$16.534,74 para obter a liberação das cartas de crédito (f. 52/TJ).

Ressalte-se, ademais, que tal ação foi julgada procedente, tendo transitado em julgado, não podendo as questões ali discutidas ser objeto de novo exame.

Dúvidas, portanto, inexistem acerca da responsabilidade do requerido pelo atraso injustificado das cartas de crédito a que fazia jus o apelado.

Quanto à aventada ausência de comprovação dos danos sofridos pelo autor, bem como da suposta ausência de nexo causal, mais uma vez, sem razão o apelante.

Em análise, verifica-se que os danos oriundos da valorização imobiliária havida entre a data em que as cartas deveriam ter sido entregues pelo réu e a que a entrega efetivamente ocorreu restaram sobejamente comprovados no laudo pericial de f. 173-181, no qual se concluiu que, se o autor tivesse recebido o crédito em outubro/2006, este poderia ter adquirido um imóvel 131,61% maior do que aquele adquirido com o crédito recebido em dezembro de 2008.

Da mesma forma, os recibos de f. 73-82, corroborados pelo depoimento de f. 226, não deixam dúvidas sobre o fato de ter o autor despendido o montante de R$9.200,00, com o pagamento de aluguéis no período em que perdurou a recusa da entrega das cartas de crédito, enquanto ele já poderia ter adquirido outro imóvel para residir.

Como bem pontuou o d. Julgador,

> urge ponderar que, caso tivesse havido a liberação das cartas de crédito quando da contemplação do requerente, este teria tido condições de adquirir seu imóvel próprio em momento pretérito, podendo deixar de pagar aluguéis e esquivar-se da grande valorização imobiliária.

Assim, por consectário lógico, forçosa é a caracterização do nexo causal e, por conseguinte, da responsabilidade civil, que gera o dever de reparar o dano (f.224-225).

Por todo o exposto, tem-se que, em virtude do ilícito contratual praticado pelo requerido, consubstanciado na recusa injustificada da entrega das cartas de crédito ao consorciado após a contemplação, o que somente foi procedido após determinação judicial, deve o requerido, como acertadamente decidiu o MM. Juiz *a quo*, arcar com os prejuízos materiais efetivamente comprovados pelo autor, decorrentes da valorização imobiliária havida entre a data em que as cartas deveriam ter sido entregues e a que a entrega efetivamente ocorreu, além dos valores despendidos por este a título de aluguel.

Com tais considerações, nega-se provimento ao recurso, mantendo-se incólume a r. sentença de primeiro grau, por seus e por estes fundamentos.

DES. JOSÉ FLÁVIO DE ALMEIDA - De acordo com o Relator.

DES. NILO LACERDA - De acordo com o Relator.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

...

Sentença *ultra petita* - Nulidade parcial - Compra e venda - Locação - Simulação - Reserva mental

Ementa: Apelação cível. Sentença *ultra petita*. Nulidade parcial. Contrato de compra e venda e locação. Simulação. Não comprovação. Reserva mental. Negócio válido.

- A sentença *ultra petita* extrapola o pedido inicial, mas não deve ser cassada, apenas reformada, a fim de se

adequar aos limites do pedido inicial, decotando-se o excesso.

- A simulação tem como requisito o acordo prévio sobre o negócio dissimulado ou, ao menos, o conhecimento por um dos contratantes da reserva mental do outro.

Preliminar suscitada de ofício acolhida. Recurso não provido.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0079.09.936634-0/001 - Comarca de Contagem - Apelante: Brasil Container Ltda. - Apelado: João de Paula Mendes - Relator: DES. GUTEMBERG DA MOTA E SILVA

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 10ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, à unanimidade, em ACOLHER PRELIMINAR SUSCITADA DE OFÍCIO E NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 2 de outubro de 2012. - *Gutemberg da Mota e Silva* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. GUTEMBERG DA MOTA E SILVA - Brasil Container Ltda. interpôs apelação pleiteando a reforma da sentença do MM. Juiz da 3ª Vara Cível da Comarca de Contagem, que, na ação monitória proposta contra si por João de Paula Mendes, condenou-o a devolver ao ora apelado a quantia de R$ 60.000,00, referente a contêineres adquiridos, e a lhe pagar o valor dos aluguéis vencidos referentes aos meses de dezembro de 2008 até a data de devolução do valor dos contêineres.

Afirmou que o contrato firmado entre as partes não é de compra e venda e locação, mas, sim, de mútuo, tendo ocorrido simulação. Acrescentou que nem sequer houve entrega de contêiner ao apelado, não se podendo falar em contrato de compra e venda, e, por conseguinte, inexistente contrato de locação.

Alegou que, em verdade, as partes celebraram contrato de mútuo, com juros de 5% ao mês, tendo ela, apelante, oferecido em garantia contêineres marítimos.

Requereu a reforma da sentença para que seja condenado somente a pagar as parcelas referentes aos meses de dezembro de 2008 até o final do contrato, cujo prazo é de 12 meses, devendo ser afastada a condenação ao pagamento das parcelas até a data da efetiva entrega do valor referente aos contêineres e ao pagamento do valor inicialmente entregue, para que o apelado não se enriqueça ilicitamente.

Contrarrazões do apelado às f. 257 a 263.

É o relatório. Decido.

Conheço do recurso, pois presentes seus pressupostos de admissibilidade.

Preliminar de nulidade de sentença *ultra petita*.

Suscito, de ofício, preliminar de nulidade parcial de sentença, por ser *ultra petita*. Isso porque, na inicial, o autor requereu, dentre outros valores, os rendimentos mensais não pagos relativos às parcelas contratuais vencidas de 9.12.2008 a 9.3.2009. Contudo, a sentença condenou o apelante ao pagamento de valores referentes aos aluguéis vencidos a partir de dezembro de 2008 até a devolução do valor referente aos objetos locados, o que ainda não ocorreu.

Vale ressaltar que o julgamento *ultra petita* não acarreta a nulidade total da sentença, mas, sim, parcial, sanável facilmente com o decote do excesso. Assim, faz-se necessário reformar a sentença, para afastar a condenação, somente no que excedeu o pedido formulado pelo autor.

Sobre o tema, Theotonio Negrão e outros esclarecem:

> A sentença *extra petita* é nula, porque decide causa diferente da que foi posta em juízo (ex.: a sentença 'de natureza diversa da pedida' ou que condena em 'objeto diverso' do que fora demandado). O tribunal deve anulá-la (*RSTJ* 79/100, *RT* 502/169, *JTA* 37/44, 48/67, *Bol. AASP* 1.027/156, *RP* 6/326, em. 185).
>
> Não ocorre o mesmo com a sentença *ultra petita*, i.e., que decide além do pedido (ex.: a que condena o réu 'em quantidade superior' à pleiteada pelo autor ou condena ao pagamento de multa não pedida; v. *RSTJ* 148/373). Em vez de ser anulada pelo tribunal, deverá ser reduzida aos limites do pedido (STJ-3ª T., REsp 29.425-7-SP, Rel. Min. Dias Trindade, j. em 1.12.92, deram provimento em parte, v.u., *DJU* 8.2.93, p. 1.031; STJ-*RT* 673/181, 849/220 (6ª T., AI 262.329-AgRg-EDcl), *RT* 750/307, *RTJ* 89/533, 112/373, *RJTJESP* 49/129, *JTJ* 239/47, *RP* 4/406, em. 193) (*Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*. 44. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 524).

Diante disso, suscito e acolho a preliminar, para decotar da sentença apenas a condenação aos valores referentes aos aluguéis vencidos dos meses de janeiro de 2009 até a data de devolução do valor dos contêineres.

Mérito.

O MM. Juiz condenou a ré a devolver ao autor R$ 60.000,00, referentes a contêineres adquiridos e não entregues, e a pagar a este o valor dos aluguéis vencidos dos meses de dezembro de 2008 até a data de devolução do valor dos contêineres.

O apelante afirma que ocorreu simulação no caso, afirmando que o negócio dissimulado é mútuo, e requer a reforma da sentença para que seja condenado somente

a pagar as parcelas referentes aos meses de dezembro de 2008 até o final do contrato, cujo prazo é de 12 meses, devendo ser afastada a condenação ao pagamento das parcelas até a data da efetiva entrega do valor referente aos contêineres e ao pagamento do valor inicialmente entregue.

Sem razão o apelante. Acerca da simulação, ensinam Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery "O propósito daqueles que simulam o negócio jurídico e estão em concerto prévio é enganar terceiros estranhos ao negócio jurídico ou fraudar a lei" (*Código Civil comentado*. 5. ed. São Paulo: RT, 2007, p. 332). Dessa forma, para que seja verificada a simulação, é necessário o prévio acordo entre os celebrantes.

No presente caso, não há qualquer prova de que tenha prévio acordo entre as partes no intuito de fraudar a lei, como alega o apelante. Toda documentação juntada aponta para a existência do contrato como afirma o apelado, incluindo recibo a notificação de encerramento e todos os documentos referentes à empresa.

Dessa maneira, verifica-se somente que houve reserva mental do apelante quando da contratação, desconhecida pelo apelado, ocultando por diversos meios sua vontade real.

Ensina Arnaldo Rizzardo:

> Constitui reserva mental uma simulação unilateral; o segundo contratante é enganado. Não é admitida pelo direito diante de sua finalidade intrínseca, que é enganar, formada de negócios eivados de vícios.
>
> Aquele que emite a declaração não pode subtrair-se ao professado, a menos que a outra parte esteja a par da reserva mental. Se não está a par, o negócio subsiste (*Contratos*. 12. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 207).

Conforme exposto acima, não se verifica, no caso, simulação, por ausência de qualquer prova de que o apelado tinha conhecimento do negócio que o apelante alega ser dissimulado.

Nesse sentido, já decidiu o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, em processos envolvendo o mesmo apelante:

> Ação de rescisão contratual cumulada com perdas e danos. Locação. Alegada prática de mútuo. Contrato de locação de bem móvel eivado de nulidade. Simulação não comprovada. Negócio válido. Sentença mantida. - Alegando a parte a ocorrência de simulação no ato jurídico concernente ao contrato de locação celebrado entre as partes, que, segundo afirma, restou concretizado para acobertar prática de mútuo com juros abusivos pela parte contrária, cabe comprovar sua alegação, nos termos do art. 333, II, do Código de Processo Civil, pelo que, não o fazendo, a procedência do pedido de cobrança de encargos decorrentes é medida que se impõe (Apelação Cível 1.0079.09.939316-1/001, Rel. Des. Wanderley Paiva, julgado em 29.06.2012; fonte: *site* do TJMG).
>
> Ação de cobrança. Contratos de compra e venda e locação firmados entre as partes. Simulação. Não comprovação. Valores referentes ao aluguel e recompra do bem. Direito reconhecido. Cobrança de juros e multa acima dos limites permitidos. Não comprovação. Compensação sobre os valores pagos a título de aluguel. Impossibilidade. Dano moral. Não configuração. - Não sendo comprovada a alegada simulação dos contratos de compra e venda e locação celebrados entre as partes, deve ser reconhecido o direito do comprador/locador ao recebimento dos aluguéis, mormente quando não foi a dívida sequer negada pelos apelados, bem como ao recebimento do valor referente à aquisição do bem locado, já que constou expressamente do contrato de locação a obrigatoriedade da recompra do *container* ao final do contrato. Inexistindo nos autos qualquer prova da alegada cobrança de juros e multa acima dos limites permitidos, não há que se falar em compensação dos valores pagos a título de aluguel sobre o valor a ser pago em razão da recompra dos bens. O mero transtorno ou aborrecimento, por si só e ainda que de proporção significativa, não é capaz de ensejar a configuração do dano moral, sobretudo quando não restou comprovado nos autos que a conduta da parte contrária tenha causado qualquer abalo de ordem moral ao autor (Apelação Cível 1.0079.09.934972-6/001, Rel. Des. Arnaldo Maciel, julgado em 07.08.2012; fonte: *site* do TJMG).

Dessa maneira, inexistente a simulação, deve prevalecer o disposto no contrato.

Diante disso, acolho de ofício preliminar de sentença *ultra petita*, para decotar da sentença a condenação aos valores referentes aos aluguéis vencidos de janeiro de 2009 até a data de devolução do valor dos contêineres, e nego provimento ao recurso.

Custas, pelo apelante.

DES. VEIGA DE OLIVEIRA - De acordo com o Relator.

DES.ª MARIANGELA MEYER - De acordo com o Relator.

Súmula - PRELIMINAR SUSCITADA DE OFÍCIO ACOLHIDA. RECURSO NÃO PROVIDO.

...

Ação Civil Pública - Provimento de cargo - Concurso público - Inexistência - Termo de ajustamento de conduta - Descumprimento

Ementa: Reexame necessário. Ação civil pública. Cargos comissionados. Realização de concurso público. TAC. Formalizado junto ao Ministério Público Estadual. Descumprimento. Sentença confirmada em reexame necessário.

- O concurso é o meio técnico posto à disposição da Administração Pública para se obter moralidade, eficiência e aperfeiçoamento do serviço público e, ao mesmo tempo, propiciar igual oportunidade a todos os interessados que atendam aos requisitos da lei, fixados de acordo com a

natureza e complexidade do cargo ou emprego, consoante determina o art. 37, II, da CF.

- As funções de confiança, exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo, e os cargos em comissão, a serem preenchidos por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei, destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento.

REEXAME NECESSÁRIO CÍVEL Nº 1.0083.10.002067-2/001 - Comarca de Borda da Mata - Remetente: Juiz de Direito da Comarca de Borda da Mata - Autor: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Ré: Câmara Municipal de Borda da Mata - Relatora: DES.ª HILDA MARIA PÔRTO DE PAULA 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, à unanimidade, em REEXAME NECESSÁRIO CONFIRMAR A R. SENTENÇA.

Belo Horizonte, 26 de fevereiro de 2013. - *Hilda Maria Pôrto de Paula Teixeira da Costa* - Relatora.

Notas taquigráficas

DES.ª HILDA MARIA PÔRTO DE PAULA TEIXEIRA DA COSTA - Trata-se de ação civil pública por improbidade administrativa proposta pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais, aduzindo, em síntese, que a Câmara do Município de Borda da Mata, ora requerida, por intermédio de seu presidente, firmou Termo de Ajustamento de Conduta, tendo em vista a existência de contratações irregulares no âmbito do Poder Legislativo, uma vez que todos os cargos auxiliares da Casa Legislativa eram comissionados, mesmo aqueles que não se destinavam às funções de chefia, direção ou assessoramento.

Afirmou que, por meio do mencionado TAC, a Câmara Municipal de Borda da Mata se comprometeu a regularizar a situação dos cargos em comissão, realizar concurso público e proceder às exonerações acerca das nomeações irregulares.

Nesse contexto, o Ministério Público do Estado de Minas Gerais formulou pedido de exoneração de todos os servidores não concursados (à exceção do Controlador Interno e do Assessor Jurídico, cargos em comissão), a fim de que se permitisse a contratação temporária apenas durante o prazo de 6 (seis) meses, para realização de concurso público, bem como a condenação do presidente da Câmara, pessoalmente, a ressarcir danos.

Intimados pessoalmente os requeridos, estes não se manifestaram (f. 96/97).

Pela decisão de f. 99/103, o d. Juiz de primeiro grau, Hélio Walter de Araújo Júnior, indeferiu, em parte, a inicial, para excluir da lide o Sr. Luiz Carlos Pinheiro, para deixar expresso que, apesar do nome dado à ação, não se tratava de ação de improbidade ante os pedidos formulados e para deferir a inicial em relação ao pedido condenatório de obrigação de fazer (realizar concurso público), pedido este formulado apenas contra a Câmara Municipal de Borda da Mata.

Na mesma decisão, foi deferida em parte a liminar para, à exceção dos cargos de Assessor Jurídico e Controlador Interno, determinar a imediata exoneração de qualquer outros servidores contratados para cargos em comissão, autorizando a contratação temporária apenas para atender necessidades essenciais e urgentes; precedida a contratação temporária de processo seletivo simplificado e para determinar que a Câmara Municipal efetivasse, no prazo de 6 meses, a obrigação de realizar concurso público, nos moldes do Termo de Ajustamento de Conduta formalizado com o Ministério Público Estadual.

A Câmara Municipal foi citada e apresentou petição de f. 107, noticiando o cumprimento da liminar.

O Ministério Público peticionou às f. 122/126, esclarecendo o descumprimento da liminar, já que foram contratadas duas pessoas para cargos indevidamente criados pela Resolução nº 07/2011 da Câmara Municipal de Borda da Mata.

Ainda, em nova manifestação do Ministério Público às f. 139/140, foram noticiadas irregularidades na realização do concurso público e descumprimento da Instrução Normativa do Tribunal de Contas.

A ré não apresentou contestação, sendo então proferida a decisão de f. 163/165, motivando a decisão de f. 163/165, que reconheceu a desobediência à decisão proferida, bem como determinando a intimação das partes para especificação de provas.

Manifestação da Câmara Municipal às f. 169/173, informando andamento do concurso público e aduzindo a convalidação da Resolução nº 07/2011, que criara cargos, por lei, com efeitos retroativos.

O d. Juiz de primeiro grau, em seu *decisium* de f. 277/284, houve por bem revogar em parte a liminar e julgar parcialmente procedentes os pedidos formulados, para tornar definitiva a proibição de que a Câmara Municipal contrate servidores enquanto não realizado concurso público, ressalvados os cargos em comissão criados no decorrer da lide pela Resolução nº 07/2001 da Câmara Municipal, com vencimentos previstos na Lei Municipal nº 1.683/2011, tornando definitiva, ainda, a liminar que determinou o afastamento de servidores contratados a título precário.

Ainda, o d. sentenciante singular julgou improcedente o pedido para fixar prazo para realização de concurso público e manteve a multa diária de R$ 1.000,00, já fixada para caso de desobediência.

A Procuradoria Geral de Justiça em parecer de f. 302/307, manifestou-se pela manutenção da r. sentença, com ressalvas.

Sentença sujeita a reexame necessário (art. 475, I, do CPC). Sem interposição de recurso voluntário.

Conheço do reexame necessário, pois presentes os pressupostos de admissibilidade.

Analisado detidamente o caderno probatório, verifico que a presente ação civil pública foi ajuizada tendo em vista o descumprimento do TAC firmado com o Ministério Público para realização de concurso público, o que motivou a execução da multa prevista em face dessa conduta, tendo em vista a contratação de servidores fora das hipóteses legais.

Tais irregularidades originaram-se diante da Lei Municipal nº 1.570/2009, haja vista a sua flagrante inconstitucionalidade, já que somente criou cargos em comissão, e nenhum de provimento efetivo.

Nesse contexto, o d. Juiz de Direito julgou parcialmente procedente o pedido formulado, para determinar o afastamento dos servidores contratados a título precário e a proibição de contratação, pela Câmara Municipal, de servidores sem concurso público, ressalvados os cargos em comissão criados no decorrer da lide pela Resolução nº 07/2001 da Câmara Municipal, com vencimentos previstos pela Lei Municipal nº 1.683/2011, e o afastamento dos servidores contratados a título precário.

O artigo 37, II, da Constituição Federal estabelece que, em regra, a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração. Portanto, estabelece as exceções à regra e permite, em caso de excepcional interesse público, a contratação por tempo determinado para atender necessidade temporária (art. 37, IX).

Sobre o tema, Hely Lopes Meirelles:

> O concurso é o meio técnico posto à disposição da Administração Pública para obter-se moralidade, eficiência e aperfeiçoamento do serviço público e, ao mesmo tempo, propiciar igual oportunidade a todos os interessados que atendam aos requisitos da lei, fixados de acordo com a natureza e complexidade do cargo ou emprego, consoante determina o art. 37, II, da CF. Pelo concurso, afastam-se, pois, os ineptos e os apaniguados que costumam abarrotar as repartições, num espetáculo degradante de protecionismo e falta de escrúpulos de políticos que se alçam e se mantêm no poder, leiloando cargos e empregos públicos (*Direito Administrativo brasileiro*. 27. ed. Malheiros Editores, 2002, p. 408-409).

Ainda, no caso em espeque, verifica-se que, embora a Lei Municipal nº 1.570/2009 tenha denominado praticamente todos os cargos que criou como "assessor", apenas os cargos de Assessor Jurídico e de Controlador Externo representavam função de confiança. Vale dizer que tal lei somente criou cargos em comissão e nenhum cargo de provimento efetivo, mesmo para as funções que não consistiam em funções de chefia, direção ou assessoramento, o que é vedado pela Constituição Federal, a teor dos art. 37, II e V:

> 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: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)
> [...]
> II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)
> [...]
> V - as funções de confiança, exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo, e os cargos em comissão, a serem preenchidos por servidores de carreira, nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei, destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)
> [...]

Nesse contexto, devido à ilegalidade das contratações de servidores feitas pela Câmara Municipal, para fins de rotina, em desacordo com os preceitos constitucionais, sem concurso público, com base na Lei Municipal nº 1.570/2009, a qual só criou cargos em comissão, deve ser mantida a decisão que exonerou os funcionários contratados em situação irregular do serviço público.

Tais cargos em comissão, segundo a legislação hoje vigente no Município, são de "Diretor Geral da Câmara Municipal" e de "Coordenador Jurídico da Câmara Municipal", conforme Resolução 07, de 22.03.2011 (f. 111/118), com remuneração validamente estipulada pela Lei Municipal nº 1.683/2011 (f. 188). Os únicos dois outros cargos da Câmara Municipal são de provimento efetivo e, se ainda não foram providos, foi por culpa da própria Câmara, que não realizou concurso.

E, o que se depreende do caderno probatório é que, mesmo depois de firmar um Termo de Ajustamento de Conduta com o Ministério Público, no qual tomou ciência das irregularidades, a Câmara Municipal de Borda da Mata deixou de cumpri-lo efetiva e integralmente, não se vislumbrando do caderno processual qualquer justificativa para tal ato, pelo que mantenho íntegra a r. sentença singular.

É que, para os fins do art. 273 do Código de Processo Civil, o Termo de Ajustamento de Conduta (f. 26/27) constitui prova inequívoca do prévio e válido reconhecimento pela ré no sentido de que, à exceção dos cargos de Assessor Jurídico e Controlador Interno, não tem outras funções que autorizam a instituição de cargos em comissão, os quais a Constituição da República reservou apenas para funções reais de chefia, direção e assessoramento (art. 37, II e V da CF/88).

Nesse contexto, se mostra adequada a determinação da r. sentença singular de que somente por meio de concurso público poderão ser preenchidos os cargos efetivos já criados e os que porventura o serão no futuro, ressalvados os cargos em comissão criados no decorrer da lide pela Resolução nº 07/2001 da Câmara Municipal, com vencimentos previstos pela Lei Municipal nº 1.683/2011.

E, conforme bem asseverado pelo d. Julgador singular, à f. 280, de fato, a contratação excepcional, sem concurso público, embora prevista no art. 37, IX, da Constituição da República, se destina apenas aos "[...] casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público [...]".

Ora, se a Câmara, pelos motivos expostos, não realizou concurso público para funções de rotina, e se tal omissão ocorre há vários anos, não se pode mais falar em necessidade temporária sem culpa da própria Câmara.

Em face ao exposto, em reexame necessário, confirmo, *in totum*, a r. sentença de primeiro grau.

Sem custas recursais, na forma da lei.

DES. AFRÂNIO VILELA - De acordo com a Relatora.

DES. RAIMUNDO MESSIAS JÚNIOR - De acordo com a Relatora.

Súmula - EM REEXAME NECESSÁRIO, CONFIRMARAM A R. SENTENÇA.

...

Ação cominatória - Construção de imóvel - Imóvel vizinho - Danos - Possuidor - Legitimidade ativa - Determinação do juiz - Não cumprimento - Ato atentatório ao exercício da jurisdição - Boa-fé objetiva - Eticidade

Ementa: Apelação cível. Ação cominatória. Construção de imóvel. Danos ao imóvel vizinho. Possuidores. Arts. 1.277 e 1.280 do Código Civil. Parte legítima. Risco de desabamento. Dano moral configurado. Construção de contenção. Determinação do juiz. Não cumprimento. Ato atentatório ao exercício da jurisdição. Multa cabível. Art. 14 do Código de Processo Civil.

- O possuidor tem legitimidade para figurar no polo ativo da ação cominatória em que se pretende a paralisação de obra vizinha ao seu imóvel, já que, tratando-se de demanda que objetiva essencialmente restabelecer a plenitude da possibilidade de desfrute do imóvel, afastando os incômodos gerados pela construção de outro imóvel, é inegável a legitimidade ativa do possuidor para o seu exercício. Inteligência dos arts. 1.277 e 1.280, ambos do Código Civil/2002.

- Encontrando-se configurada situação ensejadora de dano moral, passível de compensação ao possuidor de imóvel, em que o proprietário de imóvel vizinho executa obra sem as cautelas necessárias, mediante a prática de atos que provoquem desaterro no terreno, causando, inclusive, o risco de desabamento.

- Ocorrendo situação de intensa agonia e apreensão por longo período de tempo, sem que nenhuma providência fosse efetivada, mesmo havendo determinação judicial nesse sentido, é possível admitir-se a existência de situação ensejadora de compensação por dano moral contra o causador de tais atos.

- De acordo com o disposto no art. 14 do Código de Processo Civil, "são deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo, cumprir com exatidão os provimentos mandamentais e não criar embaraços à efetivação de provimentos judiciais, de natureza antecipatória ou final".

- Configura ato atentatório ao exercício da jurisdição aquele que não se porta conforme os ditames da boa-fé objetiva, uma vez que, apesar de devidamente intimado para a construção de contenção em seu imóvel, se queda inerte quanto ao cumprimento da ordem judicial, não respeitando o provimento mandamental determinado pelo julgador quanto a uma medida urgente em que havia risco de desabamento de imóvel vizinho, sendo cabível a aplicação da multa prevista no parágrafo único do art. 14 do Código de Processo Civil.

Recurso não provido.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0540.10.002114-1/001 - Comarca de Raul Soares - Apelante: Luacir Chaves Carvalho - Apelados: Astroemia Rosa Trevenzoli e outro, Willian Cupertino de Assis Rocha - 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, à unanimidade, em NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 27 de novembro de 2012. - *Veiga de Oliveira* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. VEIGA DE OLIVEIRA - Trata-se de apelação, interposta por Luacir Chaves Carvalho contra sentença proferida pelo Meritíssimo Juiz da Vara Única da Comarca

de Raul Soares de f. 87/89, que, nos autos da ação cominatória c/c compensação por danos morais proposta por Astroemia Rosa Trevenzoli e Willian Cupertino de Assis Rocha Insira, julgou parcialmente procedentes os pedidos iniciais para condenar a apelante nos seguintes termos:

1 - pagamento aos apelados da quantia de R$2.000,00, a título de reparação do dano moral, para cada um;

2 - iniciar no prazo de 48 horas a construção de um muro de arrimo a ser concluído no prazo de 30 dias, sob pena de multa diária de R$500,00, limitada a R$50.000,00;

3 - multa de 10% do valor da causa pela prática de ato atentatório ao exercício da jurisdição, conforme previsto no art. 14 do Código de Processo Civil.

Em suas razões recursais, a apelante faz as seguintes considerações:

- preliminar de ilegitimidade ativa, tendo em vista que as partes não trouxeram aos autos o título de propriedade do imóvel;

- inexistência dos danos morais;

- ausência de violação ao art. 14 do Código de Processo Civil em face da inexistência de dolo.

É este, em epítome, o relatório. Decido.

Conheço do recurso, pois encontram-se presentes seus pressupostos de admissibilidade.

Preliminar - ilegitimidade ativa.

A apelante suscita preliminar de ilegitimidade ativa dos apelados para a propositura da ação, ao argumento de que eles não comprovaram ser proprietários do imóvel vizinho à construção realizada pela apelante.

O art. 1.277 do Código Civil/2002 dispõe que:

> Art. 1.277. O proprietário ou o possuidor de um prédio tem o direito de fazer cessar as interferências prejudiciais à segurança, ao sossego e à saúde dos que o habitam, provocadas pela utilização de propriedade vizinha.
> Parágrafo único. Proíbem-se as interferências considerando-se a natureza da utilização, a localização do prédio, atendidas as normas que distribuem as edificações em zonas, e os limites ordinários de tolerância dos moradores da vizinhança.

Comentando referido dispositivo legal, Francisco Eduardo Loureiro aduz que

> o artigo inicia conferindo ao proprietário ou ao possuidor de um prédio a legitimidade para reclamar o direito de vizinhança. O legislador corrigiu imprecisão do Código Civil revogado, que falava em proprietário e locatário. Os possuidores diretos ou indiretos, em geral, com posse justa ou injusta, de boa-fé ou de má-fé, têm direito de exigir que cessem as interferências prejudiciais ao imóvel vizinho. É suficiente que tenha a posse *ad interdicta*, ainda que seja injusta ou de má-fé. Basta imaginar a hipótese de comodatário que não devolveu ao comodante o imóvel na data aprazada. A posse é injusta - precária - e de má-fé apenas em relação ao comodante, em razão da relatividade dos vícios. Disso decorre o direito, enquanto permanecer no prédio, de reclamar dos vizinhos, contra os quais não se praticou esbulho, a cessação da atividade prejudicial (LOUREIRO, Francisco Eduardo. *Código Civil comentado* - doutrina e jurisprudência. 5. ed. Barueri: Manole, 2011, p. 1.298).

Da mesma forma, o art. 1.280 do Código Civil/2002 assevera que "o proprietário ou o possuidor tem direito a exigir do dono do prédio vizinho a demolição, ou a reparação deste, quando ameace ruína, bem como que lhe preste caução pelo dano iminente".

Analisando os fatos presentes nos autos, tem-se que os apelados possuem legitimidade para figurar no polo ativo da presente ação, já que, tratando-se de demanda que objetiva essencialmente restabelecer a plenitude da possibilidade de desfrute do imóvel, afastando os incômodos gerados pela construção de outro imóvel, é inegável a legitimidade ativa do possuidor para o seu exercício.

Dessa forma, sendo inequívoco o exercício da posse pelos apelados, irrelevante se mostra a falta da apresentação de prova da propriedade do bem.

Nesse sentido já se pronunciou o egrégio Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, nos seguintes termos:

> Ação cominatória c/c obrigação de fazer e indenização por danos materiais e morais. Uso nocivo da propriedade. Legitimidade ativa do possuidor. Arts. 1277 e 1280 do CCB/2002. Na forma dos arts. 1.277 e 1.280 do CCB/2002, não é somente o proprietário, mas também o possuidor, legitimado para a propositura de ação visando a impedir o uso nocivo da propriedade pelo vizinho. Apelação provida (Apelação Cível nº 70019241207 - Décima Sétima Câmara Cível - Tribunal de Justiça do RS - Relatora: Des.ª Elaine Harzheim Macedo - j. em 14.06.2007).

Da fundamentação do acórdão suprarreferido, extrai-se o seguinte excerto:

> Reza o art. 1.277 do atual Código Civil que tanto 'o proprietário ou o possuidor de um prédio tem o direito de fazer cessar as interferências prejudiciais à segurança, ao sossego e à saúde dos que o habitam, provocadas pela utilização de propriedade vizinha'. Por sua vez, o art. 1.280 do mesmo diploma legal dá conta que tanto 'o proprietário ou o possuidor tem direito a exigir do dono do prédio vizinho a demolição, ou a reparação deste, quando ameace ruína, bem como que lhe preste caução pelo dano iminente'. Portanto, não é o título de propriedade que legitima para a demanda, e pensar contrariamente seria exigir que o possuidor arcasse com todos os riscos do uso nocivo da propriedade pelo vizinho, quiçá enfrentando até mesmos riscos à saúde e vida sem nada poder fazer.
> Aliás, mesmo sob a ótica do Código Civil anterior (1916), que falava, no seu art. 554, em proprietário ou inquilino como tendo direito a impedir o mau uso da propriedade vizinha, como no art. 555, que fazia referência ao proprietário, não excluía eventuais possuidores, senão vejamos:
> J. M. Carvalho Santos, em sua festejada obra, *Código Civil Brasileiro interpretado*, p. 16, v. VIII, já lecionava que, 'se bem que o Código fale apenas em proprietário, é certo que igual direito a este tem o possuidor (conforme Clóvis, comentários ao art. 555), explicando o mestre que a referência unicamente feita ao proprietário aí está para significar que pode este intentar a ação de dano infecto, embora não habite a casa vizinha da que está em ruína iminente'.

> Tanto é assim que Levenhagen (*Comentários ao Código Civil*. São Paulo: Atlas, 1981, v. 3, p. 133), comentando o art. 555, dizia que:
> 'O art. 555 refere-se apenas ao proprietário, dando-lhe o direito de exigir a demolição ou reparação, mas a jurisprudência e a doutrina entendem, pacificamente, que esse direito tanto assiste ao proprietário como ao possuidor'.

Portanto, sem mais delongas, rejeito a preliminar de ilegitimidade ativa suscitada pela apelante.

Mérito.

Danos morais.

Quanto aos danos morais, verifica-se que não assiste razão à apelante em sua irresignação.

O dano moral 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, 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 convencionou chamar de dano moral puro.

Conforme bem observado pelo Juiz primevo, os apelados estão sofrendo com a conduta da apelante há pelo menos 2 (dois) anos, devido à situação de intensa agonia e apreensão devido à execução de uma obra, sem as cautelas necessárias, que provocou um desaterro no terreno dos apelados, havendo, inclusive, o risco de desabamento.

Às f. 28 dos autos, foi juntado laudo técnico realizado pelo Dr. Márcio Gomes Sant'Ana em que consta a necessidade urgente de realizar uma contenção na obra, tendo em vista o perigo de desabamento, ao afirmar que a apelante

> executou um desaterro nos fundos de seu imóvel e com isto constatei que o referido serviço está trazendo um perigo muito grande para a residência do Sr. Nivaldo Teixeira da Silva, e se não for feito uma contenção urgente no barranco de aproximadamente 6,00 m de altura, por uns 10,00 m de comprimento, é perigoso o muro vir a desabar, pois o mesmo já se encontra descalçado em boa parte das divisas dos lotes, conforme fotos anexas, e também podendo abalar a estrutura da residência ou até mesmo vir a cair, pois o muro está travado por cintas de concreto armado ao imóvel.
> O referido terreno onde foi feito este desaterro é de material argiloso na parte superior e por baixo da terra existe um moleirão de pedras que é facilmente perfurada ou até mesmo cortada, não trazendo nenhum problema para a execução dos serviços.
> A execução da contenção precisa ser feita com muita urgência, antes que traga mais prejuízos materiais ou até mesmo consequência mais grave para todos que moram na residência.

Dessa forma, não resta dúvida de que os apelados, durante um longo período de tempo, foram lesionados em suas personalidades pelo fato de terem vivido momentos de apreensão e angústia em face da obra executada pela apelante que lhes poderia causar uma série de danos.

Assim, verifica-se que restou caracterizada a existência do dano moral passível de compensação, conforme decidido pelo Juiz primevo.

Multa.

O art. 14 do CPC, que trata dos deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo, teve, por meio da Lei 10.358/01, acrescentado o inciso V, que dispõe:

> Art. 14. São deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo:
> [...]
> V - cumprir com exatidão os provimentos mandamentais e não criar embaraços à efetivação de provimentos judiciais, de natureza antecipatória ou final.

Esse inciso instituiu deveres que, conforme lição de Costa Machado, foram justificados

> em face da recente criação dos institutos da tutela e da tutela específica (arts. 273 e 461), significando um meio de potencializar a eficácia de tais provimentos mediante o sancionamento da conduta violadora pelo que qualifica de ato atentatório ao exercício da jurisdição, figura prevista pelo parágrafo único deste art. 14. É claro, por outro lado, que o legislador reformista aproveitou o ensejo da novidade para também fortalecer os provimentos mandamentais em geral (atos por meio dos quais o juiz não condena, nem constitui, mas manda), posto que nem toda a providência deste tipo assume a forma de tutela antecipada ou específica (MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *Código de Processo Civil interpretado e anotado*, 2. ed., 2008, p. 274).

Conforme disposto acima, foi criada pelo dispositivo a figura do ato atentatório ao exercício da jurisdição como sanção específica da conduta violadora dos deveres de cumprir com exatidão provimentos mandamentais e de não criar embaraços à efetivação dos provimentos judiciais.

Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero, ao comentarem o art. 14 do Código de Processo Civil, aduzem que

> o processo civil está pautado pela necessidade de observância da probidade em todos os seus atos. Trata-se de preocupação de fundo ético, que se busca atender com a previsão de deveres éticos ao longo de todo o processo. O art. 14, Código de Processo Civil, prevê deveres. Não se trata de ônus. Eventual desatendimento gera sanção (arts. 14, parágrafo único, 16, 18 e 35, Código de Processo Civil. O art. 14, Código de Processo Civil, é o fundamento da necessidade de boa-fé objetiva no processo civil. A boa-fé objetiva revela-se no comportamento merecedor de fé, que não frustre a confiança do outro (MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil comentado artigo por artigo*. 3 ed. São Paulo: RT, 2011, p. 114-115).

Os citados doutrinadores, ao se referirem especificamente ao inciso V do art. 14 do Código de Processo Civil, afirmam que

> o art. 14, inciso V, Código de Processo Civil, tem por desiderato precípuo dotar o órgão jurisdicional de expedientes que tornem o processo cada vez mais efetivo, estimulando o atendimento a determinações judiciais. O não cumprimento dos provimentos judiciais ou a criação de embaraços para a efetivação da execução de decisões finais ou antecipatórias constitui ato atentatório ao exercício da jurisdição, sancionável na forma do parágrafo único do artigo em comento (MARINONI; MITIDIERO, *op. cit.*, p. 116).

A preocupação do ordenamento jurídico com a ética nas relações sociais é de tal monta que um dos paradigmas do Código Civil de 2002 é justamente a "eticidade", que é a preocupação com o exercício ético de um direito. Tem por objetivo

> imprimir eficácia e efetividade aos princípios constitucionais da valoração da dignidade, da cidadania, da personalidade, da confiança, da probidade, da lealdade, da boa-fé e da honestidade nas relações jurídicas (DELGADO, José Augusto. Disponível em: <www.stj.jus.br/publicacaoseriada/index.php/informativo/article/.../299>).

Fredie Didier, ao expor o pensamento de Eduardo Cambi, Osvaldo Alfredo Gozaíni, Luiz Guilherme Marinoni, Daniel Mitiero, Marcelo Lima Guerra, dentre outros, assevera que

> o estudo do direito processual sofreu influência dessa renovação do pensamento jurídico operado pelo neoconstitucionalismo, com o processo voltando a ser estudado a partir de uma perspectiva constitucional, mas agora seguindo o repertório trazido pelo neoconstitucionalismo, que exige dos sujeitos processuais uma preparação técnica que lhes permita operar com cláusulas gerais, princípio da proporcionalidade, controle difuso de constitucionalidade de uma lei, etc.
> Já se fala, nesse contexto, de um neoprocessualismo: o estudo e aplicação do direito processual de acordo com essa nova proposta do pensamento jurídico (DIDIER, Fredie. *Curso de direito processual civil*. 14. ed. Salvador: Juspodivm, 2012, v. I, p. 70/71).

No Rio Grande do Sul, ainda de acordo com Didier,

> sob a liderança de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, foi desenvolvida uma concepção teórica denominada formalismo-valorativo, que busca pensar o direito processual a partir do neoprocessualismo com o reforço dos aspectos éticos do processo com especial destaque para a afirmação do princípio da cooperação, que é decorrência do devido processo legal e da boa-fé processual. Busca-se, pois, ressaltar a ética no papel dos sujeitos processuais (partes, juízes). (DIDIER, *op. cit*. p. 32).

Assim, na lição de Joan Pico i Junoy,

> o princípio da boa-fé processual tem por escopo realizar o chamado 'devido processo leal', em que as partes atuam com lealdade, sem malícia ou de forma temerária (JUNOY, Juan Pico i. El debido proceso 'leal'. *Revista Peruana de Derecho Procesal*. Lima Palestra, v. 9, 2006. In: DIDIER, *op. cit.*, p. 77).

No caso concreto, não resta dúvida de que a apelante não se portou conforme os ditames da boa-fé objetiva, uma vez que, apesar de devidamente intimada para a construção da referida contenção, conforme comprova à f. 43-v. dos autos, quedou-se inerte quanto ao cumprimento da ordem judicial, não respeitando o provimento mandamental do Julgador quanto à necessidade de submissão a uma medida urgente em que havia risco de desabamento do imóvel.

Portanto, houve com acerto o Juiz primevo ao condenar a apelante ao pagamento de multa referente a 10% (dez por cento) do valor da causa pela prática de ato atentatório ao exercício da jurisdição.

Ex positis, nego provimento à apelação interposta, mantendo a r. sentença pelos seus próprios e jurídicos fundamentos.

Custas recursais, pela apelante.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES MARIANGELA MEYER e PAULO ROBERTO PEREIRA DA SILVA.

Súmula - RECURSO NÃO PROVIDO.

...

Ação declaratória de ausência - Efeitos jurídicos e previdenciários - Questões de família ou sucessórias - Repercussão - Bens a serem arrecadados - Inexistência - Ausência de interesse de agir - Processo extinto sem julgamento do mérito - Declaração de morte presumida - Percepção de benefício previdenciário junto ao INSS - Pedido não efetuado

Ementa: Direito civil e processual civil. Ação declaratória da ausência. Efeitos previdenciários. Ausência de bens a serem arrecadados. Extinção sem julgamento de mérito. Ação declaratória de morte presumida cumulada com pedido de benefício previdenciário. Justiça Federal.

- A declaração de ausência prevista nos Códigos Civil e de Processo Civil não se confunde com o reconhecimento da morte presumida do segurado, com vistas à percepção de benefício previdenciário.

- Inexistindo bens a serem arrecadados, impõe-se a extinção sem julgamento de mérito da ação declaratória de ausência, uma vez que não haverá repercussão em questões de família ou sucessórias.

- O pedido de reconhecimento de morte presumida para percepção de benefício previdenciário junto ao INSS deve

ser ajuizado perante a Justiça Federal, conforme jurisprudência mansa e pacífica do Superior Tribunal de Justiça.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0384.08.063792-7/001 - Comarca de Leopoldina - Apelante: Heloísa Bento dos Santos - Apelado: Sebastião Vicente dos Santos - 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, à unanimidade, em NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 29 de novembro de 2012. - *Dárcio Lopardi Mendes* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. DÁRCIO LOPARDI MENDES - Trata-se de recurso de apelação interposto contra a r. sentença de f. 49/51, proferida pelo MM. Juiz de Direito da 1ª Vara Cível da Comarca de Leopoldina, que, nos autos de ação declaratória de ausência, extinguiu o processo sem julgamento do mérito, com base no art. 267, inciso VI, do Código de Processo Civil, ao fundamento de que a pretensão inicial, de declaração de morte presumida com vistas à percepção de benefício previdenciário, deve ser proposta perante a Justiça Federal, seguindo-se o rito especial descrito nos arts. 1.103 a 1.112 do CPC.

Em razões recursais (f. 55/58), pugna a recorrente pela reforma do *decisum*, ao fundamento de que seu pedido teria sido bem claro de que fosse declarada a ausência do Sr. Sebastião Vicente dos Santos para produção de efeitos jurídicos e previdenciários, matéria sobre a qual teria permanecido omissa a sentença.

Alega, ainda, que há provas contundentes nos autos da ausência do apelado, razão pela qual a decisão atacada, que não julgou o pedido formulado, seria absolutamente insustentável.

Parecer da douta Procuradoria-Geral de Justiça, ilustre Procurador Antônio José Chinelato, pela remessa dos autos ao Tribunal Regional Federal.

Conheço do recurso, presentes os pressupostos legais para a sua admissibilidade.

Na inicial, pleiteia a requerente, ora apelante, a declaração de ausência de seu esposo, Sebastião Vicente dos Santos, para que produza todos os efeitos jurídicos, inclusive previdenciários.

Ao exame da decisão singular, estou que o *decisum* deve subsistir.

Constato o acerto da sentença, que extinguiu o processo sem julgamento do mérito, visto que a ação ajuizada pela apelante foi imprópria.

A declaração de ausência está prevista no art. 22 do Código Civil e no art. 1.159 do CPC, em termos bastante similares:

> 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.
>
> Art. 1.159. Desaparecendo alguém do seu domicílio sem deixar representante a quem caiba administrar-lhe os bens, ou deixando mandatário que não queira ou não possa continuar a exercer o mandato, declarar-se-á a sua ausência.

O instituto da ausência tem repercussões tanto no direito de família como no direito hereditário, pressupondo a existência de bens, sem alguém para por eles zelar, conforme esclarece Sílvio de Salvo Venosa:

> A problemática do desaparecimento de uma pessoa, afora as implicações sociológicas e afetivas, impõe que o Estado defina uma forma de serem administrados seus bens. Desse modo, sob o prisma jurídico, o instituto interessa, quando o ausente deixou bens, sem alguém para por eles zelar. Cumpre ao Estado proteger os bens em prol de herdeiros e da própria sociedade. É verdade que, na maioria dos casos, as pessoas que desaparecem não possuem fortuna, o que faz desaparecer o interesse dos herdeiros pelo processo de ausência. Sob dois prismas deve ser visto o fenômeno: a pessoa ainda pode estar viva, devendo seu patrimônio ser preservado para quando de seu retorno ou, já falecida, a preservação será feita em beneficio dos herdeiros. Como percebemos, a matéria afeta tanto o direito de família como o direito hereditário. O direito processual regula também parte considerável do fenômeno. Aliás, vários dispositivos do Código Civil sobre o tema foram absorvidos e regulados pelo CPC (*Direito civil*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 489).

Não havendo bens a serem arrecadados, não há repercussão de questões de família ou sucessórias, estando ausente o interesse de agir na ação declaratória de ausência.

O procedimento previsto nos arts. 1.159 a 1.169 do CPC não se presta a declaração de morte presumida para percepção de benefício previdenciário junto ao INSS, o que, verdadeiramente, pleiteia a requerente.

Embora com o Código Civil de 2002 seja possível presumir a morte, quanto aos ausentes, nos casos em que a lei autoriza a abertura da sucessão definitiva (art. 6º), a declaração de ausência é instituto diverso da declaração de morte presumida.

> A declaração de ausência, apesar de pontos comuns, difere da declaração de morte presumida, comprovada mediante procedimento justificatório que se insere na jurisdição voluntária, havendo julgamento final por sentença, após o juiz apreciar as provas orais e documentais, com intervenção obrigatória do Ministério Público, ficando os autos arquivados no registro civil (art. 88 c/c 11, LRP), estabelecendo o Código Civil que só pode ser requerida depois de esgotadas as buscas e averiguações, devendo a sentença fixar a data provável do falecimento (art. 7º, par. ún.) (CARVALHO, Dimas Messias de; CARVALHO, Dimas Daniel de. *Direito das sucessões*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 40).

O que se verifica, *in casu*, é a pretensão da autora em obter benefício previdenciário, o que somente poderá ocorrer com o reconhecimento de morte presumida, sendo o juízo competente para o exame da causa, conforme jurisprudência mansa e pacífica do Superior Tribunal de Justiça, a Justiça Federal.

Vejamos alguns julgados do colendo Superior Tribunal de Justiça em casos análogos:

> Previdenciário. Processual civil. Recurso especial. Pensão por morte presumida do segurado. Declaração de ausência. Art. 78 da Lei 8.213/91. - O reconhecimento da morte presumida, com o fito de concessão de pensão previdenciária, não se confunde com a declaração de ausência regida pelos diplomas cível e processual. *In casu*, obedece-se ao disposto no art. 78 da Lei 8.213/91. Precedentes. Recurso conhecido, mas desprovido (REsp 232893/PR - Relator: Min. Jorge Scartezzini - *DJe* de 07.08.2000).
>
> Competência. Morte presumida. Pensão. Lei 8.213/91, art. 78. - Cingindo-se o requerimento a que se reconheça a chamada morte presumida do segurado da previdência social, para que possa seu dependente perceber pensão, a competência será da Justiça Federal, ressalvando-se a incidência do disposto no art. 15, II, da Lei 5.010/66. Hipótese que não se confunde com a declaração de ausência de que cuida o Capítulo VI, Título II, Livro IV, do Código de Processo Civil (CC 8182/RJ - Relator: Min. Eduardo Ribeiro - *DJe* de 19.09.1994).
>
> Recurso especial. Pensão. Morte presumida. Competência. 1. O reconhecimento da morte presumida do segurado, com vistas à percepção de benefício previdenciário (art. 78 da Lei nº 8.213/91), não se confunde com a declaração de ausência prevista nos Códigos Civil e de Processo Civil, razão pela qual compete à Justiça Federal processar e julgar a ação. 2. Recurso conhecido e provido (REsp 256547/SP - Relator: Min. Fernando Gonçalves, *DJe* de 11.09.2000).
>
> Morte presumida. Ausência. Declaração que se postula, para fins de pensão provisória (benefício previdenciário, a teor da Lei nº 8.213/91). Em caso tal, a competência é federal. Precedentes do STJ. Conflito conhecido e declarada a competência do suscitante (CC 22684/RJ - Relator: Min. Nilson Naves - *DJ* de 18.12.1998).

Observo, por fim, não ser o caso de remessa dos autos à Justiça Federal, conforme parecer da douta Procuradoria de Justiça, mas de extinção do feito sem julgamento de mérito, nos termos do art. 267, VI, do CPC, tal como feito pelo Juiz sentenciante.

Na presente ação, a requerente, ora apelante, embora devesse fazê-lo, não pleiteou o reconhecimento da morte presumida para fins de benefício previdenciário, nem mesmo ajuizou o feito contra o INSS, razão pela qual inviável a remessa dos autos à Justiça Federal.

Tendo ajuizado ação declaratória de ausência, sem bens a serem arrecadados, a extinção do feito é medida que se impõe.

Com tais considerações, nego provimento ao recurso, mantendo incólume a decisão primeva.

Custas, *ex lege*.

DES.ª HELOÍSA COMBAT - De acordo com o Relator.

DES. MOREIRA DINIZ - De acordo com o Relator.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Compra e venda - Imóvel - Rescisão do contrato - Devolução dos valores pagos - Pedido liminar para depósito das parcelas - Art. 273, § 7º, do CPC - Exceção de contrato não adimplido - Verossimilhança nas alegações - Risco de dano imediato e de difícil reparação - Depósito das prestações em juízo - Possibilidade

Ementa: Processual civil. Agravo de instrumento. Ação de rescisão de contrato de compra e venda de imóvel c/c devolução dos valores pagos. Pedido liminar para depósito das parcelas. Art. 273, § 7º, do CPC. Exceção de contrato não adimplido. Verossimilhança nas alegações e risco de dano imediato de difícil reparação. Presença. Depósito das prestações em juízo. Possibilidade. Manutenção da decisão agravada. Recurso não provido.

- Para deferimento da tutela antecipada sob a forma de cautelar, exige-se a presença dos requisitos previstos no § 7º do art. 273 do CPC, quais sejam aparência do bom direito e perigo da demora.

- Havendo aparência do bom direito na alegação de descumprimento do cronograma de obra e risco de dano inverso para a parte que efetua o pagamento das parcelas do contrato, é cabível a autorização para depósito do valor das prestações do contrato em juízo, ressaltando-se que o comprador tem a opção de requerer a rescisão do contrato e a devolução do que pagou diante do atraso abusivo na entrega do imóvel adquirido.

Recurso não provido.

AGRAVO DE INSTRUMENTO CÍVEL Nº 1.0024. 12.205014-9/001 - Comarca de Belo Horizonte - Agravante: Habitare Construtora e Incorporadora S.A. - Agravado: Bruno Felício Torres - Relatora: DES.ª MÁRCIA DE PAOLI BALBINO

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 17ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, à unanimidade, em NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 13 de dezembro de 2012. - *Márcia De Paoli Balbino* - Relatora.

Notas taquigráficas

DES.ª MÁRCIA DE PAOLI BALBINO - Habitare Construtora e Incorporadora S.A. interpôs recurso de agravo de instrumento em razão da decisão de f. 26/27-TJ, prolatada nos autos da ação de rescisão de contrato c/c devolução de valores pagos, ajuizada por Bruno Felício Torres em face da ora agravante, em que o MM. Juiz deferiu parcialmente o pedido de antecipação de tutela formulado pelo autor, autorizando o depósito em juízo das prestações do contrato imobiliário celebrado entre as partes.

Nas suas razões, a agravante tece considerações sobre a dificuldade enfrentada pelo mercado da construção civil. Sustenta que, no contrato celebrado com o agravante, houve estimativa de entrega do imóvel para 30.09.2012, contando com o prazo de carência de 120 dias úteis previstos contratualmente. Salienta que o agravado solicitou modificações em sua unidade, o que gerou outra prorrogação de 90 dias. Defende, assim, que tem até o dia 23.06.2013 para proceder à entrega das chaves, sem que configure descumprimento contratual. Embora sustente a inexistência de mora, alega que o atraso na data da entrega da obra decorre dos imprevistos e alterações nas condições de mercado. Aduz que a lei permite o atraso e pune o incorporador com a sanção de perdas e danos, e que, no caso, para o atraso na entrega, foi estipulada multa no valor de 0,5% sobre o valor pago, não havendo previsão de suspensão do pagamento do preço. Aduz que a autorização para o agravado depositar em juízo as parcelas do contrato lhe trará prejuízos. Requer o efeito suspensivo ativo e o provimento do recurso para que seja determinado ao agravado o pagamento do valor das parcelas vincendas diretamente à agravante e o levantamento pela agravante dos valores eventualmente depositados em juízo.

Pela decisão de f. 127-TJ, o recurso foi recebido apenas no efeito devolutivo.

Na contraminuta de f. 132/136, o agravado defendeu que o fato de a agravante estar passando por reestruturação em decorrência da alteração das condições do mercado não justifica a imposição de ônus ao consumidor. Aduz que a nova data de entrega da obra informada pela agravante, para fevereiro de 2014, extrapola o prazo de carência de 120 dias úteis previsto no contrato. Alega que o prazo prolongado de 90 dias em decorrência de modificações em unidade autônoma é nula, ressaltando, ainda, que o prazo de 90 dias se refere à fase final de acabamento e que, no caso, a obra ainda está na fase de fundação. Defende que estão presentes os requisitos que autorizam o deferimento dos depósitos, destacando que o provimento é reversível, já que, em caso de improcedência da ação, a agravante poderá levantar o valor depositado judicialmente. Pede a manutenção da decisão recorrida.

Sem informações do MM. Juiz nos autos.

É o relatório.

Juízo de admissibilidade.

Conheço do recurso, porque tempestivo, próprio e por ter contado com o preparo de f. 122-TJ.

Ressalto que, embora a decisão recorrida tenha sido prolatada, após a vigência da Lei 11.187/2005, tenho que o agravo, na forma de instrumento, deve ser admitido, porque a decisão recorrida contém potencial lesivo à parte, conforme nova redação do *caput* do art. 522 do CPC.

Preliminar.

Não foi arguida preliminar no presente recurso.

Mérito.

O recurso decorre da decisão de f. 26/27-TJ, em que o MM. Juiz permitiu que o autor, agravado, efetuasse o depósito em juízo das parcelas do contrato de compra e venda de imóvel que firmou com a ré, agravante.

No recurso, o agravante pretende a reforma da decisão recorrida, defendendo que não descumpriu o prazo para a entrega da obra e que não cabe o deferimento do depósito das prestações, como entendeu o MM. Juiz.

São requisitos da tutela antecipada, ainda que sob a forma de liminar, consoante o art. 273 do CPC:

> Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e:
> I - haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou
> II - fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

Com efeito, para o deferimento da tutela antecipada, basta, segundo Humberto Theodoro Júnior, o seguinte:

> Para alcançar a satisfação antecipada do direito material, a lei exige da parte a prova inequívoca tendente a um imediato juízo de verossimilhança, além do perigo de dano iminente, ou, alternativamente, o abuso de direito de defesa por parte do réu (art. 273).
> As medidas de urgência, seja na tutela cautelar, seja na tutela antecipada, apresentam-se sempre como excepcionais e não como mera faculdade da parte ou do juiz. Não podem ser recusadas, quando presentes os seus pressupostos legais e configuram abuso de direito ou de poder, quando promovidas fora dos condicionamentos rigorosos da lei (*Curso de direito processual civil*. 41. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. 1, p. 46).

O dispositivo também prevê, em seu § 7º, o cabimento da medida sob forma cautelar, mas, para isso, é preciso o atendimento dos requisitos exigidos para a cautelar, ou seja, aparência do bom direito e perigo da demora.

Sobre o art. 273, § 7º, do CPC, especificamente, leciona Costa Machado:

> Contrariamente ao posicionamento corrente da doutrina que vem vislumbrando num presente dispositivo apenas a fungibilidade do pedido de tutela antecipada, ousamos divergir para afirmar que este § 7º significa muito mais que isso, posto que a ideia de fungibilidade pressupõe o equívoco da parte ao solicitar providência antecipatória em vez da natureza cautelar, quando, na verdade, o que o texto sob enfoque permite é que, a partir de agora, se peça naturalmente providência cautelar da mesma forma como se pede antecipação da tutela, vale dizer, independentemente de propositura da ação cautelar incidental.[...]. O que queremos salientar é que a parte não precisa errar na qualificação jurídica da providência para que o juiz possa conceder-lhe o provimento acautelatório - se a postulação inadequada ocorrer, sem nenhum problema o juiz poderá compreendê-la, à luz da necessidade real da parte, e conceder a cautela, tendo em conta a fungibilidade -, pelo contrário, pode, deliberada e conscientemente, requerer por essa nova forma de tutela cautelar incidental. Para que se alcance toda a potência normativa que este novo § 7º proporciona, destarte, basta que se interprete a locução 'a título' como 'na forma' e aí teremos um resultado exegético verdadeiramente significativo para o processo civil. Atente-se, por derradeiro, para o fato de que essa nova regulamentação introduzida no art. 273 não representa o desaparecimento do processo cautelar, porquanto as cautelares antecedentes (chamadas preparatórias) permanecem intactas no sistema (art. 796 do CPC), e nem mesmo a morte do processo cautelar incidental, na medida em que o art. 796 referido não foi alterado pala Lei nº 10.444/2002 (e ele fala de procedimento cautelar '[...] no curso do processo principal'), de sorte que apenas quando o juiz verifique que o requerimento de cautela (art. 273, § 7º) se encontra bem instruído, não depende de prova oral e não vai gerar tumulto nos autos do processo cognitivo, então, o órgão jurisdicional concede a providência solicitada; caso contrário, o magistrado determina ao requerente que postule a medida acautelatória em sede própria, ajuizando ação cautelar incidental, o que permitirá a ampla discussão de matéria fática e jurídica sem comprometer o andamento do processo principal (MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *Código de Processo Civil interpretado*. São Paulo: Ed. Manole, 2006, p. 616-617).

Segundo lição de Humberto Theodoro Júnior:

> I - Um dano potencial, um risco que corre o processo principal de não ser útil ao interesse demonstrado pela parte, em razão do *periculum in mora*, risco esse que deve ser objetivamente apurável;
> II - A plausibilidade do direito substancial invocado por quem pretenda segurança, ou seja, o *fumus boni juris* (*Curso de direito processual civil*. 33. ed. Rio de Janeiro, 2002, p. 343).

Assevera, ainda, que:

> não se pode, bem se vê, tutelar qualquer interesse, mas tão-somente aqueles que, pela aparência, se mostram plausíveis de tutela no processo principal (*op. cit.*, p. 345).

No caso, nos termos do art. 273, *caput* e § 7º, do CPC, estão presentes os requisitos autorizadores da concessão da tutela antecipada/liminar de depósito em juízo das prestações do contrato celebrado entre as partes, como entendeu o MM. Juiz.

Compulsando os documentos que instruem o agravo, verifico que, no contrato de promessa de compra e venda celebrado entre as partes (f. 14/22-TJ), a data para a entrega da unidade adquirida pelo agravado era 30.09.2012. A cláusula 5ª do contrato prevê a possibilidade de prorrogação do prazo para entrega em até 120 dias úteis contados da data prevista inicialmente para a entrega, ou seja, a entrega ocorreria em janeiro de 2013.

Contudo, conforme consta do documento de f. 74-TJ, em abril de 2012, a ré informou que a data para o término da obra seria fevereiro de 2014, sendo que até abril de 2012 a fundação do edifício nem sequer havia sido concluída.

Ressalte-se que a ré, no presente instrumento, não fez prova de que, a partir de abril de 2012, a obra foi acelerada a ensejar sua entrega no prazo previsto, e não no prazo indicado no documento de f. 74-TJ, fevereiro de 2014.

Portanto, já se sabe que a unidade do agravado não será entregue na data estipulada no contrato, mesmo sendo considerado o prazo de prorrogação previsto no contrato, de 120 dias úteis a contar de 30.09.2012 e mais 90 dias previstos no aditamento contratual de f. 23/24-TJ, visto que a agravada já prorrogou, a princípio, abusivamente o prazo de entrega para 2014.

Assim, tenho que há aparência do bom direito do agravado quando alega o descumprimento do cronograma de obra pela agravante, ou seja, exceção do contrato não cumprido.

O agravado, pois, tem direito, a princípio, à rescisão do contrato e à devolução das parcelas pagas e/ou depositadas em juízo.

Demais disso, há risco de dano inverso para o agravado que estava efetuando o pagamento das parcelas do contrato, conforme documento de f. 93/94-TJ, e agora depositando as parcelas em juízo, sendo que, nos autos, nem sequer há prova de que a agravante concluíra a fundação do edifício.

Lado outro, conforme o art. 53 CDC, em caso de rescisão de contrato, ainda que por inadimplemento ou por desistência, o comprador não perde a totalidade das prestações:

> Art. 53. Nos contratos de compra e venda de móveis ou imóveis mediante pagamento em prestações, bem como nas alienações fiduciárias em garantia, consideram-se nulas de pleno direito as cláusulas que estabeleçam a perda total das prestações pagas em benefício do credor que, em razão do inadimplemento, pleitear a resolução do contrato e a retomada do produto alienado.

Se, a princípio, o agravado tem direito de rescisão e devolução de tudo que pagou, inclusive dos valores depositados no processo, a agravante só poderá levantar

os valores depositados após o trânsito em julgado da sentença final, se for o caso de não rescisão do contrato.

Dispositivo.

Isso posto, nego provimento ao recurso.

Custas recursais, pela agravante.

DES. LEITE PRAÇA - De acordo com a Relatora.

DES. EVANDRO LOPES DA COSTA TEIXEIRA - De acordo com a Relatora.

Súmula - RECURSO NÃO PROVIDO.

...

Cobrança - Escritura pública de confissão de dívida - Embargos do devedor - Ação de execução - Ajuizamentos anteriores - Prescrição quinquenal - Interrupção - Reconhecimento

Ementa: Apelação cível. Ação de cobrança. Escritura pública de confissão de dívida. Ajuizamento anterior de ação de execução e embargos do devedor. Prescrição quinquenal. Interrupção. Reconhecimento. Cassação da sentença que se impõe.

- Prescreve em cinco anos, nos termos do art. 206, § 5º, I, do Código Civil, o direito à cobrança de dívida fundada em escritura pública de confissão de dívida, garantida por hipoteca e nota promissória. Não obstante, o ajuizamento pelos devedores de embargos do devedor, para derruir precedente ação de execução, que veio a ser extinta, sem exame de mérito, importa em impugnação ao direito do credor, representado pela mesma causa remota de pedir, e é causa interruptiva da prescrição, sendo certo que o novo prazo terá início a partir da data do encerramento dos embargos do devedor.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0702.08.472454-2/001 - Comarca de Uberlândia - Apelante: Laurindo Rodrigues Corrêa - Apelados: Hoover Carneiro de Albuquerque e outro, Ângela Santana de Albuquerque, Cléia Conceição Santana, Iran Santana, José Décio Miranda, Eliani Santana Miranda, Izolda Assunção Santana e outro, Patrícia Santana, Newton Martins Paniago, representado pela Curadora Especial, Renata Souza Pires - 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, à unanimidade, em DAR PROVIMENTO À APELAÇÃO PARA AFASTAR A PRESCRIÇÃO QUINQUENAL, CASSANDO-SE A SENTENÇA.

Belo Horizonte, 6 de dezembro de 2012. - *Luciano Pinto* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. LUCIANO PINTO - Cuida-se de ação de cobrança ajuizada por Laurindo Rodrigues Corrêa em desfavor de Hoover Carneiro de Albuquerque e outros, embasada na escritura pública de confissão de dívida com garantia hipotecária, mediante a qual os réus reconheceram o débito decorrente da transferência para eles de todo o acervo representado pelas 2.500 cotas de capital social da empresa Autotrava Sistema de Segurança Importação e Exportação Ltda.

Requereu o autor antecipação de tutela e a condenação dos réus no pagamento da importância de R$365.537,92, mais nos ônus sucumbenciais.

Sobreveio decisão (f. 88/89) que indeferiu o pedido antecipatório.

Hoover Carneiro de Albuquerque e sua mulher apresentaram contestação (f. 125/133), arguindo prejudicial de mérito de prescrição quinquenal do direito de cobrança das parcelas oriundas da escritura. Quanto ao mérito, bateram-se no sentido de que lhes foram impostas cobranças abusivas, notadamente capitalização mensal dos juros; multa de 2,5% ao mês; defenderam a tese da ineficácia da garantia hipotecária e requereram a improcedência da ação.

Izolda Assunção Santana, Eliani Santana Miranda, José Décio Miranda, Patrícia Santana, Cléia Conceição Santana e Iran Santana apresentaram contestação (f. 138/144), arguindo prejudicial de mérito de prescrição quinquenal do direito de ação; arguiram preliminar de ilegitimidade passiva, ao argumento de que figuram como meros garantidores da dívida. Quanto ao mérito, bateram-se no sentido de que se efetivaram cobranças abusivas e requereram a improcedência da ação.

Impugnação às contestações (f. 150/159 e 160/168), verberando as razões lançadas nas defesas.

Foi nomeada curadora especial para o réu Newton Martins Paniago (f. 234), citado por edital, que apresentou defesa (f. 236/243), arguindo preliminar de ilegitimidade passiva e prejudicial de mérito de prescrição trienal para a cobrança das notas promissórias. Em sede de mérito, verberou a cobrança das notas promissórias e defendeu a inexigibilidade da garantia hipotecária, impugnando os valores cobrados. Requereu a improcedência da ação.

Impugnação à contestação (f. 245/251), rechaçando as razões lançadas na defesa.

Foi proferida a sentença (f. 255/259), que acolheu a prejudicial de mérito de prescrição quinquenal, ao argumento de que o ajuizamento da ação de execução, para entrega de coisa certa, interrompeu o prazo prescricional tão somente no que toca à ação executiva, em nada influindo no prazo prescricional da presente ação de cobrança.

Dito isso, julgou extinto o feito com análise de mérito e condenou o autor no pagamento das custas processuais e honorários advocatícios no valor de R$800,00 para cada procurador e para a curadora especial.

Inconformado, apelou o autor (f. 259/263), defendendo a tese de que não ocorreu a prescrição, haja vista o ajuizamento da demanda anterior, de execução. Requereu o provimento do recurso e a cassação da sentença.

Contrarrazões de apelação (f. 266/269 e 270/282), defendendo a manutenção da sentença com base nos mesmos argumentos levantados anteriormente.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

Estou que assiste razão ao apelante em seu inconformismo.

Como se viu, a sentença acolheu a prejudicial de mérito de prescrição quinquenal, ao entendimento de que a citação, nos autos da precedente execução, tem o condão de interromper a prescrição tão somente no que toca à ação executiva, em nada influindo no transcurso do prazo prescricional na presente demanda (f. 256/257).

A hipótese dos autos é de cobrança de dívida representada pela escritura pública de confissão de dívida, que, por sua vez, dispõe:

> os outorgantes devedores se comprometem a pagar em parcelas mensais e sucessivas, representadas por 21 (vinte e uma) notas promissórias, numeradas de nº 001 a 021, com início do vencimento em 20 de junho de 1998 [...] (f. 14-v.).

Assim, naturalmente, o que se tem é uma ação de cobrança fundada em uma confissão de dívida por escritura pública garantida por notas promissórias, e não o contrário.

Nesse contexto, nos termos do art. 206, § 5º, I, do Código Civil, a pretensão do postulante, fundada em cobrança de dívida líquida constante de instrumento público, prescreveria em cinco anos.

Não obstante, é de ver que o art. 202 do Código Civil estabeleceu as hipóteses de interrupção da prescrição, *in verbis*:

> Art. 202. A interrupção da prescrição, que somente poderá ocorrer uma vez, dar-se-á:
> I - por despacho do juiz, mesmo incompetente, que ordenar a citação, se o interessado a promover no prazo e na forma da lei processual;
> II - por protesto, nas condições do inciso antecedente;
> III - por protesto cambial;
> IV - pela apresentação do título de crédito em juízo de inventário ou em concurso de credores;
> V - por qualquer ato judicial que constitua em mora o devedor;
> VI - por qualquer ato inequívoco, ainda que extrajudicial, que importe reconhecimento do direito pelo devedor.

Observo que o autor/apelante manejou, anteriormente, ação de execução para entrega de coisa certa (cópia à f. 169/176), fundada na mesma causa remota de pedir, é dizer, fundada na mesma dívida, fato que deu causa ao ajuizamento pelos executados de embargos do devedor (f. 183/193), Processo nº 702.02.008946-3, que teve seu curso perante a 8ª Vara Cível da Comarca de Uberlândia.

Naqueles autos, foi proferida a sentença (f. 198/202), que julgou parcialmente procedentes os embargos; sobreveio recurso de apelação pelos embargantes, que foi provido (acórdão à f. 203/210), acolhendo-se a preliminar de impossibilidade jurídica do pedido para extinguir a execução, sem, portanto, exame de mérito, no que tocava ao conteúdo da dívida.

A meu ver, a propositura de ação de embargos do devedor, tal como se deu, cujo cerne era a impugnação do débito, importou na interrupção do prazo prescricional.

Por oportuno, a doutrina de Yussef Said Cahali (*Prescrição e decadência*. São Paulo: RT, 2008, p. 105) é clara quando trata, exemplificativamente, da demanda do devedor contra o credor, para obstar a ação deste.

Na contenda precedente, obviamente, os embargos do devedor, manejados pelos aqui apelados, configuraram uma demanda cujo fito era exatamente obstar a ação do credor, e tanto era que eles, naquele momento, o conseguiram, porque o autor manejara a ação equivocada; e, por isso, viu seu pleito extinto, sem exame de mérito.

É o caso evidente de interrupção de prescrição.

No mesmo sentido, a citação feita por Theotonio Negrão (*Código Civil e legislação civil em vigor.* 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 118), em seu comentário ao art. 202 do CC:

> A propositura de demanda judicial pelo devedor, seja anulatória, seja de sustação de protesto, que importe em impugnação do débito contratual ou de cártula representativa do direito do credor, é causa interruptiva da prescrição, nos termos do art. 172, V, do CC. Quando a interrupção de prescrição se der em virtude de demanda judicial, o novo prazo só correrá da data do último ato do processo, que é aquele pelo qual o processo se finda (STJ - 3ª T. - REsp 216.382 - Rel.ª Min.ª Nancy Andrighi - Julgamento: 03.08.04 - Não conheceram, v.u. - *DJU* de13.12.04, p. 352).

Nesse sentido, o entendimento do egrégio STJ:

> Ementa: Direito processual civil. Efeitos da citação válida. Código de Processo Civil, art. 219. Ação proposta, mas pedido julgado improcedente. Inequívoco exercício do direito. Inércia descaracterizada. Prazo prescricional interrompido. - I. Para o art. 219 do Código de Processo Civil, 'a citação válida torna prevento o juízo, induz litispendência e faz litigiosa a coisa; e, ainda quando ordenada por juiz incompetente, constitui em mora o devedor e interrompe a prescrição'. Quanto à interrupção da prescrição, a lei não distingue entre o pedido julgado procedente e aquele declarado improcedente. Evidenciado o inequívoco exercício do direito e a boa-fé do autor, ainda que com a propositura de ação incabível, interrompe-se o prazo prescricional. II. Embargos de divergência conhecidos, mas rejeitados (EREsp 54788/SP - Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro - Rel. p/ o acórdão: Min. Humberto Gomes de Barros - Segunda Seção - Julgamento: 27.09.2006 - *DJ* de 06.11.2006, p. 300; *RDDP* 46/132).

> Ementa: Direito civil e processual civil. Recurso especial. Embargos do devedor à execução. Cédula de crédito comercial. Propositura de ação de consignação em pagamento.

Causa interruptiva de prescrição. Embargos de declaração. Ausência de omissão, contradição e obscuridade. - [...] O ajuizamento da ação de consignação em pagamento consiste em causa que interrompe a prescrição, pois o devedor, por meio desta ação, pretende consignar em juízo o valor que entende devido, importando, por conseguinte, em ato inequívoco de reconhecimento do direito do credor, nos termos do art. 172, inc. V, do CC/16 (correspondência: art. 202, inc. VI, do CC/02). Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido (REsp 648989/RS - Rel.ª Min.ª Nancy Andrighi - Terceira Turma - *DJ* de 09.10.2006, p. 285).

Ementa: Processual civil. Embargos à execução fiscal, visando ao reconhecimento da inexistência da dívida. Natureza de ação cognitiva, idêntica à da ação anulatória autônoma. Intimação da Fazenda Pública para impugnação. Interrupção da prescrição. - 1. [...] 2. De qualquer modo, extintos sem julgamento de mérito, os embargos intempestivos operaram o efeito próprio da propositura da ação cognitiva, que é o de interromper a prescrição. No particular, é irrelevante que a embargada não tenha sido citada para contestar, e sim intimada para impugnar os embargos, como prevê o art. 17 da Lei 6.830/80. Para os efeitos do art. 219 do CPC, aquela intimação equivale à citação. Não fosse assim, haver-se-ia de concluir, absurdamente, que não há interrupção da prescrição em embargos do devedor. 3. Recurso especial a que se dá provimento (REsp 729149/MG - Rel. Min. Teori Albino Zavascki - Primeira Turma - *DJ* de 06.06.2005, p. 229; *RDDT* 123/206; *RSTJ* 194/197; *RT* 839/207).

Dito isso, inafastável o reconhecimento de que o ajuizamento pelos devedores de embargos à execução interrompeu o transcurso do prazo prescricional, sendo certo que a contagem do prazo somente recomeçou na data do último ato praticado naqueles autos de embargos.

Como se pode perceber da certidão de f. 211, o acórdão proferido nos embargos transitou em julgado em 19.06.2007, de modo que a contagem do prazo prescricional começou no dia 20.06.2007, o que denuncia a impropriedade do acolhimento da prejudicial de mérito de prescrição quinquenal, haja vista que a demanda foi proposta em 24.07.2008, como se vê à f. 02-v., ou seja, no interstício de cinco anos a contar do início do prazo prescricional.

Nesse contexto, justifica-se o provimento do recurso e a cassação da sentença, afastando-se a prescrição quinquenal arguida, de modo que, no primeiro grau, seja dado regular prosseguimento ao feito.

Isso posto, dou provimento à apelação e casso a sentença para afastar a prejudicial de mérito de prescrição quinquenal, de modo que, no primeiro grau, se dê regular prosseguimento ao feito.

Custas, *ex lege*.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES MÁRCIA DE PAOLI BALBINO e LEITE PRAÇA.

Súmula - RECURSO PROVIDO. PRESCRIÇÃO AFASTADA. SENTENÇA CASSADA.

...

Indenização por danos materiais e morais - Vítima de sequestro relâmpago - Operações financeiras incompatíveis com o perfil do correntista - Deveres anexos - Segurança - Inobservância - Responsabilidade do Banco - Objetiva - Art. 14 do CDC - Obrigação de reparar o dano - Caracterização

Ementa: Apelação cível. Ação ordinária. Vítima de sequestro relâmpago. Operações financeiras incompatíveis com o perfil do correntista. Relação de consumo. Falha na prestação do serviço. Responsabilidade objetiva. Danos materiais e morais configurados. *Quantum* indenizatório. Princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Redução. Possibilidade. Sentença parcialmente reformada.

- A relação jurídica existente entre as partes é nitidamente de consumo, visto que o apelante e o apelado se enquadram perfeitamente nos conceitos de fornecedor e consumidor, respectivamente, nos termos dos arts. 2º e 3º da Lei 8.078/90.

- A responsabilidade do apelante é objetiva, nos termos do art. 14 do CDC, razão pela qual, independentemente da existência de culpa, cabe a ele reparar os danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação de seus serviços.

- A instituição financeira deve responder pelos danos causados ao cliente, vítima de sequestro relâmpago, ao aprovar operações financeiras desproporcionais e incompatíveis com o perfil econômico-financeiro do correntista.

- O montante da reparação por danos morais deve ser razoavelmente expressivo para satisfazer ou compensar o dano e a injustiça que a vítima sofreu, proporcionando-lhe uma vantagem com a qual poderá atenuar parcialmente seu sofrimento. Não obstante, a condenação tem um componente punitivo e pedagógico, refletindo no patrimônio do ofensor como um fator de desestímulo à prática de novas ofensas.

- V.v.: - Não há responsabilização por danos morais da instituição financeira ao correntista, vítima de sequestro relâmpago, quando os momentos de dissabores e de angústia pelos quais passou o autor não decorreram de qualquer atitude dela, mas sim em decorrência do próprio sequestro relâmpago. (Des. Tiago Pinto - Revisor)

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0106.12.002116-2/001 - Comarca de Cambuí - Apelante: Banco Santander (Brasil) S.A. - Apelado: Ademilson Evaristo Teodoro - Relator: DES. TIBÚRCIO MARQUES

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 PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO, VENCIDO O REVISOR.

Belo Horizonte, 22 de novembro de 2012. - *Tibúrcio Marques* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. TIBÚRCIO MARQUES - Trata-se de apelação interposta à sentença que, nos autos da ação ordinária movida por Ademilson Evaristo Teodoro em face de Banco Santander Brasil S.A., julgou procedentes os pedidos iniciais, condenando o réu ao pagamento de indenização por danos materiais, no valor de R$8.457,94, bem como por danos morais, no importe de R$15.000,00.

Imputou-lhe, ainda, os ônus sucumbenciais, arbitrando os honorários advocatícios em 10% sobre o valor da condenação.

Inconformado, o requerido interpôs apelação às f. 52/59, defendendo a ocorrência de culpa exclusiva de terceiro, visto que o autor foi vítima de sequestradores que realizaram saques e compras em seu nome.

Alega que não houve defeito na prestação de seus serviços e que a segurança pública é responsabilidade do Estado.

Sustenta que não é devida qualquer restituição, uma vez que as operações financeiras empreendidas pelos criminosos ocorreram mediante o fornecimento da senha pessoal do cliente.

Assevera que não restaram configurados os requisitos da responsabilidade civil por não ter praticado qualquer ato ilícito, bem como por não ter o autor comprovado os danos morais que alega ter sofrido.

Ao final, pede o provimento do recurso para reformar a sentença e julgar improcedentes os pedidos contidos na peça vestibular. Em eventualidade, pleiteia a redução da indenização por danos morais arbitrada em primeira instância.

O preparo foi efetuado à f. 59.

Contrarrazões às f. 62/64, pugnando pelo desprovimento do apelo.

Em síntese, esse é o relatório.

Conheço do recurso, porquanto presentes os pressupostos legais de sua admissibilidade.

O autor ajuizou a presente ação, alegando que, no dia 13 de março de 2012, foi vítima de sequestro relâmpago, tendo os criminosos, de posse de seu cartão magnético, realizado saques em caixas eletrônicos e compras em estabelecimentos comerciais, em quantidade desproporcional e incompatível com o seu perfil de correntista.

Sustentou que a responsabilidade das instituições financeiras é objetiva, sendo que estas não têm proporcionado os meios necessários à segurança de seus clientes.

O réu, por sua vez, afirmou que não teve culpa pelos fatos ocorridos com o autor, razão pela qual não seria devida qualquer restituição ou indenização por danos morais.

Julgando o feito, a douta Magistrada primeva acolheu a pretensão deduzida na peça de ingresso, condenando o réu ao pagamento de todas as parcelas pleiteadas pelo autor.

Inicialmente, cumpre registrar que o pagamento de qualquer indenização, seja por danos morais ou materiais, exige a concorrência de certos requisitos, sobre os quais discorre Antônio Lindbergh C. Montenegro:

> a- o dano, também denominado prejuízo; b- o ato ilícito ou o risco, segundo a lei exija ou não a culpa do agente; c- um nexo de causalidade entre tais elementos. Comprovada a existência desses requisitos em um dado caso, surge um vínculo de direito por força do qual o prejudicado assume a posição de credor e o ofensor a de devedor, em outras palavras, a responsabilidade civil (aut. menc., Ressarcimento de dano. *Âmbito Cultural Edições*, n. 2, p. 13, 1992).

Insta pontuar que a relação jurídica existente entre as partes é nitidamente de consumo, visto que o apelante e o apelado se enquadram perfeitamente nos conceitos de fornecedor e consumidor, respectivamente, nos termos dos arts. 2º e 3º da Lei 8.078/90.

Aliás, o Superior Tribunal de Justiça editou o Enunciado 297, manifestando que: "O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras."

Assim, a análise das questões suscitadas na presente demanda deve ser feita à luz do disposto no CDC, aplicando-se todos os institutos que lhe são inerentes, inclusive o da inversão do ônus da prova.

O princípio da boa-fé objetiva determina que os contratantes devem agir com lealdade e probidade ao executarem o contrato.

Não se trata apenas de uma acepção negativa, na qual o contratante apenas se abstém de realizar um comportamento desleal. Deve o contratante agir com cooperação, integração, ou seja, realizar, além do objeto da avença, as obrigações implícitas no contrato, tais como a informação, a proteção e a segurança.

Tais obrigações implícitas são os deveres anexos que, apesar de não constituírem o objeto principal do negócio, estão implicitamente previstos.

Quando se trata de uma relação de consumo, no qual o consumidor é parte hipossuficiente, o fornecedor do produto ou serviço, além de executar o objeto do contrato, é obrigado a cumprir os deveres anexos, sob pena de haver um inadimplemento contratual.

Portanto, não se espera que a instituição bancária apenas realize os serviços bancários, mas também preste os deveres anexos de informação e proteção, pois, da mesma forma que é obrigado a informar as taxas de juros, deve fornecer segurança aos seus consumidores.

No caso em tela, conforme se infere do boletim de ocorrência de f. 16/18, o apelado foi vítima de um

sequestro relâmpago, ocasião em que os criminosos, após coagi-lo a fornecer a sua senha bancária, efetuaram saques em caixas eletrônicos e compras em estabelecimentos comerciais.

É certo que as operações financeiras empreendidas pelos sequestradores não são compatíveis com o perfil econômico-financeiro do autor, visto que alcançaram o montante de R$8.457,94 em um só dia.

De sorte que era perfeitamente possível ao banco réu constatar a irregularidade de tais movimentações bancárias, antes de aprová-las, não sendo difícil, por exemplo, identificar a anormalidade de um gasto de R$4.000,00 em uma pizzaria.

Ora, não há dúvida de que as instituições financeiras devem zelar pelos valores que lhe são confiados, implementando uma política de segurança hábil a promover o acompanhamento das movimentações financeiras, a fim de detectar alguma circunstância anômala que possa implicar prejuízo aos seus clientes.

Ademais, o requerido não trouxe aos autos qualquer prova apta a rechaçar os argumentos declinados na exordial, no sentido de indicar que não houve defeito na prestação do serviço, por ser o perfil do correntista compatível com as operações bancárias realizadas pelos autores do delito, impossibilitando, assim, qualquer mecanismo de controle de sua parte.

Assim sendo, tem-se que os deveres anexos de cooperação e proteção falharam, uma vez que a responsabilidade do apelante advém da falha na prestação do serviço.

Registre-se, ainda, que a responsabilidade do apelante é objetiva, nos termos do art. 14 da Lei 8.078/90, razão pela qual, independentemente da existência de culpa, cabe a ele reparar os danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação de seus serviços.

Não há falar em exclusão de nexo causal por fato de terceiro ou por culpa exclusiva do consumidor, visto que, ao transferir para o cliente a responsabilidade de arcar com tais prejuízos, o banco pretende eximir-se do ônus que é seu, por decorrer da própria natureza da atividade por ele exercida, que tem como principal característica o risco.

Ao disponibilizar seus serviços por meio de terminais eletrônicos, espalhando-os por diversos locais da cidade, a instituição financeira aumenta sobremaneira seus lucros, sem, contudo, oferecer qualquer tipo de segurança ao usuário, que utiliza seus equipamentos nesses ambientes externos, normalmente em horários alternativos ao do atendimento prestado nas agências.

Da mesma forma, o ato de possibilitar a contratação por via de cartões magnéticos, embora acarrete conforto e comodidade ao consumidor, eleva consideravelmente o risco do empreendimento, implicando perigo direto ao cliente, já que constitui meio frágil e possibilita a prática de crimes, os quais poderiam ser evitados, ou ao menos diminuídos, se o banco, por exemplo, exigisse dos estabelecimentos comerciais a apresentação, por parte do comprador, de documento de identidade, como requisito para a realização da venda com cartão de débito ou crédito.

Demais disso, seria incoerente admitir-se a responsabilidade do banco, nos casos em que há falha na segurança de seu sistema *on-line*, quando este, por exemplo, sofre a invasão de um *hacker*, que, de forma fraudulenta, age em nome do cliente e, ao mesmo tempo, afastá-la na hipótese em que este é coagido fisicamente a dirigir-se a um caixa eletrônico e ali realizar saques indesejados em sua conta.

Saliente-se que ato ilícito apurado nos autos não reside no delito praticado por terceiros, mas sim no risco da atividade desenvolvida pelo apelante.

De modo que a instituição financeira deve responder pelos danos causados ao cliente, vítima de sequestro relâmpago, ao aprovar operações financeiras desproporcionais e incompatíveis com o perfil econômico-financeiro do correntista.

Quanto aos danos materiais, a sentença não merece reparos, pois eles são inequívocos, conforme demonstram os extratos de f. 10/12, bem como as faturas de f. 13/14, devendo o réu ressarcir ao autor o valor das movimentações bancárias realizadas pelos sequestradores.

No tocante aos danos morais, insta salientar que sua configuração não prescinde da ocorrência de ofensa a algum dos direitos da personalidade do indivíduo, entre os quais se incluem a imagem, o nome, a honra objetiva ou subjetiva, a integridade física e psicológica.

Sobre o assunto, leciona Yussef Said Cahali:

> Na realidade, multifacetário o ser anímico, tudo aquilo que molesta gravemente a alma humana, ferindo-lhe gravemente os valores fundamentais inerentes à sua personalidade ou reconhecidos pela sociedade em que está integrado, qualifica-se, em linha de princípio, como dano moral; [...] (*Dano moral*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 20).

No caso em tela, o direito do autor à indenização não decorre da dor sofrida em virtude do sequestro propriamente dito, a qual lhe foi imputada exclusivamente pelos criminosos, mas sim do sentimento de angústia que lhe foi imposto, ao ser privado de seus recursos financeiros, cuja guarda confiou à instituição financeira, que, além de não impedir que as movimentações financeiras fossem efetuadas por terceiros, em montante desproporcional e incompatível com o perfil econômico-financeiro do correntista, recusou-se a solucionar o problema, quando instada a fazê-lo, desamparando por completo o seu cliente, obrigando-o a recorrer ao Poder Judiciário para reaver o dinheiro que possuía em sua conta.

A meu ver, a conduta do réu ultrapassa a condição de simples inadimplemento contratual, tendo em vista o grande impacto provocado na vida financeira do autor.

Pela análise dos extratos de f. 11/12, percebe-se que, em 12.03.2012, ou seja, um dia antes do sequestro, sua conta-corrente possuía um saldo positivo de R$1.513,85, sendo que, em 10.04.2012, data em que foi debitada a fatura de seu cartão de crédito, com o lançamento das compras realizadas pelos sequestradores, havia um saldo negativo de R$4.335,25.

Nessa linha, entendo que a situação vivenciada pelo autor não pode ser entendida como mero aborrecimento, mas sim como verdadeiro transtorno, com sofrimento psíquico, que interfere em seu bem-estar, causando-lhe um significativo abalo psicológico.

Assim, o apelado faz jus à compensação pecuniária.

Relativamente ao *quantum* indenizatório, é cediço que o seu arbitramento é subjetivo, mas há de levar em conta as circunstâncias particulares de cada caso.

O montante da reparação por danos morais deve ser razoavelmente expressivo para satisfazer ou compensar o dano e a injustiça que a vítima sofreu, proporcionando-lhe uma vantagem com a qual poderá atenuar parcialmente seu sofrimento.

Não obstante, a condenação tem um componente punitivo e pedagógico, refletindo, no patrimônio do ofensor, como um fator de desestímulo à prática de novas ofensas.

Nesse sentido é a obra clássica de Carlos Alberto Bittar:

> Indenização por danos morais deve traduzir-se em montante que represente advertência ao lesante e à sociedade de que se não se aceita o comportamento assumido, ou o evento lesivo advindo. Consubstancia-se, portanto, em importância compatível com o vulto dos interesses em conflito, refletindo-se, de modo expresso, no patrimônio do lesante, a fim de que sinta, efetivamente, a resposta da ordem jurídica aos efeitos do resultado lesivo produzido. Deve, pois, ser quantia economicamente significativa, em razão das potencialidades do patrimônio do lesante (*Reparação civil por danos morais*. São Paulo: RT, 1993, p. 205-6).

Examinando a questão, o insigne professor Caio Mário da Silva Pereira proclama:

> Na determinação do prejuízo de afeição, cumpre ter em vista o limite do razoável, a fim de que não se enverede pelo rumo das pretensões absurdas [haja vista que] na ausência de um padrão ou uma contraprestação que dê o correspectivo da mágoa, o que prevalece é o critério de atribuir ao juiz o arbitramento de uma indenização (*Responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense, p. 317/318).

É imprescindível que se faça um juízo de valoração da gravidade do dano, dentro das circunstâncias do caso concreto, de modo que não se arbitre uma indenização exorbitante nem insignificante, mas dentro de limites razoáveis, jamais podendo converter-se em fonte de enriquecimento sem causa.

Com efeito, a reparação do dano moral não pode ser inexpressiva. Todavia, também não deve ser exorbitante.

Vale observar que, na indenização decorrente de dano moral, não se busca a composição completa do prejuízo, mas sim uma justa compensação pela lesão experimentada pela parte.

Dessarte, tendo em vista o duplo objetivo da reparação por danos morais, considerando a gravidade potencial da falta cometida, o caráter coercitivo e pedagógico da indenização, os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, o fato de que a reparação não pode servir de causa de enriquecimento injustificado, as condições pessoais das partes e os parâmetros adotados por esta 15ª Câmara cível, entendo que o montante de R$10.000,00 (dez mil reais) se revela adequado para compensar os danos morais suportados pelo autor, razão pela qual a sentença deve ser reformada nesse ponto, a fim de reduzir a verba indenizatória arbitrada em primeira instância.

Ante o exposto, dou parcial provimento ao recurso apenas para reduzir o valor da indenização por danos morais para R$10.000,00, mantendo as demais disposições constantes da sentença hostilizada.

Custas recursais, pelo apelante.

DES. TIAGO PINTO - Peço vênia para divergir quanto à indenização por danos morais.

O autor fundamenta os pretendidos danos morais da seguinte forma: "todo o ocorrido gerou dano à moral do autor, que facilmente podemos identificar não só pelos momentos em que passou sob a mira do revólver dos bandidos, mas também todo o constrangimento de ter sua poupança limpa pelos meliantes, e todos os transtornos decorrentes de tal fato" (f. 05).

Ora, os momentos de dissabores, de angústia e perturbação pelos quais passou o autor quando dos fatos, o que não se nega terem ocorrido, não decorreram de qualquer atitude do apelante, mas sim em decorrência do próprio sequestro relâmpago. E, sobre o fato de "ter sua poupança limpa", tais danos são objeto de reparação material, não se verificando, por si, dano extrapatrimonial. Até porque não se poderia exigir que o Banco detectasse, no exato momento dos saques, a ocorrência do sequestro. O constrangimento apto a justificar os danos morais foi visivelmente realizado pelos meliantes.

Não há negligência do réu a fundamentar indenização outra que não a de danos materiais, determinada na sentença e mantida no voto condutor.

A propósito:

> Ementa: Apelação cível. Ação de anulação de negócio jurídico cumulada com indenização por danos morais e materiais. Sequestro relâmpago. Saques e contratação de empréstimo mediante coação. Responsabilidade do banco pelos danos materiais. Danos morais indevidos. Desprovimento do recurso. 1 - A instituição financeira deve arcar com os danos materiais decorrentes da contratação de empréstimos e dos saques realizados pela correntista que sofreu sequestro relâmpago. 2 - Os constrangimentos aptos a fundamentar os danos morais são atribuídos aos meliantes, e não ao banco.

3 - Apelo não provido (Apelação Cível 1.0024.08.264420-4/001, Rel. Des. José Marcos Vieira, 16ª Câmara Cível, j. em 11.05.2011, p. da súmula em 20.05.2011).

Pelo que dou parcial provimento para excluir da condenação a indenização por danos morais.

Custas processuais, recursais e honorários advocatícios, no percentual fixado na sentença, divididos igualmente entre as partes. Suspendam-se as exigibilidades quanto ao autor/apelado, uma vez amparado pela justiça gratuita.

DES. JOSÉ AFFONSO DA COSTA CÔRTES - De acordo com o Relator.

Súmula - DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO, VENCIDO O REVISOR.

...

Indenização - Cadáver humano encontrado dentro de reservatório de água que abastece o município - Concessionária de serviço público - Conduta omissiva - Responsabilidade subjetiva - Art. 37, § 6º, da CF - Dano moral - Ocorrência - Dever de indenizar

Ementa: Ação de indenização. Cadáver humano encontrado dentro de reservatório de água que abastece o município. Concessionária. Responsabilidade subjetiva. Inteligência do § 6º do art. 37 da CF. Dano moral. Configuração. *Quantum* reparatório. Fixação. Recurso provido.

- A falta de vigilância da autarquia municipal fornecedora de água e caracterizada pela descoberta de um cadáver humano em avançado estado de decomposição num reservatório constitui evento danoso, e o consumo de água contaminada representa inequívoco dano moral a ser compensado por indenização.

- O *quantum* indenizatório deve ser arbitrado de modo a amenizar o infortúnio vivenciado pela vítima, sopesando-se, dentre outros fatores, a gravidade do fato, a magnitude do dano, a extensão das sequelas e a intensidade da culpa.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0611.11.002192-4/001 - Comarca de São Francisco - Apelantes: Antônio Geraldo dos Santos e outro, Rosalice Gonçalves dos Santos - Apelada: Companhia de Saneamento de Minas Gerais - Copasa/MG - Relator: DES. ANTÔNIO SÉRVULO

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, à unanimidade, em DAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 18 de dezembro de 2012. - *Antônio Sérvulo* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. ANTÔNIO SÉRVULO - Trata-se de ação ordinária proposta por Antônio Geraldo dos Santos e outro contra Copasa/MG - Companhia de Saneamento de Minas Gerais -, objetivando os autores indenização a título de danos morais que lhes teriam sido causados pelo fato de ter a Companhia de Saneamento abastecido a residência destes com água proveniente de um reservatório dentro do qual foi localizado um cadáver.

Julgado improcedente o pedido, insurgiram-se os autores contra o teor da sentença, alegando que a Magistrada não valorou corretamente a prova dos autos. Juntaram vários precedentes jurisprudenciais e postularam a procedência do pedido inicial.

Conheço do recurso, pois que presentes os seus pressupostos de admissibilidade.

Conforme dispõe a norma do art. 37, § 6º, de nossa Carta Magna,

> 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.

Importa, entrementes, relembrar que a responsabilidade do Estado é objetiva, fundada na teoria do risco integral ou administrativo, e sua aferição dispensa perquirir sobre a ocorrência ou não de culpa da Administração Pública e/ou seus agentes. A responsabilidade somente será afastada mediante a comprovação, por parte do Estado, de que o evento danoso decorreu de culpa exclusiva ou concorrente da vítima, ou adveio de caso fortuito ou força maior.

Oportuno trazer à baila lição do mestre Hely Lopes Meirelles (in *Direito administrativo brasileiro*. 18. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1993, p. 559.), ao tratar especificamente da responsabilidade civil da Administração:

> A Constituição atual usou acertadamente o vocábulo agente, no sentido genérico de servidor público, abrangendo, para fins de responsabilidade civil, todas as pessoas incumbidas da realização de algum serviço público, em caráter permanente ou transitório. O essencial é que o agente da Administração haja praticado o ato ou a omissão administrativa no exercício de suas atribuições ou a pretexto de exercê-las.

Ao comentar a responsabilidade dos prestadores de serviço público, consignada no § 6º do art. 37 da CF/88, salientou o saudoso publicista que:

> O exame desse dispositivo revela que o constituinte estabeleceu para todas as entidades estatais e seus desmembramentos administrativos a obrigação de indenizar o dano

causado a terceiros por seus servidores, independentemente da prova de culpa no cometimento da lesão. Firmou, assim, o princípio objetivo da responsabilidade sem culpa pela atuação lesiva dos agentes públicos e seus delegados.

De acordo com os ensinamentos do renomado jurista Celso Antônio Bandeira de Mello, a "responsabilidade objetiva é a obrigação de indenizar que incumbe a alguém em razão de um procedimento lícito ou ilícito que produziu uma lesão na esfera juridicamente protegida de outrem", e completa dizendo que, "para configurá-la, basta, pois, a mera relação causal entre o comportamento e o dano".

Todavia, em se tratando de condutas omissivas, responde o Poder Público subjetivamente, isto é, necessário se faz demonstrar a sua culpabilidade.

Com efeito, ensina a doutrina que a omissão deve ser causa eficiente do dano, de maneira patente e manifesta, como se o prejuízo resultasse de ato comissivo ou positivo.

No caso em tela, restou incontroverso o fato narrado, qual seja ter sido encontrado um cadáver num dos reservatórios de água da Copasa.

Resta claro que esse fato, por si só, pode ser tomado como um evento danoso à moral das pessoas destinatárias do serviço de água, pois não é admissível o fornecimento de água nessas condições.

Lado outro, deve-se reconhecer que a conduta da concessionária responsável pelo abastecimento de água do Município foi negligente, na medida em que não se cuidou de uma correta e efetiva vigilância do reservatório e da qualidade da água distribuída à população.

Portanto, a falta de vigilância da autarquia municipal fornecedora de água e caracterizada pela descoberta de um cadáver humano em avançado estado de decomposição num reservatório constitui evento danoso, e o consumo de água contaminada representa inequívoco dano moral a ser compensado por indenização.

Em casos similares ao presente, já decidiu este e. Tribunal de Justiça:

> Ementa: Prestação de serviço público. Dano moral ocasionado por omissão. Responsabilidade subjetiva. Cadáver humano em decomposição em reservatório de água para abastecimento. Comprovação do dano, nexo de causalidade e culpa. Dever de reparação pelo dano moral. - Quando a conduta imputada à pessoa jurídica de direito público é omissiva, aplica-se a teoria da responsabilidade subjetiva. Estando comprovados liame de causalidade entre a conduta omissiva, assim como a culpa da pessoa jurídica de direito público (negligência na vigilância de reservatório de água em que foi encontrado cadáver humano em decomposição) e não tendo sido verificada a existência de nenhuma das causas excludentes da responsabilidade, tem-se por certo o dever de reparação. (TJMG; Processo nº 1.0011.07.017698-4/001; Rel. Des. Geraldo Augusto.)
>
> Ementa: Apelação. Ação de indenização por danos morais. Responsabilidade da prestadora de serviço público. Autarquia. Presença de cadáver em reservatório de água. Omissão. Ausência de fiscalização. Negligência demonstrada. Dever de indenizar. *Quantum* adequado. - A responsabilidade da prestadora de serviço público é objetiva, e, portanto, basta ao consumidor demonstrar o nexo de causalidade entre fato ocorrido e o dano experimentado. Independentemente da desnecessidade, o fato de ter sido encontrado cadáver em adiantado estado de decomposição no interior de reservatório de água que serve todo um bairro do município caracteriza a negligência da prestadora de serviço público em seu dever de manutenção da qualidade da água e fiscalização, restando caracterizada a sua responsabilidade. O dano moral deriva do próprio fato da lesão na esfera interna do indivíduo, não se exigindo a comprovação de sua existência concreta. Presume-se a existência do dano moral na hipótese de utilização de água comprovadamente imprópria ao consumo humano, em virtude de ter sido contaminada pela permanência de cadáver no reservatório. Na fixação do *quantum* indenizatório, deve ser levada em conta a extensão do dano, proporcionando à vítima uma satisfação econômica na justa medida do abalo sofrido, não se configurando fonte de enriquecimento sem causa, nem se apresentando inexpressiva. (TJMG; Processo nº 1.0011.07.017290-0/001; Rel. Des. Armando Freire.)
>
> Ementa: Ação de indenização. Serviço de água e esgoto. Cadáver em decomposição no reservatório. Consumo de água contaminada. Negligência. Responsabilidade civil. Dano moral. Ocorrência. - Impõe-se a indenização por danos morais decorrentes do consumo de água, que se imaginava potável, quando havia, no reservatório, um cadáver humano em estado adiantado de decomposição, face ao reconhecimento do dissabor, da repugnância e do constrangimento experimentados pela pessoa submetida a tal situação. - Nos termos do art. 37, § 6º, da Constituição da República de 1988, o ente público deve responder pelos danos causados a terceiros por seus agentes, independentemente da aferição de culpa. Contudo, em se tratando de omissão do Poder Público, a responsabilidade será por ato ilícito, na medida em que exigirá o descumprimento de um dever, sendo necessária então a verificação do dolo ou da culpa para que surja a responsabilidade do município. - Constatado que o reservatório de água não se encontrava protegido da ação de terceiros e, ainda, que a autarquia responsável pelo fornecimento de água potável não diligenciava na sua vistoria, clara está sua negligência na conservação da qualidade do serviço prestado. (TJMG; Processo nº 1.0011.07.017700-8/001; Rel. Des. Dárcio Lopardi Mendes.)
>
> Ementa: Administrativo. Ação de indenização. Dano decorrente de omissão do Poder Público. Responsabilidade subjetiva. Fornecimento de água contaminada por cadáver humano em decomposição. Dano moral configurado. - Em se tratando de danos decorrentes de omissão do Poder Público, necessário se faz demonstrar que agiu culposamente, quedando-se inerte quando estava obrigado a agir. - É dever da autarquia responsável pela distribuição de água zelar para que esse bem seja fornecido com segurança e qualidade para a população. - Se a autarquia não cuidou da segurança do reservatório de água, possibilitando que fosse atirado naquele recipiente cadáver humano, evidencia-se a negligência de sua conduta e a sua responsabilidade pelo evento. - É incontroverso o dano moral sofrido por aquele que consome água contaminada por cadáver humano em avançado estado de decomposição, fazendo jus à reparação. (TJMG; Processo nº 1.0011.07.016276-0/001; Rel.ª Des.ª Heloísa Combat.)

No que concerne ao *quantum* reparatório (dano moral), imprescindível registrar que o nosso ordenamento jurídico ainda não definiu regras concretas para a sua estipulação, sendo, pois, tema dos mais árduos a sua quantificação.

Hodiernamente, a convicção difundida por nossos tribunais é no sentido de que a fixação do dano moral cabe ao prudente arbítrio do magistrado, que deverá sopesar, dentre outros fatores, a gravidade do fato, a magnitude do dano, a extensão das sequelas sofridas pela vítima, a intensidade da culpa, as condições econômicas e sociais das partes envolvidas, de forma a proporcionar ao ofendido uma satisfação pessoal, de maneira a amenizar o sentimento do seu infortúnio.

A propósito, calha transcrever escólio de Humberto Theodoro Júnior. Confira-se:

> Resta para a Justiça a penosa tarefa de dosar a indenização, porquanto haverá de ser feita 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 do prudente arbítrio do julgador, sem parâmetros apriorísticos e à luz das peculiaridades de cada caso, principalmente em função do nível socioeconômico dos litigantes e da maior ou menor gravidade da lesão. (*Revista da Amagis*, v. XX, a. XI, jul.1991, p. 445.)

Na exegese dos elementos acima expostos, tem-se que a indenização haverá de comportar-se de modo a não empobrecer quem paga, tampouco de ocasionar o enriquecimento de quem ganha. Há de ser justa, porque seu objetivo é o de corrigir a arbitrariedade, o desmando; penalizar o infrator de maneira a desestimulá-lo à repetição do ato abominado e compensatório para o ofendido se ver reparado dos malefícios experimentados.

No caso em tela, não se pode negar a apreensão, a indignação e a revolta que afloraram no íntimo dos autores, bastando imaginar como se sentiria qualquer pessoa que soubesse ter utilizado, em suas necessidades básicas, água contaminada por cadáver em avançado estágio de decomposição.

O simples fato de ter consumido água dessa natureza já comprova que os autores foram expostos a situação que colocava em risco sua saúde e segurança, além de ser extremamente desagradável.

Portanto, no que tange ao *quantum* reparatório, penso que a valoração deve observar o princípio da razoabilidade, impondo sua fixação na quantia de R$3.000.00 (três mil reais) para os dois litigantes, ficando cada um com a quantia de R$1.500,00 (mil e quinhentos reais).

Com tais considerações, dou provimento ao recurso para reformar a sentença e julgar procedente o pedido inicial, a fim de condenar a apelada a indenizar os apelantes com a importância de R$3.000,00 (três mil reais), R$1.500,00 (mil e quinhentos reais) para cada um deles. Sobre a verba indenizatória incidirá correção monetária pelos índices da CJMG, a partir da publicação deste acórdão, e juros de mora de 1% ao mês, a partir da citação.

Inverto os ônus sucumbenciais e fixo honorários advocatícios em R$750,00 (setecentos e cinquenta reais).

Custas recursais, pela recorrida.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES SELMA MARQUES e SANDRA FONSECA.

Súmula - DERAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Indenização - Serviço de telefonia - Violação à portabilidade do número de telefone - Falha na prestação do serviço - Solidariedade entre a prestadora doadora e a prestadora receptora - Art. 18 do CDC - Danos morais e lucros cessantes - Caracterização - Dever de indenizar configurado

Ementa: Indenização. Serviços de telefonia. Solidariedade da cadeia de fornecedores. Violação à portabilidade do número de telefone. Falha na prestação do serviço. Responsabilidade civil. Dano moral. Pessoa física. Lucros cessantes.

- De acordo com as normas do Código de Defesa do Consumidor, todos aqueles que participam da cadeia de fornecimento e prestação de serviço respondem solidariamente por eventuais danos causados ao consumidor. A falha em proceder à portabilidade de linha telefônica, por culpa das prestadoras de serviços de telefonia, gera responsabilização por danos morais.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0407.10.003171-2/001 - Comarca de Mateus Leme - Apelantes: 1º) Tim Celular S.A., sucessora de TIM Nordeste S.A.; 2º) Vivo Participações S.A. - Apelado: Elismar Aparecido Batista Lacerda ME (microempresa) - 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, à unanimidade, em NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 8 de novembro de 2012. - *Newton Teixeira Carvalho* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. NEWTON TEIXEIRA CARVALHO - Trata-se de recurso de apelação aviado por Tim Celular S.A. e Vivo Participações S.A. contra sentença proferida pelo MM.

Juiz da 2ª Vara Cível da Comarca de Mateus Leme, nos autos da ação de indenização por danos morais e lucros cessantes, ajuizada por Elismar Aparecido Batista Lacerda ME.

Adoto relatório da sentença objurgada, f. 277/287, por fiel, acrescentando, apenas, que o ilustre Magistrado de primeiro grau julgou procedentes os pedidos iniciais, ao fundamento de que ficou comprovado o dano moral e lucros cessantes sofridos pelo autor, nos seguintes termos:

> Ante o exposto e de tudo que dos autos consta, julgo procedentes os pedidos formulados pelo autor e condeno solidariamente TIM Celular S.A. e Vivo Participações S.A. a pagar ao autor a quantia relativa aos lucros cessantes, conforme apurado em liquidação de sentença e, cada uma destas, a pagar a quantia de cinco mil reais, a título de danos morais, ambas parcelas acrescidas de correção monetária nos moldes da tabela da Corregedoria a contar da data da citação e juros de 1% (um por cento) ao mês a contar de 3 de abril de 2010, quando restou configurada a falha do serviço.

Inconformada com a decisão proferida, a primeira ré, Tim Celular S.A., apresentou recurso de apelação (f. 294/307), alegando preliminar de nulidade da sentença, por ser *extra petita*.

No mérito, alega que não merece prosperar a decisão do Juiz de primeira instância, tendo em vista que, após análise realizada pela perícia técnica da apelante, não foi localizada nenhuma irregularidade nas linhas do apelado, uma vez que a portabilidade foi concluída com sucesso, estando todos os serviços funcionando corretamente.

A segunda ré apelante, Vivo Participações S.A., também apresentou recurso de apelação (f. 325/340), alegando que não deve prosperar a decisão do Juiz de primeira instância, tendo em vista ser parte ilegítima na ação.

No mérito, tece considerações acerca do serviço de portabilidade e afirma ter cumprido todas as requisições que lhe foram feitas, quer para disponibilizar a portabilidade do autor, ora apelado, para a empresa apelante Tim Celular S.A., quer para cancelar o pedido de portabilidade.

No mérito, afirma não ter comprovado o apelado a efetividade dos lucros cessantes, pois estes inexistem e efetivamente não ocorreu paralisação dos rendimentos esperados por aquele eventualmente lesado, não se evidenciando, pois, prejuízos reais e efetivos.

Regularmente intimado, o autor apresentou suas contrarrazões recursais às f. 344/360, pugnando pela manutenção da decisão.

Este, o breve relatório.

Recebo o recurso, visto que próprio e tempestivo.

Examino conjuntamente o mérito das apelações.

Preliminar de sentença *extra petita*.

Segundo o art. 128 do Código de Processo Civil:

> O juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte.

Complementando o que dispõe referido artigo, determina o art. 460 do mesmo diploma:

> É defeso ao juiz proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida, bem como condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado.

Ernane Fidélis dos Santos doutrina que:

> A lide, portanto, é limitada pelo pedido. O juiz não pode ir além (sentença *ultra petita*), nem ficar aquém (sentença *citra petita*), nem conhecer de pedido ou fundamento que o autor não fez (sentença *extra petita*) (*Manual de direito processual civil*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 160/161).

Nesse sentido é a jurisprudência do colendo Superior Tribunal de Justiça:

> A decisão *extra petita* - apreciando causa diferente de que foi posta em juízo - é nula, posto ferir o princípio da adstrição, segundo o qual deve o provimento judicial ater-se aos limites do que foi postulado (STJ - REsp 59.151-1/RS, Primeira Turma, Rel. Min. César Asfor Rocha. In *RSTJ* 79/100).

Assim, a sentença *extra petita* ocorre quando o autor pede uma coisa e a sentença lhe confere outra, sendo nula porque fere de morte o princípio da adstrição do provimento judicial ao pedido da parte.

Na sentença combatida, o autor pediu condenação em lucros cessantes e danos morais e o Juiz decidiu corretamente, não sendo *extra petita* a sentença.

Feitas essas considerações, rejeita-se a preliminar suscitada.

Preliminar de ilegitimidade.

Vivo Participações S.A. bate por sua ilegitimidade para figurar no polo passivo da presente demanda, ao fundamento de que eventual defeito na prestação dos serviços fora causado única e exclusivamente pela Tim Celular S.A.

Sem razão! Formada uma cadeia de fornecedores para a prestação de determinado serviço, respondem todos eles, por força de lei, solidariamente, pelos danos advindos da falha na prestação daquele serviço.

Estatui o art. 18 do CDC:

> Os fornecedores de produtos de consumo duráveis ou não duráveis respondem solidariamente pelos vícios de qualidade ou quantidade que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade, com as indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou mensagem publicitária, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, podendo o consumidor exigir a substituição das partes viciadas.

Assim, em se tratando de falha no serviço prestado, passível de reparação, deve ser suportada a inde-

nização por todos aqueles que participaram da cadeia de fornecimento, conforme estipula o Código de Defesa do Consumidor.

Dessarte, rejeita-se a preliminar de ilegitimidade passiva levantada pela segunda ré apelante, Vivo Participações S.A.

Mérito.

Trata-se de ação de indenização decorrente de lucros cessantes e danos morais, ajuizada por Elismar Aparecido Batista Lacerda ME em face de Tim Celular S.A. e Vivo Participações S.A., alegando ser proprietária da linha telefônica nº 99688309, desde março de 2001, inicialmente contratada com a Telemig, posteriormente incorporada à Vivo, sendo que, em 2007, por meio de seu representante legal, a autora aderiu ao plano corporativo oferecido pela segunda requerida, adquirindo as seguintes linhas: 99652322, 99634322, 99637322 e 99643322, todas disponibilizadas aos funcionários da empresa.

A requerente noticia ter requerido a portabilidade de seu número de telefone para o novo serviço oferecido. Entretanto, foi surpreendida, após a portabilidade, visto que não conseguiu receber ligações de linhas servidas pela operadora Vivo. Por conseguinte, fez reclamação à nova operadora, sem sucesso. Novas reclamações foram caracterizadas até que, trinta e cinco dias após a primeira reclamação, pediu o cancelamento do plano, sendo então dito pelo funcionário que resolveria o problema em 24 horas, o que de fato veio a ocorrer.

Em face da incomunicabilidade das referidas linhas com clientes que tinham aparelhos Vivo, veio a autora a sofrer um prejuízo superior a sete mil e setecentos reais, além de danos morais, já que tal falha de serviço acabou por gerar lesão à imagem da empresa, pelo que reclama seja indenizado nos valores informados, a título de lucros cessantes, e quantia a ser arbitrada, pelos danos morais.

As recorrentes intentam eximir-se de sua responsabilização fixada em sentença.

A portabilidade é procedimento complexo no qual, segundo esclarece o art. 4º, XIX, da Resolução nº 460/2007, da Anatel, envolve procedimento técnico e administrativo compreendido pelas fases de solicitação, aceitação, notificação, confirmação e provisionamento da portabilidade, até a completa migração do usuário da prestadora doadora para a prestadora receptora.

Sabidamente, para a caracterização do dever de indenizar, é necessária a presença de alguns elementos, quais sejam o ato ilícito, o dano propriamente dito e o nexo causal entre a conduta (dolo ou culpa) e o dano.

No caso dos autos, as empresas respondem objetivamente pelos danos causados ao consumidor, independentemente de haver provas da sua conduta culposa.

Entretanto, necessário examinar se a conduta da prestadora de serviço foi ou não lícita.

Compulsando os autos, verifica-se a celebração do contrato de prestação de serviços de telefonia entre a autora e a Tim Celular, nos termos do formulário único de pedido - *Sales Business* (f. 26/29).

Em conformidade com o Anexo da Resolução nº 460/2007, da Anatel, constante das f. dos autos, o consumidor deve apenas solicitar a portabilidade, sendo que todos os demais atos necessários para a transferência do número são de responsabilidade das operadoras de telefonia.

De acordo com o art. 333, inciso II, do CPC, incumbe ao réu o ônus da prova em relação ao fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

A respeito do tema, importa destacar a lição doutrinária de Fábio Tabosa:

> Adotou o legislador método aparentemente simples de atribuição do encargo probatório a cada uma das partes, mas que encobre não poucas dificuldades; assim, em princípio cabe ao autor a prova dos fatos constitutivos de seu direito (inciso I) e ao réu a prova dos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito da parte contrária (inciso II). Como entretanto distinguir uns e outros? [...]
>
> A regra, destarte, é que, independentemente da posição no processo, cada parte venha a provar os fatos constitutivos do próprio direito, bem como os impeditivos, modificativos ou extintivos do direito alheio, do que decorrem importantes consequências, particularmente quanto a ações incidentais de cunho impugnativo, como os embargos do devedor, na execução (v. arts. 736, 741 e 745 do CPC), ou os embargos ao mandado, na ação monitória (v. art. 1.102c do CPC).
>
> Já quanto aos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos, impõe-se maior cautela, pois não se confundem eles com a mera negativa dos fatos aduzidos pela parte adversa (in MARCATO, Antônio Carlos (Coord.). *Código de Processo Civil interpretado*. São Paulo: Atlas, 2004, p. 1000).

Frise-se que o ônus da prova representa para a parte um encargo a ela imposto, sem, contudo, possuir conotação de obrigatoriedade ou sanção, quando há o descumprimento.

O ônus probatório está mais ligado à prática pela parte de atos que serão capazes de gerar o resultado pretendido no processo. É o litigante quem escolhe entre cumprir o ônus ou assumir a possibilidade de não obter o interesse tutelado.

Portanto, sem que as recorrentes tenham demonstrado, de forma satisfatória, os fatos articulados ao longo da instrução processual, notadamente a efetiva disponibilização da portabilidade de telefonia, confirma-se o acolhimento da pretensão da requerente.

No que tange à condenação das recorrentes ao pagamento de indenização pelos danos morais suportados pela parte autora, há que se fazer algumas considerações.

In casu, há relação de consumo, uma vez que se trata de prestação de serviços, estando as partes enquadradas exatamente nos conceitos de consumidor e fornecedor ditados pelos arts. 2º e 3º do CDC.

Dessa maneira, há que se aferir a existência de ato ilícito por parte da contratada, nos termos do que preceitua o art. 14 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 de serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

Dos lucros cessantes.
A segunda apelante diz que

> [...] para efeito de reparabilidade de eventuais danos materiais, esses devem restar comprovados, discriminadamente, nos autos. O pedido deve ser líquido e certo, amparado em prova documental do dano perseguido, e não comporta, ao contrário do dano moral, estipulação pelo julgador, seja em qualquer das modalidades de liquidação de sentença.

Todavia, a inoperância das linhas telefônicas, por quase 35 dias, repercutiu negativamente na esfera jurídica da apelada, pois a queda na venda de seus produtos, por via de telefone, se deu por ato culposo da primeira apelante.

Diante do exposto, com fundamento no art. 93, IX, da Constituição Federal e art. 131 do Código de Processo Civil, nego provimento a ambos os recursos de apelação.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES CLÁUDIA MAIA e ALBERTO HENRIQUE.

Súmula - NEGAR PROVIMENTO AOS RECURSOS.

...

Obrigação de fazer - Município - Direito pleno de propriedade - Desvio de água pluvial - Responsabilidade

Ementa: Ação de obrigação de fazer. Município. Direito pleno de propriedade. Desvio de água pluvial. Responsabilidade. Recurso a que se nega provimento *in specie*.

- Estando demonstrada nos autos, de forma cabal, a necessidade de realização de obra pública objetivando o desvio de rede pluvial, com fito de garantir ao autor a construção em seu terreno (direito pleno de propriedade), compele-se o Município a realizar obra de desvio d'água como modo de se assegurar a plenitude da propriedade, consoante dicção do art. 5º, *caput*, da Constituição da República.

APELAÇÃO CÍVEL/REEXAME NECESSÁRIO Nº 1.0421.08.004073-4/001 - Comarca de Miradouro - Remetente: Juiz de Direito da Comarca de Miradouro - Apelante: Município de Miradouro - Apelados: Maria Aparecida Soares da Costa Dias Wingert, Adriano Ribeiro Wingert e outro - 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, à unanimidade, em REEXAME NECESSÁRIO CONFIRMAR A SENTENÇA, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

Belo Horizonte, 27 de novembro de 2012. - *Belizário de Lacerda* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. BELIZÁRIO DE LACERDA - Cuida-se de reexame necessário e de recurso voluntário interposto contra a r. sentença de f. 131/134, a qual julgou parcialmente procedente o pedido, para determinar que o Município providencie o início da obra de desvio da rede de captação de água pluvial que passa pelo terreno do autor.

Em suas razões recursais de f. 135/169, o Município de Miradouro pugna pela reforma da sentença, para que seja julgado totalmente improcedente o pleito do autor.

Foram apresentadas contrarrazões às f. 141/142.

Conheço do recurso, pois satisfeitos seus pressupostos objetivos e subjetivos de admissibilidade.

A ação foi proposta objetivando o autor o desvio da rede pluvial que passa no terreno, na finalidade de que possa edificar, tendo sido confirmada pelo perito a possibilidade do desvio.

Entendo como correta a r. sentença, ao determinar a realização das obras para o desvio da água pluvial que passa no meio do terreno do apelado, já que é indiscutível que a administração municipal foi negligente ao não executar obras que se mostraram imprescindíveis.

Não é possível afirmar que a execução das obras esteja inserida no juízo de conveniência e oportunidade do administrador público. No caso em apreço, a opção pela não realização dos reparos necessários, desvio da água pluvial, configura uma conduta ilícita, na medida em que provoca danos ao patrimônio de terceiros.

Vide sobre o tema os seguintes precedentes do eg. TJMG:

> Para a realização de obras imprescindíveis, o limite da discricionariedade cinge-se ao momento e forma da execução. Este, contudo, deve atender aos fins almejados, ou seja, permitir a solução do problema das águas pluviais e do esgoto desviado para a residência da autora. Aquele, por sua vez, não pode ser postergado de modo a prejudicar a eficácia das obras. [...] (TJMG / Jurisprudência / Processo: Ap Cível/ Reex. Necessário 1.0625.07.064474-9/002, Rel.ª Des.ª Albergaria Costa, j. em 19.11.2009, p. em 19.01.2010.)

Estando demonstrado nos autos, de forma cabal, a necessidade de realização de obra pública objetivando o desvio de rede pluvial, com fito de garantir ao autor a construção em seu terreno (direito pleno de propriedade), compele-se o Município a realizar obra de desvio d'água

como modo de se assegurar a plenitude da propriedade, consoante dicção do art. 5º, *caput*, da Constituição da República.

Com tais sucintos fundamentos, em reexame necessário, confirmo a sentença, prejudicado o recurso voluntário.

DES. PEIXOTO HENRIQUES - De acordo com o Relator.

DES. OLIVEIRA FIRMO - I - 1. Senhor Presidente, participo deste julgamento como Vogal, na forma do Regimento Interno do Tribunal de Justiça (RITJMG).

2. Chamo a atenção para esse fato, porque, como Juiz de carreira, acostumado a julgar de forma isolada, com base em meu convencimento livre (solitário) e motivado, competindo-me relatar, revisar e decidir o feito, tudo a um só tempo, entendo que o julgamento colegiado apresenta características próprias e contornos diferenciados.

3. Já em colegiado, a situação é diferente: há o debate que deságua na formação do convencimento de cada qual, sendo o resultado do julgamento a soma ou diferença da livre motivação fundamentada de cada julgador.

4. O princípio da colegialidade impõe que os julgamentos resultem do convencimento da maioria, unânime ou não.

II -

5. Nesse cenário, compete ao Relator a condução do processo, presidindo os seus principais atos, instruindo-o quando necessário, e resolvendo as questões que lhe são postas, sem afastar, contudo, a possibilidade/inevitabilidade de serem novamente submetidas ao colegiado.

6. Segundo o RITJMG, compete ao Relator:

> Art. 89. Compete ao Relator, além de outras atribuições previstas na legislação processual:
> [...]
> XIV - lançar nos autos relatório que contenha sucinta exposição da matéria controvertida e da que, de ofício, possa vir a ser objeto do julgamento, mandando, a seguir e quando for o caso, o processo para o Revisor; [...]

7. Isso ocorre porque compete aos demais julgadores resolver, a partir do quanto consta do relatório, as questões debatidas nos autos, sob o seu aspecto fático e jurídico.

8. A exatidão entre o relatório e todos os fundamentos de fato e de direito da demanda conduzem - assim é esperado - a um julgamento seguro, quiçá justo.

9. Num colegiado judicial de diferenças e semelhanças, a figura do Revisor é de suma importância no julgamento, pois assegura que haja congruência entre as questões constantes dos autos e aquelas descritas no relatório.

10. Por tudo isso, não é recomendável que o Relator apresente qualquer juízo de valor no relatório.

O relatório isento, claro e coerente com os autos permite aos pares do Relator a formação de um juízo imparcial e seguro quanto à matéria fática e jurídica debatida no "caso concreto".

11. A fidelidade e a congruência do relatório aos fatos e fundamentos da demanda é obrigação que primordialmente compete ao Relator, mas, para assegurá-las, atribuiu-se ao Revisor o poder/dever de corrigir eventuais desalinhos que podem comprometer o resultado do julgamento.

12. Assim, pelo RITMG, o Revisor tem os seguintes poderes/deveres:

> Art. 91. Compete ao Revisor:
> I - ordenar a volta dos autos ao Relator para:
> a) sugerir-lhe diligências que, se aceitas, serão por ele determinadas;
> b) se necessário, pedir-lhe pronunciamento sobre incidente ainda não resolvido ou surgido após o relatório;
> II - lançar "visto" nos autos, adotando, aditando ou sugerindo a retificação do relatório, devolvendo-os ao cartório com pedido de dia para julgamento [...].

13. A congruência do relatório ao "caso concreto" é mais do que uma mera questão de estética ou mesmo de demonstração de que o processo foi efetivamente estudado.

14. Num julgamento colegiado, o vício no relatório altera a solução dada ao caso. Isso porque cada um dos julgadores exerce funções específicas no julgamento: Relator, Revisor e Vogal atuam nos limites das suas atribuições.

15. É importante salientar que o tradicional "de acordo" dado pelo Vogal em julgamento representa a sua aquiescência com a solução dada pelo Relator para cada uma das questões, de fato e de direito, apontadas no relatório.

16. O "de acordo" do Vogal tem, a meu aviso, dois aspectos: a) - atesta a confiabilidade do relatório, confirmando que Relator e Revisor cumpriram seus deveres de relatar e revisar o feito com as esperadas seriedade e congruência; b) - reflete a confluência de entendimentos quanto à solução dada ao "caso concreto".

Em se tratando de Vogal, é uma manifestação complexa, embora muitos assim não a entendam, banalizando-a muita vez.

17. Já para o Revisor, o "de acordo" se refere apenas ao desfecho dado ao caso, pois, quanto ao relatório, tal já se afirmou quando pediu dia para julgamento do feito.

18. A exceção ao "de acordo" não ocorre somente quando há divergência de entendimentos; pode e deve ocorrer também quando o relatório não apresenta a necessária e esperada fidelidade com os elementos do processo, ensejando pedido de vista para solucionar uma outra questão que não foi bem definida no relatório. Por isso, não é fato corriqueiro (até mesmo incoerente com a

dinâmica do colegiado) o Revisor pedir vista dos autos no curso do julgamento.

19. Quando o relatório se apresenta dissociado dos autos e o Revisor não constata este vício, o julgamento poderá ser prejudicado, pois não compete ao Vogal, que nem sequer teve acesso aos autos, presumir ou adivinhar outras questões existentes na demanda que não constaram do relatório então (mal) visto e revisto pelo Revisor.

20. Suficientemente delimitada a competência e atribuição de cada julgador, a existência de dupla ou tripla relatoria ofende a própria lógica do sistema de julgamento colegiado.

III -

21. O Vogal julga o processo com base nas principais questões controvertidas postas no relatório, assegurando (poder/dever) o Revisor que o Relator não omita aspecto relevante e imprescindível que possa prejudicar o julgamento do feito

22. A importância do relatório no julgamento é indiscutível, pois, salvo o Revisor, que tem o poder/dever de assegurar a sua congruência com as questões discutidas nos autos, os demais participantes do julgamento, na condição de Vogais, votam conforme o relatório.

23. Assim é o desenrolar do julgamento colegial: julgador que não assistir à leitura do relatório tem a prerrogativa de se abster de votar. Preceitua o RITJMG:

> Art. 107. Concluída a sustentação oral, o Presidente tomará os votos do Relator, do Revisor e dos Vogais, na ordem decrescente de antiguidade.
> § 1º O desembargador que não houver assistido ao relatório poderá abster-se de votar, ou pedir adiamento do julgamento e vista dos autos, o que não impede que votem aqueles que se sentirem habilitados.

24. No Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (RISTF), a questão é tratada de forma ainda mais rigorosa, permitindo ao Ministro que não participe do julgamento, quando não tenha assistido à leitura do relatório, ou, se necessária a sua participação para completar *quorum*, deverão ser renovados os relatórios e a sustentação oral. Assim:

> Art. 134. Se algum dos Ministros pedir vista dos autos, deverá apresentá-los, para prosseguimento da votação, até a segunda sessão ordinária subsequente.
> § 1º Ao reencetar-se o julgamento, serão computados os votos já proferidos pelos Ministros, ainda que não compareçam ou hajam deixado o exercício do cargo.
> § 2º Não participarão do julgamento os Ministros que não tenham assistido ao relatório ou aos debates, salvo quando se derem por esclarecidos.
> § 3º Se, para o efeito do *quorum* ou desempate na votação, for necessário o voto de Ministro nas condições do parágrafo anterior, serão renovados o relatório e a sustentação oral, computando-se os votos anteriormente proferidos.

IV -

25. Com efeito, para não me furtar ao dever de participar dos julgamentos dos órgãos desta Casa, com a tranquilidade de não deixar questão alguma sem a devida análise, vejo-me, como Vogal, a compulsar cotidianamente todos os autos de cada sessão, relatando e revisando eventual incongruência ou mesmo esquecimento que possa ocorrer (justificado, por óbvio, pelo excesso de trabalho imposto aos colegas).

26. Refletindo sobre tal atitude, vejo-me sem outra saída, compelido pela desumana distribuição de processos sob minha relatoria, senão a de rever este posicionamento, não por convencido de que equivocado, mas por entender que cada membro deste Tribunal aqui está por ser profissional capacitado e cioso de suas obrigações (Relatores e Revisores).

27. Não há entre as funções de Vogal, Revisor e Relator diferenças quanto à responsabilidade pelo julgamento; todos são cúmplices e responsáveis por suas decisões. São atribuições diferentes, sendo dado a cada um saber o grau de zelo com que as exerce. É certo que uma ou outra repercutem no resultado do julgamento colegiado, e a primazia da Relatoria, por eventual desídia da revisão ou do vocalato, conduzem ao enfraquecimento e perecimento do colegiado.

28. Nessa esteira, mudo meu modo de agir enquanto Vogal. Primeiro, porque quero acreditar que os colegas exercem suas atribuições neste colegiado ciosos do seu dever e juramento prestados na posse; e, em segundo lugar, por estar premido pela excessiva distribuição, que me impede de analisar os feitos como se deles fosse o Relator ou Revisor.

29. Confiante na fidelidade e congruência do relatório que me é apresentado, com a zelosa revisão que é peculiar do eminente Revisor, posso exercer o vocalato, com tranquilidade e segurança, sabendo que todas as questões debatidas nos autos foram trazidas a deslinde, pontualmente postas no relatório, sem omissões ou contradições que possam comprometer este julgamento.

V -

30. Nesse "caso concreto", apoiado no relatório, acompanho o voto que acaba de proferir o Relator.

É o meu voto.

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

...

Inventário - Nomeação de inventariante dativo - Possibilidade - Art. 990 do Código de Processo Civil - Ordem não absoluta

Ementa: Direito processual civil. Agravo de instrumento. Inventário. Nomeação de inventariante dativo. Possibilidade. Art. 990 do Código de Processo Civil. Lista de possíveis inventariantes. Ordem não absoluta. Recurso desprovido.

- A existência de grave dissensão entre a maioria dos herdeiros bem como o conflito de interesses na apuração de haveres justificam a nomeação de uma pessoa com isenção absoluta para representar o espólio.

- A ordem dos possíveis inventariantes, elencados no art. 990 do Código de Processo Civil, não é absoluta, sendo facultado ao juiz alterá-la para viabilizar o processamento regular do inventário e sua solução.

AGRAVO DE INSTRUMENTO CÍVEL Nº 1.0017. 04.008916-5/003 - Comarca de Almenara - Agravantes: Evandir Fernandes das Neves e outro, Zenaide Fernandes de Oliveira - Agravados: Euvaldo Fernandes das Neves, Lilian Denise Cangussu Neves, Edward Fernandes das Neves e outro, Alvimar Ferraz de Oliveira, Perycles Tupy Vieira, Marilza Vieira das Neves, Idiná Figueiredo Almeida, Oderval Fernandes das Neves, Zenóbia Fernandes das Neves Tupy Vieira, Maraílde Fernandes das Neves Figueiredo e outro, Maria Lúcia Fernandes das Neves, Otelino Fernandes das Neves Júnior em causa própria e outra - Interessado: Espólio de Otelino José das Neves, Ivan Queiroz de Lacerda - 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, à unanimidade, em NEGAR PROVIMENTO AO AGRAVO.

Belo Horizonte, 29 de novembro de 2012. - *Moreira Diniz* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. MOREIRA DINIZ - Cuida-se de agravo de instrumento (f. 02/22) aviado por Evandir Fernandes das Neves e Zenaide Fernandes de Oliveira contra decisão (f. 43/44) do MM. Juiz da 2ª Vara Cível Criminal e da Infância e Juventude da Comarca de Almenara, que, nos autos do inventário dos bens deixados pelo falecimento de Otelino José das Neves, nomeou "inventariante dativo o Dr. Ivan Queiroz Lacerda, advogado militante nesta comarca, arbitrando, desde já, sua remuneração em 30 (trinta) salários mínimos, que deverão ser custeados pelo espólio ao final do processo" (f. 44), "considerando a remoção do inventariante (f. 572), bem como a existência de animosidade entre os herdeiros, que vêm inviabilizando o andamento deste inventário" (f. 43).

Os agravantes alegam que "o douto Juízo *a quo* nomeou o Dr. Ivan Queiroz Lacerda, na qualidade de inventariante dativo, desconsiderando, por completo, a disponibilidade dos agravantes para o exercício da função" (f. 10); que "a decisão agravada não merece prosperar, porquanto a nomeação de advogado dativo, a despeito da existência de herdeiros aptos ao exercício do encargo, não se revela adequada, a começar pelo custo injustificado que tal nomeação acarretará ao espólio" (f. 11); que "o advogado não está apto para exercer o cargo de inventariante dativo, na medida em que atua como procurador em uma reclamação trabalhista, litigando contra um dos herdeiros do espólio" (f. 11); que "o desfecho do inventário não foi obstaculizado em razão da existência de rusgas entre os herdeiros, mas sim da tramitação de diversas ações nas quais a participação do espólio é indispensável" (f. 13); que "ambos os agravantes dispõem das condições exigidas para o desempenho das funções de inventariante" (f. 14); que, "nos termos do art. 990 do Código de Processo Civil, os herdeiros têm preferência para o exercício do *munus*, dada a ausência de cônjuge supérstite" (f. 14); e que "o Dr. Ivan Queiroz Lacerda é desafeto de um dos herdeiros, cuja situação não será aqui exposta, com intuito de preservar as partes envolvidas" (f. 180). Por fim, requereram a nomeação de "qualquer um dos agravantes como inventariante do espólio de Otelino José das Neves, com assinatura do competente termo de compromisso" (f. 21); e, "não sendo possível tal determinação [...], seja determinada a nomeação de outro inventariante dativo, dada a existência de impedimento que inviabiliza a prestação dos serviços pelo Dr. Ivan Queiroz Lacerda" (f. 21).

Indeferido o efeito suspensivo (f. 1.052), vieram as contraminutas de f. 1.063/1.065 e 1.068/1.074.

Há parecer ministerial (f. 1.086) pela ausência de motivo para sua intervenção no feito.

Ao contrário do que afirmam os agravantes, é evidente a existência de animosidade entre a maioria dos herdeiros, que está inviabilizando o andamento do inventário dos bens deixados por Otelino José das Neves, tendo em vista seu falecimento. Afinal, o inventário já está em andamento há oito anos; e, na forma em que se encontra, não há perspectiva de solução.

Sendo assim, não há dúvida de que a grave dissensão entre a maioria dos herdeiros bem como o explícito conflito de interesses, envolvendo a apuração de haveres do espólio, justificam a nomeação de uma pessoa com isenção absoluta no desempenho de suas funções, ainda que tal nomeação gere custo para o espólio, porque, caso contrário, corre-se o risco de os interesses do espólio não receberem a devida proteção

e de o inventário continuar caminhando a passos lentos, com frequentes percalços.

Vale destacar que a ordem dos possíveis inventariantes, elencados no art. 990 do Código de Processo Civil, não é absoluta, sendo facultado ao juiz alterá-la para viabilizar o processamento regular do inventário e sua solução. Dessa forma, não merece acolhida a tese dos agravantes, de que, obrigatoriamente, deveria ser nomeado como inventariante um dos herdeiros.

Confira-se, a respeito, respectivamente, precedentes do Superior Tribunal de Justiça e desta 4ª Câmara Cível:

> Inventariamente. Remoção. Nomeação de dativo. Cód. de Pr. Civil, arts. 995 e 990. - A ordem de nomeação não é absoluta. O fato de não se observar a ordem não implica ofensa ao art. 990. Precedente do STJ: REsp 520, *DJ* de 04.12.89. Caso em que a nomeação do inventariante dativo se deveu 'a necessidade de eliminar as discórdias atuais e prevenir outras'. Recurso especial não conhecido (STJ - 3ª Turma - REsp 88296/SP - Rel. Min. Nilson Naves - *DJ* de 03.11.1998 - Publicação: 08.02.1999).

> Processo civil. Inventário. Pedido de remoção de inventariante. Divergência acentuada entre herdeiros. Nomeação de inventariante dativo. - Em caso de divergência acentuada entre os interessados na realização do inventário, a respectiva administração deve ser feita por inventariante neutro indicado pela Justiça. No recurso em que se discute a inventariança, o pedido não vincula nem limita o provimento, uma vez que o inventariante pode ser nomeado ou removido de ofício pelo juiz, segundo a interpretação dos arts. 990 e 995 do Código de Processo Civil. Recurso provido em parte (Processo nº 1.0313.09.273892-8/001 - Rel. Des. Almeida Melo - *DJ* de 05.11.2009 - Publicação: 12.11.2009).

Por fim, cumpre ressaltar que, ao contrário do que entendem os agravantes, não há sequer indícios da "existência de impedimento ético - impossibilidade de exercício do cargo pelo advogado nomeado" (f. 17). Afinal, entendo que o simples fato de o inventariante nomeado ter atuado/atuar como advogado em uma reclamação trabalhista ajuizada contra um dos herdeiros não gera impedimento para o exercício do *munus*. Destaca-se, ainda, que a fixação da remuneração do inventariante dativo em 30 salários mínimos é razoável ante o tempo, a natureza e a complexidade do serviço a ser desenvolvido.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo.

Custas, pelos agravantes.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES DÁRCIO LOPARDI MENDES e HELOÍSA COMBAT.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

...

Execução fiscal - IPTU - Preliminar de ofício - Mudança da titularidade do imóvel - Alteração do sujeito passivo do crédito tributário - Exclusão do devedor indicado na CDA - Inclusão do proprietário do imóvel - Caso de modificação do lançamento e da própria CDA - Impossibilidade - Ilegitimidade passiva *ad causam*

Ementa: Apelação cível. Execução fiscal. IPTU. Preliminar de ofício. Mudança da titularidade do imóvel. Alteração do sujeito passivo do crédito tributário. Exclusão do devedor indicado na CDA. Inclusão do proprietário do imóvel. Caso de modificação do lançamento e da própria CDA. Impossibilidade. Ilegitimidade passiva *ad causam*.

- Nos termos da Súmula 392 do STJ, até a prolação da sentença é vedada a modificação do sujeito passivo da execução, a não ser para correção de erro material ou formal.

- Não sendo o devedor originário reconhecidamente o devedor, impõe-se o reconhecimento da ilegitimidade passiva e a extinção do feito.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0145.98.019319-0/001 - Comarca de Juiz de Fora - Apelante: Fazenda Pública do Município de Juiz De Fora - Apelado: Luiz Augusto Silva - Relator: DES. WASHINGTON FERREIRA

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 DE OFÍCIO, SUSCITAR PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA *AD CAUSAM* DO EXECUTADO.

Belo Horizonte, 11 de dezembro de 2012. - *Washington Ferreira* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. WASHINGTON FERREIRA - Cuida-se de recurso de apelação da sentença de f. 34 (aclarada à f. 37- anverso e verso), então proferida pelo MM. Juiz de Direito da 2ª Vara de Registros Públicos, Fazenda Pública e Autarquias Municipais, Falências e Recuperação Judicial da Comarca de Juiz de Fora, na ação de execução fiscal proposta pela Fazenda Pública do Município de Juiz de Fora contra José Egydio Nunes (posteriormente substituído por Luiz Augusto Silva - f. 17/18 e verso) que reconheceu, de ofício, a prescrição, extinguindo, em consequência, o feito, nos termos dos arts. 156, V, do CTN, e 269, IV, do CPC.

A Fazenda Pública do Município de Juiz de Fora, nas razões recursais de f. 40/49, alega que não há prescrição da pretensão executória, nem a prescrição intercor-

rente. Sustenta que houve parcelamento do débito pelo executado. Assevera que não houve intimação pessoal do representante da Fazenda Pública Municipal, excluindo, assim, alegação de inércia do Município.

Sem preparo, nos moldes do art. 10, I, da Lei estadual nº 14.939, de 2003.

Não houve intimação para contrarrazões, conforme decisório de f. 61.

Dispensado o parecer da douta Procuradoria de Justiça, pois inexiste interesse a justificar a intervenção ministerial.

É o relatório, no essencial.

Não é o caso de reexame necessário, por força do art. 475, § 2º, do CPC.

Presentes os pressupostos, conheço do recurso.

Verifica-se dos autos que a Fazenda Pública do Município de Juiz de Fora propôs Execução Fiscal, no ano de 1998, contra José Egydio Nunes e outra, pretendendo o recebimento de créditos tributários decorrentes de IPTU/TSU não recolhidos nos exercícios de 1993, 1994, 1995, 1996 e 1997.

Tentada a citação por carta do executado identificado, José Egydio Nunes, foi acusado pelos Correios que ele não mais residia no endereço, como se verifica às f. 10/11.

O Procurador Municipal, à f.17, requereu a mudança do polo passivo da Execução Fiscal para o nome de Luiz Augusto Silva, com base no art. 2º, § 8º, e no art. 28, ambos da Lei nº 6.830/80.

Os autos foram remetidos pela Secretaria do Juízo ao Distribuidor, para a substituição da parte executada, na forma requerida pelo Fisco (f. 18-verso).

O executado, em 2 de junho de 2004, parcelou o débito, conforme contrato às f. 20/21.

Foi declarada a suspensão da execução fiscal em 1º de julho de 2004 (f. 19).

O contrato de parcelamento de débito judicial foi descumprido, requerendo o Município a penhora de bens do executado (f. 28/29).

O MM. Juiz da causa, de ofício, reconheceu a prescrição e extinguiu o feito executivo fiscal (sentença de f. 34, aclarada à f. 37-anverso e verso).

Diante desse contexto, suscito, de ofício, preliminar de ilegitimidade passiva *ad causam*.

Preliminar de ofício: ilegitimidade passiva *ad causam*.

Infere-se dos autos que a exequente pretende redirecionar a execução fiscal contra o atual proprietário, aproveitando as CDA's que instruem a inicial.

Numa situação como essa, o colendo Superior Tribunal de Justiça já decidiu não ser caso de substituição da CDA, com base nos arts. 2.º, § 8.º, LEF e 203, CTN, possibilidade restrita às hipóteses de erro material ou formal flagrados em momento anterior à prolação da sentença de embargos.

Em abono, colaciono os seguintes julgados:

> Processual civil. Agravo regimental. Execução fiscal proposta contra devedor já falecido. Carência de ação. Ilegitimidade passiva. Alteração do polo passivo da execução para constar o espólio. Impossibilidade. Súmula nº 392/STJ. 1. - O exercício do direito de ação pressupõe o preenchimento de determinadas condições, quais sejam: a) a possibilidade jurídica do pedido; b) o interesse de agir; e c) a legitimidade das partes. No caso em análise, não foi preenchido o requisito da legitimidade passiva, uma vez que a ação executiva foi ajuizada contra o devedor, quando deveria ter sido ajuizada em face do espólio. Dessa forma, não há que se falar em substituição da Certidão de Dívida Ativa, haja vista a carência de ação que implica a extinção do feito sem resolução do mérito, nos termos do art. 267, VI, do Código de Processo Civil. 2. Mesmo quando já estabilizada a relação processual pela citação válida do devedor, o que não é o caso dos autos, a jurisprudência desta Corte entende que a alteração do título executivo para modificar o sujeito passivo da execução não encontra amparo na Lei 6.830/80. Sobre o tema, foi editado recentemente o Enunciado nº 392/STJ, o qual dispõe 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'. 3. Agravo regimental não provido. (STJ, AgRg no REsp 1.056.606/RJ, Segunda Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, *DJe* de 19.05.2010.)

> Execução fiscal. Substituição da CDA. Alteração do lançamento. Ilegitimidade passiva. Impossibilidade. Precedentes. 1. O acórdão *a quo* manteve a extinção da execução fiscal, feita com base no art. 267, VI, do CPC, ao entendimento de que a emenda ou substituição de CDA facultada ao credor, nos termos dos arts. 203 do CTN e 2º, § 8º, da LEF, só é possível na hipótese de erro material ou formal. 2. No presente caso, não se trata de mero erro material ou formal, mas de pedido de alteração do sujeito passivo da obrigação tributária após o Município reconhecer a ilegitimidade passiva. 3. Nos termos da jurisprudência do STJ, a substituição da Certidão de Dívida Ativa só é possível em se tratando de erro material ou formal, sendo vedada a substituição quando essa implica modificação do próprio lançamento. Nesse sentido: AgRg no Ag 1.022.215/BA, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 23.09.2008; AgRg no Ag 890.400/BA, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 19.08.2008; AgRg no Ag 1017431/BA, Rel.ª Min.ª Eliana Calmon, julgado em 19.08.2008; AgRg no Ag 992.425/BA, Rel. Min. Castro Meira, julgado em 03.06.2008; AgRg no Ag 987.095/BA, Rel. Min. José Delgado, julgado em 20.05.2008; AgRg no Ag 983.632/BA, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, julgado em 17.04.2008; REsp 773.640/BA, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 21.8.2007. Agravo regimental improvido. (STJ, AgRg no REsp 1.102.285/BA, Segunda Turma, Rel. Min. Humberto Martins, *DJe* de 08.05.2009.)

Tais entendimentos, inclusive, redundaram na edição da Súmula 392, STJ:

> 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.

Essa orientação prevalece mesmo em se tratando de redirecionamento da execução contra o proprietário

do imóvel, portanto, responsável tributário, na forma dos arts. 130, *caput*, e 131, I, CTN.

A propósito:

> Processual civil e tributário. IPTU. Execução fiscal. Inexistência de ofensa ao art. 557, *caput*, do CPC. Alienação do imóvel. Redirecionamento do feito executório para o atual proprietário. Impossibilidade. Nulidade da CDA. 1. A recorrente demonstra mero inconformismo em seu agravo regimental, que não se mostra capaz de alterar os fundamentos da decisão agravada. 2. Segundo o art. 557, *caput*, do CPC, é facultado ao relator decidir monocraticamente o recurso, quando entendê-lo manifestamente improcedente, ou contrário à súmula ou entendimento já pacificado pela jurisprudência daquele Tribunal, ou de Cortes Superiores, em atenção à economia e celeridade processuais. 3. A substituição da CDA até a sentença só é possível em se tratando de erro material ou formal. A alteração do polo passivo, porém, configura modificação do lançamento, não sendo permitida no curso da execução fiscal. Tal posicionamento foi reafirmado no julgamento do REsp 1.045.472/BA, Rel. Ministro Luiz Fux, *DJe* de 18.12.2009, submetido ao Colegiado pelo regime da Lei nº 11.672/08 (Lei dos Recursos Repetitivos), que introduziu o art. 543-C do CPC. 4. Agravo regimental não provido. (AgRg no REsp 838380/SP, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 18.03.2010, *DJe* de 30.03.2010.)

> Processo civil. Execução fiscal. IPTU. Exceção de pré-executividade. Proprietária não arrolada na CDA. Impossibilidade de alteração. Jurisprudência da corte. Acórdão. Falsa premissa e omissão. Nulidade verificada, mas não declarada. Provimento inútil. Efetividade do processo. Eficácia dos precedentes. Divergência jurisprudencial prejudicada. 1. Incabível o redirecionamento da execução fiscal de IPTU em face do sucessor, por implicar na necessidade de outro lançamento tributário. Precedentes de ambas as turmas que compõem a Seção de Direito Público. 2. Em atenção aos princípios da efetividade do processo e de sua razoável duração, não se declara a nulidade de acórdão embargado que decide pretensão já rechaçada pela Corte Superior, como expressão da eficácia dos precedentes jurisprudenciais. 3. Divergência jurisprudencial prejudicada, nos termos da Súmula 83/STJ. 4. Recurso especial não provido. (REsp 1076065/BA, Rel.ª Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 09.12.2008, *DJe* de 19.03.2009.)

E, ainda, decisões desta Casa revisora:

> Ementa: Tributário. Execução fiscal. IPTU. Mudança na titularidade do imóvel. Substituição da certidão da dívida ativa. Alteração do sujeito passivo do crédito tributário. Inocorrência de erro material ou formal. Caso de modificação do próprio lançamento. Impossibilidade. Ilegitimidade reconhecida. - 1- Nos termos do § 8º do art. 2º da Lei nº 6.830/1980, a CDA pode ser emendada ou substituída até a decisão de primeira instância, mas somente para corrigir erros materiais e defeitos formais, não sendo permitida a alteração do sujeito passivo da obrigação tributária, para introduzir como devedor outra pessoa, se reconhecida a ilegitimidade passiva do executado indicado na inicial. 2- A Súmula nº 392 do STJ dispõe 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". (TJMG, Apelação Cível nº 1.0024.00.144090-8/001, Rel. Des. Maurício Barros, j. em 07.06.2011.)

> Ementa: Direito tributário. Apelação cível. Execução fiscal. IPTU. CDA. Modificação do sujeito passivo. Não cabimento. Súmula nº 392/STJ. Honorários advocatícios de sucumbência. - É vedada a substituição da CDA para modificação do sujeito passivo da execução (Enunciado da Súmula nº 392/STJ). (TJMG, Apelação Cível nº 1.0024.06.945978-2/001, Rel. Des. Silas Vieira, j. em 07.04.2011.)

> Ementa: Agravo de instrumento. Execução fiscal. Débito de IPTU. Substituição do executado. Súmula 392 STJ. Impossibilidade. Decisão mantida. 1 - Não há como se deferir o pedido de substituição do polo passivo na execução fiscal por devedor que não foi indicado na Certidão da Dívida Ativa que a instruiu. 2 - É vedada a substituição da CDA para modificar o sujeito passivo da execução, nos termos da Súmula 392 do STJ. (TJMG, Agravo de Instrumento Cível nº 1.0024.09.319441-3/001, Rel.ª Des.ª Teresa Cristina da Cunha Peixoto, j. em 12.08.2010.)

No caso, é indiscutível que a exequente requereu a exclusão do executado, então indicado nas CDA's, para fins de inclusão no polo passivo daquele que seria o atual proprietário do bem.

De fato, houve a substituição, mas por ato próprio da Secretaria do Juízo, como se nota à f. 18-verso.

Mas, a meu ver, a substituição não pode prosperar, pois o Fisco Municipal pretende substituir as CDA's para modificar o sujeito passivo, o que importa na modificação do lançamento.

A referida pretensão não encontra amparo na Lei de Execuções Fiscais, tampouco no CTN.

A ação, então, só poderia prosseguir com base no título executivo originário e contra o devedor originário. Não sendo o devedor originário reconhecidamente o responsável pelos débitos fiscais, conforme confessado pela própria exequente, resta apenas reconhecer a ilegitimidade passiva e extinguir o feito.

Ante o exposto, estando evidenciada a tentativa de modificação do polo passivo da lide, reconheço, de ofício, a ilegitimidade passiva *ad causam* do executado, José Egydio Nunes, julgando extinto o processo sem resolução de mérito, nos termos do art. 267, VI, do CPC.

Deve ser providenciada, na primeira instância, a retificação do cadastramento das partes, restaurando-se o cadastramento inicial do executado, José Egydio Nunes.

Sem custas, nos termos do art. 39 da Lei 6.830/80 e art. 10, inciso I, da Lei Estadual nº 14.939/2003.

É como voto.

DES. BELIZÁRIO DE LACERDA - De acordo com o Relator.

DES. WANDER MAROTTA - De acordo com o Relator.

Súmula - DE OFÍCIO, SUSCITARAM PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA *AD CAUSAM* DO EXECUTADO.

...

Liminar - Reserva de vaga em universidade até que a parte providencie o certificado de conclusão do Ensino Médio - Prorrogação do prazo para cumprimento da medida - Possibilidade

Ementa: Agravo de instrumento. Prévio deferimento de liminar para reserva de vaga em universidade até que a impetrante providencie o correspondente certificado de conclusão do Ensino Médio. Esclarecimento da impossibilidade de atendimento da ordem no prazo inicialmente assinalado. Prorrogação. Possibilidade. Recurso desprovido.

- A prorrogação de prazo para cumprimento de liminar previamente concedida nos autos é o consectário da necessidade de se resguardar o atendimento à ordem judicial, não recorrida, já exarada.

- Se a parte demonstra a impossibilidade de apresentação do certificado de conclusão do Ensino Médio nos 10 (dez) dias antes assinalados pelo juízo, nada impede que o prazo seja prorrogado, máxime em se tratando de cumprimento de medida liminar que pretende tão só assegurar a eficiência da discussão encerrada no *mandamus*.

AGRAVO DE INSTRUMENTO CÍVEL Nº 1.0433. 12.019481-9/001 - Comarca de Montes Claros - Agravante: Unimontes - Universidade Estadual de Montes Claros - Agravada: Débora Lenoir Figueiredo, assistida pelo pai Carlos Eugênio Figueiredo - Autoridade coatora: Reitor da Unimontes - Universidade Estadual de Montes Claros - Relatora: DES.ª SANDRA FONSECA

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, à unanimidade, em NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 11 de dezembro de 2012. - *Sandra Fonseca* - Relatora.

Notas taquigráficas

DES.ª SANDRA FONSECA - Cuida-se de agravo de instrumento interposto pela Universidade Estadual de Montes Claros, visando à reforma da r. decisão que, nos autos do mandado de segurança impetrado por Débora Lenoir Figueiredo, assistida pelo genitor, Carlos Eugênio Figueiredo, prorrogou em 30 (trinta) dias o prazo, anteriormente deferido à postulante, para apresentação do certificado de conclusão do Ensino Médio para fins de matrícula junto à Unimontes.

Em suas razões recursais, sustentou a agravante, em síntese, que a decisão singular desconsiderou a autonomia da Universidade, ressaltando que a exigência de comprovação da conclusão do Ensino Médio para a efetivação da matrícula é prevista no Edital do Vestibular 02/2012.

Argumentou que a dilação do prazo viola o princípio da isonomia, uma vez que a agravada não preenchia todos os requisitos na data da matrícula.

Ao final, pugnou pelo provimento do recurso para reformar a r. decisão, autorizando à agravante que imprima regular prosseguimento do processo seletivo.

O agravo foi recebido apenas em seu efeito devolutivo, f. 44/45.

Contrarrazões às f. 49/53.

O MM. Juízo *a quo* prestou informações às f. 60/61.

A d. Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo desprovimento do recurso, f. 63/65.

Conheço do agravo, porquanto presentes os respectivos pressupostos objetivos e subjetivos de admissibilidade.

Do detido exame dos autos, constata-se que a recorrida foi aprovada junto à Universidade Estadual de Montes Claros - Unimontes para o curso de Direito no exame vestibular de 2012.

Em razão de estar ainda cursando o Ensino Médio e não ter atingido a maioridade civil, impetrou a candidata o mandado de segurança autuado sob o número 0433.12.019217-7, no bojo do qual lhe foi deferida medida liminar para que realizasse as provas aplicadas pelo Centro Estadual de Educação Continuada de Montes Claros - Cesec, com o fito de suprir a exigência editalícia de conclusão do segundo grau para ingresso na Universidade.

Nada obstante, as provas oferecidas pelo Cesec somente seriam realizadas após o prazo da matrícula junto à Unimontes, razão pela qual ingressou a postulante novamente em juízo, na forma do mandado de segurança de origem, requerendo a realização imediata da matrícula no curso de Direito, para o qual foi aprovada, bem assim a concessão do prazo de 10 (dez) dias para apresentação à Universidade do certificado de conclusão do Ensino Médio, que seria emitido pelo Cesec.

Recebida a exordial do *mandamus*, o MM. Juízo *a quo* concedeu a ordem de urgência vindicada, determinando ao Reitor da Unimontes que reservasse a vaga da candidata pelo prazo de 10 (dez) dias, ao aguardo da comprovação de conclusão do Ensino Médio (f. 35-TJ).

Com efeito, do deferimento liminar foi regularmente intimada a Universidade, tendo, inclusive, comparecido aos autos, f. 93-TJ, sem que tenha oferecido qualquer irresignação recursal em face da decisão concessiva da ordem de urgência.

Ato contínuo, noticiou a impetrante a impossibilidade de apresentação do certificado de conclusão do Ensino Médio à Unimontes no prazo antes assinalado, já que não teria obtido êxito nas provas aplicadas pelo Cesec, consoante se extrai da manifestação de f. 29/30-TJ, requerendo a interessada a dilação do prazo liminar por mais 30 (trinta) dias.

Diante das circunstâncias narradas no primeiro grau, o Juízo singular acolheu as razões da impetrante e prorrogou o prazo para apresentação do documento necessário à matrícula da interessada.

Delineados esses fatos, cumpre observar, de saída, a inviabilidade de, no presente agravo, discutir-se a correção da r. decisão primeva que concedeu a liminar à impetrante, reservando vaga junto à Unimontes até a apresentação do certificado de conclusão do Ensino Médio.

Isso porque o referido provimento restou irrecorrido, de maneira que eventual utilização do presente recurso para reavaliação daquela ordem primeira redundaria em violação à regra da preclusão.

Nessa linha, o presente recurso se presta tão só à apuração da possibilidade de dilatação do prazo já antes concedido à agravada para comprovação da conclusão do Ensino Médio junto à recorrente.

Sobre a questão, bem é de ver que, uma vez noticiada pela candidata a impossibilidade de apresentação do certificado ainda dentro dos 10 (dez) dias que lhe haviam sido concedidos, não há impedimento legal que impeça o juízo de proceder à correspondente prorrogação.

Na verdade, uma vez que a vaga já está reservada em benefício da impetrante, por força da decisão liminar anterior, que restou preclusa, ao contrário do que defendeu a agravante, não exsurge indevida a dilatação do prazo inicialmente concedido, já que se trata apenas de assegurar a efetividade daquela decisão, que vislumbrou comprovada a capacidade da interessada em prosseguir no nível superior de seus estudos.

Outrossim, estando ainda pendente de julgamento o mérito do *mandamus* de origem, no qual será decidida a viabilidade de a candidata ingressar na Universidade, descabe a este Órgão Revisor, de imediato, analisar as alegações de violação à isonomia ou às regras do edital, matérias estas que devem ser objeto de análise pelo Juízo *a quo*, sob pena de se caracterizar a vedada supressão de instância.

Sendo assim, uma vez que a ordem impugnada tratou tão só de resguardar o direito sob discussão judicial, assegurando à candidata a oportunidade de comprovar a conclusão do Ensino Médio para ingresso na Universidade, já que inviável o aguardo da ultimação do processamento do *writ*, manifesta-se oportuna a correspondente manutenção, porquanto ausente qualquer prejuízo aos litigantes.

Por consequência, a fim de garantir a eficiência da ulterior decisão de mérito, exsurge adequada a prorrogação do prazo inicialmente conferido à impetrante, assegurando-se a reserva da vaga conquistada pela interessada ao ser aprovada no exame vestibular realizado pela recorrente.

Dessarte, não se vislumbrando qualquer ofensa à regularidade do processo seletivo da Unimontes, deve ser mantida a r. decisão *a quo*, até que se resolva o mérito do *mandamus*.

Com esses fundamentos, nego provimento ao recurso.

É como voto.

DES. CORRÊA JUNIOR - De acordo com a Relatora.

DES. ANTÔNIO SÉRVULO - De acordo com a Relatora.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Conflito negativo de competência - Ação de obrigação de fazer - Entrega de bens de propriedade da falecida - Competência do juízo sucessório/suscitante

Ementa: Processual civil. Conflito negativo de competência. Ação de obrigação de fazer. Entrega de bens de propriedade da falecida. Competência do Juízo sucessório/suscitante.

- O juízo especializado é competente para processar e julgar ação de obrigação de fazer, por meio da qual busca o espólio autor a entrega de bens de propriedade da autora da herança.

Conflito conhecido para declarar competente o Juízo suscitante.

CONFLITO DE COMPETÊNCIA Nº 1.0000.12.035101-0/000 - Comarca de Formiga - Suscitante: Juiz de Direito da Vara de Família e Sucessões da Comarca de Formiga - Suscitado: Juiz de Direito da 1ª Vara Cível da Comarca de Formiga - Interessado: Espólio de Maria Zuleide Porpino dos Santos, representado pelo inventariante Severino Porpino dos Santos, Nilson Borges Ladislau - Relator: DES. EDGARD PENNA AMORIM

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, em DECLARAR COMPETENTE O JUÍZO SUSCITANTE.

Belo Horizonte, 6 de dezembro de 2012. - Edgard Penna Amorim - Relator.

Notas taquigráficas

DES. EDGARD PENNA AMORIM - Trata-se de conflito negativo de competência suscitado pelo Juiz de Direito da Vara de Família e Sucessões da Comarca de Formiga, em face do Juiz de Direito da 1ª Vara Cível da Comarca de Formiga, nos autos da "ação de obrigação de fazer com preceito cominatório" ajuizada pelo espólio

de Maria Zuleide Porpino dos Santos, representado pelo inventariante Severino Porpino dos Santos, contra Nilson Borges Ladislau.

O Juízo suscitante nega sua competência para processar a presente ação, no pertinente, ao seguinte fundamento:

É cediço que os procedimentos de partilha, seja pelo procedimento de inventário ou arrolamento possuem, sobre vários aspectos, a *vis attractiva* sobre as ações conexas, mas a regra não é absoluta.

Declina o art. 96 do CPC que deverão ser do Juízo da partilha as ações em que o espólio for réu, o que nem de longe é o caso dos autos.

Não basta a prejudicialidade de uma ou outra ação ao desdobramento dos feitos para que se considere a competência.

No caso, havendo sucesso na ação proposta, os bens deverão ser objeto de sobrestamento ou de compensação após a solução final, e não por interdependência com a sucessão.

A ação é lastrada em matéria de natureza civil e de competência das Varas Cíveis comuns.

Em contrapartida, sustenta o Juízo suscitado:

> Conforme decisão proferida quando da determinação da remessa à Vara Especializada de Família e Sucessão, tanto a causa de pedir como o pedido estão vinculados ao inventário em curso.
>
> Ressalta-se que o autor é o espólio, representado pelo inventariante - pai da *de cujus*, e o réu é suposto herdeiro, marido da falecida.
>
> [...] Com efeito, ainda que o autor tenha denominado sua ação de obrigação de fazer com preceito cominatório, a natureza do feito se mistura à prestação de contas com colação de um possível adiantamento de legítima de inventário que está em curso.

O presente incidente processual foi recebido inicialmente pelo em. Des. Vieira de Brito às f. 89-TJ.

Informações prestadas pelo i. Juiz suscitado à f. 95-TJ.

Manifestação da d. Procuradoria-Geral de Justiça (f. 97/99-TJ), da lavra do i. Procurador Geraldo de Faria Martins da Costa, opinando pela competência do Juízo suscitado para processar e julgar a ação de obrigação de fazer.

Em razão da aposentadoria daquele em. Desembargador (f. 103-TJ), os autos foram-me redistribuídos por sorteio.

Na espécie, depreende-se da inicial da ação de obrigação de fazer (f. 02/11) - ajuizada em face do aqui interessado, Nilson Borges Ladislau, pelo espólio de Maria Zuleide Porpino dos Santos, representado pelo inventariante Severino Porpino dos Santos - que o autor busca a expedição de mandado determinando ao réu apresentar os veículos registrados em nome da falecida, mas que se encontram em sua posse, uma vez que não foram relacionados pelo réu nos autos do inventário, sob o procedimento de arrolamento, como bens do espólio. Ao final, requer o autor:

> A procedência da ação com julgamento antecipado da lide ou ao final confirmada a liminar concedida para que se declare a obrigação do requerido de prestar contas na forma requerida, sob pena de considerar que a somatória dos seus respectivos valores represente saldo credor em prol do espólio, a ser deduzido da cota do requerido na sua parte da herança, condenando-o, ainda, ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios na ordem de 20% sobre o valor da condenação (*sic*, f. 11).

Verifica-se que a pretensão inicial do autor é a entrega de bens de propriedade da falecida que se encontram na posse do réu, ou seja, trata-se de incidente ao inventário, não havendo, ainda, qualquer questão de alta indagação e tampouco foi determinada a emenda da inicial, em razão dos diversos pedidos formulados pelo autor, a ensejar a remessa das partes às vias ordinárias no Juízo cível.

Assim, em princípio, o Juízo sucessório é o competente para apreciar a questão trazida pelo autor.

Diante do exposto, conheço do conflito e declaro competente o Juízo suscitante, o da Vara de Família e Sucessões da Comarca de Formiga, ao qual deverão ser remetidos os autos para os fins de direito.

Custas, *ex lege*.

DES.ª TERESA CRISTINA DA CUNHA PEIXOTO - De acordo com o Relator.

DES. ELPÍDIO DONIZETTI - De acordo com o Relator.

Súmula - DECLARARAM COMPETENTE O JUÍZO SUSCITANTE.

...

Consignação em pagamento - Quitação na devida forma - Recusa - Pedido consignatório apto - Mensalidades escolares - Depósito das parcelas integrais devidas até o ajuizamento da ação - Bolsa de estudo - Compromisso assumido até o final do curso - Suspensão incabível

Ementa: Apelação cível. Consignação em pagamento. Recusa em dar quitação na devida forma. Pedido consignatório apto. Mensalidades escolares. Depósito das parcelas integrais devidas até o ajuizamento da ação e dos valores incontroversos no curso do processo. Procedência dos pedidos de consignação de valores e de condenação da parte ré em promover a renovação da matrícula escolar da parte autora. Bolsa de estudos. Compromisso assumido até o final do curso. Suspensão incabível.

- A ação de consignação em pagamento tem lugar, dentre outras, nas situações previstas no art. 335 do CC, de sorte que, comprovado que a parte ré se recusou a considerar quitadas as mensalidades escolares devidas pela parte autora no valor que esta até então entendia como sendo o correto, cabível a consignação pretendida, não havendo falar em inépcia do pedido.

- Tendo a parte autora depositado em juízo todo o débito acumulado até a propositura da ação e com base no valor integral das parcelas da obrigação, depositando ainda todas as parcelas que venceram no curso do processo, estas no valor que entendia devido, impõe-se a procedência do pedido de consignação de valores e do pedido de condenação da parte ré na obrigação de renovar a matrícula escolar daquela.

- Comprovado que a instituição de ensino superior apelada assumiu, sem qualquer ressalva, o compromisso de oferecer e manter até a conclusão do curso bolsa de estudos a alunos que, na época do ingresso no curso, mantinham vínculo direto ou indireto com empresa pública, incabível a suspensão unilateral e arbitrária da benesse.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0145.10.045050-4/001 - Comarca de Juiz de Fora - Apelante: Samanta Coimbra Delvaux - Apelado: CES - Centro de Ensino Superior de Juiz de Fora - 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, à unanimidade, em DAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 13 de novembro de 2012. - *Arnaldo Maciel* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. ARNALDO MACIEL - Trata-se de recurso de apelação interposto por Samanta Coimbra Delvaux contra a sentença de f. 132/135, proferida pelo MM. Juiz Eduardo Botti, que declarou inepta a inicial em relação ao pedido consignatório, julgando extinto o feito em relação a essa pretensão, sem resolução de mérito, com fulcro nos arts. 267, I, e 282 do CPC, e que julgou improcedente o pedido condenatório em obrigação de fazer, revogando a liminar deferida à f. 29 e condenando a apelante no pagamento das custas e dos honorários, fixados em R$900,00, mas suspendendo as cobranças em face da assistência judiciária que lhe foi concedida.

Nas razões recursais de f. 159/169, sustenta a apelante que o pedido inicial relativo à consignação em pagamento teria cumprido todos os requisitos necessários à sua admissibilidade e se justificaria pela negativa da apelada em receber os valores que a apelante julgava como devidos, ao passo que, quanto à obrigação de fazer, quais sejam a de manter o desconto sobre as mensalidades escolares ofertado no início do curso e a de renovar a matrícula da apelante, o direito pretendido teria sido comprovado pelas provas documentais constantes dos autos.

Intimada, ofertou a apelada as contrarrazões de f. 171/176, pugnando pelo não provimento do recurso aviado.

Ausente o preparo recursal, por estar a apelante litigando sob o pálio da justiça gratuita, e sendo o recurso recebido à f. 170.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso e passo à sua análise.

Do mérito.

Da análise dos autos, verifico que a apelante propôs ação de consignação em pagamento, sob o argumento de que o apelado teria se recusado a manter o desconto de 30% sobre as mensalidades escolares que lhe foi ofertado no início do curso e, diante do não pagamento de algumas parcelas devidas a esse título, teria ainda se negado a realizar a matrícula da apelante a partir do primeiro semestre de 2010, pretendendo esta última, por meio da presente ação, consignar os valores que entende devidos, ou seja, 70% da parcela cheia da mensalidade escolar, bem como ver reconhecido em seu favor o direito à manutenção do desconto e, ainda, a condenação do apelado na obrigação de renovar sua matrícula no curso superior que foi por ela frequentado.

A primeira questão a ser analisada, considerando o teor da decisão de 1º grau, concerne ao cabimento da consignação pleiteada pela apelante. A esse respeito, ouso discordar do Magistrado *a quo* por entender que tal pretensão está resguardada pela recusa do apelado em dar quitação à apelante, em relação ao pagamento da mensalidade com o abatimento relativo ao desconto de 30% que lhe foi concedido no início do curso.

Muito ao contrário do que constou do respeitável *decisum a quo*, o fato litigioso é latente, na medida em que a apelante, ao tentar renovar a matrícula para o primeiro semestre de 2010 no curso superior que frequentou, teve negado seu direito de continuar a efetuar o pagamento das mensalidades com o desconto de 30%, de que até então gozava, de sorte que entendia como devido apenas o valor equivalente a 70% da parcela cheia da mensalidade; e, se o apelado se negou a considerar quitada a parcela nesse valor, incide na hipótese a previsão contida no art. 335, I, segunda parte, do Código Civil, qual seja a consignação tem lugar quando o credor se recusa a dar quitação na devida forma, no caso correspondente ao pagamento do valor entendido pela apelante como sendo o correto.

Sendo assim, verifica-se de pronto a inadequação da sentença primeva sobre a questão discutida, a qual deverá ser anulada nesse ponto específico para que seja declarada apta a petição inicial em relação ao pedido

consignatório e julgada procedente tal pretensão, considerando, inclusive, que a apelante promoveu os depósitos judiciais que lhe competiam, nos moldes autorizados e delineados pelo digno Julgador *a quo*.

Válido, inclusive, registrar que, por se tratar de questão que reforça a conclusão acima exposta e que constitui início de prova do direito da apelante à renovação da matrícula, embora esta última estivesse em débito de cinco parcelas da mensalidade escolar quando da interposição da presente ação, pleiteou, logo na petição inicial, o depósito integral desse débito, com base no valor cheio das parcelas, requerendo que os demais depósitos se dessem no montante que ela, apelante, entendia por devido, o que, de fato, acabou ocorrendo, como dão conta as inúmeras guias que foram acostadas ao feito, não havendo falar em dívida existente na época da propositura da ação que justificasse a manutenção da negativa da parte apelada em promover a renovação da matrícula escolar da apelante.

Por tais razões, resta igualmente patente o direito da apelante de obter a renovação da matrícula escolar, inclusive atinente a este ano de 2012, dada a quitação da respectiva contrapartida financeira comprovada às f. 143/144, sendo necessário consignar que não se justifica a decisão do Juiz primevo, de revogar a tutela inicialmente concedida à f. 29, na medida em que a renovação da matrícula referente ao ano de 2010 já havia sido providenciada, com base naquela ordem judicial, com a consequente preclusão consumativa da matéria, devendo a sentença combatida ser igualmente reformada nesse ponto.

No que tange à questão mais controversa posta nos autos, qual seja a do direito da apelante de continuar gozando do desconto de 30% sobre as mensalidades escolares, tenho que a mesma sorte lhe assiste.

Não se nega que, teoricamente, a instituição escolar apelada não possui a obrigação de oferecer ou manter, indefinidamente, descontos aos seus alunos com base em convênios firmados com outras empresas ou instituições, o que, em princípio, se poderia crer pela plausividade das alegações tecidas pela instituição requerida.

Contudo, a situação em exame merece especial atenção, na medida em que restou suficientemente comprovado, por meio do documento de f. 13, o compromisso assumido pela apelada perante parte de seus funcionários e alunos, no caso específico, a apelante, de oferecer-lhes, em parceria com a Cemig, bolsas de estudos de 30% em qualquer dos 14 cursos ofertados, além de isenção de taxa de vestibular e 30% de desconto sobre a primeira matrícula, bem como de manter esta bolsa de estudos até o final do curso, ainda que o bolsista viesse a desvincular-se daquela empresa.

Em momento algum, a parte apelada fez menção à existência de alguma pendência capaz de prejudicar a oferta das bolsas, assim como não previu a possibilidade de vir a suspendê-las por qualquer situação que fosse, ou, muito menos, chegou a consignar a possibilidade de não vir a aprovar o convênio com a Cemig, justificativa utilizada para suspender o desconto oferecido à apelante, como se observa do verso do documento de f. 62.

Na verdade, a parte apelada ofertou uma bolsa de estudos bastante vantajosa, com prazo de duração até o encerramento do curso, sem qualquer ressalva nesse sentido, mediante uma única condição, qual seja ser o bolsista, na época do ingresso no curso, funcionário ou familiar de funcionário da Cemig. Essa oferta certamente permitiu à parte apelada atrair um número bem maior de alunos, dentre os quais vários que não teriam condições de frequentar o ensino superior em outras condições; e, com isso, angariou maior fonte de renda e lucro.

Aliás, chama à atenção o fato de que tal convênio foi mantido por dois anos consecutivos, sendo inegável que vários alunos, provavelmente, dentre eles a própria apelante, apenas tiveram condições de se matricularem na instituição apelada em função do desconto que teriam, sendo, no mínimo, quebra de ajuste a suspensão da benesse em discussão, apenas restando inegável a impossibilidade de a apelada vir a fazê-lo, muito menos com base na infundada e estranha alegação de que não aprovou um convênio que já mantinha há pelo menos dois anos.

O fato é que, enquanto a apelante comprovou o direito de usufruir, até a conclusão do curso superior frequentado perante a apelada, do desconto de 30% sobre as mensalidades escolares, nos termos da oferta constante do documento de f. 13, não se desincumbiu a apelada da obrigação de trazer aos autos elementos capazes de modificar, impedir ou extinguir tal direito, nos termos do art. 333, II, do CPC, situação essa que, além de demonstrar a quitação das parcelas cujos depósitos foram comprovados nos autos, impõe a reforma do julgado primevo também no que é atinente a esse ponto da discussão.

Ante todo o exposto, dou provimento ao recurso para anular a sentença de 1º grau no ponto em que extinguiu sem resolução de mérito o pedido concernente à consignação em pagamento, para declarar apta a petição inicial nesse ponto e julgar procedente o referido pedido, dando por quitadas as parcelas cujos depósitos foram comprovados nos autos, bem como para julgar procedentes os pedidos condenatórios em obrigação de fazer, de modo a reconhecer a obrigação da apelada de promover a renovação da matrícula da apelante referente ao ano de 2010, como de fato já ocorreu, e de manter em favor desta última, até a conclusão do curso superior por ela frequentado, o desconto de 30% sobre as respectivas mensalidades escolares, nos termos do documento de f. 13.

Condeno a apelada no pagamento das custas e despesas processuais de ambas as instâncias, bem como dos honorários advocatícios, estes no mesmo patamar estabelecido na sentença hostilizada.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES JOÃO CANCIO e CORRÊA CAMARGO.

Súmula - DERAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Condomínio - Extinção - Partes não proprietárias - Ilegitimidade - Extinção sem resolução do mérito - Utilização do bem por apenas um dos cônjuges - Posse comum - Expectativa de domínio - Direitos e deveres iguais - Cobrança de aluguel - Pagamento devido - Termo inicial - Citação

Ementa: Ação de extinção de condomínio. Partes não proprietárias. Ilegitimidade. Extinção sem resolução do mérito. Cobrança de aluguel. Separação judicial. Utilização do bem por apenas um dos cônjuges. Posse comum. Expectativa de domínio. Direitos e deveres iguais. Pagamento devido. Termo inicial. Citação.

- Somente pode requerer a extinção do condomínio quem seja proprietário do bem, uma vez que a faculdade de divisão é emanação do direito de propriedade, não se sujeitando assim a prazos prescricionais.

- Depreende-se que autora e réu não têm a propriedade do imóvel, mas mera expectativa de serem os proprietários, sendo certo, no entanto, que ambos se igualam em direitos e deveres sobre o referido bem, visto que negociado e pago quando eram ainda casados sob o regime da comunhão parcial de bens.

- Ocorrendo a separação do casal e permanecendo o bem na posse exclusiva do ex-cônjuge, é de se reconhecer o direito da esposa ao arbitramento de aluguel em seu favor.

- Não cabe a condenação desde a ocupação do réu, pois o réu nem sequer foi notificado para desocupar o imóvel ou pagar pelo uso exclusivo, e, sem oposição do então cônjuge, não pode ser surpreendido com a cobrança do aluguel desde quando passou a residir no imóvel. Assim, embora devido o pagamento pela utilização do bem, tenho que o mesmo deve ter como termo inicial a data da citação.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0145.11.053717-5/001 - Comarca de Juiz de Fora - Apelante: J.A.C. - Apelada: C.A.A. - 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, à unanimidade, em DAR PARCIAL PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 11 de dezembro de 2012. - Mota e Silva - Relator.

Notas taquigráficas

DES. MOTA E SILVA - C.A.A. ajuizou ação em face de J.A.C., alegando que foram casados, mas se separaram em 22.05.1996, quando o imóvel do casal foi partilhado em 50% para cada um.

Diz que o imóvel continua em nome dos antigos proprietários, e o requerido nele reside há aproximadamente 5 (cinco) anos sem nada pagar, enquanto a autora vem pagando aluguel de outro imóvel.

Ao final, requer a extinção do condomínio sobre o único imóvel do casal para promover a venda do mesmo, bem como requer a indenização por ter o réu usado o bem, exclusivamente, desde a separação, em valor a ser apurado em liquidação.

Pedido de assistência judiciária deferido à f. 18.

Contestação às f. 29/31 e impugnação às f. 32/33.

Sentença às f. 37/40, proferida pelo Juiz de Direito José Alfredo Jünger, que julgou procedente o pedido inicial para declarar a extinção da composse, determinando a avaliação da posse e posterior alienação extrajudicial ou judicial, repartindo-se o produto.

Condenou o réu ao pagamento de aluguel mensal à autora, desde a data em que passou a residir no imóvel, cujo valor será apurado em liquidação de sentença, permitida a compensação de metade das despesas extraordinárias comprovadamente pagas pelo réu.

Ônus de sucumbência distribuído de forma equânime.

Inconformado, J.A.C. interpôs recurso de apelação reiterando preliminar de falta de interesse de agir, uma vez que as partes não têm o domínio do imóvel.

No mérito, diz que somente após 15 anos vem a apelada cobrar os aluguéis, dizendo ser injusta a condenação retroativa, além de restar prescrita a pretensão. Opõe-se, ainda, ao termo inicial do pagamento dos aluguéis.

Contrarrazões às f. 48/51, pelo não provimento.

É a síntese do necessário. Passo a decidir.

Recurso próprio, tempestivo e dispensado do preparo por estar o apelante representado pela Defensoria Pública, de onde se presume fazer jus à assistência judiciária.

Analisando a petição inicial, verifica-se que a parte autora tem duas pretensões: promover a extinção do condomínio para fins de alienação do imóvel e cobrar do réu pela ocupação exclusiva do imóvel do casal.

Quanto ao primeiro pedido, tenho que condomínio pressupõe propriedade simultânea de várias pessoas. Caio Mário da Silva Pereira diz que

> dá-se o condomínio quando a mesma coisa pertencer a mais de uma pessoa, cabendo a cada uma delas igual direito, idealmente, sobre o todo e cada uma das partes (*Instituições de direito civil*. 18.ed., v. 4, p. 175).

Conclui-se que somente pode requerer a extinção do condomínio quem seja proprietário do bem, uma vez que a faculdade de divisão é emanação do direito de propriedade, não se sujeitando, assim, a prazos prescricionais.

No caso dos autos, verifica-se que o imóvel não pertence ao casal, mas a Roberto Procópio Schloback Valle e sua mulher, Odette Correa Procópio Valle (espólio) - f. 16.

Há documento particular de venda do referido bem aos pais do réu (f. 11), que, por sua vez, transferiram os direitos e obrigações ao réu, com a anuência dos irmãos e cunhados - f. 12. E, à f. 13, há recibo pelo pagamento do lote, feito por J.A.C. ao pai, Antônio Calixto.

Assim, depreende-se que autora e réu não têm a propriedade do imóvel, mas mera expectativa de serem os proprietários, sendo certo, no entanto, que ambos se igualam em direitos e deveres sobre o referido bem, visto que negociado e pago quando eram ainda casados sob o regime da comunhão parcial de bens - f. 10.

Conclui-se que a autora não tem legitimidade ativa para requerer a extinção do condomínio, e nem o réu tem legitimidade passiva, uma vez que não são proprietários do imóvel.

Também não têm interesse na divisão dos direitos e deveres, pois, por ocasião da separação, houve a partilha em 50% para cada um - f. 14.

Dessa forma, quanto ao pedido de extinção do condomínio, tenho que deve ser extinto sem resolução do mérito, nos termos do art. 267, VI, do CPC.

Quanto ao pedido de pagamento dos aluguéis, considerando que a autora e o réu têm os mesmos direitos e deveres sobre o referido bem, mas é o réu que o ocupa com exclusividade, cabe a este pagar aluguel à autora, impossibilitada de fazer uso do imóvel residencial.

A jurisprudência dominante é no sentido de que, ocorrendo a separação do casal e permanecendo o imóvel comum na posse exclusiva de um dos consortes, é admissível o arbitramento de aluguéis em favor daquele que foi afastado do lar conjugal.

Esse entendimento se fundamenta na existência de um empréstimo gratuito do imóvel, cuja posse era comum, para o consorte que nele permaneceu, mesmo após a homologação da separação judicial e partilha de bens. Assim, deve ser reconhecido o direito da copossuidora, afastada do lar, de ser indenizada pela utilização exclusiva do outro consorte, que permaneceu no imóvel.

Assim, a circunstância de ter permanecido o imóvel na posse exclusiva do varão, mesmo após a separação judicial, possibilita o reconhecimento do direito da apelada de ser indenizada pela fruição exclusiva do bem pelo varão, na proporção do seu quinhão estabelecido judicialmente, a partir da citação do apelante para responder a presente ação.

Merece, pois, reforma a sentença recorrida, porquanto, de acordo com a jurisprudência dominante do STJ,

> Recurso especial. Família. Separação litigiosa. Partilha. Ajuizamento de ação de arbitramento de aluguel. Imóvel comum utilizado por apenas um dos cônjuges. Possibilidade. Direito de indenização. Dissídio jurisprudencial demonstrado. Recurso provido.
> - Conforme jurisprudência pacífica desta Corte, a circunstância de ter permanecido o imóvel comum na posse exclusiva da varoa, mesmo após a separação judicial e a partilha de bens, possibilita o ajuizamento de ação de arbitramento de aluguel pelo cônjuge afastado do lar conjugal e coproprietário do imóvel, visando à percepção de aluguéis do outro consorte, que serão devidos a partir da citação.
> - Precedentes.
> - Recurso provido para reconhecer o direito do recorrente à percepção de aluguel de sua ex-consorte, uma vez que na posse exclusiva do imóvel comum, a partir da data da citação, na proporção do seu quinhão estabelecido na sentença (REsp 673118/RS - Relator: Ministro Jorge Scartezzini - 4ª Turma - *DJ* de 06.12.2004, p. 337).

> Ação de arbitramento de aluguel. Imóvel pertencente ao casal. Separação judicial sem partilha de bens, que ficou relegada para momento posterior. Uso do imóvel comum por apenas um dos cônjuges. Direito à indenização a partir da citação.
> - Ocorrendo a separação do casal e permanecendo o imóvel comum na posse exclusiva do varão, é de se admitir a existência de um comodato gratuito, o qual veio a ser extinto com a citação para a ação promovida pela mulher.
> - Daí ser admissível, a partir de então, o direito de a coproprietária ser indenizada pela fruição exclusiva do bem comum pelo ex-marido.
> - Precedente da eg. Segunda Seção: ERESP 130.605/DF, *DJ* de 23.04.2001.
> - Recurso especial conhecido pelo dissídio e parcialmente provido apenas para fixar a citação como termo inicial do retributivo devido à autora (REsp 178130/RS - Relator: Min. Cesar Asfor Rocha - 4ª Turma - *DJ* de 17.06.2002, p. 266).

Por outro lado, não cabe a condenação desde a ocupação do réu, pois o réu nem sequer foi notificado para desocupar o imóvel ou pagar pelo uso exclusivo, e, sem oposição do então cônjuge, não pode ser surpreendido com a cobrança do aluguel desde quando passou a residir no imóvel.

Assim, embora devido o pagamento pela utilização do bem, tenho que o mesmo deve ter como termo inicial a data da citação, conforme julgado acima e como já votei nos Autos de nºs 1.0145.05.218734-4/002 e 1.0702.08.493603-9/001.

Com essas considerações, dou parcial provimento ao recurso para extinguir o processo sem resolução do mérito, quanto ao pedido de extinção do condomínio, e manter a decisão, quanto ao pagamento de aluguel, com compensação permitida em sentença, mas fixando como termo inicial a citação do requerido.

Mantido o ônus de sucumbência, mas suspensa a exigibilidade, por estarem amparados pela assistência judiciária.

DES. ARNALDO MACIEL - De acordo com o Relator.

DES. JOÃO CANCIO - De acordo com o Relator.

Súmula - DERAM PARCIAL PROVIMENTO.

...

Servidor público municipal - Progressão horizontal - Curso de especialização *lato sensu* - Instituição não credenciada pela Capes - Exigência do art. 6º, § 1º, inciso I, da Lei nº 7.969/2000, modificado pelo art. 4º da Lei nº 9.465/2007 - Desarrazoabilidade - Portaria nº 328/2005 do Ministério da Educação - Indeferimento da progressão - Descabimento

Ementa: Apelação cível. Reexame necessário conhecido de ofício. Progressão na carreira por nível de escolaridade. Requisitos da Lei Municipal nº 7.969/00, com alteração dada pela Lei nº 9.465/2007. Credenciamento da instituição junto à Capes. Pós-graduação *lato sensu*. Desnecessidade. Manutenção da sentença.

- Os certificados de conclusão dos cursos de pós-graduação possuem presunção de veracidade quanto às informações neles contidas.

- A progressão horizontal na carreira dos profissionais da educação do Município de Belo Horizonte ocorre desde que preenchidas as condições previstas no § 1º do art. 6º da Lei Municipal nº 7.969/00, com redação dada pelo § 1º do art. 4º da Lei nº 9.465/07.

- A exigência de cadastramento da instituição de ensino junto à Capes não se aplica àquelas que ministrem cursos de especialização *lato sensu*, consoante Portaria nº 328/2005 do Ministério da Educação.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.11.056461-4/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Município de Belo Horizonte - Apelado: Rodrigo Pires Ramos - 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, à unanimidade, em REEXAME NECESSÁRIO, CONHECIDO DE OFÍCIO, CONFIRMAR A SENTENÇA, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

Belo Horizonte, 11 de dezembro de 2012. - *Afrânio Vilela* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. AFRÂNIO VILELA - Em exame recurso de apelação aviado contra a r. sentença de f. 59/64, que, nos autos da ação ordinária ajuizada por Rodrigo Pires Ramos em desfavor do Município de Belo Horizonte, julgou procedente o pedido inicial para determinar que o réu conceda a progressão horizontal ao autor, elevando-o na tabela de vencimentos em 01 nível. Condenou, ainda, o ente público ao pagamento das diferenças salariais, com incidência de juros e correção monetária e em honorários advocatícios fixados em R$ 1.000,00 (mil reais).

Nas razões recursais de f. 65/87, sustenta o apelante que a competência para definir os critérios de ascensão profissional do servidor municipal não é do Ministério da Educação, mas do Município ao qual está vinculado. Afirma que as Leis Municipais nºs 7.235/96 e 7.969/00 estabelecem os requisitos que devem ser atendidos para o deferimento da progressão, sendo que, no caso do apelado, esses requisitos não foram cumpridos. Alega que, no caso específico da progressão por escolaridade, vige o art. 6º da Lei nº 7.969/00, com redação dada pela Lei nº 9.465/07. Aduz que a Lei nº 9.815/10 exige que, para o deferimento da progressão por escolaridade, relativa ao curso de especialização *lato sensu,* esse curso tenha sido ministrado por instituição que mantenha programa de pós-graduação recomendado pela Capes ou por instituição de ensino conveniada ao Município de Belo Horizonte.

Contrarrazões em f. 76/87, pela manutenção da sentença.

I - Da remessa oficial.

Conheço de ofício do reexame necessário, uma vez que o processo se amolda à previsão do art. 475, I e § 1º, do CPC.

E, na espécie, embora o valor da causa para fins de alçada seja de R$ 1.000,00 (mil reais), certo é que a sentença é ilíquida, sendo, pois, inaplicável o § 2º do art. 475 do CPC.

Assim, de ofício, conheço do reexame necessário, presentes os pressupostos de admissibilidade.

Cinge-se a controvérsia em verificar se o apelado, servidor público municipal, preencheu os requisitos para a progressão horizontal, em um nível, em virtude da conclusão do curso de especialização em Gestão Escolar, pela Universidade Castelo Branco, realizado no período de 14.04.2008 a 12.04.2009.

Dispõe o Estatuto dos Servidores Públicos do Município de Belo Horizonte - Lei Municipal nº 7.169/96 - em seus arts. 91, 94 e 95, acerca da progressão por nível de escolaridade:

> Art. 91. Para candidatar-se à progressão profissional, o servidor atenderá aos seguintes requisitos:
> I - encontrar-se no exercício do cargo;
> II - ter, no mínimo, 913 (novecentos e treze) dias e, no máximo, 1.095 (um mil e noventa e cinco) dias de exercício no cargo, conforme dispuser o Plano de Carreira respectivo, sem haver faltado ao serviço, injustificadamente, por mais de 5 (cinco) dias a cada ano, observados, ainda, os critérios de assiduidade e pontualidade.
> III - ter sido avaliado segundo os seguintes critérios:
> a) desempenho satisfatório das atribuições do cargo;
> b) participação em atividades de aperfeiçoamento profissional relacionadas com as atribuições específicas do cargo;
> c) disponibilidade para discutir questões relacionadas com as condições de trabalho e com as finalidades da administração pública;
> d) elaboração de trabalho ou pesquisa visando ao melhor desempenho do serviço público;
> e) iniciativa na busca de opções para melhor desempenho do serviço;
> f) produção intelectual do servidor, apurada na forma do regulamento desta Lei, no qual poderão ser consideradas, entre outros dados, frequência a cursos ou atividades de aperfeiçoamento e publicações relacionadas com o exercício do cargo;
> g) observância de todos os deveres inerentes ao exercício do cargo.
> [...]
> Art. 94. O servidor somente poderá ascender a 1 (um) nível por avaliação.
> Art. 95. Fica excetuado da regra do artigo anterior e do prazo a que se refere o inciso II do art. 91, conforme estabelecer o Plano de Carreira respectivo, o servidor que alcançar título de escolaridade superior àquele exigido para o seu cargo e a ele diretamente relacionado, observada a regra do art. 91.

A seu turno, a Lei nº 7.235/96, que instituiu o Plano de Carreira dos Servidores da Educação da Prefeitura Municipal de Belo Horizonte, não dispôs sobre a ascensão na carreira em virtude da conclusão de curso de especialização, mas, tão somente, em caso de doutorado e mestrado (art. 9º).

Todavia, sobreveio a Lei Municipal nº 7.969/00, a qual possibilitou a progressão na carreira dos Servidores da Educação que concluíram curso de especialização.

Segundo o art. 6º da mencionada lei, em sua antiga redação:

> Art. 6º Para os fins da concessão dos níveis de vencimentos previstos nos incisos I e II do art. 9º da Lei nº 7.235/96 quando da aquisição de título de escolaridade superior ao exigido ao do respectivo cargo, ficam excetuados do cumprimento da regra do art. 91 da Lei nº 7.169/96 os ocupantes dos cargos efetivos da Área de Atividades de Educação que tenham concluído curso de doutorado, com tese aprovada, ou mestrado, com dissertação aprovada, cujo conteúdo seja diretamente relacionado às suas atribuições, nos termos do regulamento desta Lei.
> § 1º Aplica-se a regra prevista no *caput* ao servidor nele mencionado que, nos termos e nos prazos previstos no regulamento desta Lei, for aprovado em curso de especialização que satisfaça, *no mínimo, 3 (três) das seguintes condições*:
> I - curso ministrado por instituição que mantenha programa de pós-graduação credenciado pela CAPES;
> II - curso cuja qualificação profissional mínima exigida para o corpo docente seja o título de Mestre;
> III - curso com duração mínima de 360 (trezentas e sessenta) horas presenciais;
> IV - curso que exija monografia apreciada por banca que possua, no mínimo, título de Mestre;
> V - curso oferecido por instituição de nível superior que ministre cursos de pós-graduação na mesma área de estudo há, no mínimo, 5 (cinco) anos.
> *§ 2º Atendidas as condições e os prazos estabelecidos no regulamento desta Lei, o servidor fará jus a 01 (um) nível na Tabela de Vencimento prevista para o seu cargo por curso de especialização em que for aprovado* (Grifei).

Todavia, a Lei nº 7.969/00 foi alterada pela Lei nº 9.465/2007, que prevê o seguinte:

> Art. 4º O art. 6º da Lei nº 7.969, de 31 de março de 2000, passa a vigorar com a seguinte redação:
> 'Art. 6º Para os fins da concessão dos níveis de vencimentos previstos nos incisos I e II do art. 9º da Lei nº 7.235/96, quando da aquisição de título de escolaridade superior ao exigido para o respectivo cargo público efetivo, ficam excetuados do cumprimento da regra do art. 91 da Lei nº 7.169/96 os ocupantes dos cargos públicos efetivos da Área de Atividades de Educação que tenham alcançado a estabilidade prevista no art. 41 da Constituição Federal e que tenham concluído curso de doutorado, com tese aprovada, ou mestrado, com dissertação aprovada, cujo conteúdo seja diretamente relacionado às suas atribuições, nos termos do regulamento desta Lei.
> § 1º Aplica-se a regra prevista no *caput* deste artigo ao servidor estável nele mencionado que, nos termos e nos prazos previstos no regulamento desta Lei, for aprovado e certificado em curso de especialização lato sensu que satisfaça simultaneamente as seguintes condições:
> I - curso ministrado por instituição que mantenha programa de pós-graduação credenciado pela Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - CAPES -, ou curso ministrado por instituição que mantenha programa de pós-graduação e que seja conveniada com o Município de Belo Horizonte para o oferecimento de cursos de interesse da Municipalidade;
> II - curso cuja qualificação profissional mínima exigida para o corpo docente seja o título de mestre;
> III - curso com duração mínima de 360 (trezentas e sessenta) horas presenciais efetivas, devidamente comprovadas;
> IV - curso que exija monografia ou trabalho de conclusão apreciado por banca que possua, no mínimo, título de mestre;
> V - curso oferecido por instituição de nível superior que ministre cursos de pós-graduação na mesma área de estudo há, no mínimo, 5 (cinco) anos;
> VI - pertinência temática da monografia ou do trabalho de conclusão do curso com as atribuições do seu cargo efetivo;
> VII - compatibilidade entre o período de frequência ao curso e a jornada diária do servidor, excetuada a hipótese de fruição de licença para tal finalidade.
> § 2º Aplica-se a regra prevista no *caput* deste artigo ao servidor estável nele mencionado que, nos termos e nos prazos previstos no regulamento desta Lei, for aprovado e certificado em curso de especialização *lato sensu* à distância, cujo conteúdo esteja diretamente relacionado às atribuições do seu cargo público efetivo e que satisfaça as condições estabelecidas nos incisos do § 1º deste artigo, excetuada a hipótese do inciso III.

> § 3º Atendidas as condições e os prazos estabelecidos no regulamento desta Lei, o servidor fará jus a 1 (um) nível na tabela de vencimentos prevista para o seu cargo por curso de especialização em que for aprovado, observado o disposto no § 1º do art. 9º da Lei nº 7.235/96.

À espécie, aplica-se a Lei Municipal nº 9.465/2007, publicada em 10.12.2007, pois o curso de pós-graduação foi realizado no período de 12.04.2008 a 12.04.2009, e o requerimento de progressão na carreira foi feito em 14.12.2009, f. 16, posteriormente, portanto, à vigência da sobredita lei.

Consoante o art. 4º da referida norma, exige-se do servidor, que pretenda a progressão, a comprovação simultânea dos requisitos, dentre os quais que o curso seja ministrado por instituição que mantenha programa de pós-graduação credenciado pela Capes (Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior), ou que seja conveniado com o Município de Belo Horizonte.

Todavia, essa exigência é desarrazoada, visto que às instituições que ministram cursos de especialização *lato sensu* não se impõe o cadastramento junto à Capes.

Com efeito, o credenciamento de instituições de educação superior (IES) no Ministério da Educação (MEC) é condição básica para início das atividades, as quais devem solicitar o credenciamento junto ao MEC, de acordo com sua organização acadêmica, sendo credenciadas como: faculdades, centros universitários e universidades. Inicialmente, a instituição é credenciada como faculdade. O credenciamento como universidade ou centro universitário, com as respectivas prerrogativas de autonomia, depende do credenciamento específico de instituição já credenciada, em funcionamento regular e com padrão satisfatório de qualidade. O primeiro credenciamento tem prazo máximo de três anos, para faculdades e centros universitários, e de cinco anos, para as universidades. O recredenciamento deve ser solicitado pela IES ao final de cada ciclo avaliativo, junto à secretaria competente.

O reconhecimento/credenciamento da instituição na Capes, segundo informações obtidas no sítio www.capes.gov.br, somente é deferido a instituições que ministrem cursos de especialização *stricto sensu* (mestrado e doutorado), o que não é o caso do apelado, cujo curso frequentado foi *lato sensu*.

A ausência de credenciamento da instituição junto à Capes não justifica o indeferimento do pedido de progressão horizontal, porquanto não serve para desconstituir o curso frequentado pelo servidor, mormente porque os demais requisitos, pertinentes à frequência, apresentação de monografia apreciada por banca que possua, no mínimo, título de mestre, dentre outros de igual relevância para a validade do curso, foram observados.

Ademais, a Portaria nº 328/2005 do Ministério da Educação, que dispõe sobre o cadastro de cursos de Pós-Graduação *lato sensu* e que define as disposições para sua operacionalização, não exige que as instituições de ensino que ministrem esses cursos sejam cadastradas na Capes.

Não fosse isso, depreende-se do certificado de f. 17-v. que a Universidade Castelo Branco é credenciada pelo Ministério da Educação pela Portaria nº 874/2006.

Conclui-se pela ausência de plausibilidade no ato de indeferimento do pedido de progressão formulado pelo apelante, tendo por justificativa o descumprimento da exigência de cadastramento da instituição na Capes.

Quanto às demais exigências da lei, desnecessário adentrar a discussão, uma vez que as partes se ativeram à questão referente à necessidade ou não de credenciamento da instituição na Capes, não podendo o julgador, neste momento, analisar o cumprimento dos demais, porquanto as partes não se manifestaram nesse sentido.

Some-se a isso o fato de que a justificativa para o indeferimento administrativo do pedido de progressão teve por fundamento único o não cumprimento do inciso I, § 1º, do art. 6º da Lei nº 7.969/2000, o que leva à presunção de que os demais requisitos foram cumpridos.

Em assim sendo, entendo que a sentença não merece reparos, devendo ser reconhecido ao apelado o direito à progressão.

Isso posto, de ofício, conheço da remessa oficial e confirmo a sentença, prejudicado o recurso voluntário.

Custas, *ex lege*.

DES. RAIMUNDO MESSIAS JÚNIOR - De acordo com o Relator.

DES.ª HILDA MARIA PÔRTO DE PAULA TEIXEIRA DA COSTA - De acordo com o Relator.

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

...

Ação rescisória - Telefonia - Assinatura mensal - Violação literal de dispositivo de lei - Alegação - Interpretação controvertida nos tribunais - Posterior pacificação da matéria - Súmula 343 do STF - Mitigação - Impossibilidade - Pedido de rescisão - Descabimento - Princípio da segurança jurídica - Observância

Ementa: Ação rescisória. Telefonia. Assinatura básica mensal. Declaração de ilegalidade. Violação literal a dispositivo de lei. Interpretação controvertida nos tribunais. Súmula 343 do STF. Descabimento do pedido de rescisão.

- Em homenagem ao princípio da segurança jurídica, a aplicação da Súmula 343 do STF não pode ser mitigada

para permitir o ajuizamento de ação rescisória quando ocorrer posterior pacificação sobre matéria que, ao tempo da decisão rescindenda, era controvertida nos Tribunais.

AÇÃO RESCISÓRIA Nº 1.0000.10.064292-5/000 - Comarca de Belo Horizonte - Autor: Telemar - Norte Leste S.A. - Réu: Adriano Rodrigues Reis - 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, à unanimidade, em JULGAR IMPROCEDENTE A AÇÃO.

Belo Horizonte, 13 de dezembro de 2012. - *Luiz Carlos Gomes da Mata* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. LUIZ CARLOS GOMES DA MATA - Trata-se de ação rescisória ajuizada pela Telemar Norte Leste S.A., contra acórdão proferido pela c. 14ª Câmara Cível deste Tribunal, que deu provimento ao recurso de apelação para "determinar que a apelada se abstenha de efetuar novas cobranças sob o rótulo de ´assinatura mensal´, ou qualquer outra nomenclatura equivalente, sob pena de multa diária de R$100,00 (cem reais), relacionados com a prestação de serviços de telefonia".

A autora afirma não ser aplicável ao caso a Súmula nº 343 do STF, tendo em vista que a matéria é pacífica no colendo Superior Tribunal de Justiça; o corte rescisório está fundado na alegação de literal violação das disposições contidas nos arts. 93, inciso VI, e 103, §§ 3º e 4º, da Lei 9.472/97; arts. 9º e 13 da Lei 8.987/95; art. 39, inciso V, do Código de Defesa do Consumidor; arts. 58, §§ 1º e 2º, e 65, inciso II, alínea *d*, da Lei 8.666/93; e arts. 2º e 37, inciso XXI, da Constituição Federal; diz que o tema está pacificado na jurisprudência do STJ, com o entendimento de que "é legítima a cobrança de tarifa básica pelo uso dos serviços de telefonia fixa" (Súmula 356).

Indeferido o pedido de antecipação de tutela (f. 265/268), a autora pediu que fosse reconsiderada a decisão, que restou mantida (f. 282/283).

Interposto agravo interno, foi negado seguimento ao recurso, que se revelou intempestivo (f. 294/296).

Devidamente citada, a parte requerida não se manifestou (f. 317).

A parte autora declarou não ter mais prova a produzir (f. 329).

Parecer da douta Procuradoria-Geral de Justiça às f. 337/345, opinando pela improcedência do pleito rescisório.

Custas prévias e depósito (art. 488, II, do CPC) comprovados (f. 257/258).

É o relatório.

Decido.

Em julgamento realizado no dia 28 de agosto de 2008 (f. 101), a c. 14ª Câmara Cível deste Tribunal proferiu o acórdão que é objeto do pedido de rescisão, assim ementado:

> Apelação. Art. 285-a do CPC. Sentença repetitiva de improcedência. Questão de direito. Apreciação do *meritum causae*. Aplicação extensiva do art. 515, § 3º, do CPC. Ação condenatória. Serviço público de telefonia fixa assinatura mensal. Instituição. Resolução nº 85/98 da Anatel. Impossibilidade. Cláusula contratual. Abusividade. Repetição do indébito. Pedido acolhido. - Versando a lide sobre questão unicamente de direito, tendo o Magistrado sentenciante entendido pela improcedência *prima facie* da causa, é cabível ao Tribunal *ad quem* a direta apreciação do mérito, por aplicação extensiva do art. 515, § 3º, do Código de Processo Civil, até por não ser possível ferir a livre convicção do Julgador primevo, obrigando-o a decidir o mérito de forma diversa daquela já constante nos autos. A relação estabelecida entre os usuários e a empresa concessionária do serviço de telefonia fixa é de consumo. De acordo com o art. 3º, XXI, da Resolução nº 85/98 da Anatel, Tarifa ou Preço de Assinatura 'é o valor de trato sucessivo pago pelo Assinante à Prestadora, durante toda a prestação do serviço, nos termos do contrato de prestação de serviço, dando direito à fruição contínua do serviço'. A Lei nº 9.472/97, ao delinear a estrutura tarifária (arts. 103 a 109), não faz qualquer menção acerca do pagamento de assinatura mensal para fruição contínua dos serviços telefônicos; ao reverso, prima pela continuidade do serviço público, sem nenhuma ressalva. Se a Lei das Telecomunicações não estabelece a necessidade de remuneração para a disponibilização contínua do serviço de telefonia, a Anatel não poderia fazê-lo por meio de resolução, cujo escopo é possibilitar a execução da lei, jamais podendo criar, extinguir ou modificar direitos. A cláusula do contrato de concessão e prestação de serviço de telefonia fixa que autoriza a cobrança de assinatura mensal é leonina e abusiva, trazendo um quadro de onerosidade excessiva para o consumidor, o que gera desequilíbrio na relação mantida com a empresa concessionária, mostrando-se incompatível com a boa-fé e com a equidade. Contudo, não há que se falar em danos morais, diante da ausência de constrangimento, situação vexatória ou abalo creditício para o consumidor pela mera cobrança de assinatura mensal para utilização dos serviços de telefonia fixa. - V.v.1: - As empresas que exploram os serviços concedidos de telecomunicações não estão obrigadas a discriminar todos os pulsos nas contas telefônicas, especialmente os além da franquia, bem como as ligações de telefone fixo para celular. A partir de 1º de janeiro de 2006, quando entrou em vigor o Decreto nº 4.733/2003, art. 7º, o detalhamento só se tornou obrigatório quando houver pedido do consumidor, com custo sob sua responsabilidade. - V.v.2: - Em se tratando de ação de repetição de indébito, mesmo referindo-se a relação de consumo, aplica-se o prazo prescricional geral (art. 177, CC, 1916 e 205, novo *codex*), não o prazo decadencial previsto no art. 26, II, do CDC, nem o prescricional previsto no art. 27 também da lei consumerista.

Para demonstrar a inexistência de controvérsia a propósito do assunto nos tribunais, a autora indica a Súmula 356 do Superior Tribunal de Justiça, publicada em 8 de setembro de 2008.

Até então, não se pode afirmar a inexistência de controvérsia nos tribunais sobre a matéria, tanto é assim

que a questão foi reiteradamente submetida ao controle infraconstitucional do colendo Superior Tribunal de Justiça, somente sendo definitivamente pacificada com a edição da supracitada súmula, o que ocorreu após o julgamento em que foi prolatada a decisão rescindenda.

Por exemplo, do Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba (Processo nº 20020040507994001 - Rel. Des. Manoel Soares Monteiro), colhe-se a seguinte ementa de julgamento ocorrido em 13 de agosto de 2008:

> Ação declaratória de inexigibilidade c/c repetição do indébito e reparação de danos morais -Procedência parcial do pedido - Irresignação - Prefaciais de Incompetência e decadência - Rejeição - Competência da Justiça Estadual - Inaplicatilidade do art. 26 do CDC - Súplica pela reforma da sentença - Impossibilidade de acolhimento - Ilegalidade de cobrança - Desprovimento. - A competência para processar e julgar a ação que versa sobre cobrança de assinatura básica residencial, proposta contra prestadora de serviço público de telefonia, em decorrência de uma relação de consumo, é da Justiça Estadual, até porque não há possibilidade de prejuízo ao interesse dos entes elencados no inciso I do art. 109 da Constituição Federal. - A decadência trimestral prevista no art. 26 do Código de Defesa do Consumidor não se aplica aos casos de nulidade de cláusula contratual, mas, sim, ao direito de reclamar pelos vícios aparentes ou de fácil constatação no fornecimento do serviço ou de produto. - A tarifa é o preço público estabelecido pela administração, por ato do executivo, unilateralmente, em remuneração das utilidades e serviços industriais que serão prestados diretamente ou por delegatários e concessionários, sempre em caráter facultativo ao usuário final. Na falta de lei ou de previsão contratual expressa, o consumidor não é obrigado a pagar a assinatura cobrada pela concessionária em afronta às normas da Lei 8.078/90.

E, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Embargos Infringentes nº 7.115.812-2/01, Rel. Des. Rubens Cury), cito ementa de acórdão proferido em julgamento realizado em 29 de abril de 2008:

> Prestação de Serviços - Telefonia - Assinatura básica mensal - Ausência de previsão legal ou contratual para a incidência desse encargo - Resolução 85/98 da Anatel é ato administrativo destinado a especificar os limites da aplicação da lei - Impossibilidade de aplicação como fundamento para a criação de direito subjetivo da concessionária em face do usuário do serviço prestado - Existência de contrato de concessão dos serviços entre a Anatel e a concessionária - Serviço público, por sua natureza - Possibilidade de a concessionária do serviço público de telefonia voltar-se contra o poder concedente toda vez que os encargos inerentes ao serviço prestado se mostrarem defasados em relação à tarifa que exige dos consumidores - Devida a devolução das quantias pagas - Embargos infringentes rejeitados.

De qualquer forma, não creio que seja prudente admitir que a pacificação ocorrida sobre um determinado tema tenha efeitos retroativos, de forma a mitigar a aplicação da Súmula nº 343 do STF. A inexistência de controvérsia tem que ser contemporânea ao julgamento impugnado na ação rescisória, pois do contrário estaria estabelecida uma brutal insegurança jurídica sempre que ocorresse uma pacificação sobre temas controvertidos nos tribunais.

A razão de ser da Súmula 343 do STF é justamente a garantia de segurança jurídica, conforme muito bem observou a Ministra Eliana Calmon, quando do julgamento da Ação Rescisória nº 3525/DF, *verbis*:

> Sobre o tema, a jurisprudência do STJ muito oscilou, havendo precedentes que estão em divergência, de tal modo que vamos encontrar as mais diversas posições pretorianas na interpretação reiterada deste Tribunal, incidindo na espécie o teor da Súmula 343/STF.

A Primeira Seção, em uma única oportunidade, em processo da relatoria do Ministro José Delgado, entendeu pertinente afastar a aplicação da súmula por razões de equidade. Confira-se a ementa do julgado:

> [...] A posição adotada, entretanto, se por um lado privilegia o princípio da equidade, deixa sem segurança centenas de julgados, os quais podem ser atacados via ação rescisória, o que me parece de absoluta inconveniência.
> Oscilações jurisprudenciais existem e existirão sempre, cabendo ao Poder Judiciário deixar em garantia as suas próprias decisões, respeitando-as dentro do tempo em que foi proferida.
> Adotar-se ação rescisória para alinhar a jurisprudência antiga à nova, mais recente, é inserir mais um inciso ao art. 485 CPC, criando-se assim uma nova modalidade de impugnação à decisão transitada em julgado.

Assim sendo, em nome da segurança jurídica, entendo que deve ser mantido o julgado.

Tal entendimento vem tendo repercussão na jurisprudência do Colendo Superior Tribunal de Justiça, *v.g.*:

> Processual civil. Recurso especial em ação rescisória. Alegada violação de literal disposição de lei. Controvérsia nos tribunais, ao tempo em que foi proferida a decisão rescindenda, a respeito da tributação dos benefícios provenientes de entidade de previdência privada. Aplicação da Súmula 343/STF. Desprovimento do recurso especial. - 1. A Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, na assentada do dia 8 de outubro de 2008, ao julgar a AR 3.525/DF (Rel.ª Min.ª Eliana Calmon), enfrentou situação semelhante à dos presentes autos, ocasião em que, por maioria, decidiu pela aplicação da Súmula 343/STF, do seguinte teor: 'Não cabe ação rescisória por ofensa a literal dispositivo de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais'. 2. Considerando a função precípua do Superior Tribunal de Justiça - de uniformização da interpretação da legislação federal infraconstitucional -, e com a ressalva do entendimento pessoal desta Relatora, deve ser aplicada ao caso a Súmula 343/STF. 3. Recurso especial desprovido (STJ - REsp nº 842.153/DF - Rel.ª Min.ª Denise Arruda - *DJe* de 03.12.2008).

Assim, em homenagem ao princípio da segurança jurídica, a aplicação da Súmula 343 do STF não pode ser mitigada para permitir o ajuizamento de ação rescisória quando ocorrer posterior pacificação sobre matéria que, ao tempo da decisão rescindenda, era controvertida nos tribunais.

Feitas tais considerações, julgo improcedente o pedido rescisório e condeno a autora no pagamento das custas processuais.

Unânime a decisão, converto em multa o depósito de f. 55, que fica revertido em favor do réu.

É como voto.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES JOSÉ DE CARVALHO BARBOSA, NEWTON TEIXEIRA CARVALHO, CLÁUDIA MAIA e ALBERTO HENRIQUE.

Súmula - JULGARAM IMPROCEDENTE A AÇÃO.

...

Ação civil pública - Construção em área de preservação permanente - Ocupação antrópica - Caracterização - Art. 11 da Lei Estadual nº 14.309/02

Ementa: Apelação cível. Ação civil pública. Construção em área de preservação permanente. Ocupação antrópica. Caracterização. Aplicabilidade do disposto no art. 11 da Lei Estadual nº 14.309/02. Desprovimento.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0702.03.069005-2/004 - Comarca de Uberlândia - Apelante: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Apelante adesivo: Pedro Roberto de Oliveira - Apelados: Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Pedro Roberto de Oliveira - Relator: DES. BARROS LEVENHAGEN

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, à unanimidade, em NÃO CONHECER DO ADESIVO E NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO PRINCIPAL.

Belo Horizonte, 13 de novembro de 2012. - *Barros Levenhagen* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. BARROS LEVENHAGEN - Trata-se de recurso de apelação interposto pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais contra sentença proferida pelo MM. Juiz de Direito Roberto Ribeiro de Paiva Júnior, às f. 649/657, que, nos autos da ação civil pública proposta em face de Pedro Roberto de Oliveira, julgou improcedente o pedido inicial.

Pugna pela reforma da sentença, reiterando a argumentação exposta na inicial da ação civil pública no sentido de que, "ao promover edificações em área de preservação permanente ou de mantê-las, atua ilicitamente o proprietário, violando a lei e causando dano ambiental ao entorno, dano este sujeito à reparação com base no sistema da responsabilidade civil objetiva, em sede ambiental, prevista no § 1º do art. 14 da Lei nº 6.938/91". Que a lei estadual, ao afirmar, em seu art. 11, que ocupação antrópica já consolidada em área de preservação permanente deverá ser preservada, está, indiscutivelmente, usurpando de competência federal e prejudicando a diretriz protecionista da lei federal, padecendo, portanto, do vício de inconstitucionalidade. Como forma de reconstituir o bem jurídico tutelado, é de rigor a determinação de remoção das edificações existentes na área de preservação permanente, além da condenação do réu a indenizar a coletividade pelo dano moral ambiental (f. 660/692).

Contrarrazões, pelo desprovimento do recurso, refutando as alegações do apelante (f. 696/711).

Adesivamente, recorreu Pedro Roberto de Oliveira, pugnando pela reforma da sentença, a fim de que sejam acolhidas as preliminares de ilegitimidade passiva *ad causam* e inépcia da inicial, suscitadas pelo ora apelante, e, consequentemente, extinto o processo sem julgamento de mérito.

Contrarrazões ao apelo adesivo apresentadas às f. 726/769, pelo desprovimento do recurso.

A d. Procuradoria-Geral de Justiça, no parecer de f. 777/790, manifestou-se pelo provimento do recurso principal e pelo desprovimento do recurso adesivo.

É o relatório.

Conheço do recurso interposto pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais, presentes os pressupostos de sua admissão.

Não conheço, contudo, do recurso adesivo interposto por Pedro Roberto de Oliveira por carecer do seu pressuposto mais característico, a saber, sucumbência recíproca entre as partes, *ex vi* do art. 500 do CPC

Meritoriamente, conforme a bem-lançada sentença monocrática, a propriedade, nos termos do art. 5º, XXIII, da CF/88, deverá atender a sua função social, cumprida quando utilizados adequadamente os recursos naturais disponíveis e preservado o meio ambiente (art. 186, II, da CF/88).

Registre-se que a atual ordem constitucional estabeleceu que se deve dar primazia à proteção do meio ambiente, mediante regra inserta em seu art. 225, *in verbis*:

> 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:
> 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.

A Lei Federal nº 4.771/65, em vigor na data do ajuizamento da ação, define como Área de Preservação Permanente - APP:

> a área coberta ou não por vegetação nativa, com a função ambiental de preservar os recursos hídricos, a paisagem, a estabilidade geológica, a biodiversidade, o fluxo gênico de fauna e flora, proteger o solo e assegurar o bem-estar das populações humanas.

O Estado de Minas Gerais, no uso da competência concorrente que lhe foi atribuída pela CF/88, no art. 24, também legislou sobre a matéria, inserindo no ordenamento jurídico a Lei Estadual nº 14.309/02, que dispõe sobre as políticas florestais e de proteção à biodiversidade no Estado, estabelecendo, o art. 2º:

> As florestas e as demais formas de vegetação existentes no Estado, reconhecidas de utilidade ao meio ambiente e às terras que revestem, bem como os ecossistemas por elas integrados, são bens de interesse comum, respeitados o direito de propriedade e a função social da propriedade, com as limitações que a legislação em geral e esta lei em especial estabelecem.

No art. 10, repetindo o texto da Lei Federal, define como Área de Preservação Permanente:

> [...] aquela protegida nos termos desta lei, revestida ou não com cobertura vegetal, 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 e situada:
> I - em local de pouso de aves de arribação, assim declarado pelo poder público ou protegido por convênio, acordo ou tratado internacional de que o Brasil seja signatário;
> II - ao longo dos rios ou de qualquer curso d'água, a partir do leito maior sazonal, medido horizontalmente, cuja largura mínima, em cada margem, seja de:
> a) 30m (trinta metros), para curso d'água com largura inferior a 10m (dez metros);
> b) 50m (cinquenta metros), para curso d'água com largura igual ou superior a 10m (dez metros) e inferior a 50m (cinquenta metros); [...]

Feitas essas considerações, restou incontroversa, nos autos, a existência de construções edificadas no imóvel do réu em área de preservação permanente.

Extrai-se da contestação de f. 50/65 que o réu, Pedro Roberto de Oliveira, não nega o fato, limitando-se à alegação de que, "por ocasião da aquisição do imóvel pelo requerido, todas as edificações/construções suscitadas como sendo proibidas pela autora já existiam no local", pretendendo, assim, afastar a sua responsabilidade e consequente legitimidade para figurar no polo passivo da ação, preliminar que foi corretamente repelida pela d. sentença monocrática, haja vista que a responsabilidade ambiental é *propter rem*, de tal forma que aquele que adquirir imóvel com passivo ambiental sucederá a responsabilidade do antigo proprietário na obrigação de repará-lo.

O laudo pericial de f. 258/266, em resposta ao quesito 4, formulado pelo autor ("Há na faixa de preservação permanente alguma edificação?"), é categórico ao afirmar:

> Sim, há edificações locadas no levantamento topográfico, no anexo 3, assim descritas:
> - casa sede com área de 194,00 m^2;
> - casa de colono com área de 96,00 m^2;
> - cocheira com área de 150,00 m^2;
> - pocilga com área de 122,00 m^2;
> - piscina (desativada) com área de 180,00 m^2.

Contudo, o mesmo laudo pericial é conclusivo no sentido de que a remoção das construções pretendida pelo Ministério Público é mais impactante ao meio ambiente do que conservá-las, devido ao alto grau de insalubridade quanto ao saneamento básico, devendo-se adotar medidas mitigadoras (f. 263 266 - respostas aos quesitos 17 e 1, respectivamente).

Esta, inclusive, é a orientação da Lei Estadual nº 14.309/02, *ex vi* do art. 11, *in verbis*:

> Art. 11. Nas áreas de preservação permanente, será respeitada a ocupação antrópica consolidada, vedada a expansão da área ocupada e atendidas as recomendações técnicas do poder público para a adoção de medidas mitigadoras e de recuperação de áreas degradadas.
> § 1º Para fins do disposto neste artigo, considera-se ocupação antrópica consolidada o uso alternativo do solo em área de preservação permanente estabelecido até 19 de junho de 2002, por meio de ocupação da área, de forma efetiva e ininterrupta, com edificações, benfeitorias e atividades agrossilvipastoris, admitida neste último caso a adoção do regime de pousio.

Colhe-se de todo o processado que as construções e edificações existentes no imóvel antecedem a sua aquisição pelo atual proprietário, réu na presente ação, datada de 28.02.1994 (f. 264 e 265, quesitos 2, 3 e 4), caracterizando, portanto, ocupação antrópica consolidada, o que autoriza a aplicação do dispositivo legal em referência.

Com efeito, conforme consignado na d. sentença vergastada, "não se justifica a adoção de medidas em prol da reparação ambiental que tragam maior impacto ao meio ambiente", sendo de rigor a improcedência do pleito inicial.

Posto isso, nego provimento ao recurso principal e mantenho a d. sentença recorrida pelos seus próprios e jurídicos fundamentos.

Custas recursais, *ex vi legis*.

DES. VERSIANI PENNA - Acompanho na íntegra o voto proferido pelo em. Relator, sentindo-me, apenas, no dever de ressaltar a precisão e clareza da sentença

proferida pelo MM. Juiz Roberto Ribeiro de Paiva Júnior a respeito das questões suscitadas.

Portanto, também não conheço do recurso adesivo e nego provimento ao recurso principal.

É como voto.

DES.ª ÁUREA BRASIL - De acordo com o Relator.

Súmula - NÃO CONHECERAM DO ADESIVO E NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Contrato de seguro - Acordo celebrado - Ausência de anuência da seguradora - Exclusão da cobertura - Inviabilidade - Ressarcimento devido - Art. 787, § 2º, do CC - Interpretação restritiva - Cobertura de danos morais - Inexistência de exclusão expressa - Indenização devida - Pensão vitalícia - Pagamento - Decote - Inexistência de previsão no acordo celebrado

Ementa: Apelação cível. Denunciação da lide. Acordo celebrado. Ausência de anuência da seguradora. Exclusão da cobertura. Não ocorrência. Danos morais. Ausência de exclusão expressa.

- A interpretação do art. 787 do Código Civil deve ser realizada de forma restritiva, visto que visa, tão somente, a resguardar o segurador de um ressarcimento exagerado ou indevido, razão pela qual, tenho que a falta de anuência não exclui, de plano, a proteção securitária. O simples fato de a seguradora não ter anuído com os termos do acordo realizado não pode servir como óbice ao ressarcimento ao segurado, devendo haver nos autos a demonstração do prejuízo sofrido. Se a apólice coligida aos autos não exclui expressamente a cobertura de danos morais e não há provas de que, no momento da contratação, foi dada ao consumidor ciência de todos os termos das condições gerais do seguro, deve a seguradora ser condenada a indenizar o segurado da parcela de danos morais.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0035.07.101302-9/001 - Comarca de Araguari - Apelantes: 1º) Porto Seguro Cia. de Seguros Gerais, 2º) Espólio de Osvaldo Roberto Leite, representado pela inventariante Rosely Sílvia Affonso Leite - Apelados: Porto Seguro Cia. de Seguros Gerais, espólio de Osvaldo Roberto Leite, representado por inventariante - Litisconsorte: Oscar Borges Filho - 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, à unanimidade, em DAR PARCIAL PROVIMENTO À PRIMEIRA APELAÇÃO E DAR PROVIMENTO À SEGUNDA APELAÇÃO.

Belo Horizonte, 29 de novembro de 2012. - *Estevão Lucchesi* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. ESTEVÃO LUCCHESI - Cuida-se de recurso de apelação interposto por Porto Seguro Cia. de Seguros Gerais e espólio de Osvaldo Roberto Leite, qualificados nos autos, contra decisão de f. 365/380, a qual homologou o acordo firmado com a parte autora, condenando a seguradora apelante a reembolsar ao segurado o valor despendido a título de prótese no joelho e implantação de cinco dentes, bem como a restituir o valor pertinente à pensão vitalícia, limitado ao valor segurado.

Nas suas razões recursais, sustenta a primeira apelante, em síntese, a necessidade de reforma da decisão, ao argumento de que não participou do acordo celebrado entre as partes, excluindo, dessa forma, a cobertura conforme disposto no art. 787 do Código Civil. Aduz, ainda, que, quando do acidente, o apelado era aposentado por tempo de serviço, não havendo qualquer razão para deferir-lhe a pensão vitalícia. Por fim, pugnou pelo provimento do recurso para reformar a decisão hostilizada.

A seu turno, o segundo apelante, nas suas razões recursais, sustenta, em síntese, a necessidade de condenação da seguradora no reembolso do valor a título de danos morais, visto que não há no contrato celebrado entre as partes cláusula expressa que determine a exclusão de danos morais. Dessa forma, requereu o provimento do recurso.

Em contrarrazões, o apelado, espólio de Osvaldo Roberto Leite, rechaçou as alegações, requerendo o não provimento do recurso da parte contrária.

É o relatório.

Conheço do recurso, porquanto presentes os requisitos de admissibilidade.

Adentrando o mérito, como cediço, o contrato de seguro é aquele pelo qual o segurador, mediante o recebimento de um prêmio, se obriga a pagar ao segurado o valor ajustado, se ocorrer o risco a que está exposto, sendo negócio jurídico pautado na mais estrita boa-fé dos contratantes.

Pois bem.

No caso em exame, verifico sustentar a apelante, Porto Seguro Cia. de Seguros Gerais, a necessidade de reforma da decisão, ao argumento de que não participou do acordo celebrado entre as partes, excluindo, dessa forma, a cobertura conforme disposto no art. 787 do Código Civil.

Nesse sentido, o art. 787, § 2º, do Código Civil estabelece, *verbis*:

> Art. 787. No seguro de responsabilidade civil, o segurador garante o pagamento de perdas e danos devidos pelo segurado a terceiro.
> [...]
> § 2º É defeso ao segurado reconhecer sua responsabilidade ou confessar a ação, bem como transigir com o terceiro prejudicado, ou indenizá-lo diretamente, sem anuência expressa do segurador.

Ocorre que a interpretação do artigo acima mencionado deve ser realizada de forma restritiva, já que visa, tão somente, a resguardar o segurador de um ressarcimento exagerado ou indevido, razão pela qual tenho que a falta de anuência não exclui, de plano, a proteção securitária. Sobre o tema, a doutrina processualista ensina:

> No § 2º, impõe a lei a proibição de o segurado reconhecer sua responsabilidade, confessar, transigir ou ressarcir diretamente o terceiro-vítima sem expressa anuência do segurador. Tratando-se de limitação a direito do segurado, parece ser necessário interpretar restritivamente o preceito, por exemplo, excluindo-se de sua abrangência a confissão ficta ou provocada. Até pelo significado da norma, se quer é evitar que o segurado, por ato e iniciativa próprios, de alguma maneira, prejudique a posição jurídica do segurador, impondo-lhe um ressarcimento acaso exagerado ou mesmo indevido. Daí se exigir a anuência. Mas justamente por isso é que, mais ainda, não parece razoável impor ao segurado a perda automática do direito à cobertura, como consequência da falta de obtenção de *placet* do segurador para a prática dos atos elencados na lei, desde que não lhe tenha sido imposto qualquer dano. Não se crê possa ser presumido, de forma absoluta, um conluio entre o segurado e terceiro para prejudicar o segurador, o que se daria com a perda automática do direito ao ressarcimento, pelo simples fato da ausência de concordância. Mesmo um involuntário prejuízo não se pode admitir havido, tão só, por essa omissão, devendo-se, conforme se entende, reservar sempre a possibilidade de, apesar de não ocorrida a anuência, comprovar o segurado que o ato por ele praticado em nada alterou ou afetou a cobertura que, destarte, certamente haveria de ser honrada, nos mesmos moldes. Lembre-se, mesmo que, ocasionalmente, a transação pode até trazer benefício ao segurador, obrigado então a ressarcir valor menor do que lhe seria afeto se não houvesse o acordo. (*Código Civil comentado*. Cezar Peluso (Coord.). Barueri, São Paulo: Manole, 2007, p. 659.)

No caso dos autos, não vislumbrei, *data venia*, qualquer má-fé do segurado ao denunciar a seguradora apelada.

Registra-se que o simples fato de não ter a apelante anuído com os termos do acordo realizado não pode servir como óbice ao ressarcimento ao segurado, cabendo ressaltar que não há nos autos qualquer elemento que demonstre o prejuízo sofrido pela seguradora, ônus que lhe incumbia, não bastando a simples alegação do disposto no art. 787, § 2º, do Código Civil, como citado.

A respeito da matéria, eis os precedentes jurisprudenciais deste egrégio Tribunal:

> Apelação cível. Ação de cobrança. Contrato de seguro. Acidente de trânsito. Acordo judicial realizado sem anuência da seguradora. Ausência de fraude. Dever de indenizar o segurado. *Pacta sunt servanda*. - O fato de a seguradora não ter anuído previamente à celebração de acordo judicial entre segurado e terceiro prejudicado não pode servir de óbice à sua responsabilização, se estava a seguradora ciente da demanda e o acordo foi celebrado em juízo, afastando a hipótese de fraude à seguradora, devendo ser observada a boa-fé objetiva. - A indenização paga ao segurado deverá observar o *pacta sunt servanda*, os limites do contrato de seguro, não havendo que se falar em reembolso por danos morais em limite superior ao previsto expressamente no contrato. (TJMG, Processo nº 1.0024.07.474490-5/001(1), Rel. Des. Luciano Pinto, p. em 30.09.2008.)

> Ação de ressarcimento. Seguradora. Acordo judicial firmado pelo segurado na execução. Homologação. Publicação no *Diário Oficial*. Reembolso. Possibilidade. - Cabível é o reembolso dos valores despendidos pelo segurado, na fase de execução da sentença, para quitação de obrigação a que foi condenado, e a seguradora figurou como denunciada no processo de conhecimento, tendo esta, também, sido condenada a pagar/reembolsar ao segurado o valor da cobertura. - Não é cabível a alegação pela seguradora de que não houve sua anuência no acordo firmado pela execução quando, feito judicialmente e, devidamente publicado no *Diário Oficial*, não invocou nulidade. Ademais, não houve por parte dela comprovação de que repassou ao segurado o valor devido na apólice. (TJMG, Processo nº 1.0024.04.538724-8/001(1), Rel. Des. Nicolau Masselli, p. em 15.02.2008.)

Nesse contexto, deve a apelante ressarcir os valores despendidos pelo segurado, pois as condições gerais do seguro estabelecem que a avença tinha por objetivo:

> propiciar ao segurado o reembolso das quantias que for obrigado a pagar, em decorrência de indenizações em virtude de sentença judicial transitada em julgado ou em acordo autorizado de modo expresso pela seguradora, relativas a reparações por danos involuntários, corporais e/ou materiais causados a terceiros, desde que as referidas coberturas tenham sido contratadas de forma distinta e expressa, mediante respectivo pagamento de prêmio, exceto às pessoas transportadas pelo próprio veículo segurado.

Anota-se que merece acolhimento a irresignação da apelante quanto ao pagamento da pensão vitalícia constante da sentença, ao argumento de que o apelado, à época do acidente, era aposentado por tempo de serviço, pois observo que tal condenação não encontra respaldo no acordo celebrado entre as partes, visto que assim restou estabelecido (f. 357):

> [...] Informa ainda as partes que o valor da composição corresponde ao dano corporal/material de R$60.000,00 (sessenta mil reais); dano moral de R$10.000,00 (dez mil reais) e honorários de R$12.000,00 (doze mil reais).

É que, como sabido, a obrigação da seguradora é exclusivamente de ressarcir ao segurado os valores despendidos em virtude da condenação na lide principal, que, no caso em exame, se materializou no acordo celebrado entre as partes às f. 356/358, devendo ser observado, ainda, os limites da proteção securitária. Portanto, merece provimento para decotar da sentença a verba de pensão vitalícia, já que não constante da transação.

Por outro lado, adentrando o mérito da apelação interposta pelo espólio de Osvaldo Roberto Leite, tenho que merece prosperar a condenação da seguradora ao ressarcimento do valor despendido a título de indenização por danos morais.

Certo que o contrato de seguro está amparado pela boa-fé presente nos arts. 4º, III, e 51, IV, do CDC e na cláusula geral do art. 422 do CC, tendo ainda, um artigo próprio no Código Civil, no qual está explícita a boa-fé exigida nessa espécie contratual. Dispõe o art. 765 do Código Civil:

> O segurado e segurador são obrigados a guardar, na conclusão e na execução do contrato, a mais estrita boa-fé e veracidade, tanto a respeito do objeto como das circunstâncias e declarações a ele concernentes.

A boa-fé acima referida é a objetiva, ou seja, a exigência de comportamento legal e honesto entre as partes contratantes, de modo a preservar as legítimas expectativas geradas pelo contrato. O segurado tem a expectativa de receber o prêmio, caso ocorra o sinistro, no valor do capital assegurado; por sua vez, a seguradora confia nas declarações recebidas.

Na espécie, anoto não constar na apólice de seguro de f. 135/137 a exclusão expressa da cobertura de danos morais. A propósito, confira-se o verbete da Súmula 402 do Superior Tribunal de Justiça:

> O contrato de seguro por danos pessoais compreende os danos morais, salvo cláusula expressa de exclusão.

E não se diga que tal exclusão consta das condições gerais do seguro, na medida em que as mesmas não foram assinadas ou rubricadas pelo consumidor. Com efeito, é de conhecimento geral o fato de que o seguro é ordinariamente contratado mediante apresentação ao consumidor tão somente da proposta, não havendo nos autos provas de que, no momento da contratação, foram a ele apresentados todos os termos das condições gerais.

Outrossim, não se pode olvidar ser o contrato de seguro coligido aos autos um contrato nitidamente de adesão, conforme definição do art. 54 do CDC, *in verbis*:

> Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo.

Assim, dada a circunstância de o contrato ser redigido pela seguradora, resultando, pois, num desequilíbrio de força dos contratantes, os tribunais, como lembra o mesmo Pedro Alvim,

> passaram a interpretar as cláusulas do contrato no interesse do segurado para liberá-lo de certas obrigações, invocando seja a força maior, seja a boa-fé do segurado, seja a renúncia do segurador, seja a ambiguidade, a imprecisão e, mesmo, a contradição das cláusulas.

Impende ressaltar que o Código Consumerista, em seu art. 46, adota o princípio da transparência contratual, obrigando os fornecedores de serviços a dar conhecimento prévio e inequívoco aos consumidores sobre o conteúdo dos contratos firmados. Ao comentar o referido artigo, Nelson Nery Júnior afirma que:

> O consumidor tem direito básico à informação adequada sobre produtos e serviços (CDC, 6º, III). O direito previsto na norma ora comentada é a projeção, na prática, daquele direito básico descrito na parte geral do CDC. O fornecedor deverá ter a cautela de oferecer oportunidade ao consumidor para que, antes de concluir o contrato de consumo, tome conhecimento do conteúdo do contrato, com determinação precisa dos direitos e deveres de ambas as partes contratantes, bem como as sanções previstas para o inadimplemento. Não sendo dada essa oportunidade ao consumidor, as prestações por ele assumidas, sejam de obrigação de dar, de fazer ou não fazer, não o obrigarão, vale dizer, o seu cumprimento não poderá ser exigido em juízo ou fora dele. (NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil anotado e legislação extravagante*. 2. ed. revista e ampliada. São Paulo: RT, 2003, p. 942. Nota 2 ao art. 46 do CDC.)

E, na obra conjunta, elaborada com os demais autores do anteprojeto do CDC, arremata o referido autor que:

> Dar oportunidade de tomar conhecimento do conteúdo do contrato não significa dizer para o consumidor ler as cláusulas do contrato de comum acordo ou as cláusulas contratuais gerais do futuro contrato de adesão. Significa, isto sim, fazer com que tome conhecimento efetivo do conteúdo do contrato. Não satisfaz a regra do artigo sob análise a mera cognoscibilidade das bases do contrato, pois o sentido teleológico e finalístico da norma indica dever o fornecedor dar efetivo conhecimento ao consumidor de todos os direitos e deveres que decorrerão do contrato, especialmente sobre as cláusulas restritivas de direitos do consumidor, que, aliás, deverão vir em destaque nos formulários de contrato de adesão (art. 54, § 4º, CDC).

Com efeito, em 15.04.2011, o STJ decidiu que a cláusula restritiva de seguro deve ser conhecida no momento da contratação, sob pena de violação ao disposto no art. 54, § 4º, do CDC, com aplicação do disposto no art. 46 do mesmo diploma legal. No referido julgado o Ministro Relator asseverou que o processo trata da "ausência da correta informação ao segurado, na ocasião da celebração do seguro, e não das normas restritivas ali constantes". Assim, tratando-se de relação de consumo, o Ministro Salomão constatou que a eventual limitação do direito do segurado deveria ser redigida de forma clara e com destaque e ser entregue ao consumidor no momento da contratação, não sendo admitida a entrega posterior. Senão vejamos:

> Recurso especial. Indenização decorrente de seguro de vida. Acidente automobilístico. Embriaguez. Cláusula limitativa de cobertura da qual não foi dado o perfeito conhecimento ao segurado. Abusividade. Infringência ao art. 54,

> 4º, do Código de Defesa do Consumidor. Recurso especial provido. 1. Por se tratar de relação de consumo, a eventual limitação de direito do segurado deve constar, de forma clara e com destaque, nos moldes do art. 54, 4º, do Codecon e, obviamente, ser entregue ao consumidor no ato da contratação, não sendo admitida a entrega posterior. 2. No caso concreto, surge incontroverso que o documento que integra o contrato de seguro de vida não foi apresentado por ocasião da contratação, além do que a cláusula restritiva constou tão somente do 'manual do segurado', enviado após a assinatura da proposta. Portanto, configurada a violação ao art. 54, 4º, do CDC. 3. Nos termos do art. 46 do Código de Defesa do Consumidor: 'Os contratos que regulam as relações de consumo não obrigarão os consumidores, se não lhes for dada a oportunidade de tomar conhecimento prévio de seu conteúdo, ou se os respectivos instrumentos forem redigidos de modo a dificultar a compreensão de seu sentido e alcance'. 4. Deve ser afastada a multa aplicada com apoio no art. 538, parágrafo único, do CPC, pois não são protelatórios os embargos de declaração opostos com fins de prequestionamento. (STJ. Recurso Especial nº 1.219.406 - MG (2010/0188000-0) Relator Ministro Luis Felipe Salomão.)

Nessa conformidade, entendo não ter sido respeitado o disposto nos §§ 3º e 4º do art. 54 do CDC, sendo aplicável ao caso o disposto no art. 46 do mesmo diploma legal, *in verbis*:

> § 3º Os contratos de adesão escritos serão redigidos em termos claros e com caracteres ostensivos e legíveis, cujo tamanho da fonte não será inferior ao corpo doze, de modo a facilitar sua compreensão pelo consumidor.
> § 4º As cláusulas que implicarem limitação de direito do consumidor deverão ser redigidas com destaque, permitindo sua imediata e fácil compreensão.
>
> Art. 46. Os contratos que regulam as relações de consumo não obrigarão os consumidores, se não lhes for dada a oportunidade de tomar conhecimento prévio de seu conteúdo, ou se os respectivos instrumentos forem redigidos de modo a dificultar a compreensão de seu sentido e alcance.

Assim, considerando que a apólice coligida aos autos não exclui expressamente a cobertura de danos morais, com a ausência de comprovação de que, no momento da contratação, foi dado ao consumidor ciência de todos os termos das condições gerais, em especial da cláusula restritiva do seguro, o não cumprimento do disposto nos §§ 3º e 4º do art. 54 do CDC, bem como o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça acerca da matéria, a condenação da seguradora a reembolsar o apelante é medida que se impõe.

Diante do exposto, dou parcial provimento à primeira apelação, tão somente para decotar a restituição do valor referente à pensão vitalícia, nos termos da fundamentação supra. Custas recursais, na proporção de 50% para cada parte.

Outrossim, dou provimento à segunda apelação, para determinar que a seguradora apelada restitua ao segurado o valor despendido a título de danos morais.

Custas recursais, pela apelada.

DES. VALDEZ LEITE MACHADO - De acordo com o Relator.

DES.ª EVANGELINA CASTILHO DUARTE - De acordo com o Relator.

Súmula - PRIMEIRO RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. SEGUNDO RECURSO PROVIDO.

...

Telefonia celular - Contrato de credenciamento de lojas - Cláusula abusiva de exclusividade pós-contratual

Ementa: Ação de cobrança. Telefonia celular. Lojas. Contrato de credenciamento. Cláusula de exclusividade pós-contratual. Abusividade.

- A cláusula de exclusividade prevista em contrato de credenciamento de lojas de telefonia celular, para vigorar em períodos posteriores à extinção do contrato, revela-se abusiva e potestativa, na medida em que impõe às credenciadas obrigação excessivamente onerosa - proibição de continuar exercendo o objeto social -, sem qualquer contraprestação.

- A livre iniciativa e a livre concorrência não podem ser limitadas legal ou contratualmente, a menos que existam fundadas razões para tanto.

- O contrato de credenciamento de lojas gera benefícios para ambas as partes, não sendo justo que, após a extinção da avença, apenas uma delas (a credenciada) esteja proibida de continuar exercendo as atividades comerciais habituais pelo longo período de seis meses.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.06.197934-0/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Vivo Participações S.A. - Apelada: RM Celular Ltda. - Relator: DES. GUILHERME LUCIANO BAETA NUNES

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 18ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sob a Presidência do Desembargador Guilherme Luciano Baeta Nunes, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, em NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 12 de julho de 2011. - *Guilherme Luciano Baeta Nunes* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. GUILHERME LUCIANO BAETA NUNES - Trata-se de ação de ação de cobrança ajuizada por Vivo Participações S.A., nova denominação de Telemig Celular S.A., em face de RM Celular Ltda., alegando a autora que a ré descumpriu cláusula de exclusividade prevista no contrato de credenciamento de lojas firmado entre as partes. Requereu, assim, a condenação da ré à multa contratual estipulada no valor de R$ 60.000,00.

A sentença de f. 355/362-TJ julgou improcedente o pedido inicial, ao fundamento de que a cláusula que prevê exclusividade pelo período de seis meses após a extinção do contrato é nula de pleno direito.

Recurso de apelação pela autora às f. 370/382, aduzindo, basicamente, que:

a) o contrato celebrado entre as partes não se equipara ao contrato de franquia;

b) é válida a cláusula contratual que previa obrigação de exclusividade ao credenciado, vedando-lhe o comércio de produtos e serviços de prestadora de telefonia concorrente durante a vigência do contrato e nos seis meses posteriores à avença;

c) a apelada, antes de transcorrido seis meses do encerramento do contrato firmado entre as partes, passou a oferecer produtos de prestadora concorrente, o que, além de infringir literal disposição contratual, viola o princípio da boa-fé objetiva;

d) o princípio da boa-fé objetiva também se aplica à fase pós-contratual;

e) "são justamente o princípio da boa-fé objetiva e os deveres de conduta por ele trazidos à relação contratual que justificam e fazem com que seja válida a cláusula de quarentena inserida no contrato de credenciamento celebrado entre as partes";

f) a obrigação de exclusividade após a extinção do contrato foi confirmada pelas partes no termo de distrato.

Arremata requerendo a reforma da sentença.

Contrarrazões às f. 427/460-TJ.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço da apelação.

A questão a ser dirimida neste grau recursal consiste em definir se há ou não abusividade em cláusula de exclusividade pós-contratual, prevista em contrato de credenciamento de lojas de telefonia móvel firmado entre as partes e mantido no termo de distrato.

Consta nos autos que, em 1º.04.2000, celebraram as partes contrato de credenciamento de lojas, que tinha por objeto a comercialização de produtos e serviços da autora pela credenciada ré.

Em referido contrato, constou cláusula de exclusividade, por meio da qual restou vedada à credenciada (ré) prestar serviços a qualquer empresa concorrente da credenciadora, durante a vigência no contrato e nos seis meses posteriores à extinção da avença (f. 40, cláusula 3.1).

A referida cláusula de exclusividade restou mantida nos vários aditivos contratuais, bem como no termo de distrato firmado em 30.09.2005 (f. 80, cláusula 2.2).

Na petição inicial, a apelante informa que, a partir de 23.01.2006, ou seja, antes de passados seis meses da extinção do contrato, a ré passou a oferecer produtos e serviços da concorrente - empresa "Claro" -, violando a cláusula de exclusividade.

O descumprimento da cláusula de exclusividade não é contestado pela ré (apelada), que se limitou a sustentar a abusividade da disposição contratual.

Pois bem.

A orientação predominante neste Tribunal de Justiça, à qual me filio, é no sentido de que a cláusula de exclusividade para períodos posteriores à extinção do contrato revela-se abusiva e potestativa, na medida em que impõe às credenciadas obrigação excessivamente onerosa - proibição de continuar exercendo o objeto social -, sem qualquer contraprestação.

Ora, a livre iniciativa (fundamento da República Federativa do Brasil - art. 1º, IV, da CF) e a livre concorrência (princípio regente da ordem econômica - art. 170, IV, da CF) não podem ser limitadas legal ou contratualmente, a menos que existam fundadas razões para tanto.

No caso das credenciadas de telefonia móvel, nada há que justifique a mantença de cláusula de exclusividade para períodos posteriores à extinção do primitivo contrato - não obstante os princípios da boa-fé objetiva (art. 422 do CC) e da função social do contrato continuem válidos na fase pós-contratual -, devendo as garantias constitucionais se sobrepor às disposições contratuais.

Como bem observou o Des. Nilo Lacerda, em julgamento de caso análogo, a cláusula de exclusividade pós-contratual

> não visa evitar a concorrência desleal, mas, ao revés, restringir o exercício da livre concorrência após o término do contrato, não havendo qualquer violação ao dever de sigilo pós-contratual que justifique a medida, pois, com a rescisão do contrato, as credenciadas perdem o acesso ao sistema interno da operadora (TJMG - AC nº 1.0024.08.286398-6/002 - Julgado em 17.11.2010).

Com efeito, o contrato de credenciamento de lojas gera benefícios para ambas as partes, não sendo justo que, após a extinção da avença, apenas uma delas (a credenciada) esteja proibida de continuar exercendo as atividades comerciais habituais pelo longo período de seis meses. A violação aos princípios da boa-fé objetiva e da função social do contrato, caso aplicada a disposição contratual, é gritante.

Por conseguinte, evidenciada a abusividade da cláusula de exclusividade prevista para o período pós-contratual, deve-se manter a sentença que julgou improcedente o pedido inicial.

No mesmo sentido, citam-se os seguintes julgados:

Ementa: Ação ordinária. Contrato de credenciamento de lojas. Rescisão unilateral. Notificação válida. Cláusula de exclusividade. Abusividade. Declaração de nulidade. Art. 51 do CDC. Reforma da sentença. [...]. Admitir que os efeitos do contrato de credenciamento entabulado perdurem após a cessação do mesmo, por um período de seis meses, proibindo a contratante de credenciar-se a outra operadora de telefonia celular concorrente, sob pena de multa, é inadmissível em nosso ordenamento jurídico. Constatada abusividade em qualquer cláusula contratual, deve a mesma ser declarada nula de pleno direito, conforme estabelece o art. 51 do CDC (TJMG - AC nº 1.0024.06.199152-7/001 - 17ª Câmara Cível - Rel. Des. Irmar Ferreira Campos - Julgado em 10.12.2009).

Ementa: Rescisão. Contrato de credenciamento de lojas. Comercialização de produtos e serviços. Telefonia móvel. Pessoa jurídica. Cláusula de exclusividade. Multa. Abusividade. Violação ao princípio da livre concorrência e da função social do contrato. A cláusula contratual que prevê o pagamento de multa no caso de quebra da exclusividade por um período de 06 (seis) meses, após a rescisão do contrato de credenciamento de lojas para comercialização de produtos e serviços de telefonia móvel, revela flagrante abusividade, por violar o princípio da livre concorrência e da função social do contrato (TJMG - AC nº 1.0024.06.191271-3/001 - 11ª Câmara Cível - Rel. Des. Fernando Caldeira Brant - Julgado em 03.12.2008).

Ementa: Apelação cível. Ação ordinária. Cláusula de exclusividade pós-contrato. Invalidade. Efeitos do contrato. Abusividade. Desrespeito a princípios contratuais. Multa por descumprimento. Afastamento. A cláusula que prevê que uma das partes está proibida, por seis meses após a extinção do contrato, a contratar com qualquer empresa concorrente é inválida, tendo em vista que os efeitos do contrato só perduram durante sua vigência, e não após sua cessação. Tal cláusula, também, é abusiva, haja vista afrontar os princípios da manutenção do equilíbrio econômico do contrato, da boa-fé objetiva e da função social do contrato, na medida em que estabelece obrigações desproporcionais, privilegiando uma das partes em detrimento da outra. Assim, sendo inválida e abusiva a cláusula em que se baseia o pedido inicial de aplicação de multa, por seu descumprimento, resta afastada tal pretensão pecuniária (TJMG - AC nº 1.0024.06.124055-2/001 - 17º Câmara Cível - Rel. Des. Luciano Pinto - Julgado em 30.04.2008).

Com essas considerações, nego provimento à apelação.

Custas recursais, pela apelante.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES MOTA E SILVA e ELPÍDIO DONIZETTI.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Propriedade industrial - Legitimidade - Sociedade empresária - Sócio - Patente - Validade - Competência - Usuário anterior - Boa-fé - Indenização

Ementa: Direito da propriedade industrial. Ilegitimidade passiva. Réu sócio da sociedade empresária responsável pela violação de direito autoral. Ausência de relação direta de direito material com o objeto da ação. Legitimidade passiva. Sociedade empresária que comercializa bem objeto da violação de patente. Caracterização. Nulidade da patente. Impossibilidade de declaração incidental. Imprescindibilidade de anulação perante o INPI. Precedentes do STJ. Identidade entre o produto fabricado pela autora e objeto da patente e o fabricado e comercializado pelas rés. Prova pericial. Ausência de prova de usuário anterior de boa-fé. Indenização. Lucros cessantes. Liquidação por arbitramento. Arts. 44, 208 e 210 da Lei nº 9.279. Astreintes. Adequação do valor. Razoabilidade.

- É parte ilegítima para figurar no polo passivo de ação por violação de propriedade industrial o sócio da sociedade empresária que realiza a contrafação.

- É parte legítima para figurar no polo passivo de ação por violação de propriedade industrial, a teor do art. 42, *caput*, da Lei nº 9.279, de 1996, a sociedade empresária que apenas coloca à venda o produto.

- Conforme entendimento do STJ, "a alegação de que é inválido o registro, obtido pela titular de marca, patente ou desenho industrial perante o INPI, deve ser formulada em ação própria, para a qual é competente a Justiça Federal. Ao juiz estadual não é possível, incidentalmente, considerar inválido um registro vigente, perante o INPI".

- Conforme prova pericial, o produto fabricado e comercializado pelas rés é idêntico ao produto patenteado pela autora, caracterizando-se a violação de direito da propriedade industrial. Não comprovou haver usuário anterior de boa-fé do objeto da patente, a teor do art. 45, *caput*, da Lei nº 9.279, de 1996, ou seja, que fabricava o objeto da patente antes da data do depósito, o que, em tese, lhe garantiria o direito a continuar a exploração sem ônus, na forma e condições anteriores.

- O direito à indenização pela exploração indevida do objeto de patente encontra fundamento nos arts. 44, 208 e 210 da Lei nº 9.279, de 1996, não sendo fixado ao livre arbítrio do Poder Judiciário ou indicação da parte.

- É cabível a aplicação de astreintes como instrumento de coerção ao cumprimento de decisões judiciais que imponham obrigação de fazer ou não fazer, sendo que o *quantum* arbitrado é passível de revisão quando se mostrar irrisório ou exorbitante.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0701.08.222409-1/002 - Comarca de Uberaba - 1os Apelantes: Aic Mecânica Industrial Ltda. e outro, Carlos Henrique Alves de Paula - 2º Apelante: Innovar Cap Ltda. - Apelados: Realiza Máquinas Indústria e Comércio Ltda. - Litisconsortes: Sidmar Amaral, Duport Indústria e Comércio de Máquinas Industriais Ltda. e outro, Darlene Marques - 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, à unanimidade, em ACOLHER A PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA DE CARLOS HENRIQUE ALVES DE PAULA, REJEITAR A PRELIMINAR ILEGITIMIDADE PASSIVA DE INNOVAR COMÉRCIO DE AUTOMAÇÃO PNEUMÁTICA LTDA. E, NO MÉRITO, EM DAR PROVIMENTO EM PARTE À 1ª APELAÇÃO E NEGAR PROVIMENTO À 2ª APELAÇÃO.

Belo Horizonte, 20 de novembro de 2012. - *Álvares Cabral da Silva* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. ÁLVARES CABRAL DA SILVA - Adoto o relatório do Juízo *a quo*, às f. 990/992, por representar fidedignamente os fatos ocorridos em primeira instância.

Foram interpostas duas apelações, a primeira por Aic Mecânica Industrial Ltda. e Carlos Henrique Alves de Paula, às f. 1016/1046, e a segunda por Innovar Comércio de Automação Pneumática Ltda., às f. 1075/1081, em face de r. sentença de f. 990/1001, prolatada pelo MM. Juiz da 3ª Vara Cível da Comarca de Uberaba nos autos de ação ordinária de obrigação de não fazer (paralisação da fabricação e comercialização de produto objeto de patente alheia) cumulada com pedido de indenização por perdas e danos e com pedido liminar de antecipação de tutela julgada procedente em parte pelo Juízo monocrático. *In verbis*:

> Isto posto, julgo procedente o pedido e ratifico a tutela concedida à f. 211-v, para compelir os requeridos a cessarem a fabricação, distribuição e comercialização dos produtos relativos à linha Envase Automatiza, abstendo-se de procederem a qualquer negócio que envolva tais equipamentos, ou seja, determino que cessem a fabricação e inserção dos referidos produtos no mercado, seja a que título for, por si ou por terceiros, sob pena de não o fazendo pagarem multa pecuniária equivalente a duas vezes o valor dos produtos fabricados ou comercializados.
>
> Condeno os requeridos a cessarem toda e qualquer forma de associação indenizada com a autora, determinando expressamente que os mesmos se abstenham de colocar à disposição dos consumidores todo e qualquer material de propaganda, inclusive nos meios de comunicação (televisão, rádio e internet) impressos, letreiros, panfletos, cartões de visita, outdoors que mencionem os produtos da linha Envase, sob pena de não o fazendo pagarem multa pecuniária equivalente a R$10.000,00 (dez mil reais) por dia de descumprimento.
>
> Condeno os requeridos ao pagamento de indenização por danos materiais no importe de 40% (quarenta por cento) do valor bruto dos produtos fabricados e comercializados, relativo à linha Envase, a ser apurado via liquidação de sentença. Custas, despesas processuais e honorários advocatícios, que arbitro em 20% do valor da condenação, a cargo dos requeridos.

Em suas razões recursais, a primeira apelação, aviada pelos réus Aic Mecânica Industrial Ltda. e Carlos Henrique Alves de Paula, pretende a substituição da r. sentença, alegando, em síntese, que:

a) a patente da autora (PI 9901783-0) é nula, pois a máquina constitui objeto já existente no mercado antes da data do depósito, sendo ausente o requisito de novidade e, portanto, inocorrente a contrafação, nos termos dos arts. 8º, 11, 46 e 56, §1º, da Lei nº 9.276/96;

b) "não se poderia conceder exclusividade de um produto ou utilidade que não fosse novo, que se limitasse a empregar métodos que já existiam e eram acessíveis ao público antes da data do depósito do pedido de patente - em outras palavras, não se concede exclu sividade àquilo que estava compreendido no estado da técnica";

c) conforme prova dos autos, "o produto da autora (Realiza) é absolutamente diferente do produto fabricado e comercializado pela Aic";

d) a r. sentença seria em virtude do "indevido direcionamento da ação contra o segundo apelante Carlos Henrique Alves de Paula", pois "não há nos autos qualquer elemento que comprove ter ele, pessoa física, agido contra direitos de propriedade industrial da autora", bem como "não há qualquer fundamento, nem mesmo pedido, de desconsideração da responsabilidade pessoal e direta do sócio, eis que em nada e por nada se afiguram as hipóteses do art. 50, do CCB/2002, no caso sob análise";

e) "em momento algum restou comprovado que 40% do valor dos produtos fabricados seria equivalente ao que a autora deixou de vender, ou que vendeu a menor, ou que os requeridos venderam ilicitamente (porque tudo seria direcionado ao mercado da autora), nem que esse fosse o valor de um possível licenciamento (*royalties*)", sendo improcedente, portanto, o pedido de perdas e danos;

f) "a imposição de uma multa diária de R$10.000,00 (dez mil reais) apresenta-se exorbitante, violando os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, prestando-se muito mais a promover o enriquecimento sem causa da autora do que a evitar essa ou aquela conduta".

Já o réu Innovar Comércio de Automação Pneumática Ltda., ora segundo apelante, aviou as suas razões às f. 1075/1081 aduzindo, em síntese, que:

a) é parte ilegítima para figurar no polo passivo da lide, pois se limita a comercializar os produtos e que, como não os industrializa, torna-se impossível que seja sujeito ativo de contrafação;

b) a patente é nula, pois "a máquina "inventada" pela recorrida não possui nada de novo, não atinge o

status de novidade exigida legalmente para concessão de patente.

Devidamente intimada, a parte autora Realiza Máquinas Indústria e Comércio Ltda., ora apelada, apresentou suas contrarrazões às f. 1085/1095 e 1116/1122, aduzindo, em síntese, que:

a) "a simples existência de objetos anteriores à patente PI 9901783-0, que tenham títulos semelhantes ao objeto patenteado não é suficiente a demonstrar a ausência do requisito da novidade e, consequentemente, afirmar que tal objeto já se encontrava no 'estado da técnica'";

b) não há provas de que a patente não tenha obedecido ao requisito da novidade;

c) está comprovado que a autora sofreu prejuízos em virtude da conduta das rés;

d) quem vende ou expõe à venda o produto objeto de contrafação é parte legítima para responder por eventuais prejuízos.

Esse é o breve relatório.

I - Preliminares

I - A - Ilegitimidade passiva do réu Carlos Henrique Alves de Paula

Suscita o réu, ora apelante, Carlos Henrique Alves de Paula que não há por que figurar no polo passivo da lide, pois não há qualquer afirmação ou prova de que tenha violado a propriedade industrial da autora e tampouco hipótese de desconsideração da personalidade jurídica prevista no art. 50 do CC/02.

A apuração da legitimidade ativa ou passiva para um dado processo se faz por meio da verificação da relação de direito material em discussão. Deve-se apurar se as partes litigantes estão vinculadas pela relação de direito material discutida e, caso estejam, o requisito da legitimidade estará satisfeito.

Ensina sobre o tema Humberto Theodoro Júnior:

> 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. (*Curso de direito processual civil*, 41. ed., vol. I, p. 57.)

In casu, verifica-se que não se afirma na petição inicial que o réu Carlos Henrique Alves de Paula realiza a contrafação do "módulo envazador de produtos líquidos", objeto da "Carta patente nº PI 9901783-0", mas apenas que a violação dos seus direitos à propriedade industrial teria sido possível em virtude dos conhecimentos por ele adquiridos quando trabalhou como "Coordenador de Vendas" na autora e na sociedade empresária Florêncio de Abreu Ltda., "interligada" à autora. Não lhe é imputada a conduta de violação dos direitos da propriedade industrial, mas à sociedade empresária corré Aic Mecânica Industrial Ltda., que aufere em nome próprio os eventuais lucros pela suposta conduta ilícita.

Assim, percebe-se, *in status assertionis*, que o réu Carlos Henrique Alves de Paula não possui direta relação de direito material com o objeto do feito, devendo ser-lhe reconhecida a ilegitimidade passiva.

I - B - Ilegitimidade passiva da ré Innovar Comércio de Automação Pneumática Ltda.

Suscita a parte ré Innovar Comércio de Automação Pneumática Ltda. a preliminar de ilegitimidade passiva, pois apenas se limitaria a comercializar o "módulo envazador de produtos líquidos", objeto da patente nº PI 9901783-0. Afirma que, como não os industrializa, não comete contrafação.

Com a devida vênia, a teor do art. 42, *caput*, da Lei nº 9.279, de 1996, em relação ao produto que é seu objeto, "a patente confere ao seu titular o direito de impedir terceiro, sem o seu consentimento, de produzir, usar, colocar à venda, vender ou importar com estes propósitos".

Se a própria parte ré Innovar Comércio de Automação Pneumática Ltda. confessa que "apenas comercializava" o produto objeto de patente, caracteriza-se *in status assertionis* a sua relação de direito material com o pedido, sendo indiscutível, portanto, a sua legitimidade passiva no feito, impondo-se a rejeição da preliminar de ilegitimidade passiva.

II - Mérito

II - A - Nulidade da patente. Impossibilidade de declaração incidental. Imprescindibilidade de anulação perante o INPI.

Em virtude da identidade das pretensões recursais, as analisarei em conjunto.

Ab initio, deve-se firmar que a parte autora Realiza Máquinas Indústria e Comércio Ltda. detém a patente do "módulo envazador de produtos líquidos", conforme "carta patente nº PI 9901783-0" (f. 48), referente à patente de invenção, válida por "20 (vinte) anos contados a partir de 07.06.1999", sendo que, a teor de entendimento do col. Superior Tribunal de Justiça, "a alegação de que é inválido o registro, obtido pela titular de marca, patente ou desenho industrial perante o INPI, deve ser formulada em ação própria, para a qual é competente a Justiça Federal. Ao juiz estadual não é possível, incidentalmente, considerar inválido um registro vigente, perante o INPI" (REsp 1132449/PR, Rel.ª Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 13.03.2012, *DJe* de 23.03.2012).

Assim, afasta-se a alegação de nulidade do registro da patente, pois inexistente qualquer decisão administrativa ou judicial que tenha declarado nula a patente nº PI 9901783-0 por ausência de novidade ou qualquer outro motivo.

II - B - Identidade entre o produto fabricado pela autora e objeto da patente e o fabricado pela ré Aic Mecânica Industrial Ltda. Ausência de prova de ser usuário anterior de boa-fé.

Sustenta a ré Aic Mecânica Industrial Ltda. que o produto por ela fabricado não é idêntico ao "módulo envazador de produtos líquidos", conforme carta patente nº PI 9901783-0, não se caracterizando qualquer violação de direito da propriedade industrial.

Apesar do laudo pericial constatar algumas diferenças insignificantes entre o produto fabricado pela detentora da patente, Realiza Máquinas Indústria e Comércio Ltda., e pela ré Aic Mecânica Industrial Ltda., a prova pericial realizada concluiu que são idênticas, constatando a violação do direito da propriedade industrial. *In verbis*, excerto esclarecedor da conclusão do laudo pericial realizado em juízo:

> Independentemente de futuro resultado jurídico a ser obtido pelas requeridas, entende este profissional que assiste razão à requerente, Realiza Máquinas Indústria e Comércio Ltda., uma vez que tem ela patente para produzir a máquina objeto deste laudo.
> Segundo apuramos, a máquina que vinha sendo produzida pelas requeridas, mencionada nos autos, é tecnicamente igual à máquina concebida pela requerente, com patente obtida junto ao INPI." (f. 785).

Outrossim, a ré Aic Mecânica Industrial Ltda. não comprovou ser usuária anterior de boa-fé do objeto da patente, a teor do art. 45, *caput*, da Lei nº 9.279, de 1996, ou seja, que fabricava o objeto da patente antes de 07.06.1999, data do depósito, o que, em tese, lhe garantiria o direito a continuar a exploração, sem ônus, na forma e condições anteriores:

> Art. 45. À pessoa de boa fé que, antes da data de depósito ou de prioridade de pedido de patente, explorava seu objeto no País, será assegurado o direito de continuar a exploração, sem ônus, na forma e condição anteriores.

II - C - Indenização. Lucros cessantes. Liquidação por arbitramento. Art. 44, 208 e 210 da Lei nº 9.279.

Avia a ré Aic Mecânica Industrial Ltda. pretensão recursal acerca do arbitramento da indenização pela violação de objeto de patente. Diz que não há qualquer prova que fundamente os valores encontrados pelo i. Juízo singular.

O direito à indenização pela exploração indevida do objeto de patente encontra fundamento nos arts. 44, 208 e 210 da Lei nº 9.279, de 1996, não sendo fixado ao livre arbítrio do Poder Judiciário, como realizado pelo i. juízo *a quo*:

> Art. 44. Ao titular da patente é assegurado o direito de obter indenização pela exploração indevida de seu objeto, inclusive em relação à exploração ocorrida entre a data da publicação do pedido e a da concessão da patente. [...]
> Art. 208. A indenização será determinada pelos benefícios que o prejudicado teria auferido se a violação não tivesse ocorrido. [...]
> Art. 210. Os lucros cessantes serão determinados pelo critério mais favorável ao prejudicado, dentre os seguintes:
> I - os benefícios que o prejudicado teria auferido se a violação não tivesse ocorrido; ou
> II - os benefícios que foram auferidos pelo autor da violação do direito; ou
> III - a remuneração que o autor da violação teria pago ao titular do direito violado pela concessão de uma licença que lhe permitisse legalmente explorar o bem.

Consoante entendimento do col. Superior Tribunal de Justiça,

> a condenação ao pagamento de lucros cessantes e de danos emergentes não se confunde. O primeiro refere-se a um ganho que o autor deixou de auferir como resultado de seu trabalho; o segundo, à redução do patrimônio presente da vítima (RT 868/196).

In casu, cingiu-se o pedido inicial a:

> c) Condenar os requeridos ao pagamento de indenização por danos materiais no importe de 40% (quarenta por cento) do valor bruto de todos os produtos fabricados e comercializados, relativo a linha de envase, e por danos morais ocasionados à autora, aqueles a serem apurados em liquidação de sentença e estes arbitrados por Vossa Excelência, bem como, a pagar custas e despesas processuais antecipadas pela autora e honorários advocatícios na base de 20% (vinte por cento) do valor da condenação; [...].

Percebe-se, portanto, que optou o autor pela indenização na forma do art. 210, II, da Lei nº 9.279, de 1996, qual seja, liquidada tendo por base os

> benefícios que foram auferidos pelo autor da violação do direito, se porventura a parte autora, detentora da patente, fosse a única a fabricar e distribuir o produto objeto da patente, auferiria o correspondente lucro.

Dessa forma, deve ser adequada a condenação por danos materiais, na forma como explicitada, apurada em liquidação por arbitramento.

II - D - Obrigação de não fazer. Impedimento à produção do objeto da patente. Multa diária.

Inconforma-se a ré Aic Mecânica Industrial Ltda. com a fixação de multa diária pela obrigação de não fazer e com o valor diário arbitrado em R$10.000,00 (dez mil reais).

A teor do entendimento do col. Superior Tribunal De Justiça,

> é cabível a aplicação de astreintes como instrumento de coerção ao cumprimento de decisões judiciais que imponham obrigação de fazer ou não fazer, sendo que o *quantum* arbitrado só será passível de revisão, nesta instância excepcional, quando se mostrar irrisório ou exorbitante (AgRg no Ag 1380239/SP, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 07.04.2011, *DJe* de 18.04.2011).

In casu, percebe-se ser exacerbado o valor arbitrado, sendo que, em casos tais, se considera adequado o valor de R$250,00 (duzentos e cinquenta reais) por dia, em virtude do descumprimento da obrigação de fazer, com início a partir de sua intimação pessoal para tanto, a teor da Súmula nº 410/STJ.

III - Conclusão

Ex-positis, acolho a preliminar de ilegitimidade passiva do réu Carlos Henrique Alves de Paula, extin-

guindo o feito sem apreciação do mérito, na forma do art. 267, VI, CPC; rejeito a preliminar de ilegitimidade passiva em relação à ré Innovar Comércio de Automação Pneumática Ltda. e, no mérito, dou provimento em parte à primeira apelação para:

a) determinar que a indenização por dano material (lucros cessantes), objeto do julgado, seja liquidada por arbitramento, nos termos do art. 210, II, da Lei nº 9.279, de 1996, ou seja, tendo por base os benefícios que foram auferidos por cada um dos réus em relação à violação do direito objeto da patente se, porventura, a parte autora, detentora da patente, fosse a única a fabricar e distribuir o produto objeto da patente, auferiria o correspondente lucro, tomando por base os produtos efetivamente produzidos e/ou comercializados pelas rés;

b) reduzir para o valor de R$250,00 (duzentos e cinquenta reais) por dia as astreintes devidas ao autor por cada um dos réus, isoladamente, em virtude do descumprimento da obrigação de não fazer (violação da patente), com início a partir da intimação pessoal de cada um dos réus para tanto, a teor da Súmula nº 410/STJ.

Em seguida, nego provimento à segunda apelação.

Redistribuo os honorários de sucumbência, nos termos dos §§ 3º e 4º do art. 20 do CPC, condenando a autora a pagar aos patronos do réu Carlos Henrique Alves de Paula honorários de sucumbência arbitrados em R$2.488,00 (dois mil quatrocentos e oitenta e oito reais) e os outros réus, solidariamente, a pagar aos patronos da parte autora honorários de sucumbência arbitrados em 20% (vinte por cento) do valor da condenação.

Custas e demais despesas processuais em 1/10 pelo autor e em 9/10, solidariamente, pelos réus, excetuando-se o réu Carlos Henrique Alves de Paula.

DES. GUTEMBERG DA MOTA E SILVA - De acordo com o Relator.

DES. VEIGA DE OLIVEIRA - De acordo com o Relator.

Súmula - 1º RECURSO PROVIDO EM PARTE. 2º RECURSO NÃO PROVIDO.

...

Ação de anulação de expropriação e indenização por perdas e danos - Desapropriação consumada - Caráter irreversível - Convolação do pedido em indenização - Possibilidade - Indenização - Pagamento a pessoa diversa - Ilegitimidade para o recebimento - Negligência do expropriante - Dever de indenizar - Configuração

Ementa: Ação anulatória de ato jurídico c/com perdas e danos. Convolação do pedido em indenização. Pedido procedente. Sentença confirmada.

- Havendo pedido de anulação de expropriação e de indenização por perdas e danos, correta a sentença que, diante da impossibilidade de anular procedimento expropriatório já consumado, julga o pedido apenas como de indenização.

- Restando demonstrado que o expropriante, de forma negligente, efetuou o pagamento de parte da indenização a pessoas diversas daquela legitimada para o fim, correta a sentença que o condena a recompor o prejuízo causado à parte que foi preterida em seu legítimo direito.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0105.08.270943-4/001 - Comarca de Governador Valadares - 1º Apelante: Carmelita Coelho da Rocha - 2º Apelante: Consórcio UHE Baguari - Apelada: Ana Coelho da Rocha - Relator: DES. ANTÔNIO DE PÁDUA

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 14ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sob a presidência do Desembargador Valdez Leite Machado, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, em REJEITAR PRELIMINARES E NEGAR PROVIMENTO A AMBOS OS RECURSOS.

Belo Horizonte, 14 de novembro de 2012. - *Antônio de Pádua* - Relator.

Notas taquigráficas

Produziu sustentação oral, pelo segundo apelante, o Dr. Bruno Dantas Gaia.

DES. ANTÔNIO DE PÁDUA - Ouvi com atenção o ilustre advogado.

Trata-se de recursos de apelação interpostos por Carmelita Coelho da Rocha e Consórcio UHE Baguari, nos autos da ação anulatória de ato jurídico cumulada com indenização por dano moral, movida por Ana Coelho da Rocha, em curso perante o Juízo da 4ª Vara Cível da Comarca de Governador Valadares, inconformados com os termos da r. sentença de f. 411/412, que julgou parcialmente procedente o pedido inicial e condenou isoladamente o corréu Consórcio UHE Baguari ao pagamento de uma indenização no valor de R$40.250,00 (quarenta mil duzentos e cinquenta reais), mais os encargos legais pertinentes.

Em suas razões recursais, a primeira apelante busca a reforma da sentença para o fim de que o pedido seja julgado totalmente procedente, sustentando, para tanto, em preliminar, a ilegitimidade ativa da autora, ora apelada, bem como a sua ilegitimidade passiva para participar da demanda.

No tocante ao mérito, insurge-se contra sua condenação ao pagamento de honorários, porquanto

a sentença determinou apenas que o Consórcio, ora segundo apelante, responda pelo pagamento da indenização pleiteada pela autora.

Assim, argumenta que não há justificativa legal para a sua condenação ao pagamento da verba sucumbencial arbitrada.

Postula, ao final, o acolhimento de suas preliminares e, quanto ao mérito, a ele se chegando que seja reformada a sentença e afastada a sua condenação ao pagamentos dos honorários arbitrados.

Já o segundo apelante, em suas razões recursais, de f. 478/490, após traçar uma síntese dos principais acontecimentos dos autos, argui, a título de preliminar, a nulidade da decisão que rejeitou os seus embargos declaratórios, por completa ausência de fundamentação e negativa de vigência ao art. 535, II, do CPC.

Ainda, a título de preliminar, alega que a inicial é inepta, contendo pedidos incompatíveis, pois busca, a um só tempo, a anulação do processo expropriatório e o levantamento do valor do depósito realizado para pagamento da indenização do terreno descrito na inicial, do que exsurge claro que a apelada pretende se beneficiar indevidamente à sua custa, que efetuou o pagamento do que era devido na forma convencional.

No mérito, almeja o provimento do seu recurso, a fim de que o pedido inicial seja julgado inteiramente improcedente, com inversão dos encargos processuais decorrentes, à alegação de que a autora não é titular do direito de propriedade sobre o imóvel expropriado, e que a posse vintenária nele exercida o foi apenas pela corré e primeira apelante Carmelita Coelho da Rocha, não havendo, por consequência, que se falar em direito de meação.

Os recursos foram respondidos pelos apelados, em cujas contrarrazões batem, por óbvio, pelo desprovimento dos recursos interpostos contra a parte da sentença que lhes restou favorável.

Não houve preparo por parte da primeira apelante, porque litiga com os benefícios da gratuidade judiciária.

Postula, ao final, o exame e acolhimento do agravo retido, a fim de que o processo seja anulado desde a audiência de instrução e julgamento, ou desde o momento em que os demais irmãos da corré Carmelita Coelho da Rocha Alves deveriam ter integrado a lide.

Requer, alternativamente, seja declarada nula a sentença e determinada a prolação de outra, contendo a necessária fundamentação, ou ainda que seja julgado extinto o processo por inépcia, e no mérito seja julgado improcedente o pedido inicial.

Por último, postula, em caso de confirmação da sentença quanto ao mérito, que seja, pelo menos, reduzida a verba honorária, para que melhor se adeque à realidade dos autos.

O segundo apelante comprovou o preparo.

Conheço de ambas as apelações, presentes suas condições de admissibilidade.

Examino, em primeiro plano, a segunda apelação, interposta pelo Consórcio Baguari, por conter, em tese, matéria que poderá implicar na prejudicialidade do exame do primeiro recurso.

Análise do agravo retido interposto pelo segundo apelante, no termo de audiência de f. 355/356.

Pretende o segundo apelante ver declarada a nulidade da sentença, sob o argumento de cerceamento de defesa, haja vista que o MM. Juiz sentenciante lhe indeferiu a produção da prova testemunhal tempestivamente requerida.

Razão, contudo, não assiste ao apelante, uma vez que a matéria questionada nos autos era, e é, apenas de direito, haja vista a inocorrência de qualquer controvérsia sobre o fato central da demanda, de que a autora, ora apelada, é titular de 50% (cinquenta) por cento do imóvel expropriado, e que a indenização correspondente foi paga à corré Carmelita Coelho da Rocha e aos seus demais irmãos, todos filhos da primeira, causando-lhe indiscutível prejuízo.

Nenhuma testemunha que viesse a depor nos autos poderia afastar essa realidade documentalmente demonstrada.

Além do mais, o segundo apelante queria trazer aos autos, como testemunhas, exatamente os filhos da autora, que receberam, conjuntamente com a primeira apelante, Carmelita Coelho da Rocha, a indenização que pertencia àquela, sendo, portanto, suspeitas ante o seu inequívoco interesse em que a demanda resolvesse em desfavor da mãe.

Assim, nego provimento ao agravo retido.

Preliminar de nulidade da decisão que rejeitou os embargos declaratórios, sob rótulo de ausência de fundamentação.

A preliminar em referência não se credencia ao sucesso, porque, na verdade, com os seus embargos, o segundo apelante pretendia, não expungir omissões do julgado, nem afastar eventuais contradições, mas um reexame da matéria, para o que não há espaço nos estreitos limites dos embargos.

A sentença foi vazada em termos claros, precisos e congruentes, não contendo qualquer vício, daí por que não estava o MM. Juiz sentenciante obrigado a repetir, nos mencionados declaratórios, os mesmos fundamentos expostos no *decisum* hostilizado.

Assim, levando-se em conta que a matéria questionada nos autos deveria ter sido aventada em outra esfera jurisdicional, e não em sede de embargos declaratórios, não vislumbro na preliminar sob análise qualquer possibilidade de sucesso.

Rejeito a preliminar.

Preliminar de inépcia da inicial.

Também não prospera a preliminar de inépcia da inicial, já corretamente afastada pela sentença.

Com efeito, a inicial contém todos os requisitos traçados pela legislação processual pátria, não se enqua-

drando em nenhum dos incisos constantes do parágrafo único do art. 295 do CPC; tanto que o segundo apelante pôde se defender amplamente, demonstrando haver interligado todos os seus termos, em especial quando busca encontrar inaceitáveis justificativas para a realização errônea do pagamento da indenização aos filhos da autora, ignorando o seu direito de meação.

O fato de a autora haver pedido a anulação da desapropriação e o ressarcimento do valor a que julga ter direito, em decorrência de sua meação sobre o imóvel objeto da lide, não importa em qualquer contradição a contaminar a validade do *decisum*, porquanto o Magistrado sentenciante, de forma juridicamente correta, entendeu que a ação era nuclearmente de conteúdo indenizatório, e, como tal, a decidiu, em face de a desapropriação já se achar consumada, em caráter irreversível, somente restando, a essa altura, a convolação do ato em indenização.

Rejeito a preliminar.

Mérito.

No mérito, melhor não se afigura a situação do Consórcio apelante.

Pelos elementos de convicção presentes nos autos, verifica-se que o imóvel descrito na exordial pertencia ao casal Joaquim Romão da Rocha e Ana Coelho da Rocha. Com o falecimento do varão, o referido bem passou a pertencer à viúva meeira, ora apelada, e seus filhos, na ordem de 50% (cinquenta por cento) para a primeira e 50% (cinquenta por cento) para os últimos, entre os quais a corré e primeira apelante, Carmelita Coelho da Rocha, que nele residia por consentimento dos pais.

Ocorre que tal imóvel foi desapropriado pelo segundo apelante, que, de forma negligente, não verificando, como deveria, a documentação pertinente, pagou a integralidade da indenização aos filhos do casal, deixando à margem de qualquer direito a viúva meeira, pessoa idosa, com mais de 80 (oitenta) anos de idade.

A alegação de que a parte do imóvel em questionamento fora doada pela apelada aos filhos não restou comprovada, tudo indicando tratar-se, tal argumento, de mero artifício de defesa, porém sem nenhum poder de convencimento.

Também não se credencia ao sucesso o argumento de que a apelada era apenas possuidora do imóvel e não sua proprietária, e não teria, por isso, direito ao recebimento da importância perseguida na presente ação.

Em primeiro lugar, porque restou comprovada a propriedade do espólio de Joaquim Romão da Rocha sobre o imóvel objeto da lide. E, em segundo, porque, mesmo sendo ele apenas possuidor vintenário, como alega o apelante, isso não afastaria o seu direito à indenização pela perda do imóvel, conforme vem se posicionando a doutrina e a jurisprudência.

A propósito, destaca-se da clássica obra de Hely Lopes Meirelles (*Direito administrativo brasileiro*. 33. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 603), *verbis*:

> A desapropriação da propriedade é a regra, mas a posse legítima ou de boa-fé também é expropriável por ter valor econômico para o possuidor, principalmente quando se trata de imóvel utilizado ou cultivado pelo posseiro. Certamente, a posse vale menos que a propriedade, mas nem por isso deixa de ser indenizável, como têm reconhecido e proclamado os nossos Tribunais.

Por sua vez, o Supremo Tribunal Federal, em casos análogos ao destes autos, submetidos ao seu julgamento, já decidiu que "tem direito à indenização não só o titular do domínio do bem expropriado, mas, também, o que tenha sobre ele direito real limitado, bem como direito à posse". (*Revista de Direito Administrativo*, nº 123, p. 283).

Deste egrégio Tribunal, destaca-se, *verbis*:

> O possuidor sem título de domínio, que tenha ficado privado de sua posse em procedimento expropriatório, tem direito à indenização das benfeitorias existentes na área declarada de utilidade pública. (TJMG, 5ª Câmara Cível, Apelação nº 1.0011.03.003449-7/001, Rel. Des. Edílson Fernandes, j. em 24.05.2005, p. em 10.06.2005.)

Forçoso admitir que o possuidor sem título de domínio, que tenha ficado privado de sua posse em procedimento expropriatório, tem direito à indenização do imóvel e das benfeitorias existentes na área declarada de utilidade pública, sob pena de enriquecimento ilícito do Poder Público, em detrimento de particular, razão pela qual a sentença merece ser confirmada quanto à indenização devida à apelada, por todos os fundamentos já invocados.

Análise da segunda apelação.

O inconformismo da primeira apelante resulta apenas do fato de que, não tendo sido vencida na demanda, quanto ao seu aspecto substancial, uma vez que apenas o corréu, Consórcio Baguari, foi condenado a ressarcir a autora pelo valor da metade do lote expropriado, não pode, por óbvio, sob pena de ofensa ao art. 20 do CPC, arcar com quaisquer ônus.

Apesar de a sentença haver reconhecido que a primeira apelante participou do ilícito que acabou por prejudicar o direito de meação da apelada, é certo que, em sua parte dispositiva, condenou apenas o Consórcio Baguari ao pagamento da indenização reclamada na peça de ingresso.

Não se pode, em outro passo, olvidar que a apelante restou vencida quanto à exclusão da lide das empresas Vertente Engenharia e ECSA Engenharia, que apenas prestaram serviços ao consórcio recorrente, daí porque a sua condenação à verba sucumbencial, fixada em R$2.000,000 (dois mil reais), afigura-se coerente e justa, devendo, portanto, ser mantida.

À vista do exposto, nego provimento a ambas as apelações.

Custas recursais, na ordem de 50% para cada recorrente.

DES. ROGÉRIO MEDEIROS - Sr. Presidente, eu faço os mesmos registros em relação à sustentação oral.

Tendo examinado os autos, cheguei à mesma conclusão do eminente Relator, no sentido de haver negligência no pagamento incorreto da indenização, e acompanho sua Excelência na íntegra.

DES. ESTEVÃO LUCCHESI - Sr. Presidente, com o mesmo registro em relação à sustentação oral, eu acrescento que recebi memorial do escritório Ricardo Carneiro, assinado pelo Dr. Bruno Dantas, que fez a sustentação oral.

O meu voto é no sentido de negar provimento a ambas as apelações.

Súmula - REJEITARAM PRELIMINARES E NEGARAM PROVIMENTO A AMBOS OS RECURSOS.

...

Acidente ferroviário - Cruzamento de via férrea com via em que transita veículo automotor - Ausência de cautela do condutor do automóvel - Culpa exclusiva da vítima - Responsabilidade da concessionária de serviço ferroviário - Inexistência

Ementa: Acidente ferroviário. Cruzamento de via férrea com via em que transita veículo automotor. Ausência de cautela do condutor do automóvel. Culpa exclusiva da vítima. Ausência de responsabilidade da concessionária de serviço ferroviário.

- Não há que se falar em responsabilidade da concessionária de serviço público pelos prejuízos materiais sofridos pelo administrado, em razão de acidente ocorrido em linha férrea, se o evento foi causado por culpa exclusiva deste último.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0145.08.503111-3/002 - Comarca de Juiz de Fora - Apelantes: Antônio Inácio de Pádua Pereira, André Luiz Soares Pereira e outro, Vilma da Penha Soares Pereira - Apelados: MRS Logística S.A., Allianz Seguros S.A. - 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, à unanimidade, em NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 4 de dezembro de 2012. - *Pedro Bernardes* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. PEDRO BERNARDES - Tendo a MM. Juíza da 3ª Vara Cível da Comarca de Juiz de Fora julgado improcedente o pedido formulado na ação de indenização proposta por André Luiz Soares Pereira, Antônio Inácio de Pádua Pereira e Vilma da Penha Soares Pereira em face da MRS Logística S.A. (f. 660/663), aqueles interpuseram o presente apelo, buscando a reforma do *decisum*.

Em razões de f. 668/672, afirmam os recorrentes, em síntese, que o julgador não se encontra limitado às conclusões apresentadas em laudo pericial; que, no presente caso, houve apresentação de documentos, apresentados em ação civil pública, que corroboram as afirmações dos apelantes; que as provas produzidas na ação civil pública e que foram apresentadas na presente ação indicam a precariedade da sinalização no local do acidente, que consiste em um cruzamento de linha férrea; que já ocorreram vários acidentes no local; que não foi possível evitar a colisão entre o trem e o veículo; que a sentença não poderia ter sido proferida com base apenas na perícia, quando nos autos foram apresentadas outras provas que confirmam as alegações dos apelantes; que não se pode falar em imprudência do condutor do veículo; que não há dúvida quanto à caracterização dos danos morais; que, quando o trem está aproximando das passagens de nível, o maquinista deve reduzir a velocidade para 20 km/h; que até hoje a apelada adota o sistema de sinalização manual, que é um método arcaico; que não há dúvida quanto à negligência da apelada; que a apelada desistiu da oitiva de testemunha, visto que temia a produção de prova contrária a ela mesma. Tecem outras considerações e, ao final, pedem que a sentença seja reformada.

A apelada Allianz Seguros S.A. apresentou contrarrazões às f. 676/680, afirmando que deve ser negado provimento ao apelo e mantida a sentença.

A MRS Logística S.A. apresentou contrarrazões às f. 682/709, rebatendo os argumentos apresentados no apelo.

Não foi feito preparo em razão da justiça gratuita.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do apelo.

Compulsando os autos, vê-se que o veículo de propriedade de um dos apelantes, conduzido por terceiro e transportando os demais recorrentes, se envolveu em acidente de trânsito. Pelo que se observa, durante a travessia do citado veículo sobre linha férrea, ele foi atingido por uma locomotiva.

Argumentam os apelantes que, em razão do acidente, sofreram danos morais e materiais, motivo pelo qual propuseram a presente ação indenizatória. O pedido inicial foi julgado improcedente, o que motivou a interposição do presente apelo pelos autores.

A meu sentir, não obstante ser aplicável ao presente caso o disposto no § 6º do art. 37 da Constituição da República, ou seja, sendo a apelada concessionária de serviço público responde objetivamente pelos danos suportados pelo administrado, a apelada MRS Logística S.A. não pode ser responsabilizada pelo prejuízo sofrido pelos apelantes.

Pelo que se depreende da prova dos autos, o acidente ocorreu por culpa exclusiva do condutor do veículo de propriedade do apelante André Luiz, circunstância esta capaz de elidir a responsabilidade da recorrida.

O acidente narrado nos autos ocorreu no local indicado nas fotografias de f. 399/408. Pelo que se observa, atualmente o local conta com boa sinalização, não havendo dúvida quanto ao trânsito ferroviário e ao dever de atenção que os motoristas de veículos automotores devem ter ao atravessarem a linha férrea. Mesmo que na época dos fatos o local não fosse devidamente sinalizado, era possível saber da circulação ferroviária no local, cabendo então ao condutor de automóvel ter o devido cuidado ao transpor a linha férrea, o que não ocorreu no presente caso.

Conforme disposto no inciso XII do art. 29 do Código de Trânsito Brasileiro, os veículos que se deslocam sobre trilhos terão preferência de passagem sobre os demais, respeitadas as normas de circulação, de modo que é dever do motorista de veículo automotor aguardar o momento seguro para realizar a travessia da linha, e não esperar que o maquinista da locomotiva realize operação de frenagem ao avistar a invasão da sua via por outro agente.

No presente caso, o que se depreende da prova produzida é que o condutor do veículo do apelante não teve a cautela esperada ao realizar a travessia. A meu sentir, antes de cruzar a linha férrea, o condutor do veículo do apelante não verificou se havia alguma locomotiva se aproximando, ou então contou que, não obstante a sua proximidade, poderia realizar a travessia sem ser atingido.

Pela análise das fotografias acima mencionadas, vê-se que o abalroamento não teria ocorrido se o motorista do automóvel o estivesse conduzindo de forma cuidadosa.

Entendo que, para haver colisão no local onde o acidente ocorreu, é necessário que a locomotiva já estivesse bem próxima, em local já perceptível por aquele que ia adentrar a linha férrea, cabendo então ao condutor do automóvel não realizar a travessia, evitando assim o acidente. Como informado nos autos, o acidente ocorreu por volta de quatro e meia da manhã, quando ainda estava escuro e era possível perceber os faróis da locomotiva, indicando a sua chegada.

Dessa forma, entendo que a colisão foi provocada pelo condutor do veículo do apelante. Se ele tivesse realizado a parada obrigatória no local e aguardado a passagem da locomotiva, o acidente não teria ocorrido.

Mesmo que o maquinista não tenha acionado o sinal sonoro ou que o local não tivesse qualquer sinalização quanto à chegada da locomotiva, diante das circunstâncias anteriormente mencionadas quanto ao local em que a locomotiva poderia estar, quando o condutor do automóvel chegou ao cruzamento, o acidente poderia ter sido evitado.

De acordo com o laudo pericial, a travessia do automóvel poderia ter ocorrido sem que ocorresse a colisão. Mas, salienta-se que, segundos depois de concluída a travessia, o trem já passaria pelo cruzamento de vias, o que se depreende das respostas aos quesitos 386/391, elaborados pela apelada/concessionária. A meu sentir, considerando que a diferença de tempo seria de segundos, o condutor do automóvel teria agido corretamente se tivesse aguardado a passagem da locomotiva.

Considerando os fatos que podem ocorrer quando a travessia é feita com um tempo de segurança praticamente mínimo, o prudente seria que o condutor do automóvel não tivesse atravessado a via férrea. Como não agiu de forma cuidadosa, ocorreu justamente uma particularidade que provavelmente foi causada pela falta de prudência.

Como informado na própria inicial, o condutor abandonou o veículo no meio do leito da via férrea. Provavelmente, considerando a proximidade do trem, o motorista do automóvel ficou muito nervoso, perdendo o seu controle, e não deu continuidade à travessia, abandonando o automóvel com os demais passageiros, possibilitando, então, a colisão.

Diante dessas circunstâncias, não há outra conclusão a não ser no sentido de que a colisão foi provocada pelo condutor do automóvel, e não pela falta de sinalização no local. Pelo que se depreende do laudo pericial, o trem estava próximo do cruzamento quando foi feita a travessia; mesmo que esta pudesse ser feita sem haver a colisão, ela seria concluída segundos antes da passagem do trem pelo cruzamento e, dessa forma, o dever de cuidado exigiria que o condutor do automóvel tivesse aguardado a passagem da locomotiva. Além de tudo isso, o condutor do automóvel o abandonou no meio da via férrea, provocando a colisão.

Ora, nenhuma dessas circunstâncias foi provocada pela falta de sinalização. Todos os eventos ocorreram por culpa única e exclusiva do condutor do automóvel, e, dessa forma, não se pode atribuir à apelada/concessionária qualquer responsabilidade.

Em conclusão do laudo pericial, o il. perito informou:

> [...]
> Concluídos os trabalhos, e diante todo o exposto é o perito do Juízo do parecer que o evento, embate entre as unidades de trânsito: composição ferroviária e Fiat Tipo, decorreu da inobservância, por parte do condutor deste último, à sinalização imposta aos condutores de automotores que se aproximam da passagem de nível, agravado pelos instantes do não completo domínio do veículo.
> A rigor, deveria o condutor do automóvel aguardar o momento seguro para transpor a faixa ferroviária, estando ao seu alcance evitar a interceptação da composição, e, se no momento, entendeu que poderia concluir a passagem, caberia também a ele todo o domínio da manobra e finalizar em segurança após a ferrovia (f. 394/395).

Nessas condições, entendo que deve ser mantida a improcedência do pedido inicial.

Por fim, cumpre salientar que, ao contrário do que foi afirmado pelos apelantes, não há nos autos qualquer outra prova que se revele contrária ao que foi informado no laudo pericial. O simples fato de ter sido proposta ação civil pública pelo Ministério Público em face da recorrida não implica responsabilidade dela pelos danos afirmados nesta ação.

Como acima registrado, mesmo que na época do fato o local não estivesse bem sinalizado, o acidente, tal como ocorreu, teve como causa a falta do dever de cuidado do motorista do automóvel, de modo que qualquer dano foi causado exclusivamente por este último.

Dessarte, nego provimento ao apelo.

Custas, pelos apelantes, ficando suspensa a exigibilidade de pagamento em razão da justiça gratuita.

É como voto.

DES. LUIZ ARTUR HILÁRIO - De acordo com o Relator.

DES. MOACYR LOBATO - De acordo com o Relator.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

...

Direito do consumidor - Crime contra as relações de consumo - Atipicidade - Falsidade ideológica - Estelionato - Dolo - Ausência de prova - Absolvição

Ementa: Apelação criminal. Crime contra as relações de consumo. Inocorrência conduta que não se amolda ao tipo. Estelionato e falsidade ideológica. Insuficiência de provas quanto aos elementos subjetivos específicos dos tipos. Absolvição.

- É necessário prova escorreita e segura da existência do fato delituoso e de sua autoria, para que a presunção de inocência que milita em favor do acusado seja elidida; isso porque uma condenação baseada apenas em conjecturas e ilações feriria de morte a *dignidade da pessoa*, princípio matriz de nossa Constituição.

- Os crimes de estelionato e de falsidade ideológica exigem dolo específico: sem prova robusta da intenção dos acusados de obter vantagem para si ou para outrem e de prejudicar direito de terceiro, não é possível exarar um decreto condenatório.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0024.10.001601-3/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelantes: Débora de Lourdes Cândido Marques Froes, Edmilson Marques Froes, Clara Maria Cândido - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Vítima: Wanderson Edilberto Martins - 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, à unanimidade, em DAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 22 de novembro de 2012. - *Cássio Salomé* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. CÁSSIO SALOMÉ - Débora de Lourdes Cândido Marques Froes, Clara Maria Cândido e Edmilson Marques Froes não se conformam com a sentença, de f. 206/226, que os condenou às penas de 1 (um) ano de reclusão, em regime inicialmente aberto, e 10 (dez) dias-multa pela prática do crime de falsidade ideológica; e ainda condenou o último à reprimenda de 4 (quatro) anos de detenção, em regime inicialmente aberto, pelo cometimento do delito previsto no art. 7º, VII, da Lei nº 8.137/1990. Aviaram, então, recurso de apelação.

Segundo a exordial acusatória, o apelante Edmilson Marques Froes, sabedor das restrições legais à sua inclusão em sociedades empresárias, pediu à sua esposa Débora de Lourdes Cândido Marques Froes e à mãe dela, Clara Maria Cândido, para registrar a sua empresa de comércio de veículos em nome delas. A proposta foi prontamente aceita, tendo a Ipiranga Comércio de Veículos Ltda. sido constituída como se as apelantes fossem as suas proprietárias.

No dia 5 de outubro de 2005, a vítima Wanderson Edilberto Martins compareceu ao estabelecimento da mencionada sociedade empresária, sediada na Avenida Cristiano Machado, nº 2.575, bairro Ipiranga, nesta Capital, e foi recebido por Edmilson Marques Froes, que se apresentou como sócio e gerente da empresa. Na ocasião, eles acordaram que o ofendido deixaria o veículo Fiat Palio Fire, ano 2004, placa HBH-6893, de sua propriedade, ali, em consignação, para que a Ipiranga Comércio de Veículos Ltda. intermediasse a sua venda, pela quantia de R$21.400,00 (vinte e um mil e quatrocentos reais).

Consta que, algum tempo depois, Edmilson Marques Froes informou ao ofendido Wanderson Edilberto Martins que a própria sociedade empresária compraria o seu veículo e entregou-lhe dois cheques, emitidos pela Ipiranga Comércio de Veículos Ltda.: um no valor de R$11.400,00 (onze mil e quatrocentos reais); e outro, como promessa de pagamento, no valor de R$10.000,00 (dez mil reais). A primeira cártula foi, no entanto, devolvida por insuficiência de fundos, e a segunda teve o seu pagamento injustificadamente frustrado.

De acordo com a inicial, quando a vítima Wanderson Edilberto Martins compareceu à sede da empresa para resolver o problema, foi informada de que seu veículo fora vendido para outra pessoa por meio de financiamento bancário.

Apurou-se que o adquirente do veículo era o também ofendido Robson Luiz Pereira de Carvalho, que compareceu à loja no dia 6 de novembro de 2008 e comprou o carro supramencionado pela quantia de R$23.600,00 (vinte e três mil e seiscentos reais). O pagamento pelo veículo foi feito da seguinte maneira: a vítima entregou à sociedade empresária o veículo Palio Weekend 97/97, placa GUA-2775, avaliado em R$17.000,00 (dezessete mil reais), e pagaria o restante do valor mediante financiamento bancário.

O apelante ludibriou, dessarte, tanto o ofendido Wanderson Edilberto Martins - que foi privado da posse de seu veículo - quanto a vítima Robson Luiz Pereira de Carvalho - que não teve o registro do automóvel transferido para o seu nome.

Vencida a instrução processual, a conspícua Magistrada monocrática teve por bem julgar parcialmente procedente a proemial, condenando Débora de Lourdes Cândido Marques Froes e Clara Maria Cândido pela

prática do crime previsto no art. 299 do Código Penal; e o apelante Edmilson Marques Froes nas iras do mesmo dispositivo, além daquelas cominadas no art. 7º, VII, da Lei nº 8.137/1990.

Os três apelantes foram regularmente intimados da sentença (f. 228, 233 e 235) e contra ela interpuseram recurso de apelação (f. 229).

Em razões de f. 248/255, a defesa requereu a absolvição dos apelantes do crime de falsidade ideológica, sustentando que o elemento subjetivo do tipo específico não restou configurado. No que tange ao crime contra as relações de consumo, alegou que o fato narrado na denúncia é mero ilícito civil, pois Edmilson Marques Froes agiu de boa-fé. Subsidiariamente, ela pugnou pela redução das penas-base para o mínimo legal; pelo estabelecimento das sanções provisórias abaixo de tal patamar, em razão da atenuante da confissão espontânea, e pela aplicação da ficção jurídica da continuidade delitiva.

Em contrarrazões, o ilustre Promotor de Justiça pugnou pelo desprovimento do recurso (f. 259/264), a que aquiesceu a Cúpula Ministerial (f. 265/270).

É o relatório.

Conheço do recurso, pois presentes os pressupostos de admissibilidade e processamento.

Inexistindo preliminares, arguidas ou apreciáveis *ex officio*, passo diretamente à análise do mérito.

1 - Do crime de falsidade ideológica.

Restou devidamente comprovado, pela certidão simplificada da Junta Comercial do Estado de Minas Gerais (f. 12) e pela prova oral angariada, que Débora de Lourdes Cândido Marques Froes e Clara Maria Cândido "emprestaram" seus nomes para que Edmilson Marques Froes, marido da primeira e genro da segunda, constituísse uma sociedade empresária de responsabilidade limitada.

De acordo com os apelantes, o engodo foi concebido para que Edmilson Marques Froes, que estava inscrito em cadastros de proteção ao crédito, pudesse trabalhar com a compra e venda de automóveis, de forma autônoma. Vejamos as suas declarações:

> - que, na época, o nome do interrogando possuía restrição no SPC e, portanto, não poderia colocar a empresa em seu nome, embora fosse o proprietário e gerente; que para tanto constou na empresa mencionada o nome de sua esposa e sogra, respectivamente Débora e Clara, sendo que na verdade 'elas só emprestaram o nome na empresa' (declarações do apelante Edmilson Marques Froes, em juízo, à f. 179);
>
> - que seu marido tinha restrição ao crédito, por isso não pôde colocar seu nome na empresa, mas ele era sócio e gerente; [...] que colocou seu nome na empresa para dar oportunidade financeiramente a seu marido e não teve a interroganda a intenção de prejudicar alguém (declarações da apelante Débora de Lourdes Cândido Marques Froes, em juízo, à f. 175);
>
> - que a interroganda não teve a intenção de prejudicar qualquer pessoa (declarações da apelante Clara Maria Cândido, em juízo, à f. 174).

Pois bem. Segundo a doutrina, além do dolo genérico, é preciso que o agente atue com o intuito de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante, para que reste configurado o delito descrito no art. 299 do CP. Vejamos:

> Elemento subjetivo do tipo: é o dolo, mas se exige 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 (NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal comentado*. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 1.073).

Nada disso restou demonstrado no presente caso. Ao que parece, Débora de Lourdes Cândido Marques Froes e Clara Maria Cândido atuaram apenas com o intuito de ajudar um ente querido; e Edmilson Marques Froes nunca tentou dissimular, durante as atividades da empresa, a sua ligação com a Ipiranga Comércio de Veículos Ltda., de modo a ludibriar aqueles que com ela se relacionavam.

Ora, as vítimas Wanderson Edilberto Martins e Robson Luiz Pereira de Carvalho disseram que o apelante se identificou desde sempre como "sócio-gerente" da sociedade empresária e foi ele a quem elas buscaram quando tiveram problemas com o adimplemento dos contratos celebrados. Assim, apesar de os atos dos apelantes, no sentido de burlar as normas que impediam Edmilson Marques Froes de integrar sociedade empresária, tenham sido ilegais, a conduta deles não se afigura criminosa por ausência do dolo específico.

Absolvo, então, Débora de Lourdes Cândido Marques Froes, Clara Maria Cândido e Edmilson Marques Froes da prática do crime de falsidade ideológica, nos termos do art. 386, III, do Código de Processo Penal.

2 - Do crime previsto no art. 7º, VII, da Lei nº 8.137/1990.

De início, esclareço que o crime previsto no art. 7º, VII, da Lei nº 8.137/1990 é considerado um delito publicitário compreendido dentro do Direito Penal do Consumidor. Tanto é assim que José Luiz Bednarski afirma, ao analisar o art. 67 do Código de Defesa do Consumidor, que

> trata-se de crime formal, que se consuma independentemente da ocorrência do resultado. Se o consumidor é induzido ao erro pela publicidade falsa ou abusiva, configura-se outro crime, o do art. 7º, VII, da Lei 8.137/90 (BEDNARSKI, José Luiz. Coleção ciências criminais. In GOMES, Luiz Flávio; CUNHA, Rogério Sanches (Coords.). *Legislação criminal especial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009).

No caso *sub judice*, os ofendidos não incorreram em qualquer erro no que se refere à natureza do produto

ou do serviço: Wanderson Edilberto Martins reclama apenas de não ter recebido o dinheiro relativo à venda de seu veículo e Robson Luiz Pereira de Carvalho diz que não conseguiu transferir o automóvel adquirido da empresa do apelante para o seu nome por problemas no negócio jurídico celebrado por esta com o antigo proprietário do carro. É evidente, então, que não ocorreu crime contra as relações de consumo.

Passo a analisar, portanto, o eventual cometimento do delito de estelionato, que, segundo a sentença, teria sido absorvido pelo crime insculpido no art. 7º, VII, da Lei nº 8.137/1990.

2.1 - Do crime que vitimou Wanderson Edilberto Martins.

O ofendido Wanderson Edilberto Martins afirmou que deixou o seu carro, um Fiat Palio Fire, na loja do apelante, em consignação, para que ele intermediasse a venda do veículo e que, posteriormente, foi informado por ele de que a própria revendedora de automóveis compraria o bem. Disse que recebeu dois cheques em pagamento: que o primeiro foi devolvido, por insuficiência de fundos, e que o pagamento do segundo foi injustificadamente frustrado.

Edmilson Marques Froes confirmou a compra do carro supramencionado e a emissão das referidas cártulas. Disse, porém, que só deixou de honrar o compromisso assumido porque estava passando por dificuldades financeiras decorrentes da crise que assolou o planeta no ano de 2008.

Pois bem. O cheque é, naturalmente, uma ordem de pagamento à vista, sendo o art. 32 da Lei nº 7.357/1985 bastante claro nesse sentido. Vejamos a sua redação:

> Art. 32 O cheque é pagável à vista. Considera-se não estrita qualquer menção em contrário.

A emissão de tal título de crédito com data futura é, todavia, bastante comum, tanto no Brasil quanto no exterior (a prática é, inclusive, prevista em lei na Argentina - Ley 24.452, de 1995 - e no Uruguai - Decreto-Ley 14.412, de 1975). Nesses casos, entende-se que, por um acordo de vontades do beneficiário com o emitente, o cheque mantém a sua característica de título executivo extrajudicial, mas se transmuta em mera promessa de pagamento.

A emissão de cheques de pagamento diferido não configura, portanto, uma verdadeira fraude; o beneficiário sabe e concorda que o título que lhe é entregue teve a sua função de ordem de pagamento à vista desvirtuada. Eventual falta de provisão de fundos não caracteriza, portanto, o crime previsto no art. 171, § 2º, VI, Código Penal, mas mero ilícito civil.

No mesmo sentido, vale conferir a lição de Cezar Roberto Bitencourt:

> Cheque pós-datado e cheque especial: A característica fundamental desse título de crédito é ser uma ordem de pagamento à vista. Por isso, quando alguém recebe cheque para ser apresentado em data futura, está recebendo o cheque descaracterizado em sua essência, travestido de mera promessa de pagamento. O cheque pós-datado desnatura a ordem de pagamento à vista que este instituto representa. Com efeito, cheque emitido em garantia de dívida, isto é, pós-datado (pré-datado, para alguns), representa uma promessa de pagamento, a exemplo da nota promissória. Eventual inexistência de fundos suficientes, quando de sua apresentação, não caracteriza, portanto, o estelionato definido no dispositivo em exame. Se não for compensado por falta de suficiente previsão de fundos, constituirá somente um ilícito civil, e não chega ao *status* de crime, pela falta daquela característica natural do cheque de ser ordem de pagamento à vista (BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*: parte especial. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, v. 3).

In casu, o Ministério Público afirmou, na denúncia, que o apelante emitiu 2 (dois) cheques, um para pagamento imediato e outro com data futura. A vítima não fez, todavia, nenhuma afirmação nesse sentido e tanto a cártula de f. 13/13-verso quanto a de f. 15 contêm a expressão "bom para", o que indica que ambas eram de pagamento diferido. Assim, é impossível condenar Edmilson Marques Froes pela prática do delito tipificado no art. 171, § 2º, VI, do Estatuto Repressivo Material.

Tampouco se mostra viável a condenação do apelante nas iras do art. 171, *caput*, do mencionado Diploma, pois não vislumbro nenhuma prova de que ele se valeu das cártulas de f. 13/13-verso e 15 para enganar o ofendido; que deixou de adimplir a obrigação assumida por livre e espontânea vontade.

Ora, Edmilson Marques Froes foi incisivo ao afirmar que a Ipiranga Comércio de Veículos Ltda. estava passando por dificuldades financeiras na época, e o fato de a empresa estar inativa atualmente corrobora essa versão. Além disso, a sogra do apelante afirmou que ele nunca conseguiu reerguer-se após o fracasso da sociedade empresária e, atualmente, mora de favor. Vejamos as suas declarações:

> que o acusado Edmilson não teve condições de pagar a vítima e está devendo até hoje a esta; [...] que o esposo da interroganda construiu um barracão para Edmilson morar e que a situação financeira deste está difícil (declarações de Clara Maria Cândido, em juízo, à f. 173).

Dessarte, embora esteja claro que o apelante causou prejuízo à vítima, não restou comprovado que ele o fez de forma voluntária, a fim de obter vantagem ilícita. E, sem o elemento subjetivo específico do tipo, não há crime de estelionato. Absolvo Edmilson Marques Froes, então, nos termos do art. 386, VII, do Código de Processo Penal.

2.2 - Do crime que vitimou Robson Luiz Pereira de Carvalho.

O ofendido Robson Luiz Pereira de Carvalho contou que comprou da Ipiranga Comércio de Veículos Ltda. o veículo Fiat Palio Fire, ano 2004, placa HBH-6893, que lhe

foi entregue regularmente. Afirmou, contudo, que jamais conseguiu regularizar a documentação de tal veículo, em razão dos problemas acima narrados, no contrato de compra e venda celebrado pela referida sociedade empresária e o antigo proprietário do automóvel.

Pois bem. Conforme exposto alhures, a Ipiranga Comércio de Veículos Ltda. adquiriu o veículo Fiat Palio Fire, ano 2004, placa HBH-6893, de Wanderson Edilberto Martins, mas não pagou pelo produto. Posteriormente, a revendedora de automóveis vendeu o mencionado automóvel para Robson Luiz Pereira de Carvalho. A sociedade empresária deixou, contudo, de efetuar o pagamento devido àquele ofendido, que, com medo de ficar sem o dinheiro e ainda perder o seu carro, se recusou a fazer os registros de praxe nos órgãos competentes. Edmilson Marques Froes, sócio da referida empresa, viu-se, assim, impossibilitado de transferir o automóvel para a segunda vítima.

Permissa venia, não vejo qualquer intenção fraudulenta no negócio firmado entre a Ipiranga Comércio de Veículos Ltda. e Robson Luiz Pereira de Carvalho. A vítima recebeu o veículo adquirido regularmente e, ao que tudo indica, a regularização da documentação só não ocorreu porque Edmilson Marques Froes teve problemas com o proprietário anterior do automóvel.

Dessa forma, creio que o crime de estelionato não restou configurado, sendo forçoso absolver o apelante também desse delito nos termos do art. 386, VII, do Diploma Adjetivo Penal.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso para absolver Débora de Lourdes Cândido Marques Froes, Clara Maria Cândido e Edmilson Marques Froes de todas as imputações que lhe foram feitas, nos termos do art. 386, III e VII, do Código de Processo Penal.

Custas, pelo Estado de Minas Gerais.

DES. AGOSTINHO GOMES DE AZEVEDO - Peço vista.

DES. DUARTE DE PAULA (em adiantamento de voto) - Ponho-me de inteiro acordo com o voto que me antecede, pedindo respeitosa vênia ao ilustre Relator para acompanhá-lo em seu judicioso entendimento, se assim me permitir, tanto quanto aos motivos e fundamentos como quanto ao resultado.

Peço-lhe apenas permissão para promover um simples e pequeno adendo à sua r. decisão, no tocante às custas processuais, para impor ao Executivo estadual o ônus de ressarcir por seus valores as despesas do processo ao Judiciário, por constituir um prejuízo manifesto e uma evidente perda de insuportável receita orçamentária.

É que, ao buscar a prestação jurisdicional e gozando de isenção do pagamento de custas e taxa judiciária e outras despesas, o Ministério Público, como *dominus litis*, e ainda os entes públicos e outras entidades públicas, da Administração direta e indireta, em nível estadual e municipal, padece de invulgar injustiça impor ao Poder Judiciário o ônus exclusivo do prejuízo pela perda volumosa dessa receita orçamentária, dentre os poucos recursos que lhes são destinados e autorizados para sua manutenção e funcionamento.

Assim, por império de lógica, se as custas processuais constituem a mais significativa receita, específica e exclusiva do Poder Judiciário, com que sustenta seu orçamento de custeio, deve haver a justa compensação pelo prejuízo haurido em virtude da não percepção de seus valores, pela isenção, garantida pelas Constituições Federal e Estadual, aos entes públicos e assemelhados; e; sendo da competência exclusiva do Poder Executivo do Estado administrar o erário, necessário se faz, por um dever de justiça, arcar o Executivo estadual com o ônus de ressarcir ao Judiciário, com rubrica em orçamento, os valores despendidos com a prestação jurisdicional exigida, visto constituir uma evidente e manifesta perda de expressiva receita orçamentária.

É que, em face da observância dos princípios da harmonia e, especialmente, da autonomia e da independência dos poderes, o Executivo, Legislativo e Judiciário apresentam, com suporte em lei de diretrizes orçamentárias, os seus próprios orçamentos anuais, em separado, e por competir ao Poder Executivo a administração do erário no Estado de Minas Gerais, por força de suas próprias atribuições executivas e administrativas, e ser a ele atribuído o exclusivo patrocínio não só das despesas com a gratuidade de justiça, deve também ser-lhe imposto o ônus de compensar o Poder Judiciário pelas perdas de receita, visando cobrir as despesas inerentes aos processos em que seja concedido o benefício.

É que, em ocorrendo isenção do pagamento das custas, como legalmente permitida, a perda de receita orçamentária de nosso Tribunal de Justiça de Minas Gerais constitui notória transferência ao Poder Judiciário do ônus exclusivo de seu prejuízo, em detrimento da sua cara manutenção, dos sérios e graves encargos e despesas decorrentes do exercício de suas funções, especialmente com a sua indispensável e precípua prestação jurisdicional.

Ademais, o entendimento que tenho defendido, em boa hora, foi acolhido pelo Tribunal pleno, quando da votação e aprovação do novo Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, em vigor desde 25 de setembro último, prevendo expressamente:

> Art. 574 - As despesas relativas à gratuidade de justiça e aos programas sociais, cuja responsabilidade seja do Poder Executivo, mas forem instituídos ou executados pelo Poder Judiciário, terão seus custos repassados ao Poder Executivo, conforme constar de lei orçamentária e mediante convênio.

Com tais adminículos, acompanho o Relator e, por império de justiça, imponho ao Executivo estadual o ônus de ressarcir ao Judiciário, com rubrica orçamentária, os valores das custas processuais a serem apuradas no presente processo, na fase de execução, para comunicação à Comissão de Orçamento, Planejamento

e Finanças do Tribunal, para que integre o projeto de Orçamento a ser remetido, no respectivo exercício à Assembleia Legislativa de Minas Gerais.

É como voto.

Súmula - PEDIU VISTA O REVISOR, APÓS O RELATOR E O VOGAL (EM ADIANTAMENTO DE VOTO) DAREM PROVIMENTO AO RECURSO.

Notas taquigráficas

DES. PRESIDENTE - O julgamento deste feito foi adiado na sessão do dia 08.11.2012, a pedido do Des. Revisor, após o Relator e o Vogal (em adiantamento de voto) darem provimento ao recurso.

DES. AGOSTINHO GOMES DE AZEVEDO - Pedi vista do processo na sessão anterior para melhor análise dos fatos colocados pelas partes.

Depois de debruçar-me atentamente sobre os autos, cheguei à mesma conclusão do e. Desembargador Relator, também entendendo que é o caso de dar provimento ao recurso para absolver Débora de Lourdes Cândido Marques Froes, Clara Maria Cândido e Edmilson Marques Froes de todas as imputações que lhe foram feitas, nos termos do art. 386, III e VII, do Código de Processo Penal.

Isso posto, mediante derradeiras considerações, estou de acordo com o judicioso voto do eminente Desembargador Relator.

É como voto.

Súmula - DERAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Júri - Quesitos - Erro na formulação - Inconformismo da defesa - Registro na ata de julgamento - Ausência - Preclusão - Prova - Opção dos jurados por uma das versões existentes - Decisão contrária à prova dos autos - Inexistência - Nulidade - Não ocorrência - Homicídio privilegiado - Reconhecimento - Legítima defesa - Afastamento - Condenação - Fixação da pena - Critério trifásico - Arts. 59 e 68 do Código Penal - Observância - Pena privativa de liberdade - Cumprimento - Incidência do art. 33, § 2º, *c*, do Código Penal - Regime aberto - Agravamento - Impossibilidade

Ementa: Apelação criminal. Homicídio privilegiado. Nulidade posterior à pronúncia. Suposto erro na quesitação. Inexistência. Arguição tardia em face da preclusão. Preliminar rejeitada. Mérito. Inconformismo ministerial e defensivo. Cassação do julgamento. Decisão manifestamente contrária à prova dos autos. Não ocorrência. Decisão popular mantida. Aumento da pena e agravamento do regime prisional. Impossibilidade. Recursos não providos.

- Não tendo sido registrada na ata do julgamento a irresignação defensiva quanto à formulação dos quesitos, desautorizada a posterior arguição de nulidade, pois preclusa a oportunidade para fazê-lo.

- Consoante a Súmula Criminal 28 do eg. Tribunal de Justiça, a cassação de veredicto popular ao argumento de ser manifestamente contrário às provas dos autos somente é admitida quando for a decisão "escandalosa, arbitrária e totalmente divorciada do contesto probatório".

- O fato de as partes não concordarem com a escolha feita pelo Conselho de Sentença não implica a cassação da decisão condenatória, pois é permitido ao Júri seguir uma das versões apresentadas nos autos.

- Não há que se falar em aumento da pena quando devidamente obedecido o critério trifásico de fixação e observadas as disposições dos arts. 59 e 68 do CP.

- O acusado primário e a quem foi imposta pena privativa de liberdade de 4 (quatro) anos faz jus ao cumprimento da reprimenda em regime aberto, conforme dispõe o art. 33, § 2º, *c*, do CP.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0569.05.002821-0/002 - Comarca de Sacramento - Apelantes: 1º) Ministério Público do Estado de Minas Gerais, 2º) Anivaldo Sebastião de Paula - Apelados: Anivaldo Sebastião de Paula, Ministério Público do Estado de Minas Gerais - 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 REJEITAR A PRELIMINAR E NEGAR PROVIMENTO AOS RECURSOS.

Belo Horizonte, 13 de novembro de 2012 - *Alberto Deodato Neto* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. ALBERTO DEODATO NETO - Trata-se de recursos de apelação criminal interpostos pelo Ministério Público Estadual e por Anivaldo Sebastião de Paula contra a sentença de f. 359/364, que, por decisão do Conselho de Sentença, condenou o réu pela prática do crime previsto no art. 121, § 1º, CP, à pena de 4 (quatro) anos de reclusão, em regime aberto, concedido o apelo em liberdade.

Denúncia às f. 2/3.

Intimações regulares, f. 327 e 364.

Pleiteia o *Parquet*, em razões de f. 374/379, a cassação do julgamento por manifestamente contrário à prova dos autos, tendo em vista o reconhecimento pelos jurados do privilégio (§ 1º do art. 121 do CP). Alternativamente, requer o aumento da pena e o agravamento do regime prisional para a modalidade inicialmente fechada.

A defesa, nas razões de f. 383/391, em sede de preliminar, pugna pela declaração de nulidade do julgamento, tendo em vista a não inclusão do quesito referente à legítima defesa, tese sustentada em plenário. No mérito, pede a cassação do julgamento, por manifestamente contrário à prova dos autos.

Contrarrazões às f. 393/407 (defesa) e 408/413 (Ministério Público), pugnando as partes pelo desprovimento do apelo contrário.

A Procuradoria-Geral de Justiça opina pelo provimento do recurso ministerial e desprovimento do apelo defensivo, f. 420/438.

É o relatório.

Conheço dos recursos, pois presentes os pressupostos de admissibilidade e processamento.

Preliminar.

Inicialmente, argui a defesa a nulidade do julgamento por suposto erro na quesitação, especificamente em relação ao quesito referente à tese de legítima defesa, tese sustentada em plenário.

Sem razão, contudo.

De plano, é imperioso constatar que se encontra preclusa a oportunidade para arguição da pretendida nulidade, consoante o disposto no art. 571, VIII, do CPP.

Com efeito, o nobre defensor, presente na sessão de julgamento em plenário, não registrou em ata seu inconformismo quanto à formulação dos quesitos, devendo, assim, arcar com as consequências de seu descaso, sob pena de ofensa ao princípio do *noeminem allegare potest sui cuique turpitudinem*, insculpido no art. 565 do CPP, segundo o qual ninguém pode se prevalecer da própria torpeza.

Aliás, à f. 326, consta que

> [...] a Meritíssima Juíza leu os quesitos e explicando o significado de cada um, indagou das partes se tinham qualquer requerimento ou reclamação a fazer, obtendo resposta negativa. Não havendo outros requerimentos ou reclamações, a Meritíssima Juíza Presidente anunciou que ia proceder ao julgamento [...].

Dessa forma, observado o devido processo legal e preservados os direitos à ampla defesa e ao contraditório, rechaço a nulidade arguida.

No mérito.

Apesar de apresentarem fundamentos diversos, o órgão ministerial e a defesa visam ambos à cassação do julgamento popular, alegando ter sido manifestamente contrário à prova dos autos, motivo pelo qual, nesse particular, os apelos serão analisados em conjunto.

Após detida análise do acervo probatório, não vejo como prosperar a pretensão recursal das partes.

Como cediço, o princípio regente dos processos de competência do Tribunal do Júri é o da "soberania dos vereditos populares".

É preciso que os julgadores estejam sempre atentos a este brocardo, analisando-o com extrema cautela, pois a cassação indiscriminada das decisões do Conselho de Sentença é violação grave e verdadeira ameaça à Constituição Federal.

Sobre o tema, aliás, impende transcrever as pertinentes considerações tecidas pelo culto Des. Gudesteu Biber, nos autos da Apelação Criminal de nº 1.0567.95.000772-2/001:

> Como de pacífica jurisprudência e de uníssona doutrina, só se licencia a cassação do veredito 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 negar vigência ao princípio constitucional da soberania do Júri.

No mesmo sentido também é a Súmula Criminal 28 deste eg. TJMG:

> A cassação do veredito popular por manifestamente contrário à prova dos autos só é possível quando a decisão for escandalosa, arbitrária e totalmente divorciada do contexto probatório, nunca aquela que opta por uma das versões existentes.

Dessa forma, a decisão do Conselho de Sentença somente deverá ser cassada por ser manifestamente contrária às provas dos autos, quando diante de uma aberração, um erro crasso, esdrúxulo, o que, com o devido respeito, não verifico.

Aos jurados são apresentadas diversas teses, podendo cada um deles optar pela que entender correta, sendo que o simples fato de as partes não concordarem com a escolha não implica a cassação da decisão do Júri, que seguiu uma das versões dos autos.

A respeito, o entendimento jurisprudencial:

> Havendo mais de uma versão sobre os fatos, é lícito ao Tribunal do Júri optar por uma delas, não podendo a decisão ser anulada, sob o fundamento de que contraria a prova dos autos (REsp n. 50.489/PR - Relator: Ministro Edson Vidigal - julgado em 23.6.1998 - *DJU* de 03.08.1992, p. 273).
>
> A decisão do Júri que, com supedâneo nos elementos constantes dos autos, opta por uma das versões apresentadas não pode ser anulada, sob a alegação de ser contrária à prova dos autos, pois tal procedimento só se justifica quando a decisão dos jurados é arbitrária, totalmente dissociada do conjunto probatório (TJSP, 3º Grupo de Câmaras; *RT* 675/354).

Pois bem.

O acusado alegou que

> [...] o irmão de Edenilson, apelidado 'Maninho', surgiu e acusou o depoente de ter furado os pneus de alguns carros estacionados na festa; que começaram a discutir, já que o depoente negou que tivesse faca ou canivete consigo (f. 346/348).

A testemunha Edílson Barsanulfo dos Santos Pinheiro, em plenário, declarou que

> [...] a vítima e o irmão da vítima começaram a discutir com o réu, por causa de haver uns pneus de carros furados (f. 332/335).

À semelhança, Erenilda Pinheiro dos Reis afirmou que

> [...] ficou sabendo que a briga entre Edenilson e o réu era por causa de uns pneus furados (f. 336/339).

Cleidimar Venilson Peres, por sua vez, disse que

> se encontrava próximo de Edenilson e o réu Anivaldo quando se iniciou uma discussão entre os dois; que Edenilson acusava Anivaldo de ter furado pneu de carros que estavam na festa; que Anivaldo negava a prática do ato (f. 94).

Portanto, há provas suficientes a sustentar o benefício do privilégio reconhecido pelos jurados, tendo em vista que a ação do acusado foi precedida de provocação da vítima, estando ele sob o domínio de forte emoção.

Também não há que se falar em ocorrência de legítima defesa.

Não há provas de que o réu tenha agido amparado pela excludente de ilicitude, já que a defesa não se desincumbiu do ônus de comprovar que ele utilizou dos únicos meios disponíveis e necessários, de forma moderada, a fim de repelir injusta agressão, atual ou iminente.

Ao contrário, o que se vê dos autos é que o acusado desferiu vários golpes em região vital da vítima (cabeça), utilizando-se de um porrete de madeira.

Assim, as provas dos autos autorizam a decisão dos jurados, que se convenceram da autoria do réu no crime descrito na denúncia, decidindo pela sua condenação (e, obviamente, afastando a legítima defesa, que se inclui no quesito do art. 483, III, CPP), bem como pelo reconhecimento do privilégio.

Pleiteia o órgão ministerial, como teses alternativas, o aumento da sanção imposta a Anivaldo, bem como a imposição de regime prisional inicialmente fechado.

Os pedidos não devem prosperar.

A d. Sentenciante considerou como desfavorável apenas a circunstância judicial relativa às consequências do crime, entendendo que a fixação da pena-base no mínimo legal atendia aos fins da prevenção e reprovação do crime.

Ademais, foi devidamente observado o critério trifásico de fixação da pena, tendo a ilustre Magistrada primeva examinado com acuidade os elementos circunstanciais do fato criminoso, obedecendo as disposições do art. 59 do CP, de forma a aplicar uma pena justa.

Também na terceira fase de dosimetria, o *quantum* de redução pelo reconhecimento do privilégio foi aplicado em seu patamar máximo, em coerência com a fixação da reprimenda basilar no mínimo legal e com a ausência de circunstâncias outras a autorizarem a imposição de *quantum* diverso.

Não há, portanto, qualquer alteração a ser feita na pena imposta ao réu, o mesmo se dizendo em relação ao regime prisional, compatível com a sua primariedade, com a pena imposta e com a análise favorável da maioria das circunstâncias judiciais do art. 59 do CP.

Diante do exposto, rejeito a preliminar e nego provimento aos recursos, mantendo inalterada a r. sentença penal condenatória.

Custas, *ex lege*.

DES. FLÁVIO BATISTA LEITE - De acordo com o Relator.

DES. REINALDO PORTANOVA - De acordo com o Relator.

Súmula - REJEITARAM AS PRELIMINARES E NEGARAM PROVIMENTO AOS RECURSOS.

...

Arma de fogo - Porte ilegal e posse - Inconfundibilidade - Porte da arma em via pública - Art. 14 da Lei 10.826/03 - Tipicidade - Consciência do agente da ilicitude do fato - Erro de proibição - Não cabimento - Condenação

Ementa: Apelação criminal. Porte de arma de fogo. Apreensão em via pública. Art. 14 do Estatuto do Desarmamento. Conduta que não se confunde com a posse. Tipicidade. Erro de proibição. Não reconhecimento. Agente com plena consciência da ilicitude do fato. Absolvição incabível.

- O porte ilegal de arma não deve ser confundido com a posse, porque esta última está vinculada ao registro da arma, servindo para mantê-la no interior da residência, ao passo que aquela está relacionada a outro tipo de autorização, cujo objetivo é legitimar uma situação diferente daquela, que é trazer consigo e circular com a arma em qualquer local fora do mencionado.

- Se o réu não se equivoca e tem pleno conhecimento de que atua ilicitamente, não pode invocar o erro de proibição.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0107.09.006139-4/001 - Comarca de Cambuquira - Apelante: José Eduardo Martins - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Relator: DES. CATTA PRETA

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, à unanimidade, em NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO, MAS CONCEDEM-SE, DE OFÍCIO, A REDUÇÃO DA PENA E A FIXAÇÃO DO REGIME ABERTO.

Belo Horizonte, 2 de outubro de 2012 - *Catta Preta* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. CATTA PRETA - Pela sentença (f. 101/108), o MM. Juiz de Direito da Comarca de origem condenou José Eduardo Martins como incurso nas sanções do art. 14 da Lei nº 10.826/03, fixando-lhe as penas de 2 anos e 2 meses de reclusão, no regime semiaberto, mais 12 dias-multa, fixada a unidade no mínimo legal.

A defesa interpôs recurso de apelação, alegando que a conduta é atípica e que o réu não tinha a consciência da ilicitude da conduta. Alternativamente, pede a substituição do art. 44 do CPB (f. 148/144).

O Ministério Público apresentou contrarrazões, pedindo a confirmação da sentença (f. 151/154).

A d. Procuradoria opinou pelo não provimento do recurso (f. 181/184).

É o relatório.

Conhece-se do recurso.

Narra a denúncia que, no dia 17 de outubro de 2009, por volta das 18h30, no trevo que liga os Municípios de Cambuquira e Lambari, na Rodovia BR nº 460, o réu José Eduardo Martins foi surpreendido por policiais militares portando uma garrucha de dois canos, calibre 44, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Primeiro, cinge-se a questão sobre o reconhecimento ou não da tipicidade da conduta de portar arma de fogo em via pública.

Como se sabe, a autorização contida no art. 12 da Lei nº 10.826/03, para posse de arma, é na própria residência do possuidor da arma, e não na de terceiros, *data venia*.

O período concedido pelo legislador para a devolução das armas não permite o porte.

Cabe lembrar que se tem reiteradamente entendido que o fato de o legislador ter concedido um prazo para que aqueles que possuíam armas de fogo não registradas providenciassem o seu registro ou a sua entrega à Polícia não lhes conferiu, em momento algum, o direito provisório ao porte.

Nesse sentido, é a jurisprudência, que acabou por sedimentar o entendimento de que o referido prazo alcançou apenas a conduta tipificada no art. 12 do chamado "Estatuto do Desarmamento", e não a do art. 14, que é aquela em que os recorrentes foram corretamente dados como incursos.

Diante disso, provado o fato de que o apelante portava arma de fogo fora de sua residência, outro caminho não há que o de reconhecer a tipicidade da conduta.

Melhor sorte não socorre a defesa ao afirmar que o réu agiu amparado pela excludente de culpabilidade do erro de proibição.

Primeiro, porque seria pouco crível admitir que o réu portava arma de fogo em via pública sem saber, mesmo após a ampla divulgação sobre o Estatuto do Desarmamento, que a conduta não era ilícita.

Segundo, porque o réu já se envolveu em fato considerado típico, ilícito e culpável, sendo condenado, na instância de origem e em segundo grau, pela prática do crime do art. 157, § 2º, I e II, do CPB, cinco anos e quatro meses de reclusão e treze dias-multa, a unidade no menor patamar (Autos nº 1.0107.08.002716-5/001 - acórdão julgado em 4.10.2009 pela 4ª Câmara Criminal deste TJMG).

Assim, incabível acolher a tese de que o erro era justificável ou escusável, dada a suposta incapacidade de discernimento do réu quanto à ilicitude dos seus atos - ilegalidade do seu comportamento.

Assim, não há que se falar em absolvição.

A defesa pede, também, a concessão da substituição da pena, prevista no art. 44 do CPB.

Ao nosso aviso, considerando as condições pessoais do réu, tem-se que a medida despenalizadora não se mostra a mais recomendável e suficiente para a reprovação de delitos. Veja-se que o réu tem contra si uma condenação por roubo mediante concurso de agentes - um adolescente - e emprego de arma, que não o fez reincidente tão somente por ter aquela transitado em julgado alguns dias após a prática do crime que aqui se examina.

Por fim, tem-se que a sentença está a merecer um pequeno reparo, em específico, na parte em que se reconheceu a agravante da reincidência.

É que o d. Magistrado reconheceu a reincidência, na segunda fase do art. 68 do CPB, mesmo não havendo trânsito em julgado da condenação anterior, referente ao Processo nº 1.0107.08.002716-5/001, razão pela qual deve ser decotada a majorante da pena, conforme CAC de f. 29.

Assim, fazendo essa pequena retificação, torna-se a reprimenda definitiva, ao final, em 2 anos de reclusão, mais 10 dias-multa.

Altera-se, outrossim, por via de consequência, o regime de cumprimento da pena, uma vez que foi afastada da dosimetria a circunstância da reincidência.

Pelo exposto, nega-se provimento ao recurso, mas concedem-se, de ofício, a redução da pena para 2 anos de reclusão mais 10 dias-multa, alterando-se o regime prisional para o aberto.

Custas, na forma da lei.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES JAUBERT CARNEIRO JAQUES e RUBENS GABRIEL SOARES.

Súmula - RECURSO NÃO PROVIDO E, DE OFÍCIO, REDUZIDA A PENA E ALTERADO O REGIME PRISIONAL.

...

Tráfico de drogas - Desclassificação do crime - Posse de drogas para consumo pessoal - Não cabimento - Fornecimento gratuito - Compartilhamento - Prova - Testemunha - Desclassificação do crime - Tráfico privilegiado - Admissibilidade - Assistência judiciária - Defensoria Pública - Isenção de custas

Ementa: Apelação criminal. Art. 33, § 3º, da Lei nº 11.343/06. Oferecimento de droga a pessoa de seu relacionamento para juntos consumirem. Desclassificação para o delito de uso. Impossibilidade. Autoria comprovada. Depoimento do usuário. Harmonia com as demais provas. Custas processuais. Isenção. Réu assistido pela Defensoria Pública.

- O depoimento prestado pelo usuário, em harmonia com os demais elementos colhidos nos autos, que evidencia a cessão de droga pelo réu para consumo compartilhado, justifica a condenação no art. 33, § 3º, da Lei nº 11.343/06.

- De acordo com o art. 10, inciso II, da Lei Estadual nº 14.939/03, são isentos do pagamento de custas os que provarem insuficiência de recursos e os beneficiários da assistência judiciária.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0112.11.006581-3/001 - Comarca de Campo Belo - Apelante: Raniele Souza Carvalho - 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 PARCIAL AO RECURSO.

Belo Horizonte, 27 de novembro de 2012. - *Eduardo Machado* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. EDUARDO MACHADO - Trata-se de apelação criminal interposta contra a sentença de f. 128/140, que, julgando parcialmente procedente a denúncia, condenou o apelante pela prática do crime previsto no art. 33, § 3º, da Lei nº 11.343/06, às penas de 8 (oito) meses de detenção, em regime aberto, e pagamento de 800 (oitocentos) dias-multa, sendo a reprimenda corporal substituída pela restritiva de direito de prestação de serviços à comunidade.

Nas razões recursais, às f. 151/152, pleiteia-se a desclassificação para o delito previsto no art. 28 da Lei nº 11.343/06 e a concessão da isenção das custas processuais.

Contrarrazões recursais, às f. 153/159.

Manifesta-se a douta Procuradoria de Justiça, às f. 164/167, pelo conhecimento e provimento parcial do recurso, "apenas para conceder a isenção das custas processuais".

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

Interrogado, às f. 11 e 116/118, o apelante assumiu a propriedade da porção de "cocaína" enrolada numa nota de R$20,00 (vinte reais), afirmando que ela se destinava ao seu consumo pessoal, uma vez que usuário de droga.

Todavia, não é essa a realidade que restou demonstrada nos autos.

Ratificando parcialmente o depoimento prestado perante a autoridade policial, às f. 09/10, a testemunha Jefferson dos Reis Delfino, que estava ao lado do réu no momento da abordagem policial e com quem não foi apreendida droga, depôs, em juízo, às f. 122/123,

> Que saiu do bar porque Raniere o chamou; que Raniere chamou o depoente para usarem droga [...] que o depoente usou um pouco e ficou esperando o acusado, foi quando, ao depois, chegou a PM.

O primo da mencionada testemunha, Cleiton dos Reis de Paula, que estava com o acusado no estabelecimento comercial, confirmou, às f. 07/08 e 121, que, de fato, "Raniere, em dado momento, chamou Jefferson para ir para fora do bar".

Assim, o que há de concreto nos autos é que o réu faz uso de droga e, no momento da abordagem policial, consumia "cocaína" juntamente com o usuário Jefferson.

A cessão de pequena porção de droga a um usuário, tanto ou mais do que ele próprio comprometido com o vício do entorpecente, para juntos consumirem, se amolda perfeitamente ao estatuído no art. 33, § 3º, da Lei nº 11.343/06, que prevê norma mais branda para aquele que, eventualmente e sem objetivo de lucro, oferece droga para pessoa de seu relacionamento, para juntos consumirem.

Dessa forma, sem razão a defesa quanto ao pleito de desclassificação do crime para o delito previsto no art. 28 da Lei nº 11.343/06; todavia, impõe-se a condenação do apelante nas sanções do art. 33, § 3º, da referida lei.

Nesse sentido, manifesta-se a jurisprudência deste egrégio Tribunal de Justiça:

Apelação criminal - Tráfico de drogas - Desclassificação para a conduta tipificada no § 3º do art. 33 da Lei 11.343/06 - Possibilidade - Restituição de valor apreendido - Viabilidade - Origem lícita comprovada - Recurso provido em parte. - A cessão de pequena porção de droga, de um usuário a outro, tanto ou mais do que ele próprio comprometido com o vício do entorpecente, para juntos consumirem, se amolda perfeitamente ao estatuído no art. 33, § 3º, da Lei 11.343/06, que prevê norma mais branda para aquele que, eventualmente e sem objetivo de lucro, oferece droga para pessoa de seu relacionamento, para juntos consumirem. Restando comprovada a origem lícita do dinheiro apreendido, havendo nos autos informações de que o recorrente trabalhava e possuía renda mensal em torno de R$321,00, podendo, assim, ter adquirido o dinheiro de forma lícita, como fruto do seu trabalho, a restituição é a medida que se impõe (Apelação Criminal nº 1.0672.08.308872-0/001 - Rel. Des. Fernando Starling - Julgamento: 10.02.2010 - Publicação: 03.03.2010).

Tráfico - Desclassificação - Arts. 28 e 33, § 3º, ambos da Lei 11.343/06 - Possibilidade. - Restando dúvida a respeito do destino da droga e tendo o acusado assumido a condição de usuário, imperiosa a desclassificação do delito. A nova Lei de Drogas, em seu art. 33, § 3º, introduziu a figura do tráfico privilegiado, que se caracteriza quando o agente, sem o intuito de auferir lucro com a distribuição da droga, concede a pessoa de seu relacionamento o uso da mesma. Assim, não restando dúvida de que a droga fora oferecida, de forma eventual e sem objetivo de lucro, a pessoa de seu relacionamento, para juntos a consumirem, impõe-se a desclassificação para o novo tipo penal (Apelação Criminal nº 1.0024.07.777554-2/001 - Rel. Des. Paulo Cézar Dias - Julgamento: 03.02.2009 - Publicação: 06.03.2009).

Por fim, concede-se ao apelante a isenção das custas processuais.

De acordo com o art. 10, inciso II, da Lei Estadual nº 14.939/03, são isentos do pagamento de custas os que provarem insuficiência de recursos e os beneficiários da assistência judiciária.

Logo, considerando que o condenado não possui condições financeiras de prover as custas do processo, por ser pobre no sentido legal, estando assistido pela Defensoria Pública, deve ser dispensado do pagamento daquelas, *ex vi* do citado art. 10, inciso II, da Lei Estadual nº 14.939/03.

Pelo exposto, dou provimento parcial ao recurso defensivo para conceder a isenção das custas processuais.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES JÚLIO CÉSAR LORENS e ALEXANDRE VICTOR DE CARVALHO.

Súmula - DERAM PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO.

...

Uso de documento falso - Falsificação de documento público - CRLV- Falsidade ideológica - Configuração - Falsidade material - Ausência - *Emendatio libelli* - Art. 304 c/c art. 297 do Código Penal - Desclassificação do crime - Art. 304 c/c o art. 299 do Código Penal - Uso de documento ideologicamente falsificado - Autoria - Materialidade - Prova - Condenação - Pena privativa de liberdade - Pena substitutiva - Ato discricionário do juiz

Ementa: Criminal. Uso de documento falso através de falsificação de documento público. *Emendatio libelli*. Uso de documento ideologicamente falsificado. Absolvição. Impossibilidade.

- O crime de uso de documento falso através de falsificação de documento público deve ser desclassificado para o de uso de documento ideologicamente falsificado por meio da *emendatio libelli*, quando o documento sob o aspecto material era de todo verdadeiro, apresentando-se falso o conteúdo inserido.

- Devidamente comprovado que o apelante apresentou documento falso para a autoridade de trânsito, deve ser mantida a sua condenação.

- Substituída a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, de vez que atendidos os requisitos legais do art. 44 do Código Penal, a pugna do condenado para que seja realizada substituição diversa, ou seja, por prestação pecuniária, não encontra procedência, isto por se constituir tal substituição um ato discricionário do juiz.

Provimento parcial do recurso é medida que se impõe.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0079.10.006856-2/001 - Comarca de Contagem - Apelante: Antônio Henrique Vieira Nunes - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Relator: DES. ANTÔNIO CARLOS CRUVINEL

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, à unanimidade, em PROVER PARCIALMENTE O RECURSO.

Belo Horizonte, 11 de dezembro de 2012. - *Antônio Carlos Cruvinel* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. ANTÔNIO CARLOS CRUVINEL - Presentes os pressupostos de sua admissibilidade, conhece-se do recurso.

Trata a espécie de recurso de apelação interposto por Antônio Henrique Vieira Nunes, em face da sentença de f. 140/142, condenatória nas sanções do art. 304 do Código Penal, às penas de 2 (dois) anos de reclusão, a ser cumprida em regime aberto, e pagamento de 10 (dez) dias-multa, fixado o valor do dia-multa no mínimo legal, substituída, posteriormente, a pena privativa de liberdade por duas penas restritivas de direitos, consistentes na prestação pecuniária e prestação de serviços à comunidade.

Irresignado, insurge-se o condenado às f. 146/152, requerendo a sua absolvição, por ausência de provas em seu desfavor, sendo certo que "[...] se ocorreu qualquer irregularidade quanto à emissão do CRLV, esta deve ser apurada junto ao Detran/MG".

Pugna, ao final, pela modificação da pena substitutiva de prestação de serviços à comunidade, uma vez que é "[...] empresário e como tal, está sempre viajando, não tendo agenda fixa".

Quanto aos fatos, narram os autos que

> [...] no dia 14 de setembro de 2009, por volta das 17h, na Rua Doutor Alexandre Diniz Mascarenhas, próximo ao nº 227, Bairro Novo Eldorado, Contagem, Antônio Henrique Vieira Nunes fez uso de documento público alterado. Segundo consta, durante uma *blitz* de trânsito, em abordagem ao veículo caminhonete Nissan Frontier, placa HFX-9916, conduzido pelo denunciado, este apresentou aos policiais militares CRLV exercício 2008. Após consulta, foi constatado que o referido veículo estava licenciado com o último ano de exercício referente a 2007. Havendo dúvidas sobre a autenticidade do documento, o CRLV foi apreendido,

sendo posteriormente submetido à perícia, quando se constatou a sua falsidade.

Como sabido, havendo a interposição de recurso e, uma vez admitido, há devolução de toda a matéria recursal ao tribunal de apelação.

Em assim sendo, passa-se ao exame de toda a matéria fática e mesmo da capitulação e enquadramento dado aos fatos pela sentença hostilizada.

Inicialmente, é de se destacar que a conduta do acusado, prevista no art. 304 do Código Penal, não deve ser combinada com aquela prevista no art. 297 do mesmo *codex*, tendo em vista que o acusado não praticou o crime de falsificação de documento público, que tipifica a falsidade material de documentos, mas o de uso de documento ideologicamente falsificado, previsto no art. 304, c/c o 299 do Código Penal.

O documento público em questão - certificado de registro e licenciamento de veículo - CRLV - não possui qualquer falsidade material. A perícia de f. 16/17 é clara ao atestar que

> [...] O impresso que deu origem ao 'Certificado de Registro e Licenciamento de Veículo nº '6444560709' é autêntico, uma vez que apresenta as características de segurança, observadas no impresso padrão, tais como papel de segurança [...]. Em rigorosa varredura técnica procedida no referido documento, foi evidenciado que esse foi alvo de alteração físico-documental, especificamente no campo relativo à Unidade da Federação 'MG', aposto na porção superior do documento, logo após o timbre 'Detran', caracterizado por rasura mecânica, com supressão dos lançamentos primitivos e posterior aposição dos autuais 'MG'.

Pelo que se vê, a conduta típica praticada foi a de inserir declaração falsa ou diversa da que deveria ser escrita, com o fim de alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante. Trata-se de falsidade do conteúdo do documento, e não falsidade material.

No mesmo sentido é a lição do eminente doutrinador Guilherme de Souza Nucci, que aponta as diferenças existentes entre falsidade material e ideológica:

> [...] a) a falsidade material altera a forma do documento, construindo um novo ou alterando o que era verdadeiro. A falsidade ideológica, por sua vez, provoca uma alteração de conteúdo, que pode ser total ou parcial. O documento, na falsidade material, é perceptivelmente falso, isto é, nota-se que não foi emitido pela autoridade competente ou pelo verdadeiro subscritor. Ex.: o falsificador obtém numa gráfica impressos semelhantes aos da carteira de habilitação, preenchendo-os com os dados do interessado e fazendo nascer uma carta não emitida pelo órgão competente. Na falsidade ideológica, o documento não possui uma falsidade sensivelmente perceptível, pois é, na forma, autêntico. Assim, o sujeito, fornecendo dados falsos, consegue fazer com que o órgão de trânsito emita uma carteira de habilitação cujo conteúdo não corresponde à realidade [...] (in *Código Penal comentado*. 4. ed. Ed. RT, p. 832).

Sendo assim, opera-se a desclassificação do delito denunciado para a prevista no art. 304, c/c o 299 do Código Penal, por meio da *emendatio libelli*, admitida pelo art. 383 do Código de Processo Penal.

Eis a jurisprudência:

> É cabível a *emendatio libelli* quando os fatos que permitem a desclassificação do delito estão expressamente descritos na petição inicial, podendo operar-se a alteração em segunda instância. (*RJTACRIM* 42/95.)

Diante disso, passa-se a analisar o pedido absolutório sob a ótica do delito previsto no art. 304, c/c o 299, ambos do Código Penal.

Limita-se a pretensão recursal à alegação de ausência de provas.

Não há como acolher o pedido absolutório.

A materialidade do delito vem comprovada pelo laudo de f. 16/17.

A autoria também restou devidamente comprovada.

O policial militar Paulo Henrique Ribeiro Gomes esclareceu

> [...] que participava de uma *blitz* de trânsito, quando, numa certa altura, interceptou na mesma o veículo mencionado na denúncia, de cujo motorista, como de praxe, foram solicitados os documentos pessoais e do veículo, sendo então apresentados a CNH e o CRLV respectivos; que, como acontece normalmente em situações tais, os dados constantes dos referidos documentos foram checados junto ao sistema,

descobrindo-se então, que o último licenciamento desse constante correspondia ao exercício de 2008; que não se lembra agora se acusado foi questionado sobre o que se detectou na ocasião; que registra que a falsificação em referência não era grosseira, ou seja, não era visível a olho nu, tanto que o depoente num primeiro momento, confiou na autenticidade não só do espelho do documento como dos dados no mesmo constantes; que diante do constatado o veículo foi apreendido e o acusado conduzido a DEPOL; que informa que à época o 'sistema' noticiou que haviam várias multas referentes ao veículo em questão, circunstância que impediria conseguisse o proprietário do mesmo CRLV relativo de 2008 [...] (f. 119).

O apelante, por sua vez, afirma que desconhecia a falsificação, f. 121/122.

Ora, a ninguém é dado beneficiar-se da própria torpeza, sendo de sabença geral que, não pagas as taxas, multas e outros tributos exigidos pelo Estado para que se proceda ao licenciamento do veículo, o CRLV do ano em curso não é entregue.

Igualmente, o apelante não se desincumbiu do ônus que lhe competia, trazendo aos autos do processo o comprovante do pagamento dos impostos e multas do veículo em questão, relativos ao exercício 2008.

Guilherme de Souza Nucci ensina, em seu livro *Código Penal comentado*, à f. 840, Ed. Revista dos Tribunais, 4. ed., que, "[...] se o agente assume o risco de estar se valendo de documento falso, o crime está configurado".

Portanto, o simples uso do documento alterado ou falsificado é o suficiente para a caracterização do delito previsto no art. 299 do Código Penal.

Feitas estas considerações, passa-se à fixação das penas, conforme a nova classificação do delito:

As circunstâncias judiciais foram corretamente sopesadas pelo d. Sentenciante, e, considerando os seus fundamentos, fixam-se as penas-base em 1 (um) ano de reclusão e pagamento de 10 dias-multa.

Inexiste agravante ou atenuante a ser considerada, conforme anteriormente salientado, bem como causa especial de aumento ou redução de pena, que se concretiza em 1 (um) ano de reclusão, a ser cumprida em regime aberto, e pagamento de 10 (dez) dias-multa, fixado o valor do dia-multa em seu mínimo.

Com essa nova condenação, limita-se a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos a uma modalidade de pena substitutiva, qual seja a prestação de serviços à comunidade, que deve ser mantida, já que satisfeitos os requisitos necessários para a substituição da pena, nos termos do art. 44 do Código Penal. A natureza da pena substitutiva passa a ser ato discricionário do juiz, que deve observar qual delas será a mais consentânea com a realidade do réu e melhor para a sua ressocialização; isso porque o fundamento jurídico da pena restritiva de direitos não é estar ou não estar o condenado trabalhando, mas sim reduzir o seu tempo de lazer com uma atividade ressocializadora, preventiva e, sobretudo humanitária, dado o caráter assistencial do serviço a ser prestado à comunidade de forma gratuita.

Outra face, uma vez proferida a condenação, o Juiz da Vara de Execuções Criminais passa a ter competência legal, prevista no art. 148 da Lei nº 7.210/84, para adaptar a substituição às peculiaridades do caso concreto.

Ante o exposto, dá-se provimento parcial ao recurso para modificar-se parcialmente a sentença, nos termos deste voto.

Custas, na forma da lei.

DES. PAULO CÉZAR DIAS - De acordo com o Relator.

DES. ANTÔNIO ARMANDO DOS ANJOS - De acordo com o Relator.

Súmula - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

...

Crime contra a ordem econômica - Uso de gás liquefeito de petróleo em veículo automotor - Art. 1º da Lei 8.176/91- Tipicidade - Autoria e materialidade - Prova - Livre apreciação pelo juiz - Livre convencimento motivado/persuasão racional - Busca da verdade real - Condenação

Ementa: Apelação criminal. Uso de gás de cozinha em motor de veículo automotivo, em desacordo com as normas estabelecidas na forma da lei. Conduta tipificada no art. 1º, inciso II, da Lei 8.176/91. Tese defensiva: absolvição. Não acolhimento. Sentença mantida. Recurso não provido.

- Como se sabe, vigora, no Processo Penal, o princípio do livre convencimento motivado/persuasão racional, sendo lícito ao julgador apreciar livremente a prova, em busca da verdade real, proferindo sua decisão, contudo, de forma fundamentada, com o que, para demonstração da materialidade delitiva, não há qualquer impedimento de consideração, no decreto condenatório, de outros elementos de prova, além do exame pericial.

- Dispõe a Exposição de Motivos do CPP, item VII: "Se é certo que o Juiz fica adstrito às provas constantes dos autos, não é menos certo que não fica subordinado a nenhum critério apriorístico no apurar, através delas, a verdade material. O Juiz criminal é, assim, restituído à sua própria consciência".

- No caso em tela, a materialidade encontra-se devidamente comprovada pelo auto de prisão em flagrante delito, pelo boletim de ocorrência, pelo auto de apreensão, pelo laudo pericial, bem como pela prova oral colhida

no decorrer da persecução penal, não havendo que se cogitar em absolvição.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0395.07.015931-8/001 - Comarca de Manhumirim - Apelante: Adriel Rodrigues Ferraz Júnior - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Relator: DES. WALTER LUIZ DE MELO

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, 20 de novembro de 2012. - *Walter Luiz de Melo* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. WALTER LUIZ DE MELO - O Exmo. Sr. Dr. Promotor de Justiça que oficia perante a Comarca de Manhumirim - MG, com base em inquérito policial, registrado sob o número 011/2007, ofereceu denúncia contra Adriel Rodrigues Ferraz Júnior, devidamente qualificado nos autos, pelos seguintes fatos delituosos, em síntese:

> Consta dos inclusos autos de inquérito policial que, no dia 6 de março de 2007, por volta das 17h30min, o ora denunciado, agindo livre, voluntária e conscientemente, usou gás liquefeito de petróleo em motor para fins automotivos, em desacordo com as normas estabelecidas na forma da lei.
> Segundo se apurou, o denunciado usou em desacordo com as normas estabelecidas pela legislação, no veículo automotor Willys/Jeep (cor bege, sem placas de identificação e sem chassi, ano de fabricação 1958), gás liquefeito de petróleo (GLP). Na data, horário e local mencionados, em abordagem feita pela polícia militar, foi constatada a prática delituosa e o denunciado foi preso em flagrante.
> Autos de apreensão do veículo à f. 14. À f. 20 consta exame de constatação de objetos.

Diante dos fatos descritos, incurso o denunciado nas sanções do art. 1º, inciso I, da Lei 8.176/91.

A denúncia foi recebida em 10.12.2007, pelo despacho de f. 31-v.

Após encerramento da instrução criminal, na r. sentença de f. 221/226, o MM. Juízo de primeira instância, em síntese, condenou o denunciado às penas de 1 ano de detenção, em regime aberto, dado como incurso no art. 1º, inciso II, da Lei 8.176/91, que restou substituída por prestação pecuniária no importe de R$ 510,00.

Inconformada, apela a defesa, requerendo, em suas razões, f. 270/271, a absolvição do apelante, ao argumento de que não consta nos autos o competente exame pericial apto a comprovar a materialidade delitiva, em inobservância ao disposto no art. 158 do CPP; em outras palavras, o veículo não foi periciado para se constatar, efetivamente, se estava utilizando o objeto enviado para o exame pericial.

Contrarrazões ministeriais, f. 277/281, pelo conhecimento e não provimento do recurso.

A d. Procuradoria-Geral de Justiça, nos autos do Processo nº 1.0395.07.017986-0/001, em apenso, tratando-se de idêntica tese defensiva, opinou pelo não provimento do recurso, f. 258/260.

É o breve relato.

Passo ao voto.

Conheço do recurso, visto que presentes os pressupostos de admissibilidade, registrando que não há preliminares ou irregularidades que possam contaminar a validade deste processo.

Em princípio, vale ressaltar que a autoria do crime em questão restou sobejamente comprovada, tanto que nem sequer houve inconformismo da Defesa a esse respeito, estando a r. sentença sobejamente fundamentada nas provas produzidas nos autos, não havendo o que modificar.

Busca o apelante, em única tese, a sua absolvição, ao argumento de que o veículo não foi periciado para constatar, efetivamente, se estava utilizando o objeto enviado para o exame pericial, restando não comprovada a materialidade delitiva, visto que não observado o disposto no art. 158 do CPP. Em que pesem as alegações defensivas, razão não lhe assiste.

Dispõe referido artigo:

> Art. 158. Quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado.

Entretanto, como se sabe, vigora, no Processo Penal, o princípio do livre convencimento motivado/persuasão racional, sendo lícito ao julgador apreciar livremente a prova, em busca da verdade real, proferindo sua decisão, contudo, de forma fundamentada, com o que, para demonstração da materialidade delitiva, não há qualquer impedimento de consideração no decreto condenatório, de outros elementos de prova, além do exame pericial.

Pela importância, deve-se ressaltar o contido na Exposição de Motivos do CPP, item VII:

> Se é certo que o Juiz fica adstrito às provas constantes dos autos, não é menos certo que não fica subordinado a nenhum critério apriorístico no apurar, através delas, a verdade material. O Juiz criminal é, assim, restituído à sua própria consciência.

Ademais, para meu alívio e conforto, o Desembargador José Renato Nalini, do egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, de maneira contundente, pergunta e responde:

> [...] Por que será que juízes tão eruditos, brilhantes e tecnicamente tão bem preparados, como são os brasileiros, compõem um sistema Judiciário tão lerdo e ineficiente, como este que se conhece no Brasil? [...] por que juízes, desembargadores e ministros continuam apegados aos formalismos e às questões processuais e desconectados da realidade [...] (*Revista Consultor Jurídico*, 25.03.2007).

No caso em tela, a materialidade encontra-se devidamente comprovada pelo auto de prisão em flagrante delito, f. 05/08; pelo boletim de ocorrência de f. 10/12; pelo auto de apreensão de f. 17; pelo laudo pericial acostado à f. 23, bem como pela prova oral colhida no decorrer da persecução penal.

A prova oral foi produzida em perfeita harmonia, tendo a testemunha Humberto de Alencar Soares, policial condutor do flagrante, afirmado na Delegacia, f. 05:

> [...] Que, nesta data, por volta das 17h30min, estava de serviço de patrulhamento pela Rua Lourenço Cantamissa, situada em São João da Figueira, Distrito de Durandé - MG, ocasião aquela que fizeram a abordagem do veículo marca/modelo Willys/Jeep, cor bege, conduzido pelo condutor Adriel Rodrigues Ferraz Júnior, *oportunidade em que, ao fazer uma minuciosa vistoria no veículo, ficou constatado que era movido a gás liquefeito*; [...] que também ficou constatado que o condutor/conduzido presente não portava os documentos do veículo, bem como este estava sem as placas de identificação (grifo deste Relator).

O referido policial foi o responsável pela relatoria do boletim de ocorrência de f. 10/12, realizada nos seguintes termos:

> Quando, de rádio patrulhamento, deparamos com o autor/condutor no veículo descrito na folha 02/03, estando este usando como combustível GLP (Gás Liquefeito de Petróleo), diante deste fato o veículo foi apreendido, sendo que o condutor não portava os documentos obrigatórios para condução do veículo, o veículo não possui as placas de identificação [...].

Em juízo, f. 128, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, a mesma testemunha confirmou que são verdadeiros os fatos narrados na denúncia, assim como as declarações prestadas no boletim de ocorrência de f. 07.

Corroborando as assertivas acima reproduzidas, Bruno de Oliveira Assis, policial militar integrante da guarnição/equipe responsável pela abordagem e prisão do apelante, ouvido em juízo, afirmou, f. 170:

> O depoente, em duas oportunidades, abordou o veículo do acusado, sendo que, em ambas, o seu automóvel continha um botijão de gás de cozinha, o qual era utilizado no automóvel do acusado como combustível. Confirma o histórico da ocorrência de f. 7, o qual passa a fazer parte do presente termo. Nas duas oportunidades em que o acusado foi abordado, foram elaborados boletins de ocorrência, sendo que confirma que em uma delas foi feito o BO de f. 05/07, desta carta precatória.

Através do laudo pericial juntado à f. 23, restou constatado que:

> [...] Tratava-se de um dispositivo mecânico, composto em estrutura metálica, com duas mangueiras unidas, de diferentes tamanhos e espessura, possuindo, ainda, uma válvula marca 'Aliança Metalúrgica S.A. - *Made in Brazil*', com função para adaptação em motor de veículo automotor para utilização do gás liquefeito de petróleo (GLP) como combustível em substituição da gasolina.

O próprio acusado, tanto na Delegacia, f. 08, quanto em Juízo, f. 181, diz que o seu veículo era movido a gás liquefeito.

Portanto, não restam dúvidas de que o botijão de gás de cozinha estava realmente instalado no veículo conduzido pelo apelante, em desconformidade com a lei, de forma voluntária e consciente, visto que já havia sido abordado em seu veículo nas mesmas condições, valendo registrar que o mesmo declarou exercer a profissão de mecânico, f. 181, ou seja, possuía conhecimentos técnicos suficientes para entender o caráter ilícito da sua conduta, sendo esta completamente censurável, visto que fora dos padrões de segurança estabelecidos, provocando, estreme de dúvidas, enorme risco à sua integridade física, bem como à de outros ocupantes do veículo e de eventuais pessoas que estivessem próximas a este. Ora, como o próprio nome diz, aludido gás é produzido para ser usado na cozinha, e não em um veículo automotor, para o qual existe o sistema adequado.

Certamente, imaginou o apelante que, se fosse abordado pelas autoridades competentes transitando no veículo em questão, seria tão somente advertido ou multado administrativamente, ou seja, não seria processado e penalizado criminalmente, todavia sua conduta, além de ser ilícita, repita-se, merece censura por colocar em risco a vida de pessoas que nada têm a ver com o caso.

Dessarte, provadas a autoria e a materialidade delitivas, inexistindo qualquer causa excludente da ilicitude ou culpabilidade, merece ser mantida a sentença condenatória de f. 221/226 nos exatos termos em que foi prolatada, tendo em vista que fundamentada em elementos probatórios idôneos contidos nos autos, desmerecendo acolhimento a tese armada e desejada pela defesa por meio do presente recurso.

Registro, por fim, que, no presente processo, o apelante, preso em flagrante delito, foi beneficiado com a concessão de liberdade provisória mediante pagamento de fiança, f. 15-v./16; todavia, 8 dias depois da assinatura do respectivo termo, foi novamente preso em flagrante pela prática do mesmo delito e, ao final, condenado, conforme se observa dos Autos nº 0395.07.017986-0, do processo em apenso, que também se encontra em sede recursal e será julgado na mesma ocasião.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso, mantendo incólume a r. sentença atacada.

Custas, nos termos do art. 804 do CPP.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES SILAS RODRIGUES VIEIRA e ALBERTO DEODATO NETO.

Súmula - RECURSO NÃO PROVIDO.

...

Júri - Jurado e advogado - Amizade íntima - Suspeição ou impedimento - Ausência - Documento - Juntada pelo Ministério Público - Prazo do art. 479 do Código de Processo Penal - Desentranhamento - Cerceamento de acusação - Nulidade do julgamento

Ementa: Apelação criminal. Processual penal. Júri. Amizade íntima entre jurada e um dos advogados da parte não arrolada como causa de suspeição ou impedimento. Questão trazida à baila apenas em sede recursal. Preclusão. Desentranhamento de documento juntado pelo Ministério Público no prazo do art. 479 do CPP. Cerceamento de acusação caracterizado.

- A amizade do juiz - seja ele togado ou do povo - com o advogado da parte não está arrolada no Código de Processo Penal como causa de impedimento ou suspeição, conforme se depreende do disposto nos arts. 252 e 254 do Código de Processo Penal. Assim a suposta amizade de uma jurada com um dos advogados encarregados da defesa do réu não constitui causa de anulação do julgamento, máxime quando não houve alegação oportuna de suspeição ou impedimento.

- Caracteriza cerceamento de acusação o desentranhamento de documento juntado pelo Ministério Público no prazo previsto no art. 479 do CPP, por não ter sido facultado à defesa dele ter ciência no tríduo que antecede o julgamento.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0514.07.022898-6/002 - Comarca de Pitangui - Apelante: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Apelado: Antônio Carlos Teixeira - Vítima: Gleides do Carmo Homero - 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, à unanimidade, em DAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 8 de novembro de 2012. - *Beatriz Pinheiro Caires* - Relatora.

Notas taquigráficas

DES.ª BEATRIZ PINHEIRO CAIRES - Antônio Carlos Teixeira foi denunciado, processado e pronunciado como incurso no art. 121, § 2º, inciso I, do Código Penal, sob a acusação de haver, em 3 de dezembro de 2006, por volta de 21h30min, na Rua Tito Lívio Vasconcelos, em frente ao número 31, em Pitangui, agindo por vingança, efetuado disparo de arma de fogo contra Gleide do Carmo Homero, nela ocasionando as lesões mortais descritas no relatório de necropsia de f. 40/41.

Submetido a julgamento perante o Tribunal do Júri, terminou absolvido da imputação.

Inconformado, apelou o representante do Ministério Público, arguindo, em preliminar, a nulidade do julgamento em razão da amizade íntima da jurada Paula Maria Martins Pereira com um dos advogados de defesa, Dr. Paulo Henrique de Oliveira Silva. Requer, também, o reconhecimento da nulidade do julgamento por ocorrência de cerceamento da acusação, em razão de o MM. Juiz *a quo* ter determinado o desentranhamento de documentos juntados no prazo previsto no art. 479 do CPP. No mérito, protesta pela realização de um novo julgamento sob a alegação de que o levado a efeito teve decisão manifestamente contrária à prova dos autos.

Contrariado o recurso, subiram os autos, e, nesta instância, a douta Procuradoria de Justiça posicionou-se no sentido do provimento do recurso para que o julgamento popular seja anulado.

É o relatório resumido.

Conheço do recurso, presentes os requisitos legais de admissibilidade.

A preliminar de nulidade do julgamento, em razão de suposta amizade íntima de uma das juradas com o advogado do réu não merece acolhida.

É que a amizade do juiz - seja ele togado ou do povo - com o profissional que patrocina a defesa do acusado não está arrolada no Código de Processo Penal como causa de impedimento ou suspeição, conforme se verifica da leitura dos arts. 252 e 254 do Código de Processo Penal.

Portanto, a suposta amizade de uma jurada - cujas causas de suspeição e impedimento são as mesmas que se aplicam ao juiz togado - com um dos advogados da parte não constitui óbice à sua participação no julgamento popular.

Além do mais, sobre tal questão se operou a preclusão, tendo em vista que a digna representante do Ministério Público não suscitou, no momento oportuno, a suspeição ou impedimento da mencionada jurada, deixando para trazê-la à baila somente agora, em sede recursal.

Rejeito a preliminar.

Contudo, entendo que a preliminar de cerceamento de acusação, em razão do desentranhamento de documentos juntados pelo Ministério Público três dias antes do julgamento popular, revela-se procedente.

Com efeito, dispõe o art. 479 do Código de Processo Penal, *in verbis*:

> Art. 479. Durante o julgamento não será permitida a leitura de documento ou a exibição de objeto que não tiver sido juntado aos autos com a antecedência mínima de 03 dias úteis, dando-se ciência à parte contrária.

No caso em tela, verifica-se que, em 19 de março de 2012, o combativo representante do Ministério Público juntou aos autos um DVD elaborado pela família da vítima, cujo conteúdo pretendia exibir em plenário.

Apesar de ter sido a sessão de julgamento designada para o dia 22 de março de 2012, o MM. Juiz houve por bem determinar o desentranhamento da aludida prova, em razão de a parte contrária não ter dela tomado ciência três dias antes do julgamento.

Ouso divergir do entendimento perfilhado pelo digno Juiz-Presidente.

Com efeito, desde que a juntada de documentos tenha sido efetivada no prazo de 3 dias, nos termos do dispositivo legal já citado, a circunstância de não ter sido possível cientificar a defesa de tal juntada no tríduo antecedente ao julgamento popular não acarreta o desentranhamento da prova.

Ocorre que, ao contrário do que anteriormente previa o art. 475 do Código de Processo Penal, que determinava fosse *cientificada a parte contrária da juntada de documentos com antecedência mínima de 3 dias* do julgamento pelo Tribunal do Júri, certo é que, após as mudanças trazidas pela Lei 11.689/2.008, o dispositivo legal correspondente (art. 479, CPP) determina, tão somente, a juntada de documentos 3 dias antes do julgamento, dando-se ciência à parte contrária. Assim, pela letra da lei, apenas a juntada de documentos deveria respeitar o tríduo (g.n.).

É bem verdade que a moderna orientação doutrinária é no sentido de que a interpretação meramente literal do novo dispositivo legal deve ser rechaçada, dele se inferindo que a parte deva ser cientificada da juntada de documentos três dias antes da realização do julgamento popular.

Entretanto, ainda que, interpretando-se o art. 479 do CPP, se conclua que a parte deva ser também cientificada da juntada dos documentos com antecedência de 3 dias do julgamento pelo Júri, certo é que não se pode ignorar que o representante do Ministério Público efetivamente cumpriu o que determina o referido dispositivo legal.

Desse modo, entendendo o Juiz que a parte deveria ter ciência, três dias antes da realização do Júri, dos documentos juntados pelo Ministério Público, deveria ter adiado o Julgamento Popular e não determinado o desentranhamento das peças juntadas, pois, do contrário, mesmo em casos em que o Ministério Público - ou a outra parte - procedesse à juntada de documentos com semanas de antecedência, o Juiz poderia desentranhá-los se, por qualquer motivo, não fosse dada ciência à parte no tríduo antecedente à realização da sessão do Júri, o que se mostra inconcebível.

Assim agindo, o douto Magistrado terminou por retirar do Ministério Público uma faculdade que a lei lhe outorga - e também à outra parte -, qual seja a de juntar documentos 3 dias antes da realização do julgamento.

Resulta incontroverso, portanto, o cerceamento sofrido pela acusação, que não pôde submeter todas as provas coletadas ao conhecimento dos jurados.

Ao impulso de tais razões, dou provimento ao recurso para anular o julgamento popular, determinando que a outro seja submetido o réu.

Votaram de acordo com a Relatora os DESEMBARGADORES RENATO MARTINS JACOB e NELSON MISSIAS DE MORAIS.

Súmula - DERAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Lesão corporal gravíssima - Absolvição - Impossibilidade - Prova - Perda da visão do olho esquerdo - Debilidade permanente de sentido ou função - Desclassificação do crime - Lesão corporal grave - Admissibilidade - Regime semiaberto

Ementa oficial: Penal. Lesão corporal de natureza gravíssima. Absolvição. Impossibilidade. Autoria e materialidade comprovadas. Desclassificação. Necessidade. Lesão corporal de natureza grave. Debilidade de membro, sentido ou função. Recurso conhecido e parcialmente provido.

- Impõe-se a condenação quando se encontram comprovadas a autoria e a materialidade do delito de lesão corporal, afastando-se o pleito absolutório.

- A perda da visão do olho esquerdo constitui debilidade permanente de sentido ou função, sendo a lesão corporal grave, e não gravíssima.

Recurso parcialmente provido.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0701.03.051125-0/002 - Comarca de Uberaba - Apelante: Orlando da Costa - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Vítima: Laura da Costa Serran - 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, à unanimidade, em REJEITAR PRELIMINAR E NO MÉRITO DAR PARCIAL PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 4 de dezembro de 2012. - *Pedro Coelho Vergara* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. PEDRO COELHO VERGARA - Relatório. Cuida-se de ação penal pública promovida pelo

Ministério Público contra Orlando da Costa como incurso nas sanções do art. 129, § 2º, inciso III, do Código Penal.

Narra a denúncia que, no dia 17 de julho de 2003, por volta das 16 horas, no local denominado Rua São Sebastião, nº 141, Bairro Centro, na Comarca de Uberaba, o apelante desferiu um soco no olho esquerdo de sua irmã Laura da Costa Serran, causando-lhe lesões corporais gravíssimas, conforme laudos de f. 10, 19 e 32, restando incapacitada para as ocupações habituais por mais de 30 (trinta) dias, além de sofrer debilidade permanente da função visual do olho esquerdo, tudo conforme consta do anexo inquérito policial (f. 02-03).

O apelante foi notificado e apresentou a defesa preliminar de f. 94-96 (f. 91-92).

Recebida a denúncia, o apelante foi interrogado, apresentando a defesa preliminar de f.68-69 (f. 53 e 67).

As testemunhas arroladas foram ouvidas, requerendo o *Parquet* a juntada de CAC atualizada, rogando a defesa pela realização de novo interrogatório (83-85, 98-99, 111-113, 116 e 120).

O Órgão Ministerial pede, nas alegações finais, a condenação, rogando a defesa a absolvição, nos termos do art. 386, inciso IV, do CPP (f. 126-129 e 134-145).

Proferida a sentença, o apelante foi condenado nas sanções do art. 129, § 2º, inciso III, do Código Penal à pena de 3 (três) anos e 2 (dois) meses de reclusão no regime fechado (f. 147-152).

Inconformado com a decisão, recorreu o apelante, pretendendo em preliminar a nulidade da sentença e a nulidade do processo e, no mérito, a absolvição por falta de prova ou alternativamente a desclassificação para o delito de lesão corporal leve, objetivando o assistente de acusação a elevação da pena-base, rogando o *Parquet* o desprovimento do pleito, manifestando-se a Procuradoria-Geral de Justiça de igual forma (f. 164-176, 180-182, 183-187, 189-194, 197-199 e 204-212).

Anulada a sentença por ausência de análise de tese defensiva, prosseguiu-se na espécie (f. 222-227).

Prolatada nova sentença, o apelante foi condenado nas sanções do art. 129, § 2º, inciso III, do Código Penal à pena de 3 (três) anos e 2 (dois) meses de reclusão no regime fechado (f. 239-244).

Inconformado com a decisão, recorreu o apelante, pretendendo em preliminar a nulidade da sentença e, no mérito, a absolvição, por falta de prova, e alternativamente a desclassificação para o delito de lesão corporal grave e a aplicação da atenuante do art. 65, inciso I, do Código Penal, rogando o *Parquet* o desprovimento do pleito, manifestando-se a Procuradoria-Geral de Justiça de igual forma (f. 258-275, 277-290 e 306-314).

É o breve relato.

I - Da admissibilidade.

Conheço do recurso, já que presentes estão os pressupostos para sua admissão.

II - Das preliminares.

Submeto à análise da Turma Julgadora a preliminar de nulidade da sentença suscitada pela defesa.

O apelante sustenta a nulidade do r. *decisum* por ausência de fundamentação na fixação da pena-base e porque o i. Magistrado primevo não se manifestou sobre a possibilidade de substituição da sanção corporal por restritiva de direitos.

A pena-base foi devidamente estabelecida, obedecendo ao critério trifásico previsto no art. 68 do Código Penal, estando devidamente fundamentada a r. sentença.

A ausência de manifestação expressa do MM. Juiz *a quo* sobre a pretendida substituição da pena, outrossim, não macula a r. sentença, já que é manifestamente improcedente o pedido no presente caso.

O delito foi praticado mediante grave ameaça às vítimas, circunstância que impossibilita a concessão do benefício requerido nos termos do próprio art. 44 do Código Penal, ficando implicitamente rejeitada a tese.

Sobre o tema, preleciona Basileu Garcia:

> [...] O dispositivo da sentença deve resultar, irrecusavelmente, dos motivos apresentados, sem incongruência, com a natural força segundo a qual as boas premissas sugerem a conclusão a deduzir.
> Assim terá o prolator da sentença justificado a sua convicção, que é o que a lei deseja. Não necessitará, ao fazê-lo, preocupar-se em dar resposta a todas as questões emergentes no processo. Muitas serão de improcedência manifesta e seria levar longe demais o cumprimento do dever de motivação o pretender-se que o juiz tenha de demonstrar as mais resplandecentes evidências. Do seu bom senso espera-se que selecione, para discutir, o que infunda impressão de verossimilhança, ou mesmo que não infunda, o que se entremostre de certo relevo para o procurado desfecho [...] (GARCIA, Basileu. *Comentários ao Código de Processo Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1945, v. III, p. 475-476).

A orientação jurisprudencial é no mesmo sentido:

> REsp. Processual penal. Sentença. Discurso lógico. Nulidade. - A sentença deve analisar as teses da defesa, a fim de a prestação jurisdicional ser exaustiva. Urge, todavia, ponderar. Se o julgado encerra conclusão inconciliável com a referida tese, desnecessário fazê-lo expressamente. A sentença precisa ser lida como discurso lógico. Na há espaços para itens supérfluos (STJ, 6ª Turma, REsp 47474/RS, Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, v.u., j. em 13.09.1994; in *DJU* de 24.10.94, p. 28.790).

A sentença não pode ser anulada quando a tese sustentada pela defesa - que não foi frontalmente enfrentada pelo Magistrado - estiver implicitamente afastada pelo enfrentamento de outras teses que, em um raciocínio de excludência lógica, sejam com ela incompatíveis ou quando manifestamente improcedente.

Inexiste na espécie qualquer prejuízo advindo para a defesa, devendo ser aplicado *in casu* o princípio *pas de nullité sans grief*.

Ressalte-se o entendimento doutrinário firmado por Ada Pellegrini Grinover, Antônio Scarance Fernandes e Antônio Magalhães Gomes Filho:

> Constitui seguramente a viga mestra do sistema das nulidades e decorre da ideia geral de que as formas processuais representam tão somente um instrumento para a correta aplicação do direito; sendo assim, a desobediência às formalidades estabelecidas pelo legislador só deve conduzir ao reconhecimento da invalidade do ato quando a própria finalidade pela qual a forma foi instituída estiver comprometida pelo vício.
> Sem ofensa ao sentido teleológico da norma, não haverá prejuízo e, por isso, o reconhecimento da nulidade nessa hipótese constituiria consagração de um formalismo exagerado e inútil que sacrificaria o objetivo maior da atividade jurisdicional; assim, somente a atipicidade relevante dá lugar à nulidade; daí a conhecida expressão utilizada pela doutrina francesa: *pas de nullité sans grief* (GRINOVER, Ada Pellegrini. *As nulidades no processo penal*. e. ed. ver. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 31-32).

A respeito, vejamos a orientação jurisprudencial do e. Superior Tribunal de Justiça:

> Penal. Processual. Sentença condenatoria. Nulidade. Ausência de prejuizo. *Habeas corpus*. Recurso. - 1. Não é necessário que o juiz sentenciante transcreva toda a argumentação das partes, mas apenas que sucintamente exponha os fatos para não causar prejuízo às mesmas. 2. Prevalência da regra *pas nullité sans grief* (CPP, art. 563). 3. Recurso conhecido e improvido (STJ, 5ª Turma, *RHC* nº 6700/SP, Rel. Min. Edson Vidigal, v.u., j. em 07.10.97; in *DJU* de 03.11.97).

A conduta do apelante foi fundamentadamente enquadrada no delito de lesão corporal de natureza gravíssima (art. 129, § 2º, inciso III, do Código Penal), ficando implicitamente afastada a possibilidade de substituição da sanção corporal.

Inadmissível é ainda a pretendida nulidade da sentença por cerceamento de defesa.

O apelante foi interrogado, fazendo uso de seu direito constitucional de permanecer em silêncio (f. 67).

A realização de novo interrogatório é faculdade do juiz, inocorrendo o alegado cerceamento de defesa pelo seu indeferimento.

Com essas considerações, rejeito a preliminar.

III - Do mérito.

Cuida-se de crime de lesão corporal gravíssima, cuja norma penal incriminadora se encontra insculpida no art. 129, § 2º, inciso III, do Código Penal.

Resume-se a questão à análise da possibilidade de absolvição por falta de prova ou alternativamente de desclassificação para o delito de lesão corporal grave e de reconhecimento da atenuante da senilidade.

Do pedido de absolvição.

A defesa pede a absolvição, alegando ausência de prova ou alternativamente a desclassificação do delito de lesão corporal gravíssima para o crime de lesão corporal grave.

Razão, contudo, não lhe assiste.

A materialidade se encontra suficientemente comprovada pela portaria de f. 05, pelo boletim de ocorrência de f. 06-07, pelo laudo de exame de lesões corporais de f. 10 e pelos laudos de exame complementar de lesões corporais de f. 19 e 32.

A autoria também é inconteste.

O apelante negou a prática delitiva na fase inquisitiva, exercendo em juízo o seu direito constitucional de permanecer em silêncio (f. 25 e 67).

A prática do delito de lesão corporal grave, entretanto, restou comprovada pela prova testemunhal colhida, que narrou de forma harmônica a dinâmica dos fatos.

A vítima, Laura da Costa Serran, elucidou na fase inquisitiva a forma como os fatos ocorreram, relatando a prática do crime descrito na denúncia pelo acusado com riqueza de detalhes, *in verbis:*

> [...] que, na data dos fatos, a declarante se encontrava em sua residência, na sala de jantar, quando iniciou-se uma discussão entre esta e Orlando, por motivos referentes às questões da fazenda, ocasião em que Orlando, de surpresa encantuou (*sic*) a declarante sem dar chances à mesma de evadir e desferiu um soco no rosto da mesma, atingindo-lhe o olho esquerdo [...] (f. 09).

Esta ratificou seu depoimento em juízo assim se manifestando:

> [...] que ratifica integralmente as declarações prestadas, junto à Autoridade Policial; [...] que, quando a depoente saiu da sala de jantar, o seu irmão Orlando, ora acusado, sorrateiramente, se aproximou da depoente e, sem que a mesma esperasse, desferiu-lhe violento soco no olho esquerdo, sendo que, sem prestar socorro, evadiu-se do local; que, em virtude do soco, a depoente sofreu treze cirurgias, a princípio, e vários outros procedimentos clínicos e cirúrgicos e mesmo assim perdeu por completo a visão esquerda; que em virtude do soco teve perda da íris, perda do cristalino, glaucoma e perda da córnea, causando debilidade permanente do olho esquerdo [...] (f. 84).

A palavra da vítima, *in casu*, é suficiente a sustentar o decreto condenatório, sendo o delito em voga geralmente praticado na clandestinidade, ausentes testemunhas oculares.

Nos crimes de violência doméstica contra a mulher, pela sua própria natureza, a palavra da vítima assume extrema importância, ainda mais quando corroborada por outros indícios veementes.

A jurisprudência predominante desta Corte é nesse sentido:

> Ementa: Apelação criminal. Delito de lesão corporal. Violência doméstica. Autoria e materialidade. Comprovação. Palavra da vítima. Importância. Legítima defesa. Inocorrência. Condenação mantida. Recurso conhecido e improvido. - 1 - Nos delitos que envolvem violência doméstica, praticados, na maioria das vezes, sem a presença de testemunhas, a palavra da vítima é de suma importância para a elucidação dos fatos, mormente quando a mesma é coerente e encontra amparo no exame de corpo de delito. 2 - A excludente da legítima defesa somente pode ser reconhecida quando o agente se utiliza moderadamente dos meios necessários para repelir injusta agressão, o que não ocorreu no presente caso (Apelação Criminal nº 1.0024.07.386955-4/001, Rel. Des.

Adilson Lamounier, 5ª Câmara Criminal do TJMG, *DJ* de 25.11.2008).

No caso dos autos, com maior relevância, os relatos da vítima são de extrema importância, já que a testemunha presencial Ademar da Costa confirmou, em seu depoimento, a discussão entre aquela e o acusado na data dos fatos, senão vejamos:

> [...] que na data dos fatos o depoente e seu irmão Orlando vieram da Fazenda, em Campo Florido, resolver alguns problemas nesta cidade e foram para a casa que é da genitora, sita à R. São Sebastião, 141, no centro da cidade; que, pouco antes das 16 horas, iniciou-se uma discussão entre Laura e Orlando devido a questões da fazenda [...] que, em dado momento, quando o depoente estava numa das salas, ouviu que as vozes de Laura e Orlando estavam alteradas, que é normal entre eles, portanto, em seguida, ouviu um barulho de alguém caindo sobre algum móvel, sendo que foi até o local e deparou com Laura em pé com o olho esquerdo sangrando [...] (f. 08).

O depoimento da testemunha Elizabete Lima de Moura é no mesmo sentido:

> [...] que ratifica integralmente as declarações prestadas à autoridade policial; que estava no local dos fatos, no dia em que a vítima e acusado começaram a discutir; que o acusado e a vítima passaram a brigar, sendo que logo em seguida a vítima se dirigiu ao depoente com o olho esquerdo sangrando [...] (f. 85).

A prova testemunhal colhida e as circunstâncias dos fatos não deixam dúvida de que o apelante praticou os fatos descritos na denúncia.

Os argumentos trazidos pela defesa, ademais, encontram-se destituídos de qualquer prova nesse sentido, prevalecendo *in casu* as declarações da vítima, corroboradas pela prova testemunhal.

Destaco nesse sentido as ponderações do i. *Parquet*:

> [...] completamente inverossímil a nova versão dos fatos, trazida pela defesa na fase de alegações finais, no sentido de que a vítima não teria sido agredida, mas tão somente caído e batido a cabeça em um móvel. Em primeiro lugar, é de se estranhar que tal versão só tenha surgido na fase do art. 500 do CPP. Indaga-se, em especial, o motivo pelo qual o acusado não teria apresentado referido relato em sua oitiva na delegacia (f. 25) e tampouco em seu interrogatório judicial (f. 67). Se não bastasse, a defesa não fez qualquer prova de suas alegações, ônus que só a ela competia (f. 209).

Assim, impertinente é o rogo defensivo, *permissa venia*, afastando-se, pois, a súplica em comento para manter a decisão condenatória.

Do pedido de desclassificação.

O apelante pede alternativamente a desclassificação para o delito de lesão corporal grave.

Razão lhe assiste nesse ponto.

A vítima não sofrera perda ou inutilização de membro, sentido ou função no presente caso, tendo em vista que a lesão ocorrera em órgão dúplice.

A perda da visão do olho esquerdo é hipótese de debilidade permanente de membro, sentido ou função, já que lhe resta a visão do olho direito.

Esta é a jurisprudência:

> Apelação criminal. Lesões corporais. Autoria comprovada. Perda de um olho. Lesão corporal gravíssima não caracterizada. - A perda de um olho constitui debilidade permanente de função, e não inutilização de sentido, devendo a lesão ser considerada grave e não gravíssima (TJSC - ApCrim 772298, Rel. Des. Jorge Mussi - j. em 18.11.94).

Este Tribunal também se manifesta neste sentido:

> Lesão corporal gravíssima. Perda da visão no olho esquerdo. Concurso de agentes. Participação de corréu não esclarecida em todos os seus contornos. Condenação apenas de um dos agentes. Acerto da decisão. Capitulação da infração. Equívoco. Natureza da lesão. Debilidade permanente da função visual (lesão grave), e não perda da referida função (lesão gravíssima). Recurso da Acusação desprovido. Apelo da Defesa provido em parte para desclassificar a infração para aquela prevista no art. 129, § 1°, III, do CP. - Conforme entendimento jurisprudencial, a ablação ou inutilização de apenas um dos elementos componentes de determinada função ou sentido, como acontece em relação àqueles que se apoiam em órgãos duplos, caracteriza lesão corporal de natureza grave, e não gravíssima, visto que acarreta tão só a diminuição funcional do organismo, e não a sua perda (TJMG - Rel. Des. Herculano Rodrigues - ApCrim n° 1.0000.00.309769-8/000 - p. 17.09.2003).

A perda da visão de um dos olhos, ademais, não traduz impossibilidade permanente para o trabalho, mas apenas restrições para algumas profissões específicas, não restando comprovado nos autos que a vítima exercesse alguma que lhe restou privada.

Desclassifico, assim, a conduta do apelante, condenando-o nas sanções do art. 129, § 1°, inciso III, do Código Penal.

Do pedido de aplicação da atenuante do art. 65, inciso I, do Código Penal.

O apelante pede, por fim, o reconhecimento da atenuante da senilidade.

Razão, contudo, não lhe assiste.

O art. 65, inciso I, do Código Penal estabelece que "são circunstâncias que sempre atenuam a pena : [...] ser o agente maior de 70 (setenta) anos na data da sentença".

O apelante nasceu em 1° de abril de 1945, não fazendo, portanto, jus à aplicação da referida circunstância.

Passo, assim, a reestruturar a pena do apelante:

- Na primeira fase: mantenho a pena-base fixada um pouco acima do mínimo legal, nos termos da r. sentença em 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão.

- Na segunda fase: reconhecidas as agravantes do art. 61, incisos I e II, letra e, do Código Penal, aumento a pena no mesmo patamar da r. sentença em 6 (seis)

meses, restando provisoriamente fixada em 2 (dois) anos e 2 (dois) meses de reclusão.

- Na terceira fase: ausentes quaisquer causas de aumento ou diminuição de pena, fica a reprimenda definitivamente estabelecida em 2 (dois) anos e 2 (dois) meses de reclusão.

Do regime.

Considerando a reestruturação da reprimenda e a reincidência do apelante, fixo o regime semiaberto, nos termos da Súmula nº 269 do STJ.

Esta Corte já decidiu nesse sentido:

> [...] Recurso ministerial. Aumento da pena. Possibilidade. Incidência da agravante da reincidência. Duas condenações criminais transitadas em julgado. Maus antecedentes e reincidência. Regime prisional semiaberto. Adequação. [...] 6. Dispõe a Súmula 269 do Superior Tribunal de Justiça que 'É admissível a adoção do regime prisional semiaberto aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a quatro anos se favoráveis as circunstâncias judiciais' [...] (TJMG - Apelação nº 1.0024.09.668623-3/001; Rel. Des. Eduardo Machado; p. em 06.10.2010).

Ante o exposto, dou parcial provimento ao recurso, desclassificando a conduta do apelante, condenando-o nas sanções do art. 129, § 1º, inciso III, do Código Penal à pena de 2 (dois) anos e 2 (dois) meses de reclusão no regime semiaberto, mantendo as demais determinações da sentença fustigada.

Custas, *ex lege*.

É como voto.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES ADILSON LAMOUNIER e EDUARDO MACHADO.

Súmula - Rejeitaram a preliminar e deram parcial provimento.

...

Prefeito municipal - Recusa, retardamento ou omissão de dados técnicos indispensáveis à propositura de ação civil pública - Crime previsto no art. 10 da Lei 7.347/85 - Ausência de dolo - Atipicidade - Absolvição

Ementa: Processo-crime de competência originária. Prefeito municipal. Recusa, retardamento ou omissão de remessa de dados técnicos imprescindíveis à propositura de ação civil pública (art. 10 da Lei nº 7.347/1985). Pleito absolutório. Acolhimento. Ausência do elemento subjetivo do tipo (dolo). Conduta atípica. Exegese do art. 386, III, do Código de Processo Penal. Denúncia improcedente.

- O crime previsto no art. 10 da Lei nº 7.347/85 caracteriza-se pela a ciência do acusado acerca da indispensabilidade de dados técnicos requisitados pelo Ministério Público para a propositura de ação civil pública. Se não consta das requisições a informação de que os documentos e dados são imprescindíveis ao ajuizamento da ação civil, bem como ausente a prova de que o alcaide intencionalmente recusou, omitiu ou retardou a resposta às requisições, está-se diante de conduta atípica, em face da ausência de dolo.

AÇÃO PENAL - ORDINÁRIO Nº 1.0000.12.054742-7/000 - Comarca de Ipatinga - Denunciante: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Denunciado: José Vieira de Almeida, Prefeito Municipal de Ipaba - Relator: DES. SILAS RODRIGUES VIEIRA

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 JULGAR IMPROCEDENTE A PRETENSÃO CONTIDA NA DENÚNCIA.

Belo Horizonte, 20 de novembro de 2012. - *Silas Rodrigues Vieira* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. SILAS RODRIGUES VIEIRA - O Ministério Público do Estado de Minas Gerais ofereceu denúncia em desfavor de José Vieira de Almeida, Prefeito Municipal de Ipaba, MG, imputando-lhe a prática do crime tipificado no art. 10 da Lei nº 7.347/85, na forma do art. 71 do Código Penal.

A denúncia foi recebida através de decisão monocrática proferida em primeira instância (f. 45), em que o denunciado apresentou defesa preliminar (f. 54/67), com rol de testemunhas (f. 68) e documentos (f. 69/165). Suscitou, preliminarmente, a inépcia da inicial e, quanto ao mérito, afirmou que as alegações constantes da peça acusatória não configuram crime e que remeteu, quando da primeira solicitação, "todos os documentos encontrados no arquivo da prefeitura, bem como ainda juntou aos documentos em meio físico, cópias gravadas em CD, [...]" - f. 58.

O Ministério Público do Estado de Minas Gerais manifestou-se às f. 167/169, pugnando pelo não conhecimento da defesa preliminar, porquanto intempestiva, ou pela rejeição da preliminar de inépcia e convalidação do recebimento da denúncia.

Às f. 172/173 foi juntada a CAC do acusado.

Pela decisão de f. 176, o MM. Juiz singular da 2ª Vara Criminal da Comarca de Ipatinga rejeitou as preliminares de intempestividade da defesa preliminar e inépcia da denúncia e designou audiência de instrução e julgamento.

O acusado peticionou às f. 178/185, alegando, como questão de ordem, a falta de atribuição legal e

ilegitimidade do Ministério Público para ofertar denúncia fundada exclusivamente em procedimentos próprios, sejam administrativos ou investigatórios. Pediu a extinção do feito, ou a tramitação em segredo de justiça.

Os pedidos foram indeferidos pela decisão de f. 183/185.

Audiência de instrução realizada em 30.11.2010, com a oitiva de três testemunhas de defesa (f. 210/213). Aos 22.02.2011, foi ouvida mais uma testemunha de defesa (f. 233/234). Em nova audiência, ocorrida em 12.04.2011, ouviu-se a última testemunha de defesa e procedeu-se ao interrogatório do réu (f. 240/242).

Alegações finais do Ministério Público (f. 244/252) e do réu (f. 262/292), este tendo pugnado, preliminarmente, por prerrogativa de foro.

O MM. Juiz *a quo* reconheceu a prerrogativa de foro, constatando que o réu foi reconduzido ao cargo de Prefeito pelo TRE, e determinou a remessa dos autos a esta superior instância (f. 294).

Aportados os autos neste Tribunal e distribuídos à minha relatoria, colhi parecer ministerial (f. 304/305).

A despeito de ter sido encerrada a instrução e apresentadas alegações finais pelas partes, entendi por oportuno submeter ao crivo desta Primeira Câmara Criminal, em julgamento colegiado, a ratificação do recebimento da denúncia, a fim de observar o devido processo legal e evitar a futura alegação de nulidade.

Pela decisão de f. 338/343, o órgão colegiado ratificou o recebimento da denúncia, e bem assim dos demais atos decisórios proferidos em primeira instância, em especial a decisão de f. 176, quanto à rejeição da preliminar de intempestividade da defesa prévia ofertada às f. 54/67, e a rejeição da preliminar de inépcia da denúncia.

É o relatório.

De início, ratifico a decisão de f. 183/185, pela qual o MM. Juiz em primeira instância afastou a alegação de ilegitimidade investigativa do Ministério Público e indeferiu os pedidos de tramitação do processo em segredo de justiça e de cumprimento da orientação da Corregedoria-Geral de Justiça quanto à publicidade dos processos criminais baixados.

Saneado o processo, passo a apreciar o mérito.

Narra a denúncia que José Vieira de Almeida, de 09.04.2008 até o fim de seu mandato como Prefeito do Município de Ipaba, em 31.12.2008, recusou e omitiu dados técnicos indispensáveis à propositura de ação civil pública, requisitados pelo Ministério Público, praticando, reiteradamente, na forma do art. 71 do Código Penal, a conduta descrita no art. 10 da Lei nº 7.347/85.

Consta da peça de ingresso que a Promotoria de Justiça instaurou o Inquérito Civil nº 012/07, para apurar a situação na Administração Pública de Ipaba quanto à observância dos princípios constitucionais da isonomia, legalidade, moralidade e impessoalidade na nomeação de servidores para o exercício dos cargos dependentes de prévia aprovação em concurso público. Valendo-se de suas atribuições investigativas, passou a requisitar informações ao então Prefeito, José Vieira de Almeida, conforme assim relatado na peça de acusação:

> Através do Ofício 7ª PJlp nº 659/07 (cópia anexa - fl.06), recebido em 12.07.2007, foram requisitadas as primeiras informações ao denunciado.
> Este primeiro ofício, não sendo atendido no prazo, teve que ser reiterado através do Ofício 7ª PJlp nº 815/07 (cópia anexa - f.08), recebido em 01.10.2007.
> Em 28.12.2007, transcorridos mais de 5 meses, o denunciado, finalmente, dignou-se a atender aquela primeira requisição, reiterada uma vez.
> Estas informações levaram à necessidade de nova requisição, feita através do Ofício 7ª PJlp nº 202/08 (cópia anexa - f.10), recebido pessoalmente pelo demandado, em 24 de março. Desta feita, requisitou-se ao denunciado:
> '[...] relação de todos os servidores com contratação temporária (nos termos das Leis municipais nº 419/05, 442/05, 448/06, 456/06, 468/06, 471/06, 477/07, 484/07, 540/07 e 541/07) em vigor, constando
> 1) nome;
> 2) qualificação (estado civil, RG e CPF);
> 3) cargo/função ocupado(a);
> 4) lotação;
> 5) endereço residencial;
> 6) termo inicial (data) da contratação original;
> 7) data da renovação do contrato, porventura tenha ocorrido;
> 8) termo final (data) da contratação.
> Em 14 de maio, não tendo sido atendida, esta última requisição foi reiterada, através do Ofício 7ª PJlp nº 262/08 (cópia anexa - f.11).
> Ainda sem resposta, nova reiteração foi realizada, desta feita através do Ofício 7ª PJlp nº 439/08 (cópia anexa - f.12), também recebido pessoalmente pelo denunciado, em 2 de julho.
> Mais uma vez, contudo, sem sucesso.
> Transcorridos mais de 8 meses, findo o mandato do denunciado, a investigação desenvolvida, em função de sua grave e injustificada omissão, encontra-se paralisada, dependendo de tais informações - f. 03/04.

O art. 10 da Lei nº 7.347/85 tem como objetivo conferir efetividade ao poder requisitório do Ministério Público na instrução das ações civis públicas e dispõe:

> Art. 10. Constitui crime, punido com pena de reclusão de 1 (um) a 3 (três) anos, mais multa de 10 (dez) a 1.000 (mil) Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional - ORTN, a recusa, o retardamento ou a omissão de dados técnicos indispensáveis à propositura da ação civil, quando requisitados pelo Ministério Público.

Para que a conduta do agente se subsuma ao tipo penal em estudo, é imprescindível a demonstração de ter ele recusado, retardado ou omitido dados requisitados pelo Ministério Público, bem como que esses dados sejam de natureza técnica e que sejam indispensáveis à propositura de ação civil.

Quanto aos elementos objetivos do tipo, extrai-se da doutrina:

> Recusar significa não aceitar, rejeitar, não conceder, negar. Aqui o agente do fato delituoso rejeita o pedido de fornecimento dos dados, isto é, opõe-se deliberadamente à requisição que lhe foi dirigida. Nesse tipo de conduta, tem o autor plena consciência de sua intenção de não remeter os dados técnicos requisitados.
> [...]
> O sentido de retardar é o de diferir, adiar, aguardar para mais tarde, demorar. O agente, neste caso, sabe que tem o dever de atender à requisição do Ministério Público. Sabe também que lhe incumbe encaminhar os dados requisitados. Não obstante, demora-se intencionalmente a fazê-lo, atrasa a remessa para que os dados não cheguem a tempo, impedindo o órgão competente de ajuizar a ação.
> [...]
> Omitir significa não mencionar, deixar de dizer ou de fazer, deixar de lado, passar em silêncio ou em claro. Nesta hipótese, o agente não se recusa diretamente nem intenta retardar a remessa dos elementos requisitados. Simplesmente deixa de lado o objeto da requisição. Na verdade, não toma qualquer providência positiva para o envio dos dados. É exatamente essa inação que constitui a figura delituosa.
> [...]
> Técnica é a parte material de uma arte ou ciência, ou, ainda, o conjunto de processos a elas pertinentes. Dados técnicos, por conseguinte, são aqueles ligados à arte ou à ciência. São, na verdade, os elementos que só podem ser coligidos por pessoas que detenham o conhecimento artístico ou científico em determinadas áreas. Exatamente por deterem esse específico tipo de conhecimento é que tais pessoas veiculam dados dotados de singular particularidade: a precisão. (CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Ação civil pública* - comentários por artigo. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 352-353.)

No presente caso, duas são as condutas imputadas a José Vieira de Almeida na qualidade de Prefeito do Município de Ipaba: a de retardar a remessa de dados técnicos requisitados pelo Ministério Público, caracterizada pela mora em atender ao Ofício nº 659/07 (f. 12), que foi reiterado pelo Ofício nº 815/07 (f. 14), e a de omitir dados técnicos requisitados, pela ausência de resposta ao Ofício nº 202/08 (f.16), reiterados pelos Ofícios nº 262/08 e 439/08 (f. 17/18).

Pelo Ofício nº 659/07 (f. 12), foram requisitados os seguintes dados:

> 1) cópia da Lei Orgânica e de toda a legislação municipal em vigor (incluindo leis, leis complementares, decretos, resoluções, etc.) relativa a pessoal (criando cargos, definindo suas atribuições, remuneração, jornada etc.);
> 2) relação de todos os servidores ativos da Prefeitura Municipal de Ipaba, incluindo agentes políticos, com os seguintes dados: nome, RG, CPF, estado civil, profissão, forma de investidura (concurso público, cargo de provimento em comissão, contratação temporária etc.), data de ingresso (entrada em exercício no cargo), cargo atualmente ocupado (se exercer função gratificada, esta deverá ser especificada), lotação (com endereço do órgão ou repartição) e endereço residencial.

Por sua vez, pelo Ofício nº 202/08 (f.16), foram requisitados os seguintes dados:

> [...] relação de todos os servidores com contratação temporária (nos termos da Leis municipais nº 419/05, 442/05, 448/06, 456/06, 468/06, 471/06, 477/07, 484/07, 540/07 e 541/07) em vigor, constando:
> 1) nome;
> 2) qualificação (estado civil, RG e CPF);
> 3) cargo/função ocupado (a);
> 4) lotação;
> 5) endereço residencial;
> 6) termo inicial (data) da contratação original;
> 7) data da renovação do contrato, porventura tenha ocorrido;
> 8) termo final (data) da contratação.

Observa-se, pois, que as informações que foram requisitadas pela 7ª Promotoria de Justiça ao réu se enquadram no conceito de dados técnicos para fins de caracterização do ilícito penal.

Contudo, para a configuração do crime do art. 10 da Lei nº 7.347/85, exige-se também que esteja caracterizado o dolo do agente, elemento subjetivo do tipo, ou seja, faz-se necessário demonstrar a intenção do réu no sentido de deliberadamente retardar ou omitir, e a ciência acerca da indispensabilidade dos dados técnicos requisitados para a propositura de ação civil pública.

Para ilustrar, extrai-se da doutrina:

> O elemento subjetivo do crime de desobediência à requisição do Ministério Público é o dolo. Dolo consiste na vontade de praticar uma das condutas previstas na lei. Exige-se consciência do agente de que a prática é antijurídica e que o atendimento da requisição seja de sua atribuição. [...]
> A omissão ou o retardamento no atendimento da requisição ministerial, se decorrente de negligência por parte do sujeito ativo, não configura o crime, podendo caracterizar falta funcional. (MILARÉ, Edis (Coord.). *A ação civil pública após 20 anos*: efetividade e desafios. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 189.)

In casu, da análise dos dois ofícios encaminhados ao Alcaide requisitando dados técnicos, bem como nas suas respectivas reiterações, verifica-se que o Promotor de Justiça atuante em Ipatinga deixou de assentar de forma expressa a imprescindibilidade dos dados para eventual propositura de ação civil pública, limitando-se a consignar que as informações objetivavam instruir inquérito civil em curso. Nem mesmo na denúncia o Ministério Público demonstrou serem os dados indispensáveis à propositura da ação civil pública.

A lei, como sabido, não contém palavras inúteis. Da exegese do art. 10 da Lei nº 7.347/1985, extrai-se que os dados requisitados devem ser indispensáveis e o agente, para que viole o tipo penal, deve estar ciente de tal fato, e deve, intencionalmente, recusar, omitir ou retardar a resposta à requisição. Dessa feita, não constando das requisições a ressalva de que os dados eram indispensáveis à propositura de ação civil pública, a conduta perpetrada por José Vieira de Almeida é atípica, podendo configurar, se muito, ato de improbidade ou falta funcional, mas não crime.

O primeiro ofício que requisitava informações a respeito de todos os servidores do município, inclusive os contratados temporariamente, foi respondido pelo

réu em 28.12.2007 (f. 15). Três meses depois, em 13 de março de 2008, foram novamente requisitadas informações sobre os contratados temporariamente, dessa vez pedindo também qualificação civil e endereço dos servidores (f.16).

Consta dos autos, contudo, que a Promotoria já dispunha de representação de cidadãos que se diziam lesados pela contratação irregular pelo Município de Ipaba (f. 19/20), dos dados encaminhados pelo Prefeito em resposta ao ofício de f. 12, incluindo a relação de servidores contratados, levantamento feito pelo Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça de Defesa do Patrimônio Público, dando conta de haver, no Município de Ipaba, em 7 de julho de 2008, cerca de 203 servidores contratados em caráter temporário, listando os servidores por nome, cargo e data de admissão (f. 24/27).

Junto com a sua resposta à acusação, por outro lado, o réu apresentou certidão da Câmara Municipal atestando que, entre os anos de 2005 e 2006, o Executivo e o Legislativo do Município de Ipaba negociaram uma reforma da administração municipal, culminando na aprovação das Leis 444/2006 e 445/2006, objetivando a realização de concurso público para provimento dos cargos efetivos, com extinção dos contratos temporários, tendo sido realizados dois certames, um em 2006 e outro em 2008 (f. 73).

Da prova oral, verifica-se que todas as testemunhas ouvidas relataram que o réu jamais pediu que houvesse protelação proposital ou recusa em responder aos ofícios recebidos do Ministério Público, ao contrário, ele cobrava que as respostas fossem ágeis, o que faz prova da ausência de dolo no agir:

> Que é funcionário do Município de Ipaba/MG, concursado há cerca de 02 anos; que, na época em que o réu foi prefeito de tal cidade, da última legislatura, o depoente foi secretário de administração municipal; que normalmente os ofícios do Ministério Público solicitando informações e documentos diversos eram distribuídos entre as secretarias, conforme o assunto, e então respondidos; que o ofício de fls. 12 foi respondido pela Secretaria de Administração, na época em que o depoente era secretário, tanto para a Promotoria de Justiça de Defesa do Cidadão, quanto para o Ministério Público do Trabalho; que não se lembra se o ofício de fls. 16 foi respondido pela secretaria da qual o depoente era titular; que, quando não conseguia responder os ofícios no tempo fixado pelo Ministério Público, pedia prorrogação de prazo, sendo que em certas ocasiões até mantinha contato telefônico com tal órgão e chegava a passar alguns documentos por fax, bem como também recebia ofício requisitório por tal meio, para agilizar o expediente. Dada a palavra à defesa, às suas perguntas respondeu: Que costumava receber na média 12 ofícios por mês; que tinha um bom relacionamento com o servidor Leoni do Ministério Público Estadual; que sua secretaria também respondeu o ofício de fls. 74/75, bem como o ofício de fls. 85/86; que a relação de fls. 24/27 teve origem em sua secretaria; que nunca recebeu qualquer determinação de protelar a resposta aos ofícios supracitados; que não sabe dizer se algum ofício do MPE ficou sem resposta no final do mandato do acusado. Dada a palavra à acusação, às suas perguntas respondeu: Que nunca teve algum pedido de prorrogação de prazo para resposta de ofício indeferido pelo MPE; que normalmente prestava contas ao acusado informando a resposta dos ofícios, sendo que ele próprio costumava cobrar tais respostas dos secretários - Raimundo Batista Santos, f. 211.

> Que é funcionário do Município de Ipaba/MG, concursado em 1996; que da última vez o réu foi prefeito de tal cidade, o depoente foi assessor de acompanhamento do processo legislativo; que já respondeu ofícios do MPE solicitando informações e documentos diversos; que o ofício de fls. 16 não chegou até as mãos do depoente para ser respondido; que de acordo com os assuntos dos ofícios do MPE tais documentos eram encaminhados para os setores responsáveis; que respondia os ofícios a si encaminhados sempre dentro do prazo fixado pelo MPE; que somente uma vez ou outra lhe eram encaminhados ofícios do MPE; que, como os ofícios de resposta eram assinados pelo denunciado, sempre ele tinha ciência que as respostas estavam sendo fornecidas. Dada a palavra à defesa, às suas perguntas respondeu: Que não havia controle de entrada e saída dos ofícios requisitórios, apenas arquivavam a 2ª via; que é possível haver algum erro e por isso o ofício não ser respondido; que nunca o acusado lhe pediu para protelar a resposta de algum ofício do MPE; que no final do mandato do réu houve um certo tumulto no serviço porque ainda não se sabia qual dos candidatos iria realmente assumir a nova legislatura; que não havia excesso de serviço dentro do setor do depoente, 'estava tudo na normalidade'. Dada a palavra à acusação, às suas perguntas respondeu: Que o acusado disputou o último pleito para o executivo municipal; que, durante o período de campanha, já no final de seu mandato, o acusado se ausentava da prefeitura mais vezes que o normal - Marcos José de Brito, f. 212.

> Que trabalhou no último mandato do acusado como prefeito municipal, sendo que inicialmente possuía um cargo comissionado de diretor de departamento, acrescentando que posteriormente fez um concurso em 2007 e foi aprovado para controlador interno do Município de Ipaba/MG; que, pelo que se recorda, respondeu um ou dois ofícios requisitando informações e documentos, de autoria do MPE; que, conforme os ofícios chegavam às mãos do Prefeito, ele distribuía para os setores competentes em respondê-los; que não elaborou um ofício respondendo à requisição de fls. 16, ressaltando que o mesmo deve ter sido enviado ao departamento pessoal; que nunca o réu lhe pediu para postergar resposta os ofícios do MPE, pelo contrário, cobrava agilidade e também o envio das respostas. [...] - (*sic*) Wellington Luna, f. 213.

Diante do exposto, considerando a inexistência do elemento subjetivo do tipo, julgo improcedente a pretensão contida na denúncia para absolver o réu do crime descrito no art. 10 da Lei nº 7.347/1985, com fulcro no art. 386, III, do Código de Processo Penal.

Custas, na forma da lei.

DES. ALBERTO DEODATO NETO - De acordo com o Relator.

DES. FLÁVIO BATISTA LEITE - De acordo com o Relator.

DES. REINALDO PORTANOVA - De acordo com o Relator.

DES. WALTER LUIZ DE MELO - De acordo com o Relator.

Súmula - JULGARAM IMPROCEDENTE A DENÚNCIA.

...

Crime contra o meio ambiente - Art. 38 da Lei 9.605/98 - Perícia - Realização por técnico agrícola - Possibilidade - Laudo pericial - Assinatura por um só perito oficial - Validade - Perito assistente - Desobrigatoriedade - Princípio do contraditório e da ampla defesa - Não violação - Princípio da insignificância - Inaplicabilidade

Ementa: Apelação criminal. Crime ambiental. Laudo pericial realizado por técnico agrícola e não por engenheiro florestal. Perito não oficial. Absolvição por ausência de materialidade. Impossibilidade. Ausência de perito assistente da acusada. Faculdade. Ausência de violação ao contraditório e à ampla defesa. Absolvição pelo princípio da insignificância. Impossibilidade. Condenação mantida. Recurso não provido.

- Os técnicos agrícolas são profissionais qualificados e habilitados a realizar perícias de crimes ambientais, uma vez que, além de possuírem formação na área ambiental, também são legalmente aptos para tal, conforme se extrai do art. 6º do Decreto 90.922, de 6 de fevereiro de 1985.

- A aplicação do princípio da insignificância é impossível no caso dos autos, haja vista que a conduta perpetrada pela ré não pode ser considerada como de mínima ofensividade e que a lesão jurídica provocada não foi inexpressiva.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0521.07.057095-2/001 - Comarca de Ponte Nova - Apelante: Maria das Graças Vieira - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Relator: DES. FLÁVIO BATISTA 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, à unanimidade, em NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 9 de outubro de 2012. - *Flávio Batista Leite* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. FLÁVIO BATISTA LEITE - Trata-se de apelação interposta por Maria das Graças Vieira contra a sentença de f. 84/89, que a condenou como incursa na sanção do art. 38, *caput*, da Lei 9.605/98 (danificar floresta de preservação permanente).

Narra a denúncia que, em outubro de 2006, em dia e horário indeterminados, na localidade denominada Córrego Vista Alegre, zona rural de Santa Cruz do Escalvado, Comarca de Ponte Nova/MG, a denunciada efetuou desmate em área florestal considerada de preservação permanente, às margens de curso d'água.

Consta ainda na exordial acusatória que policiais militares constataram supressão de gramíneas em uma área de 200m^2 e retirada de terra para construção de lagoa, dificultando a regeneração natural da floresta e demais formas de vegetação, sem autorização do órgão competente.

Finda a instrução criminal, o Juiz *a quo* julgou procedente a denúncia e condenou a acusada a 1 (um) ano de detenção, no regime aberto, pelo crime ambiental previsto no art. 38 da Lei 9.605/98.

A reprimenda corporal aplicada à acusada foi substituída por uma pena restritiva de direito, qual seja prestação de serviço à comunidade.

Intimações regulares (f. 91 e 120).

Inconformada, a defesa técnica de Maria das Graças Vieira apelou e requereu sua absolvição, ao argumento de que a materialidade não restou demonstrada, pois o laudo pericial foi elaborado unilateralmente (sem assistente de perito da acusada) e por perito incompetente, pois técnico agrícola não é engenheiro florestal. Alternativamente, arguiu a atipicidade da conduta em observância ao princípio da insignificância (f. 94/100).

Contrarrazões às f. 102/106, em que o *Parquet* pugna pela improcedência do recurso alegando que tanto a autoria quanto a materialidade restaram sobejamente demonstradas.

A d. Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo conhecimento e desprovimento do apelo (f. 127/131).

Esse é, em síntese, o relatório.

Passo ao voto.

Presentes seus pressupostos de admissibilidade e processamento, conheço do recurso.

De início, tenho que razão não assiste à defesa quanto à imprestabilidade do laudo pericial juntado aos autos. Explico.

O objetivo da perícia nos crimes ambientais é esclarecer tecnicamente ao magistrado a existência ou não de ameaça ou dano ambiental. Por tal razão, ela deve ser elaborada por profissional com conhecimento técnico na área ambiental.

Ao contrário do que aduz a defesa, os técnicos agrícolas são profissionais qualificados e habilitados a realizar perícias como a dos autos (f. 36/39), uma vez que, além de possuírem formação na área ambiental, são legalmente aptos a fazer perícias criminais e elaborar laudos e pareceres técnicos, conforme se extrai do art. 6º do Decreto 90.922, de 6 de fevereiro de 1985.

> Art. 6º As atribuições dos técnicos agrícolas de 2º grau em suas diversas modalidades, para efeito do exercício profissional e da sua fiscalização, respeitados os limites de sua formação, consistem em:
> [...]
> IV - responsabilizar-se pela elaboração de projetos e assistência técnica nas áreas de:
> [...]
> c) impacto ambiental; [...]
> V - elaborar orçamentos, laudos, pareceres, relatórios e projetos, inclusive de incorporação de novas tecnologias;
> VI - prestar assistência técnica e assessoria no estudo e desenvolvimento de projetos e pesquisas tecnológicas, ou nos trabalhos de vistoria, perícia, arbitramento e consultoria, exercendo, dentre outras, as seguintes tarefas.

Além disso, verifica-se que o perito signatário do laudo de f. 36/39 é profissional registrado no Instituto Estadual de Florestas, órgão competente para realizar perícias ambientais criminais como a destes autos.

Portanto, o laudo pericial em questão foi confeccionado por perito oficial. É, pois, válido, nos termos da Súmula Criminal nº 20 do TJMG, que dispõe que "Não é nulo o exame pericial realizado por um único perito oficial".

Em relação à quantidade de peritos necessários para a realização de exame pericial, colaciono os seguintes precedentes do STF e STJ:

> A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido da validade do laudo pericial assinado por um único perito oficial. (STF - R*HC* 86888, Relator: Min. Eros Grau, Primeira Turma, julgado em 08.11.2005, *DJ* de 02.12.2005, p.00014, ement. v.02216-02, p.00342.)

> Esta Corte Superior e o colendo Supremo Tribunal Federal firmaram entendimento quanto à validade do laudo assinado por apenas um perito, quando cuidar-se de profissional oficial, tal como se dá na espécie em exame. (STJ - *HC* 112.321/RS, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Quinta Turma, julgado em 03.02.2009, *DJe* de 09.03.2009.)

> A jurisprudência desta Corte e do Supremo Tribunal Federal tem entendido pela validade do laudo assinado por apenas um perito, quando cuidar-se de profissional oficial. Precedentes do STJ e do STF. (STJ - REsp 890.515/ES, Rel. Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, julgado em 19.04.2007, *DJ* de 04.06.2007, p. 423.)

Não há que se falar também que houve ofensa ao contraditório pela realização de perícia sem assistente da acusada. Ora, inexiste na legislação processual penal norma que determine obrigatoriamente a presença de assistente técnico da ré para acompanhar e/ou auxiliar a confecção do laudo pericial. Ao contrário. O Código de Processo Penal dispõe expressamente no inciso II do § 5º do art. 159 que às partes é permitida a indicação de assistente técnico para apresentar parecer sobre a perícia.

A intervenção de assistente técnico representando a acusada é, pois, mera faculdade, de forma que caberia à defesa requerer, no devido momento, sua atuação, o que não ocorreu.

Assim, não há que se falar em invalidade do laudo pericial.

Inexistindo, *in casu*, vício capaz de macular o procedimento investigatório, rejeito a tese de nulidade do laudo pericial.

Demonstrada a materialidade do crime, cumpre ressaltar que a autoria delitiva também se faz certa, ante a afirmativa da apelante de que construiu represa, sem autorização legal, para que "os (seus) bois pudessem beber água" (f. 18 e 64).

O dano ambiental oriundo da conduta perpetrada pela ré é confirmado, em juízo, pelo militar César Fraiz.

> [...] que a intervenção constituiu em um barramento que represou o curso d'água; que não sabe a finalidade da intervenção feita pela ré; que jamais fez outra autuação na propriedade da ré; que o barramento feito pela ré não estancou totalmente o curso d'água, restando ainda, uma pequena vazão; que não retornou à propriedade após o fato; que a vegetação danificada consistia em: capim, grama e outras vegetações rasteiras (f. 62).

No mesmo sentido se encontra o testemunho do policial militar Olívio de Assis Gomes (f. 63).

Outra não é a conclusão do laudo pericial.

> 6 - Houve soterramento de rios, cursos d'água, olhos d'água ou nascente? Quantas? Especificar.
> Sim, devido ao aterro, bem como este foi rompido carreando sólidos para o curso d'água.
> 7 - Se não chegou a ocorrer soterramento, com o desmatamento há ameaça de mal futuro, devido a erosão subsequente ou outros meios decorrestes da infração?
> Assoreamento nas partes baixas e no leito do córrego [...].
> 11 - Houve dano a vegetação local ou à fauna? Especificar.
> Houve dano à vegetação e a fauna, devido ao assoreamento do curso d'água.
> 12 - O indiciado tomou ou está tomando providências necessárias para evitar danos ao meio ambiente? Quais as providências?
> Não (f. 28/29).

Constata-se, assim, que, ao utilizar área de preservação permanente com infringência das normas de proteção, a acusada reduziu a vazão do curso de água, causando impactos secundários à jusante da intervenção, reduzindo a oferta de água para animais e plantas. Outrossim, sua conduta causou o assoreamento do leito do córrego e gerou impactos na flora e fauna aquáticas.

Diante de tantas consequências lesivas ao meio ambiente, impossível considerar como mínima a ofensividade da conduta. Ademais, tendo em vista que o bem jurídico protegido pela norma incriminadora da Lei 9.605/98 é o equilíbrio ecológico dos ecossistemas e que ele foi efetivamente ofendido, não se pode avaliar como inexpressiva a lesão jurídica provocada.

Feitas essas considerações, não é possível aplicar o princípio da insignificância para afastar a tipicidade da conduta perpetrada pela ré, motivo pelo qual imperiosa

se faz a manutenção do decreto condenatório nos exatos termos da sentença recorrida.

Posto isso, nego provimento ao recurso.

Custas recursais, pelo apelante (art. 804 do CPP).

DES. REINALDO PORTANOVA - De acordo com o Relator.

DES. WALTER LUIZ DE MELO - De acordo com o Relator.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO REGURSO.

...

Júri - Homicídio qualificado - Emissão de parecer ministerial - Ausência de manifestação da defesa técnica - Princípio do contraditório - Não violação - Testemunha não encontrada - Oitiva - Não realização - Adiamento da sessão - Ausência de previsão legal - Laudo pericial - Cumprimento das formalidades legais - Interrogatório do réu - Observância do art. 185, *caput* e § 5º, do Código de Processo Penal - Cerceamento de defesa - Inexistência - Prova - Opção dos jurados por uma das versões existentes - Decisão contrária à prova dos autos - Ausência - Nulidade - Não ocorrência - Condenação - Fixação da pena - Circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal - Excesso na análise - Circunstâncias ínsitas ao tipo penal - Consideração em desfavor do réu - Impossibilidade - Pena exacerbada - Redução

Ementa: Apelação criminal. Júri. Homicídio qualificado. Preliminares. Ausência de manifestação da defesa técnica após emissão de parecer ministerial. Ofensa ao contraditório. Inocorrência.

- A ausência de manifestação da defesa técnica após a emissão de parecer recursal não importa em violação do princípio do contraditório, notadamente porque o Ministério Público de segunda instância não atua como parte na ação penal, mas como *custos legis*. Não há previsão legal para se oportunizar a manifestação da defesa após emissão de parecer ministerial.

- Nulidade em face de indeferimento de oitiva de testemunha. Inexistência. - Inexiste previsão no CPP para o adiamento da sessão de julgamento se a testemunha deixar de comparecer, exceto se uma das partes tiver requerido sua intimação por mandado, declarando não prescindir do seu depoimento e indicando a sua localização. Ausência de demonstração de prejuízo no que tange à não oitiva da testemunha.

- Tempo exíguo entre a citação do réu e o interrogatório. Ofensa ao princípio da ampla defesa. Inocorrência. - Embora o réu tenha sido interrogado dois dias após a sua citação, compareceu espontaneamente à audiência, na qual lhe foi assegurado o direito de entrevista prévia e reservada com seu defensor, o que afasta a alegação de violação do princípio da ampla defesa.

- Inobservância de formalidade legal na confecção de laudo pericial. Não verificação. - Não há nulidade na produção de prova pericial se o laudo foi subscrito por profissionais competentes, devidamente nomeados pela autoridade policial para procederem à vistoria no local do crime. Se foi feito mediante compromisso e se a defesa não requereu, em momento algum da instrução criminal, a instauração de incidente de falsidade documental, deve-se presumir que aceitou a prova como idônea para comprovar a materialidade do delito.

- Mérito. Alegação de decisão contrária à prova dos autos. Improcedência. - Somente se autoriza a cassação do veredicto popular, por manifestamente contrário à prova dos autos, quando a decisão for escandalosa, arbitrária e totalmente divorciada do contexto probatório (inteligência da Súmula nº 28/TJMG). Se os jurados optam pela versão mais condizente com a prova apresentada, não há como cassar a decisão, sob pena de se negar vigência ao princípio constitucional da soberania do Tribunal do Júri.

- Diminuição da pena. Necessidade. - A pena merece redução quando aplicada de forma exacerbada, sem a devida fundamentação, não valendo para a consideração em desfavor do réu circunstâncias ínsitas ao tipo penal.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0024.08.061761-6/002 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: F.S.A. - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Vítima: P.F.S. Relator: DES. JÚLIO CEZAR GUTTIERREZ

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, à unanimidade, em REJEITAR AS PRELIMINARES E DAR PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO.

Belo Horizonte, 12 de dezembro de 2012. - *Júlio Cezar Guttierrez* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. JÚLIO CEZAR GUTTIERREZ - F.S.A., qualificado nos autos, foi denunciado como incurso nas sanções do art. 121, § 2º, incisos I e IV, do CP, porque, segundo consta da exordial acusatória (f. 2/3), em 20 de março de

2008, por volta das 8h20min, na rua X, no bairro Y, nesta Capital, matou P.F.S. por motivo torpe e utilizando recurso que dificultou a defesa da vítima.

Após pronúncia (f. 286/287), foi levado a julgamento perante o Júri Popular, que o condenou pela prática de homicídio qualificado por motivo torpe, tendo o Juiz-Presidente fixado a pena em 16 (dezesseis) anos de reclusão, em regime inicialmente fechado (f. 419/422).

Inconformado, recorreu (f. 431). Nas razões, acostadas às f. 443/457, a defesa suscita as seguintes preliminares de nulidade, por cerceamento de defesa: a) ausência de manifestação da defesa técnica após emissão de parecer ministerial; b) indeferimento de oitiva de testemunha arrolada com cláusula de imprescindibilidade; c) tempo exíguo entre a citação e o interrogatório do réu ao final da instrução; d) inobservância de formalidades legais na confecção do laudo de levantamento de local de homicídio. No mérito, requer a absolvição à alegação de que a decisão é manifestamente contrária à prova dos autos. Subsidiariamente, pugna pela redução da pena aplicada e pelo abrandamento do regime de seu cumprimento. Bate-se, por fim, pela concessão dos benefícios da gratuidade judiciária.

Em contrarrazões, o Representante Ministerial local pleiteia a rejeição das preliminares e, no mérito, o desprovimento do apelo (f. 459/463).

No mesmo sentido se manifesta a Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do ilustre Procurador Marco Antônio Lopes de Almeida (f. 469/483).

É a síntese do necessário.

Decido.

Preliminarmente, conheço do recurso, presentes os pressupostos de admissibilidade.

Passo ao exame, em tópicos, das alegações recursais.

1 Preliminares.

1.1 *Ausência de manifestação da defesa técnica após emissão de parecer ministerial*.

O ora apelante, em suas razões, aponta, preliminarmente, violação ao princípio do contraditório por não ter sido dado à defesa o direito de se manifestar após emissão do parecer ministerial.

Não merece prosperar a arguição.

No âmbito do processo penal, ao Órgão Ministerial cabe não só promover, privativamente, a ação penal pública, como também fiscalizar a execução da lei (art. 257 do CPP), o que revela os dois polos ocupados pelo *Parquet* nessa relação, quais sejam a posição de sujeito, efetivando o *ius puniendi* estatal, e também a posição de fiscal da correta aplicação das leis.

Ao atuar em sede recursal, emitindo parecer, a Procuradoria-Geral de Justiça possui, assim, a função de *custos legis*, de tal sorte que é dotada de imparcialidade, porquanto nem sequer está vinculada às razões ou contrarrazões ofertadas pela Promotoria de Justiça. Esta, sim, parte da relação processual.

Nesse sentido, completamente esvaziada se revela a argumentação da defesa.

E, ainda que assim não fosse, à luz do princípio *ne pás de nulitté sans grief,* o simples fato de ter sido dada à defesa a oportunidade de se manifestar após a emissão do parecer ministerial não enseja a nulidade do processo se não houve qualquer demonstração de que a defesa ficou prejudicada por falta de contradição de algum argumento deduzido pela acusação. É dizer: se foi dada à defesa a oportunidade de contraditar todos os argumentos apresentados pela acusação, não há falar em ofensa ao contraditório.

Por fim, registre-se que não existe previsão legal para concessão de vista à defesa após a juntada de parecer da Procuradoria-Geral de Justiça.

Rejeito a preliminar.

1.2 *Indeferimento de oitiva de testemunha*.

A defesa se bate, ainda, pela nulidade da decisão, à alegação de que

> a testemunha G.R.S. não foi intimada e em plenário de julgamento a defesa forneceu seu endereço e requereu o adiamento da sessão para que a testemunha fosse intimada para, querendo, comparecer e prestar declarações e/ou ser ouvida por carta precatória (f. 448).

Razão não assiste ao ora apelante.

A lei não enseja o adiamento da sessão no que tange a testemunhas que não foram encontradas - apenas em relação a testemunhas intimadas e ausentes seria possível postergar o julgamento.

É o que dispõe o art. 461 do CPP, *in verbis*:

> Art. 461. O julgamento não será adiado se a testemunha deixar de comparecer, salvo se uma das partes tiver requerido a sua intimação por mandado, na oportunidade de que trata o art. 422 deste Código, declarando não prescindir do depoimento e indicando a sua localização.
> § 1° Se, intimada, a testemunha não comparecer, o juiz-presidente suspenderá os trabalhos e mandará conduzi-la ou adiará o julgamento para o primeiro dia desimpedido, ordenando a sua condução.
> § 2° O julgamento será realizado mesmo na hipótese de a testemunha não ser encontrada no local indicado, se assim for certificado por oficial de justiça.

No caso dos autos, verifica-se, à f. 405, que o Ministério Público se manifestou no sentido de que, embora não tenha sido encontrado o endereço da referida testemunha, não a dispensava, uma vez que poderia ser inquirida "caso [comparecesse] espontaneamente à sessão de júri".

Se à defesa interessava sua oitiva, deveria ter diligenciado nesse sentido, mas não o fez. À f. 405-v., constata-se que foi dada vista dos autos ao defensor, inclusive no que tange ao fato de a referida testemunha não ter sido encontrada. A defesa, contudo, embora se tenha declarado ciente, não apresentou o endereço, nem requereu, na ocasião, nenhuma providência do Juízo nesse sentido.

Argumente-se, ademais, novamente à luz do princípio inscrito no art. 563 do CPP, que não logrou a defesa êxito em demonstrar que, do ato de indeferimento da oitiva da testemunha, resultou-lhe prejuízo, a inviabilizar, também por esse motivo, a declaração de nulidade pretendida.

Rejeito a preliminar.

1.3 *Tempo exíguo entre a citação do réu e seu interrogatório.*

Pugna o ora apelante, também em sede de prefacial, pela declaração de nulidade processual, em face de ter sido interrogado apenas 48 h depois de ter sido citado, o que teria acarretado cerceamento de defesa, por não lhe ter sido assegurado "o tempo suficiente e necessário para se entrevistar com seu defensor" (f. 449).

Sem razão.

Embora tenha sido interrogado em 15.08.2008 (f. 178), dois dias após ter sido citado (f. 177), o acusado compareceu espontaneamente à audiência, tendo-lhe sido assegurado o direito de entrevista prévia e reservada com seu defensor, observando-se, pois, o disposto no art. 185, *caput* e § 5°, do CPP.

Não há falar em nulidade, até porque, mais uma vez, a defesa não trouxe aos autos a demonstração do prejuízo em face do ato inquinado vicioso.

Rejeito a preliminar.

1.4 *Inobservância de formalidade legal na confecção de laudo pericial.*

A defesa também se insurge, em preliminar,

> quanto à prova técnica de f. 113/131, visto que formalizada por um único perito que não se identifica, apondo sua assinatura de forma ininteligível sobreposta ao nome de perito diverso que não foi desentranhado do feito (f. 449).

Também nesse caso não merece acolhida a alegação.

O laudo, conforme se verifica à f. 118, foi subscrito por dois profissionais devidamente nomeados pela autoridade policial para procederem à vistoria pericial no local do crime, e o fizeram mediante compromisso.

De mais a mais, a defesa não requereu, em momento algum da instrução criminal, a instauração de incidente de falsidade documental. Se assim não o fez, não questionando oportunamente os alegados vícios, deve-se presumir que aceitou o laudo como idôneo para a comprovação da materialidade do delito.

Por fim, além de não se ter evidenciado nenhum prejuízo à defesa, é consabido que os laudos são dirigidos ao magistrado para que forme seu livre convencimento, podendo ele adotá-los ou não.

Ademais, os jurados, soberanamente, concluíram, no Júri, pela responsabilização do acusado.

Rejeito a preliminar.

2 Mérito.

2.1 *Absolvição.*

A defesa requer a absolvição, à alegação de que a decisão dos jurados é manifestamente contrária à prova dos autos.

Sem razão.

É sabido que os jurados votam os quesitos de acordo com a sua própria consciência, na avaliação subjetiva que cada um faz dos debates e das provas apresentadas, só se licenciando, portanto, a cassação do veredicto popular por manifestamente contrário à prova dos autos, quando a decisão for escandalosa, arbitrária e totalmente divorciada do contexto probatório.

Esse o entendimento pacificado e sedimentado na doutrina e jurisprudência, bem como sumulado neste Tribunal de Justiça nos seguintes termos:

> A cassação do veredicto popular por manifestamente contrário à prova dos autos só é possível quando a decisão for escandalosa, arbitrária e totalmente divorciada do contexto probatório, nunca aquela que opta por uma das versões existentes (Súmula n° 28).

Na hipótese dos autos, a decisão, sem a menor sombra de dúvida, encontra respaldo no quadro probatório que se formou ao longo da instrução processual.

Veja-se.

A testemunha R.C.S., mãe da namorada de F., afirmou, de forma veemente, nas três oportunidades em que foi ouvida (f. 22, 112/112-v. e 275), a responsabilidade do acusado pela morte de P.F.S.

Transcrevam-se, por oportuno, os seguintes excertos de seu depoimento prestado quando ouvida pela autoridade judicial:

> [...] que dois ou três dias após os fatos, F. disse à depoente que havia matado P. na companhia da H. e O., estes menores; que na quinta-feira anterior P. esteve na casa de 'R.' para matá-lo, ocasião em que deu 5 tiros que atingiram o telhado da casa de 'R.'; que, no dia seguinte, R., que era namorado da filha da depoente, de nome J., esteve na casa da depoente onde a depoente percebeu que ele, juntamente com H. e O., combinavam que iriam matar 'R.' [P.]; que a depoente pediu a eles que não fizessem isso porque a depoente iria na casa dos pais de P. para conversar com eles; que 'R.', H. e O. saíram dizendo que iriam embora, mas 10 minutos depois escutou tiros; que a depoente então soube que 'R.' havia matado P.; que soube que a polícia prendeu arma, cheque e *crack* na casa do P.; [...] que 'R.' também vendia drogas; que acha que o crime aconteceu por disputa de drogas; que 'R.' queria tomar o ponto de P.; que ouviu dizer que, após o crime, 'R.' passou de táxi nas proximidades da casa da depoente e afirmou que havia matado P.; [...] (f. 275).

De tais declarações não destoam as fornecidas pelo pai da vítima, segundo quem:

> [...] que, uma semana antes do crime em tela, o depoente, ao chegar de viagem de trabalho, tomou conhecimento de que P. havia conseguido um revólver emprestado e tentado matar um indivíduo conhecido na região por R., porque este teria batido em seu rosto por ele ter mexido com uma garota; que P. chegou a efetuar cinco disparos contra R., mas não acertou nenhum; que o depoente o advertiu sobre a inconse-

> quência do ato dele, pois todos sabem que R. é um indivíduo muito perigoso e que com certeza iria tentar se vingar; [...] que, no dia do fato, por volta das 8h30min, P. saiu de casa para ir comprar pão, sendo que, logo após a saída dele, o depoente ouviu vários disparos, tendo o depoente logo imaginado que fosse algo envolvendo P. e assim olhou pela janela, mas não conseguiu avistar nada, e assim, ao descer para sair à rua, deparou com o corpo de P. caído dentro da garagem, já morto; que com a chegada da policiais (*sic*) os mesmos conseguiram apurar que quem havia atirado em seu filho seria o R. acompanhado de O., L. e M.A.; que o depoente soube ainda, através de comentários, ficou sabendo que R. e O. estavam de tocaia em um *trailer* situado perto da casa do depoente, à espera de P., e que, quando este saiu ao portão, R. e O. efetuaram os disparos contra ele, tendo P. tentado correr de volta para casa, contudo caiu na garagem, tendo R. e O. adentrado a garagem e efetuado outros disparos; que soube também que L., momentos antes dos disparos, chegou a se aproximar do portão para chamar P., contudo viu que este já estava se aproximando do portão para sair, ela correu e chamou R. e O.; que o depoente não sabe qual foi a participação de M.A. [...] (f. 31/32).

Em consonância com tais elementos, os depoimentos de E.S.S. (f. 20 e 201), M.A.R. (f. 23) e G.L.S. (f. 241), a indicar que resta isolada no contexto dos autos a negativa do acusado, que, a propósito, nem sequer indicou meio de comprovação do álibi fornecido (f. 179/180 e 414/415).

Diante disso, não se pode dizer que a decisão dos jurados é manifestamente contrária à prova dos autos. Ao revés, revela-se, nos autos, um contexto fático sólido, robusto, a desautorizar a cassação do veredicto popular.

2.2 *Diminuição da pena*.

A defesa requer seja diminuída a reprimenda imposta em primeiro grau de jurisdição, ao argumento de que "fixada com rigor desnecessário" (f. 451).

O pleito merece acolhida.

Verifica-se que houve excesso na análise das moderadoras judiciais do art. 59 do CP feita pelo Magistrado *a quo*, que valorou em desfavor do réu a culpabilidade, a conduta social, a personalidade, bem como as circunstâncias do crime.

A fundamentação utilizada para considerar negativamente a culpabilidade não se revela apta a tanto. Nos termos da sentença fustigada, o Juiz assim avaliou tal circunstância:

> Culpabilidade: o grau de reprovabilidade da conduta foi acentuada, pois o acusado efetuou disparo de arma de fogo contra a vítima P.F.S. quando esta saia (*sic*) de sua casa desarmada atingindo-a nas costas. Além disso, premeditou o crime, reunindo-se com menores para combiná-lo e executá-lo (f. 420).

Não se pode, a meu sentir, analisar a circunstância judicial da culpabilidade insculpida no art. 59 do CP como elemento do crime, sob pena de ser valorada automaticamente como negativa em relação a todos os agentes capazes de cometer qualquer delito, independentemente da reprovação que a sua conduta tenha gerado no seio social, o que se afigura inadmissível.

Na hipótese dos autos, não vislumbro elementos concretos que permitam dizer que a culpabilidade foi intensa, além da transgressão inerente ao tipo penal em questão.

Quanto à conduta social e à personalidade, o Magistrado assim as aquilatou:

> Conduta social: comprometida pelo extenso envolvimento na criminalidade violenta, principalmente tráfico de drogas.
> Personalidade: violenta, pois o acusado andava armado e responde por crimes com violência contra a pessoa (f. 420).

Ao contrário do que foi afirmado na decisão ora objurgada, entendo que não existem, nos autos, elementos para considerar tais circunstâncias como desfavoráveis ao réu.

Há, é certo, no documento de f. 214/222, informes de registros de ocorrências policiais e passagens pela delegacia, mas, da análise da C.A.C. de f. 233, verifica-se que o réu é primário. Quanto ao fato de "andar armado", as provas orais colhidas sob o crivo do contraditório autorizam a conclusão de que o acusado adquiriu a arma do crime após ter sido ameaçado pela vítima.

Outrossim, quanto às circunstâncias, as quais foram consideradas como negativas por ter sido "o crime praticado com uso de arma de fogo, próxima à residência da vítima" (f. 420).

In casu, considero-as ínsitas ao tipo penal, além de ter como favoráveis as demais moderadoras do art. 59 do CP, pelo que a pena-base deve ser fixada no mínimo legal, a saber, em 12 (doze) anos de reclusão.

Na segunda fase, compensa-se a atenuante da menoridade com a agravante do recurso que dificultou a defesa da vítima, mantendo-se a reprimenda no mesmo patamar.

À míngua de causas de aumento e/ou de diminuição, torno, pois, definitiva a sanção imposta a F.S.A., pela prática do delito tipificado no art. 121, § 2°, incisos I e IV, ambos do CP, em 12 (doze) anos de reclusão.

O regime é o inicial fechado e, tal como na decisão *a quo*, deve também ser negada a concessão dos benefícios dos arts. 44 e 77 do CP, em face do *quantum* de pena imposto.

3 Conclusão.

Mercê de tais considerações, rejeito as preliminares e, no mérito, dou parcial provimento ao recurso apenas para reduzir a pena aplicada ao réu, mantendo-se, quanto ao mais, a sentença hostilizada.

Defiro o pedido de isenção das custas processuais, tendo em vista que o recorrente conta com o patrocínio da Defensoria Pública, a teor do entendimento contido no art. 10, inciso II, da Lei n° 14.939/2003.

É o voto.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES DOORGAL ANDRADA e HERBERT JOSÉ ALMEIDA CARNEIRO.

Súmula - Rejeitaram as preliminares e, no mérito, deram parcial provimento ao recurso.

...

Estelionato - "Jogo de tampinhas" - Conduta tipificada no art. 171 do Código Penal - Julgamento - Competência da Justiça Comum

Ementa: "Jogo de tampinhas". Ação tipo de estelionato. Declarar como competente o Juízo Criminal da Justiça Comum.

- A prática do conhecido "jogo de tampinha" se amolda à ação tipo descrita no art. 171 do CP (estelionato), devendo ser julgada do Juízo Criminal da Justiça Comum.

CONFLITO DE JURISDIÇÃO Nº 1.0000.12.086240-4/000 - Comarca de Belo Horizonte - Suscitante: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Suscitado: Juiz de Direito do Juizado Especial Criminal de Belo Horizonte - Interessado: Claudinei Teixeira Barbosa - Relator: DES. REINALDO PORTANOVA

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 DECLARAR A COMPETÊNCIA DO JUÍZO CRIMINAL DA JUSTIÇA COMUM.

Belo Horizonte, 27 de novembro de 2012. - *Reinaldo Portanova* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. REINALDO PORTANOVA - Tratam os autos de conflito negativo de competência arguido pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais em face da decisão de f. 25 da Juíza de Direito do Juizado Especial da Comarca de Belo Horizonte, que declinou da competência para a Justiça Comum sob a alegação de que a conduta praticada pelo acusado configurou hipótese de crime de estelionato cujo quanto da pena máxima privativa de liberdade é superior a dois anos.

Em suas razões de recurso às f. 25/27, o RMP aduziu que a conduta praticada pelo acusado Claudinei Teixeira Barbosa configurou o delito descrito no art. 50 do Decreto-lei nº 3.688/41 - Lei de Contravenções Penais -, e não a conduta do art. 171 do CP (estelionato), porque não há nos autos como aferir se houve prejuízo alheio, tampouco se alguém foi induzido ou mantido em erro.

O Juízo da Vara Criminal de Inquéritos Policiais, atendendo ao conflito suscitado pelo Ministério Público, acolheu as razões ali expostas e determinou a remessa para este Tribunal de Justiça para exame do conflito.

O Procurador de Justiça, às f. 36/41, opinou pela competência do Juizado Especial de Belo Horizonte.

Este é o relatório. Decido.

Conheço do conflito negativo de jurisdição porquanto estão presentes os pressupostos legais e regimentais de admissibilidade.

Consta dos autos que, no dia 31 de janeiro de 2012, na Rua São Paulo, nº 106, Centro, nesta Capital, o investigado Claudinei Teixeira Barbosa foi abordado por milicianos praticando o "jogo de tampinhas"; que foi encontrada em poder do agente a quantia de R$50,00 (cinquenta reais), uma bolinha e três tampinhas utilizadas na prática do referido jogo.

O debate versa sobre a competência do julgamento do processo relativo à conduta praticada no "jogo de tampinhas", que, no entendimento da Juíza do Juizado Especial, trata-se de conduta tipificada no art. 171 do CP (estelionato), e não conduta descrita no art. 50 da Lei de Contravenções Penais (prática do jogo de azar).

O debate se apresenta complexo quando se depura que, entre o estelionato e o jogo de azar, estes possuem linhas tênues para se alcançar uma conclusão. Porém a aula explicativa sobre a engenharia realizada para a prática deste ilícito da Juíza de Direito, Dr.ª Flávia de Vasconcelos Lanari, na f. 24, elucida a questão.

> [...] Trata-se de procedimento capitulado como art. 50, LCP, em que figura como autor do fato Claudinei Teixeira Barbosa.

O Ministério Público requereu a realização de perícia para esclarecer se o jogo de tampinhas configura jogo de azar.

A meu entendimento, a perícia é desnecessária, e a remessa dos autos ao JEsp pela Delegacia de Polícia foi equivocada. É público e notório que o jogo de tampinhas, em verdade, configura estelionato. Não há possibilidade de ganho porque o operador retira a bolinha, impedindo que ela seja encontrada.

Trata-se de um golpe clássico, antigo e difuso no mundo inteiro com relativamente poucas variantes.

O golpe acontece na rua, normalmente em regiões de grande movimento, e tem a aparência e o atrativo de um simples jogo em que é supostamente fácil ganhar. No jogo, tem uma mesinha (às vezes uma caixa de papelão) com três tampinhas e uma bolinha em cima. As tampinhas são movimentadas continuamente por um dos golpistas e debaixo de uma delas está, ou deveria estar, a bolinha. O jogo consiste em adivinhar debaixo de qual tampinha está a bolinha, apostando um determinado valor que, segundo as supostas regras, será perdido ou dobrado, dependendo de se errar ou acertar.

Na realidade, o golpe é sempre conduzido por uma quadrilha composta de várias pessoas, cada uma

com uma função bem específica, e cujo objetivo final é pegar o dinheiro dos incautos que participarem do "jogo" achando que seja fácil ganhar uma grana extra com isso.

O golpista que conduz o jogo normalmente é muito hábil e rápido no manuseio das tampinhas e da bolinha e facilmente esconderá bem a mesma, ficará com ela nas mãos sem ser visto ou movimentará no último momento as tampinhas de forma que o apostador perca. O objetivo, porém é incentivar o jogador a apostar o máximo possível para conseguir tirar dele todo o dinheiro. Por isso, se necessário, podem fazê-lo ganhar algumas vezes para incentivá-lo a continuar nas apostas.

No fim, mesmo nos poucos casos em que o apostador realmente consiga acertar, os cúmplices da quadrilha darão um jeito de pegar o dinheiro dele, criando uma confusão qualquer (por exemplo, gritando "polícia" ou simulando uma briga [...] etc.), no meio da qual o dinheiro da aposta desaparecerá. Qualquer tentativa de reação ou contestação será abafada, afastando à força o "perdedor" da roda e eventualmente usando ameaças de vário tipo e grau [...].

Ora, a riqueza de detalhes trazidos pela Magistrada demonstrando como funciona o "jogo de tampinhas" inclina a conduta de quem pratica esse ilícito para ação tipo do art. 171 do CP.

> 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.

Vale aqui registrar a análise do tipo penal em comento por Guilherme de Souza Nucci (em *Direito penal comentado,* 10. ed., p. 809):

> [...] Análise do núcleo do tipo: a conduta é sempre composta. Obter vantagem indevida induzindo ou mantendo alguém em erro. Significa conseguir um benefício ou um lucro ilícito em razão do engano provocado na vítima. Esta colabora com o agente sem perceber que está se despojando de seus pertences. Induzir quer dizer incutir ou persuardir e manter significa fazer permanecer ou conservar. Portanto, a obtenção da vantagem indevida deve-se ao fato de o agente conduzir o ofendido ao engano ou quando deixa que a vítima permaneça na situação de erro na qual se envolveu sozinha. É possível, pois, que o autor do estelionato provoque a situação de engano ou apenas dela se aproveite. De qualquer modo, comete a conduta proibida.
>
> Erro: é a falsa percepção da realidade. O agente coloca - ou mantém - a vítima numa situação enganosa, fazendo parecer realidade o que efetivamente não é.
>
> Artifício: é astúcia, esperteza, manobra que implica engenhosidade.
>
> Ardil: é também artifício, esperteza, embora na forma de armadilha, cilada ou estratagema.
>
> Qualquer outro meio fraudulento: trata-se de interpretação analógica, ou seja, após ter mencionado duas modalidades de meios enganosos, o tipo penal faz referência a qualquer outro semelhante ao artifício e ao ardil, que possa, igualmente, ludibriar a vítima [...]

O que não se pode admitir nesse caso é que o agente se esconda atrás da contravenção penal do jogo de azar para perpetrar o crime de estelionato, cuja pena é bem mais severa. Diante dos fatos apurados nos autos, outro não é o entendimento de que realmente a prática deste delito se amolda ao crime descrito no art. 171.

Basta uma análise da mecânica do jogo como elucidada para se constatar em todo seu contexto a ocorrência dos elementos aqui aventados, quais sejam vantagem ilícita, prejuízo de terceiros, erro, artifício, ardil, qualquer outro meio fraudulento.

Ademais e sem entrar no mérito da questão que neste instituto não cabe, mas apenas a título de registro, a CAC de f. 12/17 noticia que Claudinei possui inúmeros procedimentos criminais do art. 50 da Lei de Contravenções Penais, o que por si só indica o equívoco no prosseguimento relativamente a esse tipo penal da Lei de Contravenção Penal, que, amoldado dessa forma, não se torna obstáculo na conduta reiterada do agente.

Nesse contexto, verifica-se dos autos que assiste razão ao Juízo do JEsp. Porque, à luz dos artigos mencionados, a interpretação se aproxima do entendimento de que os autos sejam julgados no Juízo Comum.

Ante o exposto e por tudo o mais que dos autos consta, dou pela competência do Juízo Criminal da Justiça Comum da Comarca de Belo Horizonte - MG.
É o voto.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES WALTER LUIZ DE MELO E SILAS RODRIGUES VIEIRA.

Súmula - DECLARADO COMO COMPETENTE O JUÍZO CRIMINAL DA JUSTIÇA COMUM.

...

Mandado de segurança criminal - Peculato - Corrupção ativa - Fraude em licitação - Indícios de autoria - Prova da materialidade - Bloqueio de bens - Legitimidade - Violação a direito líquido e certo - Inexistência - Citação - Intimação do réu na pessoa do advogado - Possibilidade - Princípio da instrumentalidade das formas - Atendimento - Nulidade - Não ocorrência - Denegação da ordem

Ementa: Mandado de segurança criminal. Fraude a licitações e crimes contra a Administração Pública. Bloqueio de bens. Arbitrariedade. Inocorrência. Dúvida quanto ao direito do impetrante. Citação regular. Segurança denegada.

- Havendo suficientes indícios da suposta prática de delitos voltados contra Administração Pública, com forte prejuízo aos cofres do erário, justifica-se o bloqueio de

bens dos acusados em prol da preservação do patrimônio público, sem que isso represente violação a direito líquido e certo do impetrante.

- Em princípio, não há nulidade na intimação do réu, na pessoa de seus advogados constituídos na ação penal, para os incidentes do feito criminal, pois devidamente atendida a finalidade do ato (princípio da instrumentalidade das formas).

Segurança denegada.

MANDADO DE SEGURANÇA CRIMINAL Nº 1.0000.12.103673-5/000 - Comarca de Ouro Fino - Impetrante: Celso João de Souza - Autoridade coatora: Juiz de Direito da 2ª Vara da Comarca de Ouro Fino - Litisconsortes: Carlos Henrique Farias Alberti, Érika Matias, José Machado Filho, Renato Barsi Neto, Ricardo Barsi Neto, Marcos Galvão Cardoso, Paulo Antônio Diogo, Adenir Crochiquia, José Wilson de Azevedo, Juliano Silvério de Lima, Fernando Rodrigues Ximenes, Pedro de Oliveira Rodrigues, Rodney Amorim Viana, Wellington Pinheiro Serra - Relator: DES. ANTÔNIO ARMANDO DOS ANJOS

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, à unanimidade, em DENEGAR A SEGURANÇA.

Belo Horizonte, 11 de dezembro de 2012. - *Antônio Armando dos Anjos* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. ANTÔNIO ARMANDO DOS ANJOS - Trata-se de mandado de segurança, com pedido de liminar, impetrado pelo Dr. Neilson Gonçalves e Dr. Sérgio Eduardo Salvino Quintiliano, inscritos na OAB/SP, respectivamente, sob o nº 105.347 e nº 324.650, em favor de Celso João de Souza, alhures qualificado, denunciado pela suposta prática dos delitos previstos no art. 312 e 333 do Código Penal e art. 90 da Lei 8.666/1993, contra decisão do il. Juiz de Direito da 2ª Vara da Comarca de Ouro Fino, que acolheu pedido do Ministério Público e deferiu medida assecuratória de sequestro de bens.

Com outras considerações, em resumo, sustentam os impetrantes que as fraudes nos procedimentos licitatórios indicados na denúncia não existiram, sendo necessário desbloquear os bens sequestrados, até mesmo pela falta de adequada fundamentação na decisão que decretou a medida. Aduzem, ainda, que a citação para o feito cautelar é nula, pois realizada na pessoa dos advogados do acusado.

O pedido de liminar foi indeferido pelo despacho de f. 78-79, oportunidade em que requeridas as informações usuais, prestadas pela autoridade tida como coatora às f. 191-192.

Nesta instância, a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do il. Procurador Dr. Roberto Cerqueira Carvalhaes (f. 194-198), opinou pela denegação da segurança.

É, no essencial, o relatório.

Presentes os pressupostos de admissibilidade e processamento, conheço da impetração.

Registre-se, por oportuno, que é extreme de dúvidas que o remédio constitucional do mandado de segurança contra ato jurisdicional só é cabível quando manifesta a ilegalidade ou abuso de poder, atingindo direito líquido e certo.

A propósito, sobre o assunto, anota Ernane Fidélis dos Santos:

> Ao falar em direito líquido e certo, que autoriza o mandado de segurança, a lei se refere ao seu sentido processual, isto é, a certeza e liquidez se extraem exclusivamente do fato e de sua adequação provável ao direito, sem necessidade de indagações probatórias, além do que está exposto. Isto quer dizer que, na operação, se não se revelar a pronta e imediata conclusão, não há liquidez e certeza processual do provável direito questionado (SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Mandado de segurança*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 134).

Logo, o mandado de segurança, assim como o *habeas corpus*, não é panaceia universal destinada a curar todos os males e não se destina a substituir outros procedimentos ou recursos estabelecidos em lei.

Segundo o art. 5º, inciso LXIX, da CF/88:

> 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.

E a lei específica (Lei nº 12.016/2009, art. 1º, *caput*), dispõe:

> 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.

Portanto, pretende-se com a legislação supracitada proteger o direito líquido e certo contra abusos de poder e ilegalidade de determinados atos.

No caso em julgamento, examinando com acuidade a pretensão deduzida na exordial em confronto com as informações prestadas pela douta autoridade apontada coatora e com os demais elementos vindos aos autos, não se vislumbra, *data venia*, abuso de poder ou a ilegalidade do ato ora impugnado.

Com efeito, segundo se apura dos autos, o impetrante é acusado, juntamente com outros réus,

de participar de licitações fraudulentas, bem como de delitos voltados contra a Administração Pública, sendo mencionado significativo prejuízo ao erário, de tal sorte a justificar o bloqueio imediato dos bens do denunciado.

De fato, tendo-se em consideração a presença de fortes indícios de autoria, e comprovada a materialidade, perfeitamente legal a imposição de medida cautelar que impeça que o patrimônio do envolvido seja dissipado, buscando-se, assim, assegurar a aplicação dos efeitos de eventual sentença criminal desfavorável ao denunciado, como bem asseverou a autoridade judicial de primeira instância.

Por oportuno, destaco o julgado combatido:

> J.R.A.
> Apensar, oportunamente, aos autos da ação penal respectiva.
> Analisei detidamente a presente pretensão e o proc. criminal respectivo.
> Em princípio e sempre em tese, constata-se que os fatos criminosos atribuídos aos réus são gravíssimos, abalaram a ordem local e colocaram o município à beira do caos.
> Deve-se assegurar, por justo e necessário o ressarcimento ao erário, sob pena de enriquecimento ilícito dos acusados, sempre em tese.
> As medidas requeridas pelo i. RMP têm assento legal e merecem acolhimento integral, motivo por que as defiro totalmente.
> Expeçam-se ofícios / mandados com urgência.
> Procederei comandos eletrônicos.
> Dê-se ciência aos acusados por meio de seus advogados (publicação) (f. 78-79).

A decisão destacada não padece de qualquer irregularidade, pois, muito embora seja sucinta, apresenta argumentos concretos a justificá-la, como a significância da conduta em apuração e seus nefastos efeitos nas atividades da municipalidade.

Registro ainda que o objetivo das medidas é evitar que, em caso de eventual procedência da condenação, permaneça a vítima (no caso, a Administração Pública), sem o devido ressarcimento, o que afasta a alegação de se tratar de imposição ilegal.

Sobre o tema, lecionam Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar:

> As medidas assecuratórias visam garantir o ressarcimento pecuniário da vítima em face do ilícito ocorrido, além de obstar o locupletamento ilícito do infrator. Servem também para pagamento de custas e de eventual multa. Têm caráter de instrumentalidade e se destinam a evitar o prejuízo que adviria da demora na conclusão da ação penal (TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Curso de Direito Processual Penal. 7. ed. Salvador: JusPODIVM, 2012, p. 340-341).

Também nesse sentido, com as devidas adaptações, colaciono o seguinte julgado deste egrégio Sodalício:

> Mandado de segurança - Formação de quadrilha, lavagem de dinheiro e crimes contra a ordem tributária - Inconformismo contra decisão que determinou o bloqueio e o impedimento de bens em processo penal - Improcedência - Apuração de graves prejuízos impostos à fazenda pública a partir de fraude fiscal - Direito líquido e certo não demonstrado - Existência de provas da materialidade delitiva e indícios de autoria hábeis a legitimar a medida cautelar - Inexistência de Il
> egalidade ou abuso de poder na prolação da *decisio* - Segurança denegada (TJMG, 1ª Câmara Criminal, Mandado de Segurança Criminal 1.0000.05.431123-8/000, Rel.ª Des.ª Márcia Milanez, v.u., j. em 18.04.2006; p. no *DJMG* de 28.04.2006).

Além disso, a decisão judicial combatida desafia meio de impugnação próprio (art. 129 e 130 do CPP), tratando-se de embargos já manejados em primeira instância (f. 122-148), o que torna ainda mais sem sentido deferir a pretendida liberação dos bens, na via adotada.

Noutro giro, a intimação do impetrante para o incidente da medida assecuratória, por meio de seus advogados constituídos na ação penal principal, não caracteriza, em princípio, nulidade, não só pela ausência de demonstrado prejuízo (art. 563, CPP), mas também por ter sido atendida a finalidade do ato (princípio da instrumentalidade das formas), tanto que o impetrante se valeu dos embargos em primeira instância, e deste *mandamus* em segunda, para contestar o ato judicial em debate.

Logo, não há a pretendida nulidade, conforme julgado que ora colaciono:

> *Habeas corpus*. Roubo circunstanciado. Nulidade. Rito adotado em audiência de instrução e julgamento. Sistema acusatório. Exegese do art. 212 do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei nº 11.690/08. Eiva relativa. Princípio da instrumentalidade das formas. Ausência de demonstração de prejuízo concreto à defesa. Constrangimento ilegal não caracterizado. - 1. A nova redação dada ao art. 212 do Código de Processo Penal, em vigor a partir de agosto de 2008, determina que as testemunhas sejam ouvidas direta e primeiramente pelas partes, possibilitando ao magistrado complementar a inquirição quando entender necessário quaisquer esclarecimentos. 2. É cediço que no terreno das nulidades no âmbito do processo penal vige o sistema da instrumentalidade das formas, no qual se protege o ato praticado em desacordo com o modelo legal caso tenha atingido a sua finalidade, cuja invalidação é condicionada à demonstração do prejuízo causado à parte, ficando a cargo do magistrado o exercício do juízo de conveniência acerca da retirada da sua eficácia, de acordo com as peculiaridades verificadas no caso concreto. 3. Na hipótese em apreço, o ato impugnado atingiu a sua finalidade, ou seja, a prova requerida foi produzida, sendo oportunizada à defesa, ainda que em momento posterior, a formulação de questões à testemunha ouvida, respeitando-se o contraditório e a ampla defesa constitucionalmente garantidos, motivo pelo qual não houve qualquer prejuízo efetivo ao paciente. 4. Eventual inobservância à ordem estabelecida no art. 212 do Código de Processo Penal caracteriza vício relativo, devendo ser arguido no momento processual oportuno, com a demonstração da ocorrência do dano sofrido pela parte, sob pena de preclusão, porquanto vige no cenário das nulidades o brocado *pas de nullité sans grief* positivado na letra do art. 563 do Código de Processo Penal. (STJ, 5ª Turma, *HC* 240391/PA, Rel. Ministro Jorge Mussi, v.u., j. em 14.08.2012; p. no *DJe* de 30.08.2012.)

Dessarte, malgrado a irresignação do impetrante, não havendo qualquer ilegalidade na decisão impugnada, sendo incerto o direito do reclamante, incabível o desbloqueio imediato dos bens.

Fiel a essas considerações e a tudo mais que dos autos consta, meu voto é no sentido de denegar a segurança.

Custas, na forma da lei.

É como voto.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES FORTUNA GRION e PAULO CÉZAR DIAS.

Súmula - DENEGARAM A SEGURANÇA.

...

Crime contra o meio ambiente - Ordenamento urbano e patrimônio cultural - Instalação de toldo - Realização de pintura em cores não previamente aprovadas - Ausência de dano ao patrimônio histórico e cultural protegido - Previsão de sanção administrativa - Atipicidade - Absolvição

Ementa: Crime ambiental. Art. 63 da Lei 9.605/98. Ordenamento urbano e patrimônio cultural. Pintura e instalação de toldo em imóvel tombado pelo patrimônio histórico. Alteração incapaz de comprometer a aparência ou estrutura do imóvel em seu aspecto histórico e cultural. Previsão de sanção administrativa para a recalcitrância. Conduta atípica.

- Para a caracterização do crime contra o ordenamento urbano e o patrimônio cultural, necessário é que a modificação realizada no imóvel tombado comprometa sua aparência ou sua estrutura, sem a autorização ou em desacordo com a autorização da autoridade competente, de modo a descaracterizar o bem em suas qualidades especiais que ensejaram o tombamento, sendo, portanto, atípica a conduta quando as modificações consideradas irregulares pela prefeitura foram facilmente revertidas e não resultaram prejuízo ao patrimônio histórico ou cultural juridicamente protegido pelo município.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0024.06.150053-4/002 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Anderson Luciano Soares - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Relator: DES. DUARTE DE PAULA

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, à unanimidade, em DAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 13 de dezembro de 2012. - *Duarte de Paula* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. DUARTE DE PAULA - Ofereceu o Ministério Público do Estado de Minas Gerais, perante o Juízo de Direito da 1ª Vara Criminal da Comarca de Belo Horizonte, em desfavor de Anderson Luciano Soares, denúncia pela prática do crime previsto no art. 63 da Lei 9.605/98.

Consta da denúncia que, segundo relato incluído no inquérito policial, instaurado em 21.06.2006, se apurou que o denunciado realizou reformas/intervenções que alteraram o aspecto do imóvel, tombado pelo Poder Público municipal, em razão de seu valor cultural, situado na Rua Cláudio Manoel, nº 583, Bairro Funcionários, Belo Horizonte, sem autorização da autoridade competente - Conselho Deliberativo do Patrimônio Cultural do Município de Belo Horizonte. Conforme levantamento, as intervenções/reformas realizadas não causaram quaisquer tipos de deterioração no imóvel, que está em bom estado de conservação, porém esse fato não tem o condão de afastar a tipicidade da conduta praticada pelo denunciado, pois quaisquer alterações em imóvel tombado dependem de autorização do Poder Público, tendo sido, no caso, apenas parte delas autorizadas, pelo Conselho Deliberativo do Patrimônio Cultural, não obtendo aprovação as cores utilizadas e ainda a instalação de uma marquise translúcida na fachada do imóvel.

Recebimento da denúncia à f. 183, em 15 de março de 2011. Defesa prévia às f. 201/210. Audiência de instrução para oitiva de testemunhas às f. 371/374 e interrogatório do acusado às f. 375/376.

Em alegações finais, requereu o Ministério Público a condenação, nos termos da denúncia (f. 377/386), enquanto pretendeu a defesa do acusado sua absolvição, por atipicidade da conduta, em razão da ausência de dano e lesividade para caracterizar o crime, requerendo, eventualmente, a absolvição em virtude de o delito se enquadrar como crime de bagatela pelo princípio da insignificância (f. 388/397).

Por sentença (f. 399/404), a MM. Juíza *a quo* julgou procedente a denúncia, condenando o acusado como incurso no art. 63 da Lei 9.605/98 a uma pena de 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, em regime aberto, e 170 dias multa, substituída a pena corporal por duas penas restritivas de direito de prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária de 5 salários mínimos, condenando o réu ao pagamento das custas processuais.

Inconformado, insurge-se o acusado, buscando reverter a decisão, através do recurso de apelação, acompanhado das razões de f. 414/418.

Insiste a defesa do acusado em sua absolvição, por atipicidade da conduta, em razão da ausência de dano e lesividade para caracterizar o crime, requerendo, eventualmente, a absolvição, em virtude de o delito se enquadrar como crime de bagatela pelo princípio da insignificância.

Contrarrazões às f. 429/434.

Instada a se manifestar, a douta Procuradoria-Geral de Justiça, por meio do parecer de f. 439/441, opinou pelo desprovimento do recurso, com a manutenção na íntegra da r. sentença.

É esse o relatório.

Conheço do recurso, pois presentes os pressupostos de sua admissibilidade.

Trata-se, em caso, de denúncia por crime contra o ordenamento urbano e o patrimônio cultural, previsto na Lei Ambiental 9.605/98, que estabelece como tipo penal, *in verbis*:

> Art. 63. Alterar o aspecto ou estrutura de edificação ou local especialmente protegido por lei, ato administrativo ou decisão judicial, em razão de seu valor paisagístico, ecológico, turístico, artístico, histórico, cultural, religioso, arqueológico, etnográfico ou monumental, sem autorização da autoridade competente ou em desacordo com a concedida:
> Pena - reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.

Com base no disposto no artigo acima, verifica-se que a conduta incriminada é a alteração do aspecto ou estrutura do imóvel, ainda que superficial em sua aparência ou em sua estrutura, sem autorização legal.

Não significa, portanto, que o imóvel não possa ser alterado, mas sim que sua alteração deva ser autorizada pelo órgão competente. Nesse sentido, esclarecedora é a lição de Luiz Flávio Gomes e Sílvio Maciel:

> O tipo incriminador ainda contém um elemento normativo, constante na expressão, sem autorização da autoridade competente ou em desacordo com a concedida. Assim, não basta que o bem seja especialmente protegido, sendo necessário ainda que o agente cometa a infração sem estar devidamente autorizado, ou que a pratique em desacordo com a autorização obtida. Se o agente estiver autorizado a alterar o aspecto ou a estrutura da edificação do local especialmente protegido e agir nos limites dessa autorização, o fato é atípico. (*Legislação criminal especial*. 2. ed. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 945.)

Dito isso, no caso dos autos, verifica-se que pretende o apelante sua absolvição, mediante o reconhecimento da atipicidade de sua conduta, afirmando inexistência de dano e lesividade, invocando o princípio da insignificância para tanto.

Ocorre que, a meu ver, lhe assiste razão em pretender a absolvição, mas por motivos diversos, visto que não seria possível a aplicação ao caso do princípio da insignificância em crime ambiental, já que o bem jurídico agredido, nas infrações penais ambientais, qual seja o ecossistema ou o patrimônio histórico e cultural, não pode ter seu valor e importância mensurada.

É que considero necessário que a modificação realizada no imóvel protegido comprometa sua aparência ou sua estrutura para caracterizar o crime em questão e que esta alteração tenha sido feita sem a autorização ou em desacordo com a autorização da autoridade competente.

Nesse caso, em que pese o acusado tenha efetuado a colocação de um toldo e ainda realizado a pintura do imóvel em cores que não foram previamente aprovadas pelo Conselho do Patrimônio Histórico, nos idos do ano de 2006, tais modificações não importaram, a meu ver, na realização da conduta típica punida pelo art. 63 da Lei 9.605/98, não havendo, portanto, falar em crime.

Ainda que, a princípio, a colocação do toldo e a realização de pintura pudesse importar na alteração da aparência do imóvel, não ocorreu alteração sobre a essência do bem, de modo a descaracterizar sua aparência ou sua estrutura, tanto que foram facilmente revertidas as modificações consideradas irregulares pela Prefeitura, não resultando prejuízo ao patrimônio histórico ou cultural juridicamente protegido pelo Município, como bem ressaltou o delegado responsável pelo inquérito, no relatório de sua conclusão às f. 168/170.

Não se pode também olvidar que, por ocasião dos fatos, parte das alterações foi autorizada pelo órgão competente, e que este, ao verificar as intervenções irregulares, notificou os proprietários do imóvel para que realizassem a regularização das edificações, conforme esclarecido pela gerente do Patrimônio Histórico Urbano da Prefeitura Municipal de Belo Horizonte às f. 115/116.

Importante, ainda, salientar que, posteriormente, em setembro de 2007, a mesma gerente certificou ter ocorrido a reforma do imóvel com implementação do projeto aprovado pelo Conselho Deliberativo do Patrimônio Cultural e Municipal de Belo Horizonte, estando o imóvel regular desde então.

Dito isso, entendo que as alterações efetuadas não foram capazes de descaracterizar o bem em suas qualidades especiais, que ensejaram o tombamento, sendo, portanto, atípica, a meu ver, a conduta, pela ausência do dano.

Não se pode, ademais, olvidar que, em face da eventual recusa da reversão das obras irregulares, poderia a Prefeitura lançar mão da legislação municipal, que prevê na Lei 3.802/84 instrumento de coerção para regularizar a situação, cominando sanção civil para o descumprimento da notificação sobre irregularidades, nos seguintes termos:

> Art. 17. Sem autorização prévia do Conselho Deliberativo do Patrimônio Cultural do Município, não se poderá, na vizinhança da coisa tombada, fazer construção que se lhe impeça a visibilidade nem nela colocar anúncios ou cartazes, sob pena de ser mandado destruir a obra ou retirar o objeto, impondo-se neste caso multa de cinquenta por cento do valor do mesmo objeto.

Ressalto que, em caso semelhante, já teve este egrégio Tribunal de Justiça de Minas Gerais oportunidade de decidir:

> Ação penal. Crime ambiental. Art. 63 da Lei 9.605/98. Recusa no atendimento à solicitação do Poder Público de retirada de placas publicitárias instaladas em imóvel tombado pelo patrimônio histórico. Conduta atípica. Hipótese em que os acusados não promoveram alteração na aparência do imóvel, como exige o tipo penal, mas apenas não cumpriram a determinação de retirada de engenhos de propaganda. Colocação das placas publicitárias que não importa em modificação do aspecto do imóvel. Intervenção que deve acontecer no bem em si mesmo. Previsão de sanção administrativa para a recalcitrância. Ordem concedida. Trancamento ordenado. Extensão do julgado aos demais denunciados relacionados na denúncia. (*Habeas Corpus* 1.0000.05.430517-2/000, Rel. Des. Kelsen Carneiro, 3ª Câmara Criminal, julgamento em 07.02.2006, pub. em 29.03.2006.)

> Apelação criminal. Crime ambiental. Alteração de imóvel tombado. Placas de propaganda. Instalação de placas maiores após o tombamento. Princípio da insignificância. Aplicabilidade. Absolvição. Possibilidade. - A conduta do acusado de instalar placas de propaganda de seu consultório de dentista ocorreu anteriormente ao tombamento do edifício. Porém, após o tombamento e antes do oferecimento da denúncia, foram instaladas placas novas e maiores configurando a tipicidade. Entretanto, entendo possível a aplicação do princípio da insignificância no presente caso. A alteração ocorrida não pode ser considerada como comprometedora da estrutura do bem protegido. A estrutura do bem não foi alterada de maneira permanente, nem efetiva. Por tal motivo, afastada a tipicidade da conduta, deve o réu ser absolvido. Recurso parcialmente provido. (Apelação Criminal 1.0024.01.588467-9/001, Rel. Des. Reinaldo Portanova, 1ª Câmara Criminal, julgamento em 23.08.2011, pub. em 23.09.2011.)

No mesmo sentido, já se manifestaram outros tribunais:

> Penal. Recurso criminal em sentido estrito. Crime ambiental. Rejeição da denúncia mantida. - Cuidando-se de intervenção que tinha por objeto a demolição parcial da obra no entorno de bem tombado, sem promover alteração estrutural que viesse a impedir ou reduzir a visibilidade do patrimônio cultural, mas sim ampliá-la, não há falar em necessidade de autorização do IPHAN e, por conseguinte, resta afastada a hipótese de crime do art. 63 da Lei 9.605/98. (TRF4 5000260-88.2011.404.7200, Oitava Turma, Rel. Paulo Afonso Brum Vaz, *DE* de 11.10.2012.)

> Penal. Ambiental. Art. 63 da Lei 9.605/98. Alteração de local especialmente protegido. Inexistência de alteração do aspecto paisagístico. Prescrição da pretensão punitiva estatal. - 1. A jurisprudência do Tribunal inclina-se no sentido de que, para a configuração do delito insculpido no art. 63 da Lei Ambiental, é necessária a presença da elementar 'alteração do aspecto paisagístico', que não se verifica na espécie. - 2. Hipótese em que eventual condenação pelo crime, em tese, capitulado no art. 63 da Lei 9.605/98, implicaria o reconhecimento da extinção da pretensão punitiva por conta da prescrição. (TRF4, ACR 2005.72.08.004700-6, Oitava Turma, Relator Artur César de Souza, *DE* de 03.08.2010).

Nesse esteio, diante da ausência de alterar do aspecto ou estrutura de edificação, naquilo que lhe é essencial como imóvel tombado, e, ainda, frente à previsão da sanção civil para o caso, que disponibiliza para a Administração Pública meios para fazer cumprir suas normas, inviável se torna condenar o acusado pela infringência ao art. 63 da Lei 9.605/98, impondo-se sua absolvição com fulcro no art. 386, III, do CPP.

E, diante da absolvição do acusado, em relação aos ônus sucumbenciais, necessário se faz impor ao Executivo estadual o ônus de ressarcir, por seus valores não percebidos, ao Judiciário, por constituir a isenção de custas aqui ocorrida uma evidente perda de receita orçamentária.

É que, ao buscar a prestação jurisdicional, e gozando de isenção do pagamento de custas e taxa judiciária e outras despesas, o Ministério Público, como *dominus litis*, e ainda os entes públicos e outras entidades públicas, da administração direta e indireta, em nível estadual e municipal, padece de invulgar injustiça impor ao Poder Judiciário o ônus exclusivo do prejuízo pela perda volumosa dessa receita orçamentária, dentre os poucos recursos que lhes são destinados e autorizados para sua manutenção e funcionamento.

Assim, por império de lógica, se as custas processuais constituem a mais significativa receita, específica e exclusiva, do Poder Judiciário, com que sustenta seu orçamento de custeio, deve haver a justa compensação pelo prejuízo haurido em virtude da não percepção de seus valores, pela isenção, garantida pelas Constituições Federal e Estadual, aos entes públicos e assemelhados, e, sendo da competência exclusiva do Poder Executivo do Estado administrar o erário, necessário se faz, por um dever de justiça, arcar o Executivo estadual com o ônus de ressarcir ao Judiciário, com rubrica em orçamento, os valores despendidos com a prestação jurisdicional exigida, visto constituir uma evidente e manifesta perda de expressiva receita orçamentária.

É que, em face da observância dos princípios da harmonia e, especialmente, da autonomia e da independência dos Poderes, o Executivo, o Legislativo e o Judiciário apresentam, com suporte em lei de diretrizes orçamentárias, os seus próprios orçamentos anuais, em separado, e por competir ao Poder Executivo, a administração do erário público no Estado de Minas Gerais, por força de suas próprias atribuições executivas e administrativas, e ser a ele atribuído o exclusivo patrocínio não só das despesas com a gratuidade de justiça, deve também ser lhe imposto o ônus de compensar o Poder Judiciário pelas perdas de receita, visando cobrir as despesas inerentes aos processos em que seja concedido o benefício.

E, em ocorrendo isenção do pagamento das custas, como legalmente permitida, a perda de receita orçamentária de nosso Tribunal de Justiça de Minas Gerais, constitui notória transferência ao Poder Judiciário

do ônus exclusivo de seu prejuízo, em detrimento da sua cara manutenção, dos sérios e graves encargos e despesas decorrentes do exercício de suas funções, especialmente, com a sua indispensável e precípua prestação jurisdicional.

Ademais, o entendimento que tenho defendido, em boa hora, foi acolhido pelo Tribunal Pleno, quando da votação e aprovação do novo Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, em vigor desde 25 de setembro, prevendo expressamente:

> Art. 574. As despesas relativas à gratuidade de justiça e aos programas sociais, cuja responsabilidade seja do Poder Executivo, mas forem instituídos ou executados pelo Poder Judiciário, terão seus custos repassados ao Poder Executivo, conforme constar de lei orçamentária e mediante convênio.

Pelo exposto, dou provimento ao recurso, para absolver o acusado Anderson Luciano Soares da imputação que lhe fora feita, com fulcro no art. 386, III, do CP.

Custas, pelo Estado, impondo, por império de justiça, ao Executivo estadual o ônus de ressarcir ao Judiciário, com rubrica orçamentária, os valores das custas processuais a serem apuradas no presente feito, na fase de execução, com posterior comunicação à Comissão de Orçamento, Planejamento e Finanças do Tribunal, para que integre rubrica do projeto de orçamento a ser remetido, no respectivo exercício, à Assembléia Legislativa de Minas Gerais.

DES. MARCÍLIO EUSTÁQUIO SANTOS - De acordo com o Relator.

DES. CÁSSIO SALOMÉ - De acordo com o Relator.

Súmula - DERAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Crime contra o patrimônio - Furto qualificado - Furto privilegiado - Incompatibilidade - Crime tentado - Não ocorrência - *Iter criminis* percorrido - Rompimento de obstáculo - Laudo pericial - Desnecessidade - Princípio do livre convencimento - Princípio da livre apreciação da prova

Ementa: Apelação criminal. Furto qualificado pelo rompimento de obstáculo. Perícia. Prescindibilidade. Inexistência de hierarquia de provas. Inteligência dos arts. 158, 167 e 182 do CPP. Sistema da persuasão racional e princípio do livre convencimento motivado do julgador. Tentativa. Inocorrência. Posse desvigiada da *res furtiva*, ainda que por breve lapso temporal. Furto privilegiado. Não configuração. Relevante valor do dano patrimonial causado pela ação delituosa. Recurso desprovido.

- A exigência de perícia para a comprovação da qualificadora do rompimento de obstáculo no delito de furto, como infração que deixa vestígio, deve ser interpretada em consonância com as diretrizes dos arts. 167 e 182 do CPP e com o princípio do livre convencimento motivado do julgador, dada a adoção do sistema da persuasão racional na exegese das provas no Processo Penal brasileiro. Comprovada inequivocamente a qualificadora pelos demais elementos de convicção coligidos nos autos, a realização de perícia deve ser tida como prescindível, dada a flexibilização da interpretação do art. 158 do CPP em sua filtragem constitucional.

- Havendo efetivo assenhoramento da *res furtiva*, que foi retirada da esfera de vigilância da vítima e ingressou na posse desvigiada do acusado, ainda que por breve lapso temporal, sem ocorrência de perseguição, não há falar em tentativa de furto em função do êxito do rastreamento policial e prisão em flagrante do agente.

- A existência de variados apontamentos criminais em nome do acusado e a ocorrência de dano patrimonial de relevante monta decorrente de sua conduta proscrita afastam a incidência do privilégio previsto no art. 155, § 2º, do Código Penal.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0024.10.269577-2/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Reber Dias dos Santos - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Vítima: Restaurante Glasse - Relatora: DES.ª MÁRCIA MILANEZ

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, à unanimidade, em NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 30 de outubro de 2012. - *Márcia Milanez* - Relatora.

Notas taquigráficas

DES.ª MÁRCIA MILANEZ - Reber Dias dos Santos, já qualificado nos autos, foi denunciado como incurso nas sanções do art. 155, § 4º, I, c/c art. 70, ambos do Código Penal, porquanto, em 17 de novembro de 2010, por volta de 1hora, na Avenida Carandaí, 420, Bairro Santa Efigênia, Município de Belo Horizonte, quebrou a porta de vidro do Restaurante Glasse e subtraiu um monitor LCD e uma jaqueta (f. 02/03).

Após regular instrução probatória, o MM. Juiz sentenciante acolheu parcialmente os termos da exordial para condenar o acusado à pena de 2 (dois) anos de reclusão, em regime aberto, e 10 (dez) dias-multa, à razão

mínima, com a substituição da privação de liberdade por sanções restritivas de direitos (f. 102/110).

Irresignada, apelou a defesa (f. 140), requerendo, em suas razões, o decote da qualificadora do rompimento de obstáculo, bem como o reconhecimento da tentativa e do furto privilegiado (f. 144/157).

O Órgão Ministerial, em contrarrazões recursais, pugnou pelo conhecimento e desprovimento do apelo (f. 158/171), no mesmo sentido opinando a douta Procuradoria de Justiça (f. 185/190).

É o breve relatório.

Conheço da apelação interposta, visto que presentes os requisitos objetivos e subjetivos de sua admissibilidade. Inexistentes quaisquer preliminares suscitadas ou nulidades arguíveis de ofício.

Consta dos autos que, em 17 de novembro de 2010, por volta de 1 hora, na Avenida Carandaí, 420, Bairro Santa Efigênia, Município de Belo Horizonte, o apelante Reber Dias dos Santos quebrou a porta de vidro do Restaurante Glasse e de lá subtraiu um monitor LCD e uma jaqueta.

Inicialmente, frise-se que autoria e materialidade delitivas pairam cristalinas e incontroversas nos autos, conforme auto de prisão em flagrante (f. 02/06), auto de apreensão (f. 12), boletim de ocorrência (f. 13/15), termo de restituição (f. 22), confissão judicial do acusado (f. 79/80) e prova testemunhal coligida (f. 77/78).

A defesa postula o decote da qualificadora do rompimento de obstáculo, sob o argumento principal de inexistência de perícia comprobatória de tal circunstância.

Primeiramente, insta salientar desde logo que a ocorrência do rompimento de obstáculo no presente caso se encontra cabal e inequivocamente comprovada nos autos, inclusive pela própria confissão do acusado em juízo, além da farta prova oral produzida.

Trata-se, assim, de circunstância incontroversa nos autos, inexistindo razão para considerá-la como não comprovada tão somente em função da ausência de confirmação pericial antes da sentença. Isso porque não se trata de fato que demande conhecimentos técnicos específicos, hipótese em que seria indispensável a manifestação de *experts*. O Direito Processual Penal pátrio moderno, afinado às diretrizes constitucionais explícitas e implícitas referentes à interpretação da prova, não se coaduna com um exercício hermenêutico direcionado ao defasado sistema de hierarquia de provas; todos os elementos probantes válida e licitamente coligidos podem ser utilizados na formação do convencimento do julgador.

Outrossim, o próprio Estatuto Penal Adjetivo permite a substituição do exame de corpo de delito pela prova testemunhal (art. 167), além de desvincular o julgador do resultado do laudo pericial (art. 182). Em uma interpretação sistemática do ordenamento, não haveria razão para concluir que somente a perícia poderia comprovar o rompimento de obstáculo (interpretando-se literal e rigorosamente o art. 158 do CPP), se o mesmo *codex* enuncia, em seu art. 182, que o julgador pode rejeitar o laudo, fundamentando seu entendimento com base em outros dados probatórios. Nesse sentido, a perícia técnica somente deve ser tida como indispensável quando não houver outro meio hábil de comprovar a circunstância perquirida, o que não é o caso dos autos.

A jurisprudência é no sentido de que a perícia técnica para aferir a qualificadora do rompimento de obstáculo no crime de furto não é imprescindível, se existentes outros elementos de prova:

> A inquinada nulidade decorrente da falta de realização do exame de corpo de delito não tem sustentação frente à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que não considera imprescindível a perícia, desde que existentes outros elementos de prova (STF - *HC* 74.265-3-RS - 1ª Turma - Rel. Min. Ilmar Galvão - j. em 17.09.96 - *DJU* de 18.10.96 - p. 39.847. in VILAS BOAS, Alberto. *Código de Processo Penal anotado e interpretado*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 1999, p. 211).

> Recurso especial. Penal. Furto. Qualificadora de rompimento de obstáculo. Ausência de laudo pericial. Suprimento por outros meios de prova. - 1. A ausência de laudo pericial não afasta a caracterização da qualificadora, prevista no § 4º, inciso I, do art. 155 do Código Penal, quando existentes outros meios aptos a comprovar o rompimento de obstáculo, como ocorre, *in casu*, pelo depoimento das testemunhas. Precedentes do STJ. 2. Recurso provido (STJ, REsp 809912/RS; Rel.ª Min.ª Laurita Vaz, 5ª Turma, j. em 02.05.2006, in *DJ* de 05.06.2006, p. 316).

> *Habeas corpus*. Furto. Rompimento de obstáculo. Qualificadora caracterizada. Inexistência de laudo pericial. Existência de outros elementos de prova. Possibilidade. - A falta de perícia visando à constatação de rompimento de obstáculo para alcançar a *res furtiva* não é motivo para afastamento da qualificadora, visto que a circunstância pode ser provada por outros meios. *Habeas corpus* a que se denega a ordem (*HC* 39754/RJ; *Habeas Corpus* 2004/0166198-5, Rel. Min. Paulo Medina, 6ª Turma, j. em 06.09.2005, in *DJ* de 06.02.2006, p. 343).

> Criminal. REsp. Furto qualificado. Rompimento de obstáculo. Laudo pericial feito por pessoas inabilitadas. Condenação com base em outros elementos. Obstáculo exterior à coisa furtada. Qualificadora. Incidência. Concurso de pessoas. Majorante do crime de roubo. Aplicação ao furto qualificado pela mesma circunstância. Impossibilidade. Dissídio jurisprudencial. Atenuantes da menoridade e da confissão espontânea. Fixação da pena abaixo do mínimo legal. Impossibilidade. Súmula 231/STJ. Recurso conhecido e provido. - I. A prova técnica não é a única apta a comprovar a materialidade das condutas, podendo ser suprida por outros meios de prova capazes de levar ao convencimento o julgador. II. Na hipótese, a condenação pelo crime de furto, qualificado pelo rompimento de obstáculo, se deu com base em outros elementos dos autos que não o laudo pericial elaborado por pessoas tidas como inabilitadas. III. Esta Corte já firmou posicionamento no sentido de que o rompimento de obstáculo exterior ao objeto do furto caracteriza a circunstância qualificadora. Precedente. IV. Viola o princípio da legalidade a aplicação da majorante do crime de roubo, resultante do concurso de pessoas, ao crime de furto qualificado pela mesma circunstância. V.

> Tendo o Tribunal *a quo*, apesar de reconhecer a presença da circunstância qualificadora do crime de furto, recorrido aos princípios da proporcionalidade e da isonomia para aplicar dispositivo legal estranho ao fato, assume papel reservado pela Constituição Federal ao parlamento. VI. Como não existe paralelismo entre os incisos I, II e III do § 4º do art. 155 do Código Penal com os demais incisos do § 2º do art. 157 do Estatuto Repressivo, a fórmula aplicada resultaria numa reprimenda diferenciada para indivíduos que cometem furto qualificado naquelas circunstâncias, o que é inconcebível. VII. Não se admite a redução da pena abaixo do mínimo legal, ainda que havendo incidência de atenuantes relativas à menoridade do agente e à confissão espontânea. Incidência da Súmula 231/STJ. VIII. Recurso conhecido e provido, para cassar o acórdão recorrido e restabelecer a sentença de primeiro grau (REsp 736688/RS; Rel. Min. Gilson Dipp, 5ª Turma, j. em 04.08.2005, in *DJ* de 29.08.2005, p. 433).

Portanto, a exigência de perícia para a comprovação da qualificadora do rompimento de obstáculo no delito de furto, como infração que deixa vestígio, deve ser interpretada em consonância com as diretrizes dos arts. 167 e 182 do CPP e com o princípio do livre convencimento motivado do julgador, dada a adoção do sistema da persuasão racional na exegese das provas no processo penal brasileiro. Comprovada inequivocamente a qualificadora pelos demais elementos de convicção coligidos nos autos, a realização de perícia deve ser tida como prescindível, dada a flexibilização da interpretação do art. 158 do CPP em sua filtragem constitucional.

Como se tal não bastasse, a perícia questionada pela defesa foi posteriormente juntada aos autos às f. 125/133, vindo apenas a corroborar o que já estava claramente comprovado nos autos, qual seja o efetivo rompimento de obstáculo à subtração da *res furtiva*.

Assim, rejeito o pedido de decote da qualificadora reconhecida na sentença.

A defesa postula ainda o reconhecimento da tentativa, alegando que o acusado não chegou a ter a livre disposição da *res furtiva*, uma posse mansa e pacífica.

Sem razão, contudo.

Conforme se comprovou nos autos, o apelante quebrou uma porta de vidro, adentrou o estabelecimento comercial, subtraiu a *res furtiva* e de lá se evadiu na posse dos bens furtados. Momentos depois, uma guarnição policial passou pelo local e, deparando com a porta de vidro quebrada e o alarme disparado, saiu em rastreamento para localizar o autor do fato. Após a informação de um porteiro de um prédio das imediações no sentido de que uma pessoa suspeita havia passado por ali carregando algo, os policiais dirigiram-se à entrada de uma favela do Bairro São Lucas e viram o acusado, que nesta ocasião dispensou a *res furtiva*.

Nesse sentido, houve assenhoramento da coisa, ou seja, o acusado efetivamente se apossou dos bens furtados, com a nítida inversão da posse, uma vez que a *res furtiva* saiu da esfera de vigilância da vítima. Reber não foi perseguido, sendo localizado apenas em função de exitoso rastreamento policial. Portanto, resta induvidoso que o apelante possuiu a posse desvigiada dos bens por ele subtraídos, ainda que por breve lapso temporal, o que basta à consumação delitiva. Assim, rejeito o pedido de reconhecimento da tentativa nos termos do precedente abaixo mencionado:

> Se não houve perseguição, mas mera procura coroada de êxito, não se pode reconhecer a tentativa, pelo simples fato de que o meliante teve a posse tranquila da *res*. A procura não é sinônimo de perseguição. Esta impede que o delito se consume, mas aquela não. (TACRIM-SP - AC - Rel. Gonzaga Franceschini - *RT* 678/339).

Por fim, a defesa postula o reconhecimento do furto privilegiado. Mais uma vez, concebo não lhe assistir razão.

Malgrado novel entendimento de nossas Cortes Superiores admita atualmente a concomitância da qualificadora e do privilégio no delito de furto, tal concepção jurisprudencial afigura-se irrelevante para fins de atendimento à pretensão defensiva, já que o acusado não preenche os requisitos legais da benesse. Vejamos.

Além de a documentação de f. 16/21 e 43/51 registrar diversos apontamentos criminais pretéritos do acusado, inclusive pelo mesmo delito de furto, observo que a *res furtiva* não pode ser considerada de pequeno valor. Reber subtraiu um monitor de LCD e uma jaqueta de courino, sendo cediço que tais bens não possuem pequeno valor. O laudo de avaliação de f. 124 - que calculou tais objetos, se novos fosses, em aproximadamente R$ 669,00 (seiscentos e sessenta e nove reais) - apenas confirmou a já notória inocorrência da pequenez do valor da *res*, não se olvidando ainda que o dano patrimonial causado pela ação do apelante não se resumiu aos bens subtraídos, já que a destruição da porta de vidro deu à vítima um prejuízo de cerca de R$800,00 (oitocentos reais), consoante declarações de Pedro Geraldo Júnior, à f. 77.

Portanto, se, sob o ponto de vista subjetivo, o acusado demonstra não merecer o desfrute do privilégio, a benesse paira igualmente incabível sob o ponto de vista objetivo, já que o desfalque patrimonial causado pelo comportamento proscrito perpetrado por Reber em muito ultrapassa o que se poderia chamar de "pequeno valor". Assim, afasto a pretensão defensiva.

Ante o exposto, em consonância com o parecer da douta Procuradoria de Justiça, conheço do recurso e, no mérito, nego-lhe provimento, nos termos supradelineados.

Custas, *ex lege*.

DES. RUBENS GABRIEL SOARES - Coloco-me de acordo com o voto condutor, contudo impende ressalvar posicionamento no que se refere à aplicação da figura privilegiada no furto qualificado e aos requisitos para a concessão de tal benesse.

Isso porque entendo que o furto privilegiado, previsto no § 2º do art. 155 do Código Penal, é incompatível com

o furto qualificado, delito a que restou condenado o ora apelante.

Assim, trata-se de tipo substancialmente mais grave do que a figura simples do mesmo crime, com ele incompatível, de modo que o privilégio não alcança a figura típica qualificada.

Não discrepa o Superior Tribunal de Justiça a respeito do tema:

> Penal - Recurso especial - Crime de furto qualificado - Reconhecimento do privilégio do art. 155, § 2º - Impossibilidade - Recurso provido. - 1. Para a incidência do privilégio inscrito no § 2º do art. 155 do Código Penal, é imperativo não incidir, na espécie, qualquer das hipóteses qualificadoras do crime de furto, em que prevalece o desvalor da ação. 2. Recurso provido (STJ - REsp 632947/SP - 5ª T. - Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima - *DJU* de 14.11.2005 - p. 378).

> Penal - Recurso especial - Furto qualificado - Inaplicabilidade do § 2º do art. 155 do CP - Desvalor de ação e desvalor de resultado. - Segundo precedentes, 'ao furto qualificado não se aplica a minorante do furto privilegiado. O menor desvalor de resultado, desde que não insignificante, carece de relevância jurídica para afetar o desvalor de ação próprio das formas qualificadas. A incidência do privilegiado, outrossim, não pode ter, indiferentemente, o mesmo efeito na forma qualificada que tem na forma básica. Precedentes: REsp 126.560/DF, Rel. Min. José Arnaldo; REsp 195.098/SC, Rel. Min. Felix Fischer. Recurso conhecido, mas desprovido' (STJ - REsp 202598/SP - 5ª T. - Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca - *DJU* de 07.04.2003 - p. 306).

> Criminal - Recurso especial - Furto qualificado - Nulidade - Matéria não discutida pelo Tribunal *a quo* - Supressão de instância - Não conhecimento - Desconsideração do concurso material, afastamento de agravantes e absolvição por ausência de provas - Reexame de prova - Súmula 07. Não conhecimento - Deficiência da fundamentação da sentença - Inépcia da denúncia - Inocorrência - Alegações fundamentadamente afastadas pelo acórdão recorrido - Cabimento do privilégio previsto no § 2º do art. 155. Impossibilidade. Recurso parcialmento conhecido e desprovido. - I - Não se conhece de alegação de nulidade do processo criminal, em razão da ausência de interrogatório do recorrente, se o tema não foi apreciado em 2º grau de jurisdição, sob pena de indevida supressão de instância. II - Incabível o conhecimento das pretensões de desconsideração de concurso material, de absolvição, por ausência de provas, e do afastamento de circunstâncias agravantes, tendo em vista a necessária reapreciação do material cognitivo e incursão na seara fático-probatória, inviável em sede de recurso especial, em face da incidência da Súmula nº 07 desta Corte. Precedentes. III - Improcedentes as alegações de carência de fundamento da sentença e de inépcia da denúncia, fundamentadamente rejeitadas pelo acórdão recorrido. IV - É incabível a aplicação do privilégio constante no art. 155, § 2º, do Código Penal, mesmo sendo primário o réu e, a coisa furtada, de pequeno valor, em face da incidência da circunstância qualificadora do concurso de agentes. Precedentes. V - Recurso parcialmente conhecido e desprovido (STJ - REsp 130261/PR - 5ª T. - Rel. Min. Gilson Dipp - *DJU* de 08.04.2002 - p. 252).

> Penal e processual penal. Recurso especial. Furto qualificado. Forma privilegiada. Acórdão de apelação. Embargos infringentes. Pena aquém do mínimo. - Ao furto qualificado não se aplica a minorante da forma privilegiada. O menor desvalor de resultado, desde que não seja insignificante, carece de relevância jurídica no sentido de afetar o desvalor de ação na figura típica do furto qualificado (Precedentes do STJ e do Pretório Excelso) (STJ - Processo: REsp 443550/RS. Recurso Especial: 2002/0078288-0. Rel. Min. Felix Fischer (1109). Órgão Julgador: T5 - Quinta Turma. Julgamento: 22.04.2003. Publicação: *DJ* de 02.06.2003, p. 326).

Nesse aspecto, o acima exposto possui como base o fato de o furto qualificado ser bem mais grave do que o furto simples, não recebendo um tratamento brando do legislador, que o destacou e o tratou de forma diferenciada do furto simples.

Todavia, se entendesse que tais figuras são compatíveis, ao contrário da Des.ª Relatora, necessária seria a incidência do privilégio estatuído no § 2º do art. 155 do Código Penal, senão vejamos.

Isso porque, em que pese o recorrente possuir apontamentos criminais pretéritos, basta o fato de o acusado não ser reincidente, não havendo menção na legislação quanto à exigência de bons antecedentes ou apontamentos criminais.

A respeito, os ensinamentos de Guilherme de Souza Nucci:

> "Primariedade - É o primeiro requisito para o reconhecimento do furto privilegiado. A primariedade é um conceito negativo, ou seja, significa não ser reincidente. Portanto, quem não é reincidente é primário. A reincidência ocorre quando o réu comete novo crime, após já ter sido condenado definitivamente, no Brasil ou no exterior. Lembremos, no entanto, que a condenação anterior somente surte efeito para provocar a reincidência desde que não tenha ocorrido o lapso temporal de cinco anos entre a data do cumprimento ou da extinção da pena e o cometimento da nova infração penal. Conferir os arts. 63 e 64 do Código Penal. É preciso anotar que a lei foi bem clara ao exigir somente a primariedade para a aplicação do benefício, de modo que descabe, em nosso entendimento, clamar também pela existência de bons antecedentes (*Manual de direito penal*: Parte Especial. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 655).

E a jurisprudência não destoa:

> Penal - Estelionato - Adequação típica perfeita - Meio fraudulento e dolo evidenciados - Tipicidade material - Princípio da insignificância - Inaplicabilidade - Conduta social desfavorável - Significativo desvalor da ação - Dosimetria da pena - Alterações - Necessidade - Reincidência não configurada - Decote - Primariedade técnica e pequeno prejuízo - Privilégio - Reconhecimento - Pena reduzida - Diminuição do prazo prescricional - Novo lapso transcorrido entre a data do fato e a data do recebimento da denúncia - Punibilidade extinta. - A conduta de quem preenche cheque e falsifica assinatura do titular para efetuar compra, além de fraudulenta, é evidentemente livre e consciente (dolosa) no sentido de obter vantagem ilícita e, portanto, subsume-se perfeitamente ao tipo penal previsto no art. 171, CP. Sob pena de consagração da impunidade, o Princípio da Insignificância não pode ser usado para beneficiar agente cuja conduta social se revela inadequada, em razão de ser ele assíduo frequentador de varas criminais e de já ter sido beneficiado com medida descarcerizadora que se revelou inócua. Diante da inexistência de condenações transitadas em julgado anteriores ao fato descrito nos autos, impossível o agravamento da pena pela reincidência. A primariedade técnica e o

pequeno valor do prejuízo são condições necessárias e suficientes para o reconhecimento do estelionato privilegiado. Se, em razão da nova pena aplicada, a pretensão punitiva se revela fulminada pela prescrição, forçoso seu reconhecimento de ofício. Recurso parcialmente provido e punibilidade extinta de ofício (Apelação Criminal nº 1.0456.02.012445-3/001 - Rel. Des. Ediwal José de Morais - Julgamento: 08.11.2006 - Publicação: 02.12.2006).

[...] Além do que, a simples existência de maus antecedentes criminais não impede o privilégio, já que a lei somente prevê como requisitos o pequeno valor da *res furtiva* e a primariedade do agente, não sendo possível ampliá-la em prejuízo do réu.

Por outro lado, observa-se que, em razão dos maus antecedentes criminais, comprovados através da certidão de f. 70-71, o *quantum* máximo, utilizado pelo Magistrado para diminuir as reprimendas, apresenta-se inadequado. O § 2º do art. 155 prevê, alternativamente, a substituição da pena de reclusão pela de detenção, a diminuição das sanções de 1/3 a 2/3 ou a aplicação somente da sanção de multa.

Tendo em vista que o apelado responde a processos por delito de estelionato e falsificação de documentos, a denotar que reiterou na vida criminosa, a diminuição necessária e suficiente para a reprovação e prevenção do delito é a mínima prevista em lei, ou seja, de 1/3 (um terço), devendo, pois, ser modificada. [...] (Apelação Criminal nº 1.0431.05.023081-9/001 - Rel. Des. Walter Pinto da Rocha - Julgamento: 18.02.2009 - Publicação: 05.03.2009).

Outrossim, entendo que, na ausência de comprovação do verdadeiro valor dos objetos subtraídos, a dúvida há de beneficiar o réu.

Nesse sentido:

É possível o reconhecimento do furto privilegiado na hipótese em que o réu é primário e os bens apreendidos sequer foram avaliados, devendo ser tidos como de valor inferior ao salário mínimo (*RJTACRIM* 43/146).

Assim, se o réu é primário e ausente comprovação do valor da *res*, este deve ser considerado inferior a um (1) salário mínimo vigente à época dos fatos, os requisitos para a concessão da benesse restariam preenchidos.

Ante o exposto, coloco-me de acordo com o voto do Relator, ressalvando, contudo, posicionamento no tocante à aplicação da figura privilegiada no furto qualificado e aos requisitos para a concessão de tal benesse.

É como voto, *data venia*.

DES. FURTADO DE MENDONÇA - Ponho-me de acordo com a eminente Relatora, acompanhando a ressalva do insigne Revisor.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Tráfico de drogas - Trazer consigo para fins de comércio - Crime de ação múltipla - Tentativa - Impossibilidade - Fixação da pena - Quantidade de droga apreendida - *Reformatio in pejus* - Inadmissibilidade - Reincidência - Confissão espontânea - Compensação

Ementa: Apelação criminal. Tráfico de drogas. Autoria e materialidade comprovadas. Tentativa. Reconhecimento. Impossibilidade. Crime de ação múltipla praticado na modalidade "trazer consigo". Condenação mantida. Atenuante da confissão espontânea. Incidência. Compensação com a agravante da reincidência. Recurso provido em parte.

- Cuida o art. 33 da Lei 11.343/06 de crime de ação múltipla, bastando, pois, a prática de qualquer das condutas descritas no tipo penal para que o delito de tráfico se configure.

- Não há falar, *in casu*, em reconhecimento do crime de tráfico na forma tentada, uma vez que a acusada, ao trazer consigo a droga para fins de revenda, já o consumou, visto que praticou um dos verbos típicos enumerados no art. 33 da Lei 11.343/06, qual seja "trazer consigo", sendo irrelevante que ela não tenha, efetivamente, comercializado o entorpecente.

- É de ser reconhecida a atenuante da confissão espontânea se a confissão do agente auxiliou na elucidação dos fatos e foi utilizada na sentença para a condenação, devendo ser compensada com a agravante da reincidência.

Recurso provido em parte.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0283.11.001427-3/001 - Comarca de Guaranésia - Apelante: Gislaine Cristina Gomes - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - 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, à unanimidade, em DAR PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 18 de outubro de 2012. - *Agostinho Gomes de Azevedo* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. AGOSTINHO GOMES DE AZEVEDO - Trata-se de recurso de apelação interposto por Gislaine Cristina Gomes, em face da sentença de f. 75/82, que a condenou como incursa nas sanções do art. 33, *caput*, da

Lei 11.343/06, à pena de 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, em regime fechado, e 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, no valor unitário mínimo.

Quanto aos fatos, narra a denúncia que, no dia 17 de julho de 2011, por volta de 1h50min, na Praça Doutor Getúlio Vargas, em Guaranésia, a denunciada foi surpreendida trazendo consigo 231,57g (duzentos e trinta e um gramas e cinquenta e sete centigramas) de maconha, para fins de comércio, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Narra que policiais militares avistaram a denunciada em atitude suspeita e decidiram abordá-la, solicitando-lhe que entregasse a bolsa que trazia consigo para que fosse vistoriada. Nesse momento, após relutar em entregar a bolsa, a denunciada saiu em desabalada carreira, sendo alcançada pelos milicianos um pouco adiante. Ao verificarem, então, o conteúdo da bolsa da denunciada, os policiais militares localizaram dois tabletes e uma porção esfarelada de maconha, uma balança de precisão, dois aparelhos celulares e a quantia de R$ 60,00 (sessenta reais), em notas de R$ 10,00 (dez reais) e R$ 20,00 (vinte reais).

Regularmente notificada (f. 38/39), a acusada apresentou defesa preliminar às f. 41/42.

A denúncia foi recebida em 24 de agosto de 2011 (f. 45).

Designada a audiência de instrução e julgamento, foram ouvidas duas testemunhas (f. 61/62) e interrogada a ré (f. 63/64).

O Ministério Público apresentou alegações finais orais às f. 59/60 e a Defesa, por escrito, às f. 70/73.

A sentença foi publicada em cartório em 10 de novembro de 2011 (f. 83).

Inconformada, apelou a Defesa (f. 86), pretendendo, em síntese, o reconhecimento do crime de tráfico na forma tentada, com a diminuição da pena em 2/3 (dois terços) e a incidência da atenuante da confissão espontânea (f. 92/96).

Em contrarrazões, o Ministério Público de 1° grau pugnou pelo provimento do recurso (f. 98/105).

O parecer da douta Procuradoria-Geral de Justiça é pelo não provimento do apelo (f. 117/121).

É o relatório.

Conheço do recurso, visto que presentes os pressupostos de sua admissibilidade.

Não tendo sido arguidas preliminares, nem vislumbrando vício na prestação jurisdicional, passo ao exame do mérito.

A materialidade e a autoria do crime de tráfico de drogas restaram devidamente comprovadas nos autos pelo boletim de ocorrência de f. 12/14, auto de apreensão de f. 15, laudo toxicológico definitivo de f. 68 e, sobretudo, pela confissão da acusada, que afirmou em juízo: "a droga encontrada em minha bolsa seria destinada a uso próprio e a tentativa de revenda" (f. 64).

Cinge-se o inconformismo defensivo aos pedidos de reconhecimento do crime de tráfico na forma tentada, com a diminuição da pena em 2/3 (dois terços), e incidência da atenuante da confissão espontânea.

Razão lhe assiste, em parte.

No tocante à tentativa, entendo que, não obstante tenha a apelante afirmado que não chegou a vender a droga para ninguém, o crime de tráfico se consumou.

Como é cediço, cuida o art. 33 da Lei 11.343/06 de crime de ação múltipla, bastando, pois, a prática de qualquer das condutas descritas no tipo penal para que o delito de tráfico se configure.

In casu, não há falar em desclassificação do crime para sua forma tentada, uma vez que a acusada, ao trazer consigo a droga para fins de revenda, já o consumou, visto que praticou um dos verbos típicos enumerados no art. 33 da Lei 11.343/06, qual seja "trazer consigo", sendo irrelevante que ela não tenha, efetivamente, comercializado o entorpecente.

Nesse sentido, confira-se a lição de Guilherme de Souza Nucci:

> A tentativa de tráfico ilícito de entorpecentes é rara em face das dezoito condutas típicas previstas no tipo do art. 33. Quem traz consigo a droga já consumou a infração, logo é muito difícil pensar em tentativa de venda, afinal, para vender é preciso ter consigo. Por outro lado, não é impossível. A tentativa de adquirir substância entorpecente é viável, por exemplo, até pelo fato de que quem pretende comprar não traz consigo a droga (NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. 4. ed. São Paulo: RT, 2009, p. 347).

Outro não é o entendimento consolidado no Superior Tribunal de Justiça:

> *Habeas corpus*. Tráfico ilícito de entorpecentes. Direito penal e processual penal. Inépcia da denúncia. Inocorrência. Delito de tráfico de entorpecentes. Diversos núcleos do tipo. Consumação com qualquer das condutas. Acórdão estadual. Omissão caracterizada. Nulidade. Causa de aumento de pena. Ordem parcialmente concedida. *Habeas corpus* concedido de ofício. Redução da pena-base. Progressão de regime prisional. Inconstitucionalidade do art. 2°, § 1°, da Lei n° 8.072/90 declarada pelo Supremo Tribunal Federal. - 1 - Ajustando-se a motivação da sentença à denúncia, que imputou ao paciente a prática do delito de tráfico ilícito de entorpecentes, em concurso de agentes, com perfeita definição da conduta de cada qual, além da demonstração, pelo magistrado, mediante exaustivo exame do conjunto da prova, da imputação deduzida na acusatória inicial, não há falar em constrangimento ilegal a ser sanado em *habeas corpus*. 2 - O crime de tráfico de entorpecentes compreende dezoito ações identificadas pelos diversos verbos ou núcleos do tipo, em face do que tal delito se consuma com a prática de qualquer delas, eis que delito de ação múltipla ou misto alternativo. Precedentes. 3 - A consideração só quantitativa das causas especiais de aumento de pena, submetidas a regime alternativo, é expressão, em última análise, da responsabilidade penal objetiva, enquanto a qualitativa é própria do direito penal da culpa e atende aos imperativos da individualização da pena, permitindo, *ad exemplum*, que uma única causa

especial de aumento alternativa possa conduzir o *quantum* de pena para além do mínimo legal do aumento, que, em contrapartida, pode ser insuperável, diante do caso concreto, mesmo em se caracterizando mais de uma causa especial de aumento dessa espécie. 4 - A redução da pena-base ao mínimo legal pela Corte Estadual de Justiça desconstitui a pretensão de reconhecimento da atenuante legal da confissão. 5 - O Plenário do Supremo Tribunal Federal declarou, por maioria de votos, a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90, afastando, assim, o óbice da progressão de regime aos condenados por crimes hediondos ou equiparados. 6 - Ordem parcialmente concedida. *Habeas Corpus* concedido de ofício para afastar o óbice à progressão de regime prisional (STJ, *HC* 27704/MS, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, Sexta Turma, j. em 09.05.2006, p. no *DJ* de 03.09.2007, p. 223).

Penal. Recurso especial. Crime de trafico ilícito de entorpecentes. Ré flagrada trazendo consigo substância entorpecente. Crime de ação múltipla. Consumação configurada. Crime equiparado a hediondo. Regime integralmente fechado. Impossibilidade de substituição da pena privativa de liberdade. Recurso provido. - 1 - O tipo penal inscrito no art. 12 da Lei 6.368/76 constitui crime de ação múltipla, de forma que a subsunção da conduta praticada a qualquer das hipóteses de incidência penal previstas na norma é suficiente para, de forma autônoma, aperfeiçoar o delito. 2 - Nos crimes hediondos ou a eles equiparados, com exceção do delito de tortura, a pena deverá ser cumprida em regime integralmente fechado, vedada, portanto, a sua progressão, nos termos da Lei 8.072/90, tida, até o presente momento, como constitucional pelo Supremo Tribunal Federal. 3 - A substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direitos é incompatível e inaplicável aos crimes sujeitos ao regime integralmente fechado. 4 - Recurso provido para o fim de afastar a incidência da minorante decorrente da tentativa, restando a pena da ré Nilda Soares dos Santos fixada em 3 (três) anos de reclusão e multa, restabelecido o regime integralmente fechado e obstada a substituição da pena privativa de liberdade por pena alternativa (STJ, REsp 373908/RS, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, j. em 04.10.2005, p. no *DJ* de 14.11.2005, p. 368).

Assim, diante do quadro probatório apresentado, mantenho a condenação da acusada nos termos da bem-lançada sentença, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Quanto à dosimetria da pena, há um pequeno reparo a ser feito na decisão primeva.

No tocante à pena-base, o douto Juiz *a quo* a fixou no mínimo legal, razão pela qual a mantenho em 5 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa.

Vale ressaltar que a pena-base poderia ter sido fixada em patamar mais elevado, diante da expressiva quantidade de droga apreendida - 228,61g (duzentos e vinte e oito gramas e sessenta e um centigramas de maconha (f. 68) -, o que, todavia, não foi considerado pela insigne Magistrada *a quo*, de modo que, em razão da vedação à *reformatio in pejus*, mantenho a pena-base no patamar acima estabelecido.

Na segunda fase, em que pese o entendimento adotado na r. sentença, reconheço a incidência da atenuante da confissão espontânea, porquanto, a meu ver, a confissão judicial da acusada, além de não ser parcial, auxiliou na elucidação dos fatos e foi utilizada na sentença para a condenação. Assim, diante do reconhecimento da agravante da reincidência na decisão primeva, compenso-as, mantendo a pena provisória em 5 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa.

A apelante não faz jus à causa de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, uma vez que não preenche os requisitos legais, sendo reincidente (CAC, f. 35/36).

Portanto, à míngua de outras circunstâncias a considerar, concretizo a pena da acusada Gislaine Cristina Gomes em 5 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa, estes fixados no valor unitário mínimo.

Por ser crime equiparado a hediondo, mantenho o regime fechado para o início do cumprimento da pena, nos termos do art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90.

Deixo de conceder a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos e o *sursis*, em face do *quantum* da pena aplicada.

Não faz a apelante jus à isenção do pagamento das custas processuais, uma vez que constituiu defensor (f. 43) e não juntou aos autos declaração de pobreza.

Mediante tais considerações, dou parcial provimento ao recurso, apenas para reconhecer a incidência da atenuante da confissão espontânea, reduzindo a pena da acusada para 5 (cinco) anos de reclusão, em regime fechado, e 500 (quinhentos) dias-multa, no valor unitário mínimo, mantendo os demais termos da r. sentença fustigada.

Custas, pela apelante.

É como voto.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES DUARTE DE PAULA e MARCÍLIO EUSTÁQUIO SANTOS.

Súmula - DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Crime contra o meio ambiente - Crime contra a fauna - Pesca proibida - Inexistência de ofensa ao bem jurídico tutelado - Peixes reinseridos com vida no *habitat* natural - Ausência de dano ambiental - Atipicidade - Princípio da insignificância - Aplicabilidade - Absolvição

Ementa: Apelação criminal. Crime contra a fauna. Princípio da insignificância. Possibilidade. Ausência de lesão ao sistema ecológico.

- Aplica-se o princípio da insignificância, mesmo em crimes ambientais, se a conduta do agente não causa

qualquer lesão ao bem jurídico tutelado, ou seja, ao meio ambiente, pois os peixes pescados foram devolvidos ao seu *habitat* com vida.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0261.10.004515-0/001 - Comarca de Formiga - Apelantes: 1º) José Lopes dos Santos, 2º) Odilon Rosa - Apelados: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Relatora: DES.ª DENISE PINHO DA COSTA VAL

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, à unanimidade, em PROVER OS RECURSOS.

Belo Horizonte, 7 de novembro de 2012. - *Denise Pinho da Costa Val* - Relatora.

Notas taquigráficas

DES.ª DENISE PINHO DA COSTA VAL - Trata-se de apelações interpostas pelos acusados José Lopes dos Santos e Odilon Rosa contra a sentença de f. 92/101, que julgou procedente a denúncia e os condenou nas sanções do art. 34, *caput*, e do art. 34, parágrafo único, inciso II, ambos da Lei 9.605/98, c/c o art. 70 do Código Penal, às penas iguais de 01 (um) ano e 02 (dois) meses de detenção, em regime aberto, substituindo a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, isentando-os do pagamento das custas processuais.

Narra a denúncia que, no dia 08.02.2010, por volta de 9h30min, na zona rural de Formiga, no Distrito de Ponte Vila, os denunciados pescaram em período proibido e mediante a utilização de métodos não permitidos.

Consta que policiais ambientais realizavam patrulhamento aquático no Lago de Furnas, quando surpreenderam os denunciados praticando pesca ilegal mediante a utilização de duas redes de nylon, que mediam 50m e 20m.

Extrai-se, ainda, da peça acusatória, que, em uma das redes, foram encontrados oito peixes da espécie mandi ou bagre (*Pimelodus sp.*) e dois peixes da espécie piau (*Leporinus friderici*), todos ainda com vida e que foram reinseridos em seu *habitat* natural pelos policiais.

Os denunciados estavam realizando a pesca em período no qual tal atividade é proibida, em virtude do fenômeno da piracema.

Assim, os acusados foram denunciados nos termos do art. 34, *caput*, e do art. 34, parágrafo único, inciso II, ambos da Lei nº 9.605/98.

A denúncia foi recebida em 30.08.2010 à f. 37; a sentença publicada em 27.10.2011 (f. 101v.); e os réus dela intimados, pessoalmente, às f. 132 e 133.

Inconformados, os réus, José Lopes dos Santos e Odilon Rosa, interpuseram recursos de apelação, respectivamente, às f. 104 e 116.

Nas razões de apelação de f. 105/115 e 117/127, requerem os réus a absolvição pelo princípio da insignificância, alegando, ainda, que os dez peixes foram devolvidos ao seu *habitat*, sem ocorrer qualquer dano ao meio ambiente.

Sustenta, também, a Defesa que o art. 34, parágrafo único, II, da Lei 9.605/98 é norma penal em branco, e a denúncia não fez referência à norma que complementa o citado art. 34, o que comprometeu a defesa dos acusados, pugnando, assim, pela absolvição dos réus também desse delito.

Por fim, requer a Defesa a fixação dos honorários advocatícios.

Contrarrazões do Ministério Público, às f. 135/142, pugnando pelo não provimento dos apelos.

Com vista dos autos, a d. Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra da em. Procuradora Drª. Najla Naira Farah, opinou pelo desprovimento dos recursos (f. 152/158).

É o breve relatório.

Conheço dos recursos, porquanto presentes os pressupostos de sua admissibilidade.

Não foram suscitadas preliminares e não verifico qualquer nulidade que possa ser decretada de ofício.

Ao exame dos autos, verifico que a tese defensiva de absolvição pelo princípio da insignificância merece prosperar.

Primeiramente, constata-se que a materialidade delitiva encontra-se devidamente comprovada pelo boletim de ocorrência de f. 07/08 e pelo auto de infração de f. 09/12.

Da mesma forma, existem robustas provas em relação à autoria imputada aos apelantes, apesar de terem exercido o direito constitucional de permanecerem em silêncio em juízo (f. 47).

Na fase policial, os recorrentes confessaram os fatos:

> [...] que, em meados de fevereiro próximo passado, não se recordando a data correta, por volta de 09h30min, o declarante se encontrava na localidade de Ponte Vila, zona rural deste Município, juntamente com José Lopes dos Santos, realizando pesca artesanal no Lago de Furnas em uma canoa de madeira; que, na ocasião, estavam utilizando duas redes de nylon, de cinquenta e vinte metros de comprimento cada uma; que, de repente, aproximou-se do local uma patrulha da polícia florestal, ocasião em que os policiais realizaram uma fiscalização e apreenderam as redes e também recolheram os peixes que eles já haviam pescado, soltando-os no lago; que o declarante tinha conhecimento que a pesca era ilegal, ainda por se tratar do período da piracema [...] (Odilon Rosa, f. 13/14).

> que, em meados de fevereiro próximo passado, não se recordando a data correta, por volta de 09h30min, o declarante se encontrava na prainha, localizada no Distrito de Ponte Vila, às margens do Lago de Furnas, quando o pedreiro Odilon Rosa pediu ao declarante para que lhe ajudasse a retirar umas redes que estavam armadas no lago; que, utilizando uma canoa de propriedade de Odilon, deslocaram-se até o local, onde se encontravam armadas as redes e que já

> haviam recolhido as redes, também os peixes; aproximou-se uma patrulha embarcada da polícia florestal, ocasião em que os policiais realizaram uma fiscalização e apreenderam as redes e também recolheram os peixes que eles já haviam pescado, soltando-os no lago; que o declarante tinha conhecimento de que a prática da pesca naquele local era ilegal, ainda por se tratar, na ocasião, do período de piracema [...] (José Lopes dos Santos, f. 16/17).

Essa confissão extrajudicial restou confirmada em juízo pelo depoimento do policial militar Enilton Francino de Oliveira, que assim relatou os fatos:

> que participou da guarnição que empreendeu diligência no dia dos fatos; que confirma o teor do BO; que avistou os dois acusados em uma canoa e pôde observar que eles puxavam as redes; que duas redes foram apreendidas; que foram apreendidos quatro peixes, os quais estavam na rede; que os peixes foram reintroduzidos no ambiente por estarem vivos [...] (Enilton Francino de Oliveira, f. 48).

Tenho, pois, como comprovadas a autoria e a materialidade delitiva, não se insurgindo quanto a isso a Defesa, que requer a aplicação do princípio da insignificância, sob o fundamento de que não houve dano ao meio ambiente, uma vez que os peixes foram restituídos ao seu *habitat*, ainda com vida.

Guilherme de Souza Nucci, ao discorrer sobre o tema, ensina-nos que o princípio da insignificância

> é excludente supralegal da tipicidade, demonstrando que lesões ínfimas ao bem jurídico tutelado não são suficientes para, rompendo caráter subsidiário do Direito Penal, tipificar a conduta (*Manual de direito penal* - Parte Geral e Parte Especial. 7. ed., p. 232).

Realmente, não há previsão legal sobre o princípio da insignificância; no entanto, tal conceito também não é excluído pelo ordenamento jurídico, porquanto este é regido por princípios e regras.

O princípio da insignificância exclui a tipicidade da conduta quando não houver ofensa ao bem jurídico tutelado ou esta for mínima, insignificante. Entendo que, mesmo em se tratando de crime ambiental, em que se protege a coletividade, é cabível a aplicação do princípio da insignificância, quando realmente estiver comprovado que não houve qualquer lesão ao meio ambiente.

Nesse sentido, já se manifestou este egrégio Tribunal de Justiça:

> Crime ambiental. Pesca ilegal. Absolvição. Princípio da insignificância. Possibilidade. 1. Ainda que o art. 225 da Constituição Federal preveja ser direito de todos os cidadãos a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, impõe-se a aplicação do princípio da insignificância para absolver a conduta do agente que, embora surpreendido em atividade de pesca em local proibido, não havia capturado nenhum peixe, não constituindo essa conduta grave ameaça ao bem jurídico tutelado. 2. Preliminar rejeitada. Recurso provido (TJMG - Ap. 0763372-19.2007.8.13.0382 - Relator: Des. Antônio Armando dos Anjos - Data do julgamento: 25.05.2010 - Data da publicação da súmula: 07.07.2010).

No presente caso, como restou cabalmente comprovado, os únicos peixes pescados pelos apelantes foram devolvidos ao seu *habitat* natural, com vida, não havendo, assim, qualquer lesão ao bem jurídico tutelado, ou seja, ao meio ambiente.

O crime em apreço, que tutela o meio ambiente, é crime de natureza material, e, apesar da pesca de alguns peixes, estes não chegaram a morrer, não gerando, assim, qualquer desequilíbrio ecológico.

O colendo Superior Tribunal de Justiça, por diversas vezes, já se manifestou pela aplicação do princípio da insignificância em crimes ambientais, mormente quando tais questões podem ser resolvidas na esfera administrativa ou cível.

Confira alguns de seus inúmeros arestos:

> *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. Trancamento. 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 Fed Ambiental de Florianópolis/SC (*HC* nº 143.208/SC - Relator: Ministro Jorge Mussi - Quinta Turma - julgado em 25.05.2010 - *DJe* de 14.06.2010).

> Penal. Dano ao meio ambiente (Art. 40 da Lei nº 9.605/98). Construção de casa de adobe. Delito instantâneo de efeitos permanentes. Conduta anterior à lei incriminadora. Princípio da legalidade. Crime. Inexistência. Dolo de dano. Ausência. Moradia. Direito social fundamental. Área construída de 22 (vinte e dois) metros quadrados. Insignificância. Processo penal. Justa causa. Ausência. 1. A construção de casa de adobe em área de preservação ambiental constitui dano direto instantâneo de efeitos permanentes. Precedentes. 2. Não há crime sem lei anterior que o defina (art. 1º do Código Penal). 3. Conduta anterior à vigência da Lei nº 9.605/1998. 4. A construção de casa para servir de moradia ao acusado e sua família não configura dolo de dano ao meio ambiente, pois traduz necessidade e direito fundamental ao chão e ao teto (art. 6º da Constituição Federal). 5. O direito penal não é a *prima ratio*; o dano causado ao meio ambiente decorrente da edificação de casa com 22 (vinte e dois) metros quadrados não ultrapassa os limites do crime de bagatela e pode ser resolvido por meio de instrumentos previstos em outros ramos do Direito Civil. 6. Ordem concedida para cassar o acórdão e restaurar a sentença absolutória (*HC* nº 124.820/DF -

Relator: Ministro Celso Limongi - Desembargador convocado do TJSP - Sexta Turma - julgado em 05.05.2011 - *DJe* de 22.08.2011).

Conflito de competência. Penal. Crime contra o meio ambiente. Pesca com petrechos proibidos. Art. 34, inciso II, da Lei 9.605/98. Lagoa situada no entorno de unidade de conservação federal. Competência do suscitado. Inexistência de lesão ao meio ambiente. Atipicidade material da conduta. Concessão de *habeas corpus* de ofício para determinar o trancamento da ação penal. 1. A competência da Justiça Federal, expressa no art. 109, IV, da Carta Magna, restringe-se às hipóteses em que os crimes ambientais são perpetrados em detrimento de bens, serviços ou interesses da União, suas autarquias ou empresas públicas. 2. Delito em tese cometido no entorno da Estação Ecológica do Taim, unidade de conservação federal, criada pelo Decreto nº 92.963/86. 3. Logo, sendo a área vizinha a outra submetida a regime especial (bem da União), compete à Justiça Federal processar e julgar o feito, nos termos do art. 109, inciso IV, da Carta Magna. 4. Considerando-se a inexistência de lesão ao meio ambiente (fauna aquática), tendo em vista que não foi apreendido com o acusado nenhum pescado, deve ser reconhecida a atipicidade material da conduta. 5. Conflito conhecido para declarar competente o Juízo Federal da 1ª Vara do Rio Grande do Sul, concedendo-se, de ofício, ordem de *habeas corpus* para trancar a ação penal (CC 100.852/RS - Relator: Ministro Jorge Mussi - Terceira Seção - Julgado em 28.04.2010 - *DJe* de 08.09.2010).

Habeas corpus preventivo. Crime contra o meio ambiente. Pesca mediante a utilização de aparelhos, petrechos, técnicas e métodos não permitidos (art. 34, par. único, II, da Lei 9.605/98). Pesca de, aproximadamente, 2 quilogramas de peixes. Possibilidade de aplicação, na espécie, do princípio da insignificância. Pequena quantidade de pescado apreendida. Suposto crime que consistiu na utilização de uma rede superior em apenas 50 centímetros ao limite estabelecido na legislação específica. Inexistência de dano efetivo ao meio ambiente. Parecer do MPF pela concessão da ordem. Ordem concedida, para trancar a ação penal movida contra os pacientes, por suposta infração ao art. 34, par. único, II, da Lei 9.605/98. 1. O princípio da insignificância, que está diretamente ligado aos postulados da fragmentariedade e intervenção mínima do Estado em matéria penal, tem sido acolhido pelo magistério doutrinário e jurisprudencial tanto desta Corte quanto do colendo Supremo Tribunal Federal, como causa supralegal de tipicidade. Vale dizer, uma conduta que se subsuma perfeitamente ao modelo abstrato previsto na legislação penal pode vir a ser considerada atípica por força deste postulado. 2. Entretanto, é imprescindível que a aplicação do referido princípio se dê de forma prudente e criteriosa, razão pela qual é necessária a presença de certos elementos, tais como (I) a mínima ofensividade da conduta do agente; (II) a ausência total de periculosidade social da ação; (III) o ínfimo grau de reprovabilidade do comportamento e (IV) a inexpressividade da lesão jurídica ocasionada, consoante já assentado pelo colendo Pretório Excelso (*HC* nº 84.412/SP - Relator: Ministro Celso de Mello - *DJU* de 19.04.04). 3. Para incidir a norma penal incriminadora, é indispensável que a pesca com equipamentos proibidos possa, efetivamente, causar risco às espécies ou ao ecossistema; nada disso, todavia, se verifica no caso concreto, em que dois pescadores, utilizando-se de somente uma rede - rede esta considerada ilegal porque superior em 50 centímetros ao limite legalmente estabelecido, como registrado no aresto -, tinham retirado da represa apenas 2 quilogramas de peixes, de espécie diversas. 4. Evidente a atipicidade material da conduta, pela desnecessidade de movimentar a máquina estatal, com todas as implicações conhecidas, para apurar conduta desimportante para o Direito Penal, por não representar ofensa a qualquer bem jurídico tutelado pela Lei Ambiental. 5. Parecer do MPF pela concessão da ordem. 6. Ordem concedida para trancar a ação penal movida contra os pacientes, por suposta infração ao art. 34, par. único, II, da Lei 9.605/98 (*HC* nº 112.840/SP - Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho - Quinta Turma - Julgado em 23.03.2010 - *DJe* de 03.05.2010).

Penal. Processual penal. *Habeas corpus*. Crime ambiental. Uso de apetrecho de pesca proibido. Conduta que não pressupôs mínima ofensividade ao bem jurídico tutelado. Princípio da insignificância. Atipicidade material da conduta. 1. É de se reconhecer a atipicidade material da conduta de uso de apetrecho de pesca proibido se resta evidente a completa ausência de ofensividade, ao menos em tese, ao bem jurídico tutelado pela norma penal, qual seja a fauna aquática. 2. Ordem concedida para trancar a ação penal por falta de justa causa (*HC* 93.859/SP - Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura - Sexta Turma - julgado em 13.08.2009 - *DJe* de 31.08.2009).

Assim, não havendo ofensa ao bem jurídico tutelado, impõe-se a absolvição dos apelantes, por ausência de tipicidade em suas condutas, aplicando-se-lhes o princípio da insignificância.

Por fim, fixo os honorários advocatícios ao defensor dativo nomeado aos acusados no valor de R$ 800,00 pela atuação no procedimento sumário e apresentação de recurso, conforme convênio firmado por este TJMG, a Advocacia-Geral do Estado (AGE), a Secretaria de Estado de Fazenda (SEF) e a Ordem dos Advogados (OAB/MG), publicado no *Diário Oficial eletrônico* em 18.02.2012.

Em face do exposto, dou provimento aos recursos, para absolver os apelantes, José Lopes dos Santos e Odilon Rosa, dos crimes dos arts. 34, *caput*, e 34, parágrafo único, II, da Lei 9.605/98, com fundamento no art. 386, III, do CPP.

É como voto.

Custas pelo Estado.

DES.ª MÁRCIA MILANEZ - De acordo com o Relator.

DES. RUBENS GABRIEL SOARES - Coloco-me de acordo com o voto condutor que absolveu os apelantes, José Lopes dos Santos e Odilon Rosa, dos crimes descritos no art. 34, *caput*, c/c o art. 34, parágrafo único, II, da Lei 6.905/98, na forma do art. 70 do Código Penal. Todavia, o faço por fundamento diverso, vejamos.

No caso em tela, a douta Relatora absolveu os recorrentes, aplicando o princípio da insignificância.

Todavia, rogando vênia a ilustríssima Colega, entendo que o "princípio da insignificância" ou da bagatela não foi recepcionado pelo ordenamento jurídico brasileiro, constituindo inovação que se sobrepõe ao texto legal firmado pelo legislador, que, após considerar típica a conduta em exame, estabeleceu punições, considerando a ofensividade que a ação, por si só, traz consigo.

Lado outro, como bem ressaltado no voto condutor, "não houve dano ao meio ambiente, uma vez que os peixes foram restituídos ao seu *habitat*, ainda com vida" (f. 07). Assim, constata-se que inexistiu qualquer ofensa ao bem juridicamente tutelado, qual seja o meio ambiente.

Cediço que o legislador, quando tratou do tema de crimes ambientais, visou à preservação de nosso ecossistema e seu equilíbrio, de forma a reprimir e prevenir a ação predadora do homem, para que as futuras gerações possam usufruir de uma vida saudável, conforme inserido no art. 225, § 1°, inciso VII, da Carta Magna.

Contudo, para verificação da conduta reprovável, é preciso que haja a lesividade ao bem jurídico protegido, qual seja o meio ambiente e seu equilíbrio.

Nesse sentido, transcrevo excerto de julgado do colendo Superior Tribunal de Justiça, no qual o preclaro Ministro Napoleão Nunes Maia Filho dispõe sobre a necessidade da lesão ao bem jurídico, como pressuposto na ocorrência do crime ambiental:

> [...] A Lei 9.605/98 objetiva concretizar o direito dos cidadãos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e preservado para as futuras gerações, referido no art. 225, *caput*, da Constituição Federal, que, em seu § 1°, inciso VII, dispõe ser dever do Poder Público, para assegurar a efetividade desse direito, 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 [...] (*HC* 72234/PE - 2006/0272965-2 - Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho - Órgão julgador: Quinta Turma - Data do julgamento: 09.10.2007 - Fonte/Data da publicação: *DJ* de 05.11.2007, p. 307).

No caso específico em tela, não se extrai que a conduta dos recorrentes tenha provocado dano ao equilíbrio ecológico, ou ao ecossistema, haja vista que os peixes foram devolvidos ainda com vida para a lagoa em que foram pescados.

Dessarte, verifica-se, exclusivamente, no caso em apreço, que inexistiu qualquer ofensa ao bem juridicamente tutelado, qual seja ao meio ambiente.

Nesse tópico, cumpre destacar que é claro que se impõe à sociedade uma mudança de hábitos, tornando-a consciente de que a preservação do meio ambiente requer novas posturas, como não aprisionar animais, não poluir o meio ambiente, usar a água com moderação, não pescar em locais proibidos. Porém, pensa-se que a mudança de postura e de consciência não deve ser feita com a privação de liberdade das pessoas e, sim, com campanhas educativas de conscientização, devendo os crimes ambientais ser imputados, tão somente, àqueles que, gravemente, causem danos, por exemplo, aos proprietários de grande número de espécimes, àqueles que mantenham em cativeiro e não cuidam bem dos animais e, principalmente, os que caçam ou pescam os animais para revendê-los a terceiros, ações estas que não se encaixam nos fatos sob exame.

Assim, por não haver efetivo dano ao equilíbrio ecológico na particularidade que é o caso aqui analisado, a absolvição dos agentes realmente é a medida de justiça.

Diante do exposto, coloco-me de acordo com o voto condutor, ressalvando, contudo, que a absolvição tem como fundamento a inexistência de ofensa ao bem jurídico tutelado.

Custas, na forma da lei.

É como voto.

Súmula - RECURSOS PROVIDOS.

...

Medida de segurança - Evolução do estado clínico do agente - Internação - Substituição por tratamento ambulatorial - Viabilidade - Desinternação progressiva - Possibilidade - Princípios da dignidade da pessoa humana e da individualização da pena - Art. 97, § 4º do Código Penal - Aplicação analógica

Ementa: Agravo em execução. Recurso ministerial. Modulação de medida de internação para tratamento ambulatorial. Viabilidade. Evolução do estado clínico do agente. Desinternação progressiva. Aplicação analógica do art. 97, § 4°, do CP à luz dos princípios da dignidade da pessoa humana e da individualização da pena. Possibilidade de revisão da decisão. Recurso não provido.

- Constatado que o agente evoluiu seu quadro clínico, mesmo após cumprir boa parte da medida de internação em estabelecimento inadequado, a modulação da medida de segurança, de internação para tratamento ambulatorial, é medida que se impõe.

- De uma leitura do art. 97, § 4°, do CP à luz dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da individualização da pena, é possível que o magistrado conceda a desinternação progressiva, bem como possa rever a decisão, caso haja considerável piora da condição clínica do recuperando.

AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL Nº 1.0024.11.090279-8/001 - Comarca de Belo Horizonte - Agravante: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Agravado: Edmilson José Xavier Albano - 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, à unanimidade, em NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 29 de novembro de 2012. - NELSON MISSIAS DE MORAIS - RELATOR.

Notas taquigráficas

DES. NELSON MISSIAS DE MORAIS - Trata-se de recurso de agravo em execução interposto pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais, inconformado com a decisão proferida pelo MM. Juiz de Direito da Vara de Execuções Criminais da Comarca de Belo Horizonte, que deferiu a modulação da medida de segurança imposta ao agente Edmilson José Xavier Albano, de internação para o tratamento ambulatorial, sob as condições de comprovar a realização de tratamento ambulatorial na Unidade de Saúde Mental, enquanto não declarada a cessação de periculosidade; informar ao juízo sobre o tratamento realizado e os remédios que usa; e comparecimento ao PAI-PJ, em regularidade a ser definida em audiência, f. 18/19.

O agravante sustenta que o exame de cessação de periculosidade constatou que o agente ainda não está apto ao retorno ao convívio em sociedade, por apresentar comportamento estereotipado, desequilíbrio interno e fuga da realidade.

Ressalta que o PAI-PJ emitiu parecer afirmando que o quadro do recuperando é instável e que ele teria tentado o "autoextermínio".

Afirma que o Magistrado *a quo* violou norma expressa em lei ao conceder a desinternação condicional sem o prévio atestado de cessação de sua periculosidade, colocando a sociedade em situação de risco.

Requer o provimento do recurso para reformar a decisão hostilizada, indeferindo o pedido de modulação da medida de internação, f. 04/09.

Contrarrazões, f. 23/35.

Juízo de retratação, f. 39.

Em parecer, a d. Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se pelo provimento do recurso, f. 48/50.

É o relatório.

Conheço do recurso, porquanto presentes os pressupostos de admissibilidade.

Conforme se verifica dos autos, o agravado foi submetido a medida de segurança em virtude de sentença de absolvição imprópria do delito de roubo majorado, por prazo indeterminado, não havendo sido fixado prazo mínimo para a internação.

Razão não assiste ao agravante.

Inicialmente, cumpre ressaltar que há notícias nos autos de que o agente permaneceu segregado em estabelecimento prisional durante boa parte do cumprimento da medida de internação, f. 10, fato este que contraria a norma insculpida no art. 99 do CP.

Não obstante ter padecido constrangimento ilegal, o recuperando apresentou, desde sua primeira análise realizada pelo Programa de Atenção Integral ao Paciente Judiciário do Tribunal de Justiça de Minas Gerais - PAI-PJ, a possibilidade de ter a medida de internação substituída por tratamento ambulatorial, que seria devidamente acompanhado por equipe multidisciplinar composta por psicólogo, psiquiatra e assistente social, f. 11.

O laudo de f. 14/16 atestou que sua periculosidade ainda não havia cessado. Entretanto, também consignou a possibilidade de submissão do reeducando ao regime de tratamento ambulatorial para verificar a sua adequação ao novo tratamento.

Por oportuno, cito trecho do ofício de f. 36/37, encaminhado pelo PAI-PJ ao Juízo de Execuções:

> Quando da sua saída, o paciente esteve no PAI-PJ em 06.12.2011, acompanhado de sua irmã, Sra. Laurieda, apresentando-se calmo, estabilizado e orientado. Na ocasião, informaram quanto ao início do tratamento no Cersam-Pampulha, com apoio do Instituto Raul Soares e do Centro de Saúde Heliópolis, conforme orientação de seu quadro clínico, evidenciando o projeto terapêutico que será construído na rede de saúde de Belo Horizonte.
> Edmilson possui suporte familiar adequado, estando o mesmo firmando residência no mesmo lote da família, sendo que possui renda própria, advindo de pensão por morte da mãe, e está planejando trabalhar informalmente para ocupação do seu tempo e complementação de sua renda.
> Destarte, a manutenção do seu tratamento em caráter ambulatorial é de fundamental importância na construção do projeto terapêutico para o paciente em tela, até que seja realizado, em um tempo futuro, um exame de cessação de periculosidade.

Nota-se que houve uma evolução do quadro clínico que o agente antes apresentava, não se cogitando mais na hipótese de suicídio que o *Parquet* suscitou em suas razões de recurso. O agente possui suporte familiar adequado, o que pode contribuir sensivelmente para a sua constante melhora. Além disso, ele demonstra a intenção de laborar, ocupando seu tempo de forma produtiva.

Considerando o cenário exposto, mostra-se acertada a decisão primeva, tendo em vista a viabilidade da concessão da denominada desinternação progressiva.

Guilherme de Souza Nucci, escrevendo sobre o tema, pronunciou com acuidade:

> Prevê a lei penal que o tratamento ambulatórial pode ser convertido em internação caso essa providência seja necessária para 'fins curativos'. Nada fala, no entanto, quanto à conversão da internação em trancamento ambulatorial, o que nos afigura perfeitamente possível.
> Muitas vezes, o agente pode não revelar periculosidade suficiente para manter-se internado, mas ainda necessitar de um tratamento acompanhado. Assim, valendo-se da hipótese desse parágrafo (§ 4º do art. 97 do CP), pode o magistrado determinar a desinternação do agente para o fim de se submeter a tratamento ambulatorial, que seria a conversão da internação em tratamento ambulatorial.
> Não é, pois, a desinternação prevista no parágrafo anterior - porque cessou a periculosidade -, mas sim para a continuidade dos cuidados médicos, sob outra forma (*Código Penal*

comentado. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 539/540).

Pela aplicação analógica do dispositivo do § 4º do art. 97 do CP, que prevê que o tratamento ambulatorial pode ser convertido em internação caso eventualmente o agente necessite de cuidados mais específicos, a situação contrária pode também ocorrer, ou seja, é possível que ele ainda necessite de tratamento médico sem a exigência de permanecer internado em hospital de custódia ou estabelecimento congênere.

A jurisprudência do STF se consolidou neste sentido:

> *Habeas corpus*. Medida de segurança. Extinção da punibilidade. Prescrição. Não-ocorrência. Desinternação progressiva. Ordem parcialmente concedida. - 1. As medidas de segurança se submetem ao regime ordinariamente normado da prescrição penal. Prescrição a ser calculada com base na pena máxima cominada ao tipo penal debitado ao agente (no caso da prescrição da pretensão punitiva) ou com base na duração máxima da medida de segurança, trinta anos (no caso da prescrição da pretensão executória). Prazos prescricionais, esses, aos quais se aplicam, por lógico, os termos iniciais e marcos interruptivos e suspensivos dispostos no Código Penal. 2. Não se pode falar em transcurso do prazo prescricional durante o período de cumprimento da medida de segurança. Prazo, a toda evidência, interrompido com o início da submissão do paciente ao 'tratamento' psiquiátrico forense (inciso V do art. 117 do Código Penal). 3. No julgamento do *HC* 97.621, da relatoria do Ministro Cezar Peluso, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal entendeu cabível a adoção da desinternação progressiva de que trata a Lei 10.261/2001. Mesmo equacionamento jurídico dado pela Primeira Turma, ao julgar o *HC* 98.360, da relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, e, mais recentemente, o R*HC* 100.383, da relatoria do Ministro Luiz Fux. 4. No caso, o paciente está submetido ao controle penal estatal desde 1984 (data da internação no Instituto Psiquiátrico Forense) e se acha no gozo da alta progressiva desde 1986. Pelo que não se pode desqualificar a ponderação do Juízo mais próximo à realidade da causa. 5. Ordem parcialmente concedida para assegurar ao paciente a desinternação progressiva, determinada pelo Juízo das Execuções Penais (STF, 107.777/RS, Rel. Min. Ayres Britto, Segunda Turma, publicação: 16.04.2012).

> Ação penal. Réu inimputável. Imposição de medida de segurança. Prazo indeterminado. Cumprimento que dura há vinte e sete anos. Prescrição. Não ocorrência. Precedente. Caso, porém, de desinternação progressiva. Melhora do quadro psiquiátrico do paciente. *HC* concedido, em parte, para esse fim, com observação sobre indulto. - 1. A prescrição de medida de segurança deve ser calculada pelo máximo da pena cominada ao delito atribuído ao paciente, interrompendo-se-lhe o prazo com o início do seu cumprimento. 2. A medida de segurança deve perdurar enquanto não haja cessado a periculosidade do agente, limitada, contudo, ao período máximo de trinta anos. 3. A melhora do quadro psiquiátrico do paciente autoriza o juízo de execução a determinar procedimento de desinternação progressiva, em regime de semi-internação (STF, *HC* 97.621/RS, Rel. Min. Cezar Peluso, Segunda Turma, publicação: 26.06.2009).

Importante ressaltar que os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da individualização da pena também são aplicados aos indivíduos submetidos a medidas de segurança, sendo que privá-los do direito de se recuperar da maneira mais saudável possível, usufruindo do contato familiar e do convívio social direto, implica evidente ilegalidade.

Por fim, cabe frisar que a medida judicial pode ser revista a qualquer tempo, comprovada a imperiosa necessidade, não havendo falar em prejuízo à coletividade, ao contrário do que assevera o Ministério Público.

Isso posto, nego provimento ao recurso ministerial, mantendo intacta a r. decisão guerreada.

Sem custas.

É como voto.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES MATHEUS CHAVES JARDIM e CATTA PRETA.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Roubo majorado - Emprego de arma imprópria - Caco de vidro - Laudo pericial - Desnecessidade - Crime tentado - Não ocorrência - Inversão da posse do bem subtraído - Crime consumado

Apelação criminal. Roubo. Decote da causa de aumento de pena do art. 157, § 2º, inciso I, do CP. Impossibilidade. Caco de vidro. Arma imprópria. Lesividade presumida. Prescindibilidade de laudo pericial. Desclassificação para a forma tentada. Inviabilidade. Inversão da posse do bem subtraído. Roubo consumado. Recurso não provido.

- Tratando-se o caco de vidro de objeto apto a ofender a integridade física de outrem, ainda que não constitua, propriamente, uma arma, cabível a aplicação da causa de aumento prevista no art. 157, § 2º, I, do Código Penal.

- Não há que se falar na desclassificação do roubo consumado para tentativa quando há violenta retirada do bem da esfera de disponibilidade da vítima, passando o agente a exercer sobre ele posse tranquila, mesmo que por curto espaço de tempo.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0024.11.280451-3/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Evandro Almeida Santos - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Vítima: Juliana Abreu Ferreira - Relator: DES. JAUBERT CARNEIRO JAQUES

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, à unanimidade, em NÃO PROVER O RECURSO.

Belo Horizonte, 23 de outubro de 2012. - *Jaubert Carneiro Jaques* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. JAUBERT CARNEIRO JAQUES - Trata-se de apelação interposta pelo acusado Evandro Almeida Santos, inconformado com a r. sentença de f. 165/172, que o condenou como incurso nas sanções do art. 157, § 2º, I, do Código Penal, à pena definitiva de 05 (cinco) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, no regime semiaberto, e 13 (treze) dias-multa, no valor mínimo legal. Concedida, ainda, a isenção do pagamento das custas processuais.

Pleiteia o réu, por meio de suas razões de apelação de f. 182/194, seja decotada a majorante do emprego de arma, diante da ausência do laudo de eficiência. Pugna, ainda, pela incidência da atenuante da tentativa, já que o crime não se consumou, devendo ser aplicada a fração máxima de 2/3. Por fim, assevera fazer jus à isenção das custas.

Contrarrazões apresentadas pelo Ministério Público às f. 198/203, sustentando que a potencialidade lesiva da arma imprópria é presumida, não havendo que se cogitar o decote da referida majorante; que o delito se consumou com a inversão da posse do bem subtraído; que deve ser negado provimento ao recurso.

Às f. 218/223, a douta Procuradoria Geral de Justiça exarou parecer, opinando pelo conhecimento e desprovimento do apelo interposto.

É o relatório.

Conheço do recurso, eis que presentes os pressupostos de admissibilidade.

Narra a denúncia que, em 10 de setembro de 2011, por volta de 21h15min, no ponto de ônibus situado nas proximidades do nº 1.430 da Avenida Nossa Senhora do Carmo, Bairro São Pedro, na cidade de Belo Horizonte/MG, o denunciado, exibindo um pedaço de caco de vidro, subtraiu para si o aparelho celular da vítima J.A.F., sendo posteriormente apreendido pela Polícia Militar.

Analisando-se detidamente os presentes autos, constata-se que a materialidade e a autoria delitivas, bem como a tipicidade dos fatos, restaram sobejamente consubstanciadas, tanto que inexiste qualquer inconformismo recursal a esse respeito, mesmo porque, além de ter o réu confessado a prática do delito, a *res furtiva* foi apreendida em seu poder.

No que tange ao pretenso decote da causa especial de aumento de pena do emprego de arma, tenho que melhor sorte não assiste ao recorrente.

Os depoimentos acostados aos autos são incontroversos no sentido de se formar convicção acerca do emprego de um caco de vidro nos atos de execução do delito, tendo o referido instrumento cortante, inclusive, sido apreendido com o próprio réu, quando da abordagem policial.

Tal situação foi, ainda, corroborada pelo testemunho da ofendida na fase inquisitiva (f. 05/05-v), confirmada sob o crivo do contraditório (f. 133), devendo, pois, ser acolhida como verdade, pois que, em casos como o em tela, à palavra da vítima deve-se emprestar especial valor, principalmente, quando descreve com firmeza o *modus operandi* e reconhece, do mesmo modo, o agente que protagonizou o delito.

Não há dúvidas, portanto, sobre o emprego de caco de vidro na execução do crime em tela, sendo tal instrumento apto a ofender a integridade física de outrem, ainda que não constitua, propriamente, uma arma.

A causa de aumento de pena prevista no art. 157, § 2º, I, do Código Penal, não se refere, tão somente, às denominadas "armas próprias", ou seja, aqueles instrumentos produzidos com a finalidade de ataque ou defesa, mas também àquelas consideradas impróprias - todo objeto apto a ofender a integridade física de outrem, ainda que não possuam função precípua de atacar ou defender.

É certo que o vidro, quando acometido na forma de cacos, possui alta potencialidade ofensiva se utilizado nos atos executórios de um crime, elevando ainda mais o poder de intimidação do acusado sobre a vítima.

Sobre o assunto, leciona Luiz Régis Prado:

> O sentido do vocábulo arma contido no inciso I deve ser compreendido não só sob o aspecto técnico (arma própria), em que quer significar um instrumento destinado ao ataque ou defesa, mas também em sentido vulgar (armas impróprias), ou seja, qualquer outro instrumento que se torne vulnerante, bastando que seja utilizado de modo diverso daquele para o qual fora produzido, como, por exemplo, uma faca, um machado, uma foice, uma tesoura, etc. (*Curso de direito penal brasileiro*, v. 2, Parte Especial, 4. ed., São Paulo: Editora RT, 2005, p. 442.)

A propósito, a construção pretoriana é pacífica ao tratar da matéria, senão vejamos:

> Na compreensão da palavra *arma*, no parágrafo 2º (qualificado), inciso I (emprego de arma), do art. 157 (roubo), do Código Penal, além dos instrumentos especificamente destinados ao ataque ou defesa, abrangem-se todos os instrumentos de poder vulnerante ou intimidativo, bem como os objetos que se mostram hábeis para imobilizar a vítima ou para cortar-lhe as possibilidades de ação (TACrim-SP, Ac, Rel. Gonzaga Franceschini, *BMJ* 88/13).

Tratando-se, outrossim, de caco de vidro, desnecessária é a prova da sua potencialidade lesiva, porquanto, a princípio, é dotado de alto poder vulnerante por sua própria natureza, o que torna prescindível a realização de exame pericial para tal constatação.

Sobre o tema, a jurisprudência pátria já se posicionou:

> Agravo regimental no recurso especial. Penal. Roubo circunstanciado. Art. 157, § 2º, inciso I, do Código Penal. Emprego de arma branca (caco de vidro). Exame pericial. Impossibilidade. Não apreensão do instrumento. Dispensabilidade para

> a caracterização da causa especial de aumento, quando provado o seu emprego na prática do crime. Orientação firmada pela terceira seção desta corte, no julgamento do EREsp nº 961.863/rs. Agravo desprovido. - 1. Conforme a orientação pacificada nesta Corte por ocasião do julgamento do EREsp n.º 961.863/RS, a ausência de perícia na arma, quando impossibilitada sua realização, não afasta a causa especial de aumento prevista no inciso I do § 2º do art. 157 do Código Penal, desde que existentes outros meios aptos a comprovar o seu efetivo emprego na ação delituosa. Precedentes. 2. Na hipótese, a comprovação da efetiva utilização da arma branca na prática do delito se deu com o depoimento das vítimas e do próprio Réu, conforme assentou o Tribunal de origem. 3. Agravo regimental desprovido (AgRg no REsp 1154874/MT, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 27.09.2011, *DJe* 10.10.2011)

Desmerece, assim, acolhimento a tese sustentada na apelação pela defesa, devendo o emprego de arma, pois, ser mantida como majorante da pena ora fixada.

Lado outro, em relação ao pleito desclassificatório consistente no reconhecimento do roubo em sua modalidade tentada, de razão carece o recorrente.

Isso porque se consuma o roubo com a retirada da coisa, mediante violência ou grave ameaça, da esfera de disponibilidade da vítima, não interessando se por pouco tempo. Trata-se, pois, de um crime complexo: unidade jurídica que se completa pela reunião de dois delitos: constrangimento ilegal e furto, o que se verificou no caso em epígrafe.

Em se tratando do presente roubo, a dinâmica do delito praticado não conduz a outra conclusão de que o assaltante teve a posse do aparelho celular da vítima, ainda que por um breve momento, com a posterior recuperação. Daí se infere que houve a inversão da *res furtiva* no momento da subtração, o que, por si só, já enseja a consumação do crime em comento.

Ora, o momento de consumação do crime é o do despojamento, e a posse, ainda que por breve tempo, não justifica a pretensão de desqualificação da ação para tentativa.

O aclamado doutrinador Rogério Greco, em sua obra *Código Penal comentado*, notadamente às f. 433, corrobora com o entendimento alhures, ressaltando ser prescindível a existência da posse pacífica e desvigiada da coisa pelo agente:

> Embora com algum dissenso, afirmam que o roubo próprio se consuma com a retirada violenta do bem da esfera de disponibilidade da vítima, passando o agente a exercer sobre ele a posse tranquila, mesmo que por curto espaço de tempo. Mesmo na hipótese de roubo próprio, nossos Tribunais Superiores têm modificado sua posição, passando a entender que a simples retirada do bem da esfera de disponibilidade da vítima já seria suficiente para efeitos de reconhecimento da consumação.

O Supremo Tribunal Federal não deixa dúvida a respeito ao decidir:

> *Habeas corpus*. Recurso especial. Divergência jurisprudencial. Cabimento (alínea "c" do inciso III do art. 105 da CF/88). Crime de roubo: momento de consumação. - É firme a jurisprudência desta colenda Corte de que o delito de roubo se consuma no instante em que o agente se torna possuidor da coisa alheia móvel subtraída mediante grave ameaça ou violência. Noutros termos: é de se considerar consumado o roubo, quando o agente, cessada a violência ou a grave ameaça, inverte a posse da *res furtiva*. Sendo desnecessário que a posse da coisa seja mansa e pacífica. Precedentes: RE 102.490, Relator o Ministro Moreira Alves (Pleno); *HC* 89.958, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence (Primeira Turma); *HC* 89.653, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski (Primeira Turma); e *HC* 89.619, de minha relatoria (Primeira Turma). Por outra volta, não procedem as alegações de que houve reexame de matéria fática (Súmula 7 do STJ) e que não ficou demonstrada a divergência de interpretação, exigida pela alínea "c" do inciso III do art. 105 da CF/88. *Habeas corpus* indeferido (STF - *HC* 89959-SP - 1ª T. - Rel. Min. Carlos Britto - *DJU* 24.08.2007 - p. 70).

Na mesma linha o Superior Tribunal de Justiça, senão vejamos:

> Criminal. *HC*. Roubo duplamente qualificado. Pleito de desclassificação para tentativa de roubo. Momento da consumação do delito. Desnecessidade de que o bem saia da esfera de vigilância da vítima. Regime prisional fechado. Gravidade do crime. Periculosidade do agente. Impropriedade da fundamentação. Paciente primário e sem antecedentes. Circunstâncias judiciais favoráveis. Pena-base no mínimo legal. Direito ao regime semiaberto. Ordem parcialmente concedida. - I. O delito de roubo, assim como o de furto, consuma-se com a simples posse, ainda que breve, da coisa alheia móvel subtraída clandestinamente, sendo desnecessário que o bem saia da esfera de vigilância da vítima. Precedentes. II. Para que o agente adquira o caráter de posse ou detenção, basta a cessação da clandestinidade ou violência, mesmo que a vítima venha a retornar o bem, via perseguição própria ou de terceiro. III. Se o paciente preenche os requisitos para o cumprimento da pena em regime semiaberto, em função da quantidade de pena imposta e diante do reconhecimento da presença de circunstâncias judiciais favoráveis na própria dosimetria da reprimenda, como a primariedade e a ausência de maus antecedentes, não cabe a imposição de regime fechado com fundamento exclusivo na gravidade do delito praticado e na suposta periculosidade do agente. Precedentes desta Corte. IV. Entendimento consolidado nas Súmulas nº 718 e nº 719 do STF. V. Deve ser determinado o regime semiaberto para o início do cumprimento da reprimenda imposta ao paciente. VI. Ordem parcialmente concedida, nos termos do voto do Relator (STJ - *HC* 68654-SP - 5ª T. - Rel. Min. Gilson Dipp - *DJU* 12.03.2007 - p. 296).

Noutro giro, denota-se que a pena corporal foi fixada com magistral acerto em primeira instância, motivo pelo qual não há qualquer modificação a ser feita.

No que tange ao pleito de isenção do pagamento das custas processuais, tenho que a referida benesse já foi concedida pelo Magistrado primevo, pelo que prejudicado resta o presente pedido.

Ante os fundamentos acima esposados, nego provimento ao apelo defensivo, mantendo a sentença vergastada incólume, nos termos em que foi proferida.

Custas processuais isentas, nos termos da decisão vergastada.

DES.ª DENISE PINHO DA COSTA VAL - De acordo com o Relator.

DES.ª MÁRCIA MILANEZ - De acordo com o Relator.

Súmula - NÃO PROVIDO.

...

Porte ilegal de arma de fogo de uso permitido - Munição - Ausência de fabricação - Imprestabilidade da arma - Prova - Perícia - Atipicidade - Absolvição

Ementa: Apelação criminal. Porte de arma de fogo. Arma desmuniciada, para a qual não se fabrica mais munição. Inexistência manifesta de crime. Absolvição sumária. Manutenção. Negado provimento ao recurso.

- Hipótese em que foi apreendida garrucha, calibre 32, sem munição, com deficiência de disparo em um de seus lados e foi provado que, desde 1998, não se fabrica mais sua munição, tanto que os peritos não puderam efetuar disparos com o armamento.

- Embora dispensável o laudo pericial, caso realizado e apto a demonstrar a imprestabilidade da arma, por impossibilidade de com ela efetuar disparos, deve ser utilizado como prova idônea a demonstrar a inexistência manifesta de crime, autorizando a absolvição sumária.

Negado provimento ao recurso.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0024.11.303250-2/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Apelado: Giovani de Souza Reis - 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, à unanimidade, em NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 6 de dezembro de 2012. - *Marcílio Eustáquio Santos* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. MARCÍLIO EUSTÁQUIO SANTOS - Perante o Juízo da 12ª Vara Criminal (Crimes de Leis Especiais) da Comarca de Belo Horizonte, Giovani de Souza Reis, devidamente qualificado, foi denunciado pela prática do crime previsto no art. 14 da Lei 10.826/2003.

Quanto aos fatos, narra a denúncia que, no dia 28 de outubro de 2011, por volta das 19h40min, na Rua Pastorinho Alves Carvalho, nas proximidades do nº 15, Bairro Ipê, na Cidade e Comarca de Belo Horizonte, Giovani de Souza Reis mantinha sob sua guarda arma de fogo sem autorização legal.

Consta da denúncia que policiais militares realizavam patrulhamento pelo Bairro Ipê, oportunidade em que depararam com moradores daquela área, os quais informaram que um cidadão de cor negra se mantinha debaixo da escadaria da Rua Pastorinho Alves Carvalho, próximo ao nº 15, e que, no dia anterior, valendo-se de uma arma de fogo que portava, ameaçava transeuntes.

Os militares, segundo a exordial acusatória, dirigiram-se até o citado local e localizaram o acusado, sendo que, em sua posse direta, nada encontraram, mas, dentro de uma caixa com seus objetos pessoais, apreenderam uma garrucha marca Rossi, nº de série 73173, calibre 32.

Após instrução, sobreveio a r. decisão de f. 107/108, absolvendo sumariamente Giovani de Souza Reis da imputação do art. 14 da Lei 10.826/2003, com base no art. 397, III, do Código de Processo Penal.

Inconformado com a r. decisão, manifestou o Ministério Público seu desejo de recorrer (f. 108), buscando, em suas razões recursais de f. 116/123, a reforma decisão com o consequente seguimento do procedimento, ante a impossibilidade de poder-se afirmar que a arma é imprestável, em razão da ausência de fabricação de sua munição e, ainda, porque é dispensável para a caracterização do crime de porte de arma de fogo o laudo pericial.

A defesa, em suas contrarrazões de f. 129/130, manifesta-se pelo não provimento do apelo.

A denúncia foi recebida no dia 12 de dezembro de 2011, f. 71, e a decisão publicada em mãos do escrivão, no dia 13 de abril de 2012.

A d. Procuradoria-Geral de Justiça opinou, f. 138/144, pelo provimento do recurso.

É, no essencial, o relatório.

Decido.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, 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.

Analisei atentamente as bem-lançadas razões recursais acusatórias, as contrarrazões defensivas, a prova pericial e o indispensável parecer da ilustre Procuradoria-Geral de Justiça e tenho que o recurso não deve ser provido pelos motivos que declino.

Conforme se vê dos autos, busca o apelante o prosseguimento do procedimento em relação à apuração do crime de porte de arma de fogo, reformando-se a decisão de absolvição sumária, ao fundamento de que a não produção da munição relativa à arma apreendida

não autoriza a conclusão de que a arma é imprestável, até mesmo porque haveria ainda em circulação munições já produzidas e, ainda, porque é dispensável, para a configuração do crime de porte de arma de fogo, o laudo pericial.

De fato, o crime de porte e posse de arma de fogo é de perigo abstrato, bastando, para a sua configuração, a realização dos verbos do tipo, para a sua consumação, independentemente da prova de eventual resultado naturalístico. Por tal razão, tem a jurisprudência entendido ser prescindível a feitura de laudo pericial que ateste a prestabilidade da arma de fogo, presumindo-se apta para efetuar disparos a arma que for localizada na posse do agente.

Contudo, embora prescindível a realização do exame pericial, caso ele sobrevenha aos autos, atestando a imprestabilidade da arma, por óbvio, não pode haver condenação, porque, nesse caso, o objeto portado não seria considerado arma; e, portanto, não haveria tipicidade sequer formal, afastando-se o crime.

A produção de laudo pericial, nesse caso, é prova que compete à defesa, já que desconstituidora da versão da acusação. Nesse caso específico, é ponto incontroverso que há, nos autos, laudo de eficiência da arma de fogo apreendida, uma garrucha marca Rossi, número de série 73173, calibre 32, sem prestabilidade pelo fato de os peritos afirmarem que o mecanismo do lado direito não está engatilhando e, sobretudo, porque não se fabrica mais munição compatível com o armamento.

A Secretaria de Estado da Segurança Pública de Minas Gerais informou também que, desde 1998, esse produto (munição para garrucha calibre 32) foi desativado.

De certo, é possível que haja munição antiga em circulação, mas é igualmente induvidoso que a arma em questão foi apreendida sem a referida munição. Também é certo que um carro eventualmente sem combustível não pode ser considerado imprestável, mas, caso fosse impossível, por qualquer razão, ter-se acesso em qualquer hipótese, por escassez de petróleo, por exemplo, a seu combustível, certamente o automóvel não prestaria mais para seu fim, embora pudesse ser encontrado para ele outra utilidade.

O mesmo ocorre com a referida arma de fogo, localizada sem munição no caso concreto e sem possibilidade de encontrá-la, haja vista sua ausência de fabricação há mais de quatorze anos. Caso fosse uma arma qualquer eventualmente sem munição, seria prestável, mas, tratando-se de armamento para o qual não se produz mais a munição, pode até a garrucha ter alguma função, mas decerto não aquela que lhe é inerente, precípua, de ofender a integridade física por meio de disparo.

Sendo assim, produzido o laudo e havendo prova robusta no sentido de que para a arma apreendida não se produz mais munição, parece-me adequada a absolvição sumária do agente, porque o fato narrado não constitui crime.

Posto isso, nego provimento ao recurso.

Custas, *ex lege*.

É como voto.

DES. CÁSSIO SALOMÉ - De acordo com o Relator.

DES. DUARTE DE PAULA - Ponho-me de inteiro acordo com o voto que me antecede, pedindo respeitosa vênia ao ilustre Relator para acompanhá-lo em seu judicioso entendimento, se assim me permitir, tanto quanto aos motivos e fundamentos como quanto ao resultado.

Peço-lhe apenas permissão para promover um simples e pequeno adendo à sua r. decisão, para impor ao Executivo estadual o ônus de ressarcir, por seus valores, as despesas do processo ao Judiciário, por constituir uma evidente perda de receita orçamentária o fato de impor a isenção, mesmo sendo acionado e lhe trazer sérias e graves despesas a prestação jurisdicional, para, ao final, absolvido o acusado da imputação que lhe foi feita, debitar ao Judiciário exclusivamente o ônus de todo o prejuízo do exercício de suas funções.

É que, ao buscar a prestação jurisdicional e gozar de isenção do pagamento de custas e taxa judiciária e outras despesas, o Ministério Público, como *dominus litis*, e ainda os entes públicos e outras entidades públicas da Administração direta e indireta, em nível estadual e municipal, padece de invulgar injustiça impor ao Poder Judiciário o ônus exclusivo do prejuízo pela perda volumosa dessa receita orçamentária, dentre os poucos recursos que lhes são destinados e autorizados para sua manutenção e funcionamento, não fosse o Executivo estadual o exclusivo administrador do erário e gestor isolado da arrecadação da dívida ativa, em que são inscritas as condenações judiciais, não é justo que fique o Judiciário com as despesas e com o prejuízo e ainda impossibilitado de buscar ressarcir-se dos prejuízos pela obrigatória prestação jurisdicional.

Assim, por império de lógica, se as custas processuais constituem a mais significativa receita, específica e exclusiva, do Poder Judiciário, com que sustenta seu orçamento de custeio, deve haver a justa compensação pelo prejuízo haurido em virtude da não percepção de seus valores, pela isenção, garantida pelas Constituições Federal e Estadual, aos entes públicos e assemelhados; e, sendo da competência exclusiva do Poder Executivo do Estado administrar o erário, necessário se faz, por um dever de justiça, que o Executivo estadual arque com o ônus de ressarcir ao Judiciário, com rubrica em orçamento, os valores despendidos com a prestação jurisdicional exigida, visto constituir uma evidente e manifesta perda de expressiva receita orçamentária.

É que, em face da observância dos princípios da harmonia e, especialmente, da autonomia e da independência dos Poderes, o Executivo, o Legislativo e o

Judiciário apresentam, com suporte em lei de diretrizes orçamentárias, os seus próprios orçamentos anuais, em separado; e, por competir ao Poder Executivo a administração do erário no Estado de Minas Gerais, por força de suas próprias atribuições executivas e administrativas, e ser a ele atribuído o exclusivo patrocínio não só das despesas com a gratuidade de justiça, deve também lhe ser imposto o ônus de compensar o Poder Judiciário pelas perdas de receita, visando cobrir as despesas inerentes aos processos em que seja concedido o benefício.

É que, em ocorrendo isenção do pagamento das custas, como legalmente permitida, a perda de receita orçamentária de nosso Tribunal de Justiça de Minas Gerais constitui notória transferência ao Poder Judiciário do ônus exclusivo de seu prejuízo, em detrimento da sua cara manutenção, dos sérios e graves encargos e despesas decorrentes do exercício de suas funções, especialmente com a sua indispensável e precípua prestação jurisdicional.

Ademais, o entendimento que tenho defendido, em boa hora, foi acolhido pelo Tribunal Pleno quando da votação e aprovação do novo Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, em vigor desde 25 de setembro último, prevendo expressamente:

> Art. 574. As despesas relativas à gratuidade de justiça e aos programas sociais, cuja responsabilidade seja do Poder Executivo, mas forem instituídos ou executados pelo Poder Judiciário, terão seus custos repassados ao Poder Executivo, conforme constar de lei orçamentária e mediante convênio.

Com tais adminículos, acompanho o Relator e, por império de justiça, imponho ao Executivo estadual o ônus de ressarcir ao Judiciário, com rubrica orçamentária, os valores das custas processuais a serem apuradas no presente processo, na fase de execução, para comunicação à Comissão de Orçamento, Planejamento e Finanças do Tribunal, para que integre o projeto de orçamento a ser remetido, no respectivo exercício, à Assembleia Legislativa de Minas Gerais.

É como voto.

Súmula - NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Furto qualificado - Concurso de agentes - Repouso noturno - Causa especial de aumento de pena - Incompatibilidade - Exclusão da majorante - Possibilidade

Ementa: Apelação criminal. Furto qualificado. Causa de aumento do repouso noturno. Incompatibilidade. Exclusão da majorante. Possibilidade. Recurso provido. Extensão dos efeitos do julgado ao corréu.

- A causa de aumento pelo repouso noturno (§ 1º do art. 155 do CP) possui incompatibilidade com a qualificadora pelo concurso de agentes, somente tendo aplicação para o caso de furto simples.

Recurso provido.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0446.11.000599-3/001 - Comarca de Nepomuceno - Apelante: Gleydson Vicente da Silva Venturino - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Vítima: José Maria Spuri - Corréu: José Alécio Roberto - 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, à unanimidade, em DAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 12 de dezembro de 2012. - *Doorgal Andrada* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. DOORGAL ANDRADA - Trata-se de apelação criminal interposta por Gleydson Vicente da Silva Venturino, em face da r. sentença de f. 96/104, que julgou procedente a exordial acusatória, condenando-o, juntamente com o acusado José Alécio Roberto, nas iras do art. 155, § 1º e § 4º, inciso IV, do Código Penal Brasileiro, ambos à pena de 2 (dois) anos e 4 (quatro) meses de reclusão e 13 (treze) dias-multa, em regime aberto, tendo a pena corporal sido substituída por duas restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviços à comunidade e interdição temporária de direitos.

Nas razões recursais de f. 129/131, requer o apelante o afastamento da causa de aumento prevista no § 1º do art. 155 do CP (crime praticado durante o repouso noturno), sustentando que tal majorante é incompatível com o furto qualificado, somente se aplicando nas hipóteses de furto simples. Embora a defesa tenha interposto recurso de apelação apenas em favor do réu Gleydson, insurgiu-se também contra a condenação do acusado José Alécio pela prática do delito de furto qualificado, alegando insuficiência probatória.

Contrarrazões ministeriais às f. 136/138, pedindo pelo desprovimento do recurso.

A douta Procuradoria de Justiça pronunciou-se no sentido do provimento do recurso (f. 149/151).

Conheço do recurso interposto pelo réu Gleydson Vicente da Silva Venturino, presentes os pressupostos objetivos e subjetivos de admissibilidade.

Narra a denúncia que, na data de 31.03.2011, por volta das 2h10min, os denunciados, em concurso e comunhão de propósitos, subtraíram em seu favor a quantia de R$224,00 (duzentos e vinte e quatro reais) pertencentes à vítima José Maria Spuri.

Embora a apelação se encontre intempestiva quanto ao réu José Alécio, e não obstante não tenha o réu Gleydson se insurgido quanto ao seu envolvimento no delito, analiso, de ofício, em relação a ambos os acusados, a comprovação da autoria e materialidade do delito de furto qualificado.

A materialidade delitiva acerca do delito de furto encontra-se consubstanciada pelo APF de f. 05/09, BO de f. 16/20, auto de apreensão (f. 22) e termo de restituição (f. 21).

Quanto à autoria, não restou nenhuma dúvida de que o denunciado Gleydson é um dos autores do furto em questão, até porque é réu confesso, tanto na fase indiciária quanto em juízo.

Quanto ao acusado José Alécio, este confessou, na fase inquisitiva, a autoria do delito, conforme se verifica do depoimento de f. 09, sendo irrelevante a retratação em juízo, uma vez que esta não encontra respaldo no contexto probatório. As declarações do réu prestadas na fase inquisitiva, ao contrário, se mostraram coerentes e harmônicas com todos os elementos colhidos na instrução processual.

Ademais, as afirmações do acusado na fase inquisitiva devem ser amplamente valoradas, uma vez que não há indícios de que tenham sido obtidas sob coação ou pressão, além de terem sido colhidas no calor dos acontecimentos.

Por outro lado, o policial condutor do flagrante afirmou que ambos os acusados confessaram a prática do delito, o que foi confirmado em juízo pela testemunha Elídio Ribeiro Costa (f. 65).

Dessa forma, resta estreme de dúvidas a autoria do delito por parte dos acusados.

Por outro lado, merece ser provido o recurso de apelação interposto pelo acusado Gleydson, procedendo ao pedido de exclusão da majorante do repouso noturno, diante de sua incompatibilidade com a qualificadora pelo concurso de agentes. A causa de aumento do repouso noturno somente tem aplicação para o caso de furto simples.

Nesse sentido, a jurisprudência do colendo STJ e deste TJMG:

> Penal. Furto qualificado (art. 155, § 4º, IV, do CP). Incidência da causa especial de aumento do § 1º (repouso noturno). Impossibilidade. 1 - A causa especial de aumento do § 1º do art. 155 do CP (repouso noturno) somente incide sobre o furto simples, sendo, pois, descabida a sua aplicação na hipótese de delito qualificado (art. 155, § 4º, IV, do CP). Precedentes jurisprudenciais. 2 - Ordem concedida (STJ - *HC* 10240/RS, Rel. Min. Fernando Gonçalves, *DJ* de14.02.00).

> Revisão criminal. Condenação por furto qualificado. Pedido limitado na dosimetria da pena. Causa de aumento que não se aplica ao tipo qualificado do delito. Decote. Reincidência indevidamente considerada. Ajuste da pena. Substituição. Possibilidade. - A causa especial de aumento de pena do repouso noturno é aplicável somente às hipóteses de furto simples, sendo incabível no caso do delito qualificado. - A condenação por crime anterior que transita em julgado em data posterior à da prática do delito de que se cuida no processo não se presta à caracterização da reincidência, devendo ser debitada apenas na conta dos antecedentes do réu. (TJMG - Número do processo: 1.0000.09.489944-0/000 - Relator: Herculano Rodrigues - Data da publicação: 05.03.2010.)

Dessa forma, a exacerbação da pena deve ser decotada.

Com base no que foi acima exposto, a pena do apelante Gleydson Vicente da Silva Venturino deve ficar balizada em 2 (dois) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa, pelo crime de furto qualificado pelo concurso de agentes, com a manutenção da sentença nos demais pontos.

Estendo os efeitos da presente decisão ao corréu José Alécio Roberto, cuja pena deve ficar balizada em 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão e 10 (dez) dias-multa, pelo crime de furto qualificado pelo concurso de agentes, com a manutenção da sentença nos demais pontos.

Em face do exposto, dou provimento ao recurso interposto pelo acusado Gleydson Vicente da Silva Venturino, estendendo-se os efeitos da presente decisão ao corréu José Alécio Roberto, nos termos do presente voto.

Isento os réus do pagamento de custas, nos termos da Lei nº 14.939/03, uma vez que a sua defesa vem sendo patrocinada por Defensor Dativo.

DES. HERBERT JOSÉ ALMEIDA CARNEIRO - De acordo com o Relator.

DES. DELMIVAL DE ALMEIDA CAMPOS - De acordo com o Relator.

Súmula - RECURSO PROVIDO.

...

Crime contra o meio ambiente - Crime contra a flora - Termo de ajustamento de conduta - Exclusão da responsabilidade penal - Inadmissibilidade - Absolvição sumária - Impossibilidade

Ementa: Apelação criminal. Crime ambiental. Art. 38 da Lei nº 9.605/98. Termo de ajustamento de conduta. Exclusão da responsabilidade penal. Impossibilidade. Absolvição sumária cassada. Recurso conhecido e provido.

- A celebração de termo de ajustamento de conduta não tem o condão de, por si só, impedir a deflagração da ação penal, ou de afastar a responsabilidade criminal do apelado, uma vez que as esferas são distintas e independentes.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0183.10.003673-4/001 - Comarca de Conselheiro Lafaiete - Apelante: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Apelado: Tarcísio da Silva - 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, à unanimidade, em DAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 13 de novembro de 2012. - *Adilson Lamounier* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. ADILSON LAMOUNIER - Trata-se de apelação criminal interposta pelo Ministério Público em face da decisão de f. 46/46-v., por meio da qual o MM. Juiz de Direito da 1ª Vara Criminal da Comarca de Conselheiro Lafaiete absolveu sumariamente o apelado Tarcísio da Silva da prática do crime previsto no art. 38 da Lei 9.605/98, com fundamento no art. 397, inciso III, do CPP.

Em suas razões de recurso às f. 49/247/268, sustenta o Ministério Público que a celebração de termo de ajustamento de conduta não tem o condão de elidir a tipicidade penal, razão pela qual requer seja o apelado condenado nos termos da denúncia.

A defesa apresentou contrarrazões às f. 67/70, pugnando pelo conhecimento e desprovimento do apelo, além do arbitramento de honorários. No mesmo sentido opinou a d. Procuradoria-Geral de Justiça em parecer lançado às f. 78/83.

Em suma, é o relatório.

Conheço do recurso, visto que presentes os seus pressupostos objetivos e subjetivos de admissibilidade.

Narra a denúncia que, no mês de março do ano de 2010, em um imóvel situado na Rua João Nogueira Chagas, no centro de Lamin, na Comarca de Conselheiro Lafaiete, o denunciado Tarcísio da Silva, ora apelado, suprimiu vegetação em uma área de aproximadamente 180m^2 de extensão, sendo esta área considerada de preservação permanente (à margem de curso d´água).

Na data de 11.05.2010, foi celebrado o termo de ajustamento de conduta (f. 34/35), razão pela qual o MM. Juiz *a quo*, por entender que "a denúncia descreve que o crime teria sido praticado em março de 2010, ou seja, data anterior à celebração do TAC, desconstituindo, portanto, o interesse de agir, condição necessária à ação penal" (f. 46), absolveu sumariamente o apelado.

Todavia, compreendo que tais fatos têm existência jurídico-penal própria, independente de suas repercussões na esfera cível, em que a adoção de medidas legais de retificação ou recuperação das características ambientais da área afetada é desvinculada das consequências de ordem penal aplicáveis.

De fato, foi firmado termo de ajustamento de conduta entre o apelado e o Ministério Público, mas tal acordo não impede a propositura da ação penal correspondente.

Nesse sentido, vejamos o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

> [...] A assinatura do termo de ajustamento de conduta não obsta a instauração da ação penal, pois esse procedimento ocorre na esfera cível, que é independente da penal (R*HC* 24.499/SP - 6ª Turma - Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura - *DJe* de 03.10.2011) [...] (R*HC* 31.877/TO - Relatora Ministra Laurita Vaz - Quinta Turma - julgado em 21.06.2012 - *DJe* de 29.06.2012).

> [...] A assinatura de termo de ajustamento de conduta e a reparação do dano ambiental são circunstâncias que possuem relevo para a seara penal, a serem consideradas na hipótese de eventual condenação, não se prestando para elidir a tipicidade penal [...] (*HC* 187.043/RS - Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura - Sexta Turma - julgado em 22.03.2011 - *DJe* de 11.04.2011).

In casu, não obstante o dano ambiental estar sendo reparado pelo apelado, tal fato não é suficiente para obstar a ação penal, já que a função do direito penal não é apenas reparadora, mas precipuamente punitiva e preventiva. Ademais, eventual regularização posterior à atividade torna-se irrelevante, pois o dano ambiental restou consumado.

Assim, compreendo que a celebração de termo de ajustamento de conduta não tem o condão de, por si só, obstar a deflagração da respectiva ação penal, ou de esquivar a responsabilidade criminal do apelado, tendo em vista que as esferas são distintas e independentes.

No que se refere à fixação dos honorários, levando-se em consideração o termo de cooperação mútua firmado por este TJMG, a Advocacia-Geral do Estado (AGE), a Secretaria de Estado de Fazenda (SEF) e a Ordem dos Advogados (OAB/MG), publicado no *Diário Oficial eletrônico,* em 18.02.2012, arbitro-os, pela apresentação de contrarrazões ao recurso, no valor de R$300,00.

Pelo exposto, dou provimento ao recurso, para cassar a decisão que absolveu sumariamente o acusado e determinar o prosseguimento do feito na forma do art. 399 do Código de Processo Penal, bem como fixar honorários ao advogado dativo.

Custas, *ex lege*.

DES. EDUARDO MACHADO - De acordo com o Relator.

DES. JÚLIO CÉSAR LORENS - De acordo com o Relator.

Súmula - DERAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Júri - Homicídio qualificado - Jurado - Perguntas feitas às testemunhas e ao acusado em plenário - Ausência de exteriorização do convencimento - Não violação ao princípio da incomunicabilidade do Conselho de Sentença - Inquirição de testemunha - Art. 212 do Código de Processo Penal - Inaplicabilidade - Inquirição pelo magistrado antes do Ministério Público e da defesa - Observância do rito processual previsto no art. 473 e seus §§ do Código de Processo Penal - Nulidade - Não ocorrência - Prova - Opção dos jurados por uma das versões existentes - Decisão contrária à prova dos autos - Inexistência - Anulação do julgamento - Descabimento

Ementa: Apelação criminal. Júri. Homicídio qualificado. Violação ao princípio da incomunicabilidade do Conselho de Sentença. Inocorrência. Inquirição de testemunha pelo magistrado antes do Ministério Público e da defesa. Observância ao rito processual estabelecido para os crimes dolosos contra a vida. Inaplicabilidade do disposto no art. 212 do CPP. Decisão manifestamente contrária à prova dos autos. Inocorrência.

- Não se afigura violação ao disposto no art. 466, § 1°, do CPP a conduta do jurado que faz perguntas e solicita esclarecimentos ao réu e às testemunhas, visto que juiz do fato. Haverá, sim, ofensa ao princípio da incomunicabilidade quando o jurado exteriorizar sua opinião sobre o processo ou sobre o mérito da causa, ou quando comunicar-se com outrem, o que não aconteceu nos presentes autos.

- Nos processos de competência do Tribunal do Júri, que tem rito próprio, o procedimento de inquirição de testemunhas está disciplinado no art. 473 e seus §§, que estabelecem uma ordem distinta daquela prevista no art. 212 do mesmo *codex*, ou seja, iniciada a instrução plenária, o juiz presidente e as demais partes integrantes do processo (Ministério Público, assistente, querelante, defensor do acusado, jurado) tomarão, sucessiva e diretamente, as declarações do ofendido, se possível, e inquirirão as testemunhas arroladas.

- Tendo o Conselho de Sentença optado por uma das versões debatidas em plenário e tendo ela lastro nos elementos de prova constantes dos autos, não há falar em nulidade do julgamento por decisão manifestamente contrária à prova dos autos, em respeito ao princípio constitucional da soberania dos veredictos.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0045.01.000616-6/002 - Comarca de Caeté - Apelante: Eustáquio Murilo da Silva Filho - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Relator: DES. FORTUNA GRION

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sob a Presidência do Desembargador Paulo Cézar Dias, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, em REJEITAR PRELIMINARES E, NO MÉRITO, PROVER O RECURSO EM PARTE.

Belo Horizonte, 30 de outubro de 2012. - *Fortuna Grion* - Relator.

Notas taquigráficas

Proferiu sustentação oral, pelo apelante, o Dr. Tarcísio Maciel Chaves de Mendonça.

DES. FORTUNA GRION - Sr. Presidente.

Ouvi, com atenção, a sustentação oral, da tribuna, feita pelo Defensor do apelante, Dr. Tarcísio Maciel Chaves de Mendonça, que, como pudemos observar, tem eloquência quase que de Demóstenes, mas, não obstante isso, examinei com bastante cuidado essa prova dos autos, dada a ênfase em que a apelação colocou seus termos nas razões escritas.

Posteriormente, quando recebi os memoriais que aqui estão acostados, novamente revi todo o meu trabalho e a suma documental constante dos autos - os autos já estavam de volta no cartório, mas os requisitei - e novamente reexaminei todo o trabalho de convencimento que me levou à sugestão de julgamento que ora faço a essa Turma.

O Ministério Público denunciou Eustáquio Murilo da Silva Filho, já qualificado nos autos, como incurso nas iras do art. 121, § 2°, I e IV, c/c o art. 29, *caput*, todos do CP, isso porque teria ele, no dia 30 de março de 2001, na Rua Rita Teodora de Sá, em frente ao n° 32, Bairro José de Magalhães, Caeté - MG, encomendado a morte de Márcio Antônio Magalhães, o qual foi alvejado com quatro disparos de arma de fogo, causa eficiente de sua morte, efetuados por pessoa não identificada.

Narra a denúncia que o crime teria sido encomendado por Eustáquio, devido à sua insatisfação com os resultados de uma ação judicial movida por Márcio Antônio Magalhães, com o objetivo de cobrar uma dívida do denunciado. O acusado teria, então, contratado terceira pessoa para ceifar a vida da vítima.

Esclarece, ainda, a proemial acusatória que a vítima teria sido alvejada pelas costas, enquanto lavava, distraidamente, sua motocicleta.

Após a instrução probatória e decisão de pronúncia, foi o acusado submetido a julgamento pelo Conselho de Sentença, que o condenou como incurso nas iras do art. 121, § 2°, I e IV, c/c art. 62, I, do CP, tendo sido submetido à pena privativa de liberdade de 14 anos de reclusão, a ser cumprida no regime inicial fechado.

Inconformada, recorreu a defesa, buscando, em razões de f. 608/623, preliminarmente, a nulidade do feito, alegando a quebra da incomunicabilidade dos jurados, e a nulidade da inquirição das testemunhas realizada em plenário, por inobservância ao disposto no art. 212 do CPP.

No mérito, requereu a anulação do julgamento, alegando que a decisão dos jurados foi manifestamente contrária à prova dos autos.

Em contrarrazões de f. 627/635, o Ministério Público manifestou-se pelo desprovimento do recurso.

Nesta instância, a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer de f. 636/645, opinou pelo desprovimento do apelo.

É, no essencial, o relatório.

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

Das questões preliminares.

Ofensa à regra da incomunicabilidade dos jurados.

Requer a defesa a nulidade do julgamento em plenário ao fundamento de que não foi observado o disposto nos arts. 466 e 564, III, *j*, do CPP - regra da incomunicabilidade -, haja vista ter um dos jurados, ao formular uma pergunta ao acusado, ter mencionado haver este dito ser Tomaz o executor material do crime.

Após análise da ata de julgamento, constante de f. 546 a 550, não vejo caracterizada a nulidade apontada.

A uma, porque não é só lícito, como também direito-dever do jurado fazer perguntas às testemunhas e ao acusado, visto que juiz do fato, não implicando essa circunstância a quebra da incomunicabilidade.

A duas, porque a pergunta feita pelo jurado não violou a aludida regra, visto que, ao indagar ao réu sobre a suposta alegação deste de ser Tomaz o executor material do crime, o jurado não manifestou sua opinião sobre o processo ou sobre o mérito da causa, tampouco afirmou ser este ou aquele o autor do crime, mas apenas perquiriu o réu sobre aquela alegação.

Ademais, registre-se que não era a pessoa de Tomaz quem estava sendo julgada, mas o apelante, razão pela qual não vejo como a pergunta do jurado pode ter prejudicado a formação do convencimento dos demais juízes do fato ou ter violado a regra da incomunicabilidade, visto que, como já dito, sobre o mérito da causa não fez qualquer menção, bem ainda porque não exteriorizou sua opinião sobre o caso em julgamento.

Logo, penso que a regra estabelecida no art. 466, § 1°, que proíbe a comunicação dos jurados entre eles e com outrem, após feito o sorteio, bem como veda a manifestação de suas opiniões sobre o processo, em nenhuma dessas vertentes foi violada.

Portanto, rejeito a tese.

DES.ª MARIA LUÍZA DE MARILAC - Sr. Presidente.

Também tive acesso inclusive ao memorial da defesa e cheguei à mesma conclusão que o eminente Relator.

Rejeito a preliminar.

DES. PAULO CÉZAR DIAS - Peço vista dos autos quanto à 1ª preliminar.

Súmula: PEDIU VISTA O VOGAL, QUANTO À 1ª PRELIMINAR, APÓS VOTAREM O RELATOR E A REVISORA, QUE A REJEITARAM.

Notas taquigráficas

Assistiu ao julgamento, pelo apelante, o Dr. José Henrique dos Santos.

DES.PAULO CÉZAR DIAS (Presidente) - O julgamento deste feito foi adiado, quanto à 1ª preliminar, na sessão do dia 14.08.2012, a meu pedido, após votarem o Relator e a Revisora, rejeitando-a. Meu voto é o seguinte:

Pedi vista dos autos para melhor análise da preliminar de nulidade por quebra da incomunicabilidade do Júri

Sustenta a defesa que, quando um dos jurados perguntou ao acusado se "Tomaz" teria sido o executor material do crime, houve a quebra da incomunicabilidade dos jurados.

O § 1° do art. 466 do Código de Processo Penal dispõe que os jurados, uma vez sorteados, não poderão comunicar-se com outrem nem manifestar sua opinião sobre o processo.

O objetivo do legislador foi assegurar a independência dos jurados, garantindo um julgamento isento de influência externas, quer dos demais membros do Conselho de Sentença, quer de pessoas estranhas ao Tribunal Popular.

Segundo Guilherme de Souza Nucci,

> [...] significa que os jurados não podem conversar entre si, durante os trabalhos, nem nos intervalos, a respeito de qualquer aspecto da causa posta em julgamento, especialmente deixando transparecer a sua opinião. Logicamente, sobre fatos desvinculados do feito podem os jurados conversar desde que não seja durante a sessão - e sim nos intervalos -, pois não se quer a mudez dos juízes leigos e sim a preservação de sua íntima convicção. A troca de ideias sobre os fatos relacionados ao processo poderia influenciar o julgamento, fazendo com que o jurado pendesse para um ou outro lado. [...] em razão da incomunicabilidade deseja-se que o jurado decida livremente, sem qualquer tipo de influenciação, ainda que seja proveniente de outro jurado. Deve formar o seu convencimento sozinho, através da captação das provas apresentadas, valorando-as segundo o seu entendimento. Portanto, cabe ao juiz presidente impedir a manifestação de opinião do jurado sobre o processo, sob pena de nulidade da sessão de julgamento (NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal comentado*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 845).

No caso concreto, a pergunta feita pelo jurado não acarretou a quebra da incomunicabilidade, visto que não

representou exteriorização do convencimento sobre o caso em julgamento.

A propósito, ensina Hermínio Alberto Marques Porto que as

> [...] manifestações dos jurados que integram o Conselho de Sentença, sem que representem exteriorização do convencimento, não implicarão quebra da incomunicabilidade (*Júri*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 54, nota 82).

Assim, estou de acordo com o relator no que se refere à rejeição da preliminar.

DES. FORTUNA GRION - Inobservância ao disposto no art. 212 do CPP.

Sustenta a defesa que o julgamento é nulo, de tal arte que o Magistrado *a quo* não respeitou o disposto no art. 212 do CPP, tendo inquirido as testemunhas antes de possibilitar tal prerrogativa ao titular da ação penal e ao defensor do réu, violando, assim, o processo acusatório.

Com efeito, o Juiz *a quo* não observou o aludido dispositivo legal nem deveria, visto que nos processos de competência do Tribunal do Júri, que tem rito próprio, o procedimento de inquirição de testemunhas está disciplinado na Seção XI, Da Instrução em Plenário, no art. 473 e seus §§ do CPP, e não no art. 212 do mesmo *codex*, que disciplina a regra geral de inquirição de testemunhas.

Vejamos o teor do *caput* do aludido artigo de lei, *in verbis*:

> Art. 473. Prestado o compromisso pelos jurados, será iniciada a instrução plenária, quando o juiz presidente, o Ministério Público, o assistente, o querelante e o defensor do acusado tomarão, sucessiva e diretamente, as declarações do ofendido, se possível, e inquirirão as testemunhas arroladas pela acusação.

Logo, as perguntas devem ser feitas, primeiramente, pelo juiz presidente e, somente após, será dado às partes o direito de inquirir o acusado e as testemunhas, nos termos do dispositivo legal alhures indicado, tal como observado pelo Magistrado *a quo*.

Também cumpre ressaltar que o juiz de direito, no modelo processual penal adotado no Brasil, não é mero expectador como no padrão norte-americano, visto que possui participação ativa no processo cujo controle também lhe incumbe, de sorte que, como aplicador da lei e fiscal do processo, dele se espera também a proteção de direitos e garantias constitucionais, além da busca da verdade material.

Assim, não vejo como ofensa ao princípio do processo acusatório a participação do magistrado na inquirição do acusado e de testemunhas, visto que tal prerrogativa se afigura um direito-dever do juiz.

Por fim, também é certo que não cuidou o recorrente de demonstrar qualquer prejuízo que tenha o réu sofrido em razão dessa inversão na ordem de inquirição das testemunhas.

E, como sabido, nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa (art. 593 do CPP).

A propósito, a uníssona jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

> *Habeas Corpus*. Processo penal. Tráfico ilícito de entorpecentes. Procedimento. Lei 10.409/2002. Nulidade. Prejuízo. - A demonstração de prejuízo, a teor do art. 563 do CPP, é essencial à alegação de nulidade, seja ela relativa ou absoluta, eis que, conforme já decidiu a Corte, o âmbito normativo do dogma fundamental da disciplina das nulidades - *pas de nullité sans grief* - compreende as nulidades absolutas e relativas (*HC* 81.510, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, 1ª Turma, unânime, *DJ* de 12.4.2002). Ordem indeferida. (STF - *HC* 85155/SP - Rel.ª Min.ª Ellen Gracie - Julgamento: 22.03.2005 - Publicação: *DJ* de 15.04.2005, p. 00038.)

No mesmo sentido, a lição de Guilherme de Souza Nucci:

> [...] no cenário das nulidades, atua o princípio geral de que, inexistindo prejuízo, não se proclama a nulidade do ato processual, embora produzido em desacordo com as formalidades legais (*pas de nullité sans grief*). [...]. A forma prevista em lei para a concretização de um ato processual não é um fim em si mesmo, motivo pelo qual, se a finalidade para a qual se pratica o ato for atingida, inexiste razão para anular o que foi produzido. (NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal comentado*. 8. ed. São Paulo: RT, 2008. p. 890-891.)

Do mérito.

A materialidade do crime restou positivada nos autos pelo relatório de necropsia acostado de f. 26 a 31, bem como pelo laudo pericial de levantamento do local dos fatos, f. 93 a 112.

Pleiteia a defesa a anulação do julgamento, alegando ter sido a decisão do Conselho de Sentença manifestamente contrária à prova dos autos. Para tanto, sustenta que: "o que fundamenta a decisão dos jurados são indícios e não provas de autoria delitiva [...]" (f. 613).

Em que pese às razões expostas pelo apelante, tenho que razão não lhe assiste.

Ab initio, registro que as decisões proferidas pelo Tribunal do Júri - juízo natural dos crimes dolosos contra a vida - são soberanas (art. 5º, XXXVIII, da CR/88), salvo quando manifestamente contrária à prova dos autos, hipótese em que desafiará a cassação do *decisum* pelo órgão competente hierarquicamente superior, que remeterá o réu a novo julgamento popular.

Todavia, *in casu*, a decisão do Conselho de Sentença não é contrária à prova dos autos, visto que ancorada em uma das versões debatidas em plenário, ou seja, a de que o apelante seria o mandante do crime.

Ora, ao contrário do sustentado pela defesa, não vige nessa espécie de julgamento popular a observância da máxima de que o réu só pode ser condenado com a existência de prova estreme de dúvida de sua culpabili-

dade, mas sim a de que a decisão dos jurados não seja contrária à evidência dos autos.

Por decisão contrária à prova dos autos, trago à baila a lição de Luiz Flávio Gomes, Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto:

> [...] Assim se entende a decisão totalmente divorciada da prova do processo, ou seja, que não encontra nenhum apoio no conjunto probatório colhido nos autos, 'é aquela que não tem apoio em prova nenhuma, é aquela proferida ao arrepio de tudo quanto mostram os autos, é aquela que não tem a suportá-la, ou justificá-la, um único dado indicativo do acerto da conclusão adotada' (*RT* 780/653). [...] Se, porém, a decisão dos jurados encontra algum apoio na prova dos autos, tendo eles aderido a uma das versões verossímeis dentre as apresentadas, a decisão é mantida, em nome da soberania dos veredictos e levando-se em conta, em acréscimo, que os jurados julgam segundo a sua íntima convicção, o que implica dizer, sem a necessidade de fundamentar seus votos (*RSTJ* 47/433; *RT* 774/564. No STF: *RTJ* 175/230). Somente - repita-se - aquela decisão que não encontra qualquer arrimo na prova do processo é que autorizará novo julgamento com base nesse dispositivo legal [...]. (*In* GOMES, Luiz Flávio; CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Comentários às reformas do Código de Processo Penal e da Lei de Trânsito*. São Paulo: RT, 2008, p. 250.)

Logo, tendo o Conselho de Sentença se convencido da culpabilidade do réu, porque várias testemunhas ouvidas em plenário - cujas declarações já foram transcritas pelo defensor - disseram ter ouvido falar ser ele o mandante do crime, acolhendo, assim, a tese acusatória sustentada pelo Ministério Público, não há falar-se em decisão manifestamente contrária à prova dos autos.

Ademais, seria contrária à prova dos autos a decisão dos jurados que, ignorando a prova da inocência do réu, o condenasse.

Todavia, *in haec specie*, não há, nos autos, prova de ser o apelante inocente, tanto que seu defensor, em razões recursais, admitiu que a prova coligida para os autos traz à tona meros indícios de ser o recorrente um dos autores do crime.

Assim, não há como sustentar ser a decisão do Conselho de Sentença, que condenou o réu, manifestamente contrária à prova dos autos.

Até porque vigora para os jurados - diferentemente do juiz togado, que deve fundamentar suas decisões - o princípio do livre convencimento íntimo e o da livre apreciação das provas, sendo defeso a eles, apenas, decidir arbitrariamente, tudo de molde a respeitar o princípio constitucional da soberania dos veredictos, ínsito no art. 5º, XXXVIII, *c*, da CR/88.

Nesse sentido, o entendimento deste Sodalício:

> Ementa: Júri. Decisão manifestamente contrária à prova dos autos. Inocorrência. - A decisão dos jurados só pode ser cassada quando não tiver apoio em nenhuma prova dos autos, uma vez que, ao contrário do que ocorre nos demais procedimentos, em que prevalece o princípio do livre convencimento, no Júri vigora o princípio da íntima convicção, tendo os jurados a mais ampla liberdade na apreciação da prova, sendo apenas defeso aos jurados decidir arbitrariamente, prevalecendo a respeito o princípio constitucional da soberania dos veredictos, ínsito no art. 5º, XXXVIII, *c*, da CR/88, significativamente inserido no capítulo dos direitos e deveres individuais e coletivos, do título que trata dos direitos e garantias fundamentais. (TJMG - Ap.Criminal nº 1.0411.03.007607-8/001 - 3ª Câmara Criminal - Rel. Des. Kelsen Carneiro, j. 07.02.2006.)
>
> Ementa: Penal. Processo penal. Júri. Decisão contrária à prova dos autos. Não ocorrência. Liberdade dos jurados. Íntima convicção. - Não caracteriza a hipótese de cassação do veredicto popular, pela contrariedade à prova dos autos, quando o Tribunal do Júri opta por uma das teses apresentadas em plenário ao Conselho de Sentença. - Ao jurado dispensa-se qualquer fundamentação quanto à apreciação das provas, visto que decide conforme sua íntima convicção. (TJMG - Ap. Criminal nº 1.0079.00.022500-7/002 - 4ª Câmara Criminal - Rel. Des. Ediwal José de Morais, j. 2 de setembro de 2009.)
>
> Apelação criminal. Homicídio duplamente qualificado. Apelo defensivo. Pedido de cassação do veredicto. Manifesta contrariedade à prova dos autos. Improcedência. Voto dos jurados balizado pela íntima convicção. Julgamento proferido com amparo em provas e indícios coletados no decurso do feito. Opção dos jurados pela tese acusatória. Ausência de arbitrariedade. (TJMG - 1.ª C - Apel. 1.0290.06.036357-6/002 - Rel.ª Des.ª Márcia Milanez - p. 26.08.2008.)
>
> Júri - [...]. Decisão manifestamente contrária à prova dos autos. Não caracterização. Opção por uma das versões emergentes da prova. - Sendo a única tese de defesa e da autodefesa - voltada para a negativa de autoria e tendo o Conselho de Sentença reconhecido o apelante como autor dos homicídios, evidentemente que não poderia absolvê-lo da imputação, pois, conquanto os jurados julguem por íntima convicção, estão jungidos às teses defensivas debatidas em plenário, ou emergentes dos interrogatórios do réu. [...] A decisão popular somente pode ser cassada em sede recursal, quando se apresentar arbitrária, chocante e flagrantemente dissociada dos elementos de convicção reunidos no decorrer do inquérito, da instrução e dos trabalhos em plenário. Se a decisão encontra algum apoio na prova reunida - ainda que minoritário - não pode ser cassada, sob pena de afronta ao princípio da soberania do Júri, constitucionalmente assegurado. (TJMG, Apelação Criminal nº 1.0145.08.439101-3/001, Rel.ª Des.ª Beatriz Pinheiro Caires, p. 03.07.2009.)

Dessa forma, tenho que o Conselho de Sentença não agiu contrariamente à prova dos autos, mas amparado em uma das vertentes posta em plenário.

De resto, vê-se que as qualificadoras do motivo torpe e a do recurso que impossibilitou a defesa da vítima foram bem reconhecidas pelo Conselho de Sentença.

Todavia, quanto à circunstância agravante prevista no art. 62, I, reconhecida pelos jurados, tenho que deve ser decotada.

A uma, porque não deveria ter sido a aludida circunstância submetida à quesitação, de tal arte que, nos termos do art. 483 do CPP, serão postas em quesitos as questões relativas à materialidade do fato, à autoria ou participação, sobre as causas e qualificadoras, mas não as circunstâncias agravantes e atenuantes.

E a duas, porque o reconhecimento da aludida agravante se afigura, *in casu*, verdadeiro *bis in idem*, de tal sorte que a circunstância de haver o réu dirigido a atividade do executor material do homicídio, encomendando-lhe a morte da vítima, em verdade, nada mais é do que o próprio reconhecimento da autoria mediata do delito.

Posto isso, afasto a indigitada agravante genérica.

Da reestruturação da pena.

Assim, na primeira fase da operação de dosimetria preconizada no art. 68 do CP, mantenho a pena-base fixada pelo Sentenciante, ou seja, em 13 anos de reclusão.

Na segunda fase, concernente ao exame das circunstâncias, não existem atenuantes ou agravantes a serem consideradas.

Na terceira fase da operação, ante a ausência de causas, gerais ou especiais, de diminuição ou aumento, havendo a ser considerada, defino a reprimenda privativa de liberdade em 13 anos de reclusão.

Não obstante a redução da reprimenda, mantenho o regime inicial fechado fixado para cumprimento da pena, com fundamento no disposto no art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90.

Mercê de tais considerações, rejeito as preliminares e, no mérito, dou parcial provimento ao recurso para decotar a agravante genérica prevista no art. 62, I, do CP, bem como para concretizar a reprimenda do recorrente em: privativa de liberdade de 13 anos de reclusão a ser cumprida no regime inicial fechado.

Custas, nos termos do art. 804 do CPP.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores MARIA LUÍZA DE MARILAC e PAULO CÉZAR DIAS.

Súmula - PRELIMINARES REJEITADAS E, NO MÉRITO, PROVIDO O RECURSO EM PARTE.

...

Roubo - Materialidade - Autoria - Prova - Depoimento da vítima - Credibilidade - Reconhecimento pessoal - Formalidades do art. 226 do Código de Processo Penal - Inobservância - Mera irregularidade - Nulidade - Não ocorrência - Condenação - Fixação da pena

Ementa: Apelação criminal. Roubo. Preliminar de nulidade. Cerceamento de defesa. Inocorrência. Autoria e materialidade comprovadas. Depoimento seguro da vítima. Credibilidade. Condenação mantida. Pena-base. Reestruturação. Recurso parcialmente provido.

- Não importa em cerceamento de defesa o indeferimento de diligências solicitadas pelas partes, cumprindo ao Magistrado, valendo-se da discricionariedade ínsita ao princípio do livre convencimento motivado, indeferir as provas impertinentes ou manifestamente protelatórias, não acarretando a nulidade do processado, outrossim, o reconhecimento de pessoa levado a efeito em desconformidade com a regra procedimental do art. 226 do CPP, se os demais elementos de prova convergem para a incriminação do apelante.

- A versão apresentada pela vítima, na qual atribui, com irrestrita convicção, o desapossamento de seus pertences, mediante violência ao apelante, constitui elemento de prova suficiente para autorizar a edição de decreto condenatório.

- Havendo sido consideradas desfavoráveis ao recorrente, por ocasião da quantificação da pena-base, a culpabilidade e as consequências do delito, elementos já circunscritos à tipologia delitiva, imperiosa a redução da reprimenda fixada.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0105.12.004562-7/001 - Comarca de Governador Valadares - Apelantes: Marcelon Paranha da Silva - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Vítima: Edgar Neves Miranda Júnior - 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, à unanimidade, em DAR PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 22 de novembro de 2012. - *Matheus Chaves Jardim* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. MATHEUS CHAVES JARDIM - Trata-se de recurso de apelação interposto por Marcelon Paranha da Silva, no qual se insurge contra a condenação imposta em sentença de f. 97/99, a lhe aplicar a reprimenda de 04 (quatro) anos e 07 (sete) meses de reclusão, a ser cumprida em regime inicialmente semiaberto, e pagamento de 54 (cinquenta e quatro) dias-multa, pela prática da infração prevista no art. 157, § 1º, do CP.

Suscita o recorrente preliminar de nulidade, indeferida que fora a solicitação defensiva para obtenção de imagens captadas pelo sistema "Olho Vivo", restando vulnerada, outrossim, a regra processual a tratar do reconhecimento de pessoas, *ex vi* do disposto no art. 226 do CPP.

Em seara meritória, reporta-se o recorrente a seu depoimento prestado em sede policial e confirmado em juízo, no qual nega veementemente a imputação constante em denúncia, coadunando-se tal versão fática ao conjunto probatório produzido nos autos, afigurando-se

absolutamente genérico o decreto condenatório ao lhe atribuir a autoria da infração.

Ressalta desservirem ao propósito incriminador os relatos do policial militar condutor do flagrante, dadas as incongruências nele contidas, afigurando-se frágil a versão incriminadora apresentada pela vítima, surpreendida que fora em ambiente desprovido de luminosidade e em estado de sonolência.

Em contrarrazões recursais de f. 113/134, manifestou-se o MP pelo improvimento do recurso.

Parecer da Procuradoria de Justiça pelo improvimento das apelações às f. 143/146.

Conheço do recurso, presente os pressupostos de sua interposição.

Há de se rejeitar, *ab initio*, a preliminar de nulidade processual deduzida em recurso, não importando em cerceamento de defesa a circunstância de não haver sido deferida a requisição de imagens captadas pelo sistema de segurança a cargo da Polícia Militar, cumprindo ao magistrado indeferir as provas impertinentes ou manifestamente protelatórias, afigurando-se induvidosa, *in casu*, a autoria do delito em apreço.

Por outro lado, muito embora o reconhecimento do acusado, pela vítima, tenha se dado em desconformidade com a regra procedimental insculpida no art. 226 do CPP, tal circunstância não autoriza, por si só, a edição de decreto absolutório, se os demais elementos de prova convergem à incriminação do apelante, sendo de se transcrever recente ementa de lavra deste Sodalício:

> Apelação criminal. Inépcia da denúncia. Não ocorrência. Atendimento à regra do art. 41 do CPP. Alegação de nulidade pelo reconhecimento do réu sem a observância de todas as formalidades do art. 226 do CPP. Mera irregularidade. Preliminares rejeitadas. Roubo duplamente majorado. Autoria e materialidade comprovadas. Condenação mantida. Redução da pena. Cabimento. Súmula nº 443 do STJ. - Nos crimes de autoria coletiva, a denúncia pode narrar genericamente a participação de cada agente, propiciando o perfeito exercício do direito de defesa, cuja conduta específica é apurada no curso do processo. - O reconhecimento inequívoco do réu pela vítima na fase policial, com confirmação em juízo, ainda que sem a observância de todas as formalidades do art. 226 do CPP, não gera nulidade processual [...] (Apelação Criminal 1.0701.11.002797-9/001 - Relator: Des. Catta Preta - 6ª Câmara Criminal - Julgamento em 26.06.2012 - Publicação da súmula em 03.08.2012).

Adentrando-se ao mérito, a versão exposta pelo recorrente, segundo a qual laborava na condição de guardador de veículos por ocasião dos fatos, havendo contratado, inclusive, serviços de natureza sexual, contrapõe-se aos demais elementos de prova colhidos nos autos, sendo de se transcreverem as declarações prestadas por Edgar Neves Miranda Júnior:

> [...] o depoente acordou e sua esposa, ainda sonolenta, disse que estava escutando o barulho de alguém dentro de casa; nesse momento, um homem, que reconhece como sendo o réu retirado da sala no início do seu depoimento, abriu a porta do quarto e com a mão na cintura, tal como se estivesse com uma arma, mandou que ficassem quietos, porque era um assalto e ele estava armado; assim que percebeu que o réu iria entrar no quarto, pois até então ele estava na porta, teve o impulso de chutar a porta e escorá-la com um móvel [...] (f. 91).

Ora, a versão apresentada pela vítima, na qual atribui, com irrestrita convicção, o desapossamento de seus pertences, mediante violência, constitui elemento de prova suficiente para autorizar a edição de decreto condenatório, sendo de se ressaltar, ainda, o depoimento inquisitorial prestado pelo miliciano Eldson Carlos da Silva, segundo o qual:

> que é policial militar, e, em serviço nesta data, participou da apreensão/prisão em flagrante dos conduzidos por roubo [...]; que, em rastreamento, os autores foram encontrados; que, apesar de serem encontrados em locais distintos, com o adolescente, foi encontrada parte dos objetos roubados, e o imputável foi reconhecido pela esposa da vítima como autor do crime (f. 3).

Com efeito, nos delitos patrimoniais, comumente praticados às ocultas, impõe-se credibilidade às declarações da vítima, se coerentes e seguros a incriminarem o agente. Confira-se:

> Apelação criminal. Penal e processual penal. Latrocínio tentado. Preliminar. Cerceamento de defesa. Indeferimento de diligência inútil. Nulidade inexistente. Mérito. Absolvição. Impossibilidade. Robustez do acervo probatório. Relevância da palavra da vítima. Desclassificação para o crime de roubo tentado. Inviabilidade. *Animus furandi* e *animus necandi* demonstrados. Redução da pena. Não cabimento. Reprimenda aplicada em patamar razoável. Recursos desprovidos.
> - Cabe ao juiz indeferir as provas irrelevantes, impertinentes ou protelatórias, não havendo que se falar em lesão ao princípio da ampla defesa, já que tal postulado não pode redundar em abuso de defesa, quando diligências desnecessárias afrontam a celeridade processual.
> - Restando a materialidade e a autoria devidamente demonstradas pelo acervo probatório produzido, a condenação é medida que se impõe.
> - Sobretudo nos crimes contra o patrimônio, de prática clandestina, a palavra da vítima, ajustada ao contexto probatório, prevalece sobre a negativa do agente [...] (Apelação Criminal 1.0520.11.000779-3/001 - Relator: Des. Furtado de Mendonça - 6ª Câmara Criminal - Julgamento em 07.08.2012 - Publicação da súmula em 17.08.2012).

Dessarte, ante a contundência dos pronunciamentos da vítima, Edgar Neves Miranda Júnior, a negação fática apresentada pelo apelante não se faz prevalente em contexto probatório, impondo-se a manutenção do decreto condenatório.

O recurso há de ser parcialmente provido, todavia, para efeito de minoração da reprimenda arbitrada em sentença recorrida, havendo sido consideradas desfavoráveis ao recorrente, por ocasião da quantificação da pena-base, a culpabilidade e as consequências do delito, elementos já circunscritos à tipologia delitiva.

A pena-base há de ser reduzida ao mínimo patamar legal, qual seja quatro anos de reclusão e pagamento

de dez dias-multa, em se considerando a favorabilidade das circunstâncias judiciais a permearem a ação delitiva. Inexistem circunstâncias agravantes e atenuantes, razão pela qual fica mantida a reprimenda em segunda fase. Não concorrem, na espécie, outrossim, causas de aumento ou diminuição, razão pela qual concretizo a pena em quatro anos de reclusão e pagamento de dez dias-multa.

O regime inicial de cumprimento será o aberto, *ex vi* do disposto no art. 33, § 2º, *c*, do CP.

Ficam mantidos os demais dispositivos sentenciais.

Em face do exposto, dou provimento parcial ao recurso interposto para reduzir a reprimenda fixada em sentença.

DES. CATTA PRETA - De acordo com o Relator.

DES.ª BEATRIZ PINHEIRO CAIRES - De acordo com o Relator.

Súmula - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

...

Execução penal - Unificação de penas - Furto qualificado - *Modus operandi* diverso - Habitualidade criminosa - Configuração - Continuidade delitiva - Inaplicabilidade

Ementa: Agravo em execução penal. Unificação de penas. Aplicação de continuidade delitiva. Impossibilidade. Inexistência de identidade de *modus operandi*. Maneira de subtração e circunstâncias diversas. Não preenchimento dos requisitos legais. Reiteração de crimes. Habitualidade criminosa. Negar provimento.

- Constatada a diversidade de *modus operandi*, uma vez que as formas de subtração foram diferentes, tendo, inclusive, um dos delitos sido praticado em concurso, não há como reconhecer a continuidade delitiva, por ausência dos requisitos legais elencados no art. 71 do Código Penal.

- De acordo com a orientação dos tribunais superiores, a reiteração criminosa, a indicar a delinquência habitual ou profissional, obsta a aplicação da continuidade delitiva.

AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL Nº 1.0481.12.005728-8/001 - Comarca de Patrocínio - Agravante: Tiago Aparecido Bernardes Aguiar - Agravado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Relator: DES. HERBERT JOSÉ ALMEIDA CARNEIRO

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, à unanimidade, em NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 17 de dezembro de 2012. - *Herbert José Almeida Carneiro* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. HERBERT JOSÉ ALMEIDA CARNEIRO - Trata-se de agravo em execução penal interposto por Tiago Aparecido Bernardes Aguiar, inconformado com a r. decisão de f. 13/17, que indeferiu o pedido de unificação das penas com aplicação de continuidade delitiva, art. 71 do Código Penal, no que se refere às reprimendas advindas dos Processos nºs 0481.12.000439-7 e 0481.12.000440-5.

Alega o agravante, razões de f. 04/12, que há continuidade delitiva entre os crimes constantes nos referidos autos, uma vez presentes todos os requisitos elencados no art. 71 do Código Penal, quais sejam: pluralidade de condutas; crimes da mesma espécie; mesmas circunstâncias de tempo, lugar e maneira de execução. Postula pelo provimento do agravo para que se unifiquem as penas com aplicação de continuidade delitiva.

Contrarrazões ministeriais, f. 64/71, requerendo, preliminarmente, o não conhecimento do recurso ante a intempestividade. No mérito, pugna pela manutenção do *decisum*.

Em juízo de retratação, o MM. Juiz *a quo* manteve a decisão objurgada, f. 73.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo desprovimento do agravo, f. 88/91.

É o relatório.

Conheço do recurso, uma vez presentes os requisitos de admissibilidade e processamento.

Quanto à preliminar de intempestividade do recurso arguida pelo d. *Parquet*, sem razão, *data venia*.

Isso porque, intimada a Defensoria Pública em 25.05.12, sexta-feira, o prazo somente começou a contar no dia 28.05.2012, segunda-feira, expirando em 06.06.2012 - tendo em vista a contagem em dobro do prazo -, data em que o presente recurso foi protocolado, f. 02.

Dessa forma, não havendo intempestividade do presente recurso, dele reconheço.

No mérito, sem razão o agravante.

Depreende-se dos autos que o agravante foi condenado, no Processo nº 0481.12.000439-7, às penas de 2 anos de reclusão pela prática do crime previsto no art. 155, § 4º, I, do Código Penal. No Processo nº 0481.12.000440-5, foi condenado também às penas de 2 (dois) anos de reclusão pela prática do delito previsto no art. 155, § 4º, IV, do Código Penal.

Para a caracterização da continuidade delitiva, impõe-se a presença dos requisitos elencados no art. 71 do Código Penal, *in verbis*:

> Art. 71. Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem os subsequentes ser havidos como continuação do primeiro, aplica-se-lhe a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, aumentada, em qualquer caso, de um sexto a dois terços.
> Parágrafo único. Nos crimes dolosos, contra vítimas diferentes, cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa, poderá o juiz, considerando a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, aumentar a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, até o triplo, observadas as regras do parágrafo único do art. 70 e do art. 75 deste Código.

Analisando detidamente os autos, constatei que não há identidade na maneira de execução entre os delitos

Com efeito, há diversidade quanto aos agentes e as circunstâncias que envolveram as práticas ilícitas, sendo que, no crime constante nos Autos nº 0481.12.000439-7, o agravante agiu sozinho, mediante rompimento de obstáculo, tendo o agente arrombado a porta da vítima e adentrado o salão; e, no que se refere ao crime constante nos Autos nº 0481.12.000440-5, o agente praticou a ação delituosa juntamente com outra comparsa, no interior do terminal rodoviário local.

Apesar de se tratar de crimes previstos no art. 155 do Código Penal, as circunstâncias e a forma de atuação do agente foram completamente distintas.

Conforme bem ressaltado pelo d. Magistrado *a quo*:

> [...] Se adotada a corrente doutrinário-jurisprudencial que entende necessário o desejo de praticar os delitos em continuidade (teoria objetivo-subjetiva), então, definitivamente, restaria afastada a continuidade delitiva, pois, das narrativas dos vários processos, não há qualquer indício desse desejo ou sequer consciência dessa possibilidade pelo sentenciado. [...] (f. 15-TJ).

Logo, constatada a diversidade da maneira de execução entre os delitos, não há falar em continuidade delitiva.

Nesse sentido é a jurisprudência:

> Além dos lapsos temporais e espaciais, há necessidade de que o *modus operandi* seja idêntico e que persista a mesma comparsaria, sem o que não se poderá dizer que tenha havido um só impulso criminológico (*RJD* 1/46).

> Agravo em execução. Estelionato. Continuidade delitiva. Não configuração. Delitos praticados com *modus operandi* diverso. - Tendo em vista ter o agente agido sozinho em uma ocasião e em concurso de pessoas em outra -, bem como com lapso temporal superior a trinta dias. Requisito temporal que deve ser analisado em conjunto com as demais circunstâncias objetivas e subjetivas. Mera reiteração da prática criminosa. Ausência de unidade de desígnios na prática dos delitos. Prescrição. Não ocorrência. Revogação de livramento condicional por crime cometido antes da concessão do benefício. Consideração do período de prova como tempo de pena cumprida. Pedido atendido. Recurso desprovido (TJMG, Agravo em Execução Penal nº 1.0000.09.499985-1/001, 4ª Câmara Criminal, Rel. Des. Doorgal Andrada, *DJ* de 26.09.2009).

> Agravo em execução. Roubos. Continuidade delitiva. Modo de realização diferente em cada crime. Reiteração criminosa. Habitualidade. Impossibilidade de aplicação do art. 71 do Código Penal. Agravo desprovido. - Não caracteriza a continuidade delitiva a perpetração de roubos realizados de modo diferente, inexistindo similitude no meio de subtração, inclusive no que toca à forma de subjugação das vítimas e à presença de coautores. Ao criminoso habitual não se defere a ficção do crime continuado. Precedentes jurisprudenciais (TJMG, Agravo em Execução Penal nº 1.0000.08.488274-5/001, 4ª Câmara Criminal, Rel. Des. Ediwal José de Morais, *DJ* de 22.04.2009).

A meu ver, no caso em análise, tem-se, na verdade, reiteração criminosa, e não continuidade delitiva.

Conforme se extrai da CAC de f. 59/60, o agravante possui, além dos delitos ora em análise, outras três condenações com trânsito em julgado, sendo uma também pelo delito de furto e outras duas pelo delito de roubo majorado.

Nos termos da decisão proferida pelo d. Juiz *a quo*, "nota-se que se tratava de criminoso habitual, que fazia do crime um meio de vida [...]", f. 14.

E, de acordo com a doutrina e a jurisprudência, não se pode aplicar a continuidade delitiva se houver a configuração de habitualidade criminal.

Sobre o tema leciona Guilherme de Souza Nucci:

> Delinquência habitual ou profissional: não se aplica o crime continuado ao criminoso habitual ou profissional, pois não merece o benefício - afinal, busca valer-se de instituto fundamentalmente voltado ao criminoso eventual. Note-se que, se fosse aplicável, mais conveniente seria ao delinquente cometer vários crimes, em sequência, tornando-se sua 'profissão', do que fazê-lo vez ou outra. Não se pode pensar em diminuir o excesso punitivo de quem faz do delito um autêntico meio de ganhar a vida (*Código Penal comentado*. São Paulo: RT, 2009, p. 456).

Nesse diapasão é a jurisprudência:

> Penal. Recurso especial. Roubo. Pluralidade de crimes. Continualidade delitiva. Requisitos de ordem objetiva e subjetiva. Lapso temporal de 3 meses. Inexistência de identidade de condições de tempo, lugar e maneira de execução. Caracterização de reiteração criminosa. Reincidência. Art. 61, I, do CP. Recurso provido. - [...] 3. A diversidade de agentes na execução criminosa, revelada pela atuação individual no primeiro fato e coletiva no segundo, afasta o requisito objetivo da identidade do *modus operandi*, indispensável ao reconhecimento do crime continuado. 4. Constatada a inexistência de identidade de condições de tempo, lugar e *modus operandi* nas condutas delituosas, afasta-se a ideia de continuidade delitiva para acolher a tese de habitualidade ou profissionalismo na prática de crimes, circunstância que merece um tratamento penal mais rigoroso, tendo em vista o maior grau de reprovabilidade (REsp 759.991/RS - Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, 5ª Turma, *DJ* de 19.06.2008, *DJe* de 08.09.2008).

> Penal e processual penal. *Habeas corpus*. Roubo majorado. Continuidade delitiva. Unificação das penas. Art. 71 do CP.

Reiteração criminosa. Não preenchimento requisitos legais. - I - Na hipótese dos autos, comprovado que o paciente faz da prática criminosa uma habitualidade, não há como reconhecer a continuidade delitiva entre os delitos de roubo. Qualquer entendimento em sentido contrário demandaria o revolvimento de matéria fático-probatória, inviável na via eleita. II - O entendimento desta Corte é no sentido de que a reiteração criminosa indicadora de delinquência habitual ou profissional é suficiente para descaracterizar o crime continuado (STF, *HC* 103.933/SP - Rel. Min. Felix Fisher, 5ª Turma, *DJ* de 04.09.2008, *DJe* de 03.11.2008).

Ante o exposto, nego provimento ao agravo para manter, na íntegra, a r. decisão fustigada.

Tendo em vista que o agravante foi assistido pela Defensoria Pública, concedo-lhe, conforme o requerido, a isenção do pagamento das custas processuais nos termos do art. 10, inciso II, da Lei nº 14.939/03.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES DELMIVAL DE ALMEIDA CAMPOS e JÚLIO CEZAR GUTTIERREZ.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Roubo majorado - Coação moral irresistível - Ausência de prova - Condenação - Pena-base - Fixação

Ementa: Apelação criminal. Roubo majorado. Materialidade e autoria comprovadas. Ausência de prova da excludente de coação moral irresistível. Sentença condenatória mantida. Dosimetria. Circunstâncias judiciais preponderantemente favoráveis. Pena-base. Redução. Necessidade.

- A coação moral irresistível, para ser aceita como excludente de culpabilidade, precisa ficar inequivocamente comprovada, não bastando a simples versão dada pelo próprio agente que se diz vítima de coação, notadamente quando sua tese é contraditória e foi fragilizada por outras provas produzidas nos autos.

- A pena-base deve aproximar-se do mínimo legal quando preponderantemente favoráveis as circunstâncias judiciais.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0720.11.005862-8/001 - Comarca de Visconde do Rio Branco - Apelante: Flaviana Cristina Luiz - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Vítima: Osmarina Aparecida Vitorino - 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, à unanimidade, em DAR PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO. COMUNICAR.

Belo Horizonte, 25 de outubro de 2012. - *Renato Martins Jacob* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. RENATO MARTINS JACOB - Cuida-se de recurso de apelação interposto por Flaviana Cristina Luiz em face da respeitável sentença de f. 92/98 que, nos autos da ação penal intentada pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais, julgou procedente a pretensão punitiva estatal para condená-la nas sanções do art. 157, § 2º, I, do Código Penal, fixando-lhe a pena de 7 (sete) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime fechado, e 26 (vinte e seis) dias-multa, à mínima fração legal, indeferida a substituição da reprimenda carcerária por restritivas de direitos, bem como a concessão do *sursis*.

Guia de execução provisória acostada à f. 116.

Nas razões de f. 107/108, a apelante pugna pela integral reforma da sentença, ao fundamento de que agiu sob a excludente da coação moral irresistível, não lhe sendo exigível conduta diversa, de modo que a absolvição é medida imperativa.

Alternativamente, pede a redução da pena.

Contrariedade deduzida às f. 110/112.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se às f. 125/129, opinando pelo desprovimento do apelo.

A denúncia foi recebida no dia 11.10.2011 (f. 43), tendo a sentença condenatória sido publicada em 31.01.2012 (f. 98).

Esse, resumidamente, é o relatório.

Não há preliminares, nem se vislumbram nulidades a serem apreciadas de ofício.

Conheço do recurso, já que presentes os pressupostos de admissibilidade.

A apelante foi condenada por infração ao art. 157, § 2º, I, do Código Penal, porque, no dia 13.09.2011, por volta das 12h20min, na Rua Dr. Altino Peluso, s/nº, Centro, Município de Visconde do Rio Branco - MG, mediante violência exercida com emprego de arma, subtraiu para si um relógio, um aparelho celular, três pulseiras, dois anéis e R$50,00 (cinquenta reais) em dinheiro pertencentes à vítima Osmarina Aparecida Vitorino, evadindo-se em seguida.

A materialidade e a autoria resultaram devidamente comprovadas nos autos e não foram impugnadas no presente recurso, tratando-se, pois, de aspectos incontroversos.

Analisando os argumentos recursais à luz dos elementos de convicção carreados aos autos, não me convenci de que merece guarida a pretensão absolutória escorada na tese de coação moral irresistível, *data venia*.

A recorrente tenta amenizar sua responsabilidade, dizendo ter sido coagida a praticar o delito por seu antigo companheiro, Carlos Henrique Enéias, que teria acompanhado todos os passos do roubo. Afirma que foi ele quem escolheu a vítima e providenciou a arma, tendo ficado com o produto do assalto, que lhe foi entregue logo após a subtração (f. 74).

Tal versão, contudo, encontra-se isolada no bojo dos autos, valendo consignar que ela nem sequer guarda correspondência com as declarações da apelante prestadas perante a autoridade policial.

Naquela oportunidade, Flaviana se limitou a dizer que esfaqueou a vítima, sendo que "tinha alguns dias que tinha apanhado da Osmarina um relógio, três pulseiras e dois anéis para pagar dívida de roupa que ela tinha comprado" (f. 09/09-v.).

Muito embora a apelante tenha afirmado que os objetos roubados foram imediatamente repassados para o coator, o certo é que ela foi encontrada na posse direta dos bens subtraídos, conforme relatado pelo policial Victor Soares (f. 62), o que já fragiliza a tese da coação moral irresistível.

Além disso, o suposto coator, Carlos Henrique Enéias, relatou que era amasiado com a acusada e que ela saiu de casa após uma discussão, sendo que, na parte da tarde, a polícia a levou de volta à residência, já presa.

Frise-se que nenhuma das testemunhas ouvidas relatou a presença de terceira pessoa monitorando a ação criminosa (f. 62,63 e 72), o que faz cair por terra a versão apresentada pela acusada em juízo.

Forçoso reconhecer, assim, que a douta defesa não se desincumbiu do ônus de comprovar a existência da referida excludente, tratando-se, em verdade, de meras alegações sem qualquer suporte probatório, o que inviabiliza o reconhecimento da coação moral irresistível.

Nesse sentido:

> A coação irresistível de que lança mão o acusado impõe prova maciça e imbatível, não valendo a simples alegação contra um companheiro, aliás, foragido, para fazer prevalecer ter o acusado agido sob tal domínio. Aliás, a coação irresistível, no crime, constitui uma das provas mais fugazes de que noticia o processo criminal (TACRIM-RJ - AC 23.078 - Rel. Juiz Emídio Carmo).
>
> A coação irresistível deve ser cumpridamente demonstrada por quem a alega, sob pena de ser criada uma infalível válvula de escape e uma garantia de impunidade para todos os réus: bastaria que dissessem terem sido coagidos para conseguirem a absolvição (*Jutacrim* 94/137).

Assim, comprovadas a autoria, materialidade e tipicidade do delito e ausentes causas excludentes de ilicitude ou de culpabilidade, imperiosa a manutenção do decreto condenatório.

No tocante à dosimetria, entendo que o *decisum* comporta reparo, sendo imperativa a redução da pena-base, *data venia*.

É que, das circunstâncias judiciais elencadas no art. 59 do Código Penal, apenas os antecedentes desfavoreceram a acusada, conforme ressaltado pela digna Sentenciante à f. 97. E, mesmo sendo majoritariamente favoráveis as balizas do art. 59, a pena-base foi estabelecida em patamar muito acima do mínimo legal - 4 (quatro) anos de reclusão -, o que não se admite.

Diante disso, na primeira fase da dosimetria, reduzo a pena para 4 (quatro) anos e 4 (quatro) meses de reclusão e 13 (treze) dias-multa, no valor unitário mínimo.

Na segunda etapa, estão presentes a atenuante da confissão espontânea e a agravante da reincidência (CAC de f. 38/40). Tratando-se de circunstâncias de caráter pessoal e igualmente preponderantes, procedo à compensação e mantenho inalterada a reprimenda.

Na última etapa, em virtude da majorante do uso de arma, elevo a pena ao patamar mínimo de 1/3 (um terço), concretizando-a em 5 (cinco) anos, 9 (nove) meses e 10 (dez) dias de reclusão e 17 (dezessete) dias-multa, à mínima fração legal.

Fixo o regime fechado para início de cumprimento de pena, anotando tratar-se de acusada reincidente, a quem foi aplicada pena superior a 4 (quatro) anos, de modo que não há margem para a excepcional aplicação do regime intermediário, nos termos da Súmula 269 do Superior Tribunal de Justiça.

Deixo de substituir a reprimenda carcerária por restritivas de direitos, ou mesmo conceder o *sursis*, em face do não preenchimento dos requisitos legais (art. 44, incisos I, II e III, e art. 77, *caput*, c/c seus incisos I e II, ambos do Código Penal).

Mercê de tais considerações, dou parcial provimento ao recurso, tão somente para reduzir a pena imposta à apelante Flaviana Cristina Luiz, nos moldes supraestabelecidos, mantida, quanto ao mais, a respeitável sentença hostilizada, inclusive no tocante ao regime prisional fechado e ao indeferimento de penas substitutivas.

Custas, na forma do art. 10, II, da Lei Estadual nº 14.939/03.

Comunique-se o douto Juízo *a quo*, com urgência, sobre o resultado do presente julgamento.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES NELSON MISSIAS DE MORAIS e MATHEUS CHAVES JARDIM.

Súmula - RECURSO PROVIDO EM PARTE. COMUNICAR.

...

Crime contra as relações de consumo - Art. 7º, IX, da Lei 8.137/90 - Venda de bovinos e suínos em condições impróprias ao consumo - Materialidade - Perícia - Necessidade - Ausência de prova - Art. 268 do Código Penal - Infração de medida sanitária preventiva - Norma penal em branco - Absolvição

Ementa: Apelação criminal. Art. 7º, IX, da Lei 8.137/90. Venda de bovinos e suínos em condições impróprias ao consumo. Ausência de laudo pericial atestando a nocividade do produto. Art. 268 do Código Penal. Infração de medida sanitária preventiva. Norma penal em branco. Ausência de manifestação do dispositivo infringido. Atipicidade das condutas. Absolvições que se impõe. Recursos providos.

- A presença de laudo pericial, atestando a nocividade à saúde dos respectivos produtos, é imprescindível à tipificação do crime do art. 7º, IX, da Lei 8.137/90.

- O art. 268 do Código Penal contém norma penal em branco e, como tal, necessário que se demonstre qual a determinação do poder público, destinada a impedir introdução ou propagação de doença contagiosa, que teria sido descumprida.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0674.09.008802-4/001 - Comarca de Silvianópolis - 1º Apelante: José Carlos do Carmo - 2º Apelante: João Batista da Silveira - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - 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, à unanimidade, em PROVER OS RECURSOS.

Belo Horizonte, 8 de novembro de 2012. - *Rubens Gabriel Soares* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. RUBENS GABRIEL SOARES - José Carlos do Carmo e João Batista da Silveira, devidamente qualificados e representados nos autos, foram denunciados pela prática dos delitos previstos no art. 7º, inciso IX, da Lei nº 8.137/90 e art. 268 do Código Penal, pois, segundo narra a exordial acusatória:

> Consta da peça informativa, em anexo, que, há tempos, o segundo denunciado vem abatendo clandestinamente bovinos e suínos em seu endereço residencial, destinados à comercialização, sem a devida permissão legal e sem cumprimento das normas de higiene estabelecidas pela vigilância sanitária estadual, portanto, impróprios para o consumo e restando perigosos à vida, à saúde, ao patrimônio e ao mercado.
> Consta nos autos que o primeiro denunciado também participou do referido abate clandestino, conforme confessado às f. 21/22, ocasião em que delatou a participação do segundo, que foi seu patrão e é proprietário de vários açougues na região.
> As testemunhas de f. 08/09 e 12/13 corroboram o acima descrito, inclusive presenciando a circulação de um caminhão que rotineiramente retirava ossos e couros de animais abatidos do local dos fatos, cujo motorista confirma o ocorrido às f. 41/42 (f. 02/03).

A denúncia foi recebida no dia 21 de fevereiro de 2011 (f. 123), e as defesas preliminares apresentadas às f. 133/135 e 137/137-v. Após instrução processual, com oitiva de testemunhas (f. 157/160; 163 e 194), interrogatório dos acusados (f. 164/165) e alegações finais das partes (f. 169/174; 179/171 e 185/187), o MM. Juiz sentenciante, julgando procedente a peça acusatória, condenou João Batista da Silveira e José Carlos do Carmo como incursos nas sanções do art. 7º, inciso IX, da Lei nº 8.137/90 e art. 268 do Código Penal, às penas individuais totais de dois 2 (dois) anos e um 1 (um) mês de detenção em regime aberto e pagamento de 10 (dez) dias multa, no valor de um vigésimo (1/20) do salário mínimo. Sendo a sanção corporal substituída por duas penas restritivas de direitos, consistentes em: prestação de serviços à comunidade, à razão de 1 (uma) hora de tarefa por dia de condenação; e, prestação pecuniária, no valor de um 1 (um) salário mínimo (f. 195/197-v).

Inconformadas, as defesas dos réus recorreram às f. 201 e 228.

A defesa do 1º apelante, José Carlos do Carmo, pugna, preliminarmente, pelo reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva estatal do delito previsto no art. 268 do Código Penal, nos termos do art. 109, VI, do Código Penal. E, no mérito, pugna pela absolvição, alegando que o conjunto probatório é insuficiente a embasar o decreto condenatório. Alternativamente, requer a redução da pena aplicada para o mínimo legal previsto para os delitos (f. 203/207).

Já a defesa do 2º apelante, José Batista da Silveira, requer, inicialmente, que o conteúdo das alegações finais faça parte do presente recurso; e, como tese principal, a absolvição do acusado, ao argumento de atipicidade da conduta por ele praticada, em relação ao delito previsto no art. 7º, inciso IX, da Lei nº 8.137/90. No que tange à condenação no art. 268 do Código Penal, aduz a ausência de dolo por parte do recorrente, já que, na condição de funcionário, tão somente acatava ordens advindas de seu superior, pleiteando, assim, pela sua absolvição. Subsidiariamente, requer a redução da pena de multa para o mínimo legal, bem como redução da pena corporal aplicada ao delito do art. 268 do Código Penal, também, para o mínimo legal. Por fim, requer arbitramento de honorários advocatícios, por se tratar o d. causídico de advogado dativo (f. 230/231-v).

Contrarrazões ministeriais às f. 211/213 e 233/234, pela manutenção da sentença condenatória.

Instada a se manifestar, a douta Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo conhecimento e parcial provimento dos recursos, para absolver ambos os apelantes das imputações delitivas constantes nos art. 268 do Código Penal (f. 241/244).

É o relatório.

Conheço dos recursos, presentes os pressupostos de admissibilidade e processamento.

Ab initio, deixo de analisar a preliminar suscita pela defesa do 1º apelante, José Carlos do Carmo, porquanto entendo que a tese absolutória, a ser acolhida, é mais favorável aos réus.

Adentrando o mérito, pugnam as defesas, como tese principal, pela absolvição dos réus.

E com razão.

No que diz respeito ao crime previsto no art. 7º, inciso IX, da Lei nº 8.137/90, entendo que a materialidade não restou devidamente comprovada nos autos.

Isso porque, para a configuração de tal delito, necessária a comprovação, mediante perícia, de que a mercadoria é de fato inadequada ao consumo, não bastando a mera presunção de sua impropriedade.

Acerca do tema, oportuna a lição exposta por Guilherme de Souza Nucci, o qual salienta que matéria-prima ou mercadoria em condições impróprias ao consumo é situação que, logicamente, deixa vestígio material, preenchendo o disposto no art. 158 do Código de Processo Penal:

> [...] Quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado. Por isso, cremos indispensável a realização de exame pericial para atestar que a mercadoria ou a matéria-prima, realmente, pela avaliação de especialistas, é imprópria para consumo. Não pode essa questão ficar restrita à avaliação do juiz, que se serviria de testemunhas e outras provas subjetivas para chegar a uma conclusão (*Leis penais e processuais penais comentadas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 649 e 650).

Nesse sentido, eis a jurisprudência:

> Processual penal. Recurso ordinário em *habeas corpus*. Arts. 7º, IX, da Lei 8.137/90 e 68 da Lei 8.078/90. Ausência de justa causa. Autoria. Sócios-proprietários. Materialidade delitiva. Perícia técnica. Crime material. Trancamento da ação penal. Excepcionalidade. Inexistência de elementos idôneos da materialidade delitiva que autorizam a persecução penal. Ausência de perícia técnica. Recurso provido. 1. Nos denominados crimes de autoria coletiva ou societários, admite-se o recebimento da denúncia sem que haja uma descrição pormenorizada da conduta de cada agente, desde que esteja demonstrado vínculo entre o denunciado e a conduta a ele imputada. 2. A mera constatação de que os produtos se mostram impróprios para o consumo não é suficiente para a configuração do delito previsto no art. 7º, IX, da Lei 8.137/80, sendo necessário laudo pericial para sua comprovação. 3. Recurso provido para trancar a Ação Penal 00220060128630, em curso na 2ª Vara Criminal de Ariquemes/RO. (R*HC*-24.516, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, *DJe* de 03.05.10).
>
> Recurso especial. Penal. Crime contra as relações de consumo. Art. 7.º, inciso IX, da Lei nº 8.137/90. Produto impróprio para consumo. Perícia. Necessidade para constatação da nocividade do produto apreendido. Recurso desprovido. 1. Para caracterizar o elemento objetivo do crime previsto no art. 7.º, inciso IX, da Lei nº 8.137/90, referente a produto 'em condições impróprias ao consumo', faz-se indispensável a demonstração inequívoca da potencialidade lesiva ao consumidor final. 2. No caso, foi realizada a apreensão de carne bovina, por fiscais sanitários, por estar armazenada em desacordo com a legislação vigente. No entanto, as irregularidades constatadas não permitem concluir que o produto estava impróprio ao consumo, sendo imprescindível exame pericial para atestar a nocividade da mercadoria apreendida. 3. Recurso desprovido (REsp. 1113330/RS, Rel.ª Min.ª Laurita Vaz, *DJU* de 01.03.10).
>
> Penal. Recurso especial. Art. 7º, inciso IX da Lei nº 8.137/90. Materialidade. Perícia. Necessidade. - Revendo orientação prevalente nesta Corte (v.g., REsp 472.038/PR, 5ª Turma, Rel. Min Gilson Dipp, *DJ* de 25.02.2004, e REsp 620.237/PR, 5ª Turma, de minha relatoria, *DJ* de 16.11.2004), cumpre alterar o entendimento acerca da matéria, para estabelecer que, nos crimes previstos no art. 7º, inciso IX, da Lei nº 8.137/90, é indispensável a realização de perícia, quando possível sua realização, a fim de se atestar se o produto é ou não impróprio para o consumo (Precedente do c. Supremo Tribunal Federal). Recurso especial desprovido (REsp. 1112685/sc, Rel. Min. Felix Fischer, *DJU* de 29.03.10).

Outro não é o entendimento do Supremo Tribunal Federal:

> *Habeas corpus*. Crime contra as relações de consumo. Fabricação e depósito de produto em condições impróprias para o consumo. Inciso IX do art. 7º da Lei 8.137/90, combinado com o inciso II do § 6º do art. 18 da Lei nº 8.078/90. Configuração do delito. Crime formal. Prescindibilidade da comprovação da efetiva nocividade do produto. Reajustamento de voto. Necessidade de demonstração inequívoca da impropriedade do produto para uso. Independência das instâncias penal e administrativa. Ônus da prova do titular da ação penal. Ordem concedida. [...] 2. São impróprios para consumo os produtos fabricados em desacordo com as normas regulamentares de fabricação, distribuição ou apresentação. A criminalização da conduta, todavia, está a exigir do titular da ação penal a comprovação da impropriedade do produto para uso. Pelo que imprescindível, no caso, a realização de exame pericial para aferir a nocividade dos produtos apreendidos. 3. Ordem concedida (*HC* 90779/PR, Rel. Min. Carlos Britto, Primeira Turma, j. em 17.06.2008, p. no *DJe*-202 de 23.10.2008).

Esta egrégia Câmara também já se manifestou sobre a questão:

> Ementa: Apelação criminal. Crime contra as relações de consumo. Art.7º, inciso IX, da Lei nº 8.137/90. Exame pericial. Imprescindibilidade para comprovação da nocividade do produto apreendido. Absolvição. Recurso provido. - Para a caracterização do tipo penal insculpido no inciso IX do art.7º da Lei nº 8.137/90, é essencial a comprovação da nocividade do produto por intermédio de exame pericial

(TJMG - Apelação Criminal nº 1.390.09.027598-8/001 - Rel. Des. Furtado de Mendonça - j. em 01.02.2011, p. em 01.03.2011).

In casu, não foi feita qualquer perícia nas mercadorias.

Ora, o descumprimento das questões regulamentares pertinentes às condições higiênico-sanitárias do produto não conduz, necessariamente, lesão à saúde do consumidor, porquanto não traduz a certeza de que a mercadoria seria imprópria para o consumo.

Portanto, não obstante restar sobejamente demonstrado o abatimento de bovinos e suínos em desconformidade com as determinações regulamentares, tal fato, por si só, não se mostra apto a comprovar a impropriedade do produto.

Desse modo, ausente a comprovação efetiva da presença de elemento integrante do tipo, impõe-se a absolvição dos acusados.

Outrossim, quanto ao delito do art. 268 do Código Penal, imperiosa a absolvição dos acusados, assim como bem sugeriu a douta Procuradoria-Geral de Justiça, *in verbis*:

> [...] não se colhe da prova, tenham estes infringido determinação do poder público destinada a impedir introdução ou propagação de doença contagiosa [...] (pag. 243).

É que o art. 268 do Código Penal contém norma penal em branco e, como tal, necessário que se demonstre qual a determinação do poder público destinada a impedir introdução ou propagação de doença contagiosa que teria sido descumprida.

Nas lições de Rogério Grecco:

> O núcleo infringir é utilizado no texto legal no sentido de violar, desrespeitar, ignorar, descumprir determinação do poder público . Trata-se de norma penal em branco.
> Para que ocorra a infração penal em estudo, a determinação do poder público deverá ser destinada a impedir a introdução ou a propagação de doença contagiosa.

In casu, o órgão de acusação prescindiu, na denúncia e no decorrer da instrução processual, de apontar qual seria o dispositivo legal que estava sendo infringido pelos acusados, o que lhe competia.

Ora, para se caracterizar a conduta dos apelantes como criminosa, necessário seria que se apontasse qual o perigo capaz de configurar a ofensa à saúde dos consumidores, o que não ocorreu, não havendo falar, portanto, na conduta prevista no art. 268 do Código Penal.

Registre-se que não se questiona que a espécie em comento prescinde de efetivo dano ao bem-estar do sujeito passivo. No entanto, há de ser demonstrado, ao menos, no que consistiu a ameaça de dano, pois não seria justo que alguém viesse a ser condenado com base em meras suposições ou presunções.

Portanto, a situação dos recorrentes deve ser apreciada e decidida no âmbito administrativo, devendo as autoridades de saúde local avaliar se vêm mesmo sendo infringidas as normas de vigilância sanitária, matéria estranha à seara criminal.

Ante o exposto, dou provimento aos recursos para, com fulcro no art. 386, VII, do Código de Processo Penal, absolver os apelantes dos crimes do art. 7º, IX, da Lei 8.137/902 e do art. 268 do Código Penal.

Arbitro os honorários do defensor dativo, Dr. Cleiton de Paula Tavares Paiva, OAB/MG 127.255, pela apresentação das razões recursais, no patamar mínimo de R$300,00 (trezentos reais), com base no Termo de Cooperação Mútua entre este Tribunal, a Advocacia Geral do Estado (AGE), a Secretaria de Estado de Fazenda (SEF) e a Ordem dos Advogados (OAB/MG).

É como voto.

Custas, pelo Ministério Público, que delas, entretanto, fica isento, nos termos da Lei 14.939/03.

Comunique-se o Juiz de origem para as providências cabíveis.

DES. FURTADO DE MENDONÇA - De acordo com o Relator.

DES. JAUBERT CARNEIRO JAQUES - De acordo com o Relator.

Súmula - RECURSOS PROVIDOS.

...

Roubo - Autoria - Reconhecimento fotográfico - Inobservância das formalidades legais - Prova isolada - Absolvição - *In dubio pro reo*

Ementa: Apelação criminal. Roubo. Reconhecimento fotográfico. Prova isolada. Inadmissibilidade. Absolvição mantida. Recurso não provido.

- O reconhecimento fotográfico, por si só, é insuficiente para sustentar um édito condenatório.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0016.09.090386-1/001 - Comarca de Alfenas - Apelante: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Apelado: Andre Luiz Esteves - Vítima: Camila Aparecida Pereira - 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, à unanimidade, EM NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 30 de outubro de 2012. - *Júlio César Lorens* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. JÚLIO CÉSAR LORENS - 1- Relatório.

Perante o Juízo da 2ª Vara Criminal e de Execuções Penais da Comarca de Alfenas/MG, André Luiz Esteves, alhures qualificado, foi denunciado como incurso no art. 157, *caput*, do CP.

Noticia a denúncia de f. 02/03 que, no dia 1°.12.08, por volta das 22h45min, o denunciado subtraiu, para si, mediante grave ameaça, aparelhos celulares de propriedade das vítimas Georgya Thammara de Souza Costa e Camila Aparecida Pereira.

Após o regular trâmite, foi proferida sentença (f. 89/92), para absolver o réu da imputação, com fulcro no art. 386, inciso VII, do CPP.

Inconformado, a tempo e modo, apelou o *Parquet* (f. 93). Em suas razões recursais (f. 95/102), busca a condenação do réu nas sanções do art. 157, *caput*, do CP.

Contrarrazões apresentadas (f. 103/116), a defesa pugnou pelo não provimento do recurso.

Nesta instância (f. 133/138), a douta Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo provimento do apelo.

É o relatório.

2 - Juízo de admissibilidade

Presentes os pressupostos de admissibilidade e processamento, conheço do recurso.

3 - Fundamentação

Trata-se, como visto, de apelação interposta contra a sentença que absolveu o réu da prática do crime de roubo.

Inexistindo questionamentos preliminares e não vislumbrando nos autos qualquer irregularidade ou nulidade que deva ser declarada de ofício, passo ao exame do mérito recursal.

E, no mérito, após detido exame dos autos, verifico que razão não assiste ao Órgão Ministerial, na medida em que, de fato, inexistem provas suficientes para a condenação.

Conforme se depreende da análise dos autos, as vítimas Georgya, Camila e Kátia se encontravam em via pública quando foram abordadas por um indivíduo, o qual agarrou Camila pelo braço e disse que, se gritassem, matá-las-ia, bem como exigiu que os aparelhos de telefonia celular lhe fossem entregues, o que, de fato, sucedeu, oportunidade em que se evadiu do local.

Ocorre que tal indivíduo, que negou a prática da infração (f. 22), não foi preso em flagrante nem de posse da *res furtiva*, tendo-o o reconhecido as vítimas tão somente por fotografia (f. 12, 16, 17, 53 e 54).

Consoante é cediço, o reconhecimento de pessoas tem procedimento específico, previsto no art. 226 do CPP, que assim dispõe:

> Art. 226. Quando houver necessidade de fazer-se o reconhecimento de pessoa, proceder-se-á pela seguinte forma:
> I - a pessoa que tiver de fazer o reconhecimento será convidada a descrever a pessoa que deva ser reconhecida;
> II - a pessoa, cujo reconhecimento se pretender, será colocada, se possível, ao lado de outras que com ela tiverem qualquer semelhança, convidando-se quem tiver de fazer o reconhecimento a apontá-la;
> III - se houver razão para recear que a pessoa chamada para o reconhecimento, por efeito de intimidação ou outra influência, não diga a verdade em face da pessoa que deve ser reconhecida, a autoridade providenciará para que esta não veja aquela;
> IV - do ato de reconhecimento lavrar-se-á auto pormenorizado, subscrito pela autoridade, pela pessoa chamada para proceder ao reconhecimento e por duas testemunhas presenciais.

Contudo, *in casu*, este rito não foi obedecido durante a fase inquisitiva, o que macula o feito, uma vez que o reconhecimento fotográfico realizado constituiu uma prova isolada, não ratificada por qualquer outro elemento dos autos, tornando-se, assim, insuficiente para comprovar a autoria do delito.

É entendimento majoritário da jurisprudência, com o qual comungo, que o reconhecimento fotográfico, por si só, é insuficiente para comprovar a autoria delitiva. Nessa esteira, colaciono o seguinte julgado deste Tribunal:

> Penal. Roubo majorado. Absolvição. Falta de prova. Autoria negada pelo apelado. Reconhecimento fotográfico isolado. Ausência de outras provas. Meros indícios. Prova nebulosa. Insuficiente ao decreto condenatório. Melhor solução. Pronunciamento do *non liquet*. Absolvição mantida. Recurso conhecido e desprovido. - Existindo meros indícios, prova nebulosa e geradora de dúvida quanto à autoria do delito, sendo esta negada pelo acusado, a manutenção do édito absolutório é medida que se impõe, em observância ao princípio *in dubio pro reo*. O reconhecimento fotográfico, por ter valor relativo e possuir caráter precário, não pode, isoladamente, fundamentar a decisão condenatória (TJMG, Ap. Crim. 1.0470.08.045567-3/001, Rel. Des. Pedro Vergara, j. em 28.07.09).

No mesmo sentido é o entendimento consolidado nos tribunais superiores; senão vejamos:

> [...] - O reconhecimento fotográfico somente deve ser considerado como forma idônea de prova, quando acompanhada de outros elementos aptos a caracterizar a autoria do delito. - A produção de provas na fase inquisitorial deve observar com rigor as formalidades legais tendentes a emprestar-lhe maior segurança, sob pena de completa desqualificação de sua capacidade probatória. - Ordem concedida para anular o acórdão recorrido e determinar a imediata soltura do Paciente, salvo se por outro motivo estiver preso (STJ, *HC* 56723/SP, Rel. Min. Paulo Medina, j. em 09.11.06).

Dessa forma, não tendo sido o reconhecimento fotográfico corroborado por qualquer outro elemento probatório, não pode ser ele considerado como prova idônea a embasar o édito condenatório.

Registre-se que o ônus da prova cabia ao Ministério Público, que não se desincumbiu desse *munus*, de modo que, não pela certeza de que o acusado seja inocente, mas pela ausência de provas acerca de seu envolvimento

nesse crime, a prudência recomenda a sua absolvição, em respeito ao princípio *in dubio pro reo*.

4 - Dispositivo.

Com tais considerações, nego provimento ao recurso.

Custas, *ex lege*. Assim como voto.

DES. ALEXANDRE VICTOR DE CARVALHO - De acordo com o Relator.

DES. ADILSON LAMOUNIER - De acordo com o Relator.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Suspeição - Declaração pelo magistrado - Motivo de foro íntimo - Circunstância subjetiva afeta à pessoa do juiz - Questão não relacionada à competência jurisdicional - Conflito de jurisdição - Descabimento

Ementa: Conflito negativo de jurisdição. Juiz suscitado que declarou sua suspeição. Motivos de foro íntimo. Decisão que não implica declinação da competência. Questão afeta à identidade física do juiz, e não à competência jurisdicional.

- O magistrado, quando se afirma suspeito, não está declinando a competência do juízo para o julgamento do feito, que continua sendo a mesma, mas tão somente declarando a sua impossibilidade pessoal de julgar de forma imparcial a demanda, remetendo os autos a seu substituto.

- Sendo a suspeição circunstância subjetiva, relacionada à pessoa do juiz, e não ao juízo, não pode dar ensejo ao conflito de jurisdição, que somente tem lugar quando a discussão versa sobre regra de distribuição do poder jurisdicional, em razão da matéria, do território ou da função.

- Tendo a suspeição se dado por motivo de foro íntimo, não cabe a este eg. Tribunal, no âmbito do conflito de jurisdição, perquirir as razões reais pelas quais o juiz se absteve de atuar no processo, sob pena de tornar público motivos afetos à sua intimidade, motivos esses que a lei lhe reservou o direito de não expor.

CONFLITO DE JURISDIÇÃO Nº 1.0000.12.095605-7/000 - Comarca de Areado - Suscitante: Nelson Marques da Silva Juiz de Direito da 1ª Vara Cível de Alfenas - Suscitada: Fernanda Machado de Moura Leite Juíza de Direito do Juizado Especial Criminal de Areado - Interessados: Stela Mara Moreira de Oliveira, Cesar Caetano Rodrigues - 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, à unanimidade, em NÃO CONHECER DO CONFLITO DE JURISDIÇÃO.

Belo Horizonte, 23 de outubro de 2012. - *Maria Luíza de Marilac* - Relatora.

Notas taquigráficas

DES.ª MARIA LUÍZA DE MARILAC - Trata-se de conflito negativo de jurisdição suscitado pelo MM. Juiz de Direito da 1ª Vara Cível da Comarca de Alfenas em face da declaração de suspeição feita pela MM.ª Juíza do Juizado Especial Criminal da Comarca de Areado.

Aduz o suscitante, em síntese, que "as suspeições foram declaradas em processos com partes distintas, porém com atuação do mesmo advogado, Dr. João Pedro Palmieri, concluindo-se que este é o motivo das decisões" (f. 30).

Sustenta que a "suspeição de foro íntimo é também restrita às situações existentes entre juiz e a parte, não estando o advogado inserido neste contexto" (f. 29).

Assevera que o desentendimento entre a juíza e o advogado se tornou público e notório, razão pela qual argumenta que não há sigilo a ser preservado; e, se não há sigilo, "não há sentido em aplicar o 'motivo íntimo' para ocultar provável antipatia que deve haver entre os profissionais envolvidos e que não se confunde com 'inimigo capital', hipótese prevista no inciso I do art. 135 do CPC, evidenciando que a lei considera relevantes as situações graves, não os dissabores comuns em qualquer atividade profissional, inclusive na magistratura, sendo crível que o legislador ordinário não pretendeu criar meios para que o juiz se ponha em uma redoma para evitar todos os percalços das relações humanas" (f. 31).

Alega que "não é justo que este Magistrado, com acervo aproximado de 5.000 processos, distribuição média mensal de 120 feitos, empenhado em solucionar com celeridade e eficiência os conflitos dos jurisdicionados de Alfenas, receba processos sob o manto sigiloso do motivo íntimo, cuja prerrogativa oculta, *data venia*, a provável opção da Dra. Fernanda M. M. Leite de não mais judicar nos processos em que atua advogado combativo que, obviamente, deve causar maior desgaste à Magistrada, especialmente em audiências" (f. 33).

A Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo não conhecimento do presente conflito de jurisdição (f. 91-94).

Vistos e relatados, passo ao voto.

Examinei com cuidado os autos, as informações prestadas pelo MM. Juiz suscitado, o parecer da douta Procuradoria-Geral de Justiça e vejo que o presente conflito não deve ser conhecido.

Verifica-se que a i. Juíza da Comarca de Areado, Dr.ª Fernanda Machado de Moura Leite, em 05.06.2010,

se deu por suspeita para julgar os presentes autos, consignando que (f. 26):

> Por motivo de foro íntimo (CPC, art. 135, parágrafo único), dou-me por suspeita para processar e julgar a presente ação.
> Comunique-se o Conselho de Magistratura do egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais.
> Após, com as cautelas de praxe, remetam-se os autos à 1ª Vara Cível da Comarca de Alfenas - MG, substituta legal deste Juízo.
> Ciência às partes.

Aportando os autos na 1ª Vara Cível da Comarca de Alfenas, o i. Juiz titular da Vara, Dr. Nelson Marques da Silva, suscitou o presente conflito de jurisdição, sustentando, em síntese, a ilegalidade do afastamento da Juíza suscitada, por ausência de suporte legal a amparar a sua decisão, ante a impossibilidade de declaração de suspeição em razão de meros desentendimentos com um advogado.

Entretanto, em que pesem as fundadas razões do i. Magistrado suscitante, tenho que o conflito de jurisdição, na presente hipótese, não encontra amparo legal. Senão vejamos.

Dispõe o art. 114 do Código de Processo Penal que:

> Art. 114. Haverá conflito de jurisdição:
> I - quando duas ou mais autoridades judiciárias se considerarem competentes, ou incompetentes, para conhecer do mesmo fato criminoso;
> II - quando entre elas surgir controvérsia sobre unidade de juízo, junção ou separação de processos.

No caso vertente, diferentemente do inferido pelo i. Juiz suscitante, a situação formulada não se encontra inserida dentre quaisquer das circunstâncias legais de cabimento de conflito de jurisdição, notadamente porque não há que se confundir competência do juízo para julgamento da ação proposta com a suspeição do magistrado.

O magistrado, quando se afirma suspeito, não está declinando a competência do juízo para o julgamento do feito, que continua sendo a mesma, mas tão somente declarando a sua impossibilidade pessoal de julgar de forma imparcial a demanda, remetendo os autos a seu substituto. É que a competência é do órgão jurisdicional, ou seja, do juízo, e não da pessoa física do juiz. Sendo a suspeição circunstância subjetiva, relacionada à pessoa do juiz, e não ao juízo, não pode dar ensejo ao conflito de jurisdição, que somente tem lugar quando a discussão versa sobre regra de distribuição do poder jurisdicional em razão da matéria, do território ou da função.

Na hipótese de o substituto legal não concordar com a declaração de suspeição, por entender que não encontra fundamentos legais, deve proceder à indagação no âmbito administrativo e disciplinar, competentes para aferir se houve ou não a recusa injustificada da prestação jurisdicional, e não por meio de conflito de jurisdição, uma vez que, repita-se, não há a discussão sobre qual o juízo competente para o julgamento da causa, mas sim acerca da real imparcialidade do juiz.

Sobre o tema, merece destaque a lição de Fernando da Costa Tourinho Filho:

> Arguida a exceção de suspeição, em petição fundamentada, se o Juiz vier a reconhecê-la, determinará sua juntada aos autos com os documentos que a instruíram, sustará o andamento do processo e se declarará suspeito, e, no mesmo despacho, ordenará sejam os autos remetidos ao seu substituo legal, intimando-se as partes.
> Dessa decisão não caberá nenhum recurso, como se infere do inciso III do art. 581 do CPP. E se o substituto legal entender que o motivo alegado, não obstante tenha sido acolhido pelo Juiz exceto, não é legal? Caber-lhe-á tão só comunicar o fato aos órgãos censórios da Magistratura para que tome providência de natureza administrativa em relação ao Juiz pretensamente suspeito (*Código de Processo Penal comentado*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, v. 1, p. 401-402).

Também nesse sentido o entendimento de Nelson Nery Júnior:

> Quando o magistrado se dá por impedido ou suspeito e remete os autos a seu substituto automático, não nega a competência do juízo, pois impedimento e suspeição são causas de inabilitação da pessoa física do juiz para a causa. Assim, não há conflito de competência quando o substituto automático discorda da decisão de seu colega. O juízo para o qual foi distribuída a ação continua competente, somente se alterando a direção do processo, que passa para seu substituto automático. O tema do impedimento e da suspeição do juiz deve ser agitado em exceção própria ou em recurso da parte ou interessado, sendo estranho ao instituto do conflito de competência. Do ponto de vista administrativo, cabe compensação na distribuição de autos, sendo que o juiz destinatário, substituto automático daquele que se declarou suspeito ou impedido, não tem legitimidade nem interesse processual em discutir o mérito daquela decisão (*Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 325-326).

Dessa forma, no caso em testilha, incabível o conflito suscitado ante a ausência de discussão quanto à competência, que continua sendo do Juizado Especial da Comarca de Areado - MG, na figura, contudo, do substituto legal da magistrada titular daquela serventia.

Nesse sentido, trago à colação os seguintes entendimentos jurisprudenciais:

> Conflito negativo de competência. Suspeição declarada pelo magistrado suscitado. Conflito fundamentado na alegação de não configuração de suspeição. Recurso não conhecido. Hipótese diversa das previstas no art. 115 do Estatuto Processual Civil. - A declaração de impedimento ou suspeição do julgador primevo, com a remessa dos autos ao seu substituto legal, atinge a questão de competência. Não se pode falar em conflito negativo de competência quando há recusa do juízo ao qual foram encaminhados os autos por aquele que se declarou suspeito, por motivo de foro íntimo. O magistrado, quando se declarar como suspeito, não está negando a sua competência, mas apenas afirmando-se parcial para o julgamento da causa (Conflito de Competência 1.0000.10.020449-4/000, Rel. Des. Rogério Medeiros, 14ª

Câmara Cível, j. em 05.08.2010, publicação da súmula em 24.08.2010).

Conflito negativo de competência. Suspeição. Juiz suscitante. Impossibilidade de indagação sobre os motivos da suspeição. Inexistência de conflito. - Inviabilizado se afigura o conflito negativo de competência, se o juiz suscitante na verdade avalia subjetivamente os motivos da suspeição do juiz suscitado. Por motivo de foro íntimo, preconizado pelo parágrafo único do art. 135 do CPC, o juiz suscitado se declarou suspeito em ação civil pública, cujo objetivo é impor penalidades ao proprietário de imóvel situado dentro de área de preservação permanente, em condomínio no qual o juiz suscitado também é proprietário de imóvel (Conflito de Competência 1.0000.05.417481-8/000, Rel. Des. Duarte de Paula, 8ª Câmara Cível, j. em 02.06.2005, publicação da súmula em 15.09.2005).

Conflito negativo de competência. Ausência das hipóteses do art. 115 do CPC. Suspeição por foro íntimo. Via eleita inadequada. - Não se verifica, no caso, conflito de competência atinente à questão jurisdicional, mas sim controvérsia de natureza administrativa, que não implica decisão nesta instância recursal. Suspeição por foro íntimo que deve observar as determinações do Regimento Interno deste Tribunal. Conflito de competência não conhecido (Conflito de Competência nº 70046450078, 6ª Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Rel. Artur Arnildo Ludwig, j. em 26.01.2012).

Ademais, verifica-se que, no presente caso, a i. Magistrada da Comarca de Areado se deu por suspeita por motivos de foro íntimo, nos termos do art. 135, parágrafo único, do Código de Processo Civil, não cabendo a este eg. Tribunal, no âmbito do conflito de jurisdição, perquirir as razões reais pelas quais se absteve de atuar no processo, sob pena de tornar público motivos afetos à intimidade da Julgadora, motivos esses que a lei lhe reservou o direito de não expor.

Por essa razão, o Regimento Interno deste eg. Tribunal prevê, em seu art. 40, V, que é atribuição do Conselho de Magistratura apreciar suspeição comunicada por juiz de direito, e o Regimento Interno do Conselho de Magistratura, por sua vez, dispõe que a referida apreciação se dará em segredo de justiça (art. 11, X).

Ressalte-se que o Conselho de Magistratura, caso constate que o magistrado vem se afirmando suspeito de forma reiterada ou abusiva, bem como que tal conduta vem causando sérios danos à prestação jurisdicional, pode remeter o caso à Corregedoria-Geral de Justiça, para apuração de eventual incompatibilidade daquele juiz no exercício da judicatura na comarca.

Nesse sentido:

Administrativo. Comunicação de suspeição por juiz. Foro íntimo. Parágrafo único do art. 135 do Código de Processo Civil. Fato reiterado em excesso. Providências junto à Corregedoria-Geral. Anotação e arquivamento. - Efetivada pelo juiz a declaração de suspeição por motivo íntimo nos termos do parágrafo único do art. 135 do CPC, contudo verificada a excessiva reiteração, impõe-se anotar e arquivar a comunicação, remetendo-se o feito à Corregedoria-Geral de Justiça para devida apuração (Comunicação-Sup.Afir. JD 1.0000.10.024217-1/000, Rel. Des. Duarte de Paula, Conselho da Magistratura, j. em 04.10.2010, publicação da súmula em 17.12.2010).

Suspeição por motivo de foro íntimo. Anotação com arquivamento. Existência de várias outras comunicações. Necessidade de intervenção da Corregedoria de Justiça (Comunicação-Sup.Afir. JD 1.0000.00.235487-6/000, Rel. Des. Herculano Rodrigues, Conselho da Magistratura, j. em 06.08.2001, publicação da súmula em 17.08.2001).

In casu, consta dos autos que a suspeição declarada pela i. Magistrada da Comarca de Areado foi devidamente comunicada ao Conselho de Magistratura (f. 27), a quem incumbirá apreciar a legalidade da decisão.

Por fim, destaca-se que eventuais prejuízos sofridos pelo Juiz suscitante, em razão do acúmulo indevido de processos, poderão ser objeto de compensação na distribuição de futuras demandas.

Ante todo o exposto, não conheço do presente conflito de jurisdição, entretanto determino a extração de cópia de todo processado e remessa ao Conselho de Magistratura, para as providências de praxe.

Sem custas.

Votaram de acordo com a Relatora os DESEMBARGADORES PAULO CÉZAR DIAS e FORTUNA GRION.

Súmula - NÃO CONHECERAM.

...

Medida de segurança - Tempo indeterminado - Perduração até cessamento da periculosidade - Prazo máximo de trinta anos - Art. 97, § 1º, do Código Penal - Constitucionalidade - Crime punido com pena de reclusão - Internação - Tratamento ambulatorial - Substituição - Possibilidade

Ementa: Apelação criminal. Furto qualificado. Declaração de inconstitucionalidade do art. 97 do CP. Inviabilidade. Medida de segurança. Internação. Substituição. Tratamento ambulatorial. Possibilidade. Recurso parcialmente provido.

- 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 jungido ao período máximo de trinta anos, conforme interpretação sistemática e teleológica dos arts. 75 e 97 do Código Penal.

- Ainda que o crime seja punido com pena de reclusão, justifica-se a substituição da internação do inimputável por tratamento ambulatorial, pois, além de este ser o mais indicado, não há evidências de periculosidade, devendo ser estimulada a sua recuperação.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0518.07.115704-5/001 - Comarca de Poços de Caldas - Apelante: Cristiano Aparecido Bento - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Vítima: Nei Vagner dos Santos Gonçalves - 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, à unanimidade, em DAR PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 20 de novembro de 2012. - *Paulo Cézar Dias* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. PAULO CÉZAR DIAS - Trata-se de recurso de apelação contra sentença que absolveu o réu acusado da prática do crime previsto no art. 155, § 4º, incisos I e II, do Código Penal, em razão de inimputabilidade, nos termos do art. 26 do Código Penal, aplicando-lhe a medida de internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico pelo prazo mínimo de 01 (um) ano, até a efetiva cessação da periculosidade.

A defesa pugna pela declaração da inconstitucionalidade do art. 97 do Código Penal em razão do não estabelecimento de prazo máximo para duração da medida de segurança, o que estaria em confronto com o que dispõe o art. 1º, incisos II e III, art. 5º, *caput*, e incisos III, XXXIX, XLVI, XLVII, alíneas *b* e *e,* e art. 196 da Constituição Federal. Pugna, ainda, pela imposição ao réu de medida de segurança consistente em tratamento ambulatorial. Requer, por fim, os benefícios da justiça gratuita

Contrarrazões ministeriais pelo provimento parcial do recurso da defesa (f. 126/129).

Após, nesta Instância, manifestou-se a douta Procuradoria de Justiça pelo provimento do recurso da defesa para que seja aplicada a medida de segurança consistente em tratamento ambulatorial (f. 134/136).

É o relatório.

Conheço do recurso, presentes os pressupostos de sua admissibilidade.

Em relação ao pleito de reconhecimento de inconstitucionalidade do art. 97 do Código Penal, penso que não possui razão a defesa, uma vez que, para o caso, mister se faz interpretar a citada norma em conformidade com a Constituição Federal.

É que, conforme esculpido no § 1º do art. 97 do Código Penal, a medida de segurança dura por tempo indeterminado, isto é, persiste até que se comprove, através de laudo médico, a cessação da periculosidade. Assim, infere-se que, enquanto não cessada a periculosidade, o recolhimento do indivíduo deve ser mantido. Em contrapartida, a nossa Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso XLVII, alínea *b*, veda expressamente a pena perpétua. Por seu turno, o art. 75 do Código Penal limita o cumprimento da pena de prisão em 30 (trinta) anos.

Desse 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 jungida ao prazo máximo de trinta anos.

Nesse viés:

> Ação penal. Réu inimputável. Imposição de medida de segurança. Prazo indeterminado. Cumprimento que dura há vinte e sete anos. Prescrição. Não ocorrência. Precedente. Caso, porém, de desinternação progressiva. Melhora do quadro psiquiátrico do paciente. *HC* concedido, em parte, para esse fim, com observação sobre indulto. 1. A prescrição de medida de segurança deve ser calculada pelo máximo da pena cominada ao delito atribuído ao paciente, interrompendo-se-lhe o prazo com o início do seu cumprimento. 2. A medida de segurança deve perdurar enquanto não haja cessado a periculosidade do agente, limitada, contudo, ao período máximo de trinta anos. 3. A melhora do quadro psiquiátrico do paciente autoriza o juízo de execução a determinar procedimento de desinternação progressiva, em regime de semi-internação (*HC* 97621 - 2ª Turma - Relator: Min. Cezar Peluso - *DJe* de 26.06.2009).

Assim, entendo que a internação deve perseverar enquanto se fizer necessária, encontrando limite na interrupção da periculosidade do agente, limitada, contudo, ao prazo máximo de trinta anos.

Em relação ao pleito de conversão da internação em manicômio em tratamento ambulatorial, razão lhe assiste.

A internação é uma medida excepcional, aplicável apenas em casos de comprovada necessidade, sendo certo que, mesmo nos crimes punidos com pena de reclusão, admite-se o tratamento ambulatorial se mais adequado à situação.

É certo que:

> [...] não há obrigatoriedade do regime de internação, de modo que a forma do tratamento vai depender do quadro clínico do dependente e da natureza de suas manifestações psicopatológicas. Quer dizer que a internação depende das condições médicas aferidas pelos peritos, e não da natureza do fato praticado, pouco importando, assim, que o mesmo seja punível com detenção ou com reclusão (FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui. *Código Penal e sua interpretação jurisprudencial*. 8. ed., p. 491).

Cabe ao magistrado, no caso concreto, após verificar a natureza do crime cometido, o potencial de periculosidade do réu e o grau da psicopatia, auferir qual das duas modalidades de medida de segurança é a mais adequada ao inimputável. No entanto, apenas deverá optar pela medida drástica de internação quando

o quadro clínico e suas manifestações psicopatológicas o exigirem.

É entendimento predominante em nossa doutrina e jurisprudência que, caso as condições clínicas do réu permitam, o tratamento deve-se iniciar em regime extra-hospitalar. Nesse caso, o tratamento deve ser realizado mediante consultas, visitas ou sessões.

No caso em exame, o laudo pericial concluiu pela desnecessidade de internação (f. 72), o que evidencia a inexistência de periculosidade do réu.

Sendo assim, a meu ver, patente é a desnecessidade de se manter o réu internado, afigurando-se o tratamento ambulatorial como a medida mais adequada à sua situação.

Ademais, como bem salientado pelo il. Promotor em sede de contrarrazões:

> [...] vale frisar que o § 4º do já mencionado art. 97 do CP e o art. 184 da LEP autorizam, a qualquer tempo, a conversão do tratamento ambulatorial em internação, sempre que for esta a medida mais adequada à situação do agente [...] (f. 129).

Logo, penso que o tratamento ambulatorial pelo prazo mínimo de 01 (um) ano é o que melhor se ajusta à situação do caso em julgamento, pois a recuperação da apelante (inimputável) deve ser estimulada.

Dessa forma, ainda que o crime seja punido com pena de reclusão, justifica-se a substituição da internação do inimputável por tratamento ambulatorial, pois, além de este ser o mais indicado, não há evidências de periculosidade, devendo ser estimulada a sua recuperação.

Por fim, não há que se falar em pagamento de custas processuais, tendo em vista que o apelante fora absolvido, mesmo que impropriamente.

Diante do exposto dou provimento parcial ao recurso para substituir a medida de segurança de internação por tratamento ambulatorial, pelo prazo e condições estabelecidas na r. sentença.

DES. ANTÔNIO ARMANDO DOS ANJOS - De acordo com o Relator.

DES. FORTUNA GRION - De acordo com o Relator.

Súmula - DAR PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO.

...

Denunciação caluniosa - Recurso ministerial - Condenação - Impossibilidade - Elemento subjetivo - Ausência - Atipicidade da conduta

Ementa: Apelação criminal. Denunciação caluniosa. Recurso ministerial. Condenação. Impossibilidade. Atipicidade da conduta. Recurso não provido.

- No delito de denunciação caluniosa (art. 339 do Código Penal brasileiro), o elemento subjetivo exige que o agente tenha certeza da inocência daquele a quem o delito é imputado. Não se caracterizando tal elemento, a conduta é atípica.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0056.06.131851-7/001 - Comarca de Barbacena - Apelante: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Apelado: Israel José Ferreira - 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, à unanimidade, em NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 6 de novembro de 2012. - *Furtado de Mendonça* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. FURTADO DE MENDONÇA - Trata-se de recurso de apelação interposto pelo Ministério Público Estadual, inconformado com a r. sentença de f. 235/236-v., que absolveu o denunciado Israel José Ferreira, nos termos do art. 386, III, do CPP, das imputações previstas no art. 339 do Código Penal.

Narra a denúncia que, no dia 9 de agosto de 2006, o acusado acionou a Polícia Militar, alegando que foi agredido pelos milicianos Bruno Nonato Tavares, Paulo Fernandes de Oliveira, Francisco Vigorito Júnior, Márcio Domingos da Costa e Rafael Oliveira, informando, ainda, que estes subtraíram para eles a quantia de R$90,00 (noventa reais).

Munidos de tais informações, o Comando do 9º Batalhão PM instaurou uma sindicância regular contra os milicianos. Ao final, o procedimento concluiu que os policiais não perpetraram qualquer ilícito, aliás, consta dos autos que o próprio acusado contactou o sindicante, revelando que os fatos imputados aos agentes públicos eram inverídicos.

Intimações regulares às f. 237, 238, 239-v., 244/245, 246/247, 251/252, 254/256, 257/258, 259/260.

Em razões recursais (f. 262/269), o *Parquet* pleiteia a condenação do acusado nas iras do art. 339 do Código Penal brasileiro.

Contrarrazões às f. 271/275, em que a d. Defesa pugna pelo conhecimento e desprovimento do apelo ministerial.

A d. Procuradora de Justiça Camila F. G. Teixeira, f. 282/285, manifesta-se pelo conhecimento e provimento do recurso.

É o relatório.

Conheço do recurso interposto, pois presentes os pressupostos objetivos e subjetivos de admissibilidade e processamento.

Ausentes preliminares a expungir, adentro o exame meritório.

Argui o *Parquet* que, após a confecção do boletim de ocorrência, foi instaurada uma sindicância administrativa na Polícia Militar, o que já tipifica o delito de denunciação caluniosa.

Nesse ponto, destaco que, com a edição da Lei 10.028/2000, as sindicâncias e processos administrativos, desde que iniciados em decorrência da falsa denúncia perpetrada pelo agente, são suficientes para gerar a denunciação caluniosa.

Contudo, *in casu*, entendo ser atípica a conduta do acusado. Senão, vejamos.

Do exame dos autos, vê-se que o apelante confirma a existência da agressão, o que restou comprovado por meio da ficha de atendimento do posto médico (f. 81), BO (f. 69/70), bem como pelos depoimentos a seguir reproduzidos. Vejamos:

> [...] afirma que foi agredido por um sargento, cujo nome não sabe declinar; que também teve a camisa que usava no dia rasgada pelos milicianos; que o declarante assevera que, no ato da ação, os policiais militares 'enfiaram' as mãos em seus bolsos e jogaram tudo o que havia neles no chão, tendo sido o próprio declarante que os apanhou e colocou-os novamente em seu bolso; [...] que esclarece que os ferimentos que apresentava na época foram em decorrência da abordagem dos milicianos, cujos nomes não sabe declinar [...]; que o declarante disse que não sabe declinar nomes de nenhum dos policiais, tanto os que o abordou como os que lhe socorreu (*sic*); [...] (Israel José Ferreira - f. 58/59 - I.P. - confirmado em juízo - f. 199/199-v.).

> [...] que o acusado disse que havia sido agredido por policiais que estavam em duas viaturas, [...] que o acusado estava com a camisa rasgada [...]; que no 'PA' o acusado confirmou os fatos que já havia narrado ao depoente; [...] (Policial Militar José Eduardo de Medeiros - f. 180/180-v. - em juízo).

Como se constata, a agressão física ao acusado, de fato, ocorreu. Registro que, para caracterizar o delito do art. 339 do Código Penal brasileiro, é necessário verificar o elemento subjetivo, o dolo direto, presente na expressão final do artigo: "[...] imputando-lhe crime de que o sabe inocente".

Portanto, é indispensável que o agente tenha consciência de que os imputados são inocentes. Leciona Cezar Roberto Bitencourt (*Tratado de direito penal*, 5ª parte especial):

> [...] Concluindo, a previsão, isto é, o conhecimento, deve abranger todos os elementos objetivos e normativos da descrição típica. E esse conhecimento deve ser atual, real, concreto e não meramente presumido [...].

Ora, sabendo-se da exigência de agente ter certeza da inocência da pessoa a quem for atribuída a autoria do delito, verifica-se que não é o que se infere dos autos. Ao contrário, o acusado afirma, em ambas as fases, que foi agredido por policiais militares, contudo não especificou sequer os seus nomes em seus depoimentos, negando, inclusive, que lhes tenha atribuído a prática do furto (f. 57/58 e 199/199-v.). Ademais, conforme se extrai do conjunto probatório, as agressões realmente ocorreram (ficha de atendimento de f. 81); contudo, efetivamente, em seus depoimentos, o acusado não indicou os policiais que as perpetraram, limitando-se a afirmar que "[...] os ferimentos que apresentava, na época, foram em decorrência da abordagem policial [...]".

Diante de tais fatos, não há outra conclusão que não seja a de atipicidade da conduta.

Nesse sentido, destaco as seguintes decisões:

> Ementa: Apelação criminal. Recurso ministerial. Denunciação caluniosa. Ausência do elemento subjetivo. Descaracterização. - A denunciação caluniosa deve ser objetivamente falsa, isto é, deve estar em contradição com a verdade dos fatos, e o denunciante deve estar plenamente ciente de tal contradição. Impossível falar em denunciação caluniosa se a imputação a outrem não é totalmente destituída de razão. - Recurso conhecido e desprovido (TJMG - Apelação Criminal nº 1.0024.04.503818-9/001 - 1ª Câmara Criminal - Rel.ª Des.ª Márcia Milanez - p. em 14.08.2007).

> Ementa: Processo penal. Denunciação caluniosa. Trancamento da ação penal. Atipicidade da conduta. Ordem que deve ser concedida. - Para a caracterização do crime de denunciação caluniosa, é necessário, primeiro, ter conhecimento da inocência do acusado e, segundo, dar ensejo à instauração 'de investigação policial, de processo judicial, instauração de investigação administrativa, inquérito civil ou ação de improbidade administrativa contra alguém' (art. 339 do CP). - No caso presente, a exordial acusatória, *prima facie*, não traz a indicação de má-fé ou de especial fim de agir das pacientes no sentido de imputar a alguém delito de que sabe ser ela inocente. Ao registrarem boletim de ocorrência, descreveram fatos ocorridos em 23.04.2001, sem, contudo, apontar, em sua manifestação perante a autoridade policial, a prática de qualquer crime a ser imputado à vítima, restringindo-se, tão somente, a relatar os fatos realmente ocorridos. - Conforme orientação desta Corte Uniformizadora, a configuração do delito de denunciação caluniosa pressupõe, pelo autor, a descrição falsa de fato típico. - Por outro lado, verifica-se que a simples lavratura de boletim de ocorrência, sem qualquer atribuição de ilícito penal, por si só, não é capaz de amoldar a conduta das pacientes ao fato típico previsto no art. 339 do Código Penal. - Ordem concedida para determinar o trancamento da ação penal (STJ - *HC* nº 20.770/GO - 5ª Turma - Rel. Min. Jorge Scartezzini - *DJe* de 18.11.2002).

> Ementa: Penal. *Habeas corpus*. Denunciação caluniosa. Trancamento de ação penal. Alegação de ausência de justa causa. Atipicidade. - I - No delito de denunciação caluniosa, exige-se que haja, por parte do agente, a certeza da inocência da pessoa a quem se atribui a prática criminosa. Em outras palavras, deve o agente atuar contra a própria convicção, intencionalmente e com conhecimento de causa, sabendo que o denunciado é inocente (precedentes). Em relação à instauração de investigação ou processo judicial, basta a ocorrência do dolo eventual. II - *In casu*, verifica-se que o paciente, engenheiro responsável por um empreendimento imobiliário em construção em Praia Grande/SP, teria sido informado por seu funcionário que um dos imóveis referentes ao empreendimento em apreço fora invadido, o que o levou a prestar termo circunstanciado de ocorrência perante a autoridade policial sobre o fato efetivamente ocorrido, para que

houvesse a devida averiguação. Ademais, ao registrar boletim de ocorrência, descreveu fatos ocorridos em 10.08.2002, sem, contudo, apontar, em sua manifestação perante a autoridade policial, a prática de qualquer crime a ser imputado à vítima, restringindo-se, tão somente, a relatar os fatos que teriam ocorrido. III - O trancamento da ação penal por meio do *habeas corpus* se situa no campo da excepcionalidade (*HC* 901.320/MG, Primeira Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, *DJU* de 25.05.2007), sendo medida que somente deve ser adotada quando houver comprovação, de plano, da atipicidade da conduta, da incidência de causa de extinção da punibilidade ou da ausência de indícios de autoria ou de prova sobre a materialidade do delito (*HC* 87.324/SP, Primeira Turma, Rel.ª Min.ª Cármen Lúcia, *DJU* de 18.05.2007). Ainda, a liquidez dos fatos constitui requisito inafastável na apreciação da justa causa (*HC* 91.634/GO, Segunda Turma, Rel. Min. Celso de Mello, *DJU* de 05.10.2007), pois o exame de provas é inadmissível no espectro processual do *habeas corpus*, ação constitucional que pressupõe, para seu manejo, uma ilegalidade ou abuso de poder tão flagrante que pode ser demonstrada de plano (R*HC* 88.139/MG, Primeira Turma, Rel. Min. Carlos Britto, *DJU* de 17.11.2006). Na hipótese, não há, com os dados existentes até aqui, o mínimo de elementos que autorizam o prosseguimento da ação penal. IV - Não tendo o paciente atribuído efetivamente prática criminosa a outrem, cuja inocência era de seu conhecimento, restou atípica sua conduta, sendo imperioso o trancamento da ação penal relativa à prática do delito de denunciação caluniosa. Ordem concedida (STJ - *HC* nº 71.476/SP - 5ª Turma - Rel. Min. Félix Fischer - *DJe* de 14.04.2008).

Ementa: Recurso ordinário em *habeas corpus*. Denunciação caluniosa. Art. 339 do Código Penal. Trancamento da ação penal por ausência de justa causa. Elemento subjetivo do tipo: consciência da inocência do acusado. Ausência de lastro probatório mínimo. Recurso provido. - A acusação por crime de denunciação caluniosa deve conter um lastro probatório mínimo, no sentido de demonstrar que a instauração de investigação policial, processo judicial, investigação administrativa, inquérito civil ou ação de improbidade administrativa teve por única motivação o interesse de atribuir crime a uma pessoa que se sabe ser inocente. - Recurso em *habeas corpus* provido para deferir o trancamento da ação penal, por ausência de justa causa (STF - R*HC* nº 85.023/TO - 2ª Turma - Rel. Min. Joaquim Barbosa - p. em 1º.02.2008).

Posto isso, sendo a conduta atípica, é de rigor que a absolvição do acusado se mantenha.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso ministerial, mantendo nos termos a r. sentença fustigada.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES JAUBERT CARNEIRO JAQUES e DENISE PINHO DA COSTA VAL.

Súmula - RECURSO NÃO PROVIDO.

...

Extorsão - Art. 158, § 1º, do Código Penal - Tipicidade - Prova - Palavra da vítima - Valor probante - Condenação - Crime continuado - Fixação da pena

Ementa: Extorsão. Absolvição. Prova robusta da autoria. Impossibilidade. Palavra da vítima. Valor probante. Pena-base. Definição. Continuidade delitiva. Fixação.

- A palavra da vítima possui especial relevo na prova da autoria dos delitos de natureza patrimonial, uma vez que estes ocorrem na clandestinidade.

- Provado que o acusado usou da sua função de policial civil para constranger, juntamente com os seus cúmplices, as vítimas e auferir vantagem ilícita, resulta patenteado o tipo do art. 158, § 1º, do CP.

- Detectada ser desfavorável ao acusado a análise das circunstâncias judiciais do art. 59 do CP, deve-se estabelecer a sua pena-base acima do mínimo legal.

- Verificado que o acusado praticou o crime de extorsão por três vezes, a incidência da causa de aumento pela continuidade delitiva deverá situar-se no limite mínimo fixado no art. 71 do CP.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0024.11.175800-9/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Manoel Ricardo dos Santos - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Vítima: Alexandre Vidigal Silva - Relator: DES. DELMIVAL DE ALMEIDA CAMPOS

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 4ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, à unanimidade, em NEGAR PROVIMENTO AO APELO.

Belo Horizonte, 5 de dezembro de 2012. - *Delmival de Almeida Campos* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. DELMIVAL DE ALMEIDA CAMPOS - Trata-se de apelação intentada por Manoel Ricardo dos Santos contra sentença que julgou procedente a denúncia ofertada pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais para condená-lo a cumprir a pena de sete anos, nove meses e dez dias de reclusão, em regime semiaberto, além de pagar setenta e sete dias-multa por incurso no art. 158, § 1º, na forma do art. 71, todos do CP.

O acusado apelou às f. 281/299, asseverando, em resumo, que a prova coletada na instrução não indica, com a necessária clareza, a autoria do delito a ele imputado, pois emerge do seu interrogatório judicial que se dirigiu ao Shopping Oiapoque para adquirir um

medicamento, atraído por um telefonema da suposta vítima, Alexandre, quando então, nas proximidades daquele estabelecimento, o referido indivíduo lhe entregou um envelope fechado e se afastou rapidamente. Nesse sentido, afirma que desconhecia o conteúdo do aludido envelope e não o abriu naquela oportunidade, por isso ficou surpreso com a abordagem policial e tomou ciência de que havia dinheiro nesse envelope. Esse quadro fático, no seu entender, é demonstrativo da sua inocência, pois as demais provas não esclareceram ter incidido na conduta tipificada no art. 158, § 1º, do CP, já que não se demonstrou ter constrangido as supostas vítimas para auferir alguma vantagem indevida, resultando certo que essa insuficiência probatória gera a incontinente improcedência da denúncia, em face do que dispõe o princípio do *in dubio pro reo*. Lado outro, aduz que a sua pena-base foi exasperada em demasia, dada a errônea análise das circunstâncias judiciais do art. 59 do CP, pois as mesmas não lhe podem ser consideradas desfavoráveis; logo conclui que o dispositivo sentencial correspondente deverá ser revisto para situar a sua pena-base no mínimo legal. Sustenta, mais, que deverá ser afastada a incidência do art. 71 do CP, pois não há prova de ter incidido na conduta criminosa noutros momentos pretéritos, inclusive as supostas vítimas sequer tomaram providências sobre esses fatos, a corroborar a lacuna probatória a respeito e a determinar o decote da referenciada causa de aumento de pena.

Resposta de f. 302/304, pelas quais a RMP pugna pela manutenção da sentença hostilizada.

A ilustrada Procuradoria-Geral de Justiça opina, às f. 305/306, pelo desprovimento do apelo defensivo.

Conheço do recurso por atender as suas condições de admissibilidade.

Do exame do espectro probatório laborado no feito, infiro que não se pode conceder razão ao apelante, porquanto as vítimas Osório Rocha Neto e Oséas Carvalho Costa, nos seus depoimentos de f. 142/143 e f. 162/163, apontaram-no e mais dois comparsas como os autores da extorsão, os quais, na condição de policiais, exigiam dinheiro para impedir a apreensão de suas mercadorias. Tais vítimas noticiaram, também, terem presenciado uma terceira vítima, Alexandre, arrecadar dinheiro e entregá-lo, dentro de um envelope, para o apelante. Essa narrativa detalhada das testemunhas do desenrolar do *iter criminis*, ao meu aviso, confere notável verossimilhança às suas palavras. Além disso, não há qualquer motivação aparente a que as vítimas imputassem, falsamente, um crime de extorsão ao apelante.

Nesse aspecto, a jurisprudência pátria já erigiu o entendimento de que a palavra da vítima é de grande relevância na elucidação do crime em tela, visto que, geralmente, a extorsão, como acontece com os demais crimes de natureza patrimonial, é realizada às ocultas, contando com a presença, tão só, da vítima e do meliante. Esse entendimento encontra ressonância em nossos Tribunais, segundo se extrai do aresto oriundo do colendo STJ, ora transcrito:

> Direito penal. Extorsão. Pretensão absolutória insuficiência probatória. Inviabilidade. - A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça é pacífica no sentido de admitir a palavra da vítima como fundamento suficiente a ensejar a condenação, especialmente em crimes praticados às escondidas. Precedentes (AgRg no Ag 660408/MG, Sexta Turma, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, *DJU* de 06.02.2006, p. 379).

E as palavras da vítima foram corroboradas pelas declarações das testemunhas Júnior Silvano Alves e Anderson de Lima Martins, coletadas às f. 144/147, pelas quais se noticiou que o apelante foi detido em flagrante na posse de dinheiro fornecido pelas vítimas. Essas testemunhas declararam, igualmente, que as notas do dinheiro foram xerocopiadas e houve a conferência dessas cópias com o aludido dinheiro quando da prisão do apelante. Portanto, vislumbro que se encontra patenteado nestes autos o crime de extorsão qualificada, porquanto o apelante e os seus cúmplices constrangeram as vítimas, por meio de violência moral, para obterem indevida vantagem econômica.

Sobre o tema, colaciona-se a lição de Celso Delmanto, *verbis:*

> Tipo objetivo: A conduta é constranger (coagir, obrigar) e deve ser praticada mediante violência (física contra pessoa) ou grave ameaça (promessa de causar mal sério e verossímil). O constrangimento deve ser para coagir a fazer (certa coisa), tolerar que se faça (obrigar a permitir) ou deixar de fazer (não fazer).
> Figuras qualificadas: a. Se o crime é cometido por duas ou mais pessoas (aqui a lei fala em cometido e não em concurso, sendo indispensável a presença delas junto aos ofendidos) ou com o emprego de arma, a pena é aumentada de um terço até a metade (§ 1º); [...] (*Código Penal comentado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, p. 281).

Por conseguinte, verificando-se as elementares que constituem o tipo preconizado no art. 158, § 1º, do CP, as quais se encontram presentes na espécie vertente, resulta ser imperiosa a responsabilização penal do apelante.

Lado outro, analisando o dispositivo sentencial correspondente de f. 228, infiro que as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP foram dissecadas de maneira escorreita à luz do conjunto probatório inserto no feito e das condições pessoais do apelante, resultando certo que lhe foi negativo o cotejo das referenciadas circunstâncias judiciais. Destarte, infere-se pela total inviabilidade de que a pena-base do apelante se aproximasse do mínimo estabelecido no referenciado art. 158 do CP, a determinar a subsistência do patamar fixado na sentença fustigada.

Nessa seara, imperioso estabelecer que o poder discricionário concedido ao juiz, ao exame das circunstâncias envolventes do delito, lhe possibilita considerar situações não contempladas na lei, mas que a sua experiência empírica indica serem apropriadas para

definir a reprimenda do infrator, vedando-se apenas que tal poder discricionário descambe para o arbítrio, o que não é o caso dos autos.

É a jurisprudência pátria, *verbis*:

> Ao proceder a individualização da pena, o Juiz, após aferir um leque de circunstâncias de natureza subjetiva - culpabilidade, antecedentes, conduta social e personalidade do agente - e de natureza objetiva - motivos, circunstâncias e conseqüências do crime -, fixará aquela aplicável dentre as cominadas, em quantidade que for necessária e suficiente para reprovação e prevenção do delito, definindo, a seguir, o regime inicial de cumprimento da pena, a qual não deve ser excessiva, nem demasiadamente abrandada, mas justa, adequada e idônea, em qualidade e quantidade suficientes para reprimir a prática da infração e promover a tutela da sociedade (STJ - 6ª T. - REsp 90.171 - Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro - j. em 08.10.1997 - *DJU* de 12.08.1997, p. 36.287) (ob. cit., p. 1.026).

De outra face, extraio do caderno probatório inserto no processado que restou patenteada a efetivação, pelo menos, de três crimes de extorsão qualificada contra as vítimas, consoante estabelecido na prova oral de f. 142/147 e f. 162/163. Destarte, vislumbro que de fato há registro nos autos da existência de três crimes de extorsão, pelo que se mostra razoável a majoração da pena do apelante no limite mínimo estabelecido no referenciado art. 71 do CP.

A propósito, é a esclarecedora lição de Damásio Evangelista de Jesus, *verbis*:

> Não é preciso que a sentença aplique o aumento de pena nos precisos termos determinados no Código Penal: ou de um sexto ou de dois terços. Dentro do limite mínimo e máximo do aumento, o juiz pode impor o acréscimo que lhe parecer correto. Note-se que o dispositivo fala em aumento de um sexto a dois terços. E o aumento varia de acordo com o número de crimes. [...]. O Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo aplica os seguintes princípios: 1º) dois crimes: acréscimo de um sexto; 2º) três delitos: um quinto [...]; 3º) quatro crimes: um quarto; 4º) cinco delitos: um terço; 5º) seis crimes: metade; 6º) sete delitos ou mais: dois terços [...]" (*Código Penal anotado*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, p. 251).

Enfim, constato que a Magistrada singular deu correto desate a esta lide penal, o que determina a sua prevalência nesta seara recursal.

Ante o exposto, nego provimento ao apelo em epígrafe.

Custas, *ex lege*.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES EDUARDO BRUM e JÚLIO CEZAR GUTTIERREZ.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO APELO.

...

Receptação dolosa - Absolvição - Inadmissibilidade - Desclassificação para receptação culposa - Não cabimento - Prova - Elemento subjetivo - Dolo direto de segundo grau - Condenação - Assistência judiciária - Defensoria pública - Isenção de custas

Ementa: Apelação. Condenação por receptação dolosa. Absolvição. Ausência de prova da origem criminosa. Impossibilidade. Pleito desclassificatório para receptação culposa. Inadmissibilidade. Presença de dolo direto de segundo grau. Classificação delitiva mantida. Pagamento das custas processuais. Isenção deferida. Réu patrocinado pela defensoria pública.

- Dolo direto de segundo grau é o que se relaciona com os efeitos colaterais, representados como necessários pelo agente (BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de direito penal* - Parte Geral. São Paulo: Saraiva, p. 212).

- Quem compra de pessoa notoriamente envolvida com o ilícito bancos de carro e ainda recebe dela diversas peças de veículos, ainda que para proveito alheio, pratica receptação dolosa (art. 180, *caput*, CP), e não a culposa (art. 180, § 3º, CP), pois não apenas previu, aceitou, admitiu ou consentiu em estar adquirindo e recebendo coisas objeto de crime, mas efetivamente representou como necessária a procedência delitiva dos bens.

- O réu patrocinado pela Defensoria Pública faz jus à isenção do pagamento das custas processuais.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0024.04.540090-0/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Leandro Gomes - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Vítima: Maria Goretti Araújo de Carvalho - Corréu: Eduardo Antônio de Souza - 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, à unanimidade, em DAR PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO PARA ISENTAR O APELANTE DO PAGAMENTO DAS CUSTAS PROCESSUAIS.

Belo Horizonte, 27 de novembro de 2012. - *Alexandre Victor de Carvalho* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. ALEXANDRE VICTOR DE CARVALHO - 1. Relatório.

Na Comarca de Belo Horizonte, Leandro Gomes foi denunciado pelo crime do art. 155, § 4º, I, do CP. Ocorre que, de modo muito claro, a denúncia narrou

efetivamente a prática, por parte de Leandro, do crime de receptação.

Consta dos autos que o denunciado Leandro Gomes recebeu das mãos de Alvimar, co-denunciado, o veículo Fiat/Tempra, cor cinza, placa GUL 5451/MG, de propriedade de Maria Goretti Araújo de Carvalho, conhecendo sua anterior subtração.

Veio a sentença de f. 254/259, que julgou parcialmente a denúncia para absolver o réu Alvimar de Alcântara Júnior da prática do furto qualificado e condenar o corréu Eduardo Antônio de Souza e o apelante Leandro Gomes pelo delito de receptação - art. 180, *caput*, CP. Para cada um deles foi aplicada a pena de um ano de reclusão, regime aberto, e dez dias-multa, à razão mínima. A pena privativa de liberdade foi substituída por pena restritiva de direitos (prestação de serviços à comunidade).

Inconformada, recorre a defesa, alegando que não foi provado que as peças encontradas na residência de Leandro ou no veículo Fiat/Panorama, do qual era condutor, eram produto de crime. O apelante afirmou que comprou de Juninho um banco para colocar em seu veículo e que havia pedido a ele uma bateria, sendo que ele, ao trazê-la, pediu para que o apelante guardasse algumas peças no carro. Não se comprovou a origem das peças, sendo plausível imaginar que fossem oriundas de ferro-velho ou legítima revenda. Subsidiariamente, pugna pela desclassificação para o crime de receptação culposa. Requer a isenção do pagamento das custas processuais.

As contrarrazões estão acostadas às f. 298/300.

Instada a se manifestar no feito, a ilustrada Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo desprovimento do recurso (f. 309/316).

É o relatório.

2. Conhecimento.

Conheço do recurso em face do ajuste legal.

3. Mérito.

A sentença examinou com propriedade o conjunto probatório. As condições subjetivas do tal Juninho, retratadas nestes autos, não autorizam afirmar a existência de plausibilidade, que gere dúvida, sobre eventual lícita atividade de revenda de peças usadas ou negociação em ferro velho.

A origem espúria fica evidente pelas circunstâncias que permeiam a aquisição das peças (bancos) por duzentos reais e o recebimento de diversas peças para guardar - f. 06. A testemunha Anselmo Pedrosa do Rosário relatou que: "as peças de veículos furtados estavam no outro veículo que não era o Tempra, no Panorama; que encontramos mais peças de veículos furtados na casa do conduzido, que era o motorista do Panorama (Leandro)" - f. 207. O corréu Eduardo confirmou em juízo que os policiais, quando da abordagem aos veículos, encontraram peças de carro no veículo conduzido por Leandro e que lá estavam para ele, Eduardo, ver as rodas do Fiat/Tempra que pretendia comprar de Juninho - f. 211.

A alegação de que guardava as peças a pedido de Juninho não socorre o apelante, já que o delito de receptação abrange as condutas de receber e transportar em proveito alheio. Já a origem ilícita relaciona-se, *data venia*, com a própria pessoa retratada nos autos, da qual o apelante tinha medo, "pois sabia que, se o 'entregasse', ele certamente iria matar o declarante ou alguém de sua família" - f. 16/17. Portanto, não é crível, não há idoneidade na tentativa de tornar duvidosa a origem criminosa das peças, a tese da legítima revenda de peças usadas por "Juninho Noia". Havia, ao contrário, ciência plena da origem ilícita dos bens recebidos e adquiridos.

Não há falar em desclassificação, porquanto o elemento subjetivo não se limitou ao dolo eventual ou à culpa.

É certo exigir, à moldura típica da receptação dolosa, a ocorrência de dolo direto para ensejar o enquadramento do fato ao modelo infracional.

No caso em tela, existem indícios cabais que reforçam o conhecimento do apelante sobre a origem delitiva da coisa recebida.

A certeza da ciência ilícita, e não apenas a previsão de tal procedência, está comprovada, mormente pela condição da pessoa que entregou as peças, tanto pelos bancos adquiridos por duzentos reais quanto pelas peças recebidas para guarda.

Assim, se não houve dolo direto de primeiro grau, no mínimo dolo direto de segundo grau existiu, o que já se mostra suficiente para a configuração do tipo penal previsto no art. 180, *caput*, do CP.

Consoante a doutrina, dolo direto de segundo grau é o que se relaciona com os efeitos colaterais, representados como necessários pelo agente (BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de direito penal* - Parte Geral. São Paulo: Saraiva, p. 212).

Ora, ao efetuar a compra dos bancos e ao receber as peças que estavam em sua residência e em seu veículo, o apelante não apenas previu, aceitou, admitiu ou consentiu em estar recebendo coisas objetos de crime, mas efetivamente representou como necessária a procedência delitiva do bem.

O julgador há de avaliar, quando do exame do elemento subjetivo do delito (se dolo direto ou eventual), o fato segundo as provas contidas nos autos e a necessária vinculação destas à experiência ordinária.

E a experiência demonstra, de forma inquestionável, que a compra e/ou recebimento de bem de pessoa notoriamente envolvida com o ilícito gera, como efeito colateral necessário, a representação bastante e suficiente (em patamar superior à da mera previsão ou da aceitação) de se estar adquirindo/recebendo coisa produto de ação criminosa.

Não custa lembrar que o tipo da cabeça do art. 180 do Digesto Penal impõe que o agente saiba ser a coisa produto de crime; e, obviamente, no dolo direto de segundo grau, o autor, ao representar de forma neces-

sária a aquisição de coisa de origem delitiva, conhece (e é isso que a moldura típica exige) a procedência criminosa do bem.

Assim, tenho como presentes tanto as elementares objetivas como o elemento subjetivo do tipo insculpido no art. 180, *caput*, do Código Penal, razão pela qual repilo as teses de absolvição, bem como a de desclassificação para receptação culposa (art. 180, § 3º, do Código Penal).

Tratando-se de réu patrocinado pela Defensoria Pública, concedo a isenção do pagamento das custas processuais.

4. Conclusão.

Com essas considerações, dou parcial provimento ao recurso para isentar o apelante do pagamento das custas processuais.

É como voto.

Sem custas.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES PEDRO COELHO VERGARA e ADILSON LAMOUNIER.

Súmula - À UNANIMIDADE, DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO PARA ISENTAR O APELANTE DO PAGAMENTO DAS CUSTAS PROCESSUAIS.

...

Crime contra o meio ambiente - Pesca - Utilização de petrecho não permitido - Estado de necessidade - Art. 37, I, da Lei nº 9.605/98 - Incidência - Absolvição

Ementa: Apelação criminal. Crime contra o meio ambiente. Pesca mediante utilização de petrecho não permitido. Estado de necessidade. Recurso não provido.

- Nos termos do art. 37, I, da Lei nº 9.605/98, não é crime o abate de animal quando realizado em estado de necessidade, para saciar a fome do agente e de sua família. Logo, se a única testemunha ouvida nos autos indica que o produto da pesca na Lagoa da Pampulha (notoriamente impróprio ao consumo humano) era destinado ao consumo familiar do réu, que estava desempregado, deve incidir, em seu benefício, a excludente de ilicitude mencionada.

Recurso não provido.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0024.08.839803-7/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Apelado: Marcos Luiz do Espírito Santo - 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, à unanimidade, em NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 24 de outubro de 2012. - *Eduardo Brum* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. EDUARDO BRUM - No Juízo da 12ª Vara Criminal da Comarca de Belo Horizonte, Marcos Luiz do Espírito Santo foi denunciado como incurso nas iras do art. 34, parágrafo único, II, da Lei nº 9.605/98.

De acordo com a inicial acusatória, em 9 de novembro de 2007, o denunciado foi flagrado praticando pesca na orla da Lagoa da Pampulha, fazendo uso de tarrafa, contrariando a legislação em vigor.

Encerrada a instrução, foi proferida a r. sentença de f. 120/121, que absolveu o réu, ao entendimento de que degradação e poluição da Lagoa da Pampulha tornou impossível qualquer lesão ao meio ambiente em decorrência da conduta do réu.

Inconformado, recorreu o *Parquet* (f. 127/138), requerendo a condenação de Marcos Luiz nos termos da exordial.

Contrarrazões defensivas às f. 140/146.

O parecer da douta Procuradoria-Geral de Justiça é pelo provimento do recurso (f. 167/172).

Conheço do apelo, presentes os pressupostos de admissibilidade, mas não vejo como condenar o apelado.

De acordo com o policial militar Elvis José Ribeiro da Rocha, responsável pela única prova produzida nestes autos,

> o indivíduo [...] não negou a autoria do crime, esclarecendo apenas que estava pescando para se alimentar porque estava desempregado (f. 82).

No histórico de ocorrência de f. 6-v., este mesmo policial havia feito constar que

> o pescador, envolvido 01, alega que ganhou as garateias de um pescador que estava indo embora, e como ele está desempregado e com dois filhos para tratar, aceitou o petrecho, mas não sabia que a modalidade era proibida.

Nos termos do art. 37, I, da Lei nº 9.605/98,

> não é crime o abate de animal quando realizado em estado de necessidade, para saciar a fome do agente e de sua família.

Além disso, como bem destacado pela Defensoria Pública, várias espécies encontrados na Lagoa da Pampulha não são da fauna nativa brasileira (tilápias e carpas) e estão contaminados com metais pesados e coliformes fecais, o que redobra a indicação quanto ao estado de necessidade do agente. Afinal, ninguém se

arriscaria ao consumo de tais peixes se não fosse esta a última opção para se alimentar.

Como se não bastasse a excludente de ilicitude verificada, também por uma razão técnica é imperiosa a confirmação da absolvição do agente.

É que a denúncia narra que a conduta criminosa de Marcos Luiz foi usar uma tarrafa para a captura de peixes, situação fática não verificada no caso dos autos.

O que se infere da prova produzida é que o réu estava pescando com garateias, utilizando-se de uma técnica conhecida como lambada, no período da piracema, sendo estas as circunstâncias que tornariam ilícita, em tese, a sua conduta.

Ocorre que tais elementares não foram descritas na inicial do *Parquet*, não havendo como reconhecê-las, sob pena de violação ao princípio da correlação.

Portanto, seja pelo estado de necessidade do agente, seja pela impossibilidade técnica de se proferir um édito condenatório, nego provimento ao recurso ministerial, confirmando a absolvição do apelado.

Custas, *ex lege*.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES DOORGAL ANDRADA e DELMIVAL DE ALMEIDA CAMPOS.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Conflito de competência - Ação de falência contra determinada empresa - Posterior pedido de recuperação do grupo empresarial do qual faz parte a empresa contra a qual foi ajuizado o feito falimentar - Inexistência de estabelecimento comercial de qualquer das componentes do grupo no juízo em que tramitam os processos - A empresa alvo da demanda de falência encontra-se estabelecida unicamente em Guaranésia - Teoria do fato consumado - Impossibilidade, haja vista tratar-se de caso de competência absoluta do juízo de Guaranésia. Arts. 3º e 6º, § 8º, da Lei nº 11.101/05 - Prevenção do juízo da falência para examinar o pedido de recuperação judicial

1. O pedido de falência formulado por Agrocampo Ltda., empresa sediada em Guaxupé-MG, foi ajuizado nessa Comarca e direcionado apenas à Alvorada do Bebedouro S.A. - Açúcar e Álcool, cuja sede está em Guaranésia-MG. No prazo da contestação, e perante o Juízo em que proposta a falência, a ré Alvorada e outras quatro pertencentes ao mesmo grupo empresarial postularam e obtiveram o deferimento da recuperação judicial.

2. O art. 3º da Lei nº 11.101/05 estabelece que o Juízo do local do principal estabelecimento do devedor é absolutamente competente para decretar a falência, homologar o plano de recuperação extrajudicial ou deferir a recuperação.

3. Em Guaxupé/MG não há estabelecimento da empresa contra a qual foi proposta a demanda de falência, nem de nenhuma outra integrante do Grupo Econômico Recuperando. Assim, fica evidenciada a incompetência absoluta do Juízo atuante naquela Comarca, o que afasta a possibilidade de aplicação da teoria do fato consumado.

4. Conforme se depreende dos autos, a empresa Alvorada do Bebedouro S.A. - Açúcar e Álcool (ré na demanda falimentar) possui seu único estabelecimento em Guaranésia/MG, sendo esta a Comarca em que deveria ter sido proposta a ação de falência.

5. Conquanto o pedido de recuperação judicial tenha sido efetuado por cinco empresas que compõem um grupo econômico, certo é que contra uma dessas empresas já havia requerimento de falência em curso, o que, consoante o teor do art. 6º, § 8º, da Lei nº 11.101/05, torna prevento o Juízo no qual este se encontra para apreciar o pleito que busca o soerguimento das demandantes.

6. Conflito de competência conhecido para declarar a competência do Juízo de Direito da Vara de Guaranésia/MG para processar e julgar o processo de falência ajuizado em face de Alvorada do Bebedouro S.A - Açúcar e Álcool e o pedido de recuperação judicial proposto pelo grupo empresarial intitulado Camaq-Alvorada.

CONFLITO DE COMPETÊNCIA Nº 116.743 - MG (2011/0080932-0) - Relator: MINISTRO RAUL ARAÚJO - Relator para o Acórdão: MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO

Suscitante: Juízo de Direito da 2ª Vara de Guaxupé-MG - Suscitado: Juízo de Direito da 1ª Vara Cível de Sertãozinho-SP - Suscitado: Juízo de Direito de Guaranésia-MG - Interessada: Agrocampo Ltda. - Advogado: Lucas Felício Correa Curiel - Interessado: Alvorada do Bebedouro S.A. Açúcar e Álcool - Procuradores: Elias Mubarak Júnior e outros, Antonio Carlos de Magalhães

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, prosseguindo o julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Luis Felipe Salomão divergindo do Sr. Ministro Relator e conhecendo do conflito para declarar a competência do Juízo de Guaranésia-MG, por maioria, conhecer do conflito e declarar competente o Juízo de Direito de Guaranésia-MG para processar e julgar o processo de falência ajuizado em face de Alvorada do Bebedouro S.A - Açúcar e Álcool e o pedido de recuperação judicial proposto pelo grupo empresarial intitulado Camaq-Alvorada, vencidos os Srs. Ministros Relator, Maria Isabel Gallotti e Massami Uyeda.

Lavrará o acórdão o Sr. Ministro Luis Felipe Salomão. Votaram com o Sr. Ministro Luis Felipe Salomão, Relator para acórdão, os Srs. Ministros Paulo de Tarso Sanseverino, Antonio Carlos Ferreira, Ricardo Villas Bôas Cueva, Marco Buzzi e Nancy Andrighi.

Votaram vencidos os Srs. Ministros Raul Araújo (Relator), Isabel Gallotti e Massami Uyeda.

Brasília, 10 de outubro de 2012 (data do julgamento). - *Ministro Luis Felipe Salomão* - Relator.

Voto vencido

O EXMO. SR. MINISTRO RAUL ARAÚJO - Cuida-se de conflito negativo de competência suscitado pelo Juízo de Direito da 2ª Vara de Guaxupé-MG em face do Juízo de Direito da 1ª Vara Cível de Sertãozinho-SP e do Juízo de Direito da Comarca de Guaranésia-MG, em pedido de falência ajuizado por Agrocampo Ltda. contra Alvorada do Bebedouro S.A. - Açúcar e Álcool.

Colhe-se dos autos que por Agrocampo Ltda. foi interposto pedido de falência da sociedade empresária Alvorada Bebedouro S.A. - Açúcar e Álcool, ação distribuída ao Juízo de Direito da 2ª Vara de Guaxupé-MG. No prazo da contestação, a ré, juntamente com outras empresas do mesmo grupo empresarial - Camaq-Alvorada, ingressaram com pedido de recuperação judicial (13.10.2010), consoante admite o art. 96, VII, da Lei 11.101/2005, sendo seu processamento deferido em 14.10.2010 (f. 128/130).

A par disso, foram opostas por credores da falida e pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais duas exceções de incompetência (f. 305/307 e 367/371), acolhidas pelo d. Juízo de Guaxupé - MG que determinou o encaminhamento do feito para a Comarca de Guaranésia - MG (f. 325/327), em vista dos seguintes argumentos, *verbis*:

> [...]
> Ora, a empresa Alvorada do Bebedouro S.A., em face de quem foi proposta a Ação de Falência, tem seu principal estabelecimento e dirige quase a totalidade de seus negócios em Guaranésia, o que se constata facilmente pelo seu Estatuto Social juntado às f. 48/55 dos autos nº 7330-6 e é reconhecido pela própria excepta mencionada quando outorga poderes aos seus advogados através do instrumento encartado às f. 23 da exceção nº 7831-3.
> Na verdade, até porque fato notório, a mencionada empresa não mantém qualquer estabelecimento nesta Cidade e Comarca, resumindo-se sua atividade neste território ao plantio e aquisição de cana-de-açúcar em terras arrendadas, sendo a produção agrícola aqui auferida transportada para seu estabelecimento industrial e comercial no Município de Guaranésia, onde a mesma desenvolve e centraliza todas as suas principais atividades.
> [...]
> Assim, acato ambas as Exceções aqui tratadas para, dando pela incompetência absoluta deste Juízo para os Processos de Falência e Recuperação Judicial ns. 7.330-6 e 7.530-1, determinar a remessa dos mesmos para a Comarca de Guaranésia, competente para análise e decisão a respeito dos pedidos neles contidos.

Contra essa decisão foram aviados dois agravos de instrumento, aos quais não foi conferido efeito suspensivo (f. 354/359), estando pendentes de julgamento no eg. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais.

Encaminhado o processo à Comarca de Guaranésia - MG, a d. Juíza declinou da competência para o julgamento do feito, determinando a remessa dos autos à Comarca de Sertãozinho - SP (f. 245/255), em vista das seguintes considerações, das quais transcrevo breve trecho, *verbis*:

> Logo, verificado que o grupo de empresas expressamente afirmou que sua sede administrativa, vale dizer, o ponto principal de seus negócios, de onde são emitidas as ordens e de onde se dirige estrategicamente todas as demais empresas, dentre as quais a Alvorada do Bebedouro S.A., está centralizada no município de Sertãozinho/SP, mais especificamente na sede da empresa CAMAQ, tenho como indicativa a incompetência absoluta da Comarca de Guaranésia para processamento do presente feito de recuperação judicial." (f. 253)

Enviados os autos à Comarca de Sertãozinho - SP, o Juízo da 1ª Vara Cível determina o retorno dos autos à Comarca de Guaxupé - MG, afirmando para tanto, *verbis*:

> No caso em apreço, as empresas devedoras que ajuizaram pedido de recuperação judicial compõem um grupo econômico, são nacionais e cada qual tem seu estabelecimento comercial nas Comarcas de Guaxupé-MG, Guaranésia-MG, Santo Anastácio-SP e Sertãozinho-SP.
> Cada empresa devedora explora atividade empresária diversa e de forma autônoma; uma não é sede da outra e uma não é filial da outra; são todas autônomas, compondo um grupo econômico. Não há predominância de um estabelecimento sobre o outro.
> Desse modo, os juízos das Comarcas de Guaxupé-MG, Guaranésia-MG, Santo Anastácio-SP e Sertãozinho-SP são igualmente competentes para processar e julgar o pedido de recuperação judicial das empresas devedoras que compõem o mesmo grupo econômico e que ajuizaram pedido de recuperação judicial em litisconsórcio ativo, já que nos quatro juízos estão localizados os principais estabelecimentos comerciais de cada uma das empresas devedoras.
> Tal importa dizer que, em princípio, o pedido de recuperação judicial poderia ser ajuizado em qualquer uma destas quatro Comarcas, dada a competência territorial concorrente.
> Assim, tendo as empresas devedoras optado por ajuizar pedido de recuperação judicial no juízo da Comarca de Guaxupé, houve prevenção daquele juízo e a competência se prorrogou, inclusive porque atos altamente relevantes para o desfecho do pedido de recuperação judicial foram praticados por aquele juízo, de modo que competente é o juízo da Comarca de Guaxupé-MG.
> Ressalto que houve a prática de atos extremamente relevantes para o deslinde do pedido de recuperação judicial para o Juízo de Guaxupé; aqueles atos devem ser preservados e o feito deve ter prosseguimento por aquele juízo, sob pena de inegáveis danos irreparáveis às recuperandas e aos credores (f. 256).

Assim, com o retorno dos autos à Comarca do Guaxupé-MG, o d. Juízo de Direito da 2ª Vara Cível decide pela instauração do presente conflito, esclarecendo que nenhuma das sociedades empresárias em recuperação judicial possui estabelecimento naquela Comarca (f. 2/4). Ademais, o d. Juízo de Guaxupé determinou a suspensão do processo, em 7 de abril do corrente ano, em decisão assim fundamentada, *verbis*:

> Existe Agravo de Instrumento pendente de julgamento no Egrégio Tribunal de Justiça de Minas Gerais a respeito da decisão deste Juízo que declinou da competência para julgar este feito para a Comarca de Guaranésia, donde determino a suspensão do mesmo até que referido Recurso seja decidido, de forma a não causar tumultos processuais desnecessários e evitar intranqüilizar ainda mais as partes, pois depois da mencionada decisão declinatória este processo já viajou, inclusive, para Sertãozinho-SP, onde a MM. Juíza que o despachou, tal como a Colega de Guaranésia, também declinou de processá-lo, fazendo que retornasse a sede.

> Faço consignar que enquanto referido Agravo não for decidido persiste incólume a decisão que deferiu o processamento da Recuperação Judicial, o que deve ser informado a todos os Juízos por onde tramitem processos e existam interesses da recuperanda, de forma a evitar causar prejuízos às partes enquanto a discussão sobre a competência não for dirimida em segundo grau de jurisdição (f. 264).

As empresas em recuperação atravessam, então, petição nestes autos de conflito requerendo, liminarmente, fosse declarada a competência do Juízo da 2ª Vara da Comarca de Guaxupé-MG para dar prosseguimento aos atos da recuperação judicial, notadamente aqueles de natureza urgente, pleiteando fosse essa decisão confirmada ao final do julgamento do conflito. Ampararam seus pedidos nos seguintes argumentos:

I) as requerentes foram obrigadas a ajuizar o pedido de recuperação judicial na Comarca de Guaxupé/MG, tendo em vista a existência de pedido de falência que atrai o primeiro, nos termos do art. 96, VII, da Lei 11.101/2005;

II) apesar de não haver sede social das empresas do grupo em Guaxupé, a sociedade empresária Alvorada do Bebedouro possui relevante atividade econômica naquele Município;

III) há jurisprudência do egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo no sentido de que é possível o ajuizamento de pedido de recuperação em comarca diversa do domicílio estatutário da recuperanda, na qual a empresa mantenha relevante atividade econômica, como ocorre na hipótese;

IV) a remessa dos autos à comarca diversa de Guaxupé - MG acarretará dano irreparável ao feito, qual seja o atraso nos prazos estipulados na Lei de Recuperação Judicial, como, por exemplo, no prazo de suspensão das ações e execuções, além de atraso na confecção da segunda lista de credores e na designação da data da assembleia;

V) a incerteza na definição da competência causará danos aos credores que ficarão inseguros quanto ao trâmite do processo de recuperação. Além disso, seus pagamentos ficarão postergados para o momento em que aprovado e homologado o plano de soerguimento da empresa; e

VI) deve ser aplicada à hipótese a teoria do fato consumado, a fim de que seja consolidada a competência do Juízo de Guaxupé-MG.

A liminar foi concedida tão somente para designar o Juízo de Direito da 2ª Vara de Guaxupé para resolver, em caráter provisório, as medidas urgentes (f. 981/982).

A d. Subprocuradoria-Geral da República oferece parecer assim sintetizado:

> Conflito de competência. Falência e recuperação judicial. Domicílio do devedor. Prevenção. Competência do Juízo de Guaranésia-MG (f. 1.000).

Macquarie Bank Limited, na qualidade de principal credor das sociedades em recuperação, atravessa petição nos autos (petição nº 245622/2011) pretendendo seja reconhecida a competência do Juízo de Sertãozinho para o processamento da recuperação judicial do Grupo Camaq-Alvorada, em face dos seguintes argumentos:

(I) nenhuma das cinco sociedades em recuperação judicial estão sediadas ou possuem estabelecimento na comarca de Guaxupé;

(II) apenas uma sociedade empresária tem sede em Guaranésia, a qual está com as atividades paralisadas há mais de um ano;

(III) as próprias recuperandas reconheceram que suas atividades estão concentradas na comarca de Sertãozinho;

(IV) o Juízo de Guaxupé reconheceu sua incompetência absoluta para julgar o anterior pedido de falência que prorrogou sua competência para o processamento do pedido de recuperação judicial;

(V) não vingam os argumentos das recuperandas de que haveria prejuízo com a transferência do processo, pois a recuperação está em sua fase inicial, não havendo sequer publicação do edital a que se refere o art. 52 da Lei 11.101/2005.

É o relatório.

Passo a decidir.

A controvérsia gira em torno de se definir a competência para o julgamento de pedido de recuperação judicial apresentado por sociedades empresárias de um mesmo grupo econômico em sede de contestação a pedido de falência ajuizado contra somente uma das sociedades pertencentes ao grupo, mais especificamente a Alvorada do Bebedouro S.A. - Açúcar e Álcool.

Assim, foi distribuído pedido de falência da sociedade Alvorada do Bebedouro S.A. - Açúcar e Álcool na comarca de Guaxupé-MG (f. 9/13). No prazo para apresentação de contestação, Alvorada do Bebedouro S.A. - Açúcar e Álcool, CAMAQ Calderaria e Máquinas Industriais Ltda., Usina Alvorada do Oeste Ltda., Asthúrias Agrícola S.A. e Agrícola Monções Ltda., sociedades que compõem o Grupo Camaq-Alvorada, ingressaram com pedido de recuperação judicial (f. 80), conforme autorizam os arts. 95 e 96, VII, da Lei 11.101/2005, sendo seu processamento deferido pelo Juízo de Guaxupé em 14.10.2010 (f. 55/57).

Nos termos do art. 3º da Lei 11.101/2005, que repete com pequenas alterações o art. 7º do Decreto-Lei 7.661/45, é competente para homologar o plano de recuperação extrajudicial, deferir a recuperação judicial ou decretar a falência o juízo do local do principal estabelecimento do devedor ou da filial da empresa que tenha sede fora do Brasil.

Quando a sociedade empresária tem um único estabelecimento, não há dúvida acerca da fixação da competência, consoante ensina Newton De Lucca, *verbis*:

> Quando o empresário ou a sociedade empresária possuir apenas um estabelecimento, nenhum problema surge, na prática, pois o juiz competente será sempre o da comarca em que se acha localizado tal estabelecimento." (Comentários à Nova Lei de Falência e Recuperação de Empresas. Coord. Osmar Brina Corrêa-Lima e Sérgio Mourão Corrêa-Lima. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 67).

No caso em análise, a Alvorada do Bebedouro S.A. - Açúcar e Álcool tem seu único estabelecimento em Guaranésia - MG (f. 66), razão pela qual seria este, nos termos da Lei e da doutrina, o Juízo competente para processar e julgar o pedido de falência contra ela ajuizado.

De outra parte, nos termos do art. 6º, § 8º, da LRF, a distribuição do pedido de falência previne a jurisdição para qualquer outro pedido de falência ou de recuperação judicial. Assim, em linha de princípio, sendo o Juízo de Guaranésia competente para o processamento e julgamento do pedido de falência, também o seria para o pedido de recuperação judicial, dada a ocorrência da prevenção.

Ocorre que o caso em comento apresenta uma peculiaridade, que desafia essa conclusão.

Com efeito, o pedido de recuperação judicial, apresentado no prazo de contestação, não foi formulado somente pela sociedade empresária cuja falência fora requerida, mas por todo o grupo empresarial a que pertence, composto de outras quatro sociedades, como acima esclarecido.

Nesse contexto, tomando em conta que o pedido de falência fora aforado e distribuído perante Juízo absolutamente incompetente e que o pedido de recuperação judicial veio a ampliar os limites subjetivos da lide, a verificação de onde está localizado o principal estabelecimento do devedor para firmar a competência do juízo não pode mais se dar levando em conta apenas a sociedade Alvorada do Bebedouro S.A. - Açúcar e Álcool, cuja falência fora pleiteada, mas também as demais sociedades que compõem o grupo econômico.

Acerca da caracterização do principal estabelecimento do devedor, trago precedente desta Corte, da lavra da ilustrada Ministra Nancy Andrighi, no julgamento do CC 37.736/SP, *verbis*:

> Processo civil. Competência. Conflito positivo. Pedidos de falência e de concordata preventiva. Principal estabelecimento. Centro das atividades. Competência absoluta. Prevenção. Juízo incompetente.
> Sentença de declaração de falência prolatada por juízo diverso daquele em que estava sendo processada a concordata. Pedido de falência embasado em título quirografário anterior ao deferimento da concordata. Nulidade da sentença.
> - O juízo competente para processar e julgar pedido de falência e, por conseguinte, de concordata é o da comarca onde se encontra "o centro vital das principais atividades do devedor", conforme o disposto no art. 7º da Lei de Falências (Decreto-Lei nº 7.661/45) e o firme entendimento do Superior Tribunal de Justiça a respeito do tema.
> - A competência do juízo falimentar é absoluta.
> - A prevenção prevista no § 1º do art. 202 da Lei de Falências incide tão-somente na hipótese em que é competente o juízo tido por prevento.
> - Constatado que a falência foi declarada pelo juízo suscitado enquanto processada a concordata em outro juízo e, ainda, que o título quirografário que embasou o pedido de falência era anterior ao deferimento da concordata, impõe-se anular essa sentença que declarou a falência.
> - Conflito conhecido, declarada a competência do Juízo de Direito da 4ª Vara Cível de Manaus – AM, anulados os atos decisórios praticados pelo Juízo de Direito da 39ª Vara Cível do Foro Central de São Paulo – SP e a sentença de declaração de falência proferida pelo Juízo de Direito da 4ª Vara Cível de Manaus – AM.
> (CC 37736/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Segunda Seção, julgado em 11.06.2003, *DJ* de 16.08.2004, p. 130).

Em judicioso voto, no aludido julgamento, o em. Ministro Pádua Ribeiro invoca valiosa doutrina e outros doutos precedentes, acerca do tema, nos seguintes termos:

> Doutrina e jurisprudência tentam definir o que é 'principal estabelecimento'.
> O Prof. Rubens Requião, após afirmar que não se leva em conta, para a definição desse conceito, a dimensão física dos estabelecimentos, conclui:
> 'Conceitua-se tendo em vista o local onde se fixa a chefia da empresa, onde efetivamente atua o empresário no governo ou no comando de seus negócios, de onde emanam as ordens e instruções, em que se procedem as operações comerciais e financeiras de maior vulto e em massa, onde se encontra a contabilidade geral'
> [...]
> A sede administrativa é, com efeito, o ponto central dos negócios, de onde partem todas as ordens, que imprimem e regularizam o movimento econômico dos estabelecimentos produtores. As relações externas, com fornecedores, clientes, bancos, etc., realizam-se por seu intermédio"
> (*Curso de Direito Falimentar*, Saraiva, 17. ed., vol. I, p. 93).
> José da Silva Pacheco também entende que:
> "Principal estabelecimento, para os efeitos do art. 7º da Lei de Falências, é o local onde a empresa tem o comando de seus negócios, o cérebro de suas decisões, onde o empresário, efetivamente, atua, realizando a política da empresa e as operações comerciais e financeiras de maior vulto"
> (*Processo de falência e concordata*, Edit. Forense, 11. ed., p. 165).
> Trajano de Miranda Valverde também segue a mesma linha (*Comentários à Lei de Falências*, 4ª ed., vol. I, p. 183).
> A jurisprudência desta Corte não destoa desse entendimento, como se pode ver das seguintes ementas:
> "Competência. Conflito. Falência. Foro do estabelecimento principal da ré. Precedentes. Mudança de domicílio. Intenção de fraudar. Conflito conhecido.
> I - Segundo o art. 7º do Decreto-Lei 7.661/45, 'é competente para declarar a falência o juiz em cuja jurisdição o devedor tem o seu principal estabelecimento ou casa filial de outra situada fora do Brasil'.
> II - Consoante entendimento jurisprudencial, respaldado em abalizada doutrina, 'estabelecimento principal é o local onde a atividade se mantém centralizada', não sendo, de outra parte, 'aquele a que os estatutos conferem o título principal, mas o que forma o corpo vivo, o centro vital das principais atividades do devedor'
> [...]

(CC nº 32.988-RJ, rel. Min. Sálvio de Figueiredo, *DJ* de 04.02.2002).

"Competência. Falência. Foro do estabelecimento principal do devedor.

I – A competência para o processo e julgamento do pedido de falência é do Juízo onde o devedor tem o seu principal estabelecimento, e este 'é o local onde a atividade se mantém centralizada', não sendo, de outra parte, 'aquele a que os estatutos conferem o título principal, mas o que forma o corpo vivo, o centro vital das principais atividades do devedor' (CC nº 21.896-MG, rel. Min. Sálvio de Figueiredo).

II – Conflito conhecido para declarar competente o Juízo de direito da 8ª Vara Cível de São Paulo-SP, suscitado"

(CC nº 27.835-DF, de minha relatoria, DJ de 9/4/2001).

"Concordata preventiva. Foro competente.

Processa-se a concordata no local do estabelecimento principal, entendendo-se como tal onde se acha a sede administrativa da empresa, isto é, o comando dos negócios.

Conflito conhecido e declarado competente o suscitado"

(CC nº 1.779-PR, Rel. Min. Nilson Naves, *DJ* de 09.09.1991).

O colendo Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plena, também já decidiu que:

"1. Foro competente para declarar a falência nos termos do art. 7º, *caput*, da Lei Falencial. De como se define o estabelecimento básico mencionado na sobredita regra. Não é aquele a que os estatutos da sociedade conferem o título de principal, mas o que forma concretamente o corpo vivo, o centro vital das principais atividades comerciais do devedor, a sede ou núcleo dos negócios em sua palpitante vivência material.

2. Conflito de competência decidido pelo Supremo Tribunal na consideração do que acima é definido como estabelecimento principal ou básico do devedor" (CJ nº 6.025-SP, Rel. Min. Antônio Néder, *DJ* de 16.02.1977).

[...]

Esse entendimento tem uma razão lógica, como esclarece André Luiz Santa Cruz Ramos: "é no local do principal estabelecimento do devedor onde se encontra, provavelmente, a maioria dos seus clientes e a maior parte do seu patrimônio, o que facilita sobremaneira a instauração do concurso de credores e a arrecadação dos seus bens. Por isso, ademais, a competência é absoluta" (*Curso de Direito Empresarial*. 4. ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2010. p. 656.)

No caso, cada uma das sociedades que compõem o grupo possui apenas um estabelecimento comercial. Porém, o principal centro de atividades do Grupo, de onde irradiam as decisões administrativas e estratégicas, o seu "corpo vivo", está localizado em Sertãozinho - SP, conforme se vê na decisão do d. Juízo de Guaranésia-MG, mencionando petição das sociedades em recuperação, *verbis*:

> No caso, conforme manifestação esclarecedora de f. 2.656/2.663, que transcrevo parcialmente abaixo, o grupo econômico recuperando tem suas ações centralizadas no município de Sertãozinho, mais especificamente na sede da empresa Camaq - Caldeiraria e Máquinas Industriais Ltda.:
>
> "(...)
>
> Por outro lado, a direção geral, as diretrizes e todo o planejamento estratégico das empresas passam pela deliberação dos sócios majoritários, membros da família Marques.
>
> Ato contínuo, é certo afirmar que o centro da gestação e deliberações acerca dos negócios da família Marques é Sertãozinho/SP, onde se situa a Camaq e Asthúrias.
>
> Isto porque, além de o grupo econômico ter surgido a partir da CAMAQ, Sertãozinho é também o local que geograficamente melhor recepciona os dirigentes dos empreendimentos do Oeste do Estado de São Paulo e Sul do Estado de Minas Gerais.
>
> A CAMAQ, empresa precursora do "Grupo", tem sua sede localizada na (...), local onde se iniciou toda a atividade empresarial dos sócios até a constituição das demais empresas.
>
> Assim, pode-se afirmar que, de fato, as decisões administrativas sobre o Grupo Camaq-Alvorada são tomadas e centralizadas, em sua vasta maioria, na sede da empresa CAMAQ, localizada na cidade de Sertãozinho/SP.
>
> Vale salientar que o ajuizamento da Recuperação Judicial em outra Comarca que não a do principal estabelecimento do Grupo "Camaq-Alvorada" se deu em razão do pedido de Falência ajuizado por um credor de uma das Recuperandas, o que atraiu a competência jurisdicional, conforme preconiza a regra do § 8º do art. 6º da Lei 11.101/05.
>
> Com efeito, resta esclarecido e comprovado que a centralização das ações do Grupo Camaq-Alvorada se dá, predominantemente, na cidade de Sertãozinho, mais especificamente na sede da empresa Camaq - Caldeiraria e Máquinas Industriais Ltda. (f. 252).

Não fosse isso, na comarca de Sertãozinho se localizam duas das cinco sociedades empresárias em recuperação judicial.

Nesse contexto, deve o processamento da recuperação judicial do grupo econômico se dar perante o d. Juízo de Direito da 1ª Vara Cível de Sertãozinho-SP.

Vale ressaltar, nesse ponto, que, caso seja deferido o pedido de recuperação judicial do grupo econômico, será sobrestado o pedido de falência, passando a recuperação judicial a tramitar normalmente. Noutro giro, se durante o trâmite da recuperação judicial ocorrer uma das situações previstas no art. 73 da Lei 11.101/2005, a recuperação será convolada em falência, não mais da sociedade Alvorada do Bebedouro S.A. - Açúcar e Álcool, mas de todas as cinco sociedades empresárias em recuperação judicial.

Por todas essas razões, revela-se correto seja firmada a competência pelo foro onde localizado "o corpo vivo, o centro vital das principais atividades comerciais do devedor, a sede ou núcleo dos negócios em sua palpitante vivência material" (Min. Antônio Néder) do grupo econômico, do que fixar a competência somente tomando por base o anterior pedido de falência da sociedade Alvorada do Bebedouro S.A. - Açúcar e Álcool, ainda que tivesse sido aforado em Guaranésia-MG.

Em vista disso, os autos devem ser encaminhados ao d. Juízo de Direito da 1ª Vara Cível de Sertãozinho - SP, que decidirá sobre a validade do deferimento do processamento da recuperação judicial do Grupo Econômico, que fica mantido até o pronunciamento do Juízo competente, de modo a não prejudicar credores e as principais medidas já deferidas.

Ante o exposto, conheço do conflito para declarar a competência do d. Juízo de Direito da 1ª Vara Cível de Sertãozinho-SP para processar o pedido de recuperação judicial do Grupo Camaq-Alvorada.

Certidão de julgamento

Certifico que a egrégia Segunda Seção, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Após o voto do Sr. Ministro Relator conhecendo do conflito de competência e declarando competente o Juízo de Direito da 1ª Vara Cível de Sertãozinho-SP, pediu vista antecipadamente o Sr. Ministro Luis Felipe Salomão.

Aguardam os Srs. Ministros Paulo de Tarso Sanseverino, Antonio Carlos Ferreira, Ricardo Villas Bôas Cueva, Marco Buzzi, Nancy Andrighi e Massami Uyeda.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Maria Isabel Gallotti.

Brasília, 28 de setembro de 2011. *Ricardo Maffeis Martins* - Secretário.

Voto-vista

O SENHOR MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO - 1. Cuida-se de conflito negativo de competência instaurado entre o Juízo de Direito da 2ª Vara de Guaxupé/MG, suscitante, e os Juízos de Direito da 1ª Vara Cível de Sertãozinho/SP e de Guaranésia/MG, suscitados.

A questão central é determinar o Juízo competente para processar pedido de recuperação judicial de empresas, quando há várias (cinco) do mesmo grupo figurando no polo ativo, porém cada uma com sede em comarcas distintas.

No caso, há ainda a particularidade de que, inicialmente, Agrocampo Ltda. ajuizou pedido de falência em face da sociedade Alvorada do Bebedouro S.A. - Açúcar e Álcool perante o Juízo de Direito da 2ª Vara de Guaxupé/MG.

No entanto, ainda durante o prazo para contestação, a empresa contra a qual foi proposta a mencionada demanda (Agrocampo), em litisconsórcio ativo com outras quatro (Camaq Ltda., Asthurias, Usina Alvorada e Agrícola Monções) - que afirmam serem integrantes de grupo econômico denominado Camaq-Alvorada -, moveram pedido de recuperação judicial, conforme permite o art. 95 da Lei nº 11.101/05.

Na ocasião, salientaram que o pleito estava sendo proposto no mesmo Juízo em que havia sido efetuado pedido de falência da empresa que compõe o mencionado grupo, em atenção ao disposto no art. 6º, § 8º, da Lei nº 11.101/05 (f. 87).

Após deferida a recuperação judicial (f. 47), foram apresentadas duas exceções de incompetência, uma pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais e outra pelo credor Maurílio Biagi Filho.

O Juízo de Guaxupé, então, analisando conjuntamente os incidentes, asseverou que a empresa Alvorada do Bebedouro S.A. - Açúcar e Álcool não possui estabelecimento na comarca de Guaxupé e registrou que a aludida sociedade encontra-se estabelecida em Guaranésia/MG, onde dirige a maior parte de seus negócios.

Por conseguinte, reputou-se incompetente para processar e julgar o pedido de falência ajuizado e, consequentemente, por força do art. 6º, § 8º, da Lei nº 11.101/05, o pleito de recuperação judicial. Diante disso, acolheu as exceções, determinando a remessa dos autos para a comarca de Guaranésia/MG (f. 325-327).

O Juízo de Guaranésia/MG, por seu turno, reconheceu a existência, de fato, do grupo econômico e consignou a ausência de prova material acerca da sede administrativa dos negócios efetuados pelas empresas que o compõem. Assim, solicitou informações às recuperandas e, levando-as em conta, concluiu que as ações principais do grupo estariam centralizadas no município de Sertãozinho/SP, sede da empresa Camaq-Caldeiraria e Máquinas Industriais Ltda. Assim, declinou da competência para o processamento e julgamento do pleito de falência e do pedido de recuperação judicial, bem como dos incidentes a eles conexos, e remeteu todos os autos ao Juízo de Sertãozinho/SP (f. 140-150).

O citado Juízo paulista, por sua vez, ressaltou que cada "empresa devedora explora atividade empresária diversa e de forma autônoma; uma não é sede da outra e uma não é filial da outra; são todas autônomas compondo um grupo econômico. Não há predominância de um estabelecimento sobre o outro" (f. 158).

Dessa forma, deduziu que todos os Juízos das comarcas em que se encontram localizados os principais estabelecimentos de cada uma das empresas componentes do grupo econômico são competentes para processar e julgar a recuperação judicial por ele requerida, haja vista tratar-se de hipótese de competência territorial concorrente.

Em seguida, ponderou que "tendo as empresas devedoras optado por ajuizar pedido de recuperação judicial no juízo da comarca de Guaxupé, houve prevenção daquele juízo e a competência se prorrogou, inclusive porque atos altamente relevantes para o desfecho do pedido de recuperação judicial foram praticados por aquele juízo, de modo que competente é o juízo da comarca de Guaxupé-MG" (f. 159).

Dessarte, os autos retornaram ao Juízo de origem, o qual, após reiterar que nenhuma das recuperandas possui estabelecimento na comarca de Guaxupé/MG, suscitou o presente conflito, por entender que o juízo competente seria o de Guaranésia/MG, local em que a empresa-ré no processo de falência encontra-se estabelecida (f. 2/4).

As recuperandas se manifestaram, às f. 434-446, argumentando que a competência é do Juízo perante o qual foi proposta a ação de quebra, nos termos do art. 6º, § 8º, da Lei nº 11.101/05, visto que a empresa

acionada naquele feito possuia intensa atividade econômica no Município de Guaxupé.

Defenderam, ainda, a aplicação da teoria do fato consumado à espécie, pois a modificação do Juízo para processar e julgar as demandas no estado supostamente avançado em que se encontram seria prejudicial às partes envolvidas.

O eminente Ministro Raul Araújo indeferiu o pedido liminar, por não verificar a presença dos requisitos necessários para tanto (f. 963-967). Posteriormente, às f. 981/982, reconsiderou tal decisão apenas para designar o Juízo de Direito de Guaxupé para provisoriamente solucionar as questões urgentes.

O Ministério Público Federal, em parecer da lavra do ilustre Subprocurador-Geral da República Dr. Antônio Carlos Pessoa Lins, opinou pela competência do Juízo de Direito de Guaranésia/MG (f. 1.000-1.003). Na ocasião, observou:

> 12. No caso em tela, em que pese tenham as empresas recuperandas declarado ao Juízo de Guaranésia/MG que o principal estabelecimento do Grupo Econômico estaria na cidade de Sertãozinho/SP, onde localizada a sede da empresa CAMAQ Caldeiraria e Máquinas Industriais LTDA, nada juntaram aos autos que comprovasse sequer a existência do referido Grupo, quando muito a escolha e localização do suposto estabelecimento principal.
> 13.Por outro lado, em nada justifica o ajuizamento da ação de falência no domicílio da empresa que requer a quebra, como na espécie, quando há estreita previsão legal em sentido contrário.
> 14.Deveria a ação de falência, portanto, ter sido ajuizada, inicialmente, perante a Comarca de Guaranésia/MG, onde localizada a empresa Alvorada do Bebedouro S.A - Açúcar e Álcool, única demandada na ocasião. Por conseguinte, a recuperação judicial de todas as demais empresas, consideradas que sejam como único devedor, seguiria o mesmo destino da ação de quebra

Petição do credor e interessado Macquarie Bank Limited (f. 1.006), sustentando a competência funcional do local do principal estabelecimento das recuperandas, qual seja Sertãozinho/SP.

Na petição de f. 1.018-1.022, as recuperandas informaram fato novo, que supostamente refletiria no deslinde da controvérsia, consubstanciado na desistência da exceção de incompetência apresentada por Maurílio Biagi Filho, por entender o excipiente que a competência do Juízo de Guaxupé/MG já se consolidou, pelo tempo. Por esse motivo, requereram a retirada do feito de pauta.

O eminente Relator indeferiu o pedido, afirmando que a teoria do fato consumado já fora apreciada na liminar, ocasião em que observou que a Lei nº 11.101/05 leva o local do principal estabelecimento do devedor em consideração, para fins de fixação de competência, e salientou que no presente caso nem sequer houve aprovação do plano pelos credores, estando a recuperação na fase inicial (f. 1.024-1.026).

Na sessão do dia 28.09.2011, o ilustre Relator entendeu que o Juízo competente para processar e julgar as demandas relativas ao pedido de falência e ao pleito de recuperação judicial é o de Sertãozinho, por ser onde se localiza "o principal centro de atividades do Grupo, de onde irradiam as decisões administrativas e estratégicas, o seu 'corpo vivo'".

Pedi vista dos autos para melhor exame da matéria, haja vista as peculiaridades do caso.

É o relatório.

2. Consoante assinalado no relatório, o caso em exame ostenta particularidades que o distanciam dos comumente apreciados em conflito de competência.

De fato, o pedido de falência formulado por Agrocampo Ltda., empresa sediada em Guaxupé-MG, foi direcionado apenas à Alvorada do Bebedouro S.A. - Açúcar e Álcool, com sede em Guaranésia-MG.

No prazo da contestação, e perante o mesmo Juízo da 2ª Vara Cível de Guaxupé-MG onde proposta a falência, a ré Alvorada e outras quatro do mesmo grupo econômico postularam e obtiveram o deferimento da recuperação judicial.

2.1. Nesse passo, para o deslinde da controvérsia acerca da competência, mister examinar o art. 3º da Lei 11.101/2005:

> Art. 3º É competente para homologar o plano de recuperação extrajudicial, deferir a recuperação judicial ou decretar a falência o juízo do local do principal estabelecimento do devedor ou da filial de empresa que tenha sede fora do Brasil

A jurisprudência desta Corte, sob a égide da antiga Lei Falimentar, sempre foi firme sobre a interpretação a ser conferida à expressão "principal estabelecimento" (CC 37.736/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, *DJ* de 16.08.2004):

> Processo civil. Competência. Conflito positivo. Pedidos de falência e de concordata preventiva. Principal estabelecimento. Centro das atividades. Competência absoluta. Prevenção. Juízo incompetente. Sentença de declaração de falência prolatada por juízo diverso daquele em que estava sendo processada a concordata. Pedido de falência embasado em título quirografário anterior ao deferimento da concordata. Nulidade da sentença.
> O juízo competente para processar e julgar pedido de falência e, por conseguinte, de concordata é o da comarca onde se encontra "o centro vital das principais atividades do devedor", conforme o disposto no art. 7º da Lei de Falências (Decreto-Lei nº 7.661/45) e o firme entendimento do Superior Tribunal de Justiça a respeito do tema.
> A competência do juízo falimentar é absoluta.
> A prevenção prevista no § 1º do art. 202 da Lei de Falências incide tão-somente na hipótese em que é competente o juízo tido por prevento.
> Constatado que a falência foi declarada pelo juízo suscitado enquanto processada a concordata em outro juízo e, ainda, que o título quirografário que embasou o pedido de falência era anterior ao deferimento da concordata, impõe-se anular essa sentença que declarou a falência.
> Conflito conhecido, declarada a competência do Juízo de Direito da 4ª Vara Cível de Manaus – AM, anulados os atos

> decisórios praticados pelo Juízo de Direito da 39ª Vara Cível do Foro Central de São Paulo – SP e a sentença de declaração de falência proferida pelo Juízo de Direito da 4ª Vara Cível de Manaus – AM

Nessa ordem de idéias, tem-se que o foro competente para a recuperação e decretação de falência será o do maior volume de negócios, local mais importante da atividade empresária.

Como resolver a questão, porém, quando há um pedido de falência formulado erroneamente perante o Juízo do credor (Guaxupé) e pluralidade de partes (empresas do mesmo grupo econômico) requerendo a recuperação judicial naquele Juízo?

No caso concreto, o Juízo de Guaxupé/MG textualmente enfatizou que tanto a empresa Alvorada do Bebedouro S.A. - Açúcar e Álcool (ré na ação falimentar) quanto as demais recuperandas não possuem estabelecimento naquela comarca.

Portanto, dúvidas não restam quanto à incompetência desse Juízo para processar e julgar os feitos, pois não me afigura possível que a maior atividade econômica de uma empresa seja realizada em local onde não possua um único estabelecimento comercial.

2.2. Nesse ponto, insta observar que a competência para processar e julgar a falência é funcional e, portanto, absoluta (por todos, confira-se Nelson e Rosa Nery, *Leis civis comentadas*, Segunda Edição, RT, p. 593), razão pela qual a aplicação da teoria do fato consumado, a meu sentir, mostra-se indevida, pois o Juízo no qual se encontra a ação, como visto, é absolutamente incompetente para atuar no feito.

3. Nessa esteira, em relação à definição do Juízo competente para processar e julgar o requerimento de falência primeiro proposto e o pleito de recuperação judicial, se o Juízo de Guaranésia/MG ou de Sertãozinho/SP, ouso discordar da solução alvitrada pelo eminente Ministro Relator.

De fato, a demanda falimentar foi primeiramente ajuizada em face de Alvorada do Bebedouro S.A. - Açúcar e Álcool e o pedido de recuperação judicial efetuado pelo grupo econômico ocorreu no prazo de contestação, conforme autoriza o art. 95 da Lei nº 11.101/05, assim tudo me faz crer que o Juízo competente será aquele em que deveria ter sido proposta a ação de falência, solução proposta pelo douto representante do Ministério Público Federal.

Conforme se depreende dos autos, a empresa Alvorada do Bebedouro S.A. - Açúcar e Álcool (ré na demanda falimentar) possui seu único estabelecimento em Guaranésia/MG, sendo esta a Comarca em que deveria ter sido proposta a ação de falência.

É incontroverso que Guaranésia é o principal estabelecimento da ré.

Nos termos do art. 6º, § 8º, da Lei nº 11.101/05, a "distribuição do pedido de falência ou de recuperação judicial previne a jurisdição para qualquer outro pedido de recuperação judicial ou de falência, relativo ao mesmo devedor".

José da Silva Pacheco, ao discorrer sobre o preceito em comento, observou:

> A prevenção exclui a competência de outros órgãos judiciários, que também seriam competentes, a fim de determinar a competência do primeiro órgão a que foi regularmente distribuído o pedido. Qualquer outro pedido de falência ou recuperação de empresa, relativo ao mesmo devedor, não pode ser recebido em outro juízo, visto que a distribuição ao primeiro firma-lhe a competência, que perdura até o final do processo, em face do princípio da perpetuatio jurisdictionis (in Processo de Recuperação Judicial, Extrajudicial e Falência, 3ª ed, Editora Forense, Rio de Janeiro: 2009, pág. 65).

A questão da prevenção foi apreciada por esta Corte no CC 37.736/SP, da relatoria da eminente Min. Nancy Andrighi, cuja ementa foi reproduzida no item 2.1. deste voto, que tratou da definição do termo "principal estabelecimento".

No julgamento do mencionado conflito, examinado sob o enfoque do Decreto-lei nº 7.661/45, firmou-se a competência do Juízo falimentar de Manaus para apreciar o pedido de concordata preventiva, distribuído ao Juízo paulista.

Assim, conquanto o pedido de recuperação judicial tenha sido efetuado por cinco empresas que compõem um grupo econômico, certo é que contra uma dessas empresas já havia requerimento de falência em curso, o que, a meu sentir, torna prevento o Juízo no qual este se encontra para apreciar o pleito que busca o soerguimento das demandantes.

Convém reproduzir o seguinte trecho do parecer ministerial que aprecia, com propriedade, a questão:

> 12. (...) nada juntaram aos autos que comprovasse sequer a existência do referido Grupo, quando muito a escolha e localização do suposto estabelecimento principal.
> 13. (...)
> 14. Deveria a ação de falência, portanto, ter sido ajuizada, inicialmente, perante a Comarca de Guaranésia/MG, onde localizada a empresa Alvorada do Bebedouro S.A - Açúcar e Álcool, única demandada na ocasião. Por conseguinte, a recuperação judicial de todas as demais empresas, consideradas que sejam como único devedor, seguiria o mesmo destino da ação de quebra.
> 15. Não é em outro sentido, a previsão do § 8º do art. 6º do referido diploma, quando anuncia que "a distribuição do pedido de falência ou de recuperação judicial previne a jurisdição para qualquer outro pedido de recuperação judicial ou de falência, relativo ao mesmo devedor.

4. Ante o exposto, rogo vênias para divergir do ilustre Relator, e julgo competente o Juízo de Direito da Vara de Guaranésia/MG para processar e julgar o processo de falência ajuizado em face de Alvorada do Bebedouro S.A - Açúcar e Álcool e o pedido de recuperação judicial proposto pelo grupo empresarial intitulado Camaq-Alvorada.

É como voto.

Voto

O EXMO. SR. MINISTRO PAULO DE TARSO SANSEVERINO (Relator) - Sr. Presidente, pedindo vênia ao eminente Ministro Relator, acompanho a divergência inaugurada pelo Sr. Ministro Luis Felipe Salomão.

Voto vencido

MINISTRA MARIA ISABEL GALLOTTI - Sr. Presidente, tendo em vista que a recuperação judicial pretende abranger todo o grupo, e que o centro nervoso de atividades estratégicas do grupo situa-se em Sertãozinho, a meu ver, sendo a hipótese de competência absoluta ditada pelo art. 3º da Lei nº 11.101/2005, devemos, de logo, estabelecer a competência de Sertãozinho, local principal das atividades do grupo.

Portanto, com a devida vênia, acompanho o voto do Sr. Ministro Relator.

Voto vencido

EXMO. SR. MINISTRO MASSAMI UYEDA - Sr. Presidente, acompanho a relatoria, porque entendo também que esta questão tem que se ater ao centro vital do grupo. São cinco empresas que estão envolvidas e, como pertencem ao mesmo grupo, penso que o Juízo de Direito da Comarca de Sertãozinho é o competente, com todo o respeito.

Certidão

Certifico que a egrégia Segunda Seção, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Prosseguindo o julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Luis Felipe Salomão divergindo do Sr. Ministro Relator e conhecendo do conflito para declarar a competência do Juízo de Guaranésia - MG, a Seção, por maioria, conheceu do conflito e declarou competente o Juízo de Direito de Guaranésia - MG para processar e julgar o processo de falência ajuizado em face de Alvorada do Bebedouro S.A - Açúcar e Álcool e o pedido de recuperação judicial proposto pelo grupo empresarial intitulado Camaq-Alvorada, vencidos os Srs. Ministros Relator, Maria Isabel Gallotti e Massami Uyeda.

Lavrará o acórdão o Sr. Ministro Luis Felipe Salomão.

Votaram com o Sr. Ministro Luis Felipe Salomão, Relator para acórdão, os Srs. Ministros Paulo de Tarso Sanseverino, Antonio Carlos Ferreira, Ricardo Villas Bôas Cueva, Marco Buzzi e Nancy Andrighi.

Votaram vencidos os Srs. Ministros Raul Araújo (Relator), Isabel Gallotti e Massami Uyeda.

Brasília (DF), 10 de outubro de 2012. *Ana Elisa de Almeida Kirjner* - Secretária.

...

Recurso ordinário em *habeas corpus* - Prisão civil - Execução - Alimentos provisionais deferidos em ação cautelar preparatória - Ação principal não ajuizada - Posterior extinção da ação cautelar - Dúvida acerca da eficácia do título que embasa a execução e, assim, a legalidade da prisão civil do paciente, não esclarecida na origem - Medida extrema que não se justifica

1. Nos termos do enunciado da Súmula nº 482/STJ, "a falta de ajuizamento da ação principal no prazo do art. 806 do CPC acarreta a perda da eficácia da liminar deferida e a extinção do processo cautelar".

2. Tratando-se, entretanto, de ações cautelares envolvendo o Direito de Família, a doutrina majoritária afasta a aplicabilidade da regra do art. 806 do CPC.

3. Em sentido oposto, a Terceira Turma desta Corte, quando do julgamento do REsp 436.763/SP, Rel. o Ministro Humberto Gomes de Barros, *DJ* de 06.12.2007, entendeu que "os artigos 806 e 808, do CPC incidem nos processos cautelares de alimentos provisionais".

4. Caso concreto em que fora decretada a prisão civil do alimentante em execução de alimentos fixados em ação cautelar preparatória cuja correspondente ação principal não fora ajuizada, vindo a ser extinta, com a declaração da perda da eficácia da liminar concedida.

5. Necessidade de se determinar se o não ajuizamento da ação principal no prazo decadencial do artigo 806 do CPC acarreta a perda da eficácia da decisão liminar concedida na cautelar preparatória e, em caso positivo, qual o período em que a referida decisão produziu efeitos, sobretudo considerando que houve a extinção desta ação cautelar.

6. A questão, todavia, não foi enfrentada na origem, embora sua definição se mostre relevante, pois poderá acarretar a redução do *quantum* devido ou, até mesmo, a extinção da execução.

7. Irrazoabilidade do constrangimento à liberdade de ir e vir do paciente, medida sabidamente excepcional, antes de se definir a eficácia do título que embasa a execução de alimentos, e, assim, a legalidade da decretação da prisão.

8. Recurso ordinário provido.

RECURSO EM *HABEAS CORPUS* 33.395-MG (2012/0147664-6) - Relator: MINISTRO PAULO DE TARSO SANSEVERINO

Recorrente: A.C.M. - Advogado: Vicente Garcia Bergmann Filho e outros - Recorrido: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Interessado: L.G.L.M.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar provimento ao recurso ordinário em *habeas corpus*, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Ricardo Villas Bôas Cueva, Massami Uyeda e Sidnei Beneti votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Nancy Andrighi.

Brasília (DF), 04 de outubro de 2012 (data do julgamento). *Ministro Paulo de Tarso Sanseverino* - Relator.

Relatório

O EXMO. SR. MINISTRO PAULO DE TARSO SANSEVERINO (Relator) - Trata-se de recurso ordinário em *habeas corpus* interposto por V.G.B.F., em favor de A.C.M., contra acórdão proferido pelo Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, que denegou a ordem pleiteada, mantendo a prisão decretada em execução de alimentos, em julgado assim ementado (f. 233/239):

> Ementa: *Habeas Corpus*. Prisão civil. Alimentos prestados de forma parcial. Inadimplemento comprovado. Ordem denegada. 1 - A prisão civil por inadimplemento de obrigação alimentar é constrição excepcionalíssima com finalidade de coagir o devedor a prestar os alimentos a quem os deve, para propiciar a sobrevivência do alimentando. 2 - Conforme Súmula 309/STJ, o débito alimentar que autoriza a prisão civil do alimentante é o que compreende as três prestações anteriores ao ajuizamento da execução e as que se vencerem no curso do processo. 3 - Não demonstrando o paciente o pagamento, alegando apenas pagamento parcial, afasta-se a idéia de ilegalidade da prisão, devendo a ordem de *habeas corpus* lhe ser negada.

Opostos embargos de declaração (f. 243/245), foram rejeitados (f. 247/251).

O recorrente sustentou violação aos artigos 535 a 538 do Código de Processo Civil, afirmando que o Tribunal *a quo*, embora instado a fazê-lo, não se manifestou acerca das alegações de (i) ausência de título executivo judicial eficaz, pois, baseando-se a execução em decisão liminar proferida em ação cautelar preparatória de separação de corpos c/c guarda de menor e alimentos provisionais, indispensável a propositura da ação principal no prazo fixado nos artigos 806 e 808, I, do Código de Processo Civil, o que não ocorreu, de modo que a inobservância desta regra implica ilegalidade do decreto prisional e de (ii) cerceamento de defesa, em razão da ausência de intimação pessoal do paciente para a audiência de justificação, o que acarretou o seu não comparecimento ao ato.

Pugnou pelo provimento do recurso, para que seja afastado o decreto prisional.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo desprovimento do recurso (f. 269/274).

É o relatório.

Voto

O EXMO. SR. MINISTRO PAULO DE TARSO SANSEVERINO (Relator) - Eminentes Colegas.

O recurso ordinário merece ser provido.

Com efeito, consoante se vislumbra das informações prestadas pelo juízo da execução (f. 204), a execução de alimentos em que decretada a prisão civil do paciente baseia-se em decisão liminar proferida nos autos da ação cautelar preparatória de separação de corpos c/c guarda de menor e alimentos provisionais, nos seguintes termos (f. 34):

> O Sr. Juiz acolheu o parecer do MP para: [...] 3) fixar os alimentos provisórios em 2 SM tendo em vista ser conhecimento deste juízo no processo 024.93.033.960-1 o patrimônio do varão, e o valor arbitrado atender razoavelmente as necessidades da menor na idade em que se encontra.

O decreto prisional de f. 168, expedido em 23.09.2011, indica débito alimentar no valor de R$ 8.588,02, conforme cálculo apresentado pela exequente à f. 139, abrangendo os alimentos referentes aos meses de junho de 2010 a fevereiro de 2011.

A certidão constante dos autos à f. 09, por outro lado, dá conta de que "não houve distribuição de feito principal em trinta dias após a concessão de liminar prolatada em 14.05.2010".

Demais disso, em consulta processual realizada no sítio eletrônico do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais nesta data, verifica-se ter sido proferida decisão de extinção da ação cautelar em 29.05.2012, com a declaração da perda da eficácia da liminar concedida.

Esta decisão transitou em julgado no dia 15.06.2012.

Neste contexto, o impetrante alegou que houve a perda da eficácia do título executivo, em razão da ausência de interposição da ação principal no prazo previsto no art. 808, I c/c art. 806 do CPC.

Efetivamente, nos termos dos referidos artigos, cessa a eficácia da tutela cautelar concedida caso não ajuizada a ação principal no prazo de 30 dias após a sua efetivação, *verbis*:

> Art. 806. Cabe à parte propor a ação, no prazo de 30 (trinta) dias, contados da data da efetivação da medida cautelar, quando esta for concedida em procedimento preparatório.
>
> Art. 808. Cessa a eficácia da medida cautelar:
> I - Se a parte não intentar a ação no prazo estabelecido no art. 806;

Nesse sentido, o enunciado da Súmula 482/STJ: "A falta de ajuizamento da ação principal no prazo do art. 806 do CPC acarreta a perda da eficácia da liminar deferida e a extinção do processo cautelar".

Tratando-se, entretanto, de ações cautelares envolvendo Direito de Família (ou Direito das Famílias), a doutrina majoritária afasta a aplicabilidade da regra do artigo 806, do CPC, conforme prelecionava o saudoso Professor Galeno Lacerda (*Comentários ao Código de Processo Civil*, 8. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1999, v. 8, tomo 1, p. 379):

> No Direito de Família e no amparo ao menor e ao incapaz o bom senso repele a caducidade. Se o juiz cautelarmente decretou a separação de corpos, a prestação de alimentos à mulher e aos filhos abandonados, o resguardo do menor contra o castigo imoderado ou contra a guarda nociva, a regulamentação de visitas, a destituição provisória do pátrio poder, ou o tutor ou curador, é de evidência meridiana que o não ingresso da ação principal no prazo de 30 dias não pode importar respectivamente a reunião dos corpos que se odeiam, o desamparo e a fome da mulher e da criança, a eliminação da visita, o retorno do indigno ao pátrio poder, à tutela e a curatela. Façamos justiça ao art. 806 que jamais visou a objetivos odiosos e nefandos. Interpretamo-lo com inteligência e bom senso.

No mesmo sentido, Basílio de Oliveira (*Das medidas cautelares nas questões de família*, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1995, p. 130) expõe que:

> Tais medidas, endereçadas às questões de família, não precluem, embora requeridas pelo interessado, não só em virtude do seu caráter, em princípio administrativo, como também porque, mesmo jurisdicionais, pela existência da lide, os valores são de relevância humana, o que torna inviável a decadência dessas medidas protetivas de cunho satisfativo.

Márcio Louzada Carpena (*Do processo cautelar moderno*, 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 311), considerando o hodierno discernimento entre tutela cautelar e tutela antecipada (direcionada ao direito material), defende que a não sujeição das ações cautelares em sede de direito de família ao prazo do artigo 806 do Código de Processo Civil decorre do "[...] fato de não serem cautelares", mas "[...] pleitos de natureza satisfativa; não visam a proteger a prestação jurisdicional, mas, sim, entregar antecipadamente e de forma provisória o direito material".

Yussef Said Cahali (*Dos alimentos*, 6. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 634), por sua vez, excepciona a perda da eficácia da medida cautelar de alimentos provisionais pelo decurso do prazo decadencial quando, "[...] concedidos embora em procedimento cautelar, poderiam ter sido reclamados como alimentos provisórios incidentalmente em ação de alimentos".

Em sentido oposto, a Terceira Turma desta Corte, quando do julgamento do REsp 436.763/SP, Rel. o Ministro Humberto Gomes de Barros, entendeu que "os artigos 806 e 808, do CPC incidem nos processos cautelares de alimentos provisionais".

Confira-se a ementa do julgado:

> Embargos de terceiro. Execução. Alimentos. Nulidade da execução. Cautelar. Ausência de interposição da ação principal. Ofensa aos artigos 806 e 808 do CPC.
> - Os Artigos 806 e 808, do CPC incidem nos processos cautelares envolvendo alimentos provisionais (REsp 436.763/SP, Rel. Ministro Humberto Gomes de Barros, Terceira Turma, *DJ* de 06.12.2007, p. 312).

Como se vê, a redação dos artigos 806 e 808 do Código de Processo Civil, o enunciado da Súmula nº 482/STJ, a posição da doutrina e o precedente desta Corte estão a evidenciar a existência de dúvida acerca da eficácia do título que embasa a execução de alimentos em que decretada a prisão civil do paciente.

De fato, deve-se determinar se o não ajuizamento da ação principal no prazo decadencial do artigo 806 do Código de Processo Civil acarreta a perda da eficácia da decisão liminar concedida na cautelar preparatória, e, em caso positivo, qual o período em que a referida decisão produziu efeitos, sobretudo considerando que houve a extinção desta ação cautelar.

O Tribunal *a quo*, entretanto, não se manifestou a respeito, embora instado a fazê-lo, conforme se verifica da petição inicial do *writ* na origem (f. 02/07) e dos embargos de declaração opostos contra o acórdão recorrido (f. 243/245).

A definição desta questão é relevante, pois poderá acarretar a redução do *quantum* devido ou, até mesmo, a extinção da execução.

Assim, não se mostra razoável o constrangimento à liberdade de ir e vir do paciente (CF, art. 5º, LXVII), medida sabidamente excepcional, antes de se definir a eficácia e liquidez do título que embasa a execução de alimentos, e, assim, a legalidade da decretação da prisão.

Não se está aqui, saliente-se, a desobrigar o alimentante da obrigação de prestar alimentos, fixada na decisão de f. 34, até porque inviável nesta via, mas tão-somente afastando-se a força coercitiva desta obrigação (prisão civil do alimentante), até que a questão referente à eficácia do título executivo seja esclarecida na origem.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso ordinário para, reformando o acórdão recorrido, conceder a ordem postulada.

Oficie-se, com urgência, ao MM. Juízo da 3ª Vara de Família, da Comarca de Belo Horizonte/MG, comunicando-lhe a presente decisão, para o devido cumprimento.

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:

A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso ordinário em *habeas corpus*, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Ricardo Villas Bôas Cueva, Massami Uyeda e Sidnei Beneti votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Nancy Andrighi.

Brasília, 04 de outubro de 2012. - *Maria Auxiliadora Ramalho da Rocha* - Secretária.

(Publicado no *DJe* de 05.10.2012).

...

Processo penal - Recurso especial - Crime ambiental - Ação penal - Rejeição da denúncia - Assinatura de termo de ajustamento de conduta - Ausência de justa causa não configurada - Ilicitude da conduta apontada como delituosa não afastada

1. A assinatura do termo de ajustamento de conduta, firmado na esfera administrativa, entre o Ministério Público estadual e o suposto autor de crime ambiental, não impede a instauração da ação penal, diante da independência das instâncias, devendo ser considerado seu eventual cumprimento, quando muito, para fins de redução do *quantum* das penas a serem impostas.

2. A assinatura do termo de ajustamento, *in casu*, não revela ausência de justa causa para a ação penal e, por ausência de previsão legal nesse sentido, não constitui causa de extinção da ilicitude da conduta potencialmente configuradora de crime ambiental.

3. O trancamento da ação penal por falta de justa causa constitui medida de exceção, somente cabível quando, pela mera exposição dos fatos, verifique-se, de plano, a atipicidade da conduta, a inexistência de prova da materialidade do delito ou a ausência de uma das condições de procedibilidade do feito.

4. Recurso especial provido.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.294.980 - MG (2011/0292433-2) - Relatora: MINISTRA ALDERITA RAMOS DE OLIVEIRA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/PE)

Recorrente: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Recorrido: Darci Tomaz de Souza - Advogados: Cícero Teixeira Pereira e outros.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, prosseguindo no julgamento após o voto-vista da Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura dando provimento ao recurso especial, e os votos dos Srs. Ministros Og Fernandes, Sebastião Reis Júnior e da Sra. Ministra Assusete Magalhães no mesmo sentido, por unanimidade, dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. A Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura e os Srs. Ministros Og Fernandes, Sebastião Reis Júnior e Assusete Magalhães votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes.

Brasília (DF), 11 de dezembro de 2012. - *Alderita Ramos de Oliveira* - Relatora.

Relatório

A EXMA. SRA. MINISTRA ALDERITA RAMOS DE OLIVEIRA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/PE) (Relatora) - Cuida-se de recurso especial interposto pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais, com fulcro no art. 105, inciso III, alínea *a*, da Carta Maior, no intuito de ver reformado acórdão prolatado pelo eg. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sob o fundamento de ter o mesmo malferido o art. 38, *caput*, da Lei n.º 9.605/98, bem como os arts. 41 e 395, inciso III, do Código de Processo Penal.

Consta dos autos que, em julho de 2009, o ora recorrente ofereceu denúncia contra Darci Tomaz de Souza, pela suposta prática do crime previsto no art. 38 da Lei nº 9.605/98, ao fundamento que ele, "por volta de meados do ano de 2008, sem autorização, no Sítio Pindorama, situado em zona rural de Santana dos Montes-MG, danificou, com corte raso sem destoca, floresta em estágio médio de desenvolvimento, sendo que parte da área, 300m^2 (trezentos metros quadrados), considerada área de preservação permanente, isto por estar localizada em área de margem de curso d'água" (f. 04, e-STJ).

Em resposta, a defesa pleiteou a rejeição da denúncia, sustentando, em síntese, que: (i) o Termo de Ajustamento de Conduta anteriormente firmado pelo acusado, com o Parquet, obstaria a propositura da ação penal, seja por falta de justa causa, seja por constituir causa supralegal de exclusão da ilicitude; e (ii) que o dano seria insignificante, pelo que afastada estaria a tipicidade penal.

O Juízo de Direito da 2.ª Vara Criminal e de Execuções Penais da Comarca de Conselheiro Lafaiete - MG rejeitou a denúncia ofertada (fls. 121/122), com esteio na seguinte fundamentação:

> [...] No presente caso, ao que consta o acusado cumpriu integralmente o acordo firmado no Termo de Ajustamento de Conduta, fato que hora nenhuma foi contestado pelo Ministério Público e nem consta da denúncia de que o mesmo tenha continuado a praticar atos atentatórios contra o meio ambiente.

> De tal forma, tendo sido cumprido integralmente pelo acusado o Termo de Ajustamento de Conduta, a meu ver, medida plenamente adequada para a proteção ao meio ambiente, não há justa causa para o prosseguimento da presente ação penal.
> Ante o exposto, e por tudo mais que dos autos consta, acolho a tese defensiva acima exposta e, via de consequência, rejeito a denúncia ofertada pelo Ministério Público às f. 02/03.

Irresignado com o teor do *decisum*, interpôs o *Parquet* estadual recurso em sentido estrito. Pugnou, assim, pelo recebimento da denúncia, ao fundamento de que o Termo de Ajustamento de Conduta teria como objeto a reparação dos danos materiais e moral, não interferindo na aplicação da sanção penal.

A 3.ª Câmara Criminal do eg. TJ/MG, por unanimidade de votos dos seus integrantes, negou provimento ao recurso, em aresto que restou assim ementado:

> Recurso em sentido estrito. Crime ambiental. Existência de termo de compromisso de ajustamento de conduta. Ausência de justa causa. 1. A assinatura do Termo de Compromisso de Ajustamento da Conduta Ambiental (TAC) junto aos órgãos competentes antes do oferecimento da denúncia pelo Ministério Público obsta a propositura da mesma, ante a ausência de justa causa para instauração da respectiva ação penal, sobretudo diante da existência de documentos que comprovam o integral cumprimento do acordo firmado. 2. Recurso não provido.

Em face do julgado foram opostos, ainda, embargos de declaração (f. 178/180, e-STJ), que terminaram, também à unanimidade, rejeitados.

Ainda inconformado com o teor do v. aresto prolatado, interpôs o Ministério Público estadual o recurso especial que ora se apresenta.

Em suas razões, indica o recorrente ofensa ao art. 38, *caput*, da Lei nº 9.605/98, bem como os arts. 41 e 395, inciso III, do Código de Processo Penal. Sustenta, em síntese, que, "sendo o delito previsto no art. 38, *caput*, da Lei nº 9.605/98 de ação penal pública incondicionada (art. 26 da mesma Lei), não poderia o Ministério Público deixar de promover a ação penal em razão de acordo celebrado com o réu, pois vige, no caso, o princípio da obrigatoriedade" (f. 199, e-STJ), afirmando, ao final, que "a celebração de termo de ajustamento de conduta, não consta, tanto no Código Penal, quanto na legislação especial, como causa de extinção de punibilidade do agente" (f. 202, e-STJ), ao que requer o provimento do recurso para que o acusado seja processado nos termos da exordial acusatória.

O ora recorrido apresentou suas contrarrazões ao apelo nobre, pugnando pela inadmissão ou não provimento do mesmo (f. 208/212). Na referida peça aduz o recorrido: (i) que o cumprimento integral do termo de ajustamento de conduta firmado revela a ausência de justa causa para a ação penal, além de consistir em causa supralegal de extinção da punibilidade; (ii) ser insignificante a lesão causada; e (iii) ser atípica a conduta, uma vez que reparado o dano causado ao meio ambiente antes mesmo da propositura da ação penal.

Na origem, em exame de prelibação, recebeu o recurso crivo positivo de admissibilidade, ascendendo, assim, a esta Corte Superior (f. 214/216, e-STJ).

O Ministério Público Federal opina pelo provimento do recurso, em parecer da lavra da Subprocuradora-Geral da República, Dra. Zélia Oliveira Gomes, assim ementado:

> Recurso Especial. Crime ambiental. Rejeição da denúncia. Termo de ajustamento de condutas. Impossibilidade.
> - O termo de ajustamento de condutas firmado na esfera administrativa entre o Ministério Público e o autor de crime ambiental não impede a instauração da ação penal, devendo ser considerado, uma vez devidamente cumprido, apenas na hipótese de eventual condenação, para o fim de possível redução das penas.
> - No caso sob exame, a denúncia descreve a conduta que se ajusta ao tipo previsto no art. 38, da Lei nº 9.605/98, não podendo ser obstado o prosseguimento da ação penal por ter sido firmado termo de ajustamento de condutas, na esfera administrativa, para fim de reparação do dano ambiental.
> Parecer pelo provimento do recurso.

É o relatório.

Voto

A EXMA. SRA. MINISTRA ALDERITA RAMOS DE OLIVEIRA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/PE) (Relatora) - Prequestionada a matéria federal inserta nos dispositivos legais apontados pelo recorrente como malferidos e restando devidamente preenchidos os demais pressupostos de admissibilidade recursal, impõe-se o conhecimento do apelo nobre interposto pelo Ministério Público estadual.

Cinge-se a controvérsia, primeiramente, a saber se o Termo de Ajustamento de Conduta anteriormente firmado pelo acusado, com o *Parquet*, obstaria a propositura da presente ação penal, seja por falta de justa causa, seja por constituir causa supralegal de exclusão da ilicitude.

A Corte de origem, consoante já relatado, ratificou o entendimento do juízo de primeiro grau, concluindo, assim, pela rejeição da exordial acusatória. Tal solução, todavia, discrepa da orientação jurisprudencial sedimentada desta Corte Superior.

O recurso especial manejado pelo *Parquet* se faz, assim, merecedor de provimento.

Com efeito, tem esta Corte Superior decidido iterativamente, como se pode colher dos precedentes oriundos das duas Turmas julgadoras integrantes de sua eg. Terceira Seção, que, a assinatura do termo de ajustamento de conduta, firmado na esfera administrativa, entre o Ministério Público estadual e o suposto autor de crime ambiental, não impede a instauração da ação penal, diante da independência das instâncias, devendo ser considerado seu eventual cumprimento, quando muito, para fins de redução do *quantum* das penas a serem impostas.

Não há falar, assim, em ausência de justa causa para a ação penal em tela e, tampouco, na extinção da ilicitude pela assinatura do termo ou mesmo do implemento das condições ali pactuadas, porquanto inexiste, em nosso ordenamento, previsão legal nesse sentido.

Na esteira, faz-se oportuna a colação, à guisa de exemplo, dos seguintes julgados:

> Recurso Ordinário em *Habeas Corpus*. Penal. Crime ambiental previsto nos arts. 38, 60, c.c. o art. 3º, e 15, inciso II, alíneas *a* e *o*, todos da Lei nº 9.605/98. Trancamento da ação penal. Alegação de ausência de justa causa. Inépcia da inicial. Inexistência. Termo de ajustamento de conduta devidamente cumprido. Matéria não analisada no acórdão recorrido. Recurso desprovido.
> [...] 4. "A assinatura do termo de ajustamento de conduta não obsta a instauração da ação penal, pois esse procedimento ocorre na esfera cível, que é independente da penal" (R*HC* 24.499/SP, 6ª Turma, Rel. Min.ª Maria Thereza de Assis Moura, *DJe* de 03.10.2011).
> 5. A alegação de ausência de justa causa para a ação penal em razão da existência de termo de ajustamento de conduta, devidamente cumprido, não deve ser conhecida por esta Corte Superior. Depreende-se que o acórdão hostilizado não apreciou a referida controvérsia, razão por que não cabe a esta Corte Superior antecipar-se em tal exame, sob pena de indevida supressão de instância."
> 6. Recurso desprovido (R*HC* 31877/TO, Rel.ª Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 21.06.2012, *DJe* de 29.06.2012).

> Processual penal. *Habeas Corpus*. Crime ambiental. Poluição. Trancamento da ação penal. Impossibilidade. Termo de ajustamento de conduta que não impede a instauração da ação penal. Independência entre as esferas administrativa e penal. Aceitação de *sursis* processual. Ordem denegada.
> 1. A suspensão condicional do processo não obsta o exame da alegação de trancamento da ação penal. Precedentes do STJ.
> 2. O trancamento de ação penal em sede de *habeas corpus* reveste-se sempre de excepcionalidade, somente admitido nos casos de absoluta evidência de que, nem mesmo em tese, o fato imputado constitui crime.
> 3. A estreita via eleita não se presta como instrumento processual para exame da procedência ou improcedência da acusação, com incursões em aspectos que demandam dilação probatória e valoração do conjunto de provas produzidas, o que só poderá ser feito após o encerramento da instrução criminal, sob pena de violação ao princípio do devido processo legal.
> 4. A assinatura do termo de ajustamento de conduta não obsta a instauração da ação penal, pois esse procedimento ocorre na esfera administrativa, que é independente da penal.
> 5. Ordem denegada (*HC* 82.911/MG, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, julgado em 05.05.2009, *DJe* de 15.06.2009).

> R*HC*. Crime ambiental. Aceitação de *sursis* processual. Indiciamento posterior ao oferecimento da denúncia já realizado. Possibilidade de seu cancelamento. Termo de ajustamento de conduta que não impede a instauração da ação penal. Áreas de atuação diversas. Trancamento da ação penal. Falta de justa causa. Impossibilidade. Exame da matéria de mérito. Revolvimento de provas. Supressão de instância. Recurso a que se nega provimento.
> A modificação feita na jurisprudência desta Casa possibilita o exame do pedido de trancamento da ação penal, mesmo que esta esteja suspensa pelo *sursis* processual.
> Se o indiciamento feito após a denúncia, se mostrava desnecessário, mas já ocorreu, não se pode mais coibi-lo, podendo-se apenas determinar o seu cancelamento.
> A assinatura do termo de ajustamento de conduta não impede a instauração da ação penal, pois esta ocorre em área de atuação diversa.
> Se o laudo é inapto para demonstrar a existência do crime, impõe-se o acolhimento da pretensão do recorrente, com o conseqüente trancamento da ação penal.
> Dado provimento ao recurso para determinar o cancelamento do indiciamento e para trancar a ação penal (R*HC* 21469/SP, Rel.ª Ministra Jane Silva (Desembargadora convocada do TJMG), Quinta Turma, julgado em 16.10.2007, *DJ* de 05.11.2007, p. 289).

No mais, parece-me razoável destacar que a exordial acusatória emprestou a seguinte narrativa aos fatos delitivos ali denunciados:

> Consta dos inclusos autos de inquérito policial que o denunciado, por volta de meados do ano de 2008, sem autorização, no Sítio Pindorama, situado em zona rural de Santana dos Montes-MG, danificou, com corte raso sem destoca, floresta em estágio médio de desenvolvimento, sendo que parte da área, 300 m² (trezentos metros quadrados), considerada área de preservação permanente, isto por estar localizada em área de margem de curso d'água.
> Destarte, tendo o denunciado incorrido na delituosa conduta capitulada no art. 38 da Lei nº 9.605/98, requer este subscritor seja ele regularmente citado para responder a acusação, apresentando defesa que tiver [...]" (f. 04/05, e-STJ).

A despeito da concisão da peça inaugural, o exame comparativo do tipo penal ali indicado com a conduta atribuída ao recorrido deixa evidente que a acusação atende aos requisitos legais do art. 41 do Código de Processo Penal, de forma suficiente para a deflagração da ação penal, bem como para o pleno exercício da defesa.

A denúncia apresenta os elementos para a tipificação do crime em tese, demonstra o envolvimento do recorrido com o fato delituoso, dando ao acusado, assim, ciência da conduta ilícita que lhe foi imputada, de modo a garantir a ele o livre exercício do contraditório e da ampla defesa.

Não é demais ressaltar que o trancamento da ação penal por falta de justa causa constitui medida de exceção, somente cabível quando, pela mera exposição dos fatos, verifique-se, de plano, a atipicidade da conduta, a inexistência de prova da materialidade do delito ou ausência de uma das condições de procedibilidade do feito, o que, consoante o já demonstrado, não se vislumbra na hipótese vertente.

Finalmente, insta destacar que as demais questões suscitadas em contrarrazões ao apelo nobre dizem respeito ao mérito da imputação e demandam aprofundado exame da prova, sendo a instrução criminal o âmbito adequado para sua escorreita apreciação.

Ante o exposto, acolhendo o parecer ministerial, dou provimento ao presente recurso especial para, recebendo a denúncia, determinar o regular processamento da ação penal.

É como voto.

Certidão

Certifico que a egrégia Sexta Turma, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"Após o voto da Sra. Ministra Relatora dando provimento ao recurso especial, pediu vista a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Aguardam os Srs. Ministros Og Fernandes e Sebastião Reis Júnior e a Sra. Ministra Assusete Magalhães."

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes.

Brasília, 04 de dezembro de 2012. - *Eliseu Augusto Nunes de Santana* - Secretário.

Voto-vista

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA - Pedi vista dos autos para melhor apreciar a questão da carência de justa causa, à luz do teor do termo de ajustamento firmando pelo recorrido.

O presente feito foi assim sumariado pela relatora, eminente Desembargadora convocada Alderita Ramos de Oliveira:

> Cuida-se de recurso especial interposto pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais, com fulcro no art. 105, inciso III, alínea a, da Carta Maior, no intuito de ver reformado acórdão prolatado pelo eg. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sob o fundamento de ter o mesmo malferido o art. 38, caput, da Lei n.° 9.605/98, bem como os arts. 41 e 395, inciso III, do Código de Processo Penal.
>
> Consta dos autos que, em julho de 2009, o ora recorrente ofereceu denúncia contra Darci Tomaz de Souza, pela suposta prática do crime previsto no art. 38 da Lei n° 9.605/98, ao fundamento que ele, "por volta de meados do ano de 2008, sem autorização, no Sítio Pindorama, situado em zona rural de Santana dos Montes-MG, danificou, com corte raso sem destoca, floresta em estágio médio de desenvolvimento, sendo que parte da área, 300m^2 (trezentos metros quadrados), considerada área de preservação permanente, isto por estar localizada em área de margem de curso d'água" (f. 04, e-STJ).
>
> Em resposta, a defesa pleiteou a rejeição da denúncia, sustentando, em síntese, que: (i) o Termo de Ajustamento de Conduta anteriormente firmado pelo acusado, com o Parquet, obstaria a propositura da ação penal, seja por falta de justa causa, seja por constituir causa supralegal de exclusão da ilicitude; e (ii) que o dano seria insignificante, pelo que afastada estaria a tipicidade penal.
>
> O Juízo de Direito da 2.ª Vara Criminal e de Execuções Penais da Comarca de Conselheiro Lafaiete - MG, rejeitou a denúncia ofertada (fls. 121/122), com esteio na seguinte fundamentação:
>
> '[...] No presente caso, ao que consta o acusado cumpriu integralmente o acordo firmado no Termo de Ajustamento de Conduta, fato que hora nenhuma foi contestado pelo Ministério Público e nem consta da denúncia de que o mesmo tenha continuado a praticar atos atentatórios contra o meio ambiente.
>
> De tal forma, tendo sido cumprido integralmente pelo acusado o Termo de Ajustamento de Conduta, a meu ver, medida plenamente adequada para a proteção ao meio ambiente, não há justa causa para o prosseguimento da presente ação penal.
>
> Ante o exposto, e por tudo mais que dos autos consta, acolho a tese defensiva acima exposta e, via de consequência, rejeito a denúncia ofertada pelo Ministério Público às f. 02/03'.
>
> Irresignado com o teor do *decisum*, interpôs o Parquet estadual recurso em sentido estrito. Pugnou, assim, pelo recebimento da denúncia, ao fundamento de que o Termo de Ajustamento de Conduta teria como objeto a reparação dos danos materiais e moral, não interferindo na aplicação da sanção penal.
>
> A 3ª Câmara Criminal do eg. TJMG, por unanimidade de votos dos seus integrantes, negou provimento ao recurso, em aresto que restou assim ementado:
>
> 'Recurso em sentido estrito. Crime ambiental. Existência de termo de compromisso de ajustamento de conduta. Ausência de justa causa. 1. A assinatura do Termo de Compromisso de Ajustamento da Conduta Ambiental (TAC) junto aos órgãos competentes antes do oferecimento da denúncia pelo Ministério Público obsta a propositura da mesma, ante a ausência de justa causa para instauração da respectiva ação penal, sobretudo diante da existência de documentos que comprovam o integral cumprimento do acordo firmado. 2. Recurso não provido'.
>
> Em face do julgado foram opostos, ainda, embargos de declaração (f. 178/180, e-STJ), que terminaram, também à unanimidade, rejeitados.
>
> Ainda inconformado com o teor do v. aresto prolatado, interpôs o Ministério Público estadual o recurso especial que ora se apresenta.
>
> Em suas razões, indica o recorrente ofensa ao art. 38, *caput*, da Lei n° 9.605/98, bem como os arts. 41 e 395, inciso III, do Código de Processo Penal. Sustenta, em síntese, que, "sendo o delito previsto no art. 38, *caput*, da Lei n° 9.605/98 de ação penal pública incondicionada (art. 26 da mesma Lei), não poderia o Ministério Público deixar de promover a ação penal em razão de acordo celebrado com o réu, pois vige, no caso, o princípio da obrigatoriedade" (f. 199, e-STJ), afirmando, ao final, que "a celebração de termo de ajustamento de conduta, não consta, tanto no Código Penal, quanto na legislação especial, como causa de extinção de punibilidade do agente" (f. 202, e-STJ), ao que requer o provimento do recurso para que o acusado seja processado nos termos da exordial acusatória.
>
> O ora recorrido apresentou suas contrarrazões ao apelo nobre, pugnando pela inadmissão ou não provimento do mesmo (f. 208/212). Na referida peça aduz o recorrido: (i) que o cumprimento integral do termo de ajustamento de conduta firmado revela a ausência de justa causa para a ação penal, além de consistir em causa supralegal de extinção da punibilidade; (ii) ser insignificante a lesão causada; e (iii) ser atípica a conduta, uma vez que reparado o dano causado ao meio ambiente antes mesmo da propositura da ação penal.
>
> Na origem, em exame de prelibação, recebeu o recurso crivo positivo de admissibilidade, ascendendo, assim, a esta Corte Superior (f. 214/216, e-STJ).
>
> O Ministério Público Federal opina pelo provimento do recurso, em parecer da lavra da Subprocuradora-Geral da República, Dra. Zélia Oliveira Gomes, assim ementado:

'Recurso Especial. Crime ambiental. Rejeição da denúncia. Termo de ajustamento de condutas. Impossibilidade.
- O termo de ajustamento de condutas firmado na esfera administrativa entre o Ministério Público e o autor de crime ambiental não impede a instauração da ação penal, devendo ser considerado, uma vez devidamente cumprido, apenas na hipótese de eventual condenação, para o fim de possível redução das penas.
- No caso sob exame, a denúncia descreve a conduta que se ajusta ao tipo previsto no art. 38, da Lei nº 9.605/98, não podendo ser obstado o prosseguimento da ação penal por ter sido firmado termo de ajustamento de condutas, na esfera administrativa, para fim de reparação do dano ambiental.
Parecer pelo provimento do recurso'.

Pela sua compreensão, é de se dar provimento ao recurso especial interposto pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais, destacando-se de seu douto voto os seguintes trechos:

Prequestionada a matéria federal inserta nos dispositivos legais apontados pelo recorrente como malferidos e restando devidamente preenchidos os demais pressupostos de admissibilidade recursal, impõe-se o conhecimento do apelo nobre interposto pelo Ministério Público estadual.
Cinge-se a controvérsia, primeiramente, a saber se o Termo de Ajustamento de Conduta anteriormente firmado pelo acusado, com o Parquet, obstaria a propositura da presente ação penal, seja por falta de justa causa, seja por constituir causa supralegal de exclusão da ilicitude.
A Corte de origem, consoante já relatado, ratificou o entendimento do juízo de primeiro grau, concluindo, assim, pela rejeição da exordial acusatória. Tal solução, todavia, discrepa da orientação jurisprudencial sedimentada desta Corte Superior.
O recurso especial manejado pelo Parquet se faz, assim, merecedor provimento.
Com efeito, tem esta Corte Superior decidido iterativamente, como se pode colher dos precedentes oriundos das duas Turmas julgadoras integrantes de sua eg. Terceira Seção, que, a assinatura do termo de ajustamento de conduta, firmado na esfera administrativa, ente o Ministério Público e o estadual e o suposto autor de crime ambiental, não impede a instauração da ação penal, diante da independência das instâncias, devendo ser considerado seu eventual cumprimento, quando muito, para fins de redução do *quantum* das penas a serem impostas.
Não há falar, assim, em ausência de justa causa para a ação penal em tela e, tampouco, na extinção da ilicitude pela assinatura do termo ou mesmo do implemento das condições ali pactuadas, porquanto inexiste, em nosso ordenamento, previsão legal nesse sentido.
Na esteira, faz-se oportuna a colação, à guisa de exemplo, dos seguintes julgados:
[...]
A despeito da concisão da peça inaugural, o exame comparativo do tipo penal ali indicado com a conduta atribuída ao recorrido, deixa evidente que a acusação atende aos requisitos legais do art. 41 do Código de Processo Penal, de forma suficiente para a deflagração da ação penal, bem como para o pleno exercício da defesa.
A denúncia apresenta os elementos para a tipificação do crime em tese, demonstra o envolvimento do recorrido com o fato delituoso, dando ao acusado, assim, ciência da conduta ilícita que lhe foi imputada, de modo a garantir a ele o livre exercício do contraditório e da ampla defesa.
Não é demais ressaltar que o trancamento da ação penal por falta de justa causa constitui medida de exceção, somente cabível quando, pela mera exposição dos fatos, verifique-se, de plano, a atipicidade da conduta, a inexistência de prova da materialidade do delito ou ausência de uma das condições de procedibilidade do feito, o que, consoante o já demonstrado, não se vislumbra na hipótese vertente.
Finalmente, insta destacar que as demais questões suscitadas em contrarrazões ao apelo nobre dizem respeito ao mérito da imputação e demandam aprofundado exame da prova, sendo a instrução criminal o âmbito adequado para sua escorreita apreciação.
Ante o exposto, acolhendo o parecer ministerial, dou provimento ao presente recurso especial para, recebendo a denúncia, determinar o regular processamento da ação penal.

Passo, então, às minhas considerações.

Acerca do tema em foco, reflexos da celebração de termo de ajustamento de conduta ambiental - TAC - e seus efeitos na esfera penal, já tive oportunidade de expor meu ponto de vista, no seio do *HC* 187.043, cujos argumentos ora peço vênia para reavivar.

A temática encontra-se tratada no seguinte comando da Lei nº 9.605/98:

Art. 79-A. Para o cumprimento do disposto nesta Lei, os órgãos ambientais integrantes do SISNAMA, responsáveis pela execução de programas e projetos e pelo controle e fiscalização dos estabelecimentos e das atividades suscetíveis de degradarem a qualidade ambiental, ficam autorizados a celebrar, com força de título executivo extrajudicial, termo de compromisso com pessoas físicas ou jurídicas responsáveis pela construção, instalação, ampliação e funcionamento de estabelecimentos e atividades utilizadores de recursos ambientais, considerados efetiva ou potencialmente poluidores. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.163-41, de 23.8.2001)
§ 1º O termo de compromisso a que se refere este artigo destinar-se-á, exclusivamente, a permitir que as pessoas físicas e jurídicas mencionadas no *caput* possam promover as necessárias correções de suas atividades, para o atendimento das exigências impostas pelas autoridades ambientais competentes, sendo obrigatório que o respectivo instrumento disponha sobre: (Incluído pela Medida Provisória nº 2.163-41, de 23.8.2001)
I - o nome, a qualificação e o endereço das partes compromissadas e dos respectivos representantes legais; (Incluído pela Medida Provisória nº 2.163-41, de 23.8.2001)
II - o prazo de vigência do compromisso, que, em função da complexidade das obrigações nele fixadas, poderá variar entre o mínimo de noventa dias e o máximo de três anos, com possibilidade de prorrogação por igual período; (Incluído pela Medida Provisória nº 2.163-41, de 23.8.2001)
III - a descrição detalhada de seu objeto, o valor do investimento previsto e o cronograma físico de execução e de implantação das obras e serviços exigidos, com metas trimestrais a serem atingidas; (Incluído pela Medida Provisória nº 2.163-41, de 23.8.2001)
IV - as multas que podem ser aplicadas à pessoa física ou jurídica compromissada e os casos de rescisão, em decorrência do não-cumprimento das obrigações nele pactuadas; (Incluído pela Medida Provisória nº 2.163-41, de 23.8.2001)
V - o valor da multa de que trata o inciso IV não poderá ser superior ao valor do investimento previsto; (Incluído pela Medida Provisória nº 2.163-41, de 23.8.2001)

VI - o foro competente para dirimir litígios entre as partes. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.163-41, de 23.8.2001)
§ 2º No tocante aos empreendimentos em curso até o dia 30 de março de 1998, envolvendo construção, instalação, ampliação e funcionamento de estabelecimentos e atividades utilizadores de recursos ambientais, considerados efetiva ou potencialmente poluidores, a assinatura do termo de compromisso deverá ser requerida pelas pessoas físicas e jurídicas interessadas, até o dia 31 de dezembro de 1998, mediante requerimento escrito protocolizado junto aos órgãos competentes do SISNAMA, devendo ser firmado pelo dirigente máximo do estabelecimento. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.163-41, de 23.8.2001)
§ 3º Da data da protocolização do requerimento previsto no § 2º e enquanto perdurar a vigência do correspondente termo de compromisso, ficarão suspensas, em relação aos fatos que deram causa à celebração do instrumento, a aplicação de sanções administrativas contra a pessoa física ou jurídica que o houver firmado. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.163-41, de 23.8.2001)
§ 4º A celebração do termo de compromisso de que trata este artigo não impede a execução de eventuais multas aplicadas antes da protocolização do requerimento. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.163-41, de 23.8.2001)
§ 5º Considera-se rescindido de pleno direito o termo de compromisso, quando descumprida qualquer de suas cláusulas, ressalvado o caso fortuito ou de força maior. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.163-41, de 23.8.2001)
§ 6º O termo de compromisso deverá ser firmado em até noventa dias, contados da protocolização do requerimento. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.163-41, de 23.8.2001)
§ 7º O requerimento de celebração do termo de compromisso deverá conter as informações necessárias à verificação da sua viabilidade técnica e jurídica, sob pena de indeferimento do plano. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.163-41, de 23.8.2001)
§ 8º Sob pena de ineficácia, os termos de compromisso deverão ser publicados no órgão oficial competente, mediante extrato. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.163-41, de 23.8.2001)

Do disposto nos §§ 2º e 3º do art. 79-A, extrai-se interessante providência tendente a prestigiar - em dado momento histórico - o ajuste de comportamentos potencialmente poluidores. Percebe-se que há um destinatário claro e precisamente delimitado: aqueles que mantinham "empreendimentos em curso até o dia 30 de março de 1998, envolvendo construção, instalação, ampliação e funcionamento de estabelecimentos e atividades utilizadores de recursos ambientais, considerados efetiva ou potencialmente poluidores".

Ora, à luz do constitucional princípio da subsidiariedade, como as sanções não penais se encontrar-se-iam suspensas, não se mostraria razoável cobrar-se responsabilidade penal acerca do mesmo comportamento.

Acerca da preocupação com a expansão incriminatória, mormente no tocante aos interesses transindividuais, confira-se a lição do Professor Titular de Direito Penal da USP, Renato de Mello Jorge da Silveira:

> Em momento embrionário desta discussão, afirmando-se que nem todos os interesses dessa ordem seriam passíveis de tutela penal, pretendeu-se estabelecer um mínimo de valores a serem defendidos. [...]
> A busca de soluções para o problema basilar das sociedades pós-industriais e a questão dos interesses difusos e sua abordagem penal têm levado o legislador, no mais das vezes a uma fuga ao Direito Penal. Reflexo de uma crise por que passa a própria sociedade, a tendência de tipificação de condutas, sem a contrapartida de avaliação filosófico-sistêmica penal, conduz a norma a uma realidade simbólica, deslegitimando o Direito Penal. As limitações de uma tutela difusa devem encontrar fronteira não em uma avaliação subjetiva da sociedade, mas, sim, na possibilidade de esta sociedade buscar outros meios para os novos interesses surgidos. (*Direito penal supra-individual*. São Paulo: Ed. RT, 2003, p. 211).

A despeito da consagração de um Direito Penal mínimo, sintonizado com o princípio da exclusiva tutela de bens jurídicos, é imperioso ter em linha de consideração que a providência contida nos mencionados parágrafos do art. 79-A possuiu um âmbito temporal de incidência bem delimitado:

a) empreendimentos em curso até o dia 30 de março de 1998;

b) com assinatura do termo de compromisso a ser requerida pelas pessoas físicas e jurídicas interessadas, até o dia 31 de dezembro de 1998, mediante pedido escrito protocolizado junto aos órgãos competentes do SISNAMA, devendo ser firmado pelo dirigente máximo do estabelecimento.

A providência veio a lume diante da amplitude repressiva trazida pela Lei 9.605/98, que gerou a impressão de que se jogava na ilegalidade parte deveras expressiva do parque produtivo nacional.

A hipótese sob lentes, contudo, afasta-se significativamente dos requisitos constantes do comando em foco, porquanto, a par de se ter logrado o arquivamento do inquérito civil público, o termo de ajustamento de conduta foi firmado em 15.04.2009. Assim, tem-se um lapso de mais uma década entre o pretendido benefício e as condições cronológicas para a sua obtenção.

Em casos assemelhados, confira-se a jurisprudência desta Casa de Justiça:

> Processual Penal. *Habeas corpus*. Crime ambiental. Poluição. Trancamento da ação penal. Impossibilidade. Termo de ajustamento de conduta que não impede a instauração da ação penal. Independência entre as esferas administrativa e penal. Aceitação de *sursis* processual. Ordem denegada.
> 1. A suspensão condicional do processo não obsta o exame da alegação de trancamento da ação penal. Precedentes do STJ.
> 2. O trancamento de ação penal em sede de *habeas corpus* reveste-se sempre de excepcionalidade, somente admitido nos casos de absoluta evidência de que, nem mesmo em tese, o fato imputado constitui crime.
> 3. A estreita via eleita não se presta como instrumento processual para exame da procedência ou improcedência da acusação, com incursões em aspectos que demandam dilação probatória e valoração do conjunto de provas produzidas, o que só poderá ser feito após o encerramento da

instrução criminal, sob pena de violação ao princípio do devido processo legal.
4. A assinatura do termo de ajustamento de conduta não obsta a instauração da ação penal, pois esse procedimento ocorre na esfera administrativa, que é independente da penal.
5. Ordem denegada (*HC* 82.911/MG, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, julgado em 05.05.2009, *DJe* 15.06.2009).

R*HC*. Crime ambiental. Aceitação de *sursis* processual-indiciamento posterior ao oferecimento da denúncia já realizado. Possibilidade de seu cancelamento. Termo de ajustamento de conduta que não impede a instauração da ação penal. Áreas de atuação diversas. Trancamento da ação penal. Falta de justa causa. Impossibilidade. Exame da matéria de mérito. Revolvimento de provas. Supressão de instância. Recurso a que se nega provimento.
A modificação feita na jurisprudência desta Casa possibilita o exame do pedido de trancamento da ação penal, mesmo que esta esteja suspensa pelo *sursis* processual.
Se o indiciamento feito após a denúncia, se mostrava desnecessário, mas já ocorreu, não se pode mais coibi-lo, podendo-se apenas determinar o seu cancelamento.
A assinatura do termo de ajustamento de conduta não impede a instauração da ação penal, pois esta ocorre em área de atuação diversa.
Se o laudo é inapto para demonstrar a existência do crime, impõe-se o acolhimento da pretensão do recorrente, com o conseqüente trancamento da ação penal.
Dado provimento ao recurso para determinar o cancelamento do indiciamento e para trancar a ação penal (R*HC* 21.469/SP, Rel.ª Ministra Jane Silva (Desembargadora convocada do TJMG), Quinta Turma, julgado em 16.10.2007, *DJ* de 05.11.2007, p. 289).

De mais a mais, pela leitura das cláusulas do termo de ajustamento de conduta, nada há a autorizar a conclusão de que a sua assinatura representaria o afastamento da *persecutio criminis*, *verbis*:

Primeira: o primeiro compromissário reconhece expressamente a autoria de intervenção na área descrita no Boletim de Ocorrência de nº 50069/08, lavrado pela Polícia Ambiental.
Segunda: o primeiro compromissário compromete-se a, até 15.05.09, proceder à recomposição do dano ambiental, mediante o cercamento da área afetada com quatro fios de arame farpado, a fim de evitar a entrada de animais no local;
Terceira: como compensação pelo dano moral ambiental, o primeiro compromissário compromete-se a doar à ARPA - Associação Regional dc Proteção Ambiental do Alto Paraopeba e Vale do Rio Piranga o valor de R$ 232,50 (duzentos e trinta e dois reais e cinqüenta centavos), vencível em 15.05.09, devendo providenciar, no mesmo prazo, a juntada aos autos do comprovante correspondente;
[...]
Sexta: o presente acordo constitui título executivo extra-judicial, pode ser executado independentemente de ação constitutiva nos termos do art. 585, II, do Código de Processo Civil.
Sétima: fica estipulada a multa de R$ 100,00 (cem reais) por dia para o descumprimento de qualquer item deste acordo, valor que será reajustado mensalmente pelos índices divulgados pela Corregedoria-Geral de Justiça.
Oitava: a imposição da multa acima estipulada dar-se-á com o total ou parcial descumprimento das obrigações assumidas, ficando os compromissários constituídos em mora com a comprovação do inadimplemento por meio de vistoria do perito oficial, devendo os valores apurados ser encaminhados ao Funemp.
Nona: as obrigações assumidas no presente termo de ajustamento de conduta são consideradas de relevante interesse ambiental.
Décima: o presente inquérito civil público permanecera suspenso até o efetivo cumprimento do acordo ou a comprovação de seu descumprimento.
E por estarem justos e acordados assinam o presente termo em 02 vias de igual teor e forma. Nada mais havendo, foi lavrado o presente termo, o qual segue assinado por compromitente e compromissários (f. 66-68).

Por fim, é imperioso afirmar que a existência do termo de ajustamento de conduta, na atual quadra da tutela penal ambiental, tem relevo sim, mas não na extensão conferida pelo acórdão atacado. A boa vontade externada, por meio da reparação do dano, não elide a tipicidade do comportamento pretérito, mas será considerada certamente em caso de eventual condenação, para a edificação da adequada resposta estatal, à luz do princípio da individualização da pena.

Com essas considerações, acompanho o bem lançado voto da Relatora, dando provimento ao recurso especial.

É como voto.

Certidão

Certifico que a egrégia Sexta Turma, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"Prosseguindo no julgamento após o voto-vista da Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura dando provimento ao recurso especial, e os votos dos Srs. Ministros Og Fernandes, Sebastião Reis Júnior e da Sra. Ministra Assusete Magalhães no mesmo sentido, a Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso especial, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora."

A Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura e os Srs. Ministros Og Fernandes, Sebastião Reis Júnior e Assusete Magalhães votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes.

Brasília, 04 de dezembro de 2012. - *Eliseu Augusto Nunes de Santana* - Secretário.

(Publicado no *DJe* de 18.12.2012.)

...

Agravo Regimental no Recurso Extraordinário - Administrativo - Servidor público - Adicional de insalubridade - Lei Orgânica Municipal omissa - Base de cálculo - Incidência sobre a remuneração ou salário base do servidor - Impossibilidade - Acórdão recorrido em divergência com o entendimento desta Corte (RE nº 565.714-RG) - Súmula Vinculante nº 4 do Supremo Tribunal Federal

1. No julgamento do RE n. 565.714, Relatora a Ministra Cármen Lúcia, *DJ* de 08.08.08, o Plenário do STF decidiu não ser legítimo o cálculo do adicional de insalubridade com base no valor da remuneração ou salário base percebido pelo servidor. Apesar de reconhecer a proibição constitucional da vinculação de qualquer vantagem ao salário mínimo, entendeu que o Judiciário não poderia substituir a base de cálculo do benefício, sob pena de atuar como legislador positivo (Precedentes: RE n. 675.551, Relatora a Ministra Cármen Lúcia, *DJe* de 28.05.12; RE n. 674.967, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, *DJe* de 20.08.12; RE n. 672.687, Relator o Ministro Joaquim Barbosa, *DJe* de 20.08.12; RE n. 561.869-AgR, Relator o Ministro Cezar Peluso, 2ª Turma, *DJ* de 21.11.08; AI n. 469.332- AgR, Relatora a Ministra Ellen Gracie, 2ª Turma, *DJe* de 09.01.09; AI n. 847.527-AgR, Relator o Ministro Luiz Fux, 1ª Turma, *DJe* de 23.04.12, entre outros).

2. A Súmula Vinculante nº 4 do STF tem o seguinte teor, *verbis*: "salvo os casos previstos na Constituição, o salário mínimo não pode ser usado como indexador de base de cálculo de vantagem de servidor público ou de empregado, nem ser substituído por decisão judicial".

3. *In casu*, o acórdão originariamente recorrido assentou: "Ementa: Apelação Cível. Servidora pública. Município de Ipatinga. Adicional de insalubridade. Lei Orgânica Municipal omissa. Base de cálculo. CLT. Inaplicabilidade. Incidência sobre o vencimento básico. Reflexos das parcelas que tenham por base de cálculo a remuneração. Férias e décimo terceiro salário. Correção monetária. Pagamento a menor. Juros. Citação. Sentença reformada. - Os servidores que trabalham com habitualidade em locais insalubres e perigosos fazem jus a adicional sobre o vencimento do cargo conforme estabelecido na Lei Orgânica do Município de Ipatinga. Contudo, se a norma não fixa a base de cálculo, o percentual incidirá sobre o vencimento básico do servidor, porque a relação estabelecida entre as partes não tem natureza celetista, e o artigo 37, XIV da CF veda o cômputo de acréscimos pecuniários percebidos para fins de concessão de acréscimos ulteriores. O adicional de insalubridade incide sobre o vencimento básico, e gera reflexos em todas as parcela que tenham este valor como base de cálculo".

4. Agravo Regimental a que se nega provimento.

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 706.357 - MG - Relator: MINISTRO LUIZ FUX

Agravante: Rita Carolina Soares da Silva. Advogados: Humberto Marcial Fonseca e outros - Agravado: Município de Ipatinga - Advogado: Elcio Reis.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência do Senhor Ministro Dias Toffoli, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 16 de outubro de 2012. - *Luiz Fux* - Relator.

Relatório

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - Trata-se de agravo regimental interposto por Rita Carolina Soares da Silva em face de decisão de minha lavra, assim ementada:

> Recurso Extraordinário. Administrativo. Servidor público. Adicional de insalubridade. Lei Orgânica Municipal omissa. Base de cálculo. Incidência sobre a remuneração ou salário base do servidor. Impossibilidade. Acórdão recorrido em divergência com o entendimento desta Corte (RE nº 565.714-RG). Súmula Vinculante nº 4 do STF. Recurso Extraordinário a que se dá provimento.
> 1. No julgamento do RE n. 565.714, Relatora a Ministra Cármen Lúcia, *DJ* de 08.08.08, o Plenário do STF decidiu não ser legítimo o cálculo do adicional de insalubridade com base no valor da remuneração ou salário base percebido pelo servidor. Apesar de reconhecer a proibição constitucional da vinculação de qualquer vantagem ao salário mínimo, entendeu que o Judiciário não poderia substituir a base de cálculo do benefício, sob pena de atuar como legislador positivo. (Precedentes: RE n. 675.551, Relatora a Ministra Cármen Lúcia, *DJe* de 28.05.12; RE n. 674.967, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, *DJe* de 20.08.12; RE n. 672.687, Relator o Ministro Joaquim Barbosa, *DJe* de 20.08.12; RE n. 561.869-AgR, Relator o Ministro Cezar Peluso, 2ª Turma, *DJ* de 21.11.08; AI n. 469.332-AgR, Relatora a Ministra Ellen Gracie, 2ª Turma, *DJe* de 09.1.09; AI n. 847.527- AgR, Relator o Ministro Luiz Fux, 1ª Turma, *DJe* de 23.04.12).
> 2. A Súmula Vinculante nº 4 do STF tem o seguinte teor, *verbis*: 'salvo os casos previstos na Constituição, o salário mínimo não pode ser usado como indexador de base de cálculo de vantagem de servidor público ou de empregado, nem ser substituído por decisão judicial'.
> 3. *In casu*, o acórdão recorrido assentou:

'Ementa: Apelação cível. Servidora pública. Município de Ipatinga. Adicional de insalubridade. Lei orgânica municipal omissa. Base de cálculo. CLT. Inaplicabilidade. Incidência sobre o vencimento básico. Reflexos das parcelas que tenham por base de cálculo a remuneração. Férias e décimo- terceiro salário. Correção monetária. Pagamento a menor. Juros. Citação. Sentença reformada'.

Os servidores que trabalham com habitualidade em locais insalubres e perigosos fazem jus a adicional sobre o vencimento do cargo conforme estabelecido na Lei Orgânica do Município de Ipatinga. Contudo, se a norma não fixa a base de cálculo, o percentual incidirá sobre o vencimento básico do servidor, porque a relação estabelecida entre as partes não tem natureza celetista, e o artigo 37, XIV da CF veda o cômputo de acréscimos pecuniários percebidos para fins de concessão de acréscimos ulteriores. O adicional de insalubridade incide sobre o vencimento básico, e gera reflexos em todas as parcela que tenham este valor como base de cálculo'.

4. Recurso extraordinário provido.

Em suas razões de agravar, a agravante sustenta, em síntese, que "apesar de o Ente Público, qual seja o Município de Ipatinga, utilizar o salário mínimo como indexador da base de cálculo, não há nenhuma lei, convenção coletiva, sentença normativa, etc., determinando que esse salário mínimo deva ser a base de cálculo do adicional em questão. O referido município utiliza, indevidamente, o salário mínimo como indexador da base de cálculo do adicional de insalubridade" (f. 233e).

Ao final, requer a reconsideração da decisão hostilizada, com o consequente desprovimento do recurso extraordinário.

É o relatório.

Voto

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR): Não assiste razão à agravante.

Em suma, os fundamentos da decisão agravada restaram assim consignados:

> Cuida-se de recurso extraordinário interposto pelo Município de Ipatinga, com fundamento no art. 102, III, 'a', da Constituição Federal de 1988, em face de v. acórdão prolatado pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, assim ementado:
>
> 'Ementa: Apelação cível. Servidora pública. Município de Ipatinga. Adicional de insalubridade. Lei orgânica municipal omissa. Base de cálculo. CLT. Inaplicabilidade. Incidência sobre o vencimento básico. Reflexos das parcelas que tenham por base de cálculo a remuneração. Férias e décimo- terceiro salário. Correção monetária. Pagamento a menor. Juros. Citação. Sentença reformada.
>
> Os servidores que trabalham com habitualidade em locais insalubres e perigosos fazem jus a adicional sobre o vencimento do cargo conforme estabelecido na Lei Orgânica do Município de Ipatinga. Contudo, se a norma não fixa a base de cálculo, o percentual incidirá sobre o vencimento básico do servidor, porque a relação estabelecida entre as partes não tem natureza celetista, e o artigo 37, XIV da CF veda o cômputo de acréscimos pecuniários percebidos para fins de concessão de acréscimos ulteriores. O adicional de insalubridade incide sobre o vencimento básico, e gera reflexos em todas as parcelas que tenham este valor como base de cálculo'.
>
> Opostos embargos de declaração, estes foram rejeitados (f. 129/134).
>
> Nas razões do apelo extremo, o recorrente alega violação aos artigos 2º, 5º, II, e 37, *caput*, da Constituição Federal, sustentando em síntese que a impossibilidade de se utilizar o salário mínimo como indexador não assegura ao servidor municipal o direito à incidência da base de cálculo do adicional de insalubridade sobre seu vencimento básico, ainda mais quando inexiste no Município legislação que fixe a base de cálculo do referido adicional.
>
> Foram apresentadas contrarrazões ao recurso extraordinário (f. 158/161).
>
> É o relatório. Decido.
>
> Assiste razão ao recorrente.
>
> O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE n. 565.714, Relatora a Ministra Cármen Lúcia, *DJ* de 08.08.08, decidiu não ser legítimo o cálculo do adicional de insalubridade com base no valor da remuneração ou salário base percebido pelo servidor. Apesar de reconhecer a proibição constitucional da vinculação de qualquer vantagem ao salário mínimo, entendeu que o Judiciário não poderia substituir a base de cálculo do benefício, sob pena de atuar como legislador positivo. Eis a ementa do referido julgado:
>
> 'Constitucional. Art. 7º, inc. IV, da Constituição da República. Não-recepção do art. 3º, § 1º, da Lei Complementar Paulista n. 432/1985 pela Constituição de 1988. Inconstitucionalidade de vinculação do adicional de insalubridade ao salário mínimo: Precedentes. Impossibilidade da modificação da base de cálculo do benefício por decisão judicial. Recurso extraordinário ao qual se nega provimento.
>
> 1. O sentido da vedação constante da parte final do inc. IV do art. 7º da Constituição impede que o salário-mínimo possa ser aproveitado como fator de indexação; essa utilização tolheria eventual aumento do salário-mínimo pela cadeia de aumentos que ensejaria se admitida essa vinculação (RE 217.700, Ministro Moreira Alves).
>
> A norma constitucional tem o objetivo de impedir que aumento do salário-mínimo gere, indiretamente, peso maior do que aquele diretamente relacionado com o acréscimo. Essa circunstância pressionaria reajuste menor do salário-mínimo, o que significaria obstaculizar a implementação da política salarial prevista no art. 7º, inciso IV, da Constituição da República.
>
> O aproveitamento do salário-mínimo para formação da base de cálculo de qualquer parcela remuneratória ou com qualquer outro objetivo pecuniário (indenizações, pensões, etc.) esbarra na vinculação vedada pela Constituição do Brasil.
>
> Histórico e análise comparativa da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.
>
> Declaração de não-recepção pela Constituição da República de 1988 do art. 3º, § 1º, da Lei Complementar nº 432/1985 do Estado de São Paulo.
>
> 2. Inexistência de regra constitucional autorizativa de concessão de adicional de insalubridade a servidores públicos (art. 39, § 1º, inc. III) ou a policiais militares (art. 42, § 1º, c/c 142, § 3º, inc. X).
>
> 3. Inviabilidade de invocação do art. 7º, inc. XXIII, da Constituição da República, pois, mesmo se a legislação local determina a sua incidência aos servidores públicos, a expressão adicional de remuneração contida na norma constitucional há de ser interpretada como adicional remuneratório, a saber, aquele que desenvolve atividades penosas, insalubres ou perigosas tem direito a adicional, a compor

a sua remuneração. Se a Constituição tivesse estabelecido remuneração do trabalhador como base de cálculo teria afirmado adicional sobre a remuneração, o que não fez.
4. Recurso extraordinário ao qual se nega provimento'.
No citado julgamento decidiu-se, ainda, por manter a utilização do salário mínimo como base de cálculo, até que uma legislação especial venha fixar os critérios de atualização. Eis o teor do voto do saudoso Ministro Menezes Direito:
'Senhor Presidente, a matéria já está bastante discutida. Já examinamos sob todos os aspectos. Já vimos a parte inaugural com relação ao fenômeno da recepção, em que as Turmas do Supremo Tribunal Federal já se encaminharam para a evidente inconstitucionalidade, ou seja, não pode haver nenhuma vinculação com o salário mínimo.
Resta examinar a consequência diante de um recurso extraordinário. Temos, para examinar a consequência diante de um recurso extraordinário, de examinar a ação originária, porque, quando conhecemos do recurso para declarar a inconstitucionalidade ou a não-recepção de uma determinada lei, temos de julgar a causa e temos de nos reportar à ação originária.
Pelo que se verifica, a ação foi intentada com o objetivo de retirar a base de cálculo do salário mínimo e fazer com que a incidência se faça na remuneração desses servidores. O Tribunal julgou improcedente esse pedido, entendendo que não, que era válida a aplicação da base de cálculo sobre o salário mínimo, que estamos agora afastando.
Como disseram o Ministro Marco Aurélio e o Ministro Cezar Peluso, na realidade estamos fixando uma interpretação, sob o ângulo da repercussão geral, de que é inviável adotar-se como base de cálculo para a incidência do adicional de insalubridade o salário mínimo.
Agora, na técnica de julgamento da causa, nós não podemos, pura e simplesmente, fazer um congelamento desse pagamento ou abolir esse pagamento; temos de encontrar uma solução alternativa no julgamento da causa para evitar que isso ocorra.
Qual é a situação de fato hoje? A situação de fato é que, do ponto de vista objetivo, o que existe de inconstitucional não é o *caput*, porque o *caput*, evidentemente, pura e simplesmente determina que o adicional de insalubridade seja tomado naquele momento, sobre o salário mínimo, naqueles percentuais.
O que torna flagrante, indiscutível e inquestionável a inconstitucionalidade é o § 1°, que determina a vinculação sob o aspecto da atualização desses pagamentos. É isso que a Constituição efetivamente não pode admitir.
A meu sentir, concordando com a base de interpretação da Ministra Cármen Lúcia, parece mais prudente que nós adotemos a técnica habitual de desprover o recurso extraordinário, mas assegurar, porque estamos julgando a causa, a manutenção do pagamento dos adicionais, como tem sido feito, até que uma legislação especial venha a fixar os critérios de atualização. Porque, se nós não fizermos assim, juntando as duas questões, a proposta da Ministra Cármen Lúcia e a técnica de julgamento do recurso ordinário, vamos, por um lado, criar um sistema de reforma para pior, como disse o Ministro Marco Aurélio, porque vamos dar a possibilidade de interpretação pelo congelamento, ou, ao contrário, vamos admitir que é possível manter a aplicação do adicional de insalubridade sobre a base do salário mínimo.
Parece-me, portanto, que podem ser reunidas as duas propostas, adotada a técnica usual desta Corte no sentido de negar provimento ao extraordinário sob outro fundamento, porque nós estamos julgando a causa, estamos dizendo que é improcedente o pedido de transferir a base de cálculo do adicional de insalubridade do salário mínimo para a remuneração e, ao mesmo tempo, estamos dando um lastro de interpretação para que seja continuado o pagamento, como de resto se compromete a Procuradoria do Estado de São Paulo, e providenciados, por meio de legislação especial, os critérios de atualização compatíveis.
Eu, portanto, voto nessa direção, Senhor Presidente'.
Por ocasião do supracitado julgamento foi aprovada a Súmula Vinculante n° 4, que tem o seguinte teor: 'Salvo os casos previstos na Constituição, o salário mínimo não pode ser usado como indexador de base de cálculo de vantagem de servidor público ou de empregado, nem ser substituído por decisão judicial'.
No mesmo sentido, entre outros, os seguintes julgados: RE n. 675.551, Relatora a Ministra Cármen Lúcia, *DJe* de 28.05.12; RE n. 674.967, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, *DJe* de 20.08.12; RE n. 672.687, Relator o Ministro Joaquim Barbosa, *DJe* de 20.08.12; RE n. 561.869-AgR, Relator o Ministro Cezar Peluso, 2ª Turma, *DJ* de 21.11.08; AI n. 469.332-AgR, Relatora a Ministra Ellen Gracie, 2ª Turma, *DJe* de 09.01.09; e o AI n. 847.527-AgR, de minha Relatoria, 1ª Turma, *DJe* de 23.04.12, cuja ementa transcrevo:
'Ementa: Agravo Regimental no Agravo de Instrumento. Administrativo. Servidor público municipal. Adicional de insalubridade. Cálculo com base no salário mínimo. Acórdão impugnado que determinou a incidência sobre a remuneração do autor. Acórdão recorrido em dissonância com a jurisprudência da Corte Suprema. RE 565.714/SP. Súmula Vinculante n. 4. Decisão que se mantém por seus próprios fundamentos. 1. Impossibilidade do cálculo do adicional de insalubridade com base no valor da remuneração percebida pelo servidor. Apesar de reconhecer a proibição constitucional da vinculação de qualquer vantagem ao salário mínimo, entendeu o Supremo Tribunal Federal que o Judiciário não poderia substituir a base de cálculo do benefício, sob pena de atuar como legislador positivo. Precedente: RE 565.714/SP. 2. Súmula Vinculante n. 4: Salvo os casos previstos na Constituição, o salário mínimo não pode ser usado como indexador de base de cálculo de vantagem de servidor público ou de empregado, nem ser substituído por decisão judicial. 3. O Tribunal *a quo*, ao proferir o acórdão impugnado, consignou, *verbis*: Processual Civil. Agravo de instrumento. Decisão que nega seguimento a recurso de apelação. Inteligência do art. 518, § 1°, do Código de Processo Civil. Hipótese em que a sentença subsume-se apenas em parte ao enunciado de Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal. O Município de Ipatinga adota o salário mínimo como base de cálculo do adicional de insalubridade, sendo aplicável ao caso a vedação imposta pela Súmula Vinculante n° 4 do STF. Deve ser reconhecido o recurso de apelação que discute outras questões que não aquelas cristalizadas na súmula vinculante n° 04, quais sejam o fato de ser a sentença, em parte, *ultra petita*; e, ainda, a incidência do adicional pleiteado sobre o vencimento básico da servidora, sem cômputo das demais vantagens. 4. Agravo regimental a que se nega provimento'.
Ex positis, dou provimento ao recurso extraordinário (art. 557, § 1°-A, do CPC). Invertidos, se houver, os ônus da sucumbência.

Em que pesem os argumentos expendidos nas razões de agravar, resta evidenciado das razões recursais que a agravante não trouxe nenhum argumento capaz de infirmar a decisão hostilizada, razão pela qual a mesma deve ser mantida por seus próprios fundamentos.

Ex positis, nego provimento ao agravo regimental.

É como voto.

Extrato de ata

Decisão: A Turma negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Relator. Unânime. Não participou, justificadamente, deste julgamento, o Senhor Ministro Marco Aurélio. Presidência do Senhor Ministro Dias Toffoli. 1ª Turma, 16.10.2012.

Presidência do Senhor Ministro Dias Toffoli. Presentes à Sessão os Senhores Ministros Marco Aurélio, Luiz Fux e Rosa Weber.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Rodrigo Janot.

Carmen Lilian Oliveira de Souza - Secretária da Primeira Turma

(Publicado no *DJe* de 19.11.2012).

...

Habeas corpus - Penal - Processual penal - Crime de tráfico - Pena - Dosimetria - Exclusão de causa de aumento em segunda instância - Provimento de recurso especial para determinar sua inclusão - Decisão impugnada - Reexame de prova - Alegação de violação à Súmula 7 do STJ - Inocorrência - Ordem denegada

I - A sentença condenatória reconheceu que o crime foi praticado em recinto onde se realizam diversões de qualquer natureza, o que atrai a incidência da majorante prevista no art. 40, III, da Lei 11.343/2006.

II - No caso sob análise, o STJ não reexaminou matéria de prova ao julgar o recurso especial. Partiu, sim, das premissas fáticas assentadas no acórdão recorrido (o local em que praticado o crime - quadra de esportes) para entender que a quadra poliesportiva pode ser entendida como local em que ocorrem diversões de qualquer natureza, de forma que não há falar em violação à Súmula 7 daquela Corte.

III - Ordem denegada.

HABEAS CORPUS Nº 113.480 - MG - Relator: MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI

Paciente: Ronei Pereira dos Santos. Impetrante: Defensoria Pública da União. Procurador: Defensor Público-Geral Federal. Coator: Superior Tribunal de Justiça.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência do Senhor Ministro Ricardo Lewandowski, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, denegar a ordem, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 27 de novembro de 2012. - *Ministro Ricardo Lewandowski* - Presidente e Relator.

Relatório

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de medida liminar, impetrado pela Defensoria Pública da União, em favor de Ronei Pereira dos Santos, contra acórdão da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, que deu provimento ao REsp 1.255.249/MG, Rel. Min. Gilson Dipp.

A impetrante narra, de início, que o paciente foi condenado pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, combinado com o art. 40, III, da Lei 11.343/2006 (tráfico de entorpecentes), à pena de 7 anos de reclusão e ao pagamento de 700 dias-multa.

Informa, em seguida, que, postulando a absolvição por deficiência de provas, a redução da pena-base e o decote da majorante do art. 40, III, da Lei de Drogas, a defesa apelou para o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, que deu parcial provimento ao recurso, apenas para excluir a referida majorante do cálculo da reprimenda.

Diz, ainda, que, inconformado, o Ministério Público interpôs recurso especial, que foi conhecido e provido pelo Superior Tribunal de Justiça para restabelecer a sentença de primeiro grau.

É contra o acórdão da Corte Superior que se insurge a impetrante.

Sustenta, em síntese, que o STJ, ao examinar o feito e entender pela incidência da majorante questionada, apreciou o conjunto fático-probatório da causa, providência inviável em recurso especial, ante o disposto na Súmula 7 daquela Corte.

Destaca, para tanto, que o Tribunal de Justiça mineiro, ao decotar a causa de aumento prevista no art. 40, III, da Lei 11.343/2006, o fez diante da ausência de evidências que pudessem comprovar, *in casu*, a mercancia de entorpecentes praticada em entidade efetivamente utilizada para a prática de atividades esportivas e, portanto, em local onde se verifica aglomeração de pessoas, o que facilitaria, assim, a disseminação do vício.

Sustenta, ademais, que, para definir se o local do fato faz ou não incidir a majorante do art. 40, III, da Lei 11.343/2006, é necessário o revolvimento da matéria fático-probatória dos autos, o que, insiste, viola a Súmula 7 do STJ e enseja a nulidade da decisão atacada.

Assevera, outrossim, que não ficou comprovado nos autos que o local onde o paciente, em tese, comercializava a droga servia para aglomeração de pessoas, de modo que deve ser afastada a referida majorante.

Requer, ao final, liminarmente, a suspensão dos efeitos do acórdão objurgado até decisão final deste

writ. No mérito, pede a concessão da ordem para anular o acórdão proferido nos autos do REsp 1.255.249/MG e afastar a majorante prevista no art. 40, III, da Lei 11.343/2006.

Em 9/5/2012, indeferi a medida liminar e, estando bem instruídos os autos, determinei fosse ouvido o Procurador-Geral da República.

O Ministério Público Federal, em parecer da lavra do Subprocurador-Geral da República Edson Oliveira de Almeida, opinou pela denegação da ordem.

É o relatório.

Voto

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Bem-examinados os autos, tenho que o caso é de denegação da ordem.

Eis a ementa do acórdão ora questionado:

> Criminal. Recurso especial. Tráfico. Crime cometido em quadra poliesportiva. Incidência do inc. III do art. 40 da Lei nº 11.343/2006. Possibilidade. Recurso provido.
> I. O objetivo da lei, ao prever a causa de aumento de pena prevista no inc. III do art. 40 é proteger espaços que promovam a aglomeração de pessoas, circunstância que facilita a ação criminosa. Com vistas a atender o escopo da norma, o rol previsto no referido inciso não deve ser encarado como se taxativo fosse, a fim de afastar a aplicação da causa de aumento de pena.
> II. Quadras poliesportivas das cidades, bairros, conjuntos habitacionais, podem ser entendidas como local de diversão de qualquer natureza, razão pela qual se afigura adequada a aplicação da causa de aumento de pena, devendo ser restabelecida a sentença de primeiro grau.
> III. Recurso provido, nos termos do voto do relator.

Conforme relatado, a impetrante postula a anulação do acórdão objurgado para restabelecer a decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais que havia afastado a incidência da causa de aumento prevista no art. 40, III, da Lei 11.343/2006.

A pretensão não merece acolhida.

Isso porque o pedido de exclusão, da sentença condenatória, da majorante em questão funda-se na premissa de que o STJ, ao dar provimento ao recurso ministerial para determinar sua inclusão, teria procedido ao reexame do conjunto fático-probatório da causa, providência inviável em recurso especial.

Entretanto, a assertiva não procede.

Transcrevo, por oportuno, o seguinte trecho da inicial acusatória:

> Consta do incluso inquérito policial que, na data de 06 de janeiro de 2009, por volta das 14h50, na Rua 19 de Dezembro, nº 231, no bairro Leonina, nesta Capital e comarca, policiais militares, durante operação, foram informados, através de denúncias anônimas, de que estaria ocorrendo a prática do tráfico de drogas em quadra de esportes, localizada nas imediações do endereço supracitado.
> De posse de tais informações, os milicianos dirigiram-se até o local retromencionado, ocasião em que depararam com vários indivíduos, os quais, ao perceberem a presença da guarnição policial, evadiram-se.
> Contudo, nesta oportunidade, os policiais lograram êxito em abordar o denunciado Ronei, o qual, nesta ocasião, tentou dispensar ao solo 06 (seis) pedras de substância semelhante ao 'crack', 01 (um) papelote de substância semelhante à cocaína, 01 (uma) balança de precisão e a quantia de R$ 20,00 (vinte reais) em espécie, proveniente da mercancia ilícita, conforme Laudo de Constatação de fls. 28 e Auto de Apreensão de fls. 12.
> Foram apreendidos, ainda, em poder do denunciado Ronei, 01 (um) aparelho celular, marca Motorola e, na quadra esportiva, outro aparelho da mesma marca, ambos utilizados para perpetrar o tráfico de drogas, consoante se extrai do Auto de Apreensão de fls. 12.
> Salienta-se que na referida quadra de esportes foi localizada uma mesa, a qual estava sendo utilizada para dolar as drogas, uma vez que a mesma encontrava-se com vestígios de substâncias entorpecentes.

Finda a instrução criminal, a pretensão punitiva estatal foi julgada procedente e o paciente condenado à pena de 7 anos de reclusão, em regime inicial fechado, tendo o Magistrado sentenciante entendido que a causa de aumento prevista no art. 40, III, da Lei de Drogas deveria incidir no caso em tela "eis que ficou configurado que o crime foi praticado dentro de local de diversão de qualquer natureza, qual seja quadra poliesportiva".

O Tribunal de Justiça mineiro, por sua vez, houve por bem decotar da pena a referida majorante ao fundamento de que nos autos "há apenas a notícia de que o apelante realizava o narcotráfico em uma quadra poliesportiva, nada existindo que demonstre tratar-se de entidade esportiva, o que impede a incidência da causa de aumento do art. 40, III, da Lei 11.343/06".

O dispositivo questionado possui a seguinte redação:

> Art. 40. As penas previstas nos arts. 33 a 37 desta Lei são aumentadas de um sexto a dois terços, se:
> [...]
> III - a infração tiver sido cometida nas dependências ou imediações de estabelecimentos prisionais, de ensino ou hospitalares, de sedes de entidades estudantis, sociais, culturais, recreativas, esportivas, ou beneficentes, de locais de trabalho coletivo, de recintos onde se realizem espetáculos ou diversões de qualquer natureza, de serviços de tratamento de dependentes de drogas ou de reinserção social, de unidades militares ou policiais ou em transportes públicos; [...].

Ao contrário do que concluiu a Corte mineira, entendo que a causa de aumento em análise deve, sim, incidir no caso, haja vista que, conforme reconhecido pelo juízo de piso, o crime foi praticado em recinto onde se realizam diversões de qualquer natureza, conceito em que se pode perfeitamente enquadrar a quadra poliesportiva.

Ao prever essa causa de aumento, o legislador teve em mente a maior gravidade da prática do tráfico em ambientes sujeitos a reunir grande quantidade de pessoas e, por conseguinte, facilitar a disseminação da droga, razão pela qual tenho que a norma em questão tem inteira aplicação à hipótese dos autos.

Nessa esteira, menciono o magistério de Guilherme de Souza Nucci (NUCCI, Guilherme de Souza. *Lei penais e processuais penais comentadas*. 4.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 374), que, analisando o art. 40, III, da Lei 11.343/2006, destaca que "Quanto maior for a aglomeração de pessoas, mais fácil, ágil e disseminada torna-se a mercancia da droga, razão pela qual se justifica a causa de aumento de pena".

À mesma conclusão chegou o Ministro Relator do recurso especial, que, ao votar pelo provimento do recurso ministerial, de modo a incluir no cálculo da pena a majorante em questão, assentou que:

> as quadras poliesportivas das cidades, bairros, conjuntos habitacionais, enquadram-se perfeitamente no conceito utilizado pelo Juiz de Primeiro Grau, ao considerá-la como local de diversão de qualquer natureza, razão pela qual se afigura adequada a aplicação da causa de aumento de pena.

Desta forma, é possível concluir que o STJ, ao decidir pela inclusão da majorante sob análise, não reexaminou provas, mas tão somente deu interpretação diversa à norma, mais precisamente ao conceito de local "onde se realizam diversões de qualquer natureza", de modo que não há falar em violação ao enunciado da Súmula 7 da Corte Superior.

É dizer, aquela Corte, partindo da premissa de que ao cabo da instrução criminal ficou comprovado o cometimento do crime em quadra poliesportiva - e esse fato é inquestionável e não foi objeto de controvérsia -, corretamente entendeu pela incidência da majorante, sem que, para tanto, tivesse de adentrar no exame dos fatos e provas.

Outro não foi o entendimento do *Parquet* Federal, que, no ponto, assim se manifestou:

> Vê-se, portanto, que o acórdão impugnado, ao concluir pela incidência da causa de aumento de pena prevista no art. 40, inciso III, da Lei nº 11.343/2006, não analisou provas. Apenas considerou que o local da traficância, uma quadra poliesportiva, enquadra-se no conceito de recintos onde se exercem diversões de qualquer natureza.

Por todo o exposto, denego a ordem.

Extrato de ata

Decisão: A Turma, por unanimidade, denegou a ordem, nos termos do voto do Relator. Falou, pelo paciente, o Dr. Gustavo de Almeida Ribeiro, Defensor Público-Geral Federal. 2ª Turma, 27.11.2012.

Presidência do Senhor Ministro Ricardo Lewandowski. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Gilmar Mendes e Cármen Lúcia.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Mário José Gisi.

p/ Fabiane Duarte - Secretária

(Publicado no *DJe* de 12.12.2012.)

...

ÍNDICE NUMÉRICO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Órgão Especial

Número	Espécie	Comarca	Relator: Des.	Pág.
1.0000.10.036760-6/000	Ação Direta Inconst.	Viçosa	Belizário de Lacerda	55
1.0000.11.055522-4/000	Ação Penal	Vespasiano	Antônio Armando dos Anjos	49
1.0000.12.081292-0/000	HC	Lambari	Silas Vieira	53

Jurisprudência Cível

Número	Espécie	Comarca	Relator: Des.	Pág.
1.0000.10.064292-5/000	Ação Rescisória	Belo Horizonte	Luiz Carlos Gomes da Mata	227
1.0000.12.035101-0/000	Confl. Competência	Formiga	Edgard Penna Amorim	219
1.0016.11.009361-0/001	Ap. Cível	Alfenas	Valdez Leite Machado	164
1.0016.11.011344-2/004	Agr.Instr.Cível	Alfenas	Heloísa Combat	89
1.0017.04.008916-5/003	Agr.Instr.Cível	Almenara	Moreira Diniz	214
1.0021.12.000078-7/001	Agr.Instr.Cível	Alto Rio Doce	Judimar Biber	57
1.0024.05.689938-8/004	Agr.Instr.Cível	Belo Horizonte	Márcio Idalmo Santos Miranda	149
1.0024.06.197934-0/001	Ap. Cível	Belo Horizonte	Guilherme Luciano Baeta Nunes	235
1.0024.07.509977-0/001	Ap. Cível	Belo Horizonte	José Marcos Vieira	143
1.0024.07.593386-1/001	Ap. Cível	Belo Horizonte	Corrêa Junior	146
1.0024.09.538298-2/001	Ap. Cível	Belo Horizonte	Saldanha da Fonseca	184
1.0024.09.643505-2/001	Agr.Instr.Cível	Belo Horizonte	Luiz Artur Hilário	148
1.0024.09.692105-1/001	Ap. Cível	Belo Horizonte	Alyrio Ramos	152
1.0024.09.710884-9/001	Ap. Cível	Belo Horizonte	Domingos Coelho	185
1.0024.10.235241-6/001	Ap. Cível	Belo Horizonte	Corrêa Camargo	128
1.0024.11.056461-4/001	Ap.Cível	Belo Horizonte	Afrânio Vilela	225
1.0024.11.174855-4/001	Agr.Instr.Cível	Belo Horizonte	Batista de Abreu	120
1.0024.11.275599-6/001	Agr.Instr.Cível	Belo Horizonte	José Flávio de Almeida	182
1.0024.12.047384-8/003	Agr.Instr.Cível	Belo Horizonte	Maurílio Gabriel	107
1.0024.12.171542-9/001	Agr.Instr.Cível	Belo Horizonte	Cláudia Maia	118
1.0024.12.205014-9/001	Agr.Instr.Cível	Belo Horizonte	Márcia De Paoli Balbino	197
1.0024.12.208592-1/001	Agr.Instr.Cível	Belo Horizonte	Leite Praça	126
1.0024.12.244691-7/001	Agr.Instr.Cível	Belo Horizonte	Teresa Cristina da Cunha Peixoto	130
1.0024.87.435448-3/001	Ap. Cível	Belo Horizonte	Ana Paula Caixeta	139
1.0027.10.005585-7/006	Ap. Cível	Betim	Fernando Caldeira Brant	86
1.0028.09.020423-2/001	Ap. Cível	Andrelândia	Elias Camilo Sobrinho	103
1.0035.07.101302-9/001	Ap. Cível	Araguari	Estevão Lucchesi	232
1.0035.11.018098-7/001	Ap. Cível	Araguari	Pereira da Silva	169
1.0071.11.000808-4/001	Ap. Cível	Boa Esperança	Elpídio Donizetti	62
1.0079.08.459816-2/001	Ap. Cível/Reex.Nec.	Contagem	Caetano Levi Lopes	141
1.0079.09.936634-0/001	Ap. Cível	Contagem	Gutemberg da Mota e Silva	187
1.0081.12.000114-4/001	Ap. Cível	Bonfim	Marcelo Rodrigues	58
1.0083.10.002067-2/001	Reex.Nec.Cível	Borda da Mata	Hilda Maria Pôrto de Paula Teixeira da Costa	189
1.0105.08.270943-4/001	Ap. Cível	Gov.Valadares	Antônio de Pádua	241
1.0105.12.001551-3/001	Ap. Cível	Gov.Valadares	Raimundo Messias Júnior	72
1.0106.12.002116-2/001	Ap. Cível	Cambuí	Tibúrcio Marques	202
1.0110.12.000537-3/001	Ap. Cível	Campestre	Alberto Henrique	154

1.0132.05.000148-7/001	Ap. Cível	Carandaí	Áurea Brasil 60
1.0133.07.038665-0/001	Ap. Cível	Carangola	Rogério Medeiros 171
1.0145.08.503111-3/002	Ap. Cível	Juiz de Fora	Pedro Bernardes 244
1.0145.09.535727-6/001	Ap. Cível	Juiz de Fora	Sebastião Pereira de Souza 145
1.0145.10.028735-1/001	Ap. Cível	Juiz de Fora	Wagner Wilson Ferreira..... 104
1.0145.10.045050-4/001	Ap. Cível	Juiz de Fora	Arnaldo Maciel 220
1.0145.11.053717-5/001	Ap. Cível	Juiz de Fora	Mota e Silva 223
1.0145.98.019319-0/001	Ap. Cível	Juiz de Fora	Washington Ferreira..... 215
1.0166.07.016747-2/001	Ap. Cível	Cláudio	Oliveira Firmo 96
1.0183.07.132024-0/001	Ap. Cível	Cons.Lafaiete	Otávio de Abreu Portes 114
1.0183.12.002908-1/002	Ap. Cível	Cons.Lafaiete	Eduardo Andrade 76
1.0210.11.006248-1/001	Reex.Nec.Cível	Pedro Leopoldo	Wander Marotta 88
1.0220.09.012082-9/001	Ap. Cível	Divino	Vanessa Verdolim Hudson Andrade 91
1.0223.09.276832-2/003	Agr.Instr.Cível	Divinópolis	Eduardo Mariné da Cunha 133
1.0223.12.018644-8/001	Agr.Instr.Cível	Divinópolis	Alvim Soares 101
1.0245.09.178105-5/001	Reex.Nec.Cível	Santa Luzia	Jair Varão 121
1.0313.06.188104-8/001	Ap. Cível	Ipatinga	Rogério Coutinho 123
1.0313.11.000958-3/001	Ap. Cível	Ipatinga	Versiani Penna 67
1.0317.10.003561-5/001	Ap. Cível/Reex.Nec.	Itabira	Brandão Teixeira 81
1.0324.10.013687-2/001	Ap. Cível	Itajubá	Selma Marques 94
1.0384.08.063792-7/001	Ap. Cível	Leopoldina	Dárcio Lopardi Mendes 195
1.0394.08.090093-6/001	Ap. Cível	Manhuaçu	Nilo Lacerda 176
1.0400.08.030652-7/001	Agr.Instr.Cível	Mariana	Amorim Siqueira 106
1.0407.10.003171-2/001	Ap. Cível	Mateus Leme	Newton Teixeira Carvalho..... 208
1.0421.08.004073-4/001	Ap. Cível/Reex.Nec.	Miradouro	Belizário de Lacerda 211
1.0433.12.019481-9/001	Agr.Instr.Cível	Montes Claros	Sandra Fonseca..... 218
1.0439.11.002108-6/001	Ap. Cível	Muriaé	Kildare Carvalho 73
1.0499.10.000850-1/001	Ap. Cível	Perdões	Albergaria Costa 65
1.0512.12.005414-7/001	Agr.Instr.Cível	Pirapora	Alberto Vilas Boas 85
1.0518.11.001298-7/001	Agr.Instr.Cível	Poços de Caldas	Antônio Bispo 69
1.0525.08.152801-6/001	Ap. Cível	Pouso Alegre	Moacyr Lobato 116
1.0525.11.004369-8/001	Apelação Cível	Pouso Alegre	Alvimar de Ávila 155
1.0534.08.012879-4/001	Ap. Cível	Pres. Olegário	Evandro Lopes da Costa Teixeira 167
1.0540.10.002114-1/001	Ap. Cível	Raul Soares	Veiga de Oliveira 192
1.0611.11.002192-4/001	Ap. Cível	São Francisco	Antônio Sérvulo..... 206
1.0672.09.384718-0/001	Ap. Cível	Sete Lagoas	Mariangela Meyer 136
1.0672.11.005358-0/001	Ap. Cível	Sete Lagoas	Geraldo Augusto 83
1.0686.12.002406-8/002	Ap. Cível	Teófilo Otoni	José Affonso da Costa Côrtes 75
1.0687.11.007938-5/001	Ap. Cível	Timóteo	José de Carvalho Barbosa 161
1.0687.12.003233-3/001	Agr.Instr.Cível	Timóteo	Armando Freire 79
1.0699.10.013853-5/001	Ap. Cível	Ubá	Marcos Lincoln 95
1.0701.08.222409-1/002	Ap. Cível	Uberaba	Álvares Cabral da Silva 237
1.0701.08.227535-8/001	Ap. Cível	Uberaba	Wanderley Paiva 177
1.0701.09.273404-8/001	Ap. Cível	Uberaba	Tiago Pinto 180
1.0701.11.005286-0/001	Ap. Cível	Uberaba	João Cancio 158
1.0702.03.069005-2/004	Ap. Cível	Uberlândia	Barros Levenhagen 230
1.0702.08.472454-2/001	Ap. Cível	Uberlândia	Luciano Pinto 200
1.0702.11.051294-5/001	Ap. Cível	Uberlândia	Bitencourt Marcondes 109
1.0702.11.075075-0/002	Ap. Cível	Uberlândia	Edilson Fernandes 110
1.0704.08.120972-5/002	Reex.Nec.Cível	Unaí	Peixoto Henriques 111

Jurisprudência Criminal

Número	Espécie	Comarca	Relator: Des.	Pág.
1.0000.12.054742-7/000	Ação Penal - Ord.	Ipatinga	Silas Rodrigues Vieira	266
1.0000.12.086240-4/000	Confl. Jurisdição	Belo Horizonte	Reinaldo Portanova	276
1.0000.12.095605-7/000	Confl.Jurisdição	Areado	Maria Luíza de Marilac	317
1.0000.12.103673-5/000	Mand.Seg.Criminal	Ouro Fino	Antônio Armando dos Anjos	277
1.0016.09.090386-1/001	Apelação Criminal	Alfenas	Júlio César Lorens	315
1.0024.04.540090-0/001	Apelação Criminal	Belo Horizonte	Alexandre Victor de Carvalho	325
1.0024.06.150053-4/002	Apelação Criminal	Belo Horizonte.	Duarte de Paula	280
1.0024.08.061761-6/002	Apelação Criminal	Belo Horizonte	Júlio Cezar Guttierrez	272
1.0024.08.839803-7/001	Apelação Criminal	Belo Horizonte	Eduardo Brum	327
1.0024.10.001601-3/001	Apelação Criminal	Belo Horizonte	Cássio Salomé	247
1.0024.10.269577-2/001	Apelação Criminal	Belo Horizonte	Márcia Milanez	283
1.0024.11.090279-8/001	Agr.em Exec.Penal	Belo Horizonte	Nelson Missias de Morais	293
1.0024.11.175800-9/001	Apelação Criminal	Belo Horizonte	Delmival de Almeida Campos	323
1.0024.11.280451-3/001	Apelação Criminal	Belo Horizonte	Jaubert Carneiro Jaques	295
1.0024.11.303250-2/001	Apelação Criminal	Belo Horizonte	Marcílio Eustáquio Santos	298
1.0045.01.000616-6/002	Apelação Criminal	Caeté	Fortuna Grion	303
1.0056.06.131851-7/001	Apelação Criminal	Barbacena	Furtado de Mendonça	321
1.0079.10.006856-2/001	Apelação Criminal	Contagem	Antônio Carlos Cruvinel	256
1.0105.12.004562-7/001	Apelação Criminal	Gov.Valadares	Matheus Chaves Jardim	307
1.0107.09.006139-4/001	Apelação Criminal	Cambuquira	Catta Preta	253
1.0112.11.006581-3/001	Apelação Criminal	Campo Belo	Eduardo Machado	255
1.0183.10.003673-4/001	Apelação Criminal	Cons. Lafaiete	Adilson Lamounier	301
1.0261.10.004515-0/001	Apelação Criminal	Formiga	Denise Pinho da Costa Val	289
1.0283.11.001427-3/001	Apelação Criminal	Guaranésia	Agostinho Gomes de Azevedo	287
1.0395.07.015931-8/001	Apelação Criminal	Manhumirim	Walter Luiz de Melo	258
1.0446.11.000599-3/001	Apelação Criminal	Nepomuceno	Doorgal Andrada	300
1.0481.12.005728-8/001	Agr.em Exec.Penal	Patrocínio	Herbert José Almeida Carneiro	309
1.0514.07.022898-6/002	Apelação Criminal	Pitangui	Beatriz Pinheiro Caires	261
1.0518.07.115704-5/001	Apelação Criminal	Poços de Caldas	Paulo Cézar Dias	319
1.0521.07.057095-2/001	Apelação Criminal	Ponte Nova	Flávio Batista Leite	270
1.0569.05.002821-0/002	Apelação Criminal	Sacramento	Alberto Deodato Neto	251
1.0674.09.008802-4/001	Apelação Criminal	Silvianópolis	Rubens Gabriel Soares	313
1.0701.03.051125-0/002	Apelação Criminal	Uberaba	Pedro Coelho Vergara	262
1.0720.11.005862-8/001	Apelação Criminal	Visc.do Rio Branco	Renato Martins Jacob	311

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Número	Espécie	Relator: Min.	Pág.
33.395-MG	Recurso em *Habeas Corpus*	Paulo de Tarso Sanseverino	337
116.743 - MG	Conflito de Competência	Luis Felipe Salomão	329
1.294.980 - MG	Recurso Especial	Alderita Ramos de Oliveira (Des.ª Convocada - TJPE)	340

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Número	Espécie	Relator: Min.	Pág.
113.480 - MG	*Habeas Corpus*	Ricardo Lewandowski	350
706.357 - MG	Agr. Reg. no Rec. Extraordinário	Luiz Fux	347

ÍNDICE ALFABÉTICO E REMISSIVO

- A -

ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA
Impossibilidade - Crime contra a flora - Termo de ajustamento de conduta - Exclusão da responsabilidade penal - Inadmissibilidade..... 301

AÇÃO ANULATÓRIA
Cemig - Débitos apurados em vistoria - Consumo de energia não registrado - Reconhecimento da dívida - Acordo celebrado - Validade do negócio jurídico - Inexistência de vício ou defeito..... 146

AÇÃO ANULATÓRIA DE DÉBITO FISCAL
Empresa que tem por objeto social a fabricação de artefatos de papelão e cartolina - Divergência sobre a incidência de imposto - ICMS/ISSQN - Antecipação dos efeitos da tutela - Requisitos demonstrados - Deferimento..... 130

AÇÃO CAUTELAR
Prontuário médico - Exibição - Sigilo..... 169

AÇÃO CIVIL PÚBLICA
Provimento de cargo - Concurso público - Inexistência - Termo de ajustamento de conduta - Descumprimento..... 189

AÇÃO COMINATÓRIA
Construção de imóvel - Imóvel vizinho - Danos - Possuidor - Legitimidade ativa - Determinação do juiz - Não cumprimento - Ato atentatório ao exercício da jurisdição - Boa-fé objetiva - Eticidade..... 192

AÇÃO DE ANULAÇÃO DE EXPROPRIAÇÃO E INDENIZAÇÃO POR PERDAS E DANOS
Desapropriação consumada - Caráter irreversível - Convolação do pedido em indenização - Possibilidade - Indenização - Pagamento a pessoa diversa - Ilegitimidade para o recebimento - Negligência do expropriante - Dever de indenizar - Configuração..... 241

AÇÃO DE EXECUÇÃO
Cheques emitidos por terceira pessoa - Ausência de endosso - Responsabilidade - Limitação ao título emitido - Princípio da literalidade - Retificação do polo passivo - Momento processual impróprio..... 154

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL E MATERIAL
Picada de cobra - Amputação da perna - Soro antiofídico - Demora na aplicação - Negligência do hospital - Ausência de prova - Ônus do autor - Artigo 333, I do CPC - Dever de indenizar - Inexistência..... 171

AÇÃO DECLARATÓRIA DE AUSÊNCIA
Efeitos jurídicos e previdenciários - Questões de família ou sucessórias - Repercussão - Bens a serem arrecadados - Inexistência - Ausência de interesse de agir - Processo extinto sem julgamento do mérito - Declaração de morte presumida - Percepção de benefício previdenciário junto ao INSS - Pedido não efetuado..... 195

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE
Uso e ocupação do solo - Matéria ambiental - Lei municipal - Competência supletiva - Legislação federal - Inobservância - Artigo 24 da Constituição da República e artigo 2º do Código Florestal - Ofensa - Inconstitucionalidade..... 55

AÇÃO ORDINÁRIA
Detran/MG - Automóvel objeto de crime - Entrega do bem ao proprietário legítimo - Baixa definitiva de registro de veículo - Direito de petição (art. 5º, XXXIV, "A", CF) - Poder-dever de agir - Omissão do agente público - Art. 2º da Resolução nº 11/98 do Contran - Honorários advocatícios..... 62

AÇÃO PENAL ORIGINÁRIA
Prefeito municipal - Recusa, retardamento ou omissão de dados técnicos indispensáveis à propositura de ação civil pública - Crime previsto no art. 10 da Lei 7.347/85 - Ausência de dolo - Atipicidade - Absolvição..... 266

AÇÃO POPULAR
Ação de indenização - Causa de pedir - Identidade - Conexão - Suspensão da ação popular - Evitar decisões conflitantes - Viabilizar instrução única - Possibilidade - Juiz - Destinatário da prova - Princípios de economia e celeridade processual 89

AÇÃO RESCISÓRIA
Telefonia - Assinatura mensal - Violação literal de dispositivo de lei - Alegação - Interpretação controvertida nos tribunais - Posterior pacificação da matéria - Súmula 343 do STF - Mitigação - Impossibilidade - Pedido de rescisão - Descabimento - Princípio da segurança jurídica - Observância 227

AÇÃO REVISIONAL DE ALUGUEL
Exceção de incompetência oposta - Sobrestamento do processo - Inteligência dos artigos 265 e 306 do CPC - Exceção - Art. 266 do CPC - Ausência das hipóteses legais..... 148

ACIDENTE FERROVIÁRIO
Cruzamento de via férrea com via em que transita veículo automotor - Ausência de cautela do condutor do automóvel - Culpa exclusiva da vítima - Responsabilidade da concessionária de serviço ferroviário - Inexistência..... 244

ALVARÁ JUDICIAL PARA LEVANTAMENTO DE QUANTIA DE PESSOA FALECIDA
Art. 2º da Lei nº 6.858/80 - Interpretação equivocada - Existência de bens deixados pelo *de cujus* - Inventário aberto - Incidência de ITCD sobre a quantia que se pretende liberar - Impossibilidade jurídica do pedido - Extinção do processo - Inteligência do art. 267, I, c/c art. 295, parágrafo único, III, do Código de Processo Civil - Sentença cassada..... 73

ARMA DE FOGO
Porte ilegal e posse - Inconfundibilidade - Porte da arma em via pública - Art. 14 da Lei 10.826/03 - Tipicidade - Consciência do agente da ilicitude do fato - Erro de proibição - Não cabimento - Condenação 253

ARTIGO JURÍDICO
A eficácia horizontal dos direitos fundamentais no plano processual das relações privadas e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal após a Constituição Federal de 1988 - *Rodrigo Martins Faria* 40

Dignidade da pessoa humana, cuidados paliativos e ortotanásia: a visão de um juiz - *Damião Alexandre Tavares Oliveira* 32

Reflexões sobre o novo Código Florestal - *Evangelina Castilho Duarte*..... 23

AUTORIZAÇÃO DE VIAGEM DE MENOR AO EXTERIOR
Negativa de consentimento paterno - Suprimento pela autorização judicial - Art. 84, II, da Lei 8.069/90 - Prevalência do melhor interesse do menor e não de seu genitor - Discernimento suficiente - Manifestação de vontade a ser considerada 72

- B -

BLOQUEIO DE BENS
Legitimidade - Peculato - Corrupção ativa - Fraude em licitação - Indícios de autoria - Prova da materialidade - Inexistência de violação a direito líquido e certo - Intimação do réu na pessoa do advogado - Possibilidade - Princípio da Instrumentalidade das formas - Atendimento - Nulidade - Não ocorrência - Mandado de Segurança Criminal - Denegação da ordem..... 277

- C -

CANCELAMENTO DE VÔO
Evento da natureza - Cinzas vulcânicas - Motivo de força maior - Conduta da empresa aérea - Falta de assistência - Descaso com os passageiros - Dever de minorar os transtornos - Inobservância - Danos morais e materiais - Configuração - Indenização devida - Fixação do *quantum* - Princípios da razoabilidade e proporcionalidade - Aplicação 161

CITAÇÃO
Peculato - Corrupção ativa - Indícios de autoria - Prova da materialidade - Bloqueio de bens - Intimação do réu na pessoa do advogado - Possibilidade - Princípio da Instrumentalidade das formas - Atendimento - Nulidade - Não ocorrência - Mandado de Segurança Criminal - Denegação da ordem 277

COBRANÇA
Escritura pública de confissão de dívida - Embargos do devedor - Ação de execução - Ajuizamentos anteriores - Prescrição qüinqüenal - Interrupção - Reconhecimento 200

COMPETÊNCIA
Estelionato - "Jogo de tampinhas" - Conduta tipificada no art. 171 do Código Penal - Julgamento - Competência da Justiça Comum 276

COMPRA E VENDA
Imóvel - Rescisão do contrato - Devolução dos valores pagos - Pedido liminar para depósito das parcelas - Art. 273, § 7º, do CPC - Exceção de contrato não adimplido - Verossimilhança nas alegações - Risco de dano imediato e de difícil reparação - Depósito das prestações em juízo - Possibilidade 197

CONCURSO PÚBLICO
Aprovação dentro do número de vagas - Prazo de validade expirado - Direito à nomeação - Vencimentos retroativos - Recebimento - Inadmissibilidade - Investidura no cargo - Pressuposto - Posse - Aperfeiçoamento - Requisitos - Comprovação - Necessidade - Súmula 266 do STJ 121

Professora - Posse indeferida - Ausência de diploma - Apresentação de declaração de conclusão de ensino superior firmada pela instituição de ensino - Prova idônea - Possibilidade 111

Provimento de cargo - Inexistência - Termo de ajustamento de conduta - Descumprimento 189

CONDOMÍNIO
Extinção - Partes não proprietárias - Ilegitimidade - Extinção sem resolução do mérito - Utilização do bem por apenas um dos cônjuges - Posse comum - Expectativa de domínio - Direitos e deveres iguais - Cobrança de aluguel - Pagamento devido - Termo inicial - Citação 223

CONFLITO DE COMPETÊNCIA
Ação de falência contra determinada empresa - Posterior pedido de recuperação do grupo empresarial do qual faz parte a empresa contra a qual foi ajuizado o feito falimentar - Inexistência de estabelecimento comercial de qualquer das componentes do grupo no juízo em que tramitam os processos - Teoria do fato consumado - Impossibilidade - Competência absoluta - Prevenção do juízo da falência para examinar o pedido de recuperação judicial 329

CONFLITO DE JURISDIÇÃO
Descabimento - Suspeição - Declaração pelo magistrado - Motivo de foro íntimo - Circunstância subjetiva afeta à pessoa do juiz - Questão não relacionada à competência jurisdicional 317

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA
Ação de obrigação de fazer - Entrega de bens de propriedade da falecida - Competência do juízo sucessório/suscitante 219

CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO
Quitação na devida forma - Recusa - Pedido consignatório apto - Mensalidades escolares - Depósito das parcelas integrais devidas até o ajuizamento da ação - Bolsa de estudo - Compromisso assumido até o final do curso - Suspensão incabível 220

CONSÓRCIO IMOBILIÁRIO
Cartas de crédito - Atraso na entrega - Dano - Valorização imobiliária - Aluguel 185

CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA
Professora - Estado gravídico - Ciência - Licença maternidade - Concessão - Regularidade - Retorno - Dispensa - Inadmissibilidade - Ofensa à boa fé objetiva - Reintegração determinada..... 85

CONTRATO DE SEGURO
Acordo celebrado - Ausência de anuência da seguradora - Exclusão da cobertura - Inviabilidade - Ressarcimento devido - Artigo 787, § 2º do CC - Interpretação restritiva - Cobertura de danos morais - Inexistência de exclusão expressa - Indenização devida - Pensão vitalícia - Pagamento - Decote - Inexistência de previsão no acordo celebrado..... 232

CRIME CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA
Peculato - Corrupção ativa - Indícios de autoria - Prova da materialidade - Bloqueio de bens - Legitimidade - Violação a direito líquido e certo - Inexistência - Intimação do réu na pessoa do advogado - Possibilidade - Princípio da Instrumentalidade das formas - Atendimento - Nulidade - Não ocorrência - Mandado de Segurança Criminal - Denegação da ordem..... 277

CRIME CONTRA A ORDEM ECONÔMICA
Uso de gás liquefeito de petróleo em veículo automotor - Art. 1º da Lei 8.176/91 - Tipicidade - Autoria e materialidade - Prova - Livre apreciação pelo juiz - Livre convencimento motivado/persuasão racional - Busca da verdade real - Condenação 258

CRIME CONTRA A SAÚDE PÚBLICA
Art. 268 do Código Penal - Infração de medida sanitária preventiva - Norma penal em branco - Absolvição 313

CRIME CONTRA AS RELAÇÕES DE CONSUMO
Art. 7º, IX, da Lei 8.137/90 - Venda de bovinos e suínos em condições impróprias ao consumo - Materialidade - Perícia - Necessidade - Ausência de prova - Absolvição..... 313

CRIME CONTRA O MEIO AMBIENTE
Art. 38 da Lei 9.605/98 - Perícia - Realização por técnico agrícola - Possibilidade - Laudo Pericial - Assinatura por um só perito oficial - Validade - Perito assistente - Desobrigatoriedade - Princípio do contraditório e da ampla defesa - Não violação - Princípio da insignificância - Inaplicabilidade 270

Crime contra a fauna - Pesca proibida - Inexistência de ofensa ao bem jurídico tutelado - Peixes reinseridos com vida no habitat natural - Ausência de dano ambiental - Atipicidade - Princípio da insignificância - Aplicabilidade - Absolvição 289

Crime contra a flora - Termo de ajustamento de conduta - Exclusão da responsabilidade penal - Inadmissibilidade - Absolvição sumária - Impossibilidade..... 301

Ordenamento urbano e patrimônio cultural - Instalação de toldo - Realização de pintura em cores não previamente aprovadas - Ausência de dano ao patrimônio histórico e cultural protegido - Previsão de sanção administrativa - Atipicidade - Absolvição 280

Pesca - Utilização de petrecho não permitido - Estado de necessidade - Art. 37, I, da Lei 9.605/98 - Incidência - Absolvição..... 327

Processo penal - Recurso especial - Crime ambiental - Ação penal - Rejeição da denúncia - Assinatura de termo de ajustamento de conduta - Ausência de justa causa não configurada - Ilicitude da conduta apontada como delituosa não afastada (STJ)..... 340

CRIME DA LEI DE LICITAÇÕES
Fraude em licitação - Indícios de autoria - Prova da materialidade - Bloqueio de bens - Legitimidade - Violação a direito líquido e certo - Inexistência - Intimação do réu na pessoa do advogado - Possibilidade - Princípio da Instrumentalidade das formas - Atendimento - Nulidade - Não ocorrência - Mandado de Segurança Criminal - Denegação da ordem..... 277

- D -

DANO MORAL
Pacote de núpcias - Suíte de hotel - Instalações elétricas - Mau funcionamento - Responsabilidade civil - Culpa exclusiva ou concorrente - Não ocorrência - Valor da indenização - Fixação..... 104

DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO C/C DANOS MORAIS
Uso de cartão e senha pessoal por terceiros - Furto - Dever de guarda do titular da conta corrente - Negligência - Culpa exclusiva da vítima - Responsabilidade da instituição financeira - Dever de indenizar - Inexistência 75

DENUNCIAÇÃO CALUNIOSA
Elemento subjetivo - Ausência - Atipicidade - Condenação - Impossibilidade 321

DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA
Teoria maior - Artigo 50 do CCB - Aplicação - Requisitos - Existência - Comprovação do encerramento irregular da empresa - Responsabilização dos sócios - Possibilidade..... 69

DESMORONAMENTO DE MORADIA
Construção - Autorização do Poder Público - Terraplanagem - Métodos indevidos - Ausência de construção de contenções - Desmoronamento de moradia vizinha - Laudo pericial - Nexo causal demonstrado - Negligência da administração municipal em relação à ocupação do solo urbano - Área de risco - Ciência - Não exigência de laudo geotécnico - Culpa exclusiva do autor/vítima ou do fator natural pela superveniência de chuva - Inadmissibilidade - Responsabilidade objetiva do ente municipal pelos danos materiais - Danos morais - Configuração - Indenizações devidas - Valores mantidos..... 91

DIREITO DE VIZINHANÇA
Passagem forçada - Encravamento absoluto - Ônus da prova - Perícia - Quesitos - Honorários periciais..... 136

DIREITO DO CONSUMIDOR
Crime contra as relações de consumo - Atipicidade - Absolvição 247

DOAÇÃO
Escritura pública de doação - Ausência de nulidade - Motivos para revogação - Inexistência 145

DOAÇÃO CONDICIONADA
Bem público - Finalidade - Interesse público - Desvio - Reversão à municipalidade - Admissibilidade - Direito líquido e certo do impetrante afastado..... 76

DOLO DIRETO DE SEGUNDO GRAU
Receptação dolosa - Prova - Condenação..... 325

DOUTRINA - Vide artigo jurídico

- E -

EMBARGOS À EXECUÇÃO
Contrato de patrocínio a atleta - Inexigibilidade do crédito - Nulidade do título e do procedimento - Inocorrência - Dedução de pagamentos efetuados para disputa de competições isoladas - Não incidência - Ônus da comprovação do pagamento da integralidade do contrato - Cumprimento - Ausência 116

ESTELIONATO
Dolo - Ausência de prova - Absolvição 247

"Jogo de tampinhas" - Conduta tipificada no art. 171 do Código Penal - Julgamento - Competência da Justiça Comum..... 276

EXECUÇÃO
Boleto bancário - Nota fiscal - Duplicata mercantil - Título executivo extrajudicial..... 123

Cédula de crédito bancário - Título executivo -Testemunhas - Assinatura..... 58

Contrato executado - Juntada do original do contrato - Desnecessidade - Cópia autenticada digitalmente - Validade 120

EXECUÇÃO DA PENA
Unificação de penas - Furto qualificado - *Modus operandi* diverso - Habitualidade criminosa - Configuração - Continuidade delitiva - Inaplicabilidade 309

EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL
Prescrição intercorrente - Inexistência - Intimação pessoal - Necessidade..... 139

EXECUÇÃO FISCAL
IPTU - Contribuinte - Proprietário ou possuidor por direito real - Locatário - Possuidor por relação de direito pessoal - Não abrangência do tributo - Art. 34 do CTN - Prescrição - Incidência 94

IPTU - Preliminar de ofício - Mudança da titularidade do imóvel - Alteração do sujeito passivo do crédito tributário - Exclusão do devedor indicado na CDA - Inclusão do proprietário do imóvel - Caso de modificação do lançamento e da própria CDA - Impossibilidade - Ilegitimidade passiva *ad causam*..... 215

EXECUÇÃO POR QUANTIA CERTA
Frutos civis de imóveis - Penhora - Esposa - Defesa da meação - Dívida contraída pelo marido - Proveito econômico do grupo familiar - Presunção *juris tantum* não elidida 133

EXECUÇÃO POR TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL
Termo de ajustamento de conduta - Averbação da reserva legal - Promulgação do novo Código Florestal - Irrelevância - Ato jurídico perfeito - Cumprimento da obrigação - Necessidade - Princípio da boa-fé objetiva - Ministério Público - Competência para fiscalizar o meio ambiente - Instituição da reserva legal - Iniciativa do proprietário..... 164

EXTORSÃO
Art. 158, § 1°, do Código Penal - Tipicidade - Prova - Palavra da vítima - Valor probante - Condenação - Crime continuado - Fixação da pena 323

- F -

FALÊNCIA LASTREADA EM EXECUÇÃO FORÇADA
Insolvência - Não comprovação - Princípio da preservação da empresa - Créditos a receber - Pendência de penhora - Execução - Continuidade - Possibillidade - Decretação de falência - Descabimento - Justiça gratuita - Revogação.. 60

FALSIDADE DOCUMENTAL
Uso de documento falso - Falsificação de documento público - CRLV- Falsidade ideológica - Configuração - Falsidade material - Ausência - *Emendatio libelli* - Art. 304, c/c art. 297 do Código Penal - Desclassificação do crime - Art. 304 c/c o art. 299 do Código Penal - Uso de documento ideologicamente falsificado - Autoria - Materialidade - Prova - Condenação - Pena privativa de liberdade - Pena substitutiva - Ato discricionário do Juiz..... 256

FALSIDADE IDEOLÓGICA
Dolo - Ausência de prova - Absolvição 247

FURTO QUALIFICADO
Concurso de agentes - Repouso noturno - Causa especial de aumento de pena - Incompatibilidade - Exclusão da majorante - Possibilidade..... 300

Furto privilegiado - Incompatibilidade - Crime tentado - Não ocorrência - *Iter criminis* percorrido - Rompimento de obstáculo - Laudo pericial - Desnecessidade - Princípio do livre convencimento - Princípio da livre apreciação da prova... 283

- H -

HABEAS CORPUS
Autoridade coatora - Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais - Julgamento - Competência do STJ - Art. 105, I, *c*, da Constituição Federal 53

Penal - Processual penal - Crime de tráfico - Pena - Dosimetria - Exclusão de causa de aumento em segunda instância - Provimento de recurso especial para determinar sua inclusão - Decisão impugnada - Reexame de prova - Alegação de violação à Súmula 7 do STJ - Inocorrência - Ordem denegada (STF) 350

HABILITAÇÃO DE CRÉDITO
Alvará judicial - Inexistência de concordância - Indeferimento do pedido 109

HOMICÍDIO PRIVILEGIADO
Júri - Quesitos - Erro na formulação - Inconformismo da defesa - Registro na ata de julgamento - Ausência - Preclusão - Prova - Opção dos jurados por uma das versões existentes - Decisão contrária à prova dos autos - Inexistência - Nulidade - Não ocorrência - Legítima defesa - Afastamento - Condenação - Fixação da pena - Critério trifásico - Arts. 59 e 68 do Código Penal - Observância - Pena privativa de liberdade - Cumprimento - Incidência do art. 33, § 2º, c, do Código Penal - Regime aberto - Agravamento - Impossibilidade 251

HOMICÍDIO QUALIFICADO
Júri - Emissão de parecer ministerial - Ausência de manifestação da defesa técnica - Princípio do contraditório - Não violação - Testemunha não encontrada - Oitiva - Não realização - Adiamento da sessão - Ausência de previsão legal - Laudo Pericial - Cumprimento das formalidades legais - Interrogatório do réu - Observância do art. 185, *caput,* e § 5º, do Código de Processo Penal - Cerceamento de defesa - Inexistência - Prova - Opção dos jurados por uma das versões existentes - Decisão contrária à prova dos autos - Ausência - Nulidade - Não ocorrência - Condenação - Fixação da pena - Circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal - Excesso na análise - Circunstâncias ínsitas ao tipo penal - Consideração em desfavor do réu - Impossibilidade - Pena exacerbada - Redução 272

Júri - Jurado - Perguntas feitas às testemunhas e ao acusado em plenário - Ausência de exteriorização do convencimento - Não violação ao princípio da incomunicabilidade do conselho de sentença - Inquirição de testemunha - Art. 212 do Código de Processo Penal - Inaplicabilidade - Inquirição pelo magistrado antes do Ministério Público e da defesa - Observância do rito processual previsto no art. 473 e seus §§ do Código de Processo Penal - Nulidade - Não ocorrência - Prova - Opção dos jurados por uma das versões existentes - Decisão contrária à prova dos autos - Inexistência - Anulação do julgamento - Descabimento 303

- I -

ICMS
Aquisição de veículo - Portador de deficiência - Incapacidade para dirigir - Isenção - Limitação do benefício fiscal aos que possuam carteira de habilitação e possam conduzir o veículo - Descabimento - Ofensa ao princípio da isonomia - Liminar concedida 79

Irregularidades fiscais - Constatação administrativa - Regime especial de controle e fiscalização - Imposição - Legalidade 110

IMÓVEL
Construção - Prazo de entrega - Não observância - Entrega das chaves - Não ocorrência - Reajuste de valores - Impossibilidade - Boa-fé objetiva - Aplicação 126

Risco de desabamento - Interdição 106

IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA
Vereadores - Afastamento liminar - Ações temerárias - Ocultação/destruição de provas - Perigo de dano irreparável ou de difícil reparação - Art. 20, parágrafo único, da Lei 8.429/92 - Providência necessária - Precedentes do STJ 57

INDENIZAÇÃO
Cadáver humano encontrado dentro de reservatório de água que abastece o Município - Concessionária de serviço público - Conduta omissiva - Responsabilidade subjetiva - Art. 37, § 6º, da CF - Dano moral - Ocorrência - Dever de indenizar 206

Culpa concorrente - Instituição de ensino - Participação nas solenidades de formatura - Reprovação - Exposição da situação do estudante - Negligência do aluno 155

Dano moral - Assembleia de condomínio - Eleição de síndico - Inadimplência de condômino - Questionamento - Exercício regular de direito 184

Dano moral - Cartão de crédito - Compras não autorizadas - Empresa titular da marca/bandeira - Ilegitimidade passiva 158

Danos morais e materiais - Parto - Erro médico - Culpa - Inexistência 177

Licitante - Concorrente preterido - Danos materiais - Reconhecimento - Valor - Alteração da fixação da sentença - Critério - Sentença contra o Município - Condenação superior a 60 salários mínimos - Ausência de remessa ao duplo grau - Reexame necessário de ofício - Art. 475, I, § 1º CPC - Inteligência - Apelação adesiva - Preparo insuficiente - Inércia quanto à complementação - Deserção reconhecida - Art. 557 do CPC - Aplicação..... 96

Serviço de telefonia - Violação à portabilidade do número de telefone - Falha na prestação do serviço - Solidariedade entre a prestadora doadora e a prestadora receptora - Artigo 18 do CDC - Danos morais e lucros cessantes - Caracterização - Dever de indenizar configurado..... 208

INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS
Vítima de sequestro relâmpago - Operações financeiras incompatíveis com o perfil do correntista - Deveres anexos - Segurança - Inobservância - Responsabilidade do banco - Objetiva - Artigo 14 do CDC - Obrigação de reparar o dano - Caracterização..... 202

INTERDIÇÃO
Medida extrema - Conjunto probatório - Laudo pericial - Ausência de dúvida acerca da incapacidade do interditando para os atos da vida civil - Sentença mantida 103

INTERVENÇÃO EM DIRETÓRIO MUNICIPAL DE PARTIDO POLÍTICO
Processo administrativo - Princípio constitucional da ampla defesa - Inobservância - Antecipação de tutela - Possibilidade - Artigo 273 do CPC - Teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais - Aplicação 118

INVENTÁRIO
Nomeação de inventariante dativo - Possibilidade - Art. 990 do CPC - Ordem absoluta..... 214

IPTU
Execução fiscal - Preliminar de ofício - Ilegitimidade passiva *ad causam* - Mudança da titularidade do imóvel - Alteração do sujeito passivo do crédito tributário - Exclusão do devedor indicado na CDA - Inclusão do proprietário do imóvel - Caso de modificação do lançamento e da própria CDA - Impossibilidade..... 215

ITCD
Base de cálculo - Valor líquido do quinhão de cada herdeiro/legatário - Inventário - Cálculo - Homologação - Exigibilidade antecipada - Lesão a direito líquido e certo - Súmula 114 do STF..... 141

- J -

JÚRI
Homicídio qualificado - Emissão de parecer ministerial - Ausência de manifestação da defesa técnica - Princípio do contraditório - Não violação - Testemunha não encontrada - Oitiva - Não realização - Adiamento da sessão - Ausência de previsão legal - Laudo pericial - Cumprimento das formalidades legais - Interrogatório do réu - Observância do

art. 185, *caput* e § 5º, do Código de Processo Penal - Cerceamento de defesa - Inexistência - Prova - Opção dos jurados por uma das versões existentes - Decisão contrária à prova dos autos - Ausência - Nulidade - Não ocorrência - Condenação - Fixação da pena - Circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal - Excesso na análise - Circunstâncias ínsitas ao tipo penal - Consideração em desfavor do réu - Impossibilidade - Pena exacerbada - Redução 272

Homicídio qualificado - Jurado - Perguntas feitas às testemunhas e ao acusado em plenário - Ausência de exteriorização do convencimento - Não violação ao princípio da incomunicabilidade do conselho de sentença - Inquirição de testemunha - Art. 212 do Código de Processo Penal - Inaplicabilidade - Inquirição pelo magistrado antes do Ministério Público e da defesa - Observância do rito processual previsto no art. 473 e seus §§ do Código de Processo Penal - Nulidade - Não ocorrência - Prova - Opção dos jurados por uma das versões existentes - Decisão contrária à prova dos autos - Inexistência - Anulação do julgamento - Descabimento 303

Jurado e advogado - Amizade íntima - Suspeição ou impedimento - Ausência - Documento - Juntada pelo Ministério Público - Prazo do art. 479 do Código de Processo Penal - Desentranhamento - Cerceamento de acusação - Nulidade do julgamento 261

Quesitos - Erro na formulação - Inconformismo da defesa - Registro na ata de julgamento - Ausência - Preclusão - Prova - Opção dos jurados por uma das versões existentes - Decisão contrária à prova dos autos - Inexistência - Nulidade - Não ocorrência - Homicídio privilegiado - Reconhecimento - Legítima defesa - Afastamento - Condenação - Fixação da pena - Critério trifásico - Arts. 59 e 68 do Código Penal - Observância - Pena privativa de liberdade - Cumprimento - Incidência do art. 33, § 2º, c, do Código Penal - Regime aberto - Agravamento - Impossibilidade 251

JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA

Cláusula de inalienabilidade - Imóvel - Alienação - Necessidade do herdeiro - Autorização judicial - Sub-rogação do agravante 95

- L -

LESÃO CORPORAL GRAVÍSSIMA

Absolvição - Impossibilidade - Prova - Perda da visão do olho esquerdo - Debilidade permanente de sentido ou função - Desclassificação do crime - Lesão corporal grave - Admissibilidade - Regime semi-aberto 262

LIMINAR

Reserva de vaga em universidade até que a parte providencie o certificado de conclusão do ensino médio - Prorrogação do prazo para cumprimento da medida - Possibilidade 218

LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA

Artigos - Necessidade de alegação e comprovação de fato novo - Extensão dos danos - Honorários periciais - Adiantamento pela parte liquidante - Artigo 33 do CPC - Inteligência 149

LOCAÇÃO

Rescisão do contrato - Indenização - Dano moral e dano material - Cumulação de ações - Citação do locador - Representação pela imobiliária - Nulidade - Locador ausente do país - Não comprovação - Procuração que não confere poderes especiais para recebimento da citação - Fornecimento do endereço do locador - Dever da imobiliária 143

Retomada do imóvel para uso próprio - Desvio de uso - Multa civil 176

- M -

MANDADO DE SEGURANÇA

Fisco municipal - Recusa de alteração de dados cadastrais - Dívida de outra empresa, antiga proprietária dos imóveis - Impedimento do livre exercício da atividade econômica - Procedimento arbitrário - Existência de meios normais de cobrança 88

MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO
Preliminares - Impossibilidade jurídica do pedido e Ilegitimidade ativa do sindicato impetrante - Rejeitadas - Garantia constitucional - Art. 21, *caput*, da Lei 12.016/2009 - Direito à informação - Art. 5º, incisos XXXIII e XXXIV, alínea 'b', da CF/88 - Publicidade dos atos administrativos - Interesse da coletividade 81

MANDADO DE SEGURANÇA CRIMINAL
Denegação da ordem - Peculato - Corrupção ativa - Fraude em licitação - Indícios de autoria - Prova da materialidade - Bloqueio de bens - Legitimidade - Violação a direito líquido e certo - Inexistência - Citação - Intimação do réu na pessoa do advogado - Possibilidade - Princípio da instrumentalidade das formas - Atendimento - Nulidade - Não ocorrência 277

MEDIDA CAUTELAR
Transação extrajudicial - Requisitos legais - Observância - Advogado - Participação - Desnecessidade - Homologação por sentença - Honorários advocatícios - Não estipulação - Verba indevida 86

MEDIDA DE SEGURANÇA
Evolução do estado clínico do agente - Internação - Substituição por tratamento ambulatorial - Viabilidade - Desinternação progressiva - Possibilidade - Princípios da dignidade da pessoa humana e da individualização da pena - Art. 97, § 4º, do Código Penal - Aplicação analógica 293

Tempo indeterminado - Perduração até cessamento da periculosidade - Prazo máximo de trinta anos - Art. 97, § 1º, do Código Penal - Constitucionalidade - Crime punido com pena de reclusão - Internação - Tratamento ambulatorial - Substituição - Possibilidade 319

MEMÓRIA DO JUDICIÁRIO MINEIRO
Nota biográfica - Moacir Pimenta Pedroso (1921-2013) 13

Nota Histórica - O Barroco e Rococó mineiro: arte, arquitetura, artistas 17

- N -

NOTA BIOGRÁFICA
Desembargador Moacir Pimenta Pedroso (1921-2013) 15

NOTA HISTÓRICA
O Barroco e Rococó mineiro: arte, arquitetura, artistas 17

- O -

OBRIGAÇÃO DE FAZER
Município - Direito pleno de propriedade - Desvio de água pluvial - Responsabilidade 211

OCUPAÇÃO ANTRÓPICA
Ação civil pública - Construção em área de preservação permanente - Caracterização - Art. 11 da Lei Estadual 14.309/02 230

- P -

PARCERIA AGRÍCOLA
Rescisão - Divisão das dívidas e prejuízos entre os contratantes - Documentos inidôneos para comprovar as despesas a serem repartidas - Responsabilidade contratual - Correção monetária - Juros de mora - Fixação 167

PENA
Pena privativa de liberdade - Pena substitutiva - Ato discricionário do Juiz 256

PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO
Munição - Ausência de fabricação - Imprestabilidade da arma - Prova - Perícia - Atipicidade - Absolvição 298

PREFEITO MUNICIPAL
Recusa, retardamento ou omissão de dados técnicos indispensáveis à propositura de ação civil pública - Crime previsto no art. 10 da Lei 7.347/85 - Ausência de dolo - Atipicidade - Absolvição 266

PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA
Crime contra o meio ambiente - Inaplicabilidade..... **270**

PRISÃO CIVIL
Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* - Execução - Alimentos provisionais deferidos em ação cautelar preparatória - Ação principal não ajuizada (STJ) 337

PROMESSA DE COMPRA E VENDA
Cláusula compromissória - Jurisdição estatal - Afastamento - Validade - Assinatura específica - Contrato de adesão .. 182

PROPRIEDADE INDUSTRIAL
Legitimidade - Sociedade empresária - Sócio - Patente - Validade - Competência - Usuário anterior - Boa-fé - Indenização 237

Nome de revista - Termo designativo de raça bovina - Expressões de uso comum ou genérico - Utilização por mais de uma empresa - Ausência de dúvida ou confusão - Convivência no mercado - Possibilidade - Artigo 124, VI, da Lei 9.279/1996 180

PROVA
Livre apreciação pelo juiz - Livre convencimento motivado/persuasão racional - Busca da verdade real - Crime contra a ordem econômica - Uso de gás liquefeito de petróleo em veículo automotor - Art. 1º da Lei 8.176/91 - Tipicidade - Autoria e materialidade comprovadas - Condenação..... 258

Processo penal - Materialidade - Autoria - Depoimento da vítima - Credibilidade - Reconhecimento pessoal - Formalidades do art. 226 do Código de Processo Penal - Inobservância - Mera irregularidade - Nulidade - Não ocorrência - Condenação..... 307

Reconhecimento fotográfico - Inobservância das formalidades legais - Absolvição - *In dubio pro reo* 315

- Q -

QUEIXA-CRIME
Imputação de calúnia, injúria e difamação por magistrado contra advogado - *Animus* de ofender a honra do causídico - Inexistência - Dolo específico - Ausência - Atipicidade - Rejeição 49

- R -

RECEPTAÇÃO DOLOSA
Absolvição - Inadmissibilidade - Desclassificação para receptação culposa - Não cabimento - Prova - Elemento subjetivo - Dolo direto de segundo grau - Condenação - Assistência judiciária - Defensoria pública - Isenção de custas325

REGIME ESPECIAL DE FISCALIZAÇÃO
Agravo de instrumento - Mandado de segurança - Contribuintes reincidentes na prática de infrações tributárias - Imposição admitida pelo STJ - Liminar - Ausência dos pressupostos 101

REGISTRO CIVIL
Alteração - Redesignação de sexo - Indivíduo transgênero - Questão complexa relativa ao estado da pessoa - Competência - Vara de Família - Instrução probatória ampla e específica - Busca da verdade real - Redistribuição do feito - Reabertura da instrução - Parcial anulação do processo a partir da sentença..... 83

RESPONSABILIDADE OBJETIVA
Concessionária de serviço público - Energia elétrica - Fornecimento - Interrupção - Festa de 15 anos - Dano moral - Ocorrência - Redução do valor - Possibilidade - Princípios da razoabilidade e proporcionalidade - Observância 67

REVISÃO CONTRATUAL
Depósitos judiciais - Valores e datas previstos no contrato - Afastamento da mora - Nome do devedor - Inclusão e permanência no banco de dados - Impossibilidade - Permanência do bem na posse do devedor - Antecipação de tutela - Afronta ao direito de acesso ao judiciário - Vedação constitucional 107

ROUBO
Autoria - Reconhecimento fotográfico - Inobservância das formalidades legais - Prova isolada - Absolvição - *In dubio pro reo* 315

Materialidade - Autoria - Prova - Depoimento da vítima - Credibilidade - Reconhecimento pessoal - Formalidades do art. 226 do Código de Processo Penal - Inobservância - Mera irregularidade - Nulidade - Não ocorrência - Condenação - Fixação da pena 307

ROUBO MAJORADO
Emprego de arma imprópria - Caco de vidro - Laudo pericial - Desnecessidade - Crime tentado - Não ocorrência - Inversão da posse do bem subtraído - Crime consumado 295

Coação moral irresistível - Ausência de prova - Condenação - Pena-base - Fixação 311

- S -

SENTENÇA *ULTRA PETITA*
Nulidade parcial - Compra e venda - Locação - Simulação - Reserva mental 187

SERVIDOR PÚBLICO
Adicional de insalubridade - Lei Orgânica Municipal omissa - Base de cálculo - Incidência sobre a remuneração ou salário base do servidor - Impossibilidade (STF) 347

Auxiliar da polícia civil - Adicional de insalubridade - Prova emprestada - Imprestabilidade 152

SERVIDOR PÚBLICO MUNICIPAL
Progressão horizontal - Curso de especialização *lato sensu* - Instituição não credenciada pela Capes - Exigência do art. 6º, § 1º, inciso I, da Lei 7.969/2000, modificado pelo art. 4º da Lei 9.465/2007 - Desarrazoabilidade - Portaria nº 328/2005 do Ministério da Educação - Indeferimento da progressão - Descabimento 225

SUSPEIÇÃO
Declaração pelo magistrado - Motivo de foro íntimo - Circunstância subjetiva afeta à pessoa do juiz - Questão não relacionada à competência jurisdicional - Conflito de jurisdição - Descabimento 317

- T -

TELEFONIA CELULAR
Contrato de credenciamento de lojas - Cláusula abusiva de exclusividade pós-contratual 235

TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA
Processo penal - Recurso especial - Crime ambiental - Ação penal - Rejeição da denúncia - Assinatura de termo de ajustamento de conduta - Ausência de justa causa não configurada - Ilicitude da conduta apontada como delituosa não afastada (STJ) 340

TESTAMENTEIRO
Prêmio - Art. 1.987 do Código Civil e art. 1.138 do Código de Processo Civil - Complexidade do trabalho - Critério de dosagem - Percentual - Incidência - Herança líquida - Precisão - Manutenção - Recorrente adesivo - Inventariante - Honorários - Estipulação - Imprescindibilidade - Pena de enriquecimento ilícito da herdeira - Art. 22, § 2º, da Lei 8.906/94 - Exorbitância do magistrado primevo - Redução 65

TRÁFICO DE DROGAS
Desclassificação do crime - Posse de drogas para consumo pessoal - Não cabimento - Fornecimento gratuito - Compartilhamento - Prova - Testemunha - Desclassificação do crime - Tráfico privilegiado - Admissibilidade - Assistência judiciária - Defensoria pública - Isenção de custas 255

Habeas corpus - Penal - Processual penal - Crime de tráfico - Pena - Dosimetria - Exclusão de causa de aumento em segunda instância - Provimento de recurso especial para determinar sua inclusão - Decisão impugnada - Reexame de prova - Alegação de violação à Súmula 7 do STJ - Inocorrência - Ordem denegada (STF) 350

Trazer consigo para fins de comércio - Crime de ação múltipla - Tentativa - Impossibilidade - Fixação da pena - Quantidade de droga apreendida - *Reformatio in pejus* - Inadmissibilidade - Reincidência - Confissão espontânea - Compensação 287

TRANCAMENTO DE AÇÃO PENAL
Processo penal - Recurso especial - Crime ambiental - Ação penal - Rejeição da denúncia - Assinatura de termo de ajustamento de conduta - Ausência de justa causa não configurada - Ilicitude da conduta apontada como delituosa não afastada (STJ) 340

- U -

USO E OCUPAÇÃO DO SOLO
Ação Direta de Inconstitucionalidade - Matéria ambiental - Lei municipal - Competência supletiva - Legislação federal - Inobservância - Artigo 24 da Constituição da República e artigo 2º do Código Florestal - Ofensa - Inconstitucionalidade 55

USUCAPIÃO
Propriedade rural - Herança - Condomínio *pro diviso* - Herdeiro - Posse acrescida com o passar do tempo - Pretensão de usucapir - Viabilidade - Via eleita - Adequação - Falta de interesse de agir - Carência da ação - Afastamento. 114

USUCAPIÃO DE BEM MÓVEL
Conta bancária de titularidade do autor - Valores depositados - Importância bloqueada - Depositária - Gerente do banco - *Animus domini* - Não comprovação..... 128

- V -

VEÍCULO
Uso de gás liquefeito de petróleo - Art. 1º da Lei 8.176/91 - Tipicidade - Autoria e materialidade - Prova - Livre apreciação pelo juiz - Livre convencimento motivado/persuasão racional - Busca da verdade real - Condenação 258

...