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.201	p. 1-358	abr./jun. 2012

Escola Judicial Des. Edésio Fernandes

Superintendente
Des. Joaquim Herculano Rodrigues

Superintendente Adjunta
Des.ª Jane Ribeiro Silva

Coordenador do Centro de Estudos Jurídicos Juiz Ronaldo Cunha Campos
Des. Fernando Caldeira Brant

Diretor Executivo de Desenvolvimento de Pessoas
Paulo Eduardo Figueiredo e Silva

Diretora Executiva de Gestão da Informação Documental
Mônica Alexandra de Mendonça Terra e Almeida Sá

Gerente de Jurisprudência e Publicações Técnicas
Rosane Brandão Bastos Sales

Coordenação de Publicação e Divulgação de Informação Técnica (CODIT)
Lúcia Maria de Oliveira Mudrik - Coordenadora

Adriana Lucia Mendonça Doehler
Alexandre Silva Habib
Ana Márcia Macedo Rezende
Cecília Maria Alves Costa
Eliana Whately Moreira
Gilson Geraldo Soares de Oliveira
José Dalmy Silva Gama
Karina Carvalho de Rezende
Lúcia de Fátima Capanema
Maria Célia da Silveira
Maria da Consolação Santos
Maria Helena Duarte
Maurício Tobias de Lacerda
Mauro Teles Cardoso
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 CLÁUDIO RENATO DOS SANTOS COSTA

Primeiro Vice-Presidente
Desembargador MÁRIO LÚCIO CARREIRA MACHADO

Segundo Vice-Presidente
Desembargador JOAQUIM HERCULANO RODRIGUES

Terceira Vice-Presidente
Desembargadora MÁRCIA MARIA MILANEZ

Corregedor-Geral de Justiça
Desembargador ANTÔNIO MARCOS ALVIM SOARES

Tribunal Pleno
Desembargadores
(por ordem de antiguidade, em 18.06.2012)

Cláudio Renato dos Santos Costa
Joaquim Herculano Rodrigues
Mário Lúcio Carreira Machado
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
Edivaldo George dos Santos
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
Antoninho Vieira de Brito
Guilherme Luciano Baeta Nunes
Maurício Barros
Paulo Roberto Pereira da Silva
Mauro Soares de Freitas

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
Hélcio Valentim de Andrade Filho
Antônio de Pádua Oliveira
Fernando Caldeira Brant
Hilda Maria Pôrto de Paula Teixeira da Costa
José de Anchieta da Mota e Silva
José Afrânio Vilela
Elpídio Donizetti Nunes
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
José Nicolau Masselli
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
Reinaldo Portanova
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

Composição de Câmaras e Grupos (em 18.06.2012) - 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. Almeida Melo)
Kildare Gonçalves **Carvalho***	José Tarcízio de **Almeida Melo***	- Horário: 13 horas -
Maria das Graças Silva **Albergaria** dos Santos **Costa**	Luiz **Audebert Delage** Filho	
Elias Camilo Sobrinho	José Carlos **Moreira Diniz**	
Judimar Martins **Biber** Sampaio	**Dárcio Lopardi Mendes**	
Jair José **Varão** Pinto Júnior	**Heloísa** Helena de Ruiz **Combat**	

** 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 da Des.Edivaldo George)
Manuel Bravo **Saramago***	**Edivaldo George dos Santos**	- Horário: 13 horas -
Mauro Soares de Freitas	**Edilson** Olímpio **Fernandes**	
Carlos Augusto de **Barros Levenhagen**	**Maurício Barros***	
Saulo **Versiani Penna**	**Antônio Sérvulo** dos Santos	
Áurea Maria **Brasil** Santos Perez	**Sandra** Alves de Santana e **Fonseca**	

** 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**	Antoninho **Vieira de Brito**	
Osvaldo **Oliveira** Araújo **Firmo**	**Elpídio Donizetti** Nunes	
José **Washington Ferreira** da Silva	Pedro Carlos **Bitencourt Marcondes**	

** 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)
Pedro Bernardes de Oliveira*	Paulo Roberto **Pereira da Silva**	- Horário: 13 horas -
Luiz Artur Rocha **Hilário**	Álvares **Cabral da Silva**	
Márcio Idalmo Santos Miranda	**Gutemberg da Mota e Silva**	
(...)	José do Carmos **Veiga de Oliveira***	
(...)	**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)
Selma Maria **Marques** de Souza*	**Alvimar de Ávila**	- Horário: 13 horas -
Fernando Caldeira Brant	José Geraldo **Saldanha da Fonseca**	
Marcelo Guimarães **Rodrigues**	Geraldo **Domingos Coelho***	
Marcos Lincoln dos Santos	**José Flávio de Almeida**	
Wanderley Salgado Paiva	**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)
Cláudia Regina Guedes **Maia***	**Valdez Leite Machado***	- Horário: 13 horas -
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	
(...)	**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)
José Affonso da Costa Côrtes*	Francisco **Batista de Abreu***	- Horário: 13 horas -
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**	**José Antonino Baía Borges***	**Antônio Carlos Cruvinel***
Alberto Deodato Maia Barreto **Neto***	Maria **Beatriz** Madureira **Pinheiro** Costa	**Paulo Cézar Dias**
Flávio Batista Leite	**Caires**	**Antônio Armando dos Anjos**
Reinaldo Portanova	**Renato Martins Jacob**	Eduardo César **Fortuna Grion**
Walter Luiz de Melo	**Nelson Missias de Morais**	**Maria Luíza de Marilac** Alvarenga Araújo
	Matheus Chaves Jardim	

** Presidente da Câmara*

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

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
Rubens Gabriel Soares*	Geraldo José **Duarte de Paula***
José Osvaldo Corrêa **Furtado de Mendonça**	**Hélcio Valentim**
José Mauro Catta Preta Leal	**Marcílio Eustáquio Santos**
Jaubert Carneiro Jaques	**Cássio** Souza **Salomé**
Denise Pinho da Costa Val	**Agostinho Gomes de Azevedo**

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

Cláudio Renato dos Santos Costa
Presidente

Joaquim Herculano Rodrigues
Segundo Vice-Presidente

Mário Lúcio Carreira Machado
Primeiro Vice-Presidente

Márcia Maria Milanez
Terceira Vice-Presidente

Antônio Marcos Alvim Soares
Corregedor-Geral de Justiça

Geraldo José Duarte de Paula

Maria Beatriz Madureira Pinheiro Costa Caires

Delmival de Almeida Campos

Alvimar de Ávila

Valdez Leite Machado

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

Desembargadores

Cláudio Renato dos Santos Costa
Presidente

Joaquim Herculano Rodrigues
Segundo Vice-Presidente

Mário Lúcio Carreira Machado
Primeiro Vice-Presidente

José Tarcízio de Almeida Melo

José Antonino Baía Borges

Kildare Gonçalves Carvalho

Márcia Maria Milanez
Terceira Vice-Presidente

José Altivo Brandão Teixeira
Presidente do TRE

Antônio Marcos Alvim Soares
Corregedor-Geral de Justiça

Antônio Carlos Cruvinel
Vice-Presidente e Corregedor do TRE

Edivaldo George dos Santos

Silas Rodrigues Vieira

Wander Paulo Marotta Moreira

Geraldo Augusto de Almeida

Luiz Audebert Delage Filho

Armando Freire

Dárcio Lopardi Mendes

Maurício Barros

Mauro Soares de Freitas

Antônio Sérvelo dos Santos

Heloísa Helena de Ruiz Combat

Selma Maria Marques de Souza

Carlos Augusto de Barros Levenhagen

Pedro Carlos Bitencourt Marcondes

André Leite Praça

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

Comitê Técnico da Escola Judicial Desembargador Edésio Fernandes

Desembargadores

Alberto Vilas Boas Vieira de Sousa

Fernando Caldeira Brant

Herbert José Almeida Carneiro

Juíz de Direito

José Martinho Nunes Coelho

Diretor Executivo de Desenvolvimento de Pessoas

Paulo Eduardo Figueiredo e Silva

Diretora Executiva de Gestão de Informação Documental

Mônica Alexandra de Mendonça Terra e Almeida Sá

Comissão de Divulgação da Jurisprudência
(em 22.04.2010)

Desembargadores

Joaquim Herculano Rodrigues - Presidente

Armando Freire - 1ª, 2ª e 3ª Cíveis

Dárcio Lopardi Mendes - 4ª, 5ª e 6ª Cíveis

Sandra Fonseca - 7ª e 8ª Cíveis

Selma Marques - 9ª, 10ª e 11ª Cíveis

Nicolau Masselli - 12ª, 13ª e 14ª Cíveis

Rogério Medeiros - 15ª, 16ª, 17ª e 18ª Cíveis

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

Adilson Lamounier - 4ª, 5ª, 6ª e 7ª Criminais

SUMÁRIO

MEMÓRIA DO JUDICIÁRIO MINEIRO
Desembargador William Romualdo da Silva - Nota biográfica 15
De sertão inóspito às Minas do Ouro - Nota histórica 16

DOUTRINA
O foro privilegiado nas ações de improbidade administrativa - reflexão sobre a jurisprudência dos Tribunais Superiores - Áurea Maria Brasil Santos Perez 21
A extinção da paridade remuneratória para as pensões pós-Emenda 41: uma questão ainda controvertida no Judiciário Mineiro - Fernando Ferreira Calazans 25
A limitação do rol dos legitimados para a propositura das ações coletivas em contraposição ao princípio constitucional de amplo acesso ao Poder Judiciário - Patrícia Brandão Paoliello 33
Parcerias público-privadas: da inteligência do art. 12, inciso IV, da Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004, em face do princípio da isonomia - Juliana Ferreira Inhan 41

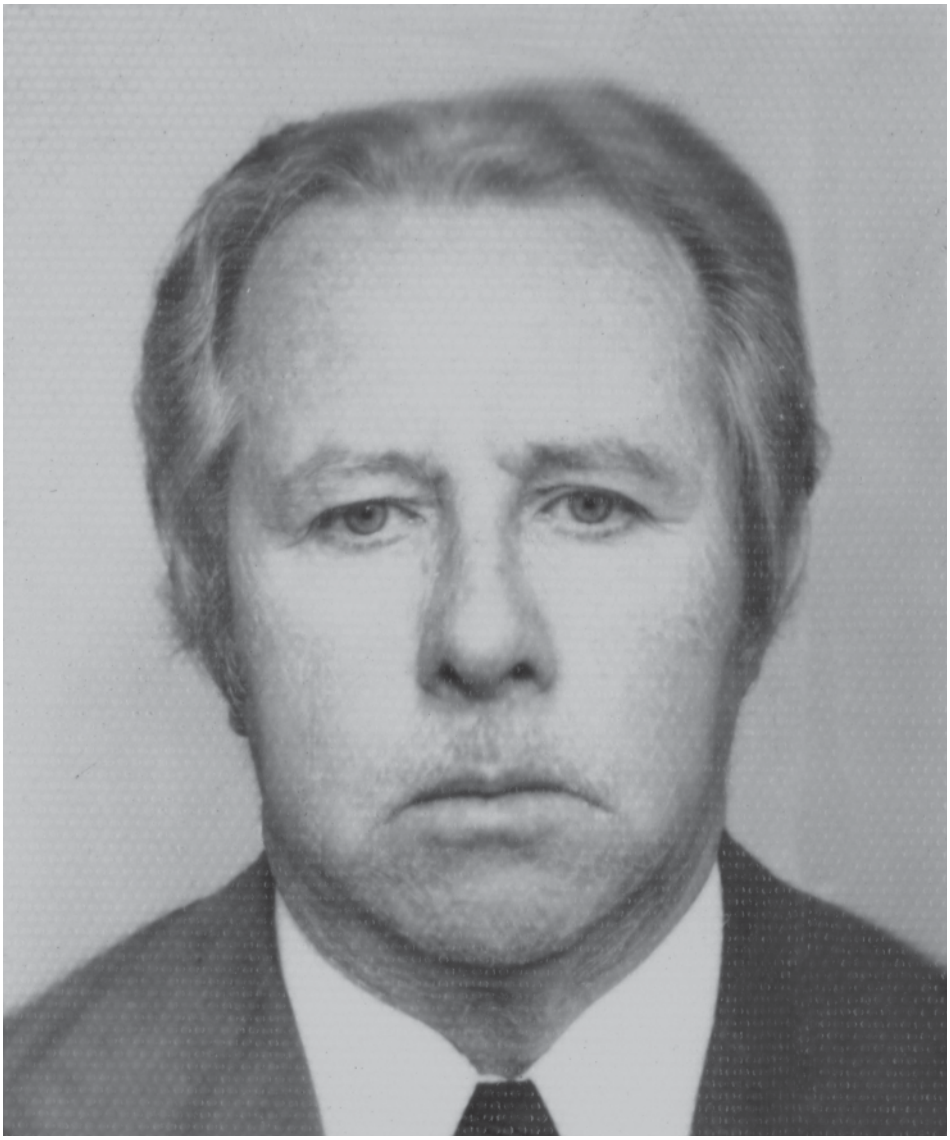
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS
Corte Superior 51
Jurisprudência Cível 61
Jurisprudência Criminal 249

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA 321

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL 331

ÍNDICE NUMÉRICO 339

ÍNDICE ALFABÉTICO E REMISSIVO 343



Desembargador WILLIAM ROMUALDO DA SILVA

MEMÓRIA DO JUDICIÁRIO MINEIRO

NOTA BIOGRÁFICA*

Desembargador William Romualdo da Silva

William Romualdo da Silva, mineiro de Piranga, nasceu em 31 de janeiro de 1922. Era filho de Franklin Romualdo da Silva e Augusta Vidigal Silva, e casado com Nelly Rodrigues Silva.

Radicou-se na cidade de Sete Lagoas, depois Belo Horizonte, onde ingressou na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, transferindo-se, logo a seguir, para a Faculdade do Rio de Janeiro, onde se graduou em Direito no ano de 1951.

No Rio de Janeiro, além das suas atividades jurídicas, distinguiu-se ainda pelo pendor ao jornalismo, trabalhando no *Jornal dos Sports*. No ano de sua formatura, tomou posse para o cargo de Defensor Público da 14ª Defensoria Pública do Rio de Janeiro, como assistente.

Retornando a sua cidade natal, exerceu a advocacia durante quatro anos, quando foi nomeado, pelo então Governador Juscelino Kubitschek, Adjunto de Promotor Público.

Após prestar concurso público para Juiz de Direito e para Juiz Municipal, tendo sido aprovado em ambos, foi nomeado Juiz de Direito de Jacuí em 23 de novembro de 1956. Foi promovido, por merecimento, em 18 de fevereiro de 1961, para Comarca de Jacutinga. Em 23 de dezembro de 1965, foi promovido por merecimento para a Comarca de Sete Lagoas.

Em 8 de abril de 1974, foi designado pelo Desembargador Corregedor para exercer as funções de Juiz de Menores dessa comarca, onde realizou excelente trabalho de reestruturação do Juizado de Menores, sendo agraciado, por diversas vezes, com o título de "Personalidade do Ano", no âmbito da Justiça. Foi idealizador e criador da Guarda-Mirim de Trânsito e da Casa de Triagem do Menor, em Sete Lagoas. O Dr. Hélio Diniz Peixoto recorda que ele "estabeleceu aos sábados, pela manhã, uma sessão no Fórum para apreciação de infrações cometidas por menores, ocasião em que eram convocados e orientados seus pais e responsáveis".

Permaneceu nessa comarca até 1977, quando foi promovido, por antiguidade, para a Comarca de Belo Horizonte, assumindo como Juiz de Direito a 10ª Vara Cível, sendo removido, em 23 de novembro de 1977, para a 8ª Vara Criminal. Em 5 de março de 1985, por antiguidade, foi promovido para o extinto Tribunal de Alçada, permanecendo no cargo por quatro anos, e, por fim, alcançou o ápice da carreira, sendo promovido, por antiguidade, ao cargo de Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais em 25 de maio de 1989. Aposentou-se, a pedido, em 24 de janeiro de 1992.

Além dos serviços prestados à Magistratura Mineira, foi destacado jornalista. De próprio punho, manifesta que, "nos intervalos de sua faina profissional, escrevia crônicas saborosas", as quais, em 1999, foram reunidas em livro com o nome de *Temas da Vida*. Foi sócio fundador da Fundação Educacional Monsenhor Messias, a qual, em 4 de novembro de 1967, deu origem à Faculdade de Direito de Sete Lagoas. Foi indicado, a título provisório, como seu Diretor, até 24 de junho de 1970. Lá também foi professor, e, no ano de 1978, como prova evidente do prestígio alcançado, foi escolhido como patrono da Turma de Bacharéis da Faculdade de Direito de Sete Lagoas.

Participou de diversos encontros regionais destinados ao estudo do Direito Civil, Processo Civil e Penal, promovido pela Amagis em parceria com a Escola Judicial Desembargador Edésio Fernandes.

Foram inúmeras as homenagens que recebeu ao longo de sua vida profissional: foi agraciado, por duas vezes, pelo *Jornal da Segurança*, como "Destaque do Ano", no âmbito do Poder Judiciário, em 1980 e 1981. Em reconhecimento pelos trabalhos desenvolvidos como membro da Comissão Municipal da Reforma de Ensino de Sete Lagoas, a Câmara Municipal, por decisão unânime dos vereadores, concedeu-lhe o título de Cidadão Honorário do Município. Foi personalidade de destaque do Judiciário, em 1983, distinguido pelo Clube dos Advogados de Minas Gerais. Em 24 de outubro de 1988, foi agraciado com a Medalha de Mérito Santos Dumont.

Faleceu no dia 17 de maio de 2011. Todos que tiveram a oportunidade de conviver com ele não deixaram de manifestar, nas homenagens, o reconhecimento "pelos excelentes serviços à Magistratura de Minas Gerais", como registrou o Des. Wander Marotta, e "pelo seu cavalheirismo, pelo seu bom humor, pela sua capacidade de fazer e conservar amigos", como exprimiu o Des. Roney Oliveira.

Referências

CENTRO UNIVERSITÁRIO DE SETE LAGOAS. *Histórico*: Datas e fatos. Sete Lagoas. Disponível em: <http://www.unifemm.edu.br/v2/servicos/?femm/historico/datas-e-fatos>. Acesso em: 9 out. 2012.

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

ESTANTE VIRTUAL. *Informações do livro*: Temas da Vida, William Romualdo da Silva. Disponível em: <http://www.estantevirtual.com.br/booksmix/William-Romualdo-da-Silva-Temas-da-Vida-49648425>. Acesso em: 11 out. 2012.

PEIXOTO, Hélio Diniz. Exemplo de homem e magistrado: Dr. William Romualdo da Silva 1922-2011. *Jornal Hoje Cidade*, Sete Lagoas, p. 4. 28 mai. 2011.

SILVA, William Romualdo da. *Currículo*. Belo Horizonte. Disponível em: <http://www.tjmg.jus.br/institucional/desembargadores/des_apos/william_romualdo_silva.html>. Acesso em: 9 out. 2012.

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

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS. Quarta Câmara Cível. *Voto de pesar proposto pelo Sr. Des. Aubert Delage*: [Notas Taquigráficas]. Belo Horizonte, 26 maio. 2011. 2 f.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS. Quarto Grupo de Câmaras Cíveis. *Voto de pesar proposto pelo Sr. Presidente Des. Wander Marotta*: [Notas Taquigráficas]. Belo Horizonte, 18 mai. 2011. 1 f.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS. Segunda Câmara Cível. *Voto de pesar proposto pelo Sr. Presidente Des. Roney Oliveira*: [Notas Taquigráficas]. Belo Horizonte, 24 maio. 2011. 2 f.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS. Terceira Câmara Criminal. *Voto de pesar proposto pelo Sr. Presidente Des. Antônio Carlos Cruvinel*: [Notas Taquigráficas]. Belo Horizonte, 24 maio. 2011. 2 f.

...

NOTA HISTÓRICA

De sertão inóspito às Minas do Ouro*

O território que hoje compõe as Minas Gerais, durante o início do período colonial, fazia parte do sertão brasileiro. Este era considerado uma região sem lei, habitada por bandidos e, de acordo com as lendas da época, por monstros do folclore e por animais aterrorizantes. Posteriormente, através de seu desenvolvimento econômico, alavancou-se a ocupação territorial e deslocou-se o eixo econômico colonial do norte para o sul.

Etimologicamente, o vocábulo "sertão" remete à ideia de um local despovoado ou de terras distantes da costa. Em várias fontes, é identificado como deserto, sem a presença de elementos civilizados.

Tanto os dicionários antigos quanto os atuais registram uma oposição clara entre "costa" e "sertão". Este aparece sempre como área interiorana, hostil, a ser desbravada, conquistada e civilizada. No passado, a costa era entendida como o oposto, o que transmitia um referencial de civilidade.

Essa classificação e denominação do sertão não se restringiam apenas a termos geográficos, mas a um lugar, dentro do imaginário social da coletividade, desprovido de civilidade, carente de valores, costumes e ordem, que, em tese, estariam presentes na costa, ocupada por europeus que deveriam civilizar essas porções de terras.

Como ambiente desconhecido, alimentou o imaginário popular, composto por lendas acerca da existência de perigos naturais, pelo temor de ataques de animais ferozes (cobras enormes, jacarés famintos) e figuras míticas, como lobisomens, sacis e outras do folclore, como ressalta Carla Anastasia[1]. Além de todos esses perigos, era uma região associada à inexistência de ordem, à barbárie total e à criminalidade. O refúgio de ladrões, assassinos e de todo o tipo de escória humana, em especial o gentio selvagem, negros forros e fugidios.

Mas por que adentrar em um terreno tão inóspito, que demandava um investimento tão alto e envolvia tantos riscos?

A busca por riquezas: metais preciosos. Esse fascínio, que levou homens a arriscar suas vidas, foi alimentado por diversos fatores. Os colonos assumiam toda a despesa da empreitada de colonizar a terra, concedida pelo monarca, com o dever de ocupar e povoar seu espaço. Esses desbravadores, que ocuparam a parte sul da costa e a porção mais ao norte, não tinham condições de investir na produção açucareira e buscavam outras formas de retorno do capital empregado. Um grande número passou a dedicar-se à agricultura e à pecuária, mas sempre acalentaram o sonho de encontrar metais preciosos. As descrições fantasiosas dessas riquezas, associadas à necessidade de retorno dos custos da colonização, impulsionaram as expedições território adentro.

Para dominar os territórios entregues à barbárie de quilombolas e índios bravios, a solução era, de fato, a ocupação: conquistar para civilizar. A posse da terra atendia ainda à questão de assegurar à Coroa porções do território não descoberto.

A primeira expedição de caráter colonizador em direção ao sertão mineiro foi realizada pelo grupo de desbravadores liderado por Francisco Bruzza de Spinosa, entre 1553 e 1554. Buscavam metais preciosos, e, apesar de não os encontrar, retornaram com valiosas informações acerca da região[2].

Lungfur (2011) cita as representações feitas pelo cosmógrafo João Teixeira Albernaz I, em 1627, em seu Atlas do Brasil: "[...] desenhou e nomeou uma Serra de Esmeraldas, localizada no interior da Bahia, subindo a partir da planície litorânea e estendendo-se ao sul até o rio Doce" (LUNGFUR, 2011, p. 34).

Nas últimas décadas do séc. XVII, foi encontrado ouro no território que pertenceria ao Estado de Minas Gerais, fato que provocou um dos maiores deslocamentos de pessoas no período.

Pecuária

Atendendo às demandas econômicas da colônia, as ocupações de faixas territoriais mais distantes da costa aceleraram-se. A pecuária teve papel determinante nesse processo de conquista do sertão.

A Coroa, em 1701[3], proibiu a atividade pecuária a menos de dez léguas da costa atlântica, uma vez que esta área estava destinada à produção açucareira. Essa atividade assumiu caráter subsidiário à produção açucareira e foi empurrada para longe da costa e dos núcleos urbanos litorâneos. A proibição atendeu a três objetivos: manter a produção de açúcar nas terras ideais para seu cultivo e, logisticamente, melhor localizadas para o escoamento da produção; ampliar os domínios portugueses e descobrir novas riquezas.

Os criadores de bovinos, ao serem forçados a deslocar-se para longe da costa, acabaram se deslocando da região da Bahia rumo ao alto São Francisco, ocupando toda a porção norte no Estado.

---

* Ensaio elaborado por Andréa Vanêssa da Costa Val, Assessora da Memória do Judiciário Mineiro, e Carine Kely Rocha Viana, sob a supervisão do Desembargador Lúcio Urbano, Superintendente da Memória do Judiciário Mineiro.

[1] ANASTASIA, Carla Maria Junho. *A geografia do crime*: violência nas Minas setecentistas. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2005.

[2] CARTA de João de Aspicuelta Navarro. *Revista do Archivo Publico Mineiro*, p. 1.159-1.162.

[3] LINHARES Yedda Leite. *Pecuária, alimentos e sistemas agrários no Brasil (séculos XVII e XVIII). Lisboa, 1995.*

Além disso, formaram a estrutura de apoio que permitiu o estabelecimento dos exploradores de ouro, pois na região das minas não havia culturas e criações. Todo o enorme consumo gerado pela grande movimentação de pessoas em torno da empresa mineradora somente foi possível pela produção de alimentos e seu transporte pelos muares, além da absorção de mão de obra livre, menos valorizada, contribuindo para a fixação populacional.

Sertão: barbárie e violência

As paragens do sertão seriam o local do descontrole e de uma violência cotidiana, aonde não chegavam as leis civilizadoras da Coroa. Havia uma espécie de fronteira entre a área dominada, na qual estavam presentes valores e leis, e a outra, onde reinava a insurreição e o desregramento.

Existia nos centros urbanos, a maior parte deles localizados ao longo da costa, uma adaptação dos costumes da Corte e uma aplicação relativa de leis. Nos sertões e regiões recônditas, não havia predomínio de leis racionais, mas imperava o mandonismo de chefes locais, dotados de dinheiro e influência política, em decorrência da ausência de um poder estatal capaz de dirimir conflitos e interesses.

Isso pode ser em parte explicado pela estrutura ineficaz da administração colonial, em especial nos primórdios da conquista do território. O número de juízes e destacamentos era ínfimo frente à extensão crescente do território e do aumento da população. Outro fator que ajudava a esclarecer o panorama de violência era o fato de a conquista do sertão ter sido pautada por incursões carregadas de confrontos com o desconhecido, das muitas privações sem qualquer apoio da Coroa, que, em seguida ao estabelecimento das povoações, queria impor poderes e regras de convívio àqueles que por muito tempo se encontravam à própria sorte.

Para Adriana Romeiro[4], na visão dos governantes, os bárbaros, incautos eram considerados criminosos, por não obedecerem às leis e às normas sociais. Os rebelados, por sua vez, teriam no Estado um referencial de violência, repressão, exploração. Ambos construíram visões negativas um do outro, gerando um ambiente de enfrentamento constante.

Dada a peculiaridade das relações desenvolvidas em ambiente tão hostil, foi criada uma imagem dos homens do sertão associada à barbárie e à violência. Nos locais mais distantes do poder central, poderes paralelos desenvolveram-se, mantidos não apenas pela coação física, mas também pela conquista de uma legitimidade baseada na execução prática da justiça.

Com o adensamento populacional, ocorreu o surgimento de novos núcleos urbanos, responsáveis pelo comércio que sustentava a atividade mineradora. A grande movimentação de pessoas e de somas em dinheiro, decorrente da exploração mineral, permitiu que as Minas Gerais, ainda em 1720, fosse elevada à condição de capitania, desmembrada da capitania de São Paulo e Minas do Ouro.

Essa intensa movimentação, gerada pela extração mineral, provocou o deslocamento do eixo político e econômico da colônia, antes fixado no nordeste açucareiro, para a porção sul do território. Transformou regiões antes esquecidas pela Coroa, como Rio de Janeiro, São Paulo e a recém-povoada Minas Gerais, que passaram a ser o centro de suas atenções.

Dessa forma, o sertão, tido como lugar da barbárie, ambiente inóspito, refúgio do banditismo, transformou-se no grande propulsor da economia colonial, na região de maior produção, circulação de riquezas e concentração populacional.

Referências

AMANTINO, Márcia Sueli. *O mundo das feras*: Os moradores do Sertão Oeste de Minas Gerais – século XVIII. 2001. 426 f. Tese (Doutorado em História Social do Brasil) – UFRJ, IFCS, Rio de Janeiro.

ANASTASIA, Carla Maria Junho. *A geografia do crime*: violência nas Minas setecentistas. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2005.

ANDRADE, Francisco Eduardo de. A natureza e a gênese das Minas do Sul nos livros de André João Antonil e Sebastião da Rocha Pita. *Revista Brasileira de História*, São Paulo, v. 26, n. 51, jan./jun. 2006. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-01882006000100009>. Acesso em: 19 out. 2012.

ANTONIL, André João. *Cultura e opulência do Brasil por suas drogas e minas* (texto da edição de 1711). 2. ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, p. 307-316.

CARTA de João de Aspicuelta Navarro. *Revista do Archivo Publico Mineiro*, Belo Horizonte: Imprensa Oficial, 1899, p. 1.159-1.162.

GODOY, Marcelo Magalhães. O gosto amargo do açúcar das Minas. Uma política tributária errática que penaliza os produtores criou empecilhos ao desenvolvimento da atividade agroaçucareira em Minas Gerais. *Revista do Arquivo Público Mineiro*, Belo Horizonte, ano XLVII, n. 01, p. 112-131, jan./jun. 2011.

[4] ROMEIRO, Adriana, aula-palestra proferida no curso Sertões da América portuguesa em 05.12.2007, na FAFICH/UFMG.

LINHARES, Maria Yedda Leite. Pecuária, alimentos e sistemas agrários no Brasil (séculos XVII e XVIII). *Arquivos do Centro Cultural Calouste Gulbenkian, Le Portugal et l'Europe Atlantique, le Brésil et l'Amérique Latine*. Mélanges offerts à Fréderic Mauro. Lisboa/Paris, v. 34, dez.1995.

LUNGFUR, Hal. Mapeando a conquista. A cartografia do sertão mineiro durante o período de conquista revela aspectos conflitivos das políticas de colonização praticadas pela Coroa portuguesa. *Revista do Arquivo Público Mineiro*, Belo Horizonte, ano XLVII, n. 01, p. 30-47, jan./jun. 2011.

ROMEIRO, Adriana. *Sertões da América portuguesa*. Belo Horizonte: Curso de História da FAFICH/UFMG, 2007. Aula-palestra.

SILVA, Célia Nonata. *A teia da vida*: violência interpessoal nas Minas setecentistas. 1998. Dissertação (Mestrado em História) – UFMG, FAFICH, Belo Horizonte.

SOUZA, Laura de Mello e. *Famílias de sertanistas: expansão territorial e riqueza familiar em Minas na segunda metade do século XVIII*. 1998, p. 15-16. Mimeografado.

...

O foro privilegiado nas ações de improbidade administrativa - reflexão sobre a jurisprudência dos Tribunais Superiores

Áurea Maria Brasil Santos Perez[*]

A Lei 8.429, de 2 de junho de 1992, é, sem dúvida alguma, um marco importantíssimo na luta contra a corrupção e o mau uso do dinheiro público. Muito embora nosso País tenha mais de cinco séculos, a Lei de Improbidade Administrativa foi a primeira legislação anticorrupção a ter efetividade em nossa história, uma vez que, até então, existiam legislações esparsas, que nunca apresentaram resultado eficaz.

Há um visível movimento, em nossa sociedade, buscando a moralização dos serviços públicos, assim como a responsabilização daqueles que se utilizam da coisa pública para obter vantagem indevida.

Nesse contexto, inegável a importância da lei de improbidade, que, nos termos da exposição de motivos do projeto que a originou, se destina a dar execução ao disposto no art. 37, § 4º, da Constituição, onde se estabelece que

> os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

Nos vinte anos de vigência da Lei de Improbidade Administrativa, inúmeros questionamentos têm sido suscitados, mas aquele que se refere ao *foro especial por prerrogativa de função*, ou *foro privilegiado* é dos mais polêmicos, e sobre o qual tem havido significativa oscilação jurisprudencial de nossos Tribunais Superiores.

Completou a lei de improbidade seus vinte anos de vigência, sob uma névoa que agora embaça o posicionamento que havia sido firmado pelo Supremo Tribunal Federal quando do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.797/DF, em 15.09.2005, em que, por maioria de votos de seu órgão pleno, declarou a inconstitucionalidade da Lei 10.628, de 24.12.2002.

A Lei 10.628 alterava o art. 84 do Código de Processo Penal (acrescentando os §§ 1º e 2º), estendendo o foro privilegiado, na seara penal, para os "ex-agentes públicos" (§ 1º - após a cessação do exercício da função), e dispondo, ainda, em seu § 2º:

> a ação de improbidade, de que trata a Lei n. 8.429/92, será proposta perante o tribunal competente para processar e julgar criminalmente o funcionário ou autoridade na hipótese de prerrogativa de foro em razão do exercício de função pública, observado o disposto no §1º.

Estabeleceu, portanto, em seu § 2º, o foro privilegiado para as ações de improbidade administrativa, estendendo a estas ações a disciplina estatuída na Constituição para os julgamentos criminais dos agentes públicos, assim como também dos os ex-agentes públicos.

Naquela oportunidade, reconheceu o Supremo Tribunal Federal que a lei de 2002 *constituía evidente reação legislativa ao cancelamento da Súmula 394*, de 1964, daquela Corte, a qual mantinha a competência especial por prerrogativa de função para o crime cometido durante o exercício funcional, ainda que o inquérito ou a ação penal sejam iniciados após a cessação daquele exercício (cancelamento que se deu em 25.08.1997, por decisão tomada no Inq 687-QO, de relatoria do em. Ministro Sydney Sanches). Declarou, ainda, que se tratava de *inadmissível pretensão de interpretação autêntica da Constituição por lei ordinária, em usurpação da competência do Supremo Tribunal* para interpretar a Constituição.

Quanto à extensão da competência especial por prerrogativa de função estabelecida para o processo penal dos agentes públicos às ações de improbidade administrativa, a Corte Suprema reconheceu a inconstitucionalidade, uma vez tratar-se de "declaração, por lei, de competência originária não prevista na Constituição".

Consignou, ainda, o julgamento:

> Acresce que a competência originária dos Tribunais é, por definição, derrogação da competência ordinária dos juízos de primeiro grau, do que decorre que, demarcada a última pela Constituição, só a própria Constituição a pode excetuar.

E também pontuou:

> De outro lado, *pretende a lei questionada equiparar a ação de improbidade administrativa, de natureza civil (CF, art. 37, § 4º), à ação penal* contra os mais altos dignitários da República, para o fim de estabelecer competência originária do Supremo Tribunal em relação à qual a jurisprudência do Tribunal sempre estabeleceu nítida distinção entre as duas espécies. (Destaques meus.)

Registro que, antes mesmo do julgamento do Pretório Excelso, o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, por seu Órgão Especial, em 26.11.2003, declarou *por unanimidade*, *incidenter tantum*, a inconstitucionalidade da Lei Federal nº 10.628/2002 (que alterou a redação do art. 84 do Código de Processo

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

Penal, transferindo a competência originária do Juízo de 1ª Instância para os Tribunais de Justiça Estaduais, para julgar atos de improbidade administrativa atribuídos aos agentes políticos, alterando indevidamente a competência prevista no art. 125, § 1°, da CF, c/c o artigo 106, I, da Constituição Estadual de Minas Gerais - Arguição de Inconstitucionalidade 1.0000.03.401472-0/000) - e vem julgando até então, sem qualquer dissidência jurisprudencial, pela inexistência de foro privilegiado para as ações civis públicas.

A jurisprudência da Corte Especial do STJ era predominante no sentido de negar a existência de foro privilegiado nas ações de improbidade administrativa, tendo por *leading case* a Reclamação 591, de relatoria do Min. Nilson Naves (*DJ* de 15.05.2000) - na qual, de forma apertada, concluiu-se o julgamento com apenas um voto de desempate.

Com o advento da Lei 10.628/2002, a Corte Especial do STJ alterou seu posicionamento, aplicando as suas diposições (Pet 2588, Min. Franciulli Neto, *DJ* de 09.10.2006; Pet 2639, Min. Luiz Fux, *DJ* de 25.09.2006, AgRg na Pet 2589, Min. Carlos Alberto Menezes Direito, *DJ* de 14.06.2004; RCl 1717, Min. Carlos Alberto Menezes Direito, *DJ* de 09.05.2005).

No entanto, ante o julgamento da ADI n° 2.797/DF, com a declaração de inconstitucionalidade da Lei 10.628 pelo STF, o STJ retornou à jurisprudência anterior, afastando o foro especial por prerrogativa de função nas ações de improbidade.

Não obstante, em posicionamento adotado a partir de 2009, *de forma unânime, por sua Corte Especial*, o Superior Tribunal de Justiça novamente alterou seu entendimento, agora *reconhecendo o foro por prerrogativa de função para ações de improbidade administrativa, nas hipóteses em que o réu possui, em decorrência do cargo que ocupa, a mesma prerrogativa nas ações penais*.

Tal mudança de entendimento do STJ se alicerçou em julgado proferido pelo STF, por seu Órgão Pleno, na Questão de Ordem na Petição 3.211-0-DF, em 13.03.2008. Neste julgamento, a Corte Suprema, reabrindo a discussão sobre a matéria, posicionou-se por ampla maioria - com a divergência apenas do Min. Marco Aurélio - que "compete ao Supremo Tribunal Federal julgar ação de improbidade contra seus membros".

Alinhando-se ao entendimento majoritário neste julgamento, o Min. Cezar Peluso pontuou:

> Se, pela Constituição, Ministro do Supremo Tribunal Federal só pode ser processado, nas infrações penais comuns, por esta Corte e, nos crimes de responsabilidade, pelo Senado Federal, não é concebível que ação por ilícito de menor gravidade, entre cujas sanções está a mesma perda do cargo, possa ser atribuída à competência de outros órgãos.
> Insisto em que, se, pelos mais graves ilícitos da ordem jurídica, que são o crime comum e o crime de responsabilidade, Ministro do Supremo Tribunal Federal só pode ser julgado pelos seus pares ou pelo Senado da República, seria absurdo ou o máximo do contrassenso conceber que ordem jurídica permita que Ministro possa ser julgado por outro órgão em ação diversa, mas entre cujas sanções está também a perda do cargo.
> Isto seria a desestruturação de todo o sistema que fundamenta a distribuição da competência, para julgamento dos ilícitos mais graves atribuídos a Ministro da Suprema Corte, entre o Supremo Tribunal Federal e o Senado da República.

Aderindo a esse posicionamento do STF, a Corte Especial do STJ vem julgando, agora de forma pacífica, que "o foro privilegiado também deve ser aplicado às ações civis públicas por ato de improbidade administrativa, quando houver a possibilidade de a autoridade investigada perder o cargo ou o mandado" (cf., nesse sentido: Reclamação 2115, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. em 18.11.2009; Reclamação 2.790, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, *DJ* de 04.03.2010; AgRg na Sd 208/AM, Rel. Min. João Otávio de Noronha, *DJ* de 12.05.2010; Reclamação 4.927/DF, Rel. Min. Felix Fischer, *DJ* de 29.06.2011).

Colhe-se, dos fundamentos exarados nesses novos julgamentos, que, não obstante a declaração de inconstitucionalidade da Lei 10.628/2002, "a prerrogativa de foro, em ações de improbidade, tem base para ser sustentada, ainda que implicitamente, na própria Carta Constitucional". "Se há prerrogativa de foro para infrações penais que acarretam simples pena de multa pecuniária, não teria sentido retirar tal garantia para as ações de improbidade que importam, além da multa pecuniária, também a perda da própria função pública e a suspensão dos direitos políticos". Assim, "por imposição lógica de coerência interpretativa", estende-se a prerrogativa de foro em ação penal assegurada aos agentes públicos à ação de improbidade (Ministro Teori Albino Zavascki - AgRg no AIn 1.404.254-RJ).

Deve ser ressaltado que o Supremo Tribunal Federal, diversamente da linha agora trilhada pelo Superior Tribunal de Justiça, e sem embargo do julgamento que proferiu em 2008 (QO na Pet 3.211-0-DF), vem se posicionando, por sua 1ª e 2ª Turmas, de forma unânime, no sentido da inexistência de foro privilegiado para as ações de improbidade administrativa movidas contra agentes públicos. Nesse sentido: AgReg em AI 556.727, Rel. Min. Dias Toffoli, j. em 20.03.2012; AgReg em AI 678927, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. em 02.12.2010; AgReg em AI 506362, Rel. Min. Celso de Mello, j. em 02.06.2009. E, ainda, em inúmeras e recentes decisões monocráticas (RE 664.350, Rel. Min. Luiz Fux, j. em 27.06.2012; RE 598.778, Rel. Min. Marco Aurélio, j. em 21.08.2012; ARE 700.359, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. em 06.08.2012; RE 608.885, Rel. Min. Dias Toffoli, j. em 06.06.2012; AI 745.964, Rel.ª Min.ª Cármen Lúcia, j. em 10.05.2012; RE 581.559, Rel. Min. Ayres Britto, j. em 01.03.2012; Pet 4.932, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. em 10.02.2012; RE 657.233, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. em 24.10.2011; RE 635.302, Rel. Min. Celso de Mello, j.

em 24.03.2011; Pet 3.439, Rel. Min. Cezar Peluso, j. em 18.01.2010; dentre várias outras).

No entanto, merece registro decisão proferida pelo Min. Luiz Fux, em 22.03.2012, no Mandado de Segurança 31234, impetrado pelo Min. Guido Mantega, no qual foi deferida medida liminar determinando "que a representação sobre a suposta improbidade praticada pelo impetrante seja examinada pelo Procurador-Geral da República", suspendendo o ato que determinara o seu exame pela Procuradoria da República no Distrito Federal, já que a competência seria da Justiça Federal de primeiro grau.

Nesse julgamento, o Min. Fux destacou "o entendimento de que agentes políticos podem responder como réus em ação de improbidade, mas com observância da prerrogativa de foro", afirmando, na esteira da nova jurisprudência do STJ, que "não seria coerente com a unidade normativa do texto constitucional [...] que Ministro de Estado respondesse como réu em ação de improbidade em trâmite no primeiro grau de jurisdição, à medida que o referido feito também pode acarretar a perda da função pública".

Vê-se que a questão do foro privilegiado nas ações de improbidade administrativa tem apresentado oscilação na jurisprudência atual do Supremo Tribunal Federal - ainda que em reduzidíssimo número de julgamentos (um, proferido pelo Órgão Pleno envolvendo membro da Corte, e o outro, prolatado em caráter liminar por um de seus ministros), frente à maioria quase absoluta de julgados que se posiciona pela inexistência do privilégio de foro para essas ações (o que inclusive vem sendo reconhecido posteriormente, como já destacado, em julgamentos monocráticos de recursos extraordinários - inclusive proferidos pelo Min. Luiz Fux - e julgamentos unânimes da 1ª e 2ª Turmas).

É certo que a Corte Suprema, que teve sua composição significativamente alterada desde o julgamento, em 2005, da ADI 2797-2, em breve voltará a discutir a matéria, por seu Órgão Pleno.

Em que pese o respeito aos fundamentos tecidos para alicerçar a nova tese unanimemente encampada pelo Superior Tribunal de Justiça, criteriosamente desenhados nos votos proferidos pelo eminente Min. Teori Zavascki, o posicionamento em sentido contrário, que até então prevalece no Supremo Tribunal Federal, assenta-se em consistentes argumentos, sempre considerados pela Corte Suprema, cuja jurisprudência constantemente estabelece nítida distinção entre a ação de improbidade administrativa, de natureza civil (CF, ar. 37, §4º), e a ação penal contra os agentes públicos.

Conforme é assente na hermenêutica jurídica, *as disposições excepcionais não comportam interpretação ampliativa*.

É inquestionável que os privilégios de foro representam uma exceção ao princípio constitucional da isonomia, ou da igualdade de todos perante a lei, assim como ao princípio do juiz natural.

O princípio da igualdade trata de *princípio constitucional fundamental*, que, conforme a teoria jurídica moderna - notadamente na seara do direito constitucional -, constitui fonte primária do Direito, ao qual deve o intérprete recorrer antes de qualquer outra, e ao qual deve a norma específica subordinar-se. *A norma contrária a um princípio constitucional fundamental não tem validade jurídica*.

Pois bem. Sendo, o privilégio de foro uma exceção ao princípio fundamental da igualdade, e inclusive à própria natureza republicana do regime político adotado em nosso País, *afigura-se inconcebível admitir-se a existência de foro privilegiado em razão da função pública, sem a devida e expressa indicação na Constituição da República*.

No atual regime constitucional brasileiro, na mesma linha adotada por todas as nossas Constituições republicanas, o sistema é de reserva exclusivamente constitucional para a criação de privilégios de foro.

Em seus *Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda 1, de 1969*, já pontuava Pontes de Miranda: "Não haverá outros foros privilegiados que os instituídos pela própria Constituição" (RT: São Paulo, 1971, t.V, p. 239).

Assim, da mesma forma como não pode a lei ordinária - como bem consignou o Supremo Tribunal Federal em seu julgamento de 2005 - estender a competência especial por prerrogativa de função estabelecida na Constituição para o processo penal às ações de improbidade, não pode o Poder Judiciário fazê-lo, dando interpretação ampliativa a regra de exceção ao princípio constitucional fundamental da isonomia, em manifesta desmoralização à igualdade cidadã.

É sempre bom lembrar que a própria Constituição, em seu art. 37, § 4º, distinguiu e separou a ação condenatória por atos de improbidade administrativa que menciona da ação penal cabível - não havendo como se estender o foro privilegiado, constitucionalmente previsto apenas para a ação penal, às ações de improbidade.

Como já advertiu o eminente Professor Fábio Konder Comparato,

> em nenhum país do mundo, que se pretenda Estado de Direito, ou, mais ainda, Estado Democrático de Direito, nunca se ouviu dizer nem sequer sugerir que o Poder Executivo ou o Poder Judiciário tenham competência para criar prerrogativas de foro; pior ainda - o que seria inominável abuso -, ninguém jamais admitiu a constitucionalidade de sistemas jurídicos onde houvesse prerrogativas de foro para os próprios membros do Poder que as criava (Competência do Juízo de 1º grau. Em: *Improbidade administrativa*. 10 anos da Lei n. 8.429/92. Del Rey: Belo Horizonte, 2002, p. 124).

Trata-se de questões e conceitos que, por sua própria natureza, devem ser permanentes, não podendo ficar ao alvedrio de elementos circunstanciais.

A par de toda essa digressão jurídico-hermenêutica, é preciso ainda salientar que os tribunais pátrios não dispõem de estrutura para processar e julgar as inúmeras ações civis por ato de improbidade que neles aportariam, caso venha a prevalecer a tese do foro privilegiado para estas demandas.

Salta aos olhos que tal disciplina inviabilizaria de forma absoluta a máquina judiciária existente, hoje já lamentavelmente emperrada pela sobrecarga invencível de processos. Os tribunais são formados para julgar recursos, e não para conduzir instruções, atividade própria dos juízes de primeiro grau.

Constituiria, à evidência, um retrocesso à efetividade da Lei 8.429, que, segundo levantamento do Conselho Nacional de Justiça - CNJ, até março deste ano, resultou em 4.893 condenações nos Tribunais de Justiça estaduais e 627 nos Tribunais Regionais Federais.

O cenário que se poderia vislumbrar é o da manifesta impunidade pelos atos de improbidade administrativa dos agentes públicos, pelo menos daqueles que se postam nos mais elevados escalões das diversas esferas de poder, que já se encontram relacionados na inchada lista daqueles que, segundo a Constituição da República, detêm o privilégio de foro para as ações penais.

A realidade que já nos apresenta impõe uma séria reflexão quanto à necessidade de limitação dos cargos e funções que devem merecer a prerrogativa de foro, que, em nosso País, lamentavelmente vem sendo alargada ao longo de nossa história constitucional.

Não é possível conceber que, neste momento de nossa história, quando ainda é sensível a necessidade de melhora dos mecanismos de combate à improbidade na gestão pública, venha agora a se emprestar tratamento ampliativo a norma constitucional de natureza excepcional, inviabilizando-se o julgamento das ações civis por ato de improbidade.

...

A extinção da paridade remuneratória para as pensões pós-Emenda 41: uma questão ainda controvertida no Judiciário Mineiro

Fernando Ferreira Calazans[*]

Sumário: 1 Introdução. 2 A reforma previdenciária de 1998 e o equilíbrio financeiro e atuarial. 3 A reforma previdenciária de 2003 e a extinção da paridade remuneratória. 4 O entendimento do TJMG acerca da extinção da paridade para as pensões. 5 Comentários finais à guisa de conclusão. 6 Referências bibliográficas.

1 Introdução

Este artigo advém de trabalho publicado no *Boletim de Direito Administrativo*, edição de janeiro de 2012[1], e que, devido à importância e ineditismo do tema abordado, cujo entendimento ainda é controverso no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, merece ser republicado com adaptações. O que se espera, com a divulgação deste trabalho, é aprofundar o debate acerca da matéria para se chegar a uma uniformização de entendimentos.

O tema deste artigo é o instituto da Previdência Social, assunto atual e mundialmente debatido, inclusive no Brasil, que, em menos de dez anos, procurou reorganizar, por duas vezes (1998 e 2003), os regimes geral e próprios de previdência. Diante da complacência legislativa[2] e da ausência de lógica atuarial aplicadas à gestão previdenciária, até a publicação da Lei nº 9.717/98 e da Emenda Constitucional (EC) nº 20/98, os regimes próprios de previdência social (RPPS) eram tratados como meros apêndices da política de pessoal. E, na ausência de requisitos que garantissem sua sustentabilidade financeira, as despesas com aposentados e pensionistas passaram a comprometer cada vez mais o gasto com pessoal.

Nesse sentido e no contexto da busca pelo equilíbrio das contas públicas e ajuste fiscal, os entes federados buscaram adequar seus sistemas previdenciários ao novo marco institucional da previdência no serviço público. Com os paradigmas oriundos dessas reformas, criou-se um movimento de modelagem dos RPPSs inserido na onda de reorganização dos papéis do Estado.

Essas reformas vieram à tona em virtude da equivocada função emprestada à Previdência. Todavia, como alertado em 1997 por Armando de Oliveira Assis, então Presidente do Conselho de Recursos da Previdência Social, a previdência está acima da noção dos que acreditam ser ela mera máquina circunscrita às operações de arrecadar contribuições e pagar benefícios, visto ser instrumento de política social e de redistribuição de renda. (COIMBRA, 1997)

Foi nesse contexto que o artigo objetivou analisar as posições teóricas favoráveis e contrárias à extinção da paridade remuneratória[3] para as pensões pós-Emenda 41, visto se tratar de questão controvertida no âmbito do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (TJMG).

O artigo está estruturado da seguinte forma. Após esta introdução, foram apresentadas as razões que levaram às reformas previdenciárias de 1998 (Seção 2) e 2003 (Seção 3), além de apresentar o seu conteúdo e as correntes teóricas acerca da extinção da paridade para as pensões por morte pós-Emenda 41 (Seção 4). Em conclusão (seção 5), o autor, além de defender a tese de que a pensão pós-Emenda 41 de servidor não aposentado pelo art. 3º da Emenda 47 não tem direito à paridade, reconhece a inexistência de segurança jurídica no âmbito do Egrégio TJMG, o que está a exigir uniformização de entendimentos.

2 A reforma previdenciária de 1998 e o equilíbrio financeiro e atuarial

Até o advento da Emenda 20/98 e da Lei nº 9.717/98, diante da complacência legislativa e da ausência de lógica financeira e atuarial[4] aplicadas à gestão previdenciária do funcionalismo público, os RPPSs eram tratados como meros apêndices da política de pessoal dos entes federados. Na ausência de critérios e requisitos que garantissem a viabilidade técnica e a sustentabilidade financeira dos RPPSs, as despesas com aposentados e pensionistas dos entes passaram a comprometer cada vez mais o gasto com pessoal. Referida situação gerou déficits nos sistemas próprios previdenciários das três esferas de governo.

Segundo Giambiagi (2007a), em 1998, enquanto no RGPS o déficit era de 0,7% do Produto Interno Bruto, nos RPPSs federal, estaduais e municipais, considerados

[*] Advogado e mestre em Administração Pública com ênfase em Previdência Social. É gerente de benefícios do Instituto de Previdência dos Servidores do Estado de Minas Gerais - Ipsemg, professor de Direito Previdenciário e professor visitante da Escola Nacional de Administração de Angola. E-mail: fernandocalazans@adv.oabmg.org.br

[1] Cf. Calazans (2012).

[2] Cf. comparação internacional das regras de elegibilidade de benefícios em Caetano (2006).

[3] A paridade estava prevista no § 8º do art. 40 da CF/88, com redação da EC 20/98, revogada pela EC 41/03, que assim dispunha "os proventos de aposentadoria e as pensões serão revistos na mesma proporção e na mesma data, sempre que se modificar a remuneração dos servidores em atividade".

[4] Os benefícios não guardavam relação com a contribuição, mas sim com a remuneração. Até 1998, contava-se em dobro licença prêmio para fins de aposentadoria.

conjuntamente, o déficit era de 3,7% do PIB. Esse foi o cenário que levou o legislador constituinte derivado a promulgar a EC 20 de 1998 e, cinco anos depois, a EC 41 de 2003.

Com a reforma previdenciária de 1998[5], o RGPS e os RPPSs da União, Estados e Municípios submeteram-se a novos paradigmas, tais como a preservação do equilíbrio financeiro e atuarial, o caráter contributivo, e a vinculação da receita previdenciária, entre outros. A partir daí, considera-se nacionalmente criada a obrigatoriedade de preservação do equilíbrio financeiro e atuarial dos sistemas previdenciários brasileiros - ponto de partida deste ensaio teórico para discussão acerca da nova sistemática de cálculo das aposentadorias e pensões e a extinção da paridade remuneratória.

3 A reforma previdenciária de 2003 e a extinção da paridade remuneratória

Como inúmeras questões permaneceram intocadas pela reforma de 1998, e diante dos desequilíbrios até então bastante expressivos dos RPPSs apontados pelo Ministério da Previdência Social (MPS) *apud* Pinheiro (2002), equivalentes a 61% do Produto Interno Bruto, a questão previdenciária do funcionalismo público foi objeto central de discussão na agenda política e econômica do governo em 2003.

Conforme apontado por Pinheiro (2002), questão suscitada durante o processo de negociação da 2ª onda de reformas previdenciárias no Brasil (EC 41) foi o movimento internacional de unificação dos regimes previdenciários dos servidores públicos e dos demais trabalhadores nos países membros da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE.

Mediante estudo comparativo, Pinheiro (2002) reconheceu que as reformas realizadas por esses países tenderam a convergir ou para a unificação dos regimes de previdência especiais e o geral ou para a homogeneização das regras de ambos.

Em consequência disso, sem adentrar no mérito dos fundamentos a favor ou contra a citada unificação,[6] em 31.12.2003, foi publicada a EC 41, que tratou, em síntese, de aproximar as regras dos RPPSs às do RGPS, sem unificar a gestão desses sistemas previdenciários, instituindo o cálculo das aposentadorias pela média, de forma a espelhar o histórico contributivo do servidor; extinguindo a garantia da paridade[7] para as novas pensões[8] e para as aposentadorias concedidas pela regra da média. Além disso, a Emenda 41 instituiu o caráter solidário mediante a taxação das aposentadorias e pensões dos RPPSs e criou nova sistemática de cálculo (redutor de 30%) para as novas pensões que superem o teto do RGPS.

Com o intuito de promover operabilidade à nova forma de cálculo das aposentadorias e pensões, em 20.02.2004, foi publicada a Medida Provisória nº 167, convertida na Lei nº 10.887. Essa lei tratou, entre outras questões, de regulamentar os dispositivos constitucionais que criaram a nova sistemática de cálculo para as pensões. Em relação ao tema, o § 7º do art. 40 da CF/88 foi dotado de eficácia com a publicação da citada MP 167.

O direito à paridade foi substituído pelo reajuste anual para recompor o poder de compra desses benefícios em virtude da variação inflacionária do ano anterior. O art. 40, § 8º, CF/88, que dispunha sobre o referido direito à paridade, foi modificado pela EC 41, passando a dispor que "é assegurado o reajustamento dos benefícios para preservar-lhes, em caráter permanente, o valor real, conforme critérios estabelecidos em lei".

Aludida regra de reajustamento foi dotada de eficácia com a publicação da MP nº 167, convertida na Lei nº 10.887. De acordo com a redação originária do art. 15 dessa lei, "os proventos de aposentadoria e as pensões de que tratam os arts. 1º e 2º desta Lei serão reajustados na mesma data em que se der o reajuste dos benefícios do regime geral de previdência social", restando omisso em relação ao índice de reajuste a ser aplicado.

Diante disso, o MPS editou a Orientação Normativa nº 03 de 2004. Referida orientação, por seu art. 65, *caput* e parágrafo único, estabeleceu que as aposentadorias e pensões, não amparadas pela garantia da paridade, serão reajustadas para preservar-lhes, em caráter permanente, o valor real, na mesma data em que se der o reajuste dos benefícios do RGPS, de acordo com a variação do índice definido em lei pelo ente, e, com fundamento no § 12 do art. 40 da CF/88,[9] estabeleceu que, "na ausência de definição do índice de reajustamento pelo ente, os benefícios serão corrigidos pelos mesmos índices aplicados aos benefícios do RGPS".

Em 2005, publicou-se a EC 47, que, em síntese, relativamente aos RPPSs, não se consubstanciou numa verdadeira reforma previdenciária, mas apenas estabeleceu alguns ajustes, tais como: manutenção da paridade para servidores aposentados pelo art. 6º da

---

[5] Essa reforma se deu com a publicação da Lei nº 9.717, de 27.11.1998 e da EC nº 20, de 15.12.1998.

[6] Ver Pinheiro (2002).

[7] A paridade estava prevista no art. 40, § 8º, CF/88, com redação da EC 20/98, revogada pela EC 41/03, que assim previa "os proventos de aposentadoria e as pensões serão revistos na mesma proporção e na mesma data, sempre que se modificar a remuneração dos servidores em atividade".

[8] Com exceção daquelas derivadas de óbito de servidor aposentado pela regra do art. 3º da EC 47.

[9] "Além do disposto neste artigo, o regime de previdência dos servidores públicos titulares de cargo efetivo observará, no que couber, os requisitos e critérios fixados para o regime geral de previdência".

Emenda 41; criação de regra de transição para servidores que ingressaram no serviço público até 16.12.1998; retroação dos seus efeitos a 31.12.2003; além de criar regra excepcionalíssima de extensão da garantia da paridade às pensões derivadas de óbito de servidores aposentados pelo art. 3º da EC 47.[10]

Alguns anos depois, em 2008, a Medida Provisória (MP) nº 431 supriu a ausência de indicação do índice a ser utilizado pelos RPPSs para o reajuste dos seus benefícios não amparados pela garantia da paridade, dando nova redação ao art. 15 da Lei nº 10.887. Segundo esse dispositivo, "os proventos de aposentadoria e as pensões de que tratam os §§ 3º e 4º do art. 40 da Constituição Federal e art. 2º da Emenda Constitucional nº 41, de 29 de dezembro de 2003, nos termos dos arts. 1º e 2º desta Lei, serão atualizados, a partir de janeiro de 2008, nas mesmas datas e índices utilizados para fins dos reajustes dos benefícios do regime geral de previdência social".

Aludida MP foi convertida na Lei nº 11.784, de 2008, que deu nova redação ao citado dispositivo, preceituando que "os proventos de aposentadoria e as pensões de que tratam os arts. 1º e 2º desta Lei serão reajustados, a partir de janeiro de 2008, na mesma data e índice em que se der o reajuste dos benefícios do regime geral de previdência social, ressalvados os beneficiados pela garantia de paridade de revisão de proventos de aposentadoria e pensões de acordo com a legislação vigente".

Nesse sentido, o MPS editou a Orientação Normativa nº 02 de 2009, que revogou a Orientação Normativa nº 03 de 2004. Segundo essa nova Orientação (art. 66), a pensão, conferida ao conjunto dos dependentes do segurado falecido a partir de 20.02.2004, corresponderá à totalidade dos rendimentos do servidor falecido, até o limite máximo fixado para os benefícios do RGPS, acrescida de setenta por cento da parcela excedente a esse limite. Segundo Giambiagi (2007b), convém registrar que, apesar de os dados atuais ainda apontarem desequilíbrios atuariais bastante expressivos dos RPPSs, estes estão controlados devido às reformas previdenciárias promovidas em 1998 e 2003.

Foi nesse contexto que se instalou o dilema acerca da extinção ou não da paridade para as pensões derivadas de óbito de segurado ocorrido após a Emenda 41/2003.

4 O entendimento do TJMG acerca da extinção da paridade para as pensões

Para travarmos uma discussão segura sobre a extinção da paridade para as novas pensões, é necessário abordarmos a questão do direito adquirido e da expectativa de direito, além das regras de transição.

As origens e mazelas dos RPPSs - o que levou o legislador constituinte a promulgar as EC 20 e 41 – podem ser reconhecidas como: a benevolência dos critérios para a concessão dos benefícios, os déficits e a falta de gestão apropriada dos recursos dos RPPSs. Com essas reformas, foram criadas regras menos benevolentes e dotadas de novos paradigmas, como a criação da idade mínima de aposentadoria, necessidade de preservação do equilíbrio financeiro e atuarial, caráter contributivo e previsão de participação social na gestão previdenciária, como forma de aumentar a transparência e o controle da administração pública.

Como toda alteração nas leis previdenciárias afeta consideravelmente a expectativa de milhões de brasileiros, foram instituídas "normas de transição" para assegurar àqueles que acreditavam que seriam beneficiados pelas regras então vigentes (que possuíam mera expectativa de direito) critérios mais amenos que os novos. É dizer, as regras de transição têm por finalidade efetuar o passamento das situações jurídicas com expectativa de se consolidarem sob a égide do regime anterior para a vigência do novo sem a constrição de garantias individuais, em especial, a do direito adquirido.

Por conta disso, em matéria previdenciária, tais regras devem levar em consideração necessariamente condições individuais dos sujeitos envolvidos, como a idade e o tempo de contribuição, entre outras. Foi nesse contexto que surgiram as regras de transição. Por opção do legislador, algumas resguardaram o direito à paridade e outras não. Vejamos abaixo a tabela das regras de transição vigentes.

Tabela 1 – Regras de transição de aposentadorias e pensões – Brasil – 2011

Regra de transição	Aplicável para qual benefício?	Garantia da paridade
Art. 2º da EC nº 41/2003	Aposentadoria	não
Art. 6º da EC nº 41/2003	Aposentadoria	sim
Art. 3º da EC nº 47/2005	Aposentadoria e pensão	sim

Referência: Elaborada pelo autor com base na legislação previdenciária.

[10] "Art. 3º [...] Parágrafo único Aplica-se ao valor dos proventos de aposentadorias concedidas com base neste artigo o disposto no art. 7º da Emenda Constitucional nº 41, de 2003, observando-se igual critério de revisão às pensões derivadas dos proventos de servidores falecidos que tenham se aposentado em conformidade com este artigo".

Como o foco do trabalho se limita à análise das pensões, verificamos que, não obstante a reforma de 2003 ter eliminado a garantia da paridade para as novas pensões, a Emenda 47 criou a regra do parágrafo único do seu artigo 3º,[11] que, excepcionalmente, garantiu o direito à paridade para pensões derivadas de óbitos de servidores aposentados de acordo com esse artigo.

Diante de vasta pesquisa realizada no sítio eletrônico do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (TJMG), constatou-se a existência de posicionamentos divergentes acerca da extinção da paridade. Enquanto alguns defendem, com esteio em variadas teses, a continuidade irrestrita e geral da paridade para as novas pensões, outros entendem que tal garantia persiste apenas, por disposição normativa excepcional, para as pensões derivadas de óbitos de servidores aposentados pelo art. 3º da EC 47/2005.

Para melhor entendimento listaremos e analisaremos a seguir uma a uma.

Tabela 2 – Teorias sobre a paridade das pensões pós-Emenda 41 – Brasil – 2011

Seq.	Posições teóricas
1	Com base na alegação do direito adquirido à paridade dos servidores que ingressaram no serviço público até 31.12.2003, o direito à paridade deve ser assegurado a todas as pensões derivadas dos óbitos desses servidores.
2	Com esteio no art. 7º da EC 41, a paridade deve ser estendida para todas as pensões de servidores aposentados com direito à paridade com óbitos pós-Emenda 41, porque a pensão é consequência lógica da aposentadoria, que já possuía o direito adquirido à paridade.
3	A paridade deve ser estendida para todas as pensões derivadas de óbitos pós-Emenda 41, ao argumento de que essa Emenda, ao reformular a forma de cálculo da pensão, determina que tais pensões devam ter o seu valor recalculado sempre que o teto do RGPS se modificar.
4	A pensão derivada de óbito ocorrido a partir de 20.02.2004 de servidor que não se aposentou pelo art. 3º da Emenda 47 não tem direito à paridade.

Referência: Elaborada pelo autor com base em decisões judiciais.

A primeira delas defende, com base na alegação do direito adquirido à paridade dos servidores que ingressaram no serviço público até 31.12.2003, que o direito à paridade deve ser assegurado às respectivas aposentadorias e pensões.

Aludida tese foi sustentada pelo Partido Popular Socialista, ao propor a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4.096/DF,[12] questionando o teor do artigo 171 da MP nº 431/08, que deu nova redação ao art. 15 da Lei nº 10.887/04. O Partido alegou que o preceito atacado violaria o princípio da paridade estabelecido pelas ECs 41/03 e 47/05. Sustentou ainda que a norma seria constitucional quanto a sua aplicação para os servidores que ingressaram no serviço público a partir de 31.12.2003, mas que, em relação aos servidores abrangidos pela regra da paridade, ou seja, os que ingressaram no serviço público antes dessa data, o índice de reajuste estabelecido pelo artigo 171 da nº MP 431/08 seria inconstitucional. Ocorre que, como restou consignado que a MP sofreu alteração substancial, o E. Relator monocraticamente julgou prejudicada a ADI em razão da perda superveniente de objeto.

A segunda corrente, afirma, com esteio no art. 7º da EC 41, que a paridade deve ser estendida para todas as pensões derivadas de servidores aposentados com direito à paridade com óbitos pós-Emenda 41, porque a pensão é consequência lógica da aposentadoria, que já possuía direito adquirido à paridade. Veja-se ementa do acórdão proferido nos autos da Apelação Cível nº 1.0024.07.404688-9/003, de Relatoria do E. Des. Geraldo Augusto, publicado em 29.04.2008:

> Pensão por morte. Emenda Constitucional 41/2003. Situação transitória. Valor do benefício. Integralidade. [...] Em se tratando de caso em que a aposentadoria do servidor ou o preenchimento por este dos requisitos para obter tal direito ocorreram antes das modificações constitucionais, submete-se à regra segundo a qual o benefício de pensão aos seus dependentes deve se embasar nos critérios anteriores à EC nº 41/2003, e assim o cálculo do valor do benefício e a forma de revisão destes ficam à "mercê dos critérios anteriormente adotados, que tem por base a modificação da remuneração dos servidores em atividade ou a ulterior transformação ou reclassificação de cargos, sendo a revisão processada na mesma data e na mesma proporção (art. 7º)" (grifos nossos).

A terceira posição reconhece que a paridade deve ser estendida para todas as pensões derivadas de óbitos pós-Emenda 41, ao argumento de que a EC 41, ao reestruturar a forma de cálculo da pensão, determina que tenham seus valores recalculados sempre que o teto

[11] O art. 3º da EC 47 criou uma regra de aposentadoria com proventos integrais para os servidores com ingresso no serviço público até 16/12/1998: a "regra dos 85/95". Para cada ano de contribuição que extrapolar os 35 de contribuição para homem ou 30, para mulher, reduzir-se-á um ano na idade mínima para a aposentadoria relativamente às idades de 60 para homem e 55, para mulher.

[12] STF, ADI 4096/DF, Rel. Min. Eros Grau, *DJ* 02.03.2009. Decisão monocrática do Ministro Relator colhida no sítio eletrônico do STF (http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp).

do RGPS se modificar. Esse é o entendimento do douto Juízo da 6ª Vara da Fazenda Estadual de Belo Horizonte exarado à f. 1 da r. sentença proferida nos autos do Processo nº 0024.09.589255-0:

> Necessário lembrar que a EC nº 41/03 realmente aboliu o direito à paridade, mas este acabou recuperado pela EC nº 47/03 [*sic*] (art. 40, § 7º, I, da CF). Desta forma, sempre que o cargo do instituidor da pensão tiver algum aumento salarial, deve este ser repassado para o montante do benefício previdenciário.

Nesse mesmo sentido, veja-se a ementa do acórdão proferido nos autos da Apelação Cível nº 1.0024.07.743936-2/001, de relatoria do Desembargador Manuel Saramago, publicado em 06.03.2009:

> Constitucional. Mandado de segurança. Pensão por morte. Concessão da ordem. O benefício de pensão por morte deve equivaler aos vencimentos ou proventos que o servidor falecido perceberia se vivo estivesse, em conformidade, porém, com as regras estatuídas pelo art. 40, § 7º, I, da Constituição da República, na redação dada pela EC nº 41/03.[13]

E a última posição, defendida por este trabalho, é aquela segundo a qual todas as pensões derivadas de óbitos ocorridos a partir de 20.02.2004 de servidores não aposentados pelo art. 3º da EC 47 não possuem direito à paridade, consoante os fundamentos apresentados na Seção 3. Em idêntica direção manifestou-se o Egrégio TJMG no julgamento da Apelação Cível nº 1.0024.07.544353-1/001, de relatoria da Des.ª Albergaria Costa, acórdão publicado em 27.01.2009, assim ementado:

> Ação ordinária. Servidores públicos estaduais aposentados. Extensão do prêmio de produtividade. Alegação de direito adquirido à paridade com proventos dos servidores da ativa. *Não se admite a invocação do direito à manutenção das regras existentes ao tempo ou do ingresso no serviço público ou da aposentadoria, porque o servidor público não tem direito adquirido a regime jurídico*, conforme jurisprudência remansosa do Colendo Supremo Tribunal Federal. [...] (grifos nossos)

A partir de agora, após termos apresentado as posições teóricas acerca do tema, analisaremos cada uma à luz da legislação vigorante, manifestando-nos favorável ou contrariamente aos argumentos expendidos.

Relativamente à primeira posição, defendida pelo Partido Popular Socialista, nos autos da ADI 4096/DF, segundo a qual os benefícios de aposentadoria e pensão relativos a servidores que ingressaram no serviço público antes de 31.12.2003 terão assegurados o direito à paridade, dela ousamos discordar pelas seguintes razões.

Primeiro, porque as ECs 41/03 e 47/05 extinguiram não só a integralidade desses benefícios, mas também a paridade entre estes e a remuneração do servidor ativo. Ademais, as regras de transição das ECs 41 e 47 não consubstanciam direito adquirido, mas mera expectativa de direito. E, por último, porque a legislação aplicável à concessão de pensão é aquela vigente à data do seu fato gerador (óbito), por força da aplicação do princípio *tempus regit actum*.

Nesse sentido, eis o teor do Enunciado da Súmula nº 340 do Col. Superior Tribunal de Justiça, publicada em 13/08/2007, segundo a qual, "a lei aplicável à concessão de pensão previdenciária por morte é aquela vigente na data do óbito do segurado." No mesmo sentido, "em matéria previdenciária, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de que a lei de regência é a vigente no tempo de concessão do benefício (*tempus regit actum*)".[14]

Logo, tendo o óbito ocorrido a partir de 20/02/2004, as pensões não terão a garantia da paridade, excepcionando-se dessa regra as pensões derivadas de óbito de servidores aposentados pelo art. 3º da EC 47, por força do contido no parágrafo único desse mesmo dispositivo. Nessa esteira de raciocínio, o Ministério da Previdência editou a Orientação Normativa nº 02 de 2009, que, em seu art. 83, *caput*, assim previu:

> Art. 83 - A partir de janeiro de 2008, os benefícios de aposentadoria de que tratam os arts. 56, 57, 58, 59, 60 e 67 e de pensão previstas no art. 66 (*in casu*, nova regra de cálculo), concedidos a partir de 20 de fevereiro de 2004, devem ser reajustados para preservar-lhes, em caráter permanente, o valor real, nas mesmas datas e índices utilizados para fins de reajustes dos benefícios do RGPS, excetuadas as pensões derivadas dos proventos de servidores falecidos que tenham se aposentado em conformidade com o art. 69 (*in casu*, o art. 3º da EC 47).

Assim, a alegação de que a paridade remuneratória é devida aos servidores que ingressaram no serviço público até 31.12.2003 é desarrazoada, na medida em que estes servidores detinham, quando da publicação da EC 41, mera expectativa de se aposentarem pelas regras que garantiam a paridade. Com a vigência dessa EC, respeitados os direitos adquiridos (para os então aposentados e pensionistas e servidores que tinham completado as regras para se aposentar segundo as normas vigentes), conforme prevê o art. 7º dessa Emenda, as pensões, derivadas dos óbitos ocorridos a partir de 20/02/2004,[15] não mais possuem a garantia da paridade, com exceção das derivadas de óbito de servidores aposentados pelo art. 3º da EC 47.

Já a segunda posição entende, sustentando-se no art. 7º da EC 41, que a paridade deve ser garantida para

---

[13] TJMG, Processo nº 1.0024.07.743936-2/001(1), Rel. Des. Manuel Saramago, MG 06.03.2009.

[14] STF, 1ª Turma, RE 510878 ED/ES, Rel.ª Min.ª Cármen Lúcia, *DJ* 03.08.2007.

[15] Data de entrada em vigor da MP nº 167, que disciplinou a nova sistemática de cálculo das pensões.

todas as pensões derivadas de servidores aposentados com óbitos ocorridos a partir de 20.02.2004, haja vista que a pensão é consequência lógica da aposentadoria que lhe antecedeu, visto que esta já possuía o direito à paridade. Mais uma vez ousamos discordar, *permissa venia*.

Primeiro, porque a pensão por morte não decorre necessariamente de uma aposentadoria, mas sim de um óbito, isso porque servidores falecem tanto como ativos quanto como aposentados. Segundo, porque aposentadoria e pensão decorrem de relações jurídicas distintas. Enquanto a primeira deriva de uma relação de trabalho (vínculo funcional), a outra, provém de uma relação de dependência econômica (vínculo familiar). Terceiro, porque o art. 7º da Emenda 41 explicita apenas o direito adquirido, reconhecendo expressamente (o que nem precisaria ser feito) o direito à paridade apenas para os benefícios abrangidos pelo art. 3º dessa Emenda, que trata apenas das aposentadorias e pensões em fruição ou que possuíam o direito adquirido na data de sua publicação.

É dizer: não há falar na extensão da paridade prevista no citado art. 7º às novas pensões (óbitos a partir de 20/02/2004), visto que tal artigo é aplicável tão somente às pensões abrangidas pelo seu art. 3º (que trata do direito adquirido), ou seja, às pensões com óbito ocorrido até 19.02.2004.[16] Veja-se a sua redação:

> Art. 7º - Observado o disposto no art. 37, XI, da Constituição Federal, os proventos de aposentadoria dos servidores públicos titulares de cargo efetivo e as pensões dos seus dependentes pagos pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, em fruição na data de publicação desta Emenda, bem como os proventos de aposentadoria dos servidores e as *pensões dos dependentes abrangidos pelo art. 3º desta Emenda*, serão revistos na mesma proporção e na mesma data [...] (grifos nossos).

Por conta disso, socorremo-nos às razões anteriormente apresentadas para discordar dessa posição. Ora, consoante entendimento jurisprudencial consolidado, como a legislação aplicável à pensão é a vigente à data do óbito e considerando que este ocorreu a partir de 20.02.2004, não há falar em paridade, com exceção das pensões derivadas de óbito de servidores aposentados pelo art. 3º da Emenda 47, conforme já explicitado.

Isso porque o § 8º do art. 40 da CF/88 foi disciplinado pela MP nº 167/04, convertida na Lei nº 10.887/04, que, em seu art. 15, com redação dada pela Lei nº 11.784/08, passou a prever que "os proventos de aposentadoria e as pensões de que tratam os arts. 1º e 2º desta Lei serão reajustados, a partir de janeiro de 2008, na mesma data e índice em que se der o reajuste dos benefícios do regime geral de previdência social, ressalvados os beneficiados pela garantia de paridade de revisão de proventos de aposentadoria e pensões de acordo com a legislação vigente".

Corroborando com nossa assertiva, o Eg. TJMG, em sentido contrário a outros julgados seus, como anteriormente apresentado, assim se manifestou:

> Administrativo. Ação ordinária. Pensão por morte. Paridade de remuneração com os servidores da ativa. Óbito da instituidora pensão ocorrido após a vigência da EC Nº 41/03. Improcedência do pedido. Recurso não provido. - Após a entrada em vigor da Emenda Constitucional nº 41/03, que alterou as regras para se calcular o teto das pensões previdenciárias, restou cediço que o valor da pensão a ser concedida será o valor que o instituidor da pensão recebia quando do seu óbito, acrescido dos reajustes seguintes que seriam concedidos, em razão de eventual perda do valor real da moeda, não mais se utilizando valores dos servidores da ativa ou como se vivo estivesse.[17]

Quanto à terceira tese, a mesma nos informa que a paridade deve ser estendida para todas as pensões derivadas de óbitos pós-Emenda 41, ao argumento de que essa Emenda, ao reformular a forma de cálculo inicial da pensão, determina que tenham os seus valores recalculados sempre que o teto do RGPS se modificar.

Todavia, *concessa venia*, dela também discordamos pelas seguintes razões. Esse entendimento equivoca-se na medida em que atrela o direito à atualização da pensão (que deveria fiar-se no conteúdo do § 8º do art. 40 da CF/88) ao teor do § 7º do art. 40 da CF/88, que trata apenas da forma de cálculo do seu valor inicial.

Não se pode confundir "cálculo do valor inicial" com "cálculo para reajuste". O primeiro se refere à regra do § 7º do art. 40 da CF/88, e o segundo à do § 8º do mesmo artigo. Enquanto o § 7º estabelece a regra para se calcular a pensão, o § 8º apresenta a maneira para reajustá-la.

Ou seja: para as pensões derivadas de óbito pós-Emenda 41, primeiro, calcula-se o valor da pensão, nos termos do que dispõe o § 7º do art. 40 da CF/88 c/c o *caput* do art. 2º da Lei nº 10.887. Depois, para fins de reajuste (§ 8º do art. 40 da CF/88), aplica-se o índice do RGPS (art. 15 da Lei 10.887) e não mais os aumentos concedidos aos servidores ativos, como se vivos estivessem, devidos tão somente às pensões com direito à paridade, o que não é o caso.

Desta forma, para as pensões pós-Emenda 41 não há falar em seu recálculo sempre que o teto do RGPS vier a aumentar, até porque o cálculo do seu valor inicial se dá com base na legislação vigente à data do óbito,

---

[16] Dia anterior à vigência da Medida Provisória nº 167, ocorrida em 20.02.2004, que regulamentou o art. 40, § 7º, CF/88, que estabeleceu as diretrizes para o cálculo do valor inicial da pensão por morte.

[17] TJMG, Processo nº 1.0024.07.384190-0/001, Rel. Des. Edivaldo George dos Santos, MG 07.08.2009.

inclusive apurando-se o valor do teto do RGPS nesse mesmo instante. Em idêntico sentido, eis a cristalina orientação dimanada do MPS, por meio do art. 66, § 2º, da Orientação Normativa nº 02 de 2009:

> Art. 66 - A pensão por morte, conferida ao conjunto dos dependentes do segurado falecido a partir de 20 de fevereiro de 2004, data de publicação da Medida Provisória nº 167, de 19 de fevereiro de 2004, corresponderá a:
> [...]
> § 2º O direito à pensão configura-se na data do falecimento do segurado, sendo o benefício concedido com base na legislação vigente nessa data, *vedado o recálculo em razão do reajustamento do limite máximo dos benefícios do RGPS* (grifos nossos).

Por fim, num breve cotejo das correntes estudadas, viu-se que não há falar em direito adquirido à paridade para os servidores que ingressaram no serviço público até 31.12.2003 (1ª corrente), visto que o benefício, especialmente a pensão, tem a sua análise atrelada à lei vigente à data do óbito.

Pela mesma razão, não há como estender a paridade para as pensões de servidores aposentados com direito à paridade com óbito pós-Emenda 41 (2ª corrente), visto que a lei de regência da pensão é a vigente à data do seu fato gerador e não a que serviu de base para a concessão da aposentadoria.

Igualmente, razão não assiste à 3ª corrente, segundo a qual a Emenda 41 determina que as pensões pós-Emenda 41 devam ter seu valor recalculado sempre que o teto do RGPS se modificar. Isso porque a regra do § 7º do art. 40 da CF/88 refere-se apenas ao cálculo do valor inicial e não à forma de reajuste, que deve atender ao prescrito no § 8º desse mesmo artigo.

Por todos esses motivos, *permissa maxima venia*, a última corrente deve prevalecer, no sentido de que a pensão derivada de óbito ocorrido a partir de 20.02.2004 de servidor não aposentado pelo art. 3º da Emenda 47 não tem direito à paridade, independentemente da data de ingresso do servidor no serviço público e se ele faleceu como aposentado de acordo com regra que lhe garantia a paridade.

5 Comentários finais à guisa de conclusão

O objetivo geral proposto foi o de analisar as posições teóricas favoráveis e contrárias à extinção da paridade para as pensões pós-Emenda 41, visto se tratar de uma questão ainda controversa no âmbito do Eg. TJMG. Para tanto, foi feita análise acerca das razões e do conteúdo das reformas previdenciárias de 1998 e 2003. Depois, foram apresentadas as correntes teórico-jurisprudenciais e debatidas à luz da legislação previdenciária.

Ao final, ante a existência de entendimentos divergentes, o autor, com amparo no princípio do *tempus regit actum* (em que a pensão por morte rege-se pela legislação vigente à data do óbito), defende a tese de que a pensão derivada de óbito a partir de 20.02.2004 de servidor não aposentado pelo art. 3º da EC 47/2005 não tem direito à paridade, independentemente da data de ingresso do funcionário no serviço público e se faleceu como aposentado de acordo com regra que lhe garantia a paridade.

Assim, diante da divergência teórica apontada e considerando a finalidade deste artigo: a de colaborar no debate previdenciário, o que se pode concluir é a inexistência de segurança jurídica no âmbito do Eg. TJMG sobre a questão. Tal fato está a exigir dos operadores do Direito reflexões aprofundadas sobre o tema para sanear tais divergências. Sabido que a discussão de assuntos previdenciários se torna desafio intrigante na medida em que, boa parte das vezes, vem acompanhada de intensa carga emocional, o que se espera é aprofundar o debate acerca da matéria para se chegar a uma uniformização de entendimentos.

6 Referências bibliográficas

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, 1988. Brasília: [Senado Federal], 1988.

BRASIL. *Emenda Constitucional nº 20* de 15 de dezembro de 1998. Modifica o sistema de previdência social, estabelece normas de transição e dá outras providências. Brasília: [Senado Federal], 1998.

BRASIL. *Emenda Constitucional nº 41* de 19 de dezembro de 2003. Modifica os arts. 37, 40, 42, 48, 96, 149 e 201 da Constituição Federal, revoga o inciso IX do § 3 do art. 142 da Constituição Federal e dispositivos da Emenda Constitucional n. 20, de 15 de dezembro de 1998, e dá outras providências. Brasília: [Senado Federal], 2003.

BRASIL. *Emenda Constitucional nº 47* de 5 de julho de 2005. Altera os arts. 37, 40, 195 e 201 da Constituição Federal, para dispor sobre a previdência social, e dá outras providências. Brasília: [Senado Federal], 2005.

BRASIL. *Lei nº 9.717* de 27 de novembro de 1998. Dispõe sobre regras gerais para a organização e o funcionamento dos regimes próprios de previdência social dos servidores públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos militares dos Estados e do Distrito Federal e dá outras providências. Brasília: [Senado Federal], 1998.

BRASIL. *Lei nº 10.887* de 18 de junho de 2004. Dispõe sobre a aplicação de disposições da Emenda Constitucional no 41, de 19 de dezembro de 2003, altera dispositivos das Leis nos 9.717, de 27 de novembro de 1998, 8.213, de 24 de julho de 1991, 9.532, de 10 de dezembro de 1997, e dá outras providências. Brasília: [Senado Federal, 2004.

BRASIL *Lei nº 11.784* de 22 de setembro de 2008. Dispõe sobre a reestruturação do Plano Geral de Cargos do Poder Executivo - PGPE, de que trata a Lei no 11.357, de 19 de outubro de 2006, [...] e dá outras providências. Brasília: [Senado Federal], 2008.

BRASIL. *Medida Provisória nº 167* de 19 de fevereiro de 2004. Dispõe sobre a aplicação de disposições da Emenda Constitucional nº 41, de 19 de dezembro de 2003, altera dispositivos das Leis nos 9.717, de 27 de novembro de 1998, 9.783, de 28 de janeiro de 1999, 8.213, de 24 de julho de 1991, 9.532, de 10 de dezembro de 1997, e dá outras providências. Brasília, 2004.

BRASIL. *Medida Provisória nº 431* de 14 de maio de 2008. Dispõe sobre a reestruturação do Plano Geral de Cargos do Poder Executivo - PGPE, de que trata a Lei nº 11.357, de 19 de outubro de 2006; [...] e dá outras providências. Brasília, 2008.

BRASIL. Ministério da Previdência Social. *Orientação Normativa MPS/SPS n. 3* de 13 de agosto de 2004. Brasília, [?].

BRASIL. Ministério da Previdência Social. *Orientação Normativa MPS/SPS n. 2* de 31 de março de 2009. Brasília, 2009.

BRASIL. Ministério da Previdência e Assistência Social. *Livro Branco da Previdência Social*. Brasília: MPAS/GM, 2002.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula n. 340*. Brasília: [?], 13/08/2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.096/DF*. Requerente: Partido Popular Socialista. Requerido: Presidente da República. Relator: Eros Grau. Distrito Federal, 19 de fev. 2009. Publ. 02 de mar. 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 510878 ED/ES*. Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social. Recorrido: Olga Faustini Vervloet. Relatora: Cármen Lúcia. Distrito Federal, 19 de jun. 2007. Publ. 03 de ago. 2007.

CALAZANS, Fernando Ferreira. A extinção da paridade remuneratória para as pensões pós-emenda 41: uma questão ainda controvertida no Judiciário Mineiro. *Boletim de Direito Administrativo (BDA)*, p. 12-25, jan. 2012.

COIMBRA, José dos Reis Feijó. *Direito previdenciário brasileiro*. 7. ed. Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas, 1997.

GIAMBIAGI, Fabio. *A reforma da previdência:* o encontro marcado. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007a.

GIAMBIAGI, Fabio. *Dezessete anos de política fiscal no Brasil: 1991-2007*. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, Rio de Janeiro, texto para discussão nº 1.309, nov. 2007b.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. *Apelação Cível nº 1.0024.07.404688-9/003*. Apelantes: Laura Aparecida Guedes Maia e outro. Apelado: Ipsemg. Relator: Des. Geraldo Augusto. Belo Horizonte, 04 de mar. de 2009. Publ. 29 de abr. 2009.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. *Apelação Cível nº 1.0024.07.743936-2/001*. Apelante: IPSEMG e outro. Apelado: Menor representado p/ mãe Maria das Graças Osório Gomes e outros. Relator: Manuel Saramago. Belo Horizonte, 29 de jan. de 2009. Publ. 06 de mar. 2009.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. *Apelação Cível nº 1.0024.07.544353-1/001*. Apelante: Wellington Simão da Silva e outros. Apelado: Estado de Minas Gerais. Relator: Albergaria Costa. Belo Horizonte, 04 de dez. de 2008. Publ. 27 de jan. de 2009.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. *Apelação Cível nº 1.0024.07.384190-0/001*. Apelantes: Sara Simonini de Andrade Souza e outro. Apelados: Ipsemg e outros. Relator: Des. Edvaldo George dos Santos. Belo Horizonte, 14 de jul. de 2008. Publ. 07 de ago. de 2009.

PINHEIRO, Vinícius Carvalho. Unificação de Regimes de Previdência dos Servidores Públicos e Trabalhadores Privados: Experiência Internacional. *Informe de Previdência Social*, Brasília, v. 14, n. 12, p. 1-4, dez. 2002.

...

A limitação do rol dos legitimados para a propositura das ações coletivas em contraposição ao princípio constitucional de amplo acesso ao Poder Judiciário

Patrícia Brandão Paoliello[*]

Sumário: 1 Introdução. 2 O nascimento das relações jurídicas metaindividuais (coletivas, difusas, individuais homogêneas). 3 Direitos ou interesses difusos e coletivos? 4 Conceitos: interesses difusos, interesses coletivos e interesses individuais homogêneos. 4.1 Interesses difusos. 4.2 Interesses coletivos. 4.3 Interesses individuais homogêneos. 5 Da legitimação ativa para a propositura das ações coletivas na defesa dos interesses difusos. 6 Do princípio constitucional do amplo acesso à Justiça. 7 A limitação do rol dos legitimados para a propositura das ações coletivas em contraposição ao princípio constitucional de amplo acesso ao Poder Judiciário. 8 Conclusão. 9 Bibliografia.

1 Introdução

A constante evolução das relações sociais faz surgir, diante do Poder Judiciário, conflitos novos a cada dia, exigindo do Poder Legislativo uma constante atualização das normas pátrias.

A sociedade neoliberal fez acentuar a necessidade de criação de um novo ramo do direito, já que a antiga divisão direito público e direto privado se tornou insuficiente à classificação das categorias que consideram a natureza jurídica dos interesses, surgindo os direitos coletivos *lato sensu*.

O atual estágio de desenvolvimento da sociedade - apelidada, por alguns, como de massa - exige dos legisladores e operadores do direito a compreensão dos fenômenos sociais sob uma perspectiva ampla, coletiva.

Os direitos ou interesses transindividuais (difusos, coletivos e individuais homogêneos) sempre existiram; não são novidade de algumas poucas décadas. Nos últimos anos, apenas se acentuou a preocupação doutrinária e legislativa em identificá-los e protegê-los jurisdicionalmente, agora sob a égide do processo coletivo.

A razão consiste em que a defesa judicial de interesses transindividuais de origem comum tem peculiaridades: não só esses interesses são intrinsecamente transindividuais, como também sua defesa judicial deve ser coletiva, seja em benefício dos lesados, seja ainda em proveito da ordem jurídica. Dessa forma, o legislador estipulou regras próprias sobre a matéria, especialmente para solucionar problemas atinentes à economia processual, à legitimação ativa, à destinação do produto da indenização e aos efeitos de imutabilidade da coisa julgada.

A respeito do tema, confira as ponderações de Ricardo de Barros Leonel em sua obra *Manual do processo coletivo*:

> Nos conflitos de massa que caracterizam a sociedade moderna e cada dia incidem em maior intensidade, abandonando as típicas confrontações individualísticas entre sujeitos determinados, fica patente a imprescindibilidade de compreensão dos instrumentos postos pelo legislador à disposição dos interessados, a fim de que seja viável e adequada a defesa de tais interesses ou direitos de natureza não individual (2002, p. 16).

A proteção desses direitos ou interesses surgiu no nosso País por meio de leis esparsas como a Lei da Ação Civil Pública, da Ação Popular, o Código de Defesa do Consumidor, dentre várias outras.

Tais instrumentos normativos vêm disciplinando as relações judiciais coletivas, mas estão longe de ser satisfatórios à efetiva tutela dos interesses postos em discussão. Isso porque, apesar de existir um sistema de tutela coletiva, pouco se sabe a respeito da teoria do direito coletivo, que haveria de embasar esse sistema.

Não bastasse a rasa teoria processual coletiva, os diplomas legais que regem esse sistema ainda padecem de um grave vício: o restritíssimo rol de legitimados ativos à propositura das respectivas ações.

Atento aos interesses políticos justamente de limitar e restringir o manuseio dos instrumentos processuais coletivos postos à disposição da sociedade, que constituem, na prática, um controle dos cidadãos aos excessos cometidos pelo Poder Público, o legislador cuidou em criar uma lista bem exígua de pessoas legitimadas ao manejo destas ações, afastando o cidadão do Poder Judiciário.

Nesse aspecto, confira as constatações do Professor Vicente de Paula Maciel Júnior, em *Teoria das ações coletivas*: as ações coletivas como ações temáticas:

> Entretanto, as forças dominantes nos processos de definição de competência de poder e muitas vezes os próprios agentes políticos, vêm determinando a exclusão dos indivíduos nos processos judiciais através da limitação da legitimação para agir. Ou seja, o sistema baseado nos direitos subjetivos vem privilegiando a tutela individual dos direitos e admitindo pouquíssimos avanços quanto às demandas contra os agentes políticos ou mesmo quanto à legitimação para que concorrentemente os sujeitos possam participar da correção sobre a deliberação de alguns atos de poder (2006, p. 119).

Isso significa dizer que a vítima da violação ao seu direito não pode, por si só, de forma direta, demandar judicialmente no sentido de impedir que determinada ameaça se concretize, ou mesmo que a já concretizada

---

[*] Assessora Jurídica do Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Bacharel em direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Pós-graduada em Direito Público pelo Instituto de Educação Continuada da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

lesão cesse. Não pode essa vítima pretender em seu nome pleitear a reparação desse dano.

Há que se obtemperar que tais limitações vão de encontro ao princípio constitucional de amplo acesso ao Poder Judiciário, previsto na nossa Constituição Federal dentro das garantias e direitos fundamentais assegurados aos cidadãos (art. 5º, inciso XXXV).

Este artigo jurídico se propõe exatamente a demonstrar que as restrições existentes à titularidade da legitimação ativa para a propositura de ações coletivas ferem o princípio constitucional em voga, não merecendo subsistir.

2 O nascimento das relações jurídicas metaindividuais (coletivas, difusas, individuais homogêneas)

Com o advento da Revolução Industrial, a produção industrial tomou conta do mundo, inaugurando uma era de evolução tecnológica, econômica e até mesmo social. A partir da Revolução Industrial o volume de produção aumentou extraordinariamente: a produção de bens deixou de ser artesanal e passou a ser maquinofaturada; as populações passaram a ter acesso a bens industrializados e deslocaram-se para os centros urbanos em busca de trabalho. As fábricas passaram a concentrar centenas de trabalhadores, que vendiam a sua força de trabalho em troca de um salário.

Foi o marco da evolução da fase individualista da sociedade para o surgimento da cultura de massa: trabalho, produção, consumo, meio ambiente, etc.

As relações trabalhistas, o consumismo em excesso e a própria consciência do cidadão de que pode fiscalizar o Poder Público e exigir dele o cumprimento da lei e a proteção do patrimônio público gera situações em que vários interesses individuais convergem na mesma direção, cabendo, muitas vezes, a proteção unificada desses interesses, que passam a ser conhecidos como interesses transindividuais ou metaindividuais.

Os interesses metaindividuais enquadram-se como uma terceira categoria de interesses, situando-se entre os interesses privados e os públicos. São interesses que excedem o âmbito estritamente individual, mas não chegam propriamente a constituir interesse público.

Os interesses transindividuais ou metaindividuais ultrapassam o limite da esfera jurídica de determinando indivíduo, abarcando um número indeterminado ou determinável de pessoas (depende da sua classificação específica: se coletivos, difusos ou individuais homogêneos) têm natureza híbrida, universal e indivisível. Afloraram a partir da massificação da economia neoliberal, diante a imensidão de pessoas que se encontram na mesma situação jurídica.

> O primeiro passo para a 'revelação' dos interesses difusos deu-se com o advento da Revolução Industrial e a consequente constatação de que os valores tradicionais, individualistas, do século XIX, não sobreviveriam muito tempo, sufocados ao peso de uma sociedade 'de massa'. Tércio Sampaio Ferraz Júnior se interroga sobre a razão pela qual os interesses difusos vieram 'aflorar agora, nesta segunda metade do século XX, com essa intensidade pelo menos', para constatar, então, que o fenômeno está ligado ao tipo de sociedade ao qual vivemos, que é chamada sociedade de massa.
> Na sociedade globalizada não há lugar para o homem enquanto indivíduo isolado; ele é tragado pela roda-viva dos grandes grupos e corporações: não há mais preocupação com as situações jurídicas individuais, o respeito ao indivíduo enquanto tal, mas, ao contrário, indivíduos são agrupados em grandes classes ou categorias, e como tais, normatizados (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos*: conceito e legitimação para agir. 6. ed. rev., atual., e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004).

O nascimento desses interesses difusos e coletivos acarretou um sério problema ao Direito Processual Civil, na medida em que a mera importação dos conceitos individuais deste ramo do direito não se presta à tutela daqueles interesses já que o processo civil foi todo construído sob a égide das relações individualistas.

O Brasil tem hoje uma vasta e moderna legislação destinada à proteção desses direitos, como por exemplo, a Lei da Ação Civil Pública e a Lei da Ação Popular, o Código de Defesa do Consumidor, o Estatuto da Criança e do Adolescente, dentre outros. No entanto, tais mecanismos não se mostram tão eficazes dada a falta de suporte doutrinário que fundamentem esses novos institutos jurídicos.

O professor Doutor Vicente de Paula Maciel bem pondera os efeitos do surgimento desse novo ramo do processo:

> Há uma grande perplexidade na doutrina nacional e estrangeira sobre os direitos coletivos e são diversas as soluções de cada país para conferir efetividade a estes direitos. Temos no Brasil um sistema de ações coletivas, mas estamos longe de um consenso sobre o que sejam os direitos (ou interesses) difusos, coletivos, homogêneos, etc. Ou seja, temos tutelas processuais, mas a doutrina e a jurisprudência estão repletas de indagações sobre a legitimação, os efeitos, a forma, a extensão daquilo que estamos tutelando (2006, p. 20).

Essa evolução cultural, decorrente do avanço tecnológico, da explosão populacional, dos bens de consumo impõe também uma evolução no próprio Estado Democrático de Direito, que não pode deixar de tutelar de forma adequada e específica as relações jurídicas novas de tamanha dimensão.

3 Direitos ou interesses difusos e coletivos?

Questão técnica que se mostra de grande valia a qualquer estudo que tenha como escopo as ações coletivas é a diferenciação do conceito de "direitos subjetivos" e de "interesses subjetivos".

Trata-se, evidentemente, de situações jurídicas diferentes, cuja distinção se mostra importante para o estudo dessa ciência do direito.

As leis brasileiras tratam de ambos os institutos, o que demonstra que existe, a rigor, distinção entre eles. Veja alguns exemplos:

> CF. 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;
>
> Lei nº 7.347/85. Art. 5º. § 5.º Admitir-se-á o litisconsórcio facultativo entre os Ministérios Públicos da União, do Distrito Federal e dos Estados na defesa dos interesses e direitos de que cuida esta lei.
>
> Lei nº 8.078/90. Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em *juízo* individualmente, ou a título coletivo.

A respeito do tema, elucida Maciel Júnior o seguinte:

> A legislação brasileira, em diversas passagens, fala da tutela dos interesses e direitos difusos, coletivos. A nomenclatura revela que haveria uma distinção entre as expressões. Se adotássemos a definição de Ihering de que os direitos são interesses juridicamente tutelados, teríamos de admitir que tanto os interesses quanto os direitos difusos representam exatamente a mesma coisa, não havendo divergência ontológica entre as expressões, o que cairia no vazio (2006, p. 43).

Começaremos pelos conceitos.

O interesse é uma manifestação de vontade individual do sujeito, em relação a determinado bem. Trata-se de um conceito eminentemente individual, pois reflete a intenção de determinado sujeito, que reside na esfera psíquica deste indivíduo.

O interesse não tem proteção jurídica do Estado ou da sociedade, exatamente dado o seu caráter individual e volitivo, não podendo o sujeito exigir a satisfação desse seu interesse por imposição.

Em sua obra, Mancuso leciona:

> Os interesses 'simples' - já o vimos - caracterizam-se pelas circunstâncias de se reportarem a anseios, aspirações, desejos, cuja realização não é incentivada, nem tampouco protegida ou mesmo defendida pelo Estado. Trata-se de tendência à satisfação de uma necessidade, mas tal se passa no campo psíquico do sujeito, que deseja tal satisfação, mas não pode exigi-la do Estado ou de terceiro (2004, p. 75).

Por sua vez, o direito subjetivo é aquele que encontra proteção do Estado, quer através da sua previsão no direito material, quer através da tutela jurisdicional.

Explica Barros Leonel que o direito subjetivo nada mais é do que "a posição de vantagem assegurada pelo ordenamento jurídico material, que permite ao seu titular, numa situação concreta, invocar a norma a seu favor" (2002, p. 81).

Nota-se que, no caso dos direitos, a concepção se volta à esfera pública na medida em que visam à proteção e estabilização das relações sociais.

Existe uma clara correlação entre os institutos: os interesses individuais podem vir a se tornar direitos subjetivos. A partir do momento em que determinado interesse vem a ser reconhecido pela sociedade, tanto através do consenso social com a sua contemplação na norma de direito material quanto de forma compulsória, através do pronunciamento judicial, esse interesse consolida-se como um direito subjetivo, garantindo ao seu titular a proteção efetiva do Estado.

Mais uma vez vale citar o il. Doutor Vicente de Paula Maciel no sentido de que o direito nasce do interesse:

> O direito subjetivo somente existe a partir do momento em que a sociedade espontaneamente confere validade ao interesse da parte, ou quando o sujeito consegue o reconhecimento judicial, através de um processo de validação de seu interesse.
>
> O que se tem antes desse momento é o interesse do sujeito, portanto, um interesse subjetivo, que ainda não é direito subjetivo. Somente haverá direito subjetivo se o interesse do sujeito for validamente reconhecido pelos processos de validação (reconhecimento espontâneo da sociedade ou atividade substitutiva estatal - devido processo legal) (2006, p. 61).

Uma vez transposta a barreira da validação, quer social, quer judicial, o interesse transmuda sua natureza jurídica, vindo a se estabelecer como direito subjetivo.

Um bom exemplo para elucidar a questão foi dado pelo professor acima citado em sua obra: um sujeito pode manifestar seu interesse em ser mantido em seu emprego. No entanto, a simples manifestação desse interesse não significa a sua transformação em direito (MACIEL JÚNIOR, 2006, p. 57). Sua intenção não lhe garante proteção jurídica, não antes de ser este interesse validado.

Caso não existisse a diferenciação desse instituto, algumas situações ficariam sem explicação, como quando existem vários interesses contrastantes perante determinada norma. Se não houvesse distinção entre direitos e interesses, não haveria como explicar a solução de demandas que envolvam vários titulares de direitos conflitantes em face da mesma norma.

Diante de um conflito de interesses, mostra-se imprescindível o reconhecimento judicial de qual interesse deve prevalecer, transformando-o em direito.

Feita a diferenciação da concepção dos direitos e dos interesses, passamos, em breves linhas, aos conceitos de interesses coletivos, difusos e individuais homogêneos.

4 Conceitos: interesses difusos, interesses coletivos e interesses individuais homogêneos

Os interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos são espécies do gênero interesses metaindividuais.

Os interesses metaindividuais enquadram-se como uma terceira categoria de interesses, situando-se entre os interesses privados e os públicos. São interesses que

excedem o âmbito estritamente individual, mas não chegam propriamente a constituir interesse público.

4.1 Interesses difusos

São os interesses que pertencem a um número indeterminável de pessoas, não sendo possível especificar os titulares desses interesses. Os interesses difusos são também indivisíveis, visto que uma lesão a esse direito atinge todas as pessoas (indetermináveis) que o possuem. Os interesses difusos são oriundos de uma situação de fato.

Em sua obra, Mancuso dá as principais notas das características desses interesses: (i) indeterminação dos sujeitos; (ii) indivisibilidade do objeto; (iii) intensa conflituosidade; (iv) duração efêmera, contingencial (2004, p. 93).

4.2 Interesses coletivos

Os titulares são determinados ou determináveis, pertencem a um grupo, categoria ou classe. São também indivisíveis. Caso seja reparado para um, será reparado para todos. Lesou a um, lesou a todos. Origina-se de uma relação jurídica (preexistente).

A distinção entre os difusos e coletivos é bem pontuada por Barros Leonel:

> De pronto, é possível identificar dois dados diferenciadores: maior limitação dos interesses coletivos, em virtude da existência do dado organizativo do grupo interessado (ausente nos difusos), e existência de uma relação jurídica embasando o liame existente entre os interessados.
> Estes interesses são também inerentes a pessoas indeterminadas a princípio, mas determináveis, pois o vínculo entre elas é mais sólido, decorrente de uma relação jurídica comum. Aqui também o objeto ao qual se volta o interesse é indivisível, satisfazendo a todos ao mesmo tempo, sendo todo o grupo lesado coetaneamente na hipótese de violação.
> Deste modo, os coletivos distinguem-se dos difusos, ambos indivisíveis, pela sua origem, na medida em que nestes o vínculo relaciona-se a dados acidentais ou factuais, enquanto naqueles a ligação dos integrantes do grupo, categoria ou classe decorre de uma relação jurídica (2002, p. 106).

4.3 Interesses individuais homogêneos

Cuida-se de interesses individuais tratados de forma coletivizada. Interesses individuais homogêneos possuem causa comum que afeta, embora de modo diverso, número específico de pessoas, com consequências distintas para cada uma delas.

Em que pese serem os direitos individuais homogêneos provenientes de causa comum que atinge a todos os lesados, são metaindividuais apenas para fins de tutela judicial coletiva, porque continuam a possuir, no plano do direito material, característica individual clássica. Trata-se, então, de prerrogativa processual concedida em razão da homogeneidade causal.

5 Da legitimação ativa para a propositura das ações coletivas na defesa dos interesses difusos

Conforme já mencionado, a proteção dos interesses difusos e coletivos no nosso ordenamento ocorre através de leis esparsas que tratam das matérias de dimensão transindividual.

Todas essas leis têm um ponto em comum: todas elas criam limitações à legitimidade ativa para a propositura das ações coletivas.

Por exemplo: a Lei da Ação Civil Pública confere apenas ao Ministério Público, à Defensoria Pública, à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, às autarquias, empresas públicas, fundações ou sociedades de economia mista e a associações que atendam às exigências impostas da respectiva lei.

Nos mesmos moldes, em se tratando de ações coletivas, o Código de Defesa do Consumidor limita os legitimados às seguintes entidades: o Ministério Público, a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal, as entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos pelo CDC e as associações que também atendam às exigências daquele diploma legal.

Suficientes estes dois exemplos.

Vê-se que o ajuizamento das ações coletivas aqui no Brasil não pode ser feito diretamente por qualquer cidadão, titular do direito difuso violado. Criou-se uma espécie de legitimação extraordinária (há controvérsias doutrinárias nesse ponto) em que entes públicos, sindicais, associações "representam" os interessados difusos e coletivos.

Barros Leonel pondera:

> A definição da legitimação ativa para as demandas coletivas é questão que envolve dificuldades legislativas, em virtude da complexidade teórica e prática da matéria. Esta dificuldade decorre de que, quando se trata da defesa em juízo dos interesses supraindividuais, normalmente aquele que se pretende legitimado não é diretamente titular daqueles, ou, ainda que o seja, não exerce esta posição de preeminência em caráter de exclusividade.
> Basta recordar que no nosso sistema o direito de ação é ordinariamente conferido a quem é titular da situação protegida, na legitimação ordinária, e excepcionalmente conferido a quem não é titular dos direitos ou interesses e promove sua defesa em nome próprio e no interesse alheio, na legitimação extraordinária ou substituição processual. Somente é possível agir em juízo, na defesa do interesse que não é do próprio demandante, quando há expressa autorização legal neste sentido (2002, p. 154).

Esta limitação é vista por muitos como influencia do individualismo no modelo coletivo:

> Ephraim de Campos Jr. (1985, p. 86-96) admite grandes dificuldades enfrentadas na questão da legitimação quando se trata dos interesses coletivos ou difusos em face de haver um declínio da concepção individualista do processo,

> normalmente centrada nas relações intersubjetivas, para a adoção de uma nova perspectiva, hoje direcionada para a solução de conflitos metaindividuais. Para o autor, a solução da legitimidade nessas categorias de interesses poderia ser encontrada com a admissão da substituição processual, adotando-se a legitimação extraordinária concorrente dos diversos co-interessados, o que viabiliza uma tutela efetiva com favorecimento de todos os substituídos em virtude da atividade do substituto (MACIEL JÚNIOR, 2006, p. 133).

A intenção do legislador em criar barreiras ao acesso do cidadão ao Judiciário visa, de forma subvertida, a proteção do próprio Poder Público. O acesso amplo e irrestrito dos cidadãos ao Poder Judiciário poderia se transformar em um mecanismo forte e eficiente de controle da administração, controle este que definitivamente não se quer sofrer.

Maciel Júnior bem destacou a origem e a razão desse problema, argumentando que

> os agentes políticos tendem a criar ou atribuir competências aos chamados órgãos 'intermediários' (Ministério Público, associações, Órgãos de Defesa do Consumidor, Delegacias de Ordem Econômica, *Ombudsman*) e que em muitos casos pertencem ao próprio governo (2006, p. 120).

Vincenzo Vogoriti, citado na obra de Maciel Júnior, defende a importância da participação do indivíduo que passa a superar a ideia meramente privativista e passa a agir *uti cives,* e não *uti singuli* (2006, p. 120).

A legitimação apenas de entidades, na sua grande maioria ligadas ao próprio governo, por si só, já constitui um filtro a essa atuação. No entanto, há que se lançar o seguinte questionamento: os legitimados ativos exercem, de fato, a representação efetiva dos interessados? Eles conseguem realmente atender ao clamor, na defesa desses interesses difusos?

A restrição existente vai exatamente de encontro à própria natureza dos interesses difusos, criando barreiras ao exercício desses interesses, afastando o cidadão do acesso ao Judiciário.

6 Do princípio constitucional do amplo acesso à Justiça

> Conforme já ressaltei várias vezes, a essência do direito está na ação. O que o ar puro representa para a chama, a liberdade de ação representa para o senso de justiça, que sufocará se a ação for impedida ou perturbada (IHERING, Rudolf von. *A luta pelo direito*. Trad. J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 1 ed. 2. tiragem. São Paulo: RT, 1998, p. 84).

Vige no direito brasileiro, com status de direito fundamental, o princípio do amplo acesso ao Judiciário, previsto no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, *verbis legis*:

> 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:
> [...]
> XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito; [...] [1]

A análise desse princípio será aqui procedida não sob a ênfase do monopólio do poder jurisdicional pelo Poder Judiciário, envolvendo a própria tripartição e independência dos três Poderes, mas sim sob a ótica do efetivo e amplo direito do cidadão de buscar a tutela jurisdicional para a defesa dos seus interesses.

O acesso ao Poder Judiciário está intimamente vinculado à concepção do chamado "direito aos tribunais" ou "direito de ação", conhecido princípio da iniciativa de parte ou da demanda.

O princípio em voga decorre do Estado Democrático de Direito e constitui o instrumento que assegure que, em cada caso em que se manifeste lesão a direito individual de qualquer espécie, o Judiciário dirá a última palavra e, como é sua função, aplicará a lei.

A importância prática do preceito ora examinado está em vedar sejam determinadas matérias, a qualquer pretexto, sonegadas aos tribunais, o que ensejaria o arbítrio. Proíbe, pois, que certas decisões do Executivo, que devem estar jungidas à lei, escapem ao império desta eventualmente, sem a possibilidade de reparação. O crivo imparcial do Judiciário, assim, pode perpassar por todas as decisões da Administração, contrariando a possível prepotência de governantes e burocratas. Trata-se, portanto, de garantia fundamental para que possa existir, sobreviver o Estado de Direito, voltado para o bem comum, preocupado com o bem-estar da sua população, limitando a arbitrariedade dos governantes e fortalecendo as garantias individuais.

Nesses termos, confira as lições dos doutrinadores Antônio Carlos de Araujo Cintra, Ada Pelegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco, na obra *Teoria geral do processo*:

> Seja nos casos de controle jurisdicional indispensável, seja quando simplesmente uma pretensão deixou de ser satisfeita por quem podia satisfazê-la, a pretensão trazida pela parte ao processo clama por uma solução que faça justiça a ambos os participantes do conflito e do processo. Por isso é que se diz que o processo deve ser manipulado de modo a propiciar as partes acesso à justiça, o que se resolve, na expressão muito feliz da doutrina brasileira recente, em *acesso à ordem jurídica justa*.
> Acesso à justiça não se identifica, pois, com a mera *admissão ao processo*, ou possibilidade de ingresso em juízo. Como se verá no texto, para que haja efetivo acesso à justiça á indispensável que o maior número possível de pessoas seja admitido a demandar e a defender-se adequadamente (inclusive em processo criminal), sendo também condenáveis as restrições quanto a determinadas causas (pequeno valor,

[1] BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado, 1988.

> interesses difusos); mas, para a integridade do acesso à justiça, é preciso isso e muito mais (2009, p. 39).

Nos dizeres de Rosemiro Pereira Leal, *in Teoria geral do processo*: primeiros estudos, o acesso à *jurisdição* faz-se pelo direito de ação incondicionado de movimentar o aparato estatal na sua atividade judicacional (2009, p. 68).

Não cabe ao legislador infraconstitucional criar exigências, restrições de forma a limitar, dificultar, criar entraves ao acesso do cidadão à justiça, sob pena de estar violando frontalmente o princípio constitucional em tela.

A nova Constituição representa o que de mais moderno existe na tendência universal rumo à diminuição da distância entre o povo e a Justiça. Se o Estado não aplicar com determinação seus esforços no sentido de tornar eficaz o texto constitucional, com o escopo precípuo de permitir o pleno acesso à administração da justiça e a efetividade do processo, tais princípios não passarão de letra morta e, de fato, nenhuma evolução sociojurídica será alcançada.

Diante do que foi exposto, veja o tamanho do contra-senso que nos apresenta: se o acesso à jurisdição deve ser amplo, irrestrito e incondicionado, se deve abarcar o maior número de pessoas possíveis de forma a garantir o próprio respeito à ordem jurídica, e, porque não dizer, ao próprio Estado Democrático de Direito, como é possível que a legitimação ativa das ações coletivas seja restrita a um número ínfimo de legitimados?

É exatamente esse aspecto que será enfrentado a seguir.

7 A limitação do rol dos legitimados para a propositura das ações coletivas em contraposição ao princípio constitucional de amplo acesso ao Poder Judiciário

Finalmente, chegamos ao paralelo entre as restrições legislativas da legitimação ativa das ações coletivas e o princípio constitucional de amplo acesso ao Poder Judiciário.

O que salta aos olhos é a manifesta incompatibilidade da legislação à realidade social e jurídica constitucional que hoje se apresenta, que retira dos próprios indivíduos interessados no direito o poder de acionar a proteção jurisdicional estatal.

A concentração da legitimidade ativa das ações coletivas torna o acesso ao Judiciário, nos casos da defesa dos interesses difusos, mais restrita, mais difícil. Os órgãos legitimados nem sempre se movimentam de forma a proceder à defesa desses interesses, especialmente por serem as mesmas, na sua origem, vinculadas ao Poder Público.

Os sujeitos titulares dos interesses difusos, na medida em que são diretamente afastados da legitimidade ativa, encontram obstáculos para terem acesso à jurisdição em ações coletivas e, naturalmente, deixam de defender muitos dos seus interesses ameaçados ou violados. Na prática, os chamados órgãos intermediários legitimados não conseguem atender aos anseios desses interesses, o que leva à conclusão inevitável de que o legislador, ao criar essas restrições na legitimação ativa, acabou por violar o princípio constitucional de acesso à justiça.

Num âmbito maior, pode-se dizer que as próprias condições da ação já seriam um obstáculo à jurisdição. Os processualistas as defendem com o vil argumento de que constituem a regulamentação do acesso à justiça, e não propriamente restrição a esse acesso. Falácia, já que na prática nada mais são do que obstáculos ao direito de ação.

Nesse sentido:

> Quando o texto constitucional diz que a lei não excluirá da apreciação do poder judiciário 'lesão' ou 'ameaça a direito', surge naturalmente a indagação se a norma infraconstitucional poderia criar condições para o exercício da ação ou pressupostos processuais.
> A garantia constitucional parece ter evoluído no sentido de superar o formalismo e as contradições do sistema dualista do direito subjetivo e da relação jurídica processual.
> Tanto no tema da ação quanto no processo, a opção do legislador foi a de garantir o acesso a um pronunciamento judicial sobre o mérito.
> Portanto, o estabelecimento de condicionantes para a ação nesses sistemas estaria superado.
> A ação é meio e não fim. Sendo meio não poderia ser obstáculo ao fim, que é a apreciação do interesses em conflito, onde se afirmam lesões ou ameaças a direito.
> A lei processual, diante do imperativo constitucional, não poderia estabelecer condicionantes à ação.
> A única condição existente para o acesso à justiça, segundo esse modelo constitucional, é a afirmação perante o Poder Judiciário da existência de lesão ou uma ameaça a direito (MACIEL JÚNIOR, 2006, p. 163/164).

No entanto, quando se analisa a questão pelo âmbito dos direitos difusos, com a gigantesca proporção da sua incidência, é que se percebe o tanto que essas restrições dificultam o acesso ao Judiciário.

Confira, mais uma vez, as lições de Maciel Júnior a respeito:

> E dentro do processo esse tema ganha dimensão teórica em torno da discussão sobre as condições da ação. Aproveitando-se do esquema individualista centrado no direito subjetivo, os processualistas desenvolveram a tese sobre as condições da ação bem a gosto dos agentes políticos que pretendiam controlar o acesso à justiça. [...]
> Esse modelo centrado no direito subjetivo passou também a vigorar para a generalidade das ações, inclusive aquelas movidas contra o Estado e os agentes políticos. Só que, nos processos legislativos de atribuição da legitimação para agir na tutela contra o Estado e agentes políticos, as forças políticas têm operado no sentido de neutralizar a faculdade de participação dos indivíduos. Com isso a participação dos indivíduos para a tutela da legalidade e da revisão dos atos administrativos praticados com desvio ou falta de competência restou praticamente anulada. Criou-se um vácuo de processos judiciais discursivos para o controle de

> ilegalidades e desvio de competência por parte dos agentes políticos (2006, p. 125/126).

Em pleno Estado Democrático de Direito, nota-se um evidente vestígio de autoritarismo, quando aquele que é naturalmente legitimado para agir tem este acesso negado, para atender ao nítido propósito de afastar o controle do povo em relação ao poder.

Ao adotar um modelo de amplo acesso ao Poder Judiciário, o Estado deve garantir, tanto no âmbito do direito individual, quanto no âmbito dos direitos difusos, a participação irrestrita e incondicionada dos interessados na jurisdição. Por isso, para o Professor Maciel Júnior, já tantas vezes citado, a ação deve constituir uma faculdade do sujeito:

> Como consequência de uma sociedade estruturada sob a forma de Estado de Direito e, especificamente, de Estado Democrático de Direito, o direito de ação para a tutela dos interesses somente pode ser entendido como 'faculdade' de ação (2006, p. 124).

Em sua obra inovadora, defende o douto Professor que as ações coletivas devem ser tratadas como ações temáticas, ou seja, que deve-se propor a discussão de temas que afetam os interessados. Maciel Júnior ainda prevê a possibilidade da abertura dos temas ao maior número de interessados possíveis (através da publicação de editais), de flexibilidade de mérito da demanda (formação participada do mérito) de forma a amoldá-lo ao mais próximo do que representar o interesse coletivo.

Enfim, qualquer que seja o nome ou a forma de implementação dessas mudanças, elas hão de ser feitas.

A evolução do processo coletivo há de derrubar as barreiras do direito de ação coletiva, garantindo ao sujeito titular do direito difuso violado o acesso direto à jurisdição.

Com o livre acesso do cidadão ao Poder Judiciário, tanto no que tange aos direitos individuais quanto aos direitos coletivos *lato sensu*, certamente serão melhor efetivados, mais bem respeitados, o Poder Público será fiscalizado de forma mais rigorosa, e quem tem a ganhar com isso é o próprio Estado Democrático de Direito.

8 Conclusão

Conclusão a que se chega ao final deste estudo é que o processo coletivo merece ser reconstruído, deixando de lado as bases individualistas, para adotar um novo modelo com novos conceitos, fundamentos, e afastado das restrições processuais.

Outra não foi a conclusão do douto Maciel Júnior:

> Pelo que se pode constatar, nossa proposta de que as ações coletivas sejam ações temáticas é uma proposta de resgate aos interessados difusos da legitimação para agir que lhes foi roubada pelo modelo de processo coletivo centrado no individualismo.
>
> E é muito mais do que isso, é a proposta de uma nova relação em que se reconhece o processo coletivo como um mecanismo moderno fundamental de controle, pelos interessados, dos atos que possam afetar diretamente a vida de todos nós. É a proposta para nova era em que haja a legitimação pelo procedimento e o controle efetivo por esse importante instrumento da racionalidade, que é o processo (2006, p. 141).

O nosso Estado Democrático de Direito tem que se fazer prevalecer na sua plenitude, sem ceder às pressões políticas daqueles que querem afastar o governo da fiscalização do povo.

É verdade que a titularidade dos direitos difusos é de difícil aferição dada a sua extensão, mas esse fato não pode ceifar o direito de determinados titulares concretamente ofendidos de buscar a defesa direta dos seus interesses, sem depender de intermediários.

A ínfima lista de legitimados à propositura da ação coletiva não configura representatividade, não consegue atender aos anseios que envolvem toda a gama de direitos difusos, o que naturalmente seria muito melhor efetivado e protegido não só pelos atuais legitimados, mas por todo e qualquer cidadão afetado, titular deste direito.

O limite rígido imposto à legitimação ativa nas ações coletivas confronta com a própria natureza dos direitos difusos e viola o princípio do amplo acesso ao Judiciário.

A legislação infraconstitucional, ao criar restrições tamanhas afastando o cidadão da jurisdição, padece de grave vício de constitucionalidade.

Diante da inércia das autoridades competentes para a correção desse vício, o Poder Judiciário assume importante papel, cabendo-lhe ajustar o direito ao modelo constitucional vigente.

9 Bibliografia

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo constitucion*al. Rio de Janeiro: Editora Forense,1984.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 25. ed., atualizada em apêndice a CF/1988, com as Emendas Constitucionais até a de n. 62, de 9.11.2009, com adendo das EC nº 63 e nº 64/2010. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

CARVALHO NETO, Inácio de. *Manual de processo coletivo*. 2. ed. 1ª reimpr. Curitiba: Juruá, 2010.

CINTRA, Antônio C. A.; GRINOVER, Ada P. DINAMARCO, Cândido R. *Teoria geral do processo*. 25. ed. revista e atualizada. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo. *Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

IHERING, Rudolf von. *A luta pelo direito*. Trad. J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 1. ed., 2ª tiragem São Paulo: RT, 1998.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo:* primeiros estudos. 8. ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

MACIEL JÚNIOR, Vicente de Paula. *Teoria das ações coletivas*: ações coletivas como ações temáticas. São Paulo: LTR, 2006.

MACIEL JÚNIOR, Vicente de Paula. Teoria do direito coletivo: direito ou interesse? (difuso, coletivo ou individual homogêneo). *Revista da Anamatra*, São Paulo - SP, v. 9, 2004.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. 6. ed. rev., atual., e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*. São Paulo: Editora Saraiva, 1990, v. 1.

MORAES, Alexandre de. *Constituição Brasileira interpretada e legislação constitucional*. São Paulo: Editora Atlas, 2002.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa M. A. *Constituição Federal comentada e legislação constitucional*. Atualizada até 10.04.2006. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Editora Aide, 2001.

SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 4. ed., de acordo com a Emenda Constitucional 53, de 09.12.2006. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 28. ed. revista e atualizada até a Emenda Constitucional n. 53 de 19.12.2006. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

...

Parcerias público-privadas: da inteligência do art. 12, inciso IV, da Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004, em face do princípio da isonomia

*Juliana Ferreira Inhan**

Sumário: 1 Introdução. 2 Breve histórico das parcerias público-privadas. 3 Aspectos gerais das parcerias público-privadas e suas inovações. 4 A licitação e o princípio da isonomia. 5 Procedimentos licitatórios nas parcerias público-privadas. 6 O art. 12, inciso IV, da Lei nº 11.079/2004, em face do princípio da isonomia. 7 Soluções para a aplicação do dispositivo. 8 Conclusão. 9 Referências.

Resumo

Este artigo propõe-se a discutir acerca das parcerias público-privadas e da aplicação do art. 12, inciso IV, da Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004, em face do princípio da isonomia.

Palavras-chave: Parcerias público-privadas. Princípio da isonomia. Procedimentos licitatórios.

1 Introdução

As parcerias público-privadas - PPP - são fruto da evolução dos contratos administrativos, que, em sentido amplo, podemos conceituar como parcerias.

No Brasil, foram instituídas pela Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004, a qual regula não só os contratos das PPP, bem como as regras próprias de licitação desse regime.

O tema suscita atualmente diversas discussões, seja quanto à possibilidade de sucesso das parcerias, seja quanto aos aspectos constitucionais da lei que as instituiu - o que será veiculado neste trabalho.

Neste trabalho, cuidaremos dos aspectos gerais das parcerias público-privadas e inovações trazidas pela Lei nº 11.079/2004 em relação aos contratos de concessão, regulados pela Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, e pela Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

Nossa tarefa também consistirá em delimitar o princípio da isonomia no âmbito das licitações e verificar qual seu alcance e profundidade. Em um primeiro momento, diferenciaremos regras e princípios para que possamos definir estes últimos. Logo após, discutiremos as origens do princípio da isonomia, passando à sua aplicação atual, notadamente no que concerne às licitações.

Trataremos, ainda, dos aspectos licitatórios nas PPP, notadamente nas normas do capítulo V da Lei nº 11.079/2004. Abordaremos as principais inovações da Lei das PPP em relação aos procedimentos licitatórios, bem como algumas das divergências atuais sobre o tema.

Adiante, abordaremos o problema central deste trabalho, qual seja o art. 12, inciso IV, da Lei nº 11.079/2004, em face do princípio da isonomia. Verificaremos que a norma da Lei das PPP encontra suas origens na legislação sobre o pregão e que também, por meio do Projeto de Lei nº 7.709, de 2007, pretende-se alterar a Lei nº 8.666/1993, para que esta contenha dispositivo semelhante ao referido. Relacionaremos o princípio da isonomia com o dispositivo citado, abordando os aspectos de sua constitucionalidade.

Por fim, traçaremos os limites para a aplicação do dispositivo sob análise, tentando apontar soluções para que o mesmo não macule o princípio da isonomia.

2 Breve histórico das parcerias público-privadas

Há muito a Administração e a iniciativa privada fazem parcerias com o objetivo de atingir finalidades de ordem pública. No entanto, antes de perquirirmos a conjuntura histórica do surgimento das PPP, é necessário delimitar o que se entende pelo termo "parceria".

De acordo com Di Pietro[1], em sentido amplo, o termo parceria designa todas as formas de associação entre os setores público e privado para a consecução de fins de interesse público. Tal sentido abrange instrumentos negociais extremamente diversos, tais como as concessões e permissões, os contratos de gestão celebrados com organizações sociais, termos de parceria firmados com as organizações da sociedade civil de interesse público, acordos de programa e subsídios empresariais. As PPP são modalidade de concessão, cuja definição se encontra no art. 2º da Lei nº 11.079/04, como sendo "o contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa".

Assim sendo, podemos dizer que as parcerias em sentido amplo se originaram em tempos remotos, citando-se, como exemplo, a construção, manutenção e a exploração das termas e dos mercados na Roma Antiga[2]. Antônio Augusto Junho Anastasia[3] cita que, no final da Idade Média e do Renascimento, os banqueiros Frugger,

---

* Técnica Judiciária do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Graduada em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Pós-graduada em Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho pela Universidade Cândido Mendes.

[1] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública*. Concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 33.

[2] ZYMLER, Benjamin; ALMEIDA, Guilherme Henrique de La Rocque. *O controle externo das concessões de serviços públicos e das parcerias público-privadas*. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 229.

[3] ANASTASIA, Antônio Augusto Junho. Aspectos gerais das parcerias público-privadas no contexto da reforma do Estado. *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*, ano XXIII, n. 3, 2005.

de Augsburg na Alemanha, financiavam as armadas e tinham participação na exploração do Novo Mundo - uma espécie de parceria existente à época.

Com o passar dos tempos, as parcerias sofisticaram-se, com notável desenvolvimento entre os séculos XVIII e XIX, com a consolidação das ideias liberais que pregavam a diminuição do Estado e sua não intervenção no domínio econômico, cabendo ao Estado apenas a tarefa de regular as atividades[4].

A forma de parceria intitulada PPP surgiu à medida que o Estado sentiu a necessidade de viabilizar a realização de investimentos em infraestrutura. Esses investimentos são realizados pelo parceiro privado, sendo amortizados pela própria exploração econômica do empreendimento e/ou pela remuneração do governo. Nesse sentido, percebemos a fundamental característica dessas parcerias: o compartilhamento de riscos com o setor privado. Assim, o "parceiro" é responsável por empreender obras com as quais o Estado não pode arcar, e a este, por sua vez, caberá a contraprestação correspondente, dependendo da modalidade de concessão.

Essa nova modalidade de contrato administrativo teve sua origem na Inglaterra, sendo que sua forma primária deriva do *Private Finance Iniciative* - PFI, processo no qual o setor público contrata o setor privado para que este realize o provimento de serviços em seu nome[5]. Com o governo trabalhista inglês, em 1997, a concepção de financiamento de projetos públicos pela iniciativa privada culminou nos "Programas de Parcerias Público-Privadas", pois o governo inglês, apesar de desejar melhoras na infraestrutura e na qualidade dos servidos públicos, achava-se impedido de realizar investimentos lastreados em recursos públicos[6]. O *Public Private Partnership* é uma evolução do PFI, método de contratação com a finalidade de disponibilizar serviços públicos melhores e mais eficientes[7].

No Brasil, Benjamin Zymler[8] disserta sobre as origens das parcerias no seguinte trecho:

> No Brasil, as raízes históricas das parcerias assentam-se nas Ordenações Portuguesas, tendo sido acolhidas pelo Código Civil de 1916, que as denominou parcerias agrícolas e pecuárias. No que concerne especificamente às associações de esforços envolvendo recursos públicos e privados, verifica-se que a adoção de medidas tendentes a atribuir a agentes privados a prestação de serviços públicos tem-se acentuado nos últimos anos. Nesse sentido, foram marcantes as emendas constitucionais que alteraram o antigo modelo intervencionista estatal e permitiram a opção por soluções muito mais flexíveis que aquelas previstas em nossa Lei Maior, em especial a Emenda Constitucional nº 19, de 1998.

O autor[9] insere a instituição das PPP num contexto de ampla reforma do aparelho estatal, iniciada no princípio da década de 1990, que guarda relações com o conjunto de práticas que se denomina "neoliberalismo". Com o Programa Nacional de Desestatização, implantado pela Lei nº 8.031/1990[10], o Estado buscou novos mecanismos de oferta de serviços públicos, o que se concretizou com a celebração de contratos de concessão ou de permissão e atos de autorização em conformidade com o disposto nos arts. 21, XI e XII, e 175 da Constituição Federal.

Os motivos que levaram ao surgimento das PPP no País são basicamente dois: a) a falta de infraestrutura existente necessária para o crescimento do País e melhora da situação fiscal do Estado; b) a existência de atividades de relevância coletiva não autossustentáveis financeiramente e que o Estado não possui condições de financiá-las sozinho[11].

Nesse contexto, surgiram regras próprias ao regime das PPP, que, conforme justificativa apresentada no Projeto de Lei nº 2.546/2003, "representa uma alternativa indispensável para o crescimento econômico, em face das enormes carências sociais e econômicas do País, a serem supridas mediante a colaboração positiva do poder público e privado"[12].

Cumpre acrescentar que, nas últimas décadas, as parcerias público-privadas disseminaram-se por vários países, como Portugal, Irlanda, Polônia, Hungria, Eslovênia e República Tcheca, tendo alcançado, nesses países, grande aceitação[13].

---

[4] ZYMLER, Benjamin; ALMEIDA, Guilherme Henrique de La Rocque. *O controle externo das concessões de serviços públicos e das parcerias público-privadas*. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 230.
[5] HARRIS, Stephen. *Public private partnerships*. Delivering better infrastructure services. Inter-American Development Bank: Washington-DC, 2004, p. 4.
[6] ZYMLER, Benjamin; ALMEIDA, Guilherme Henrique de La Rocque. *O controle externo das concessões de serviços públicos e das parcerias público-privadas*. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 234.
[7] SILVA, Marco Aurélio de Barcelos. Aspectos metodológicos e conteúdo jurídico das Parcerias Público-Privadas – PPP: um aprimoramento do modelo contratual da administração. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*. Disponível em: <www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: 5 dez. 2007.
[8] ZYMLER, Benjamin. *Direito administrativo e controle*. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 159-160.
[9] ZYMLER, Benjamin; ALMEIDA, Guilherme Henrique de La Rocque. *O controle externo das concessões de serviços públicos e das parcerias público-privadas*. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 225.
[10] Revogada pela Lei nº 9.491, de 9 de setembro de 1997.
[11] ARAGÃO, Alexandre Santos. As parcerias público-privadas - PPP no direito positivo brasileiro. *Revista BLC - Boletim de Licitações e Contratos*, ano XIX, n. 4, abr. 2006.
[12] BRASIL. Câmara dos Deputados. Proposição PL 2546/2003. Disponível em: <www.camara.gov. br/sileg/PropDetalhe.asp?id=144047>. Acesso em: 11 dez. 2007.
[13] ZYMLER, Benjamin; ALMEIDA, Guilherme Henrique de La Rocque. *O controle externo das concessões de serviços públicos e das parcerias público-privadas*. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 232.

3 Aspectos gerais das parcerias público-privadas e suas inovações

No Brasil, Minas Gerais foi o primeiro Estado a promulgar uma legislação que tratasse das PPP - Lei Estadual nº 14.868, de 16 de dezembro de 2003 -, embora sua regulação tenha considerado como base a Lei Geral de Concessões, Lei 8.987, de 13 de fevereiro de 1995.

Em âmbito federal, resultado do Projeto de Lei nº 2.546/2003, a Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004, regula os contratos de parceria público-privada - PPP, bem como as regras próprias de licitação desse regime. Segundo a referida lei, os contratos de PPP são qualificados como concessão nas modalidades administrativa e patrocinada.

Tal projeto de lei foi elaborado com fulcro no art. 22, XXVII, da Constituição Federal de 1988, *in verbis*:

> Art. 22 Compete privativamente à União legislar sobre:
> [...]
> XXVII - normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III.

A lei em questão se aplica aos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (art. 1º, *caput*), dispondo, em seu Capítulo VII, sobre normas aplicáveis à União.

A legislação brasileira sobre as PPP prevê que a concessão deve ser na modalidade patrocinada ou administrativa. A modalidade concessão patrocinada dar-se-á quando existir, além da cobrança de tarifa dos usuários, a realização de investimentos pelo Poder Público. A modalidade concessão administrativa, por sua vez, ocorrerá se envolver serviços de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, ainda que envolva a execução de obra ou o fornecimento e instalação de bens. Conforme o art. 3º da Lei nº 11.079/04, às concessões administrativas aplica-se adicionalmente o disposto nos arts. 21, 23, 25 e 27 a 39 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, e no art. 31 da Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995. Às concessões patrocinadas (art. 3º, § 1º), aplica-se subsidiariamente o disposto na Lei nº 8.987/95 e nas leis que lhes forem correlatas.

A regulamentação legal das PPP não significa que todas as concessões serão feitas conforme a Lei nº 11.079/04. As PPP serão utilizadas quando os projetos não sejam atrativos aos parceiros privados, seja do ponto de vista da limitação dos ganhos passíveis de serem auferidos, seja do elevado nível dos riscos do empreendimento.

Por tal motivo, é de grande importância estabelecer algumas distinções relevantes das PPP em relação aos demais contratos administrativos. A primeira delas é a possibilidade de compartilhamento de riscos entre o parceiro público e o privado. Em um contrato de concessão de serviços regulado pela Lei nº 8.987/95, o risco ordinário deverá ser suportado pelo concessionário (art. 2º da Lei nº 8.987/95) e, por sua vez, nos contratos com base na Lei nº 8.666/93, o risco é assumido pela Administração Pública em sua quase integralidade.

A Lei das PPP prevê a possibilidade do subsídio pelo Poder Público das tarifas cobradas dos usuários em uma concessão de serviços públicos. Com isso, os parceiros privados poderão investir em setores deficitários, já que sua remuneração poderá ser complementada pela Administração. Destaque-se que a remuneração do parceiro privado pode variar e ser vinculada ao desempenho que obtiver. Metas e padrões de qualidade e de disponibilidade serão definidos no contrato, a fim de avaliar esse desempenho[14]. Ademais, a remuneração do parceiro privado iniciar-se-á somente após a efetiva disponibilização do serviço objeto da parceria[15], reduzindo, com isso, o atraso na entrega das obras e serviços. De acordo com o art. 6º da Lei nº 11.079/04, o pagamento poderá ser feito por meio de ordem bancária (inciso I), cessão de créditos não tributários (inciso II), de outorga de direitos em face da Administração (inciso III), sobre bens públicos dominicais (inciso IV) ou qualquer outro meio admitido em lei (inciso V).

A Lei nº 11.079/04 fixa limites no que concerne ao valor do contrato, ao seu prazo de duração e objeto e conteúdo fixado (art. 5º). Há o limite de 35 (trinta e cinco) anos atribuído ao prazo dos contratos. Esse fator possibilita a amortização dos investimentos ao longo do prazo.

O fato de ser um contrato de longo prazo poderia gerar certa desconfiança na iniciativa privada acerca da contraprestação. Para assegurar o devido pagamento pelos serviços prestados, o legislador previu a utilização de garantias, dentre as quais podemos destacar a vinculação de receitas, a instituição ou utilização de fundos especiais previstos em lei, a contratação de seguro-garantia com companhias seguradoras que não sejam controladas pelo Poder Público, garantia prestada por organismos internacionais ou instituições financeiras que não sejam controladas pelo Poder Público e garantias prestadas por fundo garantidor ou empresa estatal criada para essa finalidade.

No âmbito da União, compreendendo suas autarquias e fundações, a Lei das PPP prevê a criação do

---

14 ZYMLER, Benjamin; ALMEIDA, Guilherme Henrique de La Rocque. *O controle externo das concessões de serviços públicos e das parcerias público-privadas*. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 262.

15 SILVA, Marco Aurélio de Barcelos. Aspectos metodológicos e conteúdo jurídico das Parcerias Público-Privadas – PPP: um aprimoramento do modelo contratual da administração. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-9-MARÇO-2007-MARCO%20 AURELIO.pdf>. Acesso em: 5 dez. 2007.

fundo garantidor de parcerias público-privadas (art. 16, Lei nº 11.079/2004). Esse fundo poderá adquirir direitos e contrair obrigações, tendo natureza privada. Seu patrimônio será constituído por bens e direitos transferidos pelos participantes por meio de integralização das cotas e rendimentos obtidos com sua administração. Sua representação judicial e extrajudicialmente caberá a instituição financeira controlada direta ou indiretamente pela União, com observância das normas a que se refere o art. 4º, XXII, da Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964. A finalidade do fundo será prestar garantia de pagamento das obrigações pecuniárias assumidas pelos parceiros públicos federais, e, em caso de inadimplemento, os bens e direitos do fundo poderão ser objeto de constrição judicial e alienação para satisfazer as obrigações. Por todas essas razões, verifica-se que as garantias oferecidas aos parceiros privados tornam o contrato de PPP muito atraente aos olhos dos investidores.

Outra característica da Lei das PPP é que, devido ao grande valor do contrato, os projetos de parceria público-privada serão sempre precedidos de consulta pública,

> mediante publicação na imprensa oficial, em jornais de grande circulação e por meio eletrônico, que deverá informar a justificativa para a contratação, a identificação do objeto, o prazo de duração do contrato, seu valor estimado, fixando-se prazo mínimo de 30 (trinta) dias para recebimento de sugestões, cujo termo dar-se-á pelo menos 7 (sete) dias antes da data prevista para a publicação do edital (Lei nº 11.079/04, art. 10, VI).

Como as PPP necessitam de elaboração de uma estrutura contratual complexa, o art. 14 da Lei nº 11.079/04 previu a criação de um órgão gestor para as parcerias, o que foi feito por meio do Decreto nº 5.385, de 4 de março de 2005, que define as normas de funcionamento do Comitê Gestor das parcerias público-privadas. Como competências principais desse órgão, podemos arrolar as seguintes: a) definir os serviços prioritários para execução no regime de parceria público-privada; b) disciplinar os procedimentos para celebração desses contratos; c) autorizar a abertura da licitação e aprovar seu edital; d) apreciar os relatórios de execução dos contratos.

Ademais, o órgão gestor das PPP será composto por indicação nominal de um representante titular e respectivo suplente de órgãos do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, Ministério da Fazenda, Casa Civil da Presidência da República (§ 1º do art. 14 da Lei nº 11.079/04).

As PPP possuem uma série de características peculiares ao tipo de concessão criado pela Lei nº 11.079/04. Porém, aquelas que interessam ao nosso estudo se referem ao procedimento licitatório das parcerias público-privadas.

4 A licitação e o princípio da isonomia

As práticas reiteradas da sociedade refletem diretamente no Direito. Para Dworkin, um princípio é *standard* e "deve ser observado por exigência da justiça, da equidade, ou de alguma outra dimensão da moralidade"[16].

Os princípios atuam sob duas formas: como termos referenciais, diretrizes que orientam e justificam a tomada de posição e auxiliam a resolver as lacunas no ordenamento jurídico, como normas jurídicas que ordenam e impõem condutas.

De acordo com Joel de Menezes Niebuhr[17], os princípios diferenciam-se das regras, pois estas "têm sua incidência restrita aos respectivos pressupostos de fato, sendo aplicadas disjuntivamente, uma vez que, se há exceções, devem enunciá-las no próprio corpo normativo ou, ao menos, é possível fazê-lo". Atenta, ainda, para o fato de que elas se aplicam sob a lógica do tudo ou nada, não admitindo ponderação. Os princípios, por sua vez, "são normas de elevada abstração e generalidade, não cingidos a pressupostos de fato". Por tal razão, é impossível prever todas as exceções a um princípio, que recebem ponderação e otimização dos valores.

Dos valores normalmente relacionados à justiça, talvez o mais frequente seja a igualdade. O direito de igualdade, garantido no art. 5º, *caput*, da Constituição da República de 1988, constitui, segundo José Afonso da Silva, "o signo fundamental da democracia". A luta pela igualdade começou muito cedo na História, e, atualmente, buscam-se meios de garantir a isonomia tanto formal quanto material.

Para Alexandre de Moraes, esse princípio constitucional pode ser visto sob duas ópticas. A primeira delas, referente ao legislador, traduzir-se-ia na edição de leis e atos normativos que impeçam a diferenciação entre aqueles que serão atingidos pela norma. Por outro lado, a isonomia corresponderia à obrigatoriedade que o intérprete tem de aplicar a lei e atos normativos de maneira igualitária, sem estabelecimento de quaisquer espécies de distinções.

No âmbito administrativo, o princípio rege as licitações públicas, as quais devem ser realizadas com padrões que permitam e garantam aos seus participantes iguais chances de competir, assegurando ao Estado a prestação do serviço pelo menor preço, o que, para Celso Antônio Bandeira de Mello[18], corresponde ao princípio da impessoalidade.

Importante mencionar que há, na doutrina, divergência em relação ao princípio da isonomia contraposto

---

[16] DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 80.
[17] NIEBUHR, Joel de Menezes Niebuhr. *Princípio da isonomia na licitação pública*. Florianópolis: Editora Obra Jurídica, 2000, p. 40.
[18] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros Editores, p. 102.

ao princípio da impessoalidade, expresso no *caput* do art. 37 da Constituição Federal. Cármen Lúcia Antunes Rocha não concorda com a posição defendida por Celso Antônio Bandeira de Mello, exposta anteriormente. Segundo a autora, "a relação jurídica realçada no princípio da igualdade é a dos cidadãos na dinâmica política da sociedade e entre estes e o Estado"[19]. Assim, a diferença entre os dois princípios consistiria em que a isonomia impede discriminações infundadas, o que incluiria a vedação de privilégios. A seu turno, a impessoalidade corresponderia à proibição de privilégios por parte do administrador.

De fato, podemos perceber que o princípio da impessoalidade possui três abordagens distintas. Significa, em primeiro lugar, a atuação impessoal, genérica, ligada à finalidade da atuação administrativa que vise à satisfação do interesse coletivo, sem corresponder ao atendimento do interesse exclusivo do administrado. Uma outra abordagem refere-se à imputação da atuação do órgão ou entidade estatal, não o sendo quanto ao agente público, pessoa física. A terceira forma do princípio da impessoalidade confunde-se com o princípio da isonomia, tendo em vista que o tratamento de todos os administrados deve ser igual. Neste estudo, interessa-nos, particularmente, a terceira abordagem.

Ao relacionarmos o princípio da isonomia/impessoalidade com a licitação, disso deflui claramente que tal princípio visa à efetividade do certame, proibindo manifestações de cunho pessoal no curso do procedimento[20]. Como observa Niebuhr:

> Desde a feitura do edital é vedada a inclusão de exigências a serem apuradas subjetivamente, como, *verbi gratia*, o mais eficaz, bonito, confortável, sem que se faça acompanhar de critérios objetivos que os determinem. É assim o princípio se prolonga até o julgamento, impedindo que os agentes administrativos cotejem as propostas de acordo com gostos pessoais. Visando a garantir a equidade, repelem-se ao máximo as considerações subjetivas, devendo a licitação reger-se pelo interesse público.

A isonomia, no caso da licitação, é condição *sine qua non* de legitimidade do certame. Conforme se depreende do art. 37, inciso XXI, da Constituição, a licitação, sem que assegure a igualdade de condições entre os concorrentes, não será válida.

Atualmente, critica-se a licitação pública, argumentando-se que o excesso de formalidades decorrentes da isonomia frustram o princípio da eficiência. Não corroboramos tal entendimento, pois, ao observar normas que garantam a equidade aos concorrentes, garante-se, também, a imparcialidade e a transparência da licitação. Ademais, o fracasso das licitações não é senão um problema de má condução dos procedimentos. Nas palavras de Niebuhr:

> Se várias licitações fracassam, é porque são mal conduzidas. Preparando os agentes administrativos, fazendo-os conhecer com profundidade a principiologia e as regras da licitação, não há dúvida de que o interesse público será plenamente satisfeito[21].

Adilson de Abreu Dallari, sobre o assunto, acrescenta:

> [...] a licitação não é um mal, não é um procedimento necessariamente lento, complicado, burocratizado, puramente formal e sem resultados práticos. Não se pode confundir a licitação com a patologia da licitação. Não se pode confundir a licitação com o mal uso que dela se tem feito[22].

Assim, nos procedimentos de uma licitação não se pode deixar de lado regras e normas que assegurem a isonomia no certame, sob a falsa alegação de falta de eficiência. A eficiência na Administração só se atinge se respeitados os seus princípios, dentre os quais a isonomia.

5 Procedimentos licitatórios nas parcerias público-privadas

O Capítulo V da Lei nº 11.079/04 dispõe sobre as normas que devem ser seguidas no procedimento licitatório das parcerias público-privadas. Primeiramente, deve-se atentar para o fato, já exposto, de que o art. 3º dessa lei prevê a aplicação às concessões administrativas do disposto nos arts. 21, 23, 25 e 27 a 39 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, e no art. 31 da Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995. Por sua vez, às concessões patrocinadas (art. 3º, § 1º), aplica-se subsidiariamente o disposto na Lei nº 8.987/95 e nas leis que lhe são correlatas.

A licitação para PPP deve ser realizada na modalidade de concorrência, salvo se for a contratação enquadrável nos casos de contratação direta. Nos termos do art. 22, § 1º, da Lei nº 8.666, concorrência é a "modalidade de licitação entre quaisquer interessados que, na fase inicial de habilitação preliminar, comprovem possuir os requisitos mínimos de qualificação exigidos no edital para execução de seu objeto". A determinação para que a licitação seja nessa modalidade para as PPP deve-se à sua maior complexidade procedimental, quando comparada à tomada de preço, convite, concurso, leilão ou pregão.

O art. 10 da Lei nº 11.079/2004 prevê condições para a realização do certame. A primeira delas (inciso I) exige autorização da autoridade competente, fundamentada em estudo técnico que demonstre (a) a conveniência e a oportunidade da contratação, mediante identificação das razões que justifiquem a opção pela

---

[19] ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Os princípios constitucionais da administração pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p. 23.
[20] NIEBUHR, Joel de Menezes. *Princípio da isonomia na licitação pública*. Florianópolis: Editora Obra Jurídica, 2000, p. 103.
[21] NIEBUHR, Joel de Menezes. *Princípio da isonomia na licitação pública*. Florianópolis: Editora Obra Jurídica, 2000, p. 80.
[22] DALLARI, Adilson de Abreu. *Aspectos jurídicos da licitação*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 13.

forma de parceria público-privada; (b) que as despesas criadas ou aumentadas não afetarão as metas de resultados fiscais previstas no Anexo referido no § 1º do art. 4º da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, devendo seus efeitos financeiros, nos períodos seguintes, ser compensados pelo aumento permanente de receita ou pela redução permanente de despesa; e (c) quando for o caso, conforme as normas editadas na forma do art. 25 desta lei, a observância dos limites e condições decorrentes da aplicação dos arts. 29, 30 e 32 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, pelas obrigações contraídas pela Administração Pública relativas ao objeto do contrato.

O inciso II condiciona o certame à elaboração de estimativa do impacto orçamentário-financeiro nos exercícios em que deva vigorar o contrato de parceria público-privada. Na opinião de José Cretella Neto, essa estimativa é de difícil realização. Em suas palavras:

> Ora, por melhor que seja o estudo e a qualidade da empresa encarregada de elaborá-lo, não pode deixar de ser assinalado que a estimativa estipulada pelo inciso II do art. 10 é mera peça de ficção. Com efeito, uma vez que os contratos de PPP podem perdurar por até 35 anos e, se já será difícil estimar o impacto durante os primeiros anos, que dirá de períodos futuros, mais distantes no tempo.

É lógico que um estudo dessa natureza não se propõe a afirmar com fidelidade o impacto orçamentário-financeiro em todos os exercícios em que a parceria irá vigorar. São estimativas, já que, por ser um modelo contratual complexo, a PPP deve ser realizada com todos os cuidados possíveis, dentre eles o requisito previsto nesse inciso.

Os incisos seguintes também estabelecem condições:

> Art. 10 [...]
> III - declaração do ordenador da despesa de que as obrigações contraídas pela Administração Pública no decorrer do contrato são compatíveis com a lei de diretrizes orçamentárias e estão previstas na lei orçamentária anual;
> IV - estimativa do fluxo de recursos públicos suficientes para o cumprimento, durante a vigência do contrato e por exercício financeiro, das obrigações contraídas pela Administração Pública;
> V - seu objeto estar previsto no plano plurianual em vigor no âmbito onde o contrato será celebrado;
> VI - submissão da minuta de edital e de contrato à consulta pública, mediante publicação na imprensa oficial, em jornais de grande circulação e por meio eletrônico, que deverá informar a justificativa para a contratação, a identificação do objeto, o prazo de duração do contrato, seu valor estimado, fixando-se prazo mínimo de 30 (trinta) dias para recebimento de sugestões, cujo termo dar-se-á pelo menos 7 (sete) dias antes da data prevista para a publicação do edital; e
> VII - licença ambiental prévia ou expedição das diretrizes para o licenciamento ambiental do empreendimento, na forma do regulamento, sempre que o objeto do contrato exigir.

O art. 11 prevê a aplicação subsidiária dos arts. 18, 19 e 21 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, podendo ainda prever a exigência de garantia de proposta do licitante, observado o limite do art. 31 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, o emprego dos mecanismos privados de resolução de controvérsias, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, para dirimir conflitos decorrentes ou relacionados ao contrato.

No que concerne à arbitragem, há divergências quanto à sua aplicação para as PPP. Defendendo a utilização das arbitragens nas parcerias público-privadas, Gustavo Henrique Justino de Oliveira leciona:

> As PPP encaixam-se nessa nova fase de contratualização administrativa, e o novel arsenal legislativo a elas correspondentes deve refletir o desenvolvimento da atividade negocial administrativa, com a admissão do juízo arbitral para a solução dos litígios relacionados à relação jurídica instaurada entre o parceiro público e o parceiro privado.
> Entretanto, diante de especificidades inerentes ao objeto público das PPP, há a necessidade de serem realizados ajustes na atual legislação brasileira da arbitragem, com a criação de um procedimento arbitral especial, necessário para conferir maior proteção aos interesses da coletividade presentes nessa especial relação de natureza contratual[23].

O art. 12 da Lei das PPP prevê procedimentos específicos para a licitação, tais como julgamento precedido de etapa de qualificação de propostas técnicas (inciso I), critérios para julgamento das propostas (inciso II), forma de admissão de propostas a serem definidas pelo edital (inciso III), possibilidade de saneamento de falhas, complementação de insuficiências ou correções de caráter formal (inciso IV).

Passemos, agora, ao exame do art. 12, IV, da Lei nº 11.079/2004.

6 O art. 12, inciso IV, da Lei nº 11.079/2004, em face do princípio da isonomia

O art. 12 da Lei das PPP prevê procedimentos para o certame de contratação das Parcerias Público-Privadas. A aplicação da norma contida no art. 12, IV, da referida lei requer cuidados em sua aplicação. O artigo dispõe:

> Art. 12. O certame para a contratação de parcerias público-privadas obedecerá ao procedimento previsto na legislação vigente sobre licitações e contratos administrativos e também ao seguinte:
> [...]
> IV - o edital poderá prever a possibilidade de saneamento de falhas, de complementação de insuficiências ou ainda de correções de caráter formal no curso do procedimento, desde que o licitante possa satisfazer as exigências dentro do prazo fixado no instrumento convocatório [...].

---

[23] OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. A arbitragem e as parcerias público-privadas. *Revista de Direito Administrativo*, v. 241, Rio de Janeiro: Editora Renovar, jul./set. 2005.

Desse modo, no curso do procedimento o licitante terá a possibilidade de complementar insuficiências, ou ainda fazer correções de caráter formal, o que, se não interpretado cuidadosamente, pode afetar a igualdade do procedimento licitatório. De acordo com Celso Antônio Bandeira de Mello, "dependendo da hipótese, tal tolerância pode ferir o princípio da igualdade e dar margem a favoritismos, gerando nulidade".

No julgamento do Mandado de Segurança nº 5418-DF, o STJ firmou o entendimento de que nos processos licitatórios devem ser desconsiderados defeitos formais que não afetem o cumprimento efetivo das condições do ato convocatório. O acórdão em questão tem a seguinte ementa:

> Direito público. Mandado de segurança. Procedimento licitatório. Vinculação ao edital. Interpretação das cláusulas do instrumento convocatório pelo Judiciário, fixando-se o sentido e o alcance de cada uma delas e escoimando exigências desnecessárias e de excessivo rigor prejudicando o interesse público. Possibilidade. Cabimento do mandado de segurança para esse fim. Deferimento (Julgamento do MS nº 5418-DF - Ministro Relator Demócrito Reinaldo - julg. 25.03.1998 - publ. *DJU* 1º.06.1998, p. 24).

Em seu voto, o eminente Relator, Ministro Demócrito Reinaldo, enfatiza que "o formalismo no procedimento licitatório não significa que se possa desclassificar propostas eivadas de simples omissões ou defeitos irrelevantes".

Acompanhando a tendência à flexibilização das normas licitatórias, o Decreto nº 3.555, de 8 de agosto de 2000, que aprova o regulamento para a modalidade de licitação denominada pregão, em seu art. 11, XIII, dispõe que o pregoeiro assegurará ao licitante cadastrado "o direito de apresentar a documentação atualizada e regularizada na própria sessão". O Decreto nº 5.450, de 31 de maio de 2005, que regulamenta o pregão eletrônico, dispõe, em seu art. 26, § 3º, que, "no julgamento da habilitação e das propostas, o pregoeiro poderá sanar erros ou falhas que não alterem a substância das propostas, dos documentos e sua validade jurídica, mediante despacho fundamentado, registrado em ata e acessível a todos, atribuindo-lhes validade e eficácia para fins de habilitação e classificação".

Nessa esteira, o Projeto de Lei nº 7.709, de 2007, pretende acrescentar ao art. 109 da Lei nº 8.666 o § 8º, que poderá vir a ter a seguinte redação:

> Art. 109
> [...]
> § 8º Não caberá recurso contra o julgamento da habilitação e das propostas, nos casos de erros ou falhas que não alterem a substância das propostas, dos documentos e sua validade jurídica saneados pela Comissão ou pregoeiro, mediante decisão fundamentada e registrada em ata. (NR)[24]

Como demonstrado, a tendência atual é a de flexibilizar as normas licitatórias, a fim de tornar a licitação um procedimento menos burocrático, que atenda aos fins exigidos pelo princípio da eficiência.

Entretanto, serão essas modificações benéficas? Qual seria o alcance do art. 12, IV, da Lei nº 11.079/2004?

Cesar A. Guimarães Pereira, em artigo intitulado "Saneamento de defeitos formais na licitação: art. 12, IV, da Lei 11.079 e o art. 109, § 8º, previsto no PL nº 7.709", cuida do assunto da seguinte forma:

> O art. 12, IV, da Lei nº 11.079 tem o efeito de dar fundamento legal expresso ao saneamento de defeitos formais pela comissão ou pelo pregoeiro. Não ofende a isonomia, pois todos os licitantes podem ter igual acesso ao direito de ver saneados os seus eventuais defeitos, se houver (nesse sentido, sobre norma similar, cf. Marçal Justen Filho, Pregão, cit., p. 148). Seu sentido é o de tornar obrigatório (não facultativo, como parece indicar o texto legal) para a Administração assegurar oportunidade para saneamento de defeitos formais. Este saneamento pode inclusive levar à juntada de novos documentos, apesar do art. 43, § 3º, da Lei nº 8.666/93, e apenas não pode ser admitido quando conduzir à modificação da proposta ou quando não puder ser realizado em prazo razoável (fixado pelo edital ou, no mínimo, no prazo previsto para a interposição de recurso contra eventual decisão que tenha reconhecido o defeito)[25].

Dependendo das "complementações" feitas, o princípio da isonomia entre os licitantes pode ser vilipendiado. Em nosso entendimento, as correções só podem ser feitas na medida em que não alterem substancialmente as propostas feitas pelos particulares, conforme previsto no art. 26, § 3º, do Decreto nº 5.450/ 2005.

Na opinião de Cretella Neto:

> O inciso IV autoriza que o edital inclua a possibilidade de correção das propostas apresentadas pelos proponentes. Uma vez que o proponente possa retirar o envelope já entregue e substituí-lo por outro, claro está que nada obsta a que altere completamente a proposta original.
> Portanto, embora o texto legal limite as alterações ao saneamento de falhas, à complementação de insuficiências ou a correções de caráter meramente formal durante o procedimento, a substituição de um envelope lacrado por outro permitirá alterações mais amplas. De qualquer modo, a faculdade concedida aos proponentes para que promovam alterações deverá ser exercida sempre no prazo original[26].

Sobre o assunto, Pedro Câmara Raposo Lopes argumenta que a lei

> [...] abre perigosa possibilidade para que os licitantes, sob o calor de sanear falhas, complementar insuficiências ou

---

[24] BRASIL. Projeto de Lei nº 7.709, de 2007. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Projetos/PL/2007/msg39-070122.htm>. Acesso em: 4 dez. 2007.
[25] Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/mostra_noticia_articuladas.aspx?cod=40390>. Acesso em: 4 dez. 2007.
[26] CRETELLA NETO, José. *Comentários à lei das parcerias público-privadas - PPPs*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 109.

> ainda correções de caráter formal no curso do procedimento (artigo 12, inciso IV), possam alterar substancialmente suas propostas, sabedores do conteúdo das dos demais participantes, o que poderá afetar a igualdade que se quer no procedimento[27].

A dificuldade de aplicação do dispositivo sob análise deve-se ao fato de que, ao limitar o âmbito das alterações, o art. 12, IV, utiliza-se de conceitos jurídicos indeterminados.

Celso Antônio Bandeira de Mello, ao discorrer sobre o assunto, enfatiza que os conceitos "determináveis no plano das ciências que se embasam no valor teorético verdade são unissignificativos. Já, os conceitos atinentes ao mundo da razão prática, da sensibilidade, são plurissignificativos"[28]. Mais à frente, o autor conceitua discricionariedade como

> a margem de 'liberdade' que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos, cabíveis perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente uma solução unívoca para a situação vertente.

Assim, o autor relaciona os conceitos jurídicos indeterminados à discricionariedade.

Diferentemente do autor, acreditamos que os conceitos jurídicos indeterminados são hipóteses de vinculação normativa, conceituando-se esta como "um aspecto do ato administrativo sempre que a norma de direito positivo regulá-lo de modo a indicar que, na consideração do direito e das circunstâncias em que este se faz aplicável, deve o administrador, ao aplicar essa norma, fazê-lo da melhor maneira possível"[29]. Os conceitos jurídicos indeterminados são expressões demandantes de "interpretação, processo pelo qual o intérprete atribui à norma o sentido que entende o mais adequado para regular uma situação, segundo o método da razoabilidade"[30], e, por essa razão, estão inseridos na seara da vinculação.

Logicamente, para a aplicação do art. 12, IV, da Lei nº 11.079/05, há limites gerais e limites específicos, que devem surgir perante o procedimento licitatório da PPP em concreto. Todos esses limites devem ser buscados por critérios de razoabillidade.

Assim, o artigo sob discussão, em princípio, não pode ser tido como inconstitucional, já que prevê a todos os licitantes a possibilidade de saneamento de falhas no curso do procedimento, assegurando, portanto, igualdade de competição. Entretanto, a sua aplicação no certame, deverá ser cautelosa e se ater efetivamente a aspectos que não interfiram no conteúdo das propostas e da disputa sob pena de macular o princípio da isonomia.

Para que isso seja evitado, acreditamos que o edital deva, também, se prestar à função de nortear os licitantes acerca dos limites do art. 12, IV, da Lei das PPP. Além disso, a comissão deve se pautar por princípios que permitam a satisfação da finalidade da regra que é a manutenção do equilíbrio da disputa e o afastamento de excessos formais descabidos.

Dos limites para aplicação do artigo e da função do edital cuidaremos a seguir.

7 Soluções para a aplicação do dispositivo

Celso Antônio Bandeira de Mello ensina ser impossível, apenas na hipótese da norma, saber todas as possibilidades de sua aplicação. Entretanto, há que se estabelecer alguns limites para que a norma não seja aplicada a bel prazer do administrador. Os limites devem ser dados pelos princípios.

Na aplicação do art. 12, inciso IV, da Lei nº 11.079, o princípio que limitará sua aplicação, como foi dito, será o da isonomia entre os licitantes.

A partir dele podemos concluir que não podem ser alterados, sob o campo da formalidade, o valor da proposta ou a forma de execução do projeto da PPP, visto que tal mudança implicaria nova proposta, prejudicando a isonomia do procedimento.

Em relação às correções de caráter formal, estas devem se restringir, por exemplo, a correções ortográficas, renumeração de folhas, elucidação do conteúdo de documentos existentes, de modo que a proposta torne-se adequada às condições fixadas no edital.

Não nos parece razoável aceitar a inclusão de documentos exigidos pelo edital para a habilitação dos concorrentes, visto que há na licitação a fase da habilitação, que abriga o recebimento da documentação e proposta, devendo a primeira comprovar a habilitação jurídica, capacidade técnica, idoneidade financeira e a regularidade fiscal do licitante, sendo fase vinculada na qual a comissão deverá ater-se aos requisitos exigidos e verificar se foram atendidos pelos concorrentes.

No caso de não atendimento desses requisitos, não acreditamos que, com base no art. 12, IV, possam ser

---

[27] LOPES, Pedro Câmara Raposo. *Anotações preliminares à Lei nº 11.079/2004*. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6169>. Acesso em: 5 dez. 2007.

[28] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros Editores. 896 p.

[29] ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. Discricionariedade e motivação do ato administrativo. In: LIMA, Sérgio Mourão Correa (Coord.). *Temas de direito administrativo:* Estudos em homenagem ao professor Paulo Neves de Carvalho. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 99-125.

[30] ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. Discricionariedade e Motivação do Ato Administrativo. In: LIMA, Sérgio Mourão Correa (Coord.). *Temas de direito administrativo:* Estudos em homenagem ao professor Paulo Neves de Carvalho. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 99-125.

acrescentados os documentos faltantes, afinal *dormientibus non succurrit jus*[31] e a não apresentação dos documentos inabilita o candidato (art. 12, I, e art. 13, II e III, Lei nº 11.079/2004).

Acreditamos que, para conferir legalidade ao processo licitatório das PPP, necessário seria que o próprio edital previsse as hipóteses em que não podem ser feitas as alterações, visto que, assim, todos os licitantes teriam assegurado o direito de competir em iguais condições e armas contra aqueles que não respeitassem o disposto naquele instrumento.

O art. 18, da lei nº 8987/1995, aplicável às PPP por força do art. 11, *caput*, da Lei nº 11.079/2004, prevê os assuntos de que deve tratar o edital, dispondo que este deverá conter especialmente os "*critérios, indicadores, fórmulas e parâmetros a serem utilizados no julgamento técnico e econômico-financeiro da proposta*", o que deverá incluir os limites conferidos pelo edital ao art. 12, IV, da Lei das PPP.

O saneamento de falhas, complementação de insuficiências e correções de caráter formal deverá ser estabelecido caso a caso, não ultrapassando os limites do princípio da isonomia. A comissão, por meio da razoabilidade, deverá especificar as possibilidades de complementação no certame, o que, a nosso ver, poderá ser passível de revisão pelo Poder Judiciário.

O fundamental, de acordo com a Constituição da República, art. 37, XXI, é que os licitantes tenham o direito de concorrer em pé de igualdade. Portanto, devemos ficar atentos para que o dispositivo em questão não macule o princípio da isonomia nas licitações públicas.

8 Conclusão

As PPP têm suas vantagens comprovadas em diversos países. Como foi dito, pode ser que elas venham a resolver, ao menos em parte, os problemas com a ineficiência da prestação de serviços públicos e falta de recursos. Porém, a legislação referente a esse tipo de concessão pública deve cercar-se de cuidados quando de sua aplicação, principalmente no que concerne ao respeito aos princípios constitucionais.

A ordem jurídica deve buscar a coesão e a coerência, e dispositivos como o inciso IV do art. 12 da Lei nº 11.079/04 podem ensejar dúvidas quando da sua aplicação e gerar conflitos entre os concorrentes.

O dispositivo em questão deve ser analisado à luz do princípio da isonomia, que deverá traçar os limites de sua aplicação.

Em linhas gerais, os limites em relação à possibilidade de saneamento de falhas, de complementação de insuficiências ou ainda de correções de caráter formal no curso do procedimento seriam, a nosso ver:

a) modificações que não alterem substancialmente a proposta, estando restritas alterações no valor ou forma de execução do projeto da PPP;

b) as correções de caráter formal devem ser restritas a problemas singelos no procedimento, como, por exemplo, correções ortográficas ou renumeração de folhas;

c) não aceitamos a inclusão de documentos exigidos pelo edital para a habilitação dos concorrentes, pois, no caso de não atendimento desses requisitos, o candidato estará inabilitado (art. 12, I, e art. 13, II e III, da Lei nº 11.079/2004).

O fundamental, portanto, é que a aplicação do dispositivo seja feita com cautela, pois não podemos acobertar violações ao princípio da isonomia, falsamente justificadas pelo princípio da eficiência.

9 Referências

ANASTASIA, Antônio Augusto Junho. Aspectos gerais das parcerias público-privadas no contexto da reforma do estado. *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*, ano XXIII, n. 3, 2005.

ARAGÃO, Alexandre Santos. As parcerias público-privadas - PPP no direito positivo brasileiro. *Revista BCL - Boletim de Licitações e Contratos*, ano XIX, n. 4, abr. 2006.

ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. Discricionariedade e motivação do ato administrativo. In: LIMA, Sérgio Mourão Correa (Coord.). *Temas de direito administrativo:* Estudos em homenagem ao professor Paulo Neves de Carvalho. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 99-125.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros Editores, p. 102.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Proposição PL 2.546/2003. Disponível em: <www.camara.gov.br/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=144047>. Acesso em: 11 dez. 2007.

BRASIL. Projeto de Lei nº 7.709, de 2007. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Projetos/PL/2007/msg39-070122.htm>. Acesso em: 4 dez. 2007.

CRETELLA NETO, José. *Comentários à lei das parcerias público-privadas* - PPP. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 109.

DALLARI, Adilson de Abreu. *Aspectos jurídicos da licitação*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 13.

[31] "O direito não socorre quem dorme".

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública*. Concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 33.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 80.

HARRIS, Stephen. *Public private partnerships*. Delivering better infrastructure services. Inter-American Development Bank: Washington-DC, 2004, p. 4.

LOPES, Pedro Câmara Raposo. *Anotações preliminares à Lei nº 11.079/2004*. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6169>. Acesso em: 5 dez. 2007.

NIEBUHR, Joel de Menezes Niebuhr. *Princípio da isonomia na licitação pública*. Florianópolis: Editora Obra Jurídica, 2000, p. 140.

OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. a arbitragem e as parcerias público-privadas. *Revista de Direito Administrativo*, v. 241, Rio de Janeiro: Editora Renovar, jul./set. 2005.

PEREIRA, Cesar A. Guimarães, *Saneamento de defeitos formais na licitação: art. 12, IV, da Lei 11.079 e o art. 109, § 8º, previsto no PL nº 7.709*. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/mostra_noticia_articuladas.aspx?cod=40390>. Acesso em: 4 dez. 2007.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *Os princípios constitucionais da administração pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p. 23.

SILVA, Marco Aurélio de Barcelos. Aspectos metodológicos e conteúdo jurídico das parcerias público-privadas - PPP: um aprimoramento do modelo contratual da administração. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*. Disponível em: <www.direitodoestado.com.br>.

ZYMLER, Benjamin. *Direito administrativo e controle*. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 159 e 160.

ZYMLER, Benjamin; ALMEIDA, Guilherme Henrique de La Rocque. *O controle externo das concessões de serviços públicos e das parcerias público-privadas*. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 229.

...

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Corte Superior

Ação direta de inconstitucionalidade - Lei Municipal nº 1.159/05 - Município de Iguatama - Bolsa de estudos - Perda em caso de ajuizamento de ação judicial contra o Município - Impedimento ao direito de acesso à jurisdição - Ofensa ao art. 5º, XXXV, da Constituição Federal e aos arts. 2º, I e II, 4º, §§ 3º e 6º, da Lei nº 1.159/05 - Inexistência de vínculo de interdependência com o art. 2º - Inconstitucionalidade por arrastamento afastada - Representação parcialmente procedente

Ementa: Ação direta de inconstitucionalidade. Lei do Município de Iguatama. Perda de bolsa de estudos ao aluno que mover ação judicial contra o Município - Violação à inafastabilidade da jurisdição. Ofensa à constituição estadual. Inconstitucionalidade por arrastamento. Inexistência. Inconstitucionalidade parcialmente declarada.

- Revela-se materialmente inconstitucional o dispositivo da lei do Município de Iguatama que impõe a perda da bolsa de estudos ao aluno que mover ação judicial contra o Município, ou cujos pais ou irmãos a proponham.

- Violação ao direito fundamental de acesso à jurisdição, consagrado na Constituição Federal e de observância obrigatória imposta pelo art. 4º da Constituição Estadual.

- Inexistindo relação de interdependência ou conexão entre o artigo inconstitucional e os demais dispositivos da lei municipal, descabe reconhecer a inconstitucionalidade por arrastamento desses últimos.

- Representação parcialmente procedente.

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 1.0000.11.034546-9/000 - Comarca de Iguatama - Requerente: Procurador-Geral de Justiça - Requeridos: Município de Iguatama, Câmara Municipal de Iguatama - Relatora: DES.ª HELOÍSA COMBAT

Acórdão

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

Belo Horizonte, 13 de junho de 2012. - *Heloísa Combat* - Relatora.

Notas taquigráficas

DES.ª HELOÍSA COMBAT - Conheço da representação.

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo Procurador-Geral de Justiça em face da Lei 1.159/05 do Município de Iguatama, por ofensa aos arts. 2º, 4º, §§3º e 6º, da Constituição do Estado de Minas Gerais.

Sustenta-se, na inicial, que a lei em questão afronta o direito de petição, assegurado nos dispositivos citados da Carta Mineira, padecendo do vício de inconstitucionalidade material.

Assevera-se que a lei não pode impedir o cidadão de buscar o Poder Judiciário para a tutela de seus direitos, sendo inconstitucional o ato normativo impugnado ao exigir do beneficiário de bolsa de estudos a abstenção de ação judicial contra o Município, sob pena de perda do direito.

Argumenta-se que os arts. 2º e 3º da Lei Municipal 1.159/05 também devem ser declarados inconstitucionais, por guardarem relação de conexão e dependência com o art. 1º do mesmo diploma.

Embora tenham sido devidamente intimados, os requeridos não se manifestaram, nos termos da certidão de f. 40.

Manifestação dos ilustres representantes do Ministério Público às f. 42/50, pugnando pela procedência dos pedidos.

Decido.

Questiona-se a constitucionalidade da Lei 1.159/05, editada pelo Município de Iguatama, frente aos arts. 2º, I e II, 4º, §§ 3º e 6º, da Constituição do Estado de Minas Gerais.

Os dispositivos da lei impugnada estabelecem:

> Art. 1º Perderá o benefício da bolsa de estudo, o aluno, o pai, mãe, ou irmão que ingressar com qualquer tipo de ação judicial contra o Município.
> Art. 2º O pagamento deverá ser feito diretamente ao aluno beneficiado, com cheque nominal à Faculdade.
> Art. 3º Revogam-se as disposições em contrário, esta lei entrará em vigor na data de sua publicação.

Cumpre analisar, primeiramente, a constitucionalidade do art. 1º, que impõe ao aluno que ingressar com ação judicial contra o Município, ou cujos pais ou irmãos proponham tal demanda, a perda do benefício da bolsa de estudos.

O art. 2º, I e II, da Constituição Estadual de 89 preceitua:

> Art. 2º São objetivos prioritários do Estado:
> I - garantir a efetividade dos direitos públicos subjetivos;
> II - assegurar o exercício, pelo cidadão, dos mecanismos de controle da legalidade e legitimidade dos atos do Poder Público e da eficácia dos serviços públicos.

Por sua vez, o art. 4º, §§ 3º e 6º, da Constituição Mineira dispõe:

> [...]
> Art. 4º O Estado assegura, no seu território e nos limites de sua competência, os direitos e garantias fundamentais que a Constituição da República confere aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país.
> [...]
> § 3º Nenhuma pessoa será discriminada, ou de qualquer forma prejudicada, pelo fato de litigar com órgão ou entidade estadual, no âmbito administrativo ou no judicial.
> [...]
> § 6º O Estado garante o exercício do direito de reunião e de outras liberdades constitucionais e a defesa da ordem pública, da segurança pessoal e dos patrimônios público e privado.

Depreende-se dos artigos citados que a Constituição Estadual assegura aos cidadãos, no âmbito de seu território e competência, a observância e respeito aos direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição Federal.

A Constituição Mineira prevê, também, como um de seus objetivos, garantir aos cidadãos o exercício dos mecanismos de controle da legalidade e legitimidade dos atos do Poder Público e da eficácia dos serviços públicos, o que pressupõe o direito de litigar contra a Administração.

Dentre os direitos fundamentais assegurados na Constituição Federal, encontra-se a inafastabilidade da jurisdição, previsto no inciso XXXV, *in verbis*: "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito".

O direito de acesso à jurisdição é consagrado pela Constituição Federal como princípio basilar do Estado Democrático de Direito, como corolário do princípio da legalidade.

Assim, a entrega da prestação jurisdicional constitui obrigação do Estado, sempre que houver violação ou ameaça de lesão aos direitos do cidadão, não se admitindo que a lei ordinária estabeleça restrições a esse direito fundamental.

O direito de acesso à jurisdição, elencado entre os direitos fundamentais previstos no art. 5º da Constituição Federal, constitui cláusula pétrea, só podendo ser excepcionado ou restringido pelo próprio poder constituinte originário, vedado o estabelecimento de restrições dessa natureza pelo legislador ordinário ou mesmo por emenda constitucional.

Tratando-se de cláusula pétrea, o direito de acesso à jurisdição só pode ser objeto de ampliação pelas leis infraconstitucionais, sendo inadmissível que estabeleçam restrições ou mesmo venham a abolir o seu exercício, conforme preceito contido no art. 60, § 4º, da Constituição Federal/88.

Assim, as exceções ao princípio da inafastabilidade do Judiciário são traçadas no próprio texto constitucional, tal como ocorre com a Justiça Desportiva e com a Arbitragem, não podendo a legislação infraconstitucional introduzir novas limitações nesse sentido.

Nesse sentido, a Lei Municipal 1.159/05 de Iguatama, ao condicionar o direito ao recebimento de bolsa de estudos à abstenção do aluno, de seus pais e irmãos quanto à propositura de ação judicial contra o Município, restringiu indevidamente o direito à inafastabilidade da jurisdição, consagrado no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal.

O dispositivo legal utiliza-se da necessidade de o aluno receber bolsa de estudos, como forma de concretizar o seu acesso à educação, para coagi-lo, bem como à sua família, a não buscar seus direitos frente ao ente municipal, junto ao órgão jurisdicional.

Vincular o recebimento do benefício ao não exercício do direito de ação contra o Município afronta diretamente o disposto no inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal, segundo o qual a lei não excluirá da apreciação do Judiciário qualquer lesão ou ameaça a direito, cuja observância foi expressamente determinada pela Constituição Mineira.

O artigo questionado padece do vício de inconstitucionalidade material, que segundo o ilustre Des. Kildare Gonçalves Carvalho, na obra *Direito constitucional*, ocorre quando "o conteúdo do ato se acha em desacordo com o conteúdo da Constituição" (12. ed., Belo Horizonte: Del Rey, p. 321).

Prossegue o ilustrado autor, afirmando que:

> Espécie de inconstitucionalidade material consiste na inconstitucionalidade por excesso de Poder Legislativo, traduzida na incompatibilidade da lei com os fins constitucionalmente previstos, ou na inobservância do princípio da proporcionalidade. Deve ser pronunciada a inconstitucionalidade das leis que contenham limitações inadequadas, desnecessárias ou desproporcionais (não razoáveis), é o que lembra Gilmar Ferreira Mendes, para quem tal procedimento empresta maior intensidade e rigor ao controle da constitucionalidade e preserva o próprio Estado Democrático de Direito (op. cit., p. 321-322).

A restrição imposta pelo art. 1º da Lei 1.159/05, além de afrontar diretamente o art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, é totalmente desarrazoada e desproporcional, impondo a perda da bolsa de estudos, instrumento que viabiliza o acesso à educação pelo aluno que ingressar com ação judicial contra o Município de Iguatama, ou cujos pais ou irmãos proponham mencionada ação.

Evidencia-se, portanto, a inconstitucionalidade material do art. 1º da Lei 1.159/05 do Município de Iguatama frente aos arts. 2º, I e II, e 4º da Constituição Estadual.

Quanto aos demais dispositivos da lei, o requerente alega serem inconstitucionais por arrastamento, já que guardam relação de conexão e dependência com o art. 1º da Lei Municipal 1.159/05, formando uma unidade estrutural.

Conforme a valiosa lição de Pedro Lenza, a teoria da inconstitucionalidade sequencial ou por arrastamento preceitua que:

> se em determinado processo de controle concentrado de constitucionalidade for julgada inconstitucional a norma principal, em futuro processo, outra norma dependente daquela que foi declarada inconstitucional em processo anterior - tendo em vista a relação de instrumentalidade que entre elas existe - também estará eivada pelo vício de inconstitucionalidade consequente ou por 'arrastamento' ou por atração.
> [...]
> Naturalmente, essa técnica da declaração de inconstitucionalidade por arrastamento pode ser aplicada tanto em processos distintos como em um mesmo processo, situação que vem sendo verificada com mais frequência.
> Ou seja, já na própria decisão, o STF define quais normas são atingidas, e no dispositivo, por 'arrastamento', também reconhece a invalidade das normas que estão 'contaminadas' (*Direito constitucional esquematizado*. 12. ed., São Paulo: Saraiva, p. 171-172).

Portanto, a inconstitucionalidade por arrastamento se verifica quando outras normas relacionadas àquela declarada inconstitucional, ou que nela encontrem seu fundamento, são atingidas pela inconstitucionalidade da principal, assegurando-se, assim, a unicidade do regramento jurídico e do sistema normativo a que se encontram incorporadas.

No caso em comento, inexiste a alegada interdependência entre o art. 2º e o art. 1º da Lei Municipal 1.159/05, a justificar a sua inconstitucionalidade por arrastamento.

O mencionado art. 2º estabelece que o pagamento da bolsa de estudos deve ser feito diretamente ao aluno beneficiado, com cheque nominal à Faculdade.

Tal dispositivo possui força normativa própria, não guardando relação com o disposto no art. 1º, que trata da perda da bolsa de estudos pelo aluno que mover ação judicial contra o Município, ou cujos pais ou irmãos a proponham.

O art. 2º regula situação distinta da exposta no art. 1º, tratando da forma em que se deve dar o pagamento da bolsa de estudos, inexistindo conexão com a imposição de perda do benefício imposta no art. 1º.

Mesmo declarado inconstitucional o art. 1º da Lei Municipal, por violar o princípio da indeclinabilidade da jurisdição, é possível que o art. 2º do mesmo diploma subsista no ordenamento, regulando a forma de pagamento da bolsa de estudos ao aluno.

O mesmo raciocínio se aplica ao art. 3º, concernente à revogação das disposições em contrário e à data da vigência da lei. Tal dispositivo deve subsistir no que é pertinente à revogação das disposições que contrariarem o art. 2º e do início da vigência da lei quanto à forma de pagamento da bolsa prevista.

Portanto, descabe declarar a inconstitucionalidade dos arts. 2º e 3º da Lei 1.159/05, por arrastamento, inexistindo vínculo de interdependência ou conexão com o art. 1º do mesmo diploma legal.

Isso posto, julgo parcialmente procedente a representação para declarar a inconstitucionalidade do art. 1º da Lei 1.159, de 8 de agosto de 2005, do Município de Iguatama.

Custas, *ex lege*.

DES.ª SELMA MARQUES - De acordo.

DES. BARROS LEVENHAGEN - Acompanho a eminente Relatora em seu judicioso voto, patente a inconstitucionalidade do art. 1º da Lei 1.159/05 do Município de Iguatama, que, ao condicionar o direito de recebimento da bolsa de estudos à abstenção de o aluno, de seus pais e irmãos ingressarem com qualquer tipo de ação judicial contra o Município, viola diretamente o princípio da inafastabilidade do Judiciário consagrado no art. 5º, XXXV, da CF/88, segundo o qual "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito".

Com essas considerações, acompanho a eminente Relatora para julgar parcialmente procedente a representação.

DES. HERCULANO RODRIGUES - De acordo.

DES. CARREIRA MACHADO - De acordo.

DES. ALMEIDA MELO - De acordo.

DES. KILDARE CARVALHO - De acordo.

DES.ª MÁRCIA MILANEZ - De acordo.

DES. BRANDÃO TEIXEIRA - De acordo.

DES. ALVIM SOARES - De acordo.

DES. ANTÔNIO CARLOS CRUVINEL - De acordo.

DES. EDIVALDO GEORGE DOS SANTOS - De acordo.

DES. AUDEBERT DELAGE - De acordo.

DES. MAURÍCIO BARROS - De acordo.

DES. MAURO SOARES DE FREITAS - De acordo.

DES. ANTÔNIO SÉRVULO - De acordo.

DES. BITENCOURT MARCONDES - De acordo.

DES. MANUEL SARAMAGO - De acordo.

DES. BELIZÁRIO DE LACERDA - De acordo.

DES. MOREIRA DINIZ - De acordo.

DES. PAULO CÉZAR DIAS - De acordo.

DES.ª VANESSA VERDOLIM HUDSON ANDRADE - De acordo.

DES. EDILSON FERNANDES - De acordo.

DES. DUARTE DE PAULA - De acordo.

Súmula - PROCEDENTE, EM PARTE.

...

Ação direta de inconstitucionalidade - Lei Municipal 9.653/2008 - Município de Belo Horizonte - Obrigação de instalação de cabines nas agências bancárias - Atendimento aos clientes - Iniciativa da Câmara Municipal - Artigos 169 e 171, I, da CEMG e 30, I, da CR - Violação do princípio da separação dos poderes - Artigos 6º e 173 da CEMG - Inexistência - Vício formal não configurado

Ementa: Ação direta de inconstitucionalidade. Lei municipal que torna obrigatória a instalação de cabines reservadas para atendimento aos clientes nas agências bancárias municipais. Inexistência de iniciativa privativa do chefe do executivo para a lei. Inteligência dos artigos 66, III, da CEMG e 61, § 1º, da CR. Precedentes do STF. Ausência de invasão da competência material típica do poder executivo. Inexistência de ofensa ao princípio da separação dos poderes esculpido nos artigos 6º e 173 da CEMG. Improcedência da ação direta de inconstitucionalidade.

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 1.0000.09.495127-4/000 - Comarca de Belo Horizonte - Requerente: Prefeito Municipal de Belo Horizonte - Requerida: Câmara Municipal de Belo Horizonte - Relator: DES. BRANDÃO TEIXEIRA

Acórdão

Vistos etc., acorda a Corte Superior do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sob a Presidência do Desembargador Cláudio Costa, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, EM JULGAR IMPROCEDENTE O PEDIDO, POR MAIORIA.

Belo Horizonte, 13 de junho de 2012. - *Brandão Teixeira* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. BRANDÃO TEIXEIRA - Trata-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade com pedido de liminar proposta pelo Prefeito Municipal de Belo Horizonte contestando a validade da Lei Municipal 9.653, de 12 de dezembro de 2008, que tornou obrigatória, em toda agência bancária do município, a instalação de cabines reservadas para atendimento aos clientes. Eis o teor da norma impugnada:

> Art. 1º - É obrigatório em toda agência bancária do Município que o atendimento ao consumidor seja feito em cabines reservadas, para que os demais atendidos não tenham acesso ao valor recebido pelo cliente.
> Art. 2º - Nas cabines, serão instaladas câmeras, evitando que se coloque em risco o atendente e que possam ser utilizadas na apuração de qualquer irregularidade ou ilícito penal.
> Art. 3º - As instituições bancárias poderão adequar-se da melhor forma para atender às disposições desta Lei, sem que haja uma padronização obrigatória.
> Art. 4º - Esta Lei entrará em vigor 90 (noventa) dias após a data de sua publicação.

O requerente justifica o pedido de liminar, alegando que a norma questionada, "ao tornar obrigatória a instalação de cabines individuais e dispositivos de segurança nas instituições bancárias, implica interferência constante de um Poder no outro, causando interminável instabilidade política no município".

Nestes termos, requereu a concessão de medida cautelar para suspender a eficácia da referida Lei até o julgamento final da presente ação direta de inconstitucionalidade.

No mérito, requer seja julgada procedente a presente ação direta para declarar, *in totum*, a inconstitucionalidade da Lei 9.653, de 12 de dezembro de 2008, do Município de Belo Horizonte, argumentando que: 1) a lei em questão padece de vício de inconstitucionalidade formal por ofensa à regra constitucional de iniciativa privativa do chefe do Poder Executivo para legislar sobre questão afeta ao poder de polícia administrativa municipal; 2) a lei em questão, ao tratar de assunto relativo à segurança, matéria afeta ao poder de polícia administrativa, invade competência material típica e exclusiva do Poder Executivo municipal, violando, desse modo, o princípio constitucional da separação dos poderes esculpido nos artigos 6º e 173 da CEMG; e 3) a lei municipal, ao estabelecer a obrigatoriedade de instalação de cabines e câmeras nas instituições bancárias, cria despesa para o município, já que implica, para este, o dever de fiscalizar o cumprimento da lei.

A medida cautelar foi indeferida às f. 52 a 56.

Às f. 60 a 65, o requerente interpôs agravo regimental contra a decisão que indeferiu a medida liminar pleiteada.

Solicitadas informações, estas foram prestadas às f. 71 a 77.

A Corte Superior do TJMG, à unanimidade, negou provimento ao agravo regimental às f. 78 a 88.

Às f. 91 a 94, o requerente interpôs embargos de declaração do acórdão que negou provimento ao agravo regimental.

Às f. 96 a 99, a Corte Superior do TJMG, nos termos do voto do relator, acolheu os embargos sem, no entanto, conceder-lhes efeitos modificativos.

A douta PGJ, em parecer da il. Procuradora de Justiça Maria Angélica Said, opinou pela procedência do pedido às f. 124 a 134.

É o relatório.

Passo à análise.

Trata-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade com pedido de liminar proposta pelo Prefeito Municipal de Belo Horizonte, contestando a validade da Lei Municipal 9.653, de 12 de dezembro de 2008, por ofensa à regra constitucional de iniciativa privativa do chefe do Poder Executivo, bem como ao princípio constitucional da separação dos poderes, esculpido nos arts. 6º e 173 da CEMG. Eis o teor dos referidos dispositivos:

> Art. 6º - São Poderes do Estado, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.
> [...]
> Art. 173 - São Poderes do Município, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo e o Executivo

Data venia, a presente Ação Direta de Inconstitucionalidade não merece prosperar, inexistindo ofensa às normas constitucionais apontadas, bem como ao princípio da separação dos poderes.

Ao contrário do que alega o requerente, a lei em questão não padece de vício de inconstitucionalidade formal por ofensa à regra constitucional de iniciativa privativa de lei a cargo do chefe do Poder Executivo. É que a referida lei não versa sobre matéria reservada à referida iniciativa privativa. Vejamos o que dispõem a CEMG e a Constituição da República sobre o tema:

CEMG:

> Art. 66 São matérias de iniciativa privativa além de outras previstas nessa constituição:
> [...]
> III - do Governador do Estado:
> a) a fixação e a modificação dos efetivos da Polícia Militar e do Corpo de Bombeiros Militar;
> b) a criação de cargo e função públicos da administração direta, autárquica e fundacional e a fixação da respectiva remuneração, observados os parâmetros da Lei de Diretrizes Orçamentárias;
> c) o regime de previdência dos militares, o regime de previdência e o regime jurídico único dos servidores públicos da administração direta, autárquica e fundacional, incluídos o provimento de cargo e a estabilidade;
> d) o quadro de empregos das empresas públicas, sociedades de economia mista e demais entidades sob controle direto ou indireto do Estado;
> e) a criação, estruturação e extinção de Secretaria de Estado, órgão autônomo e entidade da administração indireta;
> f) a organização da Advocacia do Estado, da Defensoria Pública, da Polícia Civil, da Polícia Militar e dos demais órgãos da Administração Pública, respeitada a competência normativa da União;
> g) os planos plurianuais;
> h) as diretrizes orçamentárias;
> i) os orçamentos anuais.

Constituição da República:

> Art. 61.[...]
> § 1º - São de iniciativa privativa do Presidente da República as leis que:
> I - fixem ou modifiquem os efetivos das Forças Armadas;
> II - disponham sobre:
> a) criação de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta e autárquica ou aumento de sua remuneração;
> b) organização administrativa e judiciária, matéria tributária e orçamentária, serviços públicos e pessoal da administração dos Territórios;
> c) servidores públicos da União e Territórios, seu regime jurídico, provimento de cargos, estabilidade e aposentadoria;
> d) organização do Ministério Público e da Defensoria Pública da União, bem como normas gerais para a organização do Ministério Público e da Defensoria Pública dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios;
> e) criação e extinção de Ministérios e órgãos da administração pública, observado o disposto no art. 84, VI.
> f) militares das Forças Armadas, seu regime jurídico, provimento de cargos, promoções, estabilidade, remuneração, reforma e transferência para a reserva.

Como se observa, as matérias reservadas à iniciativa privativa do executivo são relativas ao funcionamento da Administração Pública, notadamente no que se refere a seus servidores e à organização administrativa de seus órgãos. Como já reconheceu o STF, trata-se de rol fechado, cujas hipóteses, portanto, estão previstas em *numerus clausus*. É que, em obediência às normas de hermenêutica jurídica, a iniciativa privativa, por constituir matéria de direito estrito, não se presume nem comporta interpretação ampliativa na medida em que - por implicar limitação ao poder de instauração do processo legislativo - deve, necessariamente, derivar de norma constitucional explícita e inequívoca. Trata-se de prerrogativa excepcional, a demandar, portanto, interpretação restritiva. O que significa dizer que nem a analogia ou o recurso aos princípios gerais do direito poderão ser invocados para apoiar a extensão do campo reservado à iniciativa privativa. Vejamos precedente do STF sobre o tema:

> 1. [...] As hipóteses de limitação da iniciativa parlamentar estão previstas, em *numerus clausus*, no art. 61 da Constituição do Brasil - matérias relativas ao funcionamento da Administração Pública, notadamente no que se refere a servidores e órgãos do Poder Executivo - Precedentes (STF ADI nº. 3394-8/AM Relator Min. Eros Grau. *DJ* de 24.08.2007).

Por outro lado, os artigos 169 e 171 da CEMG, bem como o art. 30 da Constituição da República estabelecem a competência do município para legislar sobre assunto de interesse local. Vejamos:

CEMG:

> Art. 169. O Município exerce, em seu território, competência privativa e comum ou suplementar, a ele atribuída pela Constituição da República e por esta Constituição."
> [...]
> Art. 171. Ao Município compete legislar:
> I - sobre assunto de interesse local [...]

Constituição da República:

> Art. 30. Compete aos Municípios:
> I - legislar sobre assuntos de interesse local;

Assim, não há inconstitucionalidade formal por vício de iniciativa a macular a lei em questão, já que a matéria nela versada não constitui hipótese de iniciativa privativa do chefe do executivo, podendo ser tratada em projeto de lei de iniciativa da Câmara Municipal.

Do mesmo modo, não há falar em invasão da competência material típica e exclusiva do Poder Executivo municipal, pois, como já reconheceu a colenda Segunda Turma do STF, assiste competência ao município para exigir, mediante lei formal, a instalação de equipamentos de segurança em estabelecimento bancário, vejamos:

> Constitucional. Banco: Portas eletrônicas: Competência municipal. CF., art. 30, I, art. 192.
> I. - Competência municipal para legislar sobre questões que digam respeito a edificações ou construções realizadas no município: exigência, em tais edificações, de certos componentes. Numa outra perspectiva, exigência de equipamentos de segurança, em imóveis destinados ao atendimento ao público, em imóveis destinados ao atendimento do público, para segurança das pessoas. CF., art. 30, I (*RTJ* 189/1150, Rel. Min. Carlos Velloso).
>
> Estabelecimentos bancários. Competência do município para, mediante lei, obrigar as instituições financeiras a instalar, em suas agências, dispositivos de segurança. Inocorrência de usurpação da competência legislativa federal. Alegação tardia de violação ao art. 144, § 8º, da Constituição. Matéria que, por ser estranha à presente causa, não foi examinada na decisão objeto do recurso extraordinário. Inaplicabilidade do princípio *jura novit curia*. Recurso improvido.
>
> - O Município pode editar legislação própria, com fundamento na autonomia constitucional que lhe é inerente (CF, art. 30, I), com o objetivo de determinar, às instituições financeiras, que instalem, em suas agências, em favor dos usuários dos serviços bancários (clientes ou não), equipamentos destinados a proporcionar-lhes segurança (tais como portas eletrônicas e câmaras filmadoras) ou a propiciar-lhes conforto, mediante oferecimento de instalações sanitárias, ou fornecimento de cadeiras de espera, ou, ainda, colocação de bebedouros. Precedentes (Ag. Reg. no Ag. de Instrumento 347.717-0 RS, Rel. Min. Celso de Mello).

Por fim, não procede a afirmação de que a lei municipal, ao estabelecer a obrigatoriedade de instalação de cabines e câmeras nas instituições bancárias, cria despesa para o Município, já que implica, para este, o dever de fiscalizar o cumprimento da lei. Ora, a lei municipal em questão não cria, diretamente, para o município o dever de fiscalizar seu cumprimento. Quem cria esse dever é a Constituição da República, que, em seu art. 23, I, estabelece a competência comum da União dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios para zelar pela guarda das leis. Vejamos:

> Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:
> I - zelar pela guarda da Constituição, das leis e das instituições democráticas e conservar o patrimônio público;
> [...]

Portanto, os custos decorrentes do normal exercício do poder de polícia administrativa, em prol da guarda e cumprimento das leis, são imanentes à própria razão de ser do Estado, devendo ser suportados por sua receita tributária.

Ademais, vale ressaltar que o STF já firmou precedente afastando a ideia de que a competência para propositura de qualquer projeto de lei que crie despesa é privativa do chefe do Executivo:

> 1. Ao contrário do afirmado pelo requerente, a lei atacada não cria ou estrutura qualquer órgão da Administração Pública local. Não procede a alegação de que qualquer projeto de lei que crie despesa só poderá ser proposto pelo Chefe do Executivo (STF, ADI nº 3394-8/AM, Relator Min. Eros Grau. *DJ* de 24.08.2007).

Por essas razões, há que se confirmar, *in totum*, a constitucionalidade da Lei nº 9.653, de 12 de dezembro de 2008, do Município de Belo Horizonte, que, sob qualquer prisma, não afronta os arts. 6º e 173 da CEMG, tampouco o princípio constitucional da separação dos Poderes neles esculpido.

Conclusão.

Isto posto, julgo improcedente a presente Ação Direta, proposta em face da Lei nº 9.653, de 12 de dezembro de 2008, do Município de Belo Horizonte.

DES. ANTÔNIO CARLOS CRUVINEL - Sr. Presidente.

O que se ataca é uma lei municipal que, por iniciativa da Câmara Municipal, passou a vigorar para obrigar a municipalidade a instalar cabines reservadas naquelas repartições municipais onde há agências bancárias. Pois bem. Essa instalação de cabines, induvidosamente, aumenta a despesa do município, malfere a lei orçamentária do município, quando não há previsão. No caso, alega-se que não há previsão, e, por isso, esta instalação de cabines reservadas - com a vênia devida de quem entende de maneira diversa - é matéria reservada à Administração Municipal, ao Executivo Municipal. Como foi a Câmara de Vereadores que editou a lei e que a promulgou, evidentemente, há um vício formal e até um

vício material, porque invade a esfera de competência da Administração Municipal.

Então, por isso, com a vênia devida, salvo quem entende de maneira diversa, dou pela procedência do pedido contido na ação direta de inconstitucionalidade.

DES. EDIVALDO GEORGE DOS SANTOS - Sr. Presidente.

Acompanho a divergência.

DES. AUDEBERT DELAGE - Com o Relator.

DES. MAURÍCIO BARROS - Com o Relator.

DES. MAURO SOARES DE FREITAS - Com o Relator.

DES. ANTÔNIO SÉRVULO - Com o Relator.

DES.ª HELOÍSA COMBAT - Com o Relator.

DES.ª SELMA MARQUES - Com o Relator.

DES. BITENCOURT MARCONDES - Com o Relator.

DES. BARROS LEVENHAGEN - Com o Relator.

DES. HERCULANO RODRIGUES - Com o Relator.

DES. CARREIRA MACHADO - Com o Relator.

DES. ALMEIDA MELO - Com o Relator.

DES. KILDARE CARVALHO - Com o Relator.

DES.ª MÁRCIA MILANEZ - Com o Relator.

DES. ALVIM SOARES - Com o Relator.

DES. MANUEL SARAMAGO - Com o Relator.

DES. BELIZÁRIO DE LACERDA - Com o Relator.

DES. MOREIRA DINIZ - Sr. Presidente.
Acompanho o Des. Antônio Carlos Cruvinel.

DES. PAULO CÉZAR DIAS - Sr. Presidente.
Peço vênia para acompanhar a divergência.

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

DES. EDILSON FERNANDES - Com o Relator.

DES. DUARTE DE PAULA - Com o Relator.

Súmula - IMPROCEDENTE, POR MAIORIA.

...

Crime ambiental - Poluição - Arts. 54 e 56, § 1º, da Lei 9.605/98 - Infração que deixa vestígio - Exame de corpo de delito - Necessidade - Laudo pericial - Inexistência - Materialidade - Ausência de prova - Procurador Geral de Justiça - Inquérito policial - Pedido de Arquivamento - Aplicação do art. 3º, I, da Lei 8.038/90 - Acolhimento

Ementa: Inquérito Policial. Crime ambiental. Infração que deixa vestígios. Ausência de laudo pericial. Prova da materialidade inexistente. Pedido de arquivamento acolhido.

- Tratando-se de delito que deixa vestígios, imprescindível a prova pericial para demonstrar a materialidade da infração.

- Se não foi feito o exame pericial a fim de caracterizar o dano ambiental e havendo regularização da situação poluidora degradante do meio ambiente, fazendo desaparecer os vestígios do crime ambiental, impõe-se o arquivamento das investigações.

INQUÉRITO POLICIAL Nº 1.0000.11.019723-3/000 - Comarca de Governador Valadares - Investigado: Jairo Luiz Lessa, Deputado Estadual - Relator: DES. PAULO CÉZAR DIAS

Acórdão

Vistos etc., acorda a Corte Superior do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sob a Presidência do Desembargador Cláudio Costa, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM ARQUIVAR O INQUÉRITO.

Belo Horizonte, 23 de maio de 2012. - *Paulo Cézar Dias* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. PAULO CÉZAR DIAS - Trata a espécie de inquérito policial instaurado para apurar a prática dos crimes previstos no art. 54 da Lei nº 9.605/98 (causar poluição de qualquer natureza em níveis tais que resultem ou possam resultar em danos à saúde humana, ou que provoquem a mortandade de animais ou a destruição significativa da flora), e art. 56, § 1º, do citado diploma legal ("nas mesmas penas incorre quem abandona os produtos ou substâncias referidos no *caput*, ou os utiliza em desacordo com as normas de segurança"), em tese, perpetrados pela empresa Valadares Diesel Ltda., na rodovia Rio-Bahia, proximidades do Km 545, bairro Jardim Ipê, na cidade de Governador Valadares.

Restou demonstrado nos autos que, no pátio interno da referida empresa, funcionava, de forma irregular e em precárias condições, um lavador de peças, destinado à limpeza de óleo, de modo que o óleo era misturado à

água e absorvido pela rede fluvial, em desacordo com as normas de segurança ao meio ambiente.

De igual modo, teriam sido constatadas irregularidades no transporte e disposição final dos resíduos sólidos contaminados por óleo, que eram transportados e descartados no aterro sanitário da cidade, sem controle algum, comprometendo o lençol freático e o solo.

A Promotoria de Justiça do meio ambiente, tendo em vista a prerrogativa de foro do responsável legal da empresa, o Deputado Estadual Jairo Luiz Lessa, encaminhou os autos respectivos a este Tribunal, para as providências pertinentes (f. 186/189).

A douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo arquivamento do presente expediente (f. 260/262).

É o sucinto relatório.

Nota-se, em preliminar, que, nos termos do art. 3º, inciso I, da Lei nº 8.038/90, o pedido de arquivamento de inquérito, quando feito pelo Procurador Geral de Justiça, pode ser decidido pelo Relator ou, julgando conveniente, submetê-lo à decisão do competente Tribunal.

Submeto, pois, o presente expediente à apreciação desta egrégia Corte Superior.

Com efeito, não há suporte probatório para embasar eventual ação penal visando à responsabilização dos autores do suposto dano ambiental.

Os delitos em comento, por constituírem infrações que deixam vestígios, têm a sua materialidade caracterizada através de exame pericial regularmente elaborado, em consonância com o art. 158 do Código de Processo Penal, que assim dispõe: "Quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado".

Dessa forma, indispensável o exame de corpo de delito direto para se comprovar a materialidade do crime, que será realizado diretamente sobre o objeto material da infração, ou, de modo indireto quando desaparecidos os seus vestígios.

Nesse sentido, o entendimento de reiteradas decisões deste Sodalício:

> Crime ambiental. Infração que deixa vestígios. Prova pericial. Necessidade de laudo pericial. 1- Para caracterizar a infração prevista no art. 56 da Lei 9.605/98, referente à comercialização, armazenagem, guarda ou ter em depósito substância tóxica, perigosa ou nociva à saúde humana ou ao meio ambiente, em desacordo com as exigências estabelecidas em leis ou nos seus regulamentos, tratando-se de delito que deixa vestígios, mostra-se imprescindível a prova pericial para demonstrar a materialidade da infração da substância apreendida. 2- Recurso desprovido (Ap. Crim. nº 1.0453.07.011208-2/001(1) - Rel. Des. Antônio Armando dos Anjos - Data do julgamento 07.07.2011).

> Penal. Crime ambiental. Corte ilegal de árvores. Preliminar defensiva. Prescrição. Inocorrência. Prova da materialidade. Dúvidas sobre a ocorrência de dano ambiental. Ausência de perícia técnica. Insuficiência probatória. Recurso provido. Absolvição decretada. Aplicada exclusivamente pena de multa, prescreve em 2 (dois) anos a pretensão punitiva estatal, nos termos do art. 114 do Código Penal. Preliminar rejeitada. A materialidade do crime descrito no art. 48, da Lei 9.605/98, somente se prova por perícia, que deve demonstrar em que consistiu o dano ambiental causado pela conduta do réu. Recurso provido. Absolvição decretada (Ap. Crim. nº 1.0309.06.013925-5/001(1) - Rel. Des. Hélcio Valentim - Data do julgamento - 28.09.2009).

No caso, verifica-se que não foi realizada perícia para avaliar o nível de poluição ocasionada pela empresa à época, e que, atualmente, a determinação de uma diligência para tal finalidade se mostraria inócua, considerando que já houve regularização da situação.

Compulsando os autos, verifica-se que, em relação à conduta de eliminação dos dejetos em local inapropriado, a Valadares Diesel Ltda. contratou a empresa "Pro-Ambiental", que assumiu o encargo de recolher o resíduo sólido contaminado, oferecendo-lhe adequada destinação, como se vê do documento de f. 220/224; quanto ao sistema de tratamento de efluentes oleosos, restou demonstrado que a empresa Valadares Diesel Ltda. construiu uma caixa separadora de óleo e água, conforme noticiado no documento de f. 21, e que, mais recentemente, contratou a empresa "Petrolub", para recolhimento, tratamento e reciclagem do resíduo sólido contaminado (f. 220/224).

Ademais, em relação ao investigado Jairo Luiz Lessa, é de se observar que o fato de o mesmo figurar como sócio-proprietário no contrato social não induz necessariamente a sua responsabilização pelo dano ambiental, porquanto, para que se conclua sobre a responsabilidade do sócio, diretor ou administrador, é necessário prova no sentido de ter ele contribuído para a ocorrência do crime, seja por medida que tomou ou deixou de tomar para evitar o acidente.

No caso específico, conforme se afere da cláusula nona da 44ª alteração contratual (f. 54/63), o investigado não tinha o poder de administração da pessoa jurídica, não havendo que presumir sua contribuição para a ocorrência do resultado lesivo tão somente em razão de sua posição de sócio proprietário.

Conforme ressaltado no parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça:

> [...] malgrado seja o Deputado Jairo Lessa sócio da empresa Valadares Diesel Ltda. (o que o tornaria sujeito ativo do crime do artigo 56, § 1º, da Lei nº 9.605/98, sob a luz dos elementos objetivos do tipo), não se pode olvidar que seria temerária a presunção de "dolo" do mesmo, que sequer tinha o poder de administração da pessoa jurídica, conforme se evidencia na cláusula nona da 44ª alteração contratual, obtida junto à Jucemg.

Ante o exposto, não havendo razão para o prosseguimento das investigações, acolho o pedido deduzido pelo ilustre Procurador-Geral de Justiça, determinando o arquivamento do presente inquérito.

Custas *ex lege*.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES JOSÉ ANTONINO BAÍA BORGES, KILDARE CARVALHO, BRANDÃO TEIXEIRA, ANTÔNIO CARLOS CRUVINEL, SILAS VIEIRA, WANDER MAROTTA, GERALDO AUGUSTO, AUDEBERT DELAGE, ARMANDO FREIRE, DÁRCIO LOPARDI MENDES, MAURÍCIO BARROS, MAURO SOARES DE FREITAS, ANTÔNIO SÉRVULO, BARROS LEVENHAGEN, ALMEIDA MELO, CAETANO LEVI LOPES, MANUEL SARAMAGO e TIBÚRCIO MARQUES.

Súmula - ARQUIVARAM.

...

Queixa-crime - Lei de Imprensa - Arts. 20 e 22 c/c o 23, II, da Lei nº 5.250/67 - Não recepção pela CF/88 - Julgamento da ADPF 130 pelo STF - Procedência - Exclusão da norma do ordenamento jurídico - Tipo penal - Delineação genérica - Impossibilidade - Denúncia alternativa - Vedação - Impossibilidade jurídica do pedido - Petição inicial - Indeferimento

Ementa: Queixa-crime. Lei de Imprensa não recepcionada pela Constituição em vigor. Inicial indeferida.

- A Lei 5.250/67 não foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988, conforme julgamento da ADPF 130 pelo Supremo Tribunal Federal, sendo tal norma excluída do ordenamento jurídico.

Indeferimento da petição inicial é medida que se impõe.

AÇÃO PENAL - PROCEDIMENTO ORDINÁRIO Nº 1.0000.07.450368-1/000 - Comarca de Montes Claros - Querelante: Athos Avelino Pereira, Prefeito Municipal de Montes Claros - Querelado: Luiz Tadeu Leite, Deputado Estadual; Edmilson Guimarães - Relator: DES. ANTÔNIO CARLOS CRUVINEL

Acórdão

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

Belo Horizonte, 9 de maio de 2012. - *Antônio Carlos Cruvinel* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. ANTÔNIO CARLOS CRUVINEL - O Sr. Athos Avelino Pereira, Prefeito Municipal de Montes Claros, ofereceu queixa-crime às f. 02/07, em face de Luiz Tadeu Leite, Deputado Estadual, e Edmilson Guimarães, já qualificados nos autos do processo, atribuindo-lhes a prática dos crimes descritos no art. 20, c/c o 23, II, por duas vezes, e art. 22, c/c o 23, II, tudo da Lei 5.250/67, em concurso material, articulando, em apertada síntese, que os querelados lhe imputaram falsamente a prática de crimes; que "[...] o querelado Luiz Tadeu Leite, em conluio com o também infrator, Edmilson Guimarães, editor-chefe da revista e 'repórter' da entrevista, fizeram inserir naquela publicação criticas e acusações inverídicas [...]", a sua pessoa, mesmo sabendo da sua inocência.

Foram juntados documentos às f. 10/13.

Notificado, o querelado Luiz Tadeu Leite apresentou resposta escrita às f. 33/43.

Às f. 93/94, o representante do Órgão Ministerial requereu o sobrestamento do processo em razão da liminar deferida pelo STF, na Medida Cautelar da ADPF nº 130-DF, o que foi deferido às f. 95.

Declarada a inconstitucionalidade da Lei 5.250/67 e instado a se manifestar, pugnou o querelante pelo prosseguimento da queixa-crime "[...] com a aplicação dos tipos penais que preservam a honra descritos no Código Penal" (f. 166).

Às f. 175/180, o querelado Luiz Tadeu Leite requereu a extinção da punibilidade, "[...] tendo em vista que os fatos narrados na peça de ingresso não mais se configuram como crime [...]".

É o breve relato.

Merece acolhida o requerimento feito pelo querelado, porque, através de queixa-crime, imputaram-se-lhe os delitos previstos nos artigos.

> [...] 20, c/c 23, inciso II, ambos da Lei 5.250/67, por duas vezes, mais art. 22 c/c 23, inciso II, do mesmo diploma legal, todos em concurso material, previsto no art. 69 do estatuto penal substantivo e concurso de pessoas, previsto no art. 29 do mesmo diploma legal.

Pelo que se vê, a queixa-crime imputa claramente aos querelados crimes descritos na Lei 5.250/67.

Ora, a Lei 5.250/67 não pode mais ser aplicada, uma vez que o Supremo Tribunal Federal, em 30 de abril de 2009, por maioria de votos, julgou procedente a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 130, proposta pelo Partido Democrático Trabalhista, nos seguintes termos:

> Total procedência da ADPF, para o efeito de declarar como não recepcionado pela Constituição de 1988 todo o conjunto de dispositivos da Lei federal nº 5.250, de 9 de fevereiro de 1967.

Traz-se à colação parte da decisão proferida pelo colendo STF:

> Arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF). Lei de Imprensa. Adequação da ação. Regime constitucional da 'liberdade de informação jornalística', expressão

> sinônima de liberdade de imprensa. A 'plena' liberdade de imprensa como categoria jurídica proibitiva de qualquer tipo de censura prévia. A plenitude da liberdade de imprensa como reforço ou sobretutela das liberdades de manifestação do pensamento, de informação e de expressão artística, científica, intelectual e comunicacional. Liberdades que dão conteúdo às relações de imprensa e que se põem como superiores bens de personalidade e mais direta emanação do princípio da dignidade da pessoa humana. O capítulo constitucional da comunicação social como segmento prolongador das liberdades de manifestação do pensamento, de informação e de expressão artística, científica, intelectual e comunicacional. Transpasse da fundamentalidade dos direitos prolongados ao capítulo prolongador. Ponderação diretamente constitucional entre blocos de bens de personalidade: o bloco dos direitos que dão conteúdo à liberdade de imprensa e o bloco dos direitos à imagem, honra, intimidade e vida privada. Precedência do primeiro bloco. Incidência *a posteriori* do segundo bloco de direitos, para o efeito de assegurar o direito de resposta e assentar responsabilidades penal, civil e administrativa, entre outras consequências do pleno gozo da liberdade de imprensa. Peculiar fórmula constitucional de proteção a interesses privados que, mesmo incidindo *a posteriori*, atua sobre as causas para inibir abusos por parte da imprensa. Proporcionalidade entre liberdade de imprensa e responsabilidade civil por danos morais e materiais a terceiros. Relação de mútua causalidade entre liberdade de imprensa e democracia. Relação de inerência entre pensamento crítico e imprensa livre. A imprensa como instância natural de formação da opinião pública e como alternativa à versão oficial dos fatos. Proibição de monopolizar ou oligopolizar órgãos de imprensa como novo e autônomo fator de inibição de abusos. Núcleo da liberdade de imprensa e matérias apenas perifericamente de imprensa. Autorregulação e regulação social da atividade de imprensa. Não recepção em bloco da Lei nº 5.250/1967 pela nova ordem constitucional. Efeitos jurídicos da decisão. Procedência da ação.

Portanto, não tendo sido a Lei de Imprensa recepcionada pela Constituição da República, como decidiu o STF, os artigos da Lei nº 5.250/67, nos quais os querelados foram incursados, não mais existem.

Logo, impossível se torna o prosseguimento do processo e a instauração da ação.

Também é de se destacar que um dos pressupostos da ação é a possibilidade jurídica do pedido. Discorrendo sobre a possibilidade jurídica do pedido, o i. Denilson Feitosa, citando o não menos i. Vicente Greco Filho, ensina que:

> temos no processo penal três situações de pedido juridicamente impossível que deverão impor a rejeição da denúncia ou queixa, ou, se recebidas, ensejarão o trancamento da ação penal por meio de *habeas corpus*: 1) o pedido é de uma sanção penal não prevista na ordem jurídica; 2) o pedido de condenação é fundado na descrição de um fato atípico, isto é, não descrito na lei como infração penal; e 3) o pedido é formulado quando há um fato impeditivo do exercício da ação ou quando falta alguma condição especial para a propositura. Nesta categoria estão as chamadas condições de procedibilidade. (In *Direito processual penal, teoria, crítica e práxis*. 6. ed. Editora Ímpetus, p. 241.)

Ora, não mais existindo os delitos narrados na inicial no universo penal, o pedido contido na inicial configura-se impossibilidade jurídica do pedido.

Finalmente, não há como determinar o prosseguimento da queixa-crime "[...] com a aplicação dos tipos penais que preservam a honra descritos no Código Penal", uma vez que o tipo penal deve vir delineado na peça acusatória especificamente, e não genericamente, como se pretende. Foram os réus denunciados em delitos previstos na Lei 5.250/67.

De mais a mais, é vedada a denúncia alternativa no ordenamento jurídico pátrio, assim ocorrendo também com a queixa-crime.

Novamente, cito o jurista Denilson Feitosa:

> Não se admite a denúncia ou imputação alternativa, ou seja, a imputação de dois fatos criminosos, dizendo que apenas um deles, alternativamente, foi efetivamente praticado. Isto violaria o princípio constitucional da ampla defesa. (In *Direito processual penal, teoria, crítica e práxis*. 6. ed. Ed. Ímpetus, p. 295.)

Ante o exposto, indefere-se petição inicial, perimindo-se o processo em seu nascedouro.

Custas, pelo querelante.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores: SILAS VIEIRA, WANDER MAROTTA, GERALDO AUGUSTO, AUDEBERT DELAGE, ARMANDO FREIRE, DÁRCIO LOPARDI MENDES, MAURO SOARES DE FREITAS, ANTÔNIO SÉRVULO, SELMA MARQUES, BITENCOURT MARCONDES, BARROS LEVENHAGEN, LEITE PRAÇA, ALMEIDA MELO, JOSÉ ANTONINO BAÍA BORGES, KILDARE CARVALHO, BRANDÃO TEIXEIRA, CAETANO LEVI LOPES, PAULO CÉZAR DIAS e TIBÚRCIO MARQUES.

Súmula - INDEFERIRAM A INICIAL.

...

Agravo de instrumento - Intempestividade - Nulidade da decisão por ausência de fundamentação - Decisão concisa - Possibilidade - Cumprimento de sentença - Excesso de execução e de penhora - Não apreciação pelo Juízo *a quo* - Supressão de instância - Sociedade empresarial integrante de grupo econômico das executadas - Identidade entre um dos sócios - Indícios de confusão patrimonial - Inclusão no polo passivo da execução de sentença - Possibilidade - Ilegitimidade passiva - Rejeição - Bloqueio de veículos - Renajud - Cerceamento de defesa - Inexistência - Poder geral de cautela - Previsão legal - Veículos alienados fiduciariamente - Impossibilidade - Limitação da restrição aos direitos do contrato - Impedimento à transferência, circulação e licenciamento - Medida drástica - Risco à paralisação das atividades da empresa - Limitação à transferência

Ementa: Agravo de instrumento. Preliminares de intempestividade recursal. Rejeição. Nulidade da decisão, por ausência de fundamentação. Decisão concisa. Possibilidade. Cumprimento de sentença. Excesso de execução e de penhora. Não apreciação pelo Juízo *a quo*. Supressão de instância. Sociedade empresarial integrante de grupo econômico das executadas. Identidade entre um dos sócios. Indícios de confusão patrimonial. Inclusão no polo passivo da execução de sentença. Possibilidade. Ilegitimidade passiva. Rejeição. Bloqueio de veículos. Renajud. Cerceamento de defesa. Inexistência. Poder geral de cautela. Previsão legal. Veículos alienados fiduciariamente. Impossibilidade. Limitação da restrição aos direitos do contrato. Impedimento à transferência, circulação e licenciamento. Medida drástica. Risco à paralisação das atividades da empresa. Limitação à transferência. Recurso parcialmente provido.

- É tempestivo o recurso de agravo interposto no primeiro dia útil subsequente ao termo final do prazo recursal.

- A legitimidade das partes pressupõe a existência de um vínculo entre o autor da ação, a pretensão controvertida e a parte ré, e, para que se possa verificar a existência desse vínculo, não é preciso que se configure, ao final, a relação jurídica descrita pela parte autora.

- Diante de fortes indícios de que a agravante integra o mesmo grupo familiar e econômico do qual fazem parte as executadas, deve ser mantida a sua inclusão no polo passivo da ação, especialmente porque há possibilidade de existir confusão patrimonial entre elas, questão comprovada durante a fase do processo de conhecimento em relação a essas sociedades empresariais, ordinariamente legitimadas.

- Não se pode falar em ausência de fundamentação da decisão, se o juiz indicou as razões de decidir e se a parte está apenas a mostrar seu inconformismo com os argumentos adotados.

- A instância revisora, salvo as exceções legais, não pode inaugurar matérias que estão pendentes de apreciação no primeiro grau de jurisdição, sob pena de ocorrer supressão de instância.

- A alienação fiduciária é um contrato de garantia, por meio do qual o tomador do empréstimo transfere a propriedade de um bem ao credor fiduciário, como garantia ao pagamento dessa dívida. Dessa forma, somente após o adimplemento dessa obrigação o bem retornará ao patrimônio do devedor fiduciante.

- Os bens gravados com alienação fiduciária não podem sofrer impedimento judicial para eventual garantia de obrigação que poderá ser imputada ao devedor fiduciante, mas a penhora poderá recair sobre os direitos que a executada detém nos contratos com aquela garantia.

- O bloqueio judicial através do sistema Renajud deverá restringir-se à transferência dos veículos, especialmente quando são essenciais ao exercício de sua atividade empresarial da proprietária, que é o transporte de cargas.

AGRAVO DE INSTRUMENTO CÍVEL Nº 1.0287.01.000984-6/001 - Comarca de Guaxupé - Agravante: Potência Express Distribuição e Logística Ltda. - Agravado: Osmar Messias - Interessados: Transacord Transporte e Comércio de Cereais Ltda., Paranoá Transportes Rodoviários Ltda., Accord Transportes Rodoviários Ltda. - 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 REJEITAR AS PRELIMINARES E DAR PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 17 de maio de 2012. - *Evandro Lopes da Costa Teixeira* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. EVANDRO LOPES DA COSTA TEIXEIRA (Relator) - Trata-se de agravo de instrumento, com pedido

de efeito suspensivo, interposto por Potência Express Distribuição e Logística Ltda., nos autos da ação de indenização, em fase de cumprimento de sentença, requerida por Osmar Messias contra Paranoá Transportes Rodoviários Ltda., Accord Transportes Rodoviários Ltda. e Transacord Transportes e Comércio de Cereais Ltda., em face das decisões de f. 76 e 77. A primeira deferiu o pedido de inclusão da agravante no polo passivo da ação, ao fundamento de que o documento de f. 74 demonstra evidente confusão patrimonial entre as executadas e a empresa Potência Express Distribuição de Logística Ltda., e a segunda determinou a restrição dos bens da agravante através do sistema Renajud.

A agravante argui preliminar de ilegitimidade passiva, porque não possui responsabilidade quanto à condenação imposta às executadas, tampouco possui relação com elas, por serem sociedades distintas e com sócios diversos, razão pela qual afirma que não existe confusão patrimonial entre seus bens. Enfatiza acerca da inexistência de prova da confusão patrimonial, contrariando o disposto no art. 50 do Código Civil, e aduz que, se essa tese for acolhida, a condenação deve ser limitada ao percentual da responsabilidade dos sócios comuns. Argui, ainda, as preliminares de nulidade da decisão agravada, por ausência de fundamentação, e cerceamento de defesa, porque deveria ter sido citada antes da realização do bloqueio judicial por meio do sistema Renajud, para que pudesse exercer o seu direito ao contraditório e ampla defesa, quitar a dívida ou oferecer bens à penhora. Quanto ao mérito, alega excesso de execução, porque o cálculo apresentado pelo agravado não corresponde ao dispositivo da sentença exequenda, notadamente quanto ao percentual dos juros de mora da indenização correspondente ao dano moral, porque na sentença foi fixado em 6% ao ano, mas no cálculo foi considerado o dobro, razão pela qual considera devido o montante de R$340.267,86 (trezentos e quarenta mil duzentos e sessenta e sete reais e oitenta e seis centavos). Alega, ainda, excesso de penhora em razão do bloqueio de 38 veículos, cuja restrição impede a transferência, circulação e licenciamento, situação que lhe causará inúmeros prejuízos, pois depende desses bens para trabalhar no transporte de carga, que é a sua atividade empresarial. Afirma que os cavalos mecânicos, por terem sido alienados fiduciariamente, não podem ser penhorados, porque há direito de terceiros interessados, razão pela qual devem ser liberados do bloqueio judicial, bem como os veículos de placas JRV-7383 - BA, JRV-0131 - BA e JSU-2797 - BA, por terem sido vendidos antes desse ato. Pede a concessão de efeito suspensivo e, ao final, o provimento do recurso para reformar as decisões agravadas, indeferindo os pedidos de sua inclusão no feito e consequente bloqueio de seus veículos, ou que a restrição incida tão somente na transferência destes, ou, ainda, que sejam liberados da constrição os cavalos mecânicos e os veículos de placas JRV-7383 - BA, JRV-0131 - BA e JSU-2797 - BA.

Foi deferido parcialmente o pedido de efeito suspensivo (f. 201/204).

O MM. Juiz *a quo* informou que manteve a decisão agravada e que foi cumprido o disposto no art. 526 do CPC. Acrescentou que a executada Transacord somente em 28.02.2012, depois de proferida a decisão agravada, ofereceu bem à penhora - um imóvel rural de 1,35 alqueires de área -, que não foi aceito pelo agravado em razão de seu valor e por garantir outras dívidas, inclusive fiscais (f. 210).

Em contraminuta, o agravado alega preliminar de intempestividade recursal, porque a agravante teria sido intimada da decisão que a incluiu no polo passivo da ação no dia 02.06.2011, mas quedou-se inerte, bem como em relação às outras decisões proferidas nos dias 05.10.2011 e 12.12.2011, sendo que esta última se refere à restrição realizada através do Renajud. Quanto ao mérito, manifesta-se pela negativa de provimento ao recurso (f. 212/214).

Inicialmente, analiso a preliminar de intempestividade recursal, pois eventual acolhimento implicará o não conhecimento deste recurso.

Conforme dispõe o art. 522, *caput*, do CPC, o prazo para a interposição de agravo é de 10 dias.

No caso, ao contrário da alegação da agravada, a agravante somente foi intimada da decisão agravada no dia 28.02.2012 (terça-feira), conforme prova a certidão juntada à f. 194. Dessa forma, o prazo recursal iniciou-se no dia seguinte - 29.02.2012 (quarta-feira) - e findou-se no dia 10.03.2012 (sábado). Porém, como esse dia da semana não é considerado útil para a contagem do prazo recursal cível, o termo final desse prazo prorrogou-se para o primeiro dia útil subsequente, qual seja 12.03.2012 (segunda-feira), data da interposição deste recurso.

Portanto, rejeito a preliminar, porque este agravo é tempestivo.

Conheço do recurso, porque próprio, tempestivo, preparado (f. 196) e acompanhado dos documentos obrigatórios descritos no art. 525, I, do CPC (f. 41, 42, 48, 54 101 e 194).

Inicialmente, analiso a preliminar de ilegitimidade passiva, arguida sob a alegação de que a agravante não possui responsabilidade quanto à condenação imposta às executadas, tampouco teria relação com elas, por serem sociedades distintas e com sócios diversos, razão pela qual afirma que não existe confusão patrimonial entre seus bens.

Todavia, conforme passo a expor, neste momento processual, entendo que razão não assiste à agravante.

Neste caso, a decisão agravada determinou a inclusão da agravante no polo passivo da demanda originária, na fase de cumprimento de sentença, ao fundamento de evidente confusão patrimonial entre ela e as executadas - Paranoá Transportes Rodoviários Ltda.,

Accord Transportes Rodoviários Ltda. e Transccord Transportes e Comércio de Cereais Ltda.

Ao que se depreende destes autos de agravo, na sentença proferida no processo de conhecimento, f. 60/67, restou decidido que as executadas pertencem ao mesmo grupo familiar, haja vista a interligação entre as três sociedades empresariais por meio de seus sócios: os sócios da Paranoá Transportes Rodoviários Ltda. são Dejair Gerson Ferraiolo e Nassib Albarez Saliba (f. 49/53); na Transccord Transportes e Comércio de Cereais Ltda., são sócios Nassib Albarez Saliba e Carlos Roberto Roque (f. 43/47); e, na Accord Transportes Rodoviários Ltda., os sócios são Nassib Saliba João e Maria Ignez Figueiredo Albarez Saliba ((f. 55/59).

E, conforme é possível verificar nos documentos de f. 74/75, a agravante integra o Grupo Accord, e os seu sócios são Nassib Albarez Saliba, detentor de noventa e nove por cento do capital social, e Bianca Naufel Saliba, esta com apenas um por cento (f. 106).

Diante disso, há fortes indícios de que essa empresa integra o mesmo grupo familiar e econômico do qual fazem partes as executadas, e, por conseguinte, pode existir a alegada confusão patrimonial entre elas.

Sobre a legitimidade das partes, é importante ressaltar que se pressupõe a existência de um vínculo entre o autor da ação, a pretensão controvertida e a parte ré.

E, para que se possa verificar a existência desse vínculo, não é preciso que se configure, ao final, a relação jurídica descrita pela parte autora, ora exequente.

É preciso, sim, que o juiz possa vislumbrar, de início, esse vínculo entre a pretensão deduzida em juízo e as partes da ação.

Assim, de conformidade com o sistema consagrado no nosso ordenamento processual, constitui parte legítima para figurar no polo passivo da relação processual aquele que, em tese, suportará os efeitos oriundos da satisfação da pretensão deduzida em juízo.

Logo, considerando todo esse contexto, a agravante possui legitimidade passiva para responder pela obrigação imposta às executadas.

Ademais, conforme demonstrado pelo agravado, todas as tentativas para o recebimento do crédito executado foram infrutíferas, e até o momento a agravante é a única empresa em que foi possível localizar patrimônio penhorável.

Nesse sentido:

> Do relato dos fatos, identificam-se duas situações que podem culminar na desconsideração da personalidade jurídica da Mineradora Rio Pomba: a confusão patrimonial e a possibilidade de uma empresa integrante de um grupo econômico não conseguir arcar com os prejuízos causados.
> Acerca da confusão patrimonial, a Ministra do Superior Tribunal de Justiça Fátima Nancy Andrighi, ao comentar o art. 50 do Código Civil, ilustra a norma legal com uma hipótese que, a princípio, parece se assemelhar ao caso dos autos: 'A caracterização da confusão patrimonial pode ser identificada de várias formas: empresas com os mesmos sócios, muitas vezes no mesmo endereço, conglomerados familiares, empresas controladas e empresas controladoras, nas quais é normal a transferência de ativos e passivos, custos e de lucros. Assim, os interesses das controladas é o mesmo da controladora.' (Palestra UNIP - Tele-conferência em Tempo Real, Universidade Paulista - UNIP, Brasília, 12 de maio de 2004.)
> Quanto à impossibilidade de a responsável pelo dano não conseguir arcar com os prejuízos causados, vem se enraizando na doutrina e na jurisprudência a teoria da desconsideração indireta, que já encontra guarida em algumas leis específicas.
> O surgimento da referida teoria é contemporânea às constantes mudanças e transformações mundiais em torno da economia, que têm feito que o mercado se organize, em sua maioria, pela formação de grupos econômicos formados por sociedades empresárias.
> Para alguns adeptos dessa teoria, a mera insuficiência patrimonial de uma das formadoras de grupo econômico seria suficiente para a desconsideração de sua personalidade jurídica, atingindo-se, assim, subsidiariamente, as demais sociedades integrantes do grupo. (Agravo nº 1.0439.07.073412-4/001 - Relator: Des. Wagner Wilson - Data da publicação: 28.02.2008.)
> Agravo de instrumento. Cumprimento de sentença. Sociedade executada e demais sociedades com o mesmo sócio, objeto social e endereço. Utilização das empresas com fim de fraude ao credor. Desconsideração da personalidade jurídica para atingir outras sociedades. - Verifica-se que há manipulação da autonomia das pessoas jurídicas como instrumento de realização de fraude contra credores ou, ao menos, abuso de direito. E a solução para evitar manipulações não é abolir a autonomia da pessoa jurídica, mas desconsiderar a personalidade jurídica para atingir bens dos sócios e de outras sociedades envolvidas. [...] (Agravo de Instrumento Cível nº 1.0024.05.737419-1/001 - Relator: Des. Guilherme Luciano Baeta Nunes - Data da publicação: 08.09.2010.)
> Ação de repetição de indébito cumulada com indenização por danos morais. Ilegitimidade passiva. Teoria da aparência. Mesmo grupo econômico. Preliminar rejeitada. Inscrição indevida. Fatura quitada antes do vencimento. Indenização devida. *Quantum*. Sentença mantida.
> - Segundo jurisprudência do STJ, uma empresa tem legitimidade para responder por obrigação contraída por outra pessoa jurídica, componente do mesmo grupo econômico. [...]. Apelação Cível nº 1.0145.09.529019-6/001 - Relator do Acórdão: Des. José Marcos Vieira - Data da Publicação: 20.05.2011)

Assim, rejeito a preliminar.

No tocante à preliminar de nulidade da primeira decisão agravada, por ausência de fundamentação, tenho que não prospera essa alegação, porque, embora seja concisa, não padece do referido vício, já que dela é possível extrair a motivação da Julgadora de 1º grau para proferi-la.

Consoante o disposto no art. 93, inciso IX, da Constituição Federal e no art. 165 do Código de Processo Civil, todas as decisões judiciais devem ser motivadas, sob pena de nulidade, haja vista a necessidade de compreensão das razões de convencimento do magistrado. Porém, à exceção das sentenças e acórdãos que deverão atender ao disposto no art. 458 do CPC, podem

ser concisas as fundamentações das demais decisões judiciais, como no caso sob exame.

Logo, considera-se nula a decisão desprovida de fundamentação, e não aquela concisa, mas que exteriorize a motivação do julgador.

Ademais, não se pode falar em ausência de fundamentação, se a parte está apenas a mostrar seu inconformismo com os argumentos adotados.

Portanto, entendo que a decisão não é nula, o que motiva o indeferimento desta preliminar.

E, quanto à preliminar de cerceamento de defesa, decorrente da falta de citação da recorrente, antes da realização do bloqueio judicial de seus automóveis por meio do sistema Renajud, também não se verificam motivos para anular a decisão agravada.

Isso porque o Magistrado, em observância ao poder geral de cautela, pode ordenar a restrição de todos os veículos pertencentes à agravante, como forma de preservar a eficácia da demanda executiva, que já está na fase de cumprimento de sentença.

Essa medida tem fundamento no inciso III do art. 615 do Código de Processo Civil, que assim dispõe:

> Cumpre ainda ao credor: [...]
> III - pleitear medidas acautelatórias urgentes [...].

E, segundo leciona Araken de Assis:

> Têm lugar ambas as medidas, cautelares e satisfativas, no processo executivo. O art. 615, III, do CPC representa extensão do poder geral de cautelar do juiz e, portanto, não depende da iniciativa do credor, embora, na prática, comunique a situação de perigo no processo. Tudo se resume, aliás, em aquilatar o receio de dano, porque o título executivo preenche, satisfatoriamente, o requisito da plausibilidade do direito invocado. [...]
> Em realidade, o art.615, III, do CPC representa extensão do poder geral de cautela do juiz, e, portanto, não depende da iniciativa do credor. O juiz pode ordená-las de *ex officio*. (*Manual de execução*. 13. ed. ver., ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 387-388.)

Portanto, rejeito a preliminar, porque, a partir do ingresso da agravante no feito, ela poderá utilizar-se de todos os meios processuais adequados para se defender na demanda e, como ela mesmo alega, também poderá exercer o seu direito ao contraditório e ampla defesa, quitar a dívida ou oferecer bens à penhora.

Dirimidas as questões preliminares, passo ao exame das demais alegações da agravante.

A agravante argumenta que o cálculo apresentado pelo agravado não corresponde ao dispositivo da sentença exequenda, notadamente quanto ao percentual dos juros de mora da indenização correspondente ao dano moral, porque na sentença foi fixado em 6% ao ano, mas no cálculo foi considerado o dobro, razão pela qual considera devido o montante de R$340.267,86 (trezentos e quarenta mil duzentos e sessenta e sete reais e oitenta e seis centavos).

Nesse ponto, verifico que nas decisões agravadas não há manifestação do Julgador de 1º grau quanto ao tema alegado na impugnação apresentada pela recorrente nos autos originários.

Desse modo, não cabe à Instância Revisora inaugurar a apreciação sobre essa matéria, sob pena de supressão de instância.

Igual entendimento também é aplicável à tese recursal referente ao excesso de penhora decorrente do bloqueio de trinta e oito veículos pelo sistema Bacenjud, pois, como dito, ainda não há manifestação judicial sobre o tema no 1º grau de jurisdição.

Dessa forma, neste momento, cabe tão somente a apreciação da irresignação quanto à extensão da restrição imposta nos veículos penhorados, haja vista que foi determinado o lançamento de impedimento à transferência, circulação e licenciamento desses bens, bem como em relação aos bens dados em alienação fiduciária e vendidos a terceiros antes da constrição.

Em relação aos automóveis cujas placas são NYT5053 (f. 116/117), NYT6352 (f. 118/119), NYT8461 (f. 120/121), NYT6984 (f. 122/123), NYT2875 (f. 124/125), NYU2977 (f. 126/127), NYT0360 (f. 128/129), NYT6203 (f. 130/131), NYT3797 (f. 132/133), NYT7765 (f. 134/135), NYT4541 (f. 136/137), NYT8456 (f. 138/139), NYT5539 (f. 140/141), NYT2380 (f. 142/143), NYT2229 (f. 144/145), NYT8164 (f. 146/147), NYV0394 (f. 148/149), NYV2944 (f. 150/151), NYV3909 (f. 152/153), NYV1709 (f. 154/155), NYV1564 (f. 156/157), NYV4881 (f. 158/159) e NYV1390 (f. 160/161), verifico que todos estão gravados com alienação fiduciária, conforme afirmado pela agravante.

É cediço que a alienação fiduciária é um contrato de garantia, por meio do qual o tomador do empréstimo transfere a propriedade de um bem ao credor fiduciário, como garantia ao pagamento dessa dívida. Dessa forma, somente após o adimplemento dessa obrigação, o bem retornará ao patrimônio do devedor fiduciante.

Diante disso, não obstante a possibilidade de esses bens retornarem ao patrimônio da agravante, não podem ser objeto de constrição para garantia de obrigação que lhe poderá ser imputada durante a tramitação do processo, porque esses veículos não lhe pertencem. Dessa forma, o recurso deve ser provido nessa parte, para que a penhora recaia apenas sobre os direitos que a agravante detém nos contratos de alienação fiduciária desses veículos, ficando, assim, reduzida tal constrição.

Nesse sentido:

> Agravo de instrumento. Execução de título extrajudicial. Penhora. Pedido de substituição. Veículo alienado fiduciariamente. Impossibilidade. Bem fora do comércio. - A substituição da penhora poderá ser postulada por qualquer das partes - exequente ou executado -, desde que presentes um dos pressupostos do art. 656 do CPC. Todavia, o veículo ofertado em substituição encontra-se alienado fiduciariamente a uma financeira, não podendo ser objeto de penhora, porque é um bem fora do comércio. Nessa condição, os agravantes não têm a propriedade sobre ele, posto que foi

alienado fiduciariamente em garantia a financeira, esta, sim, proprietária resolúvel, até o implemento das condições do contrato com ela firmado. (Agravo de Instrumento Cível nº 1.0694.06.031084-4/001 - Relator: des. Eduardo Mariné da Cunha - Data da publicação: 15.12.2010.)

Agravo de instrumento. Ação de execução. Penhora. Imóvel. Alienação fiduciária. Constrição. Impossibilidade. - O imóvel sobre o qual há alienação fiduciária pertence ao credor a quem foi alienado. Diante disso, não pode ele ser objeto de penhora em ação de execução, quando o domínio da coisa não pertence ao executado, mas a um terceiro, alheio à relação jurídica. (Agravo de Instrumento Cível nº 1.0024.08.937474-8/003 - Relator: Des. Luciano Pinto - Data da publicação: 05.03.2010.)

E, quanto aos demais veículos, consoante os fundamentos lançados na decisão de f. 201/204, entendo que assiste razão à recorrente ao se insurgir contra a manutenção da restrição à circulação e licenciamento desses veículos, porque são essenciais ao exercício de sua atividade empresarial, que é o transporte de cargas.

Dessa forma, é prudente a manutenção da restrição tão somente quanto à transferência desses bens, conforme pleiteado pela recorrente.

Nesse sentido:

Agravo de instrumento. Ação de busca e apreensão com garantia de alienação fiduciária. Pedido de expedição de ofício ao Detran/bloqueio judicial via Renajud. Impedimento à transferência e circulação. Impossibilidade. [...] - O emprego do Renajud para impedir a circulação de veículos de propriedade é medida extrema, que somente se aplica quando há justificativa razoável para tanto, o que não ocorreu nesta seara. (Agravo de Instrumento Cível nº 1.0134.07.092999-4/001 - Relator: Des. Luciano Pinto - Data da publicação: 25.04.2012.)

Posto isso, rejeito as preliminares e dou parcial provimento para reduzir o bloqueio judicial dos veículos gravados com alienação fiduciária, cujas placas são NYT5053 (f. 116/117), NYT6352 (f. 118/119), NYT8461 (f. 120/121), NYT6984 (f. 122/123), NYT2875 (f. 124/125), NYU2977 (f. 126/127), NYT0360 (f. 128/129), NYT6203 (f. 130/131), NYT3797 (f. 132/133), NYT7765 (f. 134/135), NYT4541 (f. 136/137), NYT8456 (f. 138/139), NYT5539 (f. 140/141), NYT2380 (f. 142/143), NYT2229 (f. 144/145), NYT8164 (f. 146/147), NYV0394 (f. 148/149), NYV2944 (f. 150/151), NYV3909 (f. 152/153), NYV1709 (f. 154/155), NYV1564 (f. 156/157), NYV4881 (f. 158/159) e NYV1390 (f. 160/161), restando reduzida a constrição para apenas os direitos que a agravante possui nesses veículos onerados, e em relação a todos os bens, para restringir o bloqueio judicial tão somente em relação à transferência.

DES. EDUARDO MARINÉ DA CUNHA - De acordo com o Relator.

DES.ª MÁRCIA DE PAOLI BALBINO - De acordo com o Relator.

Súmula - REJEITARAM AS PRELIMINARES E DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Falsidade de documento - Prova pericial não realizada - Outros elementos de prova - Não apresentação - Ônus da parte que argui - Art. 389, I, do CPC - Documento com firma reconhecida - Presunção de veracidade não desconstituída

Ementa: Ação anulatória. Falsidade de documento. Ausência de prova técnica e comprovação das alegações pela parte autora que, no caso, detinha o ônus da prova. Documento, inclusive, com firma reconhecida. Presunção de veracidade não desconstituída. Sentença reformada.

- Se a parte autora arguiu a falsidade de sua assinatura em documento que ela própria produziu haveria de ter requerido as provas tendentes a corroborar suas alegações. Não tendo pretendido a realização de prova pericial, bem como não apresentando outros elementos de prova aptos a desconstituir o documento, improcedente se revela a pretensão. Ademais, o documento conta, inclusive, com firma reconhecida por tabelião, pelo que imperativa seria a necessidade de desconstituição de sua veracidade presumida, o que não se verificou.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0559.07.002466-1/001 - Comarca de Rio Preto - Apelante: José Geraldo de Paiva - Apelados: Nedina Teixeira de Assis e outro, Iolanda Teixeira de Oliveira Paiva - 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, à unanimidade, em dar provimento ao recurso.

Belo Horizonte, 18 de abril de 2012. - *Otávio de Abreu Portes* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. OTÁVIO DE ABREU PORTES (RELATOR) - Trata-se de apelação interposta nos autos da ação anulatória de documento particular ajuizada por Nedina Teixeira de Assis e outra em face de José Geraldo de Paiva, objetivando a anulação de declaração/cessão de direitos obtida e confeccionada com respaldo em alegado vício do consentimento e assinatura falsa.

Adoto o relatório da sentença, acrescentando-lhe que o pedido foi julgado parcialmente procedente, apenas para reconhecer a nulidade do documento de f. 15 dos autos da ação de usucapião que tem curso entre as partes, em razão da falsidade de assinatura. Nesses termos, reconheceu a sucumbência recíproca, condenando as partes ao pagamento das custas e cada uma ao pagamento dos honorários de seu respectivo patrono, tendo sido a verba estabelecida em R$ 600,00, suspendendo, por fim, a exigibilidade da cobrança por estarem as partes amparadas pelas benesses da justiça gratuita.

Inconformado, o apelante interpôs o presente recurso, argumentando, em resumo, que não haveria que se falar em procedência parcial do pedido, visto que o documento considerado nulo possui firma de uma das autoras, devidamente reconhecida em cartório. Aduz, ainda, que o ônus de comprovar a regularidade ou falsidade da assinatura seria da parte autora, nos termos do art. 333 do CPC, pelo que equivocado o entendimento do Magistrado de primeiro grau. Por fim, atesta a regularidade do documento, não havendo prova alguma nos autos que apontem em sentido diverso.

Devidamente intimada a parte apelada não apresentou resposta ao recurso.

À f. 109 foi requerida a apresentação da documentação objeto da demanda que consta, tão somente, da ação de usucapião em curso, entre as partes, o que restou devidamente atendido às f. 113/114.

Remetidos os autos à d. Procuradoria de Justiça, a ilustre representante do Ministério Público, Janete Gomes Oliva, opinou pela desnecessidade de intervenção no feito.

Conheço do recurso, porque presentes seus pressupostos de admissibilidade.

Quanto ao mérito, infere-se dos autos que a parte autora promoveu a presente ação, buscando o reconhecimento da falsidade de dois documentos que servem de prova em ação de usucapião.

Asseveram as autoras que um dos documentos foi obtido com vício no consentimento e no outro, consta assinatura falsa.

A MM. Juíza *a quo*, afastando a alegação de vício no consentimento, entendeu válido e regular o documento/declaração lançada por Nedina Teixeira de Assis.

Noutro giro, com relação à declaração de Iolanda Teixeira de Oliveira, entendeu que a assinatura que consta do documento é falsa, pelo que nulo o documento.

Pois bem, apreciando devidamente a questão, vê-se que a matéria haveria de ter sido resolvida através de prova pericial.

No entanto, o autor e réu nada requereram nesse sentido, tendo sido a única prova técnica pretendida relacionada ao próprio imóvel que faz constar da declaração objeto desta demanda, o que, portanto, não importava para a solução da demanda.

Nesse diapasão, imperativo que se analisem as disposições processuais para que se extraia a quem efetivamente incumbia a prova do fato, especificamente, da falsidade da assinatura alegada, única matéria objeto do efeito devolutivo do recurso.

E, sobre o tema, dispõe o art. 389 do CPC, *in verbis*:

> Incumbe o ônus da prova:
> I - se tratar de falsidade de documento, à parte que a arguir;
> II - se tratar de contestação de assinatura, à parte que produziu o documento.

Como bem destacou a Magistrada de primeiro grau, quando se trata de contestação de assinatura, o ônus da prova fica invertido, não se aplicando, portanto, como pretende a parte apelante, o disposto no art. 333, I, do CPC.

Contudo, no caso, a contestação da assinatura foi lançada pela própria parte que produziu o documento. Ora, a declaração de f. 114, que se pretende anular, foi produzida pela própria parte autora/apelada, que contesta sua assinatura no citado documento.

Nesses termos, a ela incumbiria a prova da falsidade, e não ao réu, que não produziu o documento, tendo sido, apenas, beneficiado por suas disposições.

E, no caso, a autora não produziu prova alguma acerca da falsidade de sua firma lançada no documento.

Ainda que a autora, nesta demanda, tenha assinado a rogo, o que demonstraria a ausência de indícios da regularidade da firma lançada no já citado documento, algumas nuances não foram devidamente analisadas.

Ora, há, ao contrário do afirmado na sentença, indícios da veracidade da assinatura, ainda que a requerida tenha assinado a rogo nesta demanda.

Isso porque consta do documento em análise (f. 114) firma reconhecida em cartório, permitindo, assim, que sobre o citado incida a presunção de veracidade.

Extrai-se o disposto no art. 369 do CPC: "Reputa-se autêntico o documento, quando o tabelião reconhecer a firma do signatário, declarando que foi aposta em sua presença".

De mais a mais, embora tenha sido apresentado a destempo, não há como se desconsiderar o documento de f. 121-122, expedido pela escrivã e tabeliã do Cartório de Registro Civil e Notas de Santa Bárbara do Monte Verde, que atesta possuir a autora firma reconhecida naquele cartório.

Neste particular, o documento de f. 122 traz a assinatura da parte autora, sendo esta, idêntica àquela lançada no documento de f. 114 de que se pretende reconhecer a nulidade.

Desse modo, no caso, além das disposições do art. 389, I, do CPC, que impunham à autora o ônus de provar a alegada falsidade da assinatura, há sobre a firma aposta no documento presunção de veracidade não desconstituída e, ao contrário, corroborada sua

regularidade pelo documento de f. 122, o que revela, portanto, o desacerto da sentença.

O documento de f. 114 ostenta, repita-se, assinatura da autora, com firma reconhecida, não desconstituída por esta, em momento algum dos autos, pelo que não há como se reconhecer sua falsidade.

No caso, portanto, com base na prova colacionada aos autos, nada há que revele a falsidade da assinatura da autora Iolanda Teixeira de Oliveira Paiva no documento de f. 114, em razão do já exposto e, principalmente, por ser a firma aposta no documento idêntica àquela constante de cadastro do Cartório de Registro e Notas, atestado este fato pelo próprio tabelião.

A sentença merece ser reformada, dessarte, para que seja julgado improcedente o pedido autoral.

Havendo alteração no entendimento da sentença, de se reverem os ônus sucumbenciais para condenar as autoras ao pagamento das custas e honorários advocatícios, que fixo em R$ 1.000,00, suspensa a exigibilidade da cobrança, por estar a parte amparada pelas benesses da justiça gratuita.

Com tais considerações, dou provimento ao recurso, para reformar a sentença e julgar improcedentes os pedidos.

DES. WAGNER WILSON FERREIRA (REVISOR) - De acordo com o Relator.

DES. JOSÉ MARCOS RODRIGUES VIEIRA - Estou de acordo com o voto do Relator, fazendo, no entanto, uma ressalva.

Não concordo com as afirmativas, constantes de seu voto, de que a declaração que se pretende anular foi produzida pela própria parte autora e de que o réu não produziu o documento, mas dele apenas se beneficiou.

A própria alegação autoral é de negativa de produção - assinatura - da declaração, pelo que não se pode concluir que a parte tenha produzido o documento que alega nunca ter assinado, para fins de estabelecimento do ônus da prova, previsto no art. 389, II, CPC.

O verbo "produzir", ali empregado, indica exatamente que o ônus da prova recai sobre quem se utiliza ou beneficia do documento. Do contrário, a se presumir que a parte tenha produzido o documento cuja assinatura contesta, já se daria por produzida a prova cujo ônus é distribuído no art. 389. Em outras palavras, se a parte de fato produziu o documento, não poderia contestar a assinatura, em virtude da proibição do *venire contra factum proprium*.

Nesse sentido, afirma Fábio Tabosa (*Código de Processo Civil interpretado*, Antonio Carlos Marcato, coordenador, 3. ed., São Paulo: Atlas, 2008, p. 1.241): "Se a contestação é da assinatura, deve demonstrar-lhe a autenticidade quem pretende se valer dele, seja ou não seu pretenso autor no plano material".

Em última análise, o ônus quanto à assinatura é de quem lhe sustenta a idoneidade, o que normalmente corresponde à parte que produz a prova documental (*v.g.*, que "produz" o documento nos autos).

In casu, foi o réu quem juntou - "produziu" - o documento aos autos da ação de usucapião e dele pretende se beneficiar. Portanto, a ele incumbe o ônus da prova da veracidade da assinatura, assim como entendeu o MM. Juiz.

Ocorre que, a meu ver, o réu já se desincumbiu de tal ônus. Há, no documento, reconhecimento de firma da autora feito pela Tabeliã do Cartório de Santa Bárbara do Monte Verde, pelo que se reputa autêntico o documento, nos termos do art. 369 do CPC.

Assim, o ônus de derruir tal presunção retornaria à autora - por força do art. 369, não do art. 389, II - que, no entanto, dele não se desincumbiu.

Com esta ressalva, concordo com a conclusão do Relator, para julgar improcedentes os pedidos iniciais.

Súmula - DAR PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Destituição do poder familiar - Estatuto da Criança e do Adolescente - Arts. 22 e 24 - Entrega dos filhos para adoção - Retratação - Estudo/laudo social - Instabilidade social, financeira e psicológica da requerente - Falta de comprometimento para com a prole - Perda do referencial materno - Defensor dativo - Honorários - Majoração - Descabimento - Decreto 45.898/2012 - Tabela - Observância - Sentença - Art. 199-B do Estatuto Infantil - Apelação - Efeito meramente devolutivo - Inscrição dos menores em lista de adoção - Óbice - Inexistência

Ementa: Apelação cível. Ação de destituição do poder familiar. Entrega dos filhos em adoção. Pretensão manifestada perante o Ministério Público com fundamento na precariedade financeira. Quadro inalterado. Retratação no curso da demanda. Instabilidade emocional. Constatação. Dois outros filhos relegados a terceiro. Desempenho dos deveres inerentes ao poder familiar. Desinteresse. Infantes encaminhados a abrigo. Fato ocorrido há mais de dois anos. Perda do referencial materno. Procedência do pedido. Manutenção. Honorários arbitrados ao defensor dativo. Valor superior ao previsto na tabela da OAB. Majoração incabível. Inclusão imediata dos menores em lista de adoção da comarca. Melhor interesse dos menores. Sentença parcialmente reformada.

- A retratação do interesse de entregar os dois filhos em adoção, no curso da ação de destituição do poder familiar ajuizada com fundamento em requerimento expresso formulado pela genitora perante o Ministério Público, não é suficiente para autorizar a retomada da guarda dos menores se não houve alteração do quadro econômico-financeiro que fundamentou a pretensão, notadamente quando patenteada a instabilidade emocional da requerida, que já teria relegado dois outros filhos aos cuidados de terceiro.

- Deve ser mantida sentença que, ante a demonstração do desinteresse da genitora em desempenhar os deveres inerentes ao poder familiar, entrega os filhos em adoção, resultando na colocação em abrigo, no qual se encontram após transcurso de dois anos, culminando na perda do referencial materno.

- Incabível a majoração dos honorários arbitrados em prol do advogado dativo em patamar superior ao previsto na tabela da OAB/MG, elaborada nos moldes do Decreto 45.898/2012, aplicável às ações pretéritas, *ex vi* do disposto no artigo 462 do CPC.

- A interposição de apelação em face da sentença que decreta a destituição do poder familiar não obsta a imediata inscrição dos menores em lista de adoção, uma vez que o melhor interesse do infante não se condiciona à pretensão manifestada no recurso.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0209.10.002952-6/001 - Comarca de Curvelo - Apelantes: 1º) I.D.S., 2º) Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Apelados: Ministério Público do Estado de Minas Gerais, I.D.S. - Interessados: S.O.D.S., M.E.D.S. - 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 NEGAR PROVIMENTO AO PRIMEIRO RECURSO E DAR PROVIMENTO AO SEGUNDO.

Belo Horizonte, 26 de junho de 2012. - *Afrânio Vilela* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. AFRÂNIO VILELA - Em exame apelações interpostas contra a r. sentença de f. 99/110, que, nos autos da "ação de destituição do poder familiar" ajuizada pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais em face de I.D.A., julgou procedente o pedido para decretar a perda do poder familiar da requerida com relação aos menores M.E.D.S. e S.O.D.S.

Em suas razões de f. 120/122, I.D.A. sustenta, em síntese, que a colocação dos menores em família substituta é medida excepcional, constituindo direito potestativo da mãe biológica a revogabilidade do consentimento. Que, quando manifestou interesse em entregar os filhos para adoção, não tinha emprego, moradia e se encontrava psicologicamente abalada e as pessoas que lhe ofereceram ajuda financeira nada fizeram de concreto, apenas promessas. Que hoje sua situação é diferente, uma vez que possui emprego fixo, com CTPS anotada, reside em moradia digna e conta com auxílio da irmã para tomar conta das crianças enquanto trabalha. Ressalta que até o momento não foi encontrada família substituta para as crianças, devendo ser oportunizado o direito de reassumir a guarda dos filhos. Que em nenhum momento restou caracterizado o abandono e o desamor alegados, e, ainda, o melhor interesse das crianças é, e sempre será, a proteção da mãe biológica. Por fim, pugna pela majoração dos honorários advocatícios.

Contrarrazões às f. 132/141.

Indeferido o pedido de imediata inclusão dos menores no cadastro de adoção da comarca (f. 142/143), o Ministério Público do Estado de Minas Gerais apelou, aduzindo inexistir motivação jurídica que justifique a permanência das crianças no serviço de acolhimento institucional até o trânsito em julgado da sentença que destituiu a mãe do poder familiar. Que, demonstrada a inviabilidade de reinserção das crianças na família de origem, não lhes pode ser negado o direito à convivência familiar. Na condição de destinatários das medidas de proteção, além de titulares de vários direitos fundamentais, as crianças e adolescentes institucionalizados não podem aguardar um dia sequer para crescerem no âmbito de uma família de verdade, que os queira e ame. Que a segurança jurídica, em prol dos pais, contra os quais se propôs a ação de destituição do poder familiar, não ampara a negativa da inclusão no cadastro de adoção. Assevera, por fim, que o entendimento não contraria a Resolução 54/2008 do CNJ.

Contrarrazões ao segundo apelo (f. 165/166).

A Procuradoria-Geral de Justiça, em seu parecer de f. 173/177-TJ, manifestou-se pela realização de novo estudo social, o que foi deferido à f. 179-TJ.

Baixados os autos em diligência, foi realizado o estudo social encartado às f. 182/184-TJ.

Promovida nova remessa dos autos à Procuradoria-Geral de Justiça, foi acostado parecer de f. 188/190-TJ, pela manutenção da r. sentença.

Atendidos os pressupostos de admissibilidade, conheço de ambos os recursos.

I - Primeira apelação.

1.1 - Destituição do poder familiar.

A Lei 8.069/90 - Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu art. 24, determina que:

> A perda e a suspensão do poder familiar serão decretadas judicialmente, em procedimento contraditório, nos casos previstos na legislação civil, bem como na hipótese de descumprimento injustificado dos deveres e obrigações a que alude o art. 22.

O citado artigo 22 do mesmo estatuto estabelece que:

> Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais.

Na situação em tela, a genitora manifestou, expressamente, sua intenção de entregar os dois filhos em adoção, retratando-se, posteriormente, ao argumento de ter havido modificação de sua situação financeira, reunindo, atualmente, condições para exercício do encargo.

Analisados os autos, tenho que a r. sentença lançada pela Exma. Juíza Fabiana Cardoso Gomes Ferreira não comporta censura.

Ao que se colhe, a apelante procurou a Promotoria de Justiça da Comarca de Curvelo, manifestando o seu interesse em entregar em adoção os filhos M.E.D.S. e S.O.D.S., nascidos respectivamente em 01.05.2005 e 06.10.2007.

Do termo de comparecimento, datado de 18.03.2010, infere-se que a declarante possui 4 (quatro) filhos, sendo que dois não vivem em sua companhia há vários anos, tendo-os deixado aos cuidados do antigo empregador, que posteriormente "adotou as crianças".

Na oportunidade, ela afirmou não possuir condições financeiras que propiciassem cuidar dos dois outros filhos, asseverando que o filho mais novo, S.O.D.S, já se encontrava em companhia de um casal e, em virtude de necessitar mudar para a casa de uma amiga, não poderia levar a filha M.E.D.S.

Ao final, consignou que a decisão foi bem pensada e não pretendia desistir, pois chegou à conclusão de que seria "o melhor para todos".

Em 05.04.2010 compareceu à Promotoria para declinar o seu novo endereço, sendo a presente demanda ajuizada na referida data e, após deferimento da liminar de busca e apreensão, os menores foram abrigados na instituição "Alguém se importa", em 06.05.2010 (f. 12/19).

Frustradas as tentativas de localização da genitora no endereço fornecido à Promotoria de Justiça, foi deferida a guarda provisória dos menores ao casal interessado na adoção.

Da certidão lançada no mandado de citação juntado em 26.07.2010, constou que "a ré foi citada na Rua T, X, nesta cidade e atualmente reside na Rua F, Y, apto. XX, Bairro XX, YY, onde trabalha como doméstica".

O ato citatório foi perfectizado em 04.06.2010 (f. 28-v.), tendo a requerida comparecido ao gabinete da 3ª Promotoria de Justiça, da Comarca de Curvelo, em 09.09.2010, para declinar o seu novo endereço: "XXX" (f. 45 e 50).

Conquanto a tia materna dos menores, C.S.S., tenha manifestado interesse em cuidar dos menores, o laudo social de f. 42/43 revelou a ausência de condições favoráveis à concessão da medida, em razão da "desarmonia conjugal demonstrada pela requerente e seu amásio acerca do acolhimento de mais duas crianças", conclusão ratificada pelo estudo de f. 54/56, peça na qual constou a desistência do casal que pretendia a adoção dos menores.

A contestação apresentada pelo defensor nomeado para a requerida, revel (*sic*!), deu-se por negativa geral (f. 65) e na fase de especificação de provas o i. causídico pugnou pela realização de estudo social, a fim de comprovar a condição da requerente para readquirir a guarda dos filhos.

O laudo social coligido às f. 71/72 comprovou que a requerida reside em um sistema de república, com cinco pessoas, sem grau de parentesco e/ou afinidade, dividindo um apartamento composto por "sala, cozinha, três quartos e banheiro", local desfavorável à permanência de crianças como bem afirmado pela assistente social.

O novo laudo social, produzido depois de prolatada a sentença, sedimenta a instabilidade da requerida, que, mais uma vez, encontrava-se residindo em novo endereço.

Do documento elaborado em 23.02.2012, verifica-se que a apelante não possui emprego fixo, trabalhando como faxineira, sem registro em carteira de trabalho, tendo esclarecido que: "[...] tinha emprego fixo na casa de sua irmã, Sr.ª L.D.S., a qual havia assinado sua carteira de trabalho (f. 98), porém trabalhou pouco tempo, pois sua irmã estava passando por dificuldades financeiras".

Ela ainda reside em sistema de república, com duas pessoas, com as quais não possui vínculo de parentesco. Sua renda mensal é de R$ 470,00 (quatrocentos e setenta reais), acrescida do auxílio bolsa-família no importe de R$ 198,00 (cento e noventa e oito reais).

Não se vislumbra, portanto, alteração do quadro econômico-financeiro que teria lastreado a decisão formulada perante o Ministério Público quanto à entrega dos filhos em doação.

Noutro giro, o cotejo dos autos, além de deixar latente a instabilidade da requerida, que, no curso da demanda mudou várias vezes de emprego e de endereço, não autoriza reconhecer que reúna condições para retomar a guarda dos menores, patente sua falta de comprometimento para com a prole.

O depoimento prestado por R.F.R.F. revela que os menores M.E.D.S. e S.O.D.S. permaneceram sob a guarda de fato de várias pessoas, e que, mesmo diante da ajuda financeira ofertada à requerida, ela não queria continuar com a guarda dos filhos (f. 78).

L.F.S., ouvida como informante, asseverou que somente tomou conhecimento de que a requerida queria entregar seus filhos para adoção quando M.E., sua afilhada, já estava sob os cuidados de R. (f. 79).

A testemunha A.G.V.S. afirmou que a apelante já morou de favor em sua casa, tendo levado um filho de um mês de idade, o qual é criado por ele, desde então, sendo-lhe entregue o outro nascido posteriormente. Que a menor, M.E.D.S., nasceu quando a requerida ainda estava em sua casa e que ela nunca lhe disse que estava passando por situação financeira difícil para cuidar dos dois filhos e que "se tivesse pedido ajuda ao depoente os ampararia - (*sic*!)", e que, após os menores terem ido para o abrigo, a requerida chegou a ir morar novamente em sua casa, não informando, no entanto, a situação dos menores. Ao final, informou ter feito proposta de ajudar financeiramente a requerida se ela cuidasse dos dois filhos mais velhos, sob sua guarda, F. e J.M., o que não foi aceito. (f. 80).

A ajuda oferecida pelo depoente foi confirmada por C., irmã da requerida, consoante se infere do laudo de f. 42/44.

O depoimento pessoal de f. 81 corrobora a falta de condições para exercício do poder familiar. Vejamos:

A apelante confirmou ter comparecido diversas vezes perante a Procuradoria de Justiça, dizendo que queria entregar os filhos em adoção, pois que se encontrava desempregada, período este em que deixou o mais novo, S., com a diretora da escola, cujo nome nem sequer soube declinar, enquanto D. (M.E.D.S.) havia sido entregue a outra pessoa chamada C., residente na Capital, a qual afirmou não conhecer.

A alegada carência financeira decorrente do desemprego não constitui motivo para que uma mãe relegue o cuidado para com os filhos, entregando-os à própria sorte, sob os cuidados de pessoas nem sequer conhecidas.

A conduta não se justifica, uma vez que a prova testemunhal deixa patente a oferta de ajuda material à requerente, a fim de que ela desistisse da idéia de entregar os filhos em adoção.

O episódio envolvendo os dois filhos mais novos é mera repetição do abandono já envidado pela requerida com relação aos dois outros filhos mais velhos, os quais foram deixados com o antigo empregador da requerida, quando contavam idade inferior a dois anos.

Como bem ponderado pela Exma. Sentenciante, a estrutura psicológica da requerida é bastante instável, o que é muito bem ilustrado pelo trecho do depoimento prestado por R.F.R.F.:

> [...] que a requerida não sabia o que queria sobre os filhos, pois o Conselho Tutelar dizia para a depoente que a requerida alegava que não queria dar os filhos para adoção, que já para a depoente a requerida afirmava, sem sombra de dúvidas, que queria entregar seus filhos para adoção [...]

Não há sequer demonstração da intenção firme e segura da apelante de desempenhar os deveres inerentes ao poder familiar, uma vez que a alegação trazida no laudo social de f. 182/184 está lastreada na suposta ajuda apresentada pela genitora e pela irmã C., o que não encontra respaldo no laudo de f. 42/46.

O desinteresse da genitora com relação à prole restou demasiadamente claro, uma vez que, mesmo antes do ajuizamento da demanda, as crianças já não estavam em sua companhia, consoante se infere do auto de busca e apreensão de f. 15/15-v.

Lado outro, as crianças se encontram abrigadas há dois anos na instituição "Alguém se importa", sendo que ambos, em entrevista individual, demonstram não possuir a apelante como referencial materno.

A requerida não possui estrutura material e emocional para desempenho dos deveres inerentes à maternidade, e a retomada da guarda dos menores poderia implicar inegáveis prejuízos, pois que não mais a reconhecem como mãe e se encontram afeiçoados ao casal de pretensos adotantes.

A retratação do interesse de entregar os dois filhos em adoção, no curso da ação de destituição do poder familiar ajuizada com fundamento em requerimento expresso formulado pela genitora perante o Ministério Público, não é suficiente para autorizar a retomada da guarda dos menores se não houve alteração do quadro econômico-financeiro que fundamentou a pretensão, notadamente quando patenteada a instabilidade emocional da requerida que já teria relegado dois outros filhos aos cuidados de terceiro.

Dessarte, deve ser mantida sentença que, ante a demonstração do desinteresse da genitora em desempenhar os deveres inerentes ao poder familiar, entrega os filhos em adoção, resultando na colocação em abrigo no qual se encontram após transcurso de 02 anos, culminando na perda do referencial materno.

1.2 - Honorários do defensor dativo.

No tocante aos honorários arbitrados para remuneração dos trabalhos prestados pelo i. causídico nomeado para defesa dos interesses da requerida, tenho que o valor não comporta majoração.

A Lei Estadual nº 13.166/99 regula que:

> Art. 1º O advogado que não for Defensor Público, quando nomeado para defender réu pobre em processo civil ou criminal, terá os honorários pagos pelo Estado, na forma estabelecida nesta Lei.
> § 1º Os honorários a que se refere este artigo serão fixados pelo juiz na sentença, de acordo com tabela elaborada pelo Conselho da Ordem dos Advogados do Brasil - Seção de Minas Gerais - OAB-MG.
> § 2º Se o beneficiário da assistência judiciária gratuita for vencedor na causa, os honorários a que se refere este artigo não excluem os da condenação.
> § 3º Os honorários do advogado dativo não poderão ser superiores à remuneração básica mensal de Defensor Público.

Visando solucionar a celeuma que há anos vem sendo objeto de discussão perante o Judiciário, em 24.01.2012, o Governo do Estado de Minas Gerais regulamentou o pagamento de honorários a advogados

dativos no Estado por meio do Decreto nº 45.898/2012, sobrevindo, em 02.02.2012, a formalização do termo de cooperação mútua com a SEF-MG, com o TJMG e a OAB/MG e a elaboração da tabela remuneratória respectiva.

Referido decreto, embora publicado em momento posterior à prestação do serviço pelo causídico ora apelado, bem como à prolação da sentença, é aplicável às ações em curso, inclusive àquelas já sentenciadas, por força do artigo 462 do CPC, *in verbis*:

> Se, depois da propositura da ação, algum fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito influir no julgamento da lide, caberá ao juiz tomá-lo em consideração, de ofício ou a requerimento da parte, no momento de proferir a sentença.

Registre-se que o termo "sentença" tem sentido amplo, de forma que a disposição legal tem aplicabilidade no segundo grau de jurisdição, propiciando à Turma Julgadora levar em consideração o fato superveniente quando do julgamento do recurso.

Na esteira do entendimento defendido, não é mais cabível ao magistrado valorar os serviços prestados pelo advogado dativo, mas sim observar a tabela de honorários, elaborada em consonância com o Decreto 45.898/2012, que dispõe:

> Art. 1º Caberá ao advogado não pertencente à Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais - DPMG, nomeado judicialmente para defender a parte beneficiária de assistência judiciária de que trata a Lei Federal nº 1.060, de 5 de fevereiro de 1950, em processo de natureza civil ou criminal e após o trânsito em julgado da decisão, honorários pagos pelo Estado, na forma estabelecida neste Decreto.
> §1º Os honorários a que se refere o *caput* serão fixados pelo juiz da sentença, de acordo com tabela elaborada pela Ordem dos Advogados do Brasil, Seção de Minas Gerais - OAB/MG, nos termos do § 5º.

A tabela referida no § 5º do artigo supra, já disponível no *site* da OAB/MG (www.oabmg.org.br/dativo/honorarios), foi elaborada não só para pôr fim aos litígios instaurados entre os advogados dativos e o Estado, mas, principalmente, para privilegiar a remuneração isonômica daqueles para com os defensores públicos.

Nesse mote, consoante item VI da tabela intitulada "Anexo II", a remuneração pela intervenção do advogado em qualquer processo em curso perante o Juizado da Infância e Juventude corresponde a R$ 350,00 (trezentos e cinquenta reais).

A verba em discussão foi arbitrada em R$ 1.000,00 (mil reais), não sendo, portanto, passível de majoração.

Assim, incabível a majoração dos honorários arbitrados em prol do advogado dativo em patamar superior ao previsto na tabela da OAB/MG, elaborada nos moldes do Decreto 45.898/2012, aplicável às ações pretéritas, *ex vi* do disposto no artigo 462 do CPC.

Na espécie, de rigor a manutenção do montante fixado pela Exma. Juíza, em observância ao princípio *non reformatio in pejus*.

II - Segunda apelação.

A insurgência lançada pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais refere-se ao conteúdo da decisão de f. 142/143, que indeferiu o pedido de imediata inclusão dos menores no cadastro de adoção da comarca, condicionando a medida ao trânsito em julgado da sentença.

A Resolução de nº 54/2008 do CNJ regula que:

> Art. 1º O Conselho Nacional de Justiça implantará o Banco Nacional de Adoção, que tem por finalidade consolidar dados de todas as comarcas das unidades da federação referentes a crianças e adolescentes disponíveis para adoção, após o trânsito em julgado dos respectivos processos, assim como dos pretendentes a adoção domiciliados no Brasil e devidamente habilitados.

Todavia, a Lei 12.010/2009, em vigor a partir de novembro de 2009, trouxe profundas modificações para o Estatuto da Infância e da Juventude, principalmente no que concerne à implementação de medidas tendentes a propiciar a manutenção da criança e do adolescente no seio da família de origem, quando viável, bem como aos procedimentos a serem observados para colocação em lar substituto.

Por força do aludido texto, foi promovida a inclusão, dentre outros, do artigo 199-B no E.C.A., que dispõe:

> Art. 199-B. A sentença que destituir ambos ou qualquer dos genitores do poder familiar fica sujeita a apelação, que deverá ser recebida apenas no efeito devolutivo.

Certamente que, ante a notória dificuldade enfrentada por crianças mais velhas de encontrarem uma família substituta, o aguardo do trânsito em julgado da sentença que julga procedente o pedido de destituição do poder familiar não milita em prol do melhor interesse preconizado pelo Estatuto Menorista.

Conquanto sejam plausíveis os argumentos lançados pela Exma. Juíza no tocante aos prejuízos que possam advir de eventual ruptura dos vínculos afetivos e familiares estabelecidos enquanto se aguarda o trânsito em julgado da sentença, não se pode olvidar que o avanço da idade dificulta o processo de reinserção dos menores em lar substituto, principalmente em se tratando de dois irmãos, caso em que se deve prestigiar a permanência de ambos no mesmo ambiente familiar, preservando-se os laços fraternais, na forma prevista no § 4º do artigo 28 do ECA:

> § 4º Os grupos de irmãos serão colocados sob adoção, tutela ou guarda da mesma família substituta, ressalvada a comprovada existência de risco de abuso ou outra situação que justifique plenamente a excepcionalidade de solução diversa, procurando-se, em qualquer caso, evitar o rompimento definitivo dos vínculos fraternais (Incluído pela Lei nº 12.010, de 2009).

Tem-se, portanto, que a interposição de apelação em face da sentença que decreta a destituição do poder familiar não obsta a imediata inscrição dos menores em

lista de adoção, uma vez que o melhor interesse do infante não se condiciona à pretensão manifestada no recurso.

Isso posto, nego provimento ao primeiro recurso e dou provimento ao segundo para determinar a imediata inclusão dos menores M.E.D.S. e S.O.D.S. no cadastro de adoção da Comarca de Curvelo.

Sem custas recursais, *ex lege*.

DES. RAIMUNDO MESSIAS JÚNIOR - De acordo com o Relator.

DES. BRANDÃO TEIXEIRA - De acordo com o Relator.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO PRIMEIRO RECURSO E DERAM PROVIMENTO AO SEGUNDO.

...

Sucessão - Direito de preferência - Pretensão de cônjuge meeira do real herdeiro - Casamento em vigor - Ilegitimidade

Ementa: Família. Sucessão. Direito de preferência. Pretensão de cônjuge meeira do real herdeiro. Casamento em vigor. Ilegitimidade.

- Verificando-se que a pretensão de ver assegurado direito de preferência na aquisição de imóvel objeto de herança foi aviada pela meeira do herdeiro, e não por este, com o qual ainda se encontra casada, há que se reconhecer a ilegitimidade da parte autora, porquanto sem amparo legal a pretensão de direito alheio em nome próprio.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0106.10.003222-1/001 - Comarca de Cambuí - Apelante: Maria de Lourdes Rodrigues Silva - Apelados: Espólio de Antônio Pereira da Silva, representado pelo inventariante Benedito Afonso Furtado, Júlio Biondo Neto e outro - Relator: DES. GERALDO AUGUSTO

Acórdão

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

Belo Horizonte, 26 de junho de 2012. - *Geraldo Augusto* - Relator.

Notas taquigráficas

Proferiu sustentação oral, pela apelante, o Dr. Antônio Bello Ribeiro da Cruz.

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

Trata-se de apelação interposta contra sentença f. 575/578, que, reconhecendo a ilegitimidade da autora para exigir em juízo o direito de predileção, por não ser possível, na hipótese dos autos, postular em nome próprio direito alheio, julgou extinto o feito sem resolução de mérito, nos termos do art. 267, IX, do CPC. Por fim, condenou a autora ao pagamento de custas e honorários, estes fixados em 10% sobre o valor dado à causa.

Irresignada, visando à reforma da decisão de origem, recorre a autora, f. 585/599, argumentando, em síntese, que adquiriu o direito à propriedade do imóvel objeto da lide por conta da separação de fato do herdeiro, ocorrida antes da alienação do bem aqui almejado; que a decisão viola princípio constitucional fundamental; que há muito a jurisprudência vem reconhecendo os direitos do cônjuge separado de fato; que a analogia ao art. 1.830 do Código Civil de 2002 é perfeitamente aplicável ao caso em tela; que a interpretação dada pelo juízo de origem não deve prevalecer; que, por fim, houve exagero na condenação em honorários advocatícios, sobretudo pela disposição do § 3º do art. 20 do CPC, devendo haver reforma para que prevaleça a condenação em 10% sobre o valor da causa, a ser rateado proporcionalmente entre as partes.

Contrarrazões, em resumo, pela manutenção da decisão hostilizada, f. 603/607 e 608/618.

Examina-se o recurso.

A questão posta em debate é de simples deslinde, bastando, para a entrega de solução a este caso concreto, que se verifique a possibilidade de a ora apelante pleitear e defender suposto direito de preferência sobre imóvel que toca à parte da herança percebida por seu marido, frise-se, com o qual ainda se encontra casada.

De início, em que pesem os argumentos expendidos pela apelante, deve ser consignado que não se verifica nos autos a supressão de eventuais direitos desta, pois, ao contrário do que alega, não estão sendo retirado direitos à quota-parte da herança a que alega fazer jus, mas, sim, debatendo-se a sua legitimidade na pretensão e defesa do direito de preferência sobre imóvel que toca à herança havida por seu marido.

Percebe-se dos autos que a apelante, embora afirme a sua condição de herdeira do espólio, não detém esta qualificação. É que, de fato, figura como meeira do real herdeiro, qual seja o seu marido, quem, por direito, teria legitimidade na pretensão aviada pela apelante.

Isso porque, como bem ressaltado pelo juízo de origem, não tendo sido dissolvido o casamento da autora pela via do divórcio, não há como lhe atribuir legitimidade para exigir em juízo o direito de preleção, que, repita-se, caberia ao seu cônjuge.

Sendo assim, porque o objeto aqui ressaltado guarda clara relação com os direitos dos reais herdeiros, tornando flagrante a ilegitimidade da apelante para figurar no pólo ativo da demanda, impõe-se a manutenção da decisão hostilizada.

Com tais razões, nega-se provimento ao recurso, mantendo-se a d. sentença hostilizada.

DES.ª VANESSA VERDOLIM HUDSON ANDRADE - Sr. Presidente, peço vista dos autos.

Súmula - PEDIU VISTA A REVISORA, APÓS VOTAR O RELATOR NEGANDO PROVIMENTO AO RECURSO.

Notas taquigráficas

Assistiu ao julgamento, pela apelante, o Dr. Antônio Augusto Bello Ribeiro da Cruz.

DES. EDUARDO ANDRADE (Presidente) - O julgamento deste feito foi adiado na sessão do dia 05.06.2012, a pedido da Revisora, após votar o Relator negando provimento ao recurso.

Com a palavra a Des.ª Vanessa Verdolim Hudson Andrade.

DES.ª VANESSA VERDOLIM HUDSON ANDRADE - Sr. Presidente, pedi vista porque me surgiu uma dúvida, mas, manuseando os autos e analisando com a devida atenção, cheguei à mesma conclusão a que chegou o eminente Relator, a quem acompanho para também negar provimento.

DES. ARMANDO FREIRE - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Execução - Obrigação de fazer - Averbação de reserva legal - Imóvel rural - Matrícula única - Condomínio - Fração ideal inferior ao módulo rural - Indivisibilidade - Recusa do oficial do Cartório de Registro Imobiliário - Termo de ajustamento de conduta - Obrigação assumida exclusivamente por um condômino - Ausência de anuência dos demais - Título executivo extrajudicial - Exigibilidade - Descaracterização

Ementa: Ação de execução. Obrigação de fazer. Termo de ajustamento de conduta. Averbação de reserva legal. Imóvel rural. Condomínio. Matricula única. Exigibilidade. Descaracterização.

- Resta destituído de exigibilidade o título executivo consistente em termo de ajustamento de conduta, cujo objeto é a obrigação de instituir área de reserva legal na propriedade rural, quando se trata de condomínio e é firmado por um só dos condôminos, sem poder de representação dos demais.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0521.10.003935-8/001 - Comarca de Ponte Nova - Apelante: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Apelado: Antônio Arcanjo Lisboa - Relator: DES. MANUEL SARAMAGO

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sob a Presidência do Desembargador Manuel Saramago, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 10 de maio de 2012. - *Manuel Saramago* - Relator.

Notas taquigráficas

O SR. DES. MANUEL SARAMAGO - Conheço do recurso, uma vez que presentes os pressupostos de sua admissibilidade.

Insurge-se o apelante contra sentença de f. 56/58-TJ, que, nos autos da ação de execução, acolheu o incidente de exceção de pré-executividade arguido pelo apelado, julgando extinto o processo.

Ao que se infere dos autos, em sede de inquérito civil instaurado pelo apelante, foi celebrado o termo de ajustamento de conduta de f. 19/20-TJ, apenso, tendo o apelado assumido a obrigação de não só apresentar junto à Promotoria de Justiça da Comarca de Ponte Nova, no prazo de seis meses, a cópia do registro de averbação da reserva legal no imóvel, descrito e caracterizado à f. 11-TJ, apenso, como também de recompor a cobertura da área de reserva legal, com apresentação de projeto de reflorestamento respectivo, em razão de escavação de poço para criação de peixes.

De fato, o art. 5º, § 6º, da Lei nº 7.347/85 c/c o art. 585, II, do Código de Processo Civil, conferem força executiva ao termo de ajustamento de conduta celebrado para fins de tutela a interesses difusos, interesses coletivos ou interesses individuais homogêneos.

A certidão de f. 11/15-TJ está a demonstrar que a propriedade do imóvel, objeto da matricula nº 7.683, denominado "Sítio do Bananal", é exercida em condomínio pelo apelado e outros, cabendo a cada qual uma fração ideal.

Em que pese o condomínio existente no imóvel *sub judice*, o termo de ajustamento de conduta colacionado às f. 19/20-TJ foi celebrado, exclusivamente, pelo apelado.

Os documentos de f. 41/46-TJ estão a demonstrar que o apelado diligenciou junto ao IEF - Instituto Estadual de Florestas - o cumprimento das obrigações assumidas no dito termo de ajustamento de conduta.

Há nos autos, contudo, a prenotação da Oficiala do Cartório de Registro Imobiliário (f. 39/40-TJ) recusando a averbação suplicada pelo apelado, sob o fundamento

que o imóvel é indivisível e de que a fração ideal dos condôminos é inferior ao módulo rural.

Como é sabido, a averbação da área de reserva legal à margem do registro de imóveis é norma cogente, que, realmente, restringe o direito da propriedade, a teor do art. 1.314 do Código Civil, e tem como objetivo não só dar proteção a determinadas porcentagens de áreas existentes em florestas ou qualquer outra forma de vegetação existentes, como também naquelas que já se encontram desprovidas de vegetação, possibilitando, contudo, restaurá-las, recuperá-las ou, até mesmo, implantá-las, consagrando o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado às presentes e futuras gerações, conforme estabelecido no art. 225 da Carta Magna.

In casu, sem embargo ao princípio da prevenção que necessariamente deve nortear as questões ambientais, a circunstância de o dito termo de ajustamento de conduta de f. 19/20-TJ ter sido firmado pelo apelado, sem contar com a anuência dos demais condôminos do imóvel *sub judice*, bem assim a ausência de demarcação da área de reserva legal e divisão naquele, por certo, descaracterizam a exigibilidade do dito título executivo extrajudicial.

Referentemente, eis a jurisprudência desta Casa, examinando questão idêntica à posta em julgamento, *verbis*:

> Embargos à execução. Termo de ajustamento de conduta. Descumprimento por motivo alheio à vontade da parte. Cartório de Registro de Imóveis. Imóvel em condomínio. Multa. Extinção das execuções. 1. Estando o embargante impedido de cumprir as obrigações acordadas em termo de ajustamento de conduta, em virtude da impossibilidade absoluta da prestação apurada pelo Cartório de Registro de Imóveis, encontrando-se em condomínio o imóvel em relação ao qual se pretende a averbação da reserva legal, imperiosa a confirmação da sentença que reconheceu a procedência dos embargos, julgando extintas as execuções propostas pelo Ministério Público e afastando a penalidade pelo inadimplemento, privilegiando-se o artigo 248 do CC/02 (Apelação Cível nº 1.0521.11.001004-3/001, Des.ª Teresa Cristina da Cunha Peixoto, 16.12.2011).

Descaracterizada, pois, a exigibilidade do título executivo extrajudicial, outro desfecho não poderia ter o feito senão o acolhimento do incidente de pré-executividade arguido pelo apelado, para julgar extinta a ação de execução ajuizada pelo apelante, como acertadamente decidido na instância primeira.

Isso posto, hei por bem negar provimento ao recurso.

Custas, *ex lege*.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES MAURO SOARES DE FREITAS e BARROS LEVENHAGEN.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

...

Ação negatória de paternidade - Retificação de registro civil - Cumulação de ações - Paternidade biológica - DNA negativo - Vínculo socioafetivo consolidado entre as partes - Comprovação - Subsistência incólume dos laços de afetividade - Reconhecimento pelo próprio autor - Posse do estado de filho - Constituição de 1988 - Novos contornos da concepção de família

Ementa: Ação negatória de paternidade c/c retificação de registro civil. Exame de DNA negativo quanto à paternidade biológica. Vínculo socioafetivo consolidado entre as partes. Comprovação. Reconhecimento, pelo próprio autor, da subsistência incólume dos laços de afetividade. Posse do estado de filho. Novos contornos da concepção de família, sob a égide da Constituição de 1988. Caso específico dos autos. Pedido julgado improcedente.

- Após o advento da Constituição Federal de 1988, surgiu um novo paradigma para as entidades familiares, não existindo mais um conceito fechado de família, mas, sim, um conceito eudemonista socioafetivo, moldado pela afetividade e pelo projeto de felicidade de cada indivíduo. Assim, a nova roupagem assumida pela família liberta-se das amarras biológicas, transpondo-se para as relações de afeto, de amor e de companheirismo.

- O art. 1.593 do Código Civil, muito embora não disponha expressamente sobre a paternidade socioafetiva, reza que o parentesco é natural ou civil, conforme resulte da consanguinidade ou outra origem. Nesse contexto, a interpretação extensiva e teleológica desse dispositivo legal é no sentido de que o parentesco pode derivar-se do laço de sangue, do vínculo adotivo ou de outra origem, como a relação socioafetiva.

- Nessa orientação, evidenciado nos autos que o requerente conviveu, e ainda convive, com a requerida, menor de idade, por mais de sete anos preciosos de sua vida, como se seu pai fosse, não se pode negar o vínculo socioafetivo que os une, cuja existência, aliás, o próprio autor reconhece, dizendo-se para a infante como seu pai de coração.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0470.10.003955-6/001 - Comarca de Paracatu - Apelante: R.S.F. - Apelada: E.H.S. representada por sua mãe, D.H.P. - Relator: DES. EDUARDO ANDRADE

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sob a Presidência do Desembargador Eduardo Andrade, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata

dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 26 de junho de 2012. - *Eduardo Andrade* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. EDUARDO ANDRADE - Trata-se de ação negatória de paternidade cumulada com pedido de retificação de registro civil ajuizada por R.S.F. em face de E.H.S., representada pela genitora, D.H.P.

Adoto o relatório da v. sentença de origem, acrescentando-lhe que o pedido foi julgado improcedente, ao fundamento de que, embora ausente vínculo genético entre o autor e a ré, não restou comprovada a existência de vício do consentimento no ato de reconhecimento da paternidade; e mais: restou demonstrado o estabelecimento de vínculo socioafetivo entre eles. O autor foi condenado ao pagamento das custas processuais, suspensa a exigibilidade na forma da Lei nº 1060/50. Não houve condenação ao pagamento de honorários advocatícios (f. 63/66).

Inconformado, o requerente interpôs o presente recurso, pretendendo a reforma do *decisum*, sob a alegação principal de que foi "enganado" pela genitora da apelada, que o fez crer que E.H.S. era sua filha biológica; que, "apesar de ter sentimento pela apelada, não é justo que tenha que ser penalizado por uma paternidade que comprovadamente não é sua" (f. 67/70).

Regularmente intimada, a apelada apresentou contrarrazões, pugnando pelo desprovimento do recurso (f. 86/91).

Remetidos os autos à d. Procuradoria-Geral de Justiça, o i. representante do Ministério Público, Dr. Antônio José Chinelato, opinou pelo desprovimento do recurso (f. 100/103).

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

Infere-se dos autos que a menor E.H.S., ora apelada, foi voluntariamente registrada como sendo filha do requerente, R.S.F., conforme se depreende da certidão de nascimento de f. 07 - e o autor não nega.

Pretende o requerente, contudo, por meio da presente ação, a declaração de inexistência de filiação, com a consequente retificação do registro civil, em razão da descoberta tardia de que não é o pai biológico da requerida, como faz prova o exame de DNA de f. 08/12.

Com efeito, o reconhecimento voluntário da paternidade, por ser um ato jurídico, somente pode ser anulado mediante comprovação de que houve vício resultante de erro, dolo, coação, simulação ou fraude, nos termos do art. 171, II, do Código Civil.

E mais, o art. 1.604 do mesmo Diploma Legal é taxativo ao dispor que "ninguém pode vindicar estado contrário do que resulta do registro de nascimento, salvo provando erro ou falsidade do registro".

Assim, em que pese a presunção de veracidade das declarações contidas no registro de nascimento, que tem fé pública, somente na hipótese de comprovação da existência de erro ou falsidade é que se pode questionar acerca dessa presunção relativa.

No caso dos autos, além de não haver prova testemunhal a confirmar a alegada existência de erro no ato jurídico que culminou no registro de nascimento da requerida, verifica-se ainda a existência de outra circunstância, determinante à inviabilidade da pretensão inicial.

É que, como bem observou o i. sentenciante, os elementos dos autos revelam, de forma inconcussa, o vínculo socioafetivo de paternidade que une as partes.

Com efeito, após o advento da Constituição Federal de 1988, surgiu um novo paradigma para as entidades familiares, não existindo mais um conceito fechado de família, mas, sim, um conceito eudemonista socioafetivo, moldado pela afetividade e pelo projeto de felicidade de cada indivíduo. Assim, a nova roupagem assumida pela família liberta-se das amarras biológicas, transpondo-se para as relações de afeto, de amor e de companheirismo.

O art. 1.593 do Código Civil, muito embora não disponha expressamente sobre a paternidade socioafetiva, reza que "o parentesco é natural ou civil, conforme resulte da consangüinidade ou outra origem". Nesse contexto, a interpretação extensiva e teleológica desse dispositivo legal é no sentido de que o parentesco pode derivar-se do laço de sangue, do vínculo adotivo ou de outra origem, como a relação socioafetiva.

A esse respeito, cumpre transcrever a lição de Luiz Edson Fachin:

> O contido no art. 1593 permite, sem dúvida, a construção da paternidade socioafetiva ao referir-se a diversas origens de parentesco. Dele se infere que o parentesco pode derivar do laço de sangue, do vínculo adotivo ou de outra origem, como prevê expressamente. Não sendo a paternidade fundada na consaguinidade ou no parentesco civil, o legislador se referiu, por certo, à relação socioafetiva. É possível, então, agora, à luz dessa hermenêutica construtiva do Código Civil, sustentar que há, também, um nascimento socioafetivo, suscetível de fundar um assento e respectiva certidão de nascimento. Mesmo no reducionismo desatualizado do novo Código é possível garimpar tal horizonte, que pode frutificar por meio de uma hermenêutica construtiva, sistemática e principiológica (*Boletim do Instituto Brasileiro de Direito de Família*, nº 19, mar/abr, 2003, p. 3).

Dessa forma, não obstante o silêncio da lei, a doutrina e a jurisprudência não hesitam em considerar a posse de estado de filho como o instituto apto a permitir o acolhimento da paternidade socioafetiva, indicando, como elementos caracterizadores ou constitutivos dessa relação, o nome (quando o indivíduo porta o nome de seus pais), o trato (quando os pais o tratam como seu filho, e este àqueles como seus pais) e a fama (quando ele é assim reconhecido pela sociedade e família).

No caso *sub examine*, o próprio autor declarou, em entrevista com a Assistente Social Judicial, "ter ficado

triste e envergonhado com o resultado do exame", e que, a despeito da inexistência do vínculo biológico, "seu amor pela criança continuará o mesmo". Disse, mais, que "já conversou com E. e disse a ela que não é o seu pai biológico, mas será sempre o seu pai de coração" (f. 32).

Tais palavras são verdadeira expressão do que se denomina "paternidade socioafetiva", baseada na relação de afeto e amor, e traduzem o reconhecimento, pelo próprio apelante, de que tem a E.H.S. como se sua filha fosse, a despeito da ausência de vínculo genético. E isso, no caso dos autos, é o tanto quanto basta para afastar a pretensão negatória, já que, conforme acima esposado, a paternidade baseada na socioafetividade merece a mesma proteção daquela fundada no vínculo genético, no atual paradigma do Direito de Família Constitucional.

Destarte, restando comprovado que, por mais de sete anos, o autor criou e educou a menor, ora apelada, como se sua filha biológica fosse, e que, mesmo depois do descobrimento da verdade genética, tais laços de afetividade permaneceram incólumes, não se pode negar a existência da paternidade, caracterizada, *in casu*, pela posse do estado de filho.

Nesse sentido, o recente julgado do Superior Tribunal de Justiça:

> Direito de família. Ação negatória de paternidade. Exame de DNA negativo. Reconhecimento de paternidade socioafetiva. Improcedência do pedido.
> 1. Em conformidade com os princípios do Código Civil de 2002 e da Constituição Federal de 1988, o êxito em ação negatória de paternidade depende da demonstração, a um só tempo, da inexistência de origem biológica e também de que não tenha sido constituído o estado de filiação, fortemente marcado pelas relações socioafetivas e edificado na convivência familiar. Vale dizer que a pretensão voltada à impugnação da paternidade não pode prosperar, quando fundada apenas na origem genética, mas em aberto conflito com a paternidade socioafetiva.
> 2. No caso, as instâncias ordinárias reconheceram a paternidade socioafetiva (ou a posse do estado de filiação), desde sempre existente entre o autor e as requeridas. Assim, se a declaração realizada pelo autor por ocasião do registro foi uma inverdade no que concerne à origem genética, certamente não o foi no que toca ao desígnio de estabelecer com as então infantes vínculos afetivos próprios do estado de filho, verdade em si bastante à manutenção do registro de nascimento e ao afastamento da alegação de falsidade ou erro.
> 3. Recurso especial não provido (REsp 1059214/RS, Rel. Ministro Luís Felipe Salomão, Quarta Turma, j. em 16.02.2012, *DJe* de 12.03.2012.).

Ressalte-se, por fim, que o estado de beligerância aparentemente instalado entre o autor e a genitora da menor, sugerido em várias passagens do processo (f. 32, última frase; f. 69, três últimos parágrafos; f. 70, antepenúltimo parágrafo), notadamente em torno de questões patrimoniais, não pode servir de motivo legítimo à pretendida exclusão da paternidade. Essa circunstância, envolvendo o apelante e a mãe da criança, em nada interfere no afeto paterno-filial, que se encontra comprovadamente preservado, no caso dos autos.

Irretocável, pois, a r. sentença.

Com essas considerações, nego provimento ao recurso.

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

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Deficiente físico - Aprovação em concurso público - Exame pré-admissional realizado por médicos do trabalho - Inaptidão para o exercício da função - Ausência de motivação - Negativa de posse - Inobservância do art. 43 do Decreto 3.298/99 - Necessidade de avaliação de aptidão por equipe multifuncional durante o estágio probatório - Violação de direito líquido e certo - Segurança parcialmente concedida

Ementa: Reexame necessário e apelação cível. Mandado de segurança. Aprovação e nomeação em concurso público. Deficiência comprovada. Aptidão avaliada com inobservância dos preceitos do art. 43 do Decreto nº 3.298/99. Perícia realizada antes do estágio probatório. Existência de direito líquido e certo. Ato ilegal.

- O exame de aptidão do deficiente físico aprovado em concurso público deve ser realizado por equipe multiprofissional composta de três profissionais capacitados e atuantes nas áreas das deficiências em questão, sendo um deles médico, e três profissionais integrantes da carreira almejada pelo candidato, conforme estabelece o art. 43 do Decreto nº 3.298/99, que regulamentou a Lei nº 7.853/89.

- O evidente descumprimento da norma de regência referida, que exclui o candidato aprovado para o respectivo cargo público, configura flagrante ofensa ao princípio da legalidade e conduz a sua invalidação.

- É assegurado ao candidato aprovado em vaga destinada aos portadores de deficiência física que a sua avaliação de compatibilidade no desempenho das atribuições do cargo seja realizada pela equipe multiprofissional e durante o estágio probatório.

- Cumpre à Administração Pública proceder à avaliação de que trata o § 2º do art. 43 do Decreto nº 3.298/99 durante o período de estágio probatório do candidato.

APELAÇÃO CÍVEL/REEXAME NECESSÁRIO Nº 1.0056. 11.007690-0/001 - Comarca de Barbacena - Remetente: Juiz de Direito da 2ª Vara Cível da Comarca de Barbacena - Apelante: Município de Barbacena - Apelada: Marize Fagundes Furtado - Autoridade coatora: Prefeito Municipal de Barbacena - 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 REFORMAR PARCIALMENTE A SENTENÇA, NO REEXAME NECESSÁRIO. PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

Belo Horizonte, 26 de abril de 2012. - *Versiani Penna* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. VERSIANI PENNA (Relator) - Relatório.

Trata-se de mandado de segurança impetrado por Marize Fagundes Furtado contra atos da Prefeita Municipal de Barbacena.

Consta dos autos que a impetrante se inscreveu em concurso público municipal para o provimento efetivo de cargos para o Município de Barbacena. O cargo visado pela autora era de Professor P1, e a inscrição foi realizada para concorrer a uma das vagas destinadas aos portadores de necessidades especiais. O edital previa que o candidato com necessidades especiais deveria encaminhar um laudo médico descrevendo a doença acometida. Afirmou a impetrante que cumpriu a determinação e posteriormente foi aprovada no certame. Relatou que em janeiro de 2011 lhe foi encaminhado documento convocando-a para assumir a vaga na posição de contratada a partir de 1º.02.2011, até que o concurso fosse homologado e houvesse a sua nomeação.

Em 25.01.2011, a impetrante foi submetida à perícia médica, realizada pelos médicos do trabalho do Município, os quais concluíram pela sua inaptidão para o exercício do cargo, sendo que, no dia 09.02.2011, lhe foi encaminhado o ofício nº 045/2011-CUS/SME, instruído com cópias do laudo médico e Parecer Jurídico nº 015/2011 da Advocacia-Geral do Município, que se postou pela impossibilidade de a impetrante assumir o cargo de Professor P1.

Argumentou que a perícia realizada na Medicina do Trabalho do Município não esclareceu o porquê da inaptidão e os médicos não são especialistas na área de neurologia. Relatou que é professora da Escola Estadual Bias Fortes, onde exerce a função de regente de classe, apesar de sua deficiência. Dissertou que o Decreto nº 3.298/99 dispõe que, no caso de candidatos portadores de deficiência aprovados em concurso público, a perícia será realizada apenas durante o estágio probatório e com equipe multifuncional composta de 3 profissionais da carreira almejada e 3 profissionais capacitados e atuantes nas áreas das deficiências em questão, sendo um deles médico. Relata que a Prefeita Municipal de Barbacena, no dia 09.04.2011, empossou os professores aprovados para o cargo de Professor P1, porém a impetrante não foi empossada. Por fim, afirmou que existe o direito líquido e certo, pois foi aprovada no certame. Requereu, com pedido liminar, a segurança para que a Prefeita Municipal proceda à sua posse para o cargo de Professor P1 e os benefícios da justiça gratuita.

A inicial de f. 02/09 é acompanhada de documentos de f. 11/107.

Ocorreu o aditamento da inicial para a inclusão do Município de Barbacena-MG no polo passivo (f. 10).

A liminar foi indeferida (f. 115/116).

Nas informações, a autoridade coatora afirmou que não houve ato ilegal ou abusivo responsável por violar direito líquido e certo. Dissertou que a deficiência da impetrante, incapacidade funcional de cerca de 70% dos movimentos finos da mão direita, a torna inapta para as funções de regência de classe. Relatou que o cargo de Professor P1 possui como importantes funções o auxílio a alunos na escrita e o desenvolvimento de atividades no quadro, tarefas que ficariam prejudicadas para a requerente, devido à sua deficiência. Ressaltou que as funções exercidas pela impetrante na Escola Estadual onde ela trabalha são de apoio pedagógico, não realizadas dentro da sala de aula (f. 120/140).

O Ministério Público opinou pela denegação da segurança (f. 144/151).

A sentença de f. 153/166 concedeu a segurança para determinar que a impetrada mantenha o ato de nomeação da impetrante e proceda à sua posse no cargo, no prazo de 5 dias, aos fundamentos de que os laudos que concluíram pela inaptidão da impetrante não foram elaborados em observância ao art. 43 do Decreto 3.298/99, pois foram realizados somente por dois médicos, e a compatibilidade entre a deficiência e o cargo deveria ser avaliada durante o estágio probatório; afirmou que uma pessoa que possui a deficiência em questão é capaz de exercer a profissão de professora.

Irresignado, o Município de Barbacena interpôs recurso de apelação, com os argumentos de que o ato administrativo foi legal e não existiu violação de direito líquido e certo, pois a apelada não tomou posse e existe incompatibilidade entre o cargo e a sua deficiência. Pugna pela reforma da sentença (f. 170/180).

Nas contrarrazões, a apelada reafirma os argumentos e defende a manutenção da sentença. (f.189/193)

O Ministério Público deu parecer favorável à concessão da segurança (f. 200/204).

É o relatório.

Trata-se de reexame necessário e recurso de apelação interposto pelo Município de Barbacena, em face da sentença que concedeu a segurança para a

impetrada manter o ato de nomeação da impetrante e proceder à sua posse e manutenção no cargo de Professor P1.

Admissibilidade.

Conheço do reexame necessário, bem como do recurso voluntário, porquanto presentes seus pressupostos de admissibilidade.

Mérito.

O Decreto nº 3.298/99 regulamenta a Lei nº 7.853/89 e dispõe sobre a Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, em seu art. 43 prevê, *in verbis*:

> Art. 43. O órgão responsável pela realização do concurso terá a assistência de equipe multiprofissional composta de três profissionais capacitados e atuantes nas áreas das deficiências em questão, sendo um deles médico, e três profissionais integrantes da carreira almejada pelo candidato.
> § 1º A equipe multiprofissional emitirá parecer observando:
> I - as informações prestadas pelo candidato no ato da inscrição;
> II - a natureza das atribuições e tarefas essenciais do cargo ou da função a desempenhar;
> III - a viabilidade das condições de acessibilidade e as adequações do ambiente de trabalho na execução das tarefas;
> IV - a possibilidade de uso, pelo candidato, de equipamentos ou outros meios que habitualmente utilize; e
> V - a CID e outros padrões reconhecidos nacional e internacionalmente.
> § 2º A equipe multiprofissional avaliará a compatibilidade entre as atribuições do cargo e a deficiência do candidato durante o estágio probatório.

De acordo com a norma transcrita, no caso de aprovação de candidatos portadores de necessidades especiais em concurso público, a perícia médica será realizada, durante o estágio probatório, por equipe multifuncional composta de três profissionais capacitados e atuantes na área das deficiências, sendo um deles médicos e três integrantes da carreira almejada pelo candidato.

E, pelo que se extrai dos documentos carreados aos autos (f. 50, 65/67), constato a inexistência do cumprimento das referidas exigências legais, pois a perícia médica que concluiu pela inaptidão da impetrante para o exercício do cargo de Professor P1 foi realizada por médicos não especializados e não ocorreu durante o estágio probatório.

A propósito, o colendo STJ já se pronunciou sobre a matéria:

> Administrativo. Concurso público. Aprovação em vaga reservada a deficiente físico. Exame médico admissional. Avaliação da compatibilidade entre as atribuições do cargo e a deficiência apresentada. Impossibilidade. Lei nº 7.853/89 e Decreto nº 3.298/99. Exame que deve ser realizado durante o estágio probatório. Recurso especial provido.
> 1. Por força do art. 37, VIII, da Constituição Federal, é obrigatória a reserva de vagas aos portadores de deficiência física, o que demonstra adoção de ação afirmativa, que visa conferir tratamento prioritário a esse grupo, trazendo para a Administração a responsabilidade em promover sua integração social.
> 2. Nessa linha, a Lei nº 7.853/89 estabelece as regras gerais sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência e sua integração social, determinando a promoção de ações eficazes que propiciem a inserção, nos setores público e privado, de pessoas portadoras de deficiência.
> 3. No caso dos autos, o candidato aprovado em concurso para o cargo de médico do trabalho foi excluído do certame após exame médico admissional, que atestou a incompatibilidade entre as atribuições do cargo e a deficiência apresentada.
> 4. Entretanto, o Decreto nº 3.298/99, que vem regulamentar a Lei nº 7.853/89 e instituir a Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, assegura ao candidato aprovado em vaga destinada aos portadores de deficiência física que o exame da compatibilidade no desempenho das atribuições do cargo seja realizada por equipe multiprofissional, durante o estágio probatório.
> 5. Recurso especial provido para assegurar a permanência do recorrente no concurso de médico do trabalho promovido pelo Município de Curitiba. (STJ - REsp 1179987/PR - Rel. Min. Jorge Mussi - *DJ* de 13.09.2011.)

Cumpre ressaltar que o laudo que concluiu pela inaptidão da requerente apenas constatou a deficiência, mas não especificou o motivo pelo qual ela inviabilizaria o exercício da função. De certo a motivação é requisito indispensável ao ato administrativo e a falta desta torna o ato ilegal.

Aliás, este egrégio Tribunal de Justiça já decidiu:

> Mandado de segurança. Deficiente físico. Aprovação em concurso público. Deficiência comprovada. Exame pré-admissional. Inaptidão. Falta de fundamentação. Impossibilidade. 1 - Uma vez comprovada a deficiência física do candidato aprovado em concurso público, exame pré-admissional sem fundamentação não tem o condão de afastá-lo do cargo para o qual foi designado. 2 - Sentença confirmada, em reexame necessário, prejudicado o recurso voluntário. (TJMG - Apelação Cível nº 1.0518.02.023999-3/001 - Rel. Des. Nilson Reis - *DJ* de 23.10.2007.)

Dessarte, não resta dúvida de que o ato administrativo que impediu a impetrante de tomar posse foi ilegal, como adequadamente concluiu o douto Magistrado de 1º grau.

Por outro lado, malgrado esteja evidente o direito líquido e certo da impetrante de tomar posse no cargo para o qual ela foi aprovada, não se pode afastar da Administração o seu poder-dever de avaliá-la durante o estágio probatório, conforme determina a norma de regência (§ 2º do art. 43 do Decreto 3.298/99), conclusão, aliás, a que chegou o eminente Procurador de Justiça em seu parecer de f. 200/204.

Posto isso, no reexame necessário, reformo parcialmente a sentença, para conceder em parte a segurança e determinar a manutenção do ato de nomeação e posse da impetrante, mas sem prejuízo da avaliação de aptidão e da sua compatibilidade com a função, durante o estágio probatório, na forma do § 2º do art. 43 do Decreto 3.298/99.

Prejudicado o recurso voluntário.

Isento o apelante das custas, *ex vi* da Lei nº 14.939/2003.

É como voto.

DES.ª ÁUREA BRASIL (Revisora) - De acordo com o Relator.

DES. MANUEL BRAVO SARAMAGO - De acordo com o Relator.

Súmula - SENTENÇA REFORMADA PARCIALMENTE NO REEXAME NECESSÁRIO. PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

...

Adoção de criança - Pedido - Detentor da guarda provisória - Vínculo afetivo - Melhor interesse do menor - Prevalência sobre a lista de cadastro de adotantes - Não vinculação do juiz à ordem de preferência - § 1º do art. 197-E do Estatuto da Criança e do Adolescente - Possibilidade

Ementa: Apelação cível. Adoção. Melhor interesse do menor. Prevalência sobre a Lista de Cadastro de Adotantes. Adoção por quem detém a guarda provisória. Vínculo de afinidade. Possibilidade.

- O comando que determina que a autoridade judiciária deverá manter em cada comarca ou foro regional um registro de crianças e adolescentes em condições de serem adotados e outro de pessoas interessadas na adoção, art. 50 do ECA, vem para atender ao disposto no art. 34 do mesmo estatuto, isto é, como meio facilitador para estimular a alocação dos menores em famílias substitutas, não tendo, contudo, o condão de vincular o juiz à observância de ordem de preferência ou filas de espera, porventura existentes entre aqueles que queiram adotar, uma vez que tal "ordem" não pode se sobrepor aos interesses do menor.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0637.10.008537-1/001 - Comarca de São Lourenço - Apelante: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Apelado: C.S.C., J.P. - Relator: DES. DÁRCIO LOPARDI MENDES

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sob a Presidência do Desembargador Almeida Melo, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO AO AGRAVO RETIDO E À APELAÇÃO.

Belo Horizonte, 3 de maio de 2012. - *Dárcio Lopardi Mendes* - Relator.

Notas taquigráficas

Proferiu sustentação oral, pela apelada Cláudia Simone Costa, a Dr.ª Daniella Matta Machado.

DES. DÁRCIO LOPARDI MENDES - Trata-se de apelação cível interposta pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais contra a decisão de f. 271/286, proferida pelo MM. Juiz da Vara Criminal e Juizado da Infância e da Juventude da Comarca de São Lourenço, que, nos autos da "ação de adoção c/c pedido liminar de guarda provisória e destituição do poder familiar", julgou procedente o pedido inicial, para o fim de: destituir o poder familiar da requerida J. P., com fundamento no artigo 1.635, IV, do Código Civil; deferir, à luz dos artigos 39 e seguintes do Estatuto da Criança e do Adolescente, o pedido de adoção do menor L.P. à requerente C.S.C. Declarou extinto o poder familiar, extinguindo todos os laços de parentesco daí advindos e, nos termos do § 2º e 3º do artigo 1.635 do Código Civil, determinou a expedição de mandado de cancelamento do registro original do adotado, lavrado à f. 09 do Livro 56 A, sob o número de ordem 23.227 do Serviço de Registro Civil de São Lourenço, Estado de Minas Gerais.

Em suas razões (f. 289/293), o Órgão Ministerial requereu a análise do agravo retido de f. 261/263. Sustenta, em resumo, que a destituição do poder familiar operada na sentença deve permanecer inalterada, já que a genitora do menor não deseja ter o filho sob seus cuidados. Entretanto, a adoção deferida a C.S.C. se mostra contrária aos mais basilares princípios estatuídos no Direito pátrio; que o menor foi entregue à apelada de forma completamente irregular, uma vez que os procedimentos legais não foram obedecidos; que a apelada não nutria qualquer vínculo com a mãe biológica, ou mesmo com o menor, já que a relação entre elas era meramente profissional, como declarado às f. 217/218; que a requerente, por se tratar de uma advogada, tinha conhecimento dos procedimentos prévios à adoção; que o artigo 13 da Lei nº 8.069/90 disciplina que todas as gestantes que manifestarem interesse em entregar o filho para adoção deverão ser encaminhados à Vara da Infância e Juventude; que a apelada poderia solicitar a adoção pretendida, tão somente, após a inscrição prévia no cadastro nacional de adoção e obedecida a ordem de preferência da lista respectiva, o que não ocorreu; que admitir a adoção sem o preenchimento dos requisitos legais implica desconsiderar os dispositivos do Estatuto da Criança e do Adolescente, bem como das resoluções do Conselho Nacional de Justiça.

Com esses argumentos, requer o provimento do recurso, para o fim de reformar a decisão hostilizada.

Contrarrazões às f. 304/325.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, por meio do parecer de f. 349/353, opina pelo retorno dos autos à primeira instância para a realização de estudo psicossocial.

Conheço do recurso, porquanto presentes os pressupostos de admissibilidade.

Agravo retido.

O Ministério Público do Estado de Minas Gerais, por meio da petição de f. 255, requereu fosse o julgamento convertido em diligência, a fim de que se procedesse à oitiva de duas testemunhas (C.G.S.L. e D.S.L.), que, segundo alega, teriam comparecido à Promotoria revelando "a ocorrência de fatos graves que interferem na adoção pretendida".

Todavia, tal pedido foi indeferido pelo douto Sentenciante, às f. 257/259, ensejando a interposição do presente recurso.

Contraminuta às f. 295/301.

Assim, considerando que houve pedido expresso para sua apreciação, passo à sua análise.

Alega o agravante que, "em declarações verbais prestadas na Promotoria de Justiça, o casal de testemunhas informou que houve a promessa de dinheiro para que L.P. fosse entregue à requerente" (*sic* - f. 262).

Da análise das questões postas no recurso, verifica-se que nenhuma reforma merece a decisão agravada, uma vez que inexiste nos autos qualquer indício de que a prova a ser produzida decorre de fato ocorrido no curso da instrução.

Ademais, ainda que se considerasse o fato apresentado como sendo novo, as duas testemunhas arroladas estariam impedidas de prestar depoimento, por força do artigo 405, § 2º, do CPC, segundo o qual:

> Art. 405 Podem depor como testemunhas todas as pessoas, exceto as incapazes, impedidas ou suspeitas.
> [...]
> § 2º São impedidos:
> I - o cônjuge, bem como o ascendente e o descendente em qualquer grau, ou colateral, até o terceiro grau, de alguma das partes, por consanguinidade ou afinidade, salvo se o exigir o interesse público, ou, tratando-se de causa relativa ao estado da pessoa, não se puder obter de outro modo a prova, que o juiz repute necessária ao julgamento do mérito;
> II - o que é parte na causa;
> III - o que intervém em nome de uma parte, como o tutor na causa do menor, o representante legal da pessoa jurídica, o juiz, o advogado e outros, que assistam ou tenham assistido as partes.

O próprio Órgão Ministerial informa em suas razões que "o casal de irmãos é filho de J.C.L., este namorado da autora C.S., [...]", o que demonstra ausência de imparcialidade.

Sendo assim, nego provimento ao agravo.

Apelação.

Infere-se dos autos que a ora apelada, C.S.C., aforou ação judicial, objetivando a adoção do menor, L.P., nascido em 07.05.2010, que lhe foi entregue pela mãe biológica, desde o seu nascimento, argumentando que, no dia seguinte ao parto, foi chamada ao hospital, pela mãe biológica, que lhe entregou o filho para que adotasse; que, ao receber alta hospitalar, a mãe biológica (requerida) "levou consigo a criança, registrando-a e, em seguida, de livre e espontânea vontade, sem, por óbvio, receber nada por este ato, entregou-a a autora"; que, visando regularizar a situação vivenciada com o menor, inscreveu-se no Cadastro Nacional de Adotantes, estando, atualmente, habilitada para a adoção do menor.

Ao exame, necessária uma acurada exegese do diploma legal que rege a matéria, qual seja a Lei 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente), que tem como fim social atender aos interesses das crianças e dos adolescentes, e, no que diz respeito à colocação do menor em família substituta, prevê três modalidades: tutela, guarda e adoção.

A adoção é ato irrevogável e atribui a condição de filho ao adotado, com os mesmos direitos e deveres, desligando-o de qualquer vínculo com pais e parentes sanguíneos, salvo os impedimentos matrimoniais.

A adoção atribui ao adotado a posse do estado de filho, através da paternidade afetiva, independentemente do laço sanguíneo, biológico.

O art. 1.625 do CC determina que somente será admitida a adoção que constitua benefício ao adotando.

Nessa seara, pertinente citar o ensinamento de Fabrício Zamprogna Matiello, *Código Civil comentado*, 3. ed., segundo o qual:

> A adoção não tem por escopo satisfazer os interesses pessoais ou materiais dos adotantes, nem tampouco atender aos desígnios dos pais ou representantes legais do adotando. O que realmente importa é verificar se os pais adotivos poderão oferecer-lhe condições razoáveis e concretas para um sadio desenvolvimento físico, mental e moral [...] p. 1059.

Percebe-se claramente que o objetivo maior do nosso ordenamento é proteger o menor, salvaguardando seus interesses em relação aos pais, parentes, de sangue ou afetivos, que disputam o direito de acompanhar de forma mais efetiva e próxima seu desenvolvimento.

Também se deve ponderar que não somente as condições financeiras e econômicas do interessado em exercer a adoção devem ser levadas em consideração, visto que as necessidades do menor ultrapassam os limites materiais, adentrando no campo da afetividade, do amparo psíquico, social e sentimental.

De acordo com tal princípio, deve-se preservar ao máximo aqueles que se encontram em situação de fragilidade, a criança e o adolescente, por estarem em processo de amadurecimento e formação da personalidade.

Não se trata, outrossim, repita-se, de instituto de cunho patrimonial. Ou seja, a adoção não visa a regular a situação financeira do menor, sendo que tal circunstância somente terá relevância na definição do detentor da guarda e do pátrio poder quando o menor se encontrar

exposto à mais profunda privação, estando a falta de recursos econômicos comprometendo sua integridade.

No caso dos autos, por tudo que se pode apurar, inclusive, pela manifestação, expressa, da mãe biológica, J. P., concordando com a adoção do filho pela requerente (f. 133/138), e, também, pelo "estudo social" (f. 191/194), que andou bem o douto Juiz de 1° grau em sua decisão, em compasso com os fins a que visa a lei de regência.

O referido estudo informa que:

> A criança vem sendo cuidada pela reqte como se filho fosse e está recebendo assistência material e afetiva necessária. L. não apresenta nenhum problema de saúde, não sendo necessário até o momento nenhum cuidado especial.
> [...]
> E concluímos, do ponto de vista social, que C.S.C. vem exercendo de fato a função e o papel de mãe de L. desde o momento em que foi feita a entrega da criança no hospital da cidade (*sic* - f. 194).

O Estatuto da Criança e do Adolescente preceitua que deve o Poder Público estimular o acolhimento, sob a forma de guarda, de criança ou adolescente órfão ou abandonado. Num primeiro momento, se apreciada a questão subsumindo-a à literalidade do comando legal, poder-se-ia incorrer no erro de não o entender aplicável ao fato em apreciação, mas, vejamos, a razão de ser da norma é estimular a inserção de menores que, por quaisquer motivos ou circunstâncias, não possam estar sob a guarda dos pais biológicos, em famílias substitutas que se proponham a lhes prover afeto, assistência moral e material.

Essa é a razão de ser da norma, o fim social que quer alcançar, visando, sobretudo, e, em primeiro lugar, aos interesses do menor, repita-se, para que este possa se desenvolver num ambiente de afeto e de oportunidades.

Sob esse prisma, o comando que determina que a autoridade judiciária deverá manter em cada comarca ou foro regional um registro de crianças e adolescentes em condições de serem adotados e outro de pessoas interessadas na adoção, art. 50 do ECA ("Art. 50. A autoridade judiciária manterá, em cada comarca ou foro regional, um registro de crianças e adolescentes em condições de serem adotados e outro de pessoas interessadas na adoção"), vem para atender ao disposto no art. 34 do mesmo estatuto ("Art. 34. O poder público estimulará, por meio de assistência jurídica, incentivos fiscais e subsídios, o acolhimento, sob a forma de guarda, de criança ou adolescente afastado do convívio familiar"), isto é, como meio facilitador para estimular a alocação dos menores em famílias substitutas, não tendo, contudo, o condão de vincular o juiz à observância de ordem de preferência ou filas de espera, porventura, existentes entre aqueles que queiram adotar, uma vez que tal "ordem" não pode se sobrepor aos interesses do menor.

A mitigação do rigor da norma contida no citado artigo 50 encontra-se no § 1° do artigo 197-E do ECA, acrescentado pela Lei n° 12.010/2009, segundo o qual, "A ordem cronológica das habilitações somente poderá deixar de ser observada pela autoridade judiciária nas hipóteses previstas no § 13 do art. 50 desta Lei, quando comprovado ser essa a melhor solução no interesse do adotando."

De acordo com o princípio do melhor interesse do menor, deve-se preservar ao máximo aqueles que se encontram em situação de fragilidade. A criança e o adolescente figuram nesta posição por estarem em processo de formação da personalidade. O menor tem, assim, o direito fundamental de chegar à condição adulta sob as melhores garantias morais e materiais.

Sobre o aludido princípio, leciona o ilustre Yussef Said Cahali que

> [...] 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 (*Divórcio e separação*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais).

O próprio Estatuto da Criança e do Adolescente estatui, em seu artigo 3°, que a criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais à pessoa humana, assegurando-lhes "todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e igualdade".

Acerca da relativização da "ordem de cadastro", vem-se manifestando o colendo STJ:

> Agravo regimental. Medida cautelar. Aferição da prevalência entre o cadastro de adotantes e a adoção *intuitu personae*. Aplicação do princípio do melhor interesse do menor. Estabelecimento de vínculo afetivo da menor com o casal de adotantes não cadastrados, com o qual ficou durante os primeiros oito meses de vida. Aparência de bom direito. Ocorrência. Entrega da menor para outro casal cadastrado. *Periculum in mora*. Verificação. Recurso improvido (STJ. AgRg na MC n° 15097/MG. Relator Ministro Massami Uyeda. Terceira Turma. Julgamento: 05.03.2009. Publicação: 06.05.2009)

Pelo que consta dos autos, desde a gestação do menor, a mãe biológica demonstrou interesse de entregá-lo à adoção, e assim o fez, por não possuir condições de cuidar do filho.

No caso, considerando a tenra idade da criança, contando com quase 2 (dois) anos de idade, não é razoável retirá-la da companhia da apelada e de sua família, que lhe proporcionam amor, carinho e o conforto de um lar, e colocá-la numa instituição, destinada a cuidar de crianças e adolescentes que aguardam a sua colocação numa família substituta.

Conforme ressaltado pelo ilustre Procurador de Justiça, "[...] em certos casos, a lei deve ser preterida em função dos princípios da segurança jurídica, do melhor

interesse do menor e da efetividade das relações familiares" (*sic* - f. 353).

Saliente-se, por derradeiro, que os fatores sociais são de suma importância na exegese das leis; já os antigos juristas romanos não se fiavam somente nos textos das leis, e sim procuravam adaptar o seu sentido às necessidades da vida e às exigências da época.

A interpretação é dever do magistrado, que deve buscar, sempre, a justiça, adequando as normas aos anseios da coletividade, uma vez que o Direito é um fato social, histórico e mutável.

Sobre o tema, a lição do ilustre Magistrado belga Henri de Page:

> Sem dúvida, o juiz, ao interpretar a lei, não pode tomar liberdades inadmissíveis com ela. Mas, de outro lado, não deverá quedar-se surdo às exigências do Real e da Vida. O direito é essencialmente uma coisa viva. Está ele destinado a reger homens, isto é, seres que se movem, pensam, agem, mudam, se modificam. O fim da lei não deve ser a imobilização ou a cristalização da vida, e, sim, adaptar-se a ela. Daí resulta que o direito é destinado a um fim social, de que deve o juiz participar ao interpretar as leis, sem se aferrar ao texto, às palavras, mas tendo em conta não só as necessidades sociais que elas visam disciplinar, como ainda às exigências da justiça e equidade que constituem o seu fim. Em outras palavras, a interpretação das leis não deve ser formal, mas, sim, antes de tudo - real, humana, socialmente útil.

Sendo assim, considerando o vínculo de afetividade criado entre a apelada e o menor, que, repita-se, encontra-se sob os seus cuidados desde o seu nascimento, e, ainda, levando-se em conta a necessidade de se priorizar o direito da criança a ser adotada, entendo que a decisão primeva deve ser mantida.

Mediante tais considerações, nego provimento ao agravo retido e à apelação, mantendo inalterado o *decisum* hostilizado.

DES.ª HELOÍSA COMBAT - Sr. Presidente. Estive atenta à sustentação oral. Tive acesso aos autos e não vejo qualquer razão para me dissociar do judicioso voto do douto Relator, que, inclusive, ressalta e registra, no seu voto, que a própria Procuradoria de Justiça, discordando do ilustre Promotor, é pela prevalência de princípios de segurança jurídica e melhor interesse do menor e da efetividade das relações familiares.

Esse, também, é meu modo de pensar, e princípios valem mais do que simples regras, já nos ensinam os doutos.

Portanto, também nego provimento ao agravo retido e à apelação.

DES. ALMEIDA MELO - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO AGRAVO RETIDO E À APELAÇÃO.

...

Direito à saúde - Art. 196 da CF/88 - Dever assegurado constitucionalmente - Falta do serviço por parte do SUS - Contratação de serviços particulares - Custeio próprio - Pretensa indenização por parte do Estado pelo não cumprimento do dever constitucional - Descabimento - Existência de meios jurídicos para obter a prestação devida - Não utilização - Culpa exclusiva do próprio autor - Omissão que não conduz ao resultado de perda de parte do seu patrimônio - Indenização indevida

Ementa: Apelação cível. Ressarcimento de internação hospitalar. Omissão administrativa. Direito à assistência integral pelo SUS, que não se confunde com o dever de indenizar. Opção individual que não autoriza a responsabilidade civil. Culpa exclusiva.

- O dever de assistência integral ao meio curativo não sustenta a imposição de responsabilidade civil dos entes da Federação para pagamento de despesas geradas por opção do próprio autor, pela só alegação da falta do serviço eficiente, porque a só opção de internação particular literalmente afasta a responsabilidade estatal, diante da culpa exclusiva do autor em contratar serviços particulares por sua própria e livre vontade.

Provido.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0479.10.009517-9/001 - Comarca de Passos - Apelante: Município de Passos - Apelado: Paulo Marcos Cerqueira - 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 PROVER O RECURSO.

Belo Horizonte, 12 de abril de 2012. - *Judimar Biber* - Relator.

Notas taquigráficas

Trata-se de apelação promovida pelo Município de Passos, que se insurge contra a sentença que julgou parcialmente procedente o pedido inicial, condenando o apelante ao ressarcimento do valor de R$ 10.000,00, em decorrência de sessões de oxigenoterapia realizada em hospital particular, conforme notas fiscais de f. 31 e 35, com juros e correção monetária.

Nas razões de recurso sustenta o Município a ausência de competência para a imposição resultante da sentença, afirmando que a obrigação de fornecimento do meio de tratamento exigido seria de completa

responsabilidade da União, fazendo uma longa consideração sobre o tema.

Faz uma longa consideração acerca das estruturas do próprio SUS e sobre a impossibilidade de suportar a imposição financeira resultante da sentença, trazendo uma série de julgados que entende aplicáveis ao caso.

Aduz que o direito de obtenção de assistência à saúde não comportaria a determinação imposta na sentença, ou da escolha do local da prestação, fazendo considerações sobre a universalização do direito e o interesse particular, para concluir que a imposição não se coaduna com a legalidade.

Requer o provimento do recurso para reformar a sentença produzida, afastando a condenação imposta.

Em sede de contrarrazões, sustenta o apelado a decisão hostilizada, em virtude das condições de necessidade do próprio meio curativo, fazendo uma longa consideração sobre a responsabilidade solidária e o SUS para o meio curativo.

Pugna pelo não provimento do recurso aviado.

É o relatório.

Passo ao voto.

O recurso é regular e tempestivo, dele conheço.

Em que pesem as ponderações da digna Juíza e as razões expostas pelas partes, após palmilhar os autos o que vejo é que a pretensão, tal como deduzida, não se amolda à garantia constitucional prevista no art. 196, *caput*, da Constituição Federal, porque o que pretende o autor é impor responsabilidade civil ao Município réu, em função de demora produzida por procedimento que, ao final, foi por ele contratado com o particular, ante a omissão da autoridade competente.

A decisão produzida pela digna Juíza partiu de um dever assegurado constitucionalmente, quando a razão jurídica declinada pelo autor na inicial nada tem a ver com o direito subjetivo público do réu ao tratamento integral.

Isso porque o dever de assistência curativa integral não se confunde com o dever de ressarcimento que dele decorresse, porque da só omissão administrativa não decorreria a razão determinante para a responsabilidade civil do Município.

Conquanto tenha o cidadão o direito de exigir dos gestores do Sistema Único de Saúde adotem, dentro de suas competências próprias e por força da imposição de coordenação em responsabilidade solidária, o meio curativo integral garantido pela norma constitucional, não tem o particular como impor ao SUS a determinação de ressarcimento de valores que tenha despendido por iniciativa própria com contratação de serviços particulares, em hospital não conveniado com o próprio sistema, pelo só fato da existência da obrigação legal, porque dela não decorre o próprio direito de obter a responsabilidade civil pela falta do serviço.

Isso porque o direito de obter o meio curativo integral não abarca o dever de indenização pelo ato omissivo que decorresse da inação estatal, e o que busca a presente ação, na real verdade, é a responsabilização do Estado pelo só fato da demora na solução de providência que o autor reputava urgente e que o levou à contratação particular.

No entanto, a responsabilidade civil do Estado, por ato omissivo, não se sustenta dentro da teoria objetiva, conforme nos dá conta o Professor José Cretella Júnior, que argumenta:

> [...] a omissão configura a culpa *in omittendo* e culpa *in vigilando*. São casos de inércia, casos de não atos. Se cruza os braços ou não vigia, quando deveria agir, o agente público omite-se, empenhando a responsabilidade do Estado por inércia ou incúria do agente. Devendo agir, não agiu. Nem como o *bonus pater familiae*, nem como o *bonus administrator*. Foi negligente. Às vezes imprudente e até imperito. Negligente, se a solércia o dominou; imprudente, se confiou na sorte; imperito, se não previu as possibilidades de concretização do evento. Em todos os casos, culpa, ligada à idéia de inação, física ou mental. (*Tratado de direito administrativo*. Ed. Forense, 1970, p. 210.)

Na linha de defesa da tese da responsabilidade subjetiva, também Celso Antonio Bandeira de Mello argumenta e, verificando a situação derivada da norma constitucional, observa que a objetividade jurídica tutelada se dirige ao ato comissivo, afastando o ato omissivo, pelo fato de que a omissão importaria em condição da ocorrência do dano, e não sua causa primária, o que importa no afastamento da teoria objetiva como fonte para fixar a responsabilidade do Estado por omissão administrativa.

Contrariamente à posição defendida por Celso Antonio, está a de Toshio Munkai e Álvaro Lazzarini, que acreditam que, "sendo a causa um fenômeno de transcendência jurídica capaz de produzir um poder jurídico pelo qual alguém tem o direito de exigir de outrem uma prestação (de dar, de fazer ou não fazer)", o ato omissivo pode ser incluído na situação de causa, "desde que deflagrador primário do dano praticado por terceiro", reconhecendo, nesses casos, que a culpa seria subjetiva.

Rui Stoco defende a tese de que, se a omissão administrativa do funcionário foi a causa eficiente do dano, deve a Administração responder, observando que há convergência da doutrina em pelo menos um ponto, na teoria francesa da *faute du service*, lembrando Celso Antonio Bandeira de Mello, que pontifica:

> A responsabilidade por omissão é responsabilidade por comportamento ilícito. E é responsabilidade subjetiva, porquanto supõe dolo ou culpa em suas modalidades de negligência, imperícia ou imprudência, embora possa tratar-se de uma culpa não individualizada na pessoa de tal ou qual funcionário, mas atribuída ao serviço estatal genericamente. É a culpa anônima ou *faute du service* dos franceses, entre nós traduzida por 'falta de serviço'. É dispensável localizar-se, no Estado, quem especificamente descumpriu o dever de agir, omitindo-se propositadamente ou apenas por incúria, por imprudência, ao negligenciar a obrigação de atuar e atuar tempestivamente. Cumpre tão só que o Estado estivesse obrigado a certa prestação e faltasse a ela, por descaso, por imperícia ou por desatenção no cumprir seus

> deveres, para que desponte a responsabilidade pública em caso de omissão. (*Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial*. 2. ed. Ed. RT, p. 369.)

Da visão doutrinária sobre a extensão da responsabilidade do Estado por ato omissivo não discrepa a posição pacífica do Supremo Tribunal Federal, senão vejamos:

> Constitucional. Administrativo. Civil. Responsabilidade civil do Estado. Ato omissivo do poder público: detento ferido por outro detento. Responsabilidade subjetiva: culpa publicizada: falta do serviço. CF, art. 37, § 6º, I. - Tratando-se de ato omissivo do poder público, a responsabilidade civil por esse ato é subjetiva, pelo que exige dolo ou culpa, em sentido estrito, esta numa de suas três vertentes - a negligência, a imperícia ou a imprudência - não sendo, entretanto, necessário individualizá-la, dado que pode ser atribuída ao serviço público, de forma genérica, a falta do serviço. II. - A falta do serviço - *faute du service* dos franceses - não dispensa o requisito da causalidade, vale dizer, do nexo de causalidade entre ação omissiva atribuída ao poder público e o dano causado a terceiro. III. - Detento ferido por outro detento: responsabilidade civil do Estado: ocorrência da falta do serviço, com a culpa genérica do serviço público, por isso que o Estado deve zelar pela integridade física do preso. IV. - RE conhecido e provido. (RE 382054, Relator: Min. Carlos Velloso, Segunda Turma, julgado em 03.08.2004, *DJ* de 01.10.2004, p. 37, Ement. v. 2166-02, p. 330, *RT* v. 94, nº 832, 2005, p. 157-164, *RJAdcoas* v. 62, 2005, p. 38-44, *RTJ* v. 192-01, p. 356.)

Conquanto a não aceitação da responsabilidade civil objetiva por atos omissivos do Estado seja voz corrente e de aceitação quase unânime na doutrina, o fato é que a preexistência do dever de manutenção dos serviços públicos eficientes importaria mesmo na condição de fundamentar a necessidade de agitar a responsabilidade civil, impondo-se a visão de que a falta de adequação do serviço público fornecido, quando importe em geração de dano, acaba por justificar a responsabilidade do Estado, já que nessas hipóteses a culpa derivaria do mau fornecimento do próprio serviço público.

Em virtude da própria estrutura do ato comissivo, supera-se a necessidade de identificação do agente público causador do dano, para impor a responsabilidade pelo dever preexistente de manutenção de serviços públicos adequados e eficientes, o que em última análise seria afastar uma das situações subjetivas da responsabilidade, porque a culpa derivaria da falta do próprio serviço, impondo-se a conclusão de que a Administração responde em situação em que seja obrigada a arrostar o mal causado a terceiro, o que gera, inevitavelmente a responsabilidade por culpa *in omittendo*, situação que, afinal, só poderia ser afastada em se demonstrando responsabilidade de terceiro, seja por culpa recíproca ou exclusiva, caso fortuito, legítima defesa ou força maior, e importa na conclusão de que a presunção de culpa derivaria da própria norma jurídica e importaria na assunção da teoria do risco administrativo integral, em que seria necessária apenas a prova do nexo de causalidade para exsurgir a responsabilidade civil do Estado.

A constatação de tal realidade só não foi feita até o presente momento porque a insistência da doutrina tem se esquecido de que o elemento identificador da responsabilidade subjetiva importa em situação de demonstração da culpa, quando a própria responsabilidade pela falta do serviço importa no seu afastamento, já que é dever primário da Administração prestar serviços públicos eficientes e adequados, o que gera, inevitavelmente, a imposição legal de culpa e, em última análise, afasta a perquirição dos eventuais elementos subjetivos que importem na responsabilidade.

Veja-se Aguiar Dias tratando da responsabilidade pelo fato da coisa, observando:

> O que se torna preciso aceitar entre nós, em última análise, já que as diversas correntes coincidem na solução, é a presunção invariavelmente reconhecida no direito francês. A esse propósito, consideramos infundado o vivo debate, travado na jurisprudência francesa, sobre se tal pressuposto se refere à culpa ou à responsabilidade: a presunção é de causalidade; o que se presume é o nexo de causa e efeito entre o fato da coisa e o dano. O dever jurídico de cuidar das coisas que usamos se funda em superiores razões de política social, que induzem, por um ou outro fundamento, à presunção da causalidade aludida e, em consequência, a responsabilidade de quem se convencionou chamar de guardião da coisa, para significar o encarregado dos riscos dela decorrentes.

E arremata:

> [...] Temos a impressão de que o problema ganha em simplicidade e fica com sua solução facilitada se estabelecermos que, em face daquela presunção de causalidade, ao dono da coisa incumbe, ocorrido o dano, suportar os encargos dele decorrentes, restituindo o ofendido ao *status quo* ideal, por meio da reparação. Essa presunção não é irrefragável. Mas ao dono da coisa cabe provar que, no seu caso, ela não tem cabimento. (*Da responsabilidade civil*. 10 ed. revista e atualizada. Ed. Forense, v. II, p. 397-398.)

Noutra oportunidade, discutindo especificamente sobre a fase do direito público francês, afirma:

> Na culpa administrativa, portanto, decorrendo a responsabilidade da falta anônima do serviço público e não se cogitando da culpa do funcionário, é sem utilidade a distinção entre culpa pessoal e culpa profissional, asserção que é válida também para a doutrina do risco social. No sistema em que a responsabilidade só se configura em face da culpa de determinado agente do poder público, esta distinção é necessária, porque a falta pessoal, ainda quando praticada no exercício do cargo, só empenha a responsabilidade do agente, ao passo que a falta do serviço acarreta a responsabilidade do Estado, como inerente à função. (Ob. cit., p. 566.)

Logo, malgrado persista a teoria da 3ª fase do direito público francês na visão doutrinária do direito brasileiro atual para fins de responsabilidade civil do Estado, o fato é que a teoria do risco social e suas consequências mais imediatas para o queixoso permanecem, se não idênticas, quase as mesmas daquela imposta pela teoria do risco

integral. Isso porque, nesses casos, basta demonstrar o nexo de causalidade entre a omissão e o dano, para que o seu pedido tenha possibilidade de ganhar a prestação jurisdicional positiva, já que há presunção de culpa *in omittendo*, não havendo qualquer necessidade de se perquirir sobre a culpa ou não do agente, ou do Estado, na eclosão do evento danoso, porquanto se impõe a presunção evidente de responsabilidade pela falta do próprio serviço público, tornando verdadeira a assertiva de que seria absoluta inutilidade se perquirir a situação omissiva que causou o dano, o que leva à inversão do ônus da prova.

Mas, no caso dos autos, o próprio pressuposto para a imposição de ressarcimento não se mostraria juridicamente sustentável, porque a omissão no direito de obtenção do meio curativo integral não supõe que possa o cidadão eleger hospital particular que contratou por vontade própria e impor o dever de ressarcimento ao Município, pela via do Sistema Único de Saúde, na medida em que o próprio regime constitucional não confere ao particular o direito de obter o ressarcimento, a não ser que demonstrasse as condições objetivas que conduzissem à indenização por razão jurídica diversa.

Ocorre que, no caso dos autos, não há uma só prova de que deva a Administração ser responsabilizada civilmente pela própria prestação substitutiva, na medida em que não há nos autos quaisquer elementos que conduzam à indenização pela presumida culpa *in omittendo*. Se não há confissão expressa por parte do autor de que, ao contrário de exigir a prestação que lhe seria devida, por força da garantia constitucional que teria respaldo na Lei Federal 8.080/90, simplesmente preferiu optar pela contratação particular, realizando o pagamento dele decorrente, cuja causa se deveu a sua livre e espontânea opção, o que daria azo à culpa exclusiva pelo pagamento contratado.

Tinha o autor à sua disposição mecanismo eficiente para obstar a omissão, mas preferiu, *sponte propria*, partir para o tratamento particular, situação que não autoriza a imposição indenizatória declinada na inicial, até mesmo pela própria confissão da opção legítima feita pelo autor de investir o seu próprio patrimônio em solução que entendia mais adequada ao seu caso.

Nesse contexto, o dispêndio dos valores devidos a título de contratação do tratamento particular não pode ser atribuído à omissão municipal, que, muito embora tivesse o dever de buscar os meios indispensáveis para a realização do meio curativo indicado no caso do autor, não tinha como ser responsabilizada pela opção particular do autor.

A omissão não conduz ao dano noticiado, pelo só fato de que a culpa pela açodada ação empreendida, que culminou na perda de parte de seu patrimônio, decorreu de sua própria opção de não exigir, pelos meios jurídicos existentes, a satisfação integral da obrigação que lhe foi imposta e cujo conteúdo pressupunha a indicação do local onde se realizaria o procedimento necessário ao meio curativo.

Nesse contexto, não há dúvida de que impossível seria agitar a responsabilidade do Estado pela indenização dos danos causados em função da culpa exclusiva do próprio autor, que fez a opção de não promover os meios necessários para satisfazer a obrigação imposta ao Estado, não tendo, portanto, direito de ser ressarcido pelo valor que contratou por sua livre e espontânea vontade.

Portanto, a determinação de ressarcimento imposta na sentença, tal como produzida, não se mostraria mesmo escorreita do ponto de vista jurídico, ante a ausência de nexo de causalidade entre o dano noticiado, o dever de pagamento da contratação e a obrigação de satisfazer a garantia constitucional e legal ao meio curativo integral à custa do próprio SUS.

Diante do exposto, dou provimento ao recurso, para julgar improcedente a ação de ressarcimento pretendida pelo autor, invertendo, por conseguinte, os ônus derivados da sucumbência, respeitadas as condições da assistência judiciária gratuita deferida.

Custas e despesas processuais do presente recurso, pelo apelado, respeitadas as condições de assistência judiciária gratuita já deferida, nos termos do art. 20, § 1°, do Código de Processo Civil.

DES. KILDARE CARVALHO (Revisor) - De acordo com o Relator.

DES. DÍDIMO INOCÊNCIO DE PAULA - De acordo com o Relator.

Súmula - PROVERAM O RECURSO.

...

Agravo retido - Preliminares - Ausência de documento indispensável - Pedido juridicamente impossível - Ilegitimidade ativa - Preliminares rejeitadas - Negócio jurídico - Simulação - Comprovação - Contratos de mútuo e de arrendamento rural - Nulidade - Manutenção do negócio oculto - Real intenção das partes - Obrigação de fazer - Procedimento administrativo - Fixação do prazo

Ementa: Apelação cível. Agravo retido. Preliminares. Ausência de documento indispensável. Pedido juridicamente impossível. Ilegitimidade ativa. Preliminares rejeitadas. Mérito. Negócio jurídico. Simulação. Comprovação. Nulidade. Manutenção do negócio oculto. Real intenção das partes. Obrigação de fazer. Procedimento administrativo. Fixação do prazo. Sentença parcialmente reformada.

- O preenchimento dos requisitos administrativos para o registro da propriedade perante o serviço de registro imobiliário não impede a análise do direito pelo Poder Judiciário.

- É juridicamente possível o pedido se inexiste vedação legal ao exercício do direito pretendido, mesmo que para tanto seja necessária a comprovação de condições especificadas em lei.

- A legitimidade ativa da parte deve ser analisada de acordo com a narração constante da inicial.

- É nulo o negócio jurídico celebrado para ocultar outro, mas deve persistir aquele ocultado se for válido em objeto e forma.

- A denominação do contrato como sendo de mútuo não impede o reconhecimento da existência de mandato, se das cláusulas contratuais se extrai a real intenção das partes.

- O prazo para o cumprimento da obrigação de fazer deve fluir a partir do preenchimento dos requisitos pela parte demandante para que lhe seja transmitida a propriedade do imóvel rural.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0331.09.009669-3/004 - Comarca de Itanhandu - Apelantes: 1ª) Cíntia Mota Mendes Junqueira de Barros, 2º) Gerson Ribeiro Junqueira de Barros - Apelados: Larry Edward Valentine e sua mulher, Donna Mae Valentine - Litisconsorte: Fazenda Pedra Negra Agropecuária Ltda. - Relator: DES. MARCELO RODRIGUES

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 11ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, à unanimidade, EM NEGAR PROVIMENTO AOS AGRAVOS RETIDOS E DAR PARCIAL PROVIMENTO A AMBOS OS RECURSOS DE APELAÇÃO.

Belo Horizonte, 25 de abril de 2012. - *Marcelo Rodrigues* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. MARCELO RODRIGUES - Cuida-se de recursos de apelação interpostos por Cíntia Mota Mendes Junqueira de Barros e Gerson Ribeiro Junqueira de Barros, contra a sentença de f. 306/3016-TJ, que, nos autos da ação cominatória de obrigação de fazer proposta por Larry Edward Valentine e Donna Mae Valentine, julgou parcialmente procedente o pedido inicial e declarou nulos os contratos de mútuo e de arrendamento rural formados entre as partes, e determinou que os réus entreguem aos autores o imóvel denominado Fazenda Pedra Negra. Fixou os honorários de advogado em R$ 5.000,00 (cinco mil reais) e condenou os autores ao pagamento de 2/3 da custas processuais e do mesmo percentual dos honorários. Condenou os réus ao pagamento do restante das custas e de 1/3 dos honorários de advogado. Julgou improcedente a ação de despejo e condenou os autores ao pagamento das custas processuais e dos honorários de advogado fixados em R$ 1.000,00 (mil reais).

Nas razões do primeiro recurso, 322/361-TJ, Cíntia Mota Mendes Junqueira de Barros requereu, preliminarmente, a apreciação do agravo retido de f. 277/291-TJ e suscitou preliminares de inexistência de documento indispensável à propositura da ação ante a falta de autorização do Incra para a aquisição de imóvel rural, de pedido juridicamente impossível, sob os argumentos de que é vedado a estrangeiros adquirir imóvel rural sem a autorização do Incra e de ilegitimidade, uma vez que inexiste vínculo entre as partes que obrigue a apelante à entrega do imóvel. No mérito, defende a validade do contrato de mútuo, já que inexistente nos autos prova da alegada simulação, e que sua obrigação para com os recorridos é o pagamento do valor mutuado, posto que inexistente qualquer cláusula que imponha a entrega do imóvel objeto da lide. Sustenta a inexistência de contrato verbal de mandato para a aquisição do imóvel objeto da lide e que a procuração dada em nome da recorrente visava à constituição da sociedade limitada que figura como litisconsorte, que celebrou o contrato de arrendamento, também declarado, por equívoco, nulo pelo julgador singular. Defende que os recorrentes não sofreram qualquer abalo moral e que a determinação de transferência do imóvel aos apelados é impossível, por não estarem preenchidas as exigências legais para a aquisição de imóvel rural por estrangeiros.

Comprovante de preparo à f. 362-TJ.

Às f. 363/371-TJ, apela Gerson Ribeiro Junqueira de Barros. Pugna, preliminarmente, pela análise do agravo retido de f. 293/299-TJ. No mérito, argumenta que não houve simulação de contrato de mútuo, sendo essa a única relação jurídica entre o apelante e os segundo e terceiro apelados. Afirma que a existência de modo alternativo de pagamento do mútuo, pela entrega de fazenda, não pode ser considerado como indício da existência do contrato de mandato. Defende que a decisão de entrega do imóvel aos apelados não pode ser cumprida, uma vez que, na condição de estrangeiros, os recorridos não podem ser proprietários de imóveis no Brasil, e por não haver prova de que eles a tenham adquirido.

Comprovante de preparo à f. 372-TJ.

Contrarrazões às f. 376/380-TJ

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço de ambos os recursos e analiso-os conjuntamente em virtude da similitude das matérias devolvidas.

I - Agravo retido.

Ambos os recorrentes pugnaram pela análise dos agravos retidos interpostos contra a decisão de f. 266/268-TJ, que versam sobre a inexistência de documento

indispensável à propositura da lide, da impossibilidade jurídica do pedido inicial e da ilegitimidade ativa dos autores para requerer a transferência da propriedade do imóvel rural.

Passo à análise conjunta dos recursos.

I.a - Ausência de documento essencial à propositura da ação.

Sustentam os agravantes que a peça de ingresso está desacompanhada de documento que comprove a autorização do Incra aos autores para a aquisição de imóvel rural no Brasil, necessário à propositura da demanda.

Contudo, tenho que o referido documento não é pressuposto para a constituição da ação.

Visam os autores à declaração do direito de propriedade sobre o imóvel denominado Fazenda Pedra Negra e a transferência da titularidade do bem perante o registro do bem.

A autorização do Incra, defendida como documento essencial à lide, é, na verdade, requisito para a lavratura da escritura de compra e venda e não impede que se reconheça, judicialmente, o direito dos autores sobre o bem.

Não se pode admitir que os agravantes usem requisito de cunho administrativo como escudo para a análise do direito dos agravados, quando em discussão a relação jurídica entabulada entre as partes.

A ausência de pressuposto para a transmissão da propriedade rural para os autores não tem o condão de interferir na análise, pelo Poder Judiciário, da lisura do comportamento dos agravantes, aqui questionada e sua repercussão na esfera jurídica.

De fato, utilizando-se de argumentos falaciosos, pretendem os recorrentes impedir que seja submetida ao crivo do Judiciário a questão atinente ao suposto descumprimento do contrato verbal de mandato e a celebração de negócio jurídico fraudulento.

Conforme já afirmado, a autorização do Incra far-se-á necessária quando do registro da transmissão da propriedade, não obstaculizando, por certo, o direito constitucional de petição (art. 5º, XXXV, CR).

Ademais, consoante consta do art. 10, parágrafo único, do Decreto 74.965, de 1974, tal como se acha em vigor, a autorização tem prazo de validade de 30 (trinta) dias, de modo que seria inócua sua apresentação quando da propositura da ação, uma vez que já teria expirado.

Rejeito a matéria.

I.b - Pedido juridicamente impossível.

Sustentam os recorrentes ser o pedido de transmissão da propriedade juridicamente impossível, ante a ausência de autorização do Incra para que os autores adquiram propriedade rural em território nacional.

É juridicamente impossível o pedido quando há vedação legal ao reconhecimento do direito que se pretende.

O Decreto 74.965, de 1974, veda expressamente, em seu art. 7º, a aquisição por pessoa estrangeira de imóvel rural superior a 50 (cinquenta) módulos de exploração indefinida, mas admite a aquisição caso a área seja inferior, consoante artigo abaixo transcrito:

> Art. 7º A aquisição de imóvel rural por pessoa física estrangeira não poderá exceder a 50 (cinquenta) módulos de exploração indefinida, em área contínua ou descontínua.
> [...]
> § 2º A aquisição de imóvel rural entre 3 (três) e 50 (cinquenta) módulos de exploração indefinida dependerá de autorização do Incra, ressalvado o disposto no artigo 2º.

Nota-se, pois, que é admitida a aquisição de imóvel rural com área correspondente entre 3 (três) e 50 (cinquenta) módulos de exploração indefinida, caso observados os requisitos da lei.

Importa ressaltar que a não demonstração dos requisitos neste momento processual não impede a análise do direito dos autores sobre o bem. Tendo o imóvel objeto da lide área equivalente a 18,08 módulos de exploração indefinida, o pedido de reconhecimento do direito é possível, e a comprovação da autorização para a aquisição pelo órgão responsável deverá ser apresentada quando da formalização da transmissão de propriedade, que ocorre com o registro na matrícula do imóvel.

Com esses fundamentos, afasto tal invocação.

I.c - Ilegitimidade ativa.

Afirmam os recorrentes que os agravados são parte ilegítima para requerer a propriedade do imóvel, ante a inexistência de negócio jurídico entre as partes relacionado ao bem.

Com efeito, a legitimidade ativa, doutrinariamente, constitui uma das condições da ação, por inegável influência de Liebman, como se vê no *Manual de direito processual civil*, tradução de Cândido Rangel Dinamarco, Rio de Janeiro: Forense, p. 157, cuja lição merece ser transcrita, especificamente no tocante a um dos elementos, a legitimação das partes:

> Legitimação para agir (*legitimatio ad causam*) é a titularidade (ativa ou passiva) da ação. O problema da legitimação consiste em individualizar a pessoa a que pertence o interesse de agir (e, pois, a ação) e a pessoa com referência à qual ele existe; em outras palavras, é um problema que decorre da distinção entre a existência objetiva do interesse de agir e a sua pertinência subjetiva [...] entre esses dois quesitos, ou seja, a existência do interesse de agir e sua pertinência subjetiva, o segundo é que deve ter precedência, porque só em presença dos dois interessados diretos é que o juiz pode examinar se o interesse exposto pelo autor efetivamente existe e se ele apresenta os requisitos necessários.

Aliás, neste ínterim, cumpre lembrar, ainda, que, por aplicação da moderna teoria da asserção, as condições da ação devem ser analisadas de acordo com as narrativas das partes. Desse modo, a legitimidade deve ser aferida em abstrato, à luz da narração dos fatos pelo autor na inicial, ou seja, no momento da asserção. Sob esse enfoque, não resta qualquer dúvida quanto à legitimação, pois narram os agravados a existência de contrato

verbal de mandato pelo qual seria adquirida pelos agravantes propriedade em nome dos agravados, o que lhes garantiria o direito de propriedade.

Segundo a lição de Barbosa Moreira:

> O exame da legitimidade, pois - como o de qualquer das condições da ação -, tem de ser feito com abstração das possibilidades que, no juízo de mérito, vão deparar-se ao julgador: a de proclamar existente ou a de declarar inexistente a relação jurídica que constitui a *res in iudicium deducta*. Significa isso que o órgão judicial, ao apreciar a legitimidade das partes, considera tal relação jurídica *in statu assertionis*, ou seja, à vista do que se afirmou. Tem ele de raciocinar como que admita, por hipótese, e em caráter provisório, a veracidade da narrativa, deixando para a ocasião própria (o juízo de mérito) a respectiva apuração, ante os elementos de convicção ministrados pela atividade instrutória (*Legitimação para agir*. Indeferimento da Petição Inicial, Temas de Direito Processual, Primeira Série. 2. ed. São Paulo: Saraiva, p. 200).

Dessa forma, são legítimos os agravantes para figurarem no polo ativo da lide, sendo certo que a existência do direito é matéria de mérito e com ele será analisado.

Com os fundamentos acima, nego provimento aos agravos retidos.

Passo à análise do mérito, apreciando conjuntamente ambos os recursos de apelação.

2- Recursos de apelação.

Cinge-se a controvérsia a analisar a validade dos contratos de mútuo (f. 40-41-TJ) e arrendamento de propriedade rural (f. 59/62-TJ) celebrado entre as partes e a obrigação dos apelantes em transferir aos recorridos o imóvel rural denominado Fazenda Pedra Negra, situado no município de Itanhandu/MG.

Narram os autores que foi celebrado contrato verbal de mandato, sendo eles os mandantes e os réus mandatários, para a aquisição de propriedade rural, e que o montante necessário à aquisição do imóvel foi devidamente depositado em favor dos contratados, que, ao invés de cumprir o acordo, celebraram o contrato em nome próprio.

Os apelantes, por sua vez, defendem que o dinheiro enviado se refere a contrato de mútuo celebrado entre as partes e em nada se relaciona com a compra do bem.

Do contexto probatório se extrai que foi enviado pelos autores, ora apelados, o montante de US$ 340.000,00 (trezentos e quarenta mil dólares norte-americanos), em duas parcelas datadas de 26.10.05 (f. 31-TJ) e 25/11/05 (f. 33-TJ), no valor de US$ 90.000,00 (noventa mil dólares norte-americanos) e US$ 250.000,00 (duzentos e cinquenta mil dólares norte-americanos), respectivamente.

Em 02.11.11, foi celebrado entre as partes contrato de mútuo, referentes aos valores acima especificados, totalizando o importe de R$ 748.667,36 (setecentos e quarenta e oito mil seiscentos e sessenta e sete reais e trinta e seis centavos) (f. 40-41).

O referido contrato tem como cláusula suspensiva da obrigação dos mutuários a autorização do Incra aos mutuantes para a aquisição de imóvel rural no Brasil, e apresenta como garantia o imóvel registrado sob a matrícula 7.048, perante o Serviço de Registro de Imóveis da Comarca de Itanhandu/MG.

Observo, ainda, que há nos autos as procurações de f. 45-TJ e 52/53-TJ, traduzidas às f. 47/50 e 54/57-TJ, através das quais os recorridos outorgam poderes à primeira apelante para desempenhar qualquer ato referente à propriedade imóvel em nome dos outorgantes, inclusive de aquisição e venda.

A despeito da alegação de que o instrumento de mandato se refere à constituição da sociedade limitada no qual figuram os recorrentes como sócios (Fazenda Pedra Negra Agropecuária Ltda.), não há na referida procuração poderes para tanto.

Na verdade, o instrumento de mandato se refere tão somente a questões atinentes a negócio jurídico relacionado à propriedade, o que corrobora a alegação dos autores de que os recorrentes foram incumbidos de intermediar a compra e venda de imóvel rural, agindo em nome dos outorgantes, ora recorridos.

Observo, ainda, que o contrato de mútuo cuja validade é defendida pelos recorrentes foi celebrado em momento posterior ao primeiro depósito feito pelos apelados, sugerindo que os valores creditados na conta do segundo apelante não estão vinculados ao pacto de f. 40-41-TJ.

É de se ressaltar, ainda, que, a despeito das alegações de que o empréstimo tomado pelos recorrentes junto aos recorridos não tem qualquer vínculo com o imóvel rural objeto da lide, o referido bem consta como garantia da dívida.

Referida previsão contratual, constante da cláusula 2ª do documento acima mencionado relaciona suficientemente o objeto mutuado com o imóvel cujo reconhecimento da propriedade é pretendido pelos recorridos.

A análise conjunta de todos os fatos acima narrados indica a existência de simulação no negócio jurídico instrumentalizado pelo contrato acostado às f. 40/41-TJ, que, ao que parece, serviu para justificar a elevada soma em dinheiro depositada na conta dos apelantes aos órgãos fiscalizadores de renda.

Mas a simulação reconhecida pelo magistrado de primeiro grau é claramente perceptível pela primeira parte da cláusula 2ª do pacto, que assim prevê:

> Cláusula 2ª: O pagamento da quantia tomada em mútuo, sobre o qual não incidirão juros de mora nem correção monetária, será efetivado no prazo de 30 (trinta) dias, contado da data em que os mutuantes adquirirem condição de residentes na República Federativa do Brasil e obtiverem autorização do INCRA (Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária), para que possam adquirir a propriedade de bens imóveis no Brasil, podendo esse prazo ser prorrogado a critério e conveniência das partes.

Pois bem.

Outra não seria a justificativa para vincular o vencimento do contrato à capacidade dos recorridos de adquirir

imóvel rural em território nacional senão a intenção das partes de resolver o contrato através da transferência da titularidade do imóvel objeto do litígio.

A referida cláusula contratual deixa claro que, a despeito de ter sido nominado de mútuo, o pacto regulou a relação de mandato entabulado entre as partes, pelo qual os mutuários, ora apelantes, receberam dos recorridos soma em dinheiro para adquirirem o imóvel rural cuja propriedade seria transferida aos mutuantes assim que preenchessem os requisitos necessários para terem o direito à propriedade rural em território nacional.

O art. 112 do Código Civil de 2002 assim dispõe: "Art. 112. Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem".

E, no caso em análise, resta claro que a intenção dos recorridos foi de que os apelantes intermediassem a aquisição de imóvel em seu nome, para que nele fixassem sua residência, como o fizeram.

Ademais, observa-se, pela escritura de compra e venda acostada às f. 37/38-TJ, que as datas dos depósitos feitos pelos autores em favor dos réus são próximas às datas de pagamento das parcelas do negócio jurídico (28/10/05 e 28/11/05), indicando que os apelados enviaram o dinheiro para o adimplemento da obrigação.

O contrato de mútuo acostado às f. 40/41-TJ se prestou a justificar a elevada soma em dinheiro depositada em favor dos recorrentes perante os órgãos de fiscalização e a solucionar, temporariamente, a questão relativa ao impedimento dos autores de figurarem como titulares do imóvel rural.

Utilizou-se, na verdade, do contrato de mútuo como forma de instrumentalizar o negócio: o fato de que os demandados adquiriam imóvel rural a mando e com dinheiro dos autores, mas em nome próprio e se obrigaram, por vias transversas, a entregar o imóvel quando da regularização da situação dos adquirentes perante o Incra.

Assim, com acerto decidiu o Julgador monocrático ao reconhecer a invalidade do contrato de mútuo e, privilegiando a real intenção das partes, determinar que a propriedade do imóvel descrito na certidão de f. 76/78-TJ seja transferida aos reais adquirentes, os autores.

Essa é a determinação constante do Código Civil de 2002: "Art. 167. É nulo o negócio jurídico simulado, mas subsistirá o que se dissimulou, se válido for na substância e na forma".

Nesse sentido a jurisprudência deste egrégio Tribunal de Justiça:

> Apelação cível. Ação declaratória de nulidade de negócio jurídico. Simulação. Pacto comissório. Nulidade que se reconhece. - Inexiste compra e venda quando não há pagamento. - Ocorre simulação quando o ato jurídico manifestado oculta o verdadeiro caráter do negócio celebrado, nos termos do artigo 167, § 1°, II, do CC/2002. - É nulo o negócio que permite ao credor ficar com o objeto da garantia, no caso de a dívida não ser paga no vencimento, caracterizando pacto comissório, conforme previsto pelo artigo 1.428 do CC/2002. (AC: 1.0313.06.184884-9/001. Relator: Desembargador Pedro Bernardes. *DJe*: 27.05.08).

O fato de os recorridos terem ciência de que o contrato de mútuo era simulado não impede que aleguem em sua defesa a existência do vício, uma vez que, por ser causa de nulidade do contrato, pode ser alegado por uma das partes contra a outra, ou mesmo conhecido de ofício pelo julgador.

Válido é o contrato de mandato, assim como a forma pelo qual foi pactuado, às f. 45/46 e 52/53-TJ, em consonância com o Enunciado 153, aprovado na III Jornada de Direito Civil, abaixo transcrito:

"Na simulação relativa, o negócio simulado (aparente) é nulo, mas o dissimulado será válido se não ofender a lei nem causar prejuízo a terceiros".

Contudo, tenho que a formalização da transferência da propriedade perante o serviço de registro de imóveis depende do atendimento de exigências legais que extrapola o querer dos apelantes.

Isso porque, para que se proceda ao registro da propriedade em nome dos autores, é necessária a comprovação de condições previstas no art. 9° do Decreto 74.965, de 1974, tal como se acha em vigor, a cargo dos apelados, dentre as quais a apresentação de autorização do Incra. Certo é que a concessão da autorização pelo referido instituto pode demandar tempo superior ao prazo de 30 (trinta) dias previsto na sentença, e o lapso temporal decorrente da tramitação do procedimento administrativo não pode prejudicar os recorrentes, mormente por ter sido fixada multa diária pelo descumprimento da obrigação.

Dessa forma, tenho como mais justa a fixação do prazo de 30 (trinta) dias a contar da concessão da autorização pelo Incra para que os recorridos adquiram a propriedade, a partir de quando a negativa do cumprimento da decisão pelos réus passará a ser injustificada.

Por fim, reconhecido o direito de propriedade dos autores sobre a Fazenda Pedra Negra, deve ser mantida a sentença que declarou a nulidade do contrato de arrendamento (f. 59/62-TJ), uma vez que figura com arrendador pessoa ilegítima.

Ademais, como bem ressaltou o Julgador singular, o contrato não se prestou ao real arrendamento do imóvel rural, o que pode ser facilmente concluído pelo preço ínfimo do arrendamento, R$ 500,00 (quinhentos reais).

A primeira apelante narra, inclusive, que o referido pacto teve a intenção de comprovar o exercício de atividade comercial pelos autores, necessário à obtenção de visto para residência no País, afirmativa que confirma o vício do negócio jurídico, e os autores, em contrarrazões, confirmam a simulação do contrato.

Dessa forma, deve ser anulado o contrato de arrendamento, nos moldes do art. 167 do Código Civil de 2002.

Com esses fundamentos, nego provimento aos agravos retidos e dou parcial provimento a ambos os

recursos de apelação, para determinar que a obrigação de transferência de propriedade seja cumprida no prazo de 30 (trinta) dias, a contar da concessão da autorização pelo Incra aos autores para a aquisição de propriedade rural em território nacional, mantida a penalidade fixada em sentença.

Diante da sucumbência recursal mínima dos apelados, mantenho os ônus da sucumbência nos moldes fixados em sentença.

DES. MARCOS LINCOLN - De acordo com o Relator.

DES. WANDERLEY PAIVA - De acordo com o Relator.

Súmula - NEGAR PROVIMENTO AOS AGRAVOS RETIDOS E DAR PARCIAL PROVIMENTO AOS RECURSOS DE APELAÇÃO.

...

Ação de cobrança - Cooperativa de crédito - Rateio de prejuízos - Revelia

Ementa: Ação de cobrança. Cooperativa de crédito. Rateio de prejuízos. Revelia. Pedido julgado procedente.

- É admissível a cobrança dos prejuízos entre os cooperados, quando, além das disposições legais, o Estatuto Social da Cooperativa também estabelecer a possibilidade de rateio das despesas gerais da sociedade e dos prejuízos entre os seus cooperados.

- Inexistem razões para a discussão acerca dos valores cobrados e a forma como foi calculado o débito, já que se aplicaram no presente caso os efeitos da revelia. Ou seja, o valor é devido na forma como foi apresentado.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0382.10.013372-9/001 - Comarca de Lavras - Apelante: Gilberto de Paula Cardoso - Apelado: Cooperativa de Economia e Crédito Mútuo dos Servidores da UFLA, UFJF, UFOP e UFSJ Ltda. (Crediesal) em liquidação - Relator: DES. FRANCISCO 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 NEGAR PROVIMENTO À APELAÇÃO.

Belo Horizonte, 20 de junho de 2012. - *Francisco Batista de Abreu* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. FRANCISCO BATISTA DE ABREU (Relator) - Crediesal - Cooperativa de Economia e Crédito Mútuo dos Servidores da UFLA Ltda. ajuizou "ação de cobrança" em desfavor de Gilberto de Paula Cardoso, alegando: que o réu figurou como cooperado junto a ela nos exercícios dos anos de 1997 a 2002; que, suspensas as atividades dela, autora, por ato da Cecremge, em 2003, e após a expedição da Resolução 2.682/99, foram baixados em prejuízos os contratos inadimplidos, aferindo-se *deficit* nas suas atividades relativo aos períodos anteriores ao exercício de 2002, com posterior e consequente deliberação da assembleia, em 29 de abril de 2005, por sua liquidação; que, promovido o levantamento dos efetivos prejuízos, considerando a condição de cooperado em cada ano financeiro e procurando distribuir equitativamente as obrigações destes com a Cooperativa, proporcionalizou a obrigação do réu e demais cooperados; que se apurou o débito do réu no valor de R$5.173,21, parcelados em 32 meses, do qual não honrou o pagamento integral, restando um débito no valor de R$4.752,59. Requereu, assim, a procedência do pedido e a condenação do réu no valor de R$456,82, devidamente corrigido e acrescido de juros moratórios, bem como as custas e honorários advocatícios, na proporção de 20% do valor da causa.

Citado, o réu apresentou defesa nas f. 112/117. Alegou que ele não preenche os requisitos necessários à associação, já que exerce atividade distinta daquela exigida para o ingresso; que não pairam dúvidas de que a cobrança que vem sendo realizada pela instituição, referente ao rateio aprovado, é ilegal e contrária ao estatuto e à legislação vigente. Requereu, assim, a improcedência do pedido inicial e a condenação da autora nos ônus da sucumbência.

A sentença foi proferida nas f. 148/149. Nela, o pedido da autora foi julgado procedente, e o réu condenado à quantia de R$4.752,59, devidamente corrigida, além de custas e honorários, estes fixados em R$600,00. Fundamentou o Juiz singular que a contestação apresentada pelo réu é intempestiva; que este Tribunal, ao julgar o recurso interposto pelo réu (1.0382.07.081226-0-001), reconheceu sua condição de segurado; que o réu não comprovou qualquer irregularidade nos cálculos do rateio.

Inconformado, o réu interpõe apelação (f. 151/155). Alega que os cálculos e as formas matemáticas utilizadas pela apelada para apuração do valor do rateio e do débito de cada associado se revestem de tal aleatoriedade que não permitem aferir a regularidade da cobrança e dificultam a defesa do cooperado, dada a ausência de especificidade e os critérios genéricos que apresentam; que é público e notório que a apelada se tornou uma verdadeira "indústria do prejuízo", na qual os "sócios", ao subscreverem as fichas de associados e integralizarem as cotas, tornam-se reféns da má administração e dos prejuízos advindos. Pugna pelo provimento do recurso, para que seja reformada a sentença e julgado improcedente o pedido inicial.

Sem contrarrazões, conforme certidão de f. 156-v.

É o relatório.

Voto

Razão não assiste ao apelante.

Sendo o réu revel, reputam-se, e não se presumem, verdadeiros os fatos alegados na inicial. O art. 319 do Código de Processo Civil é claro quando dispõe que, se o réu não contestar a ação, reputar-se-ão verdadeiros os fatos afirmados pelo autor.

Nesse contexto, as fases do processo sofrem alteração. Salta-se da fase postulatória para a decisória, desprezando-se a instrutória. O julgamento antecipado da lide é imperioso, o juiz conhecerá diretamente do pedido, dispensando qualquer produção de prova quando a questão de mérito for unicamente de direito; sendo de direito e de fato quando não houver necessidade de produção de provas e quando ocorrer a revelia.

Como consequência: o pedido inicial é procedente da forma como apresentado. Só não se opera esse efeito se houver pluralidade de réus; se o litígio versar sobre direitos indisponíveis e se a petição inicial não estiver acompanhada de documento público que a lei considere indispensável à prova do fato.

Pensando dessa forma, tratando aqui unicamente da matéria de direito discutida nos autos, a dívida apontada deve ser entendida como devida, mesmo porque, estabelece o art. 89 da Lei 5.764/71, que define a Política Nacional de Cooperativismo e institui o regime jurídico das sociedades cooperativas:

> Art. 89. Os prejuízos verificados no decorrer do exercício serão cobertos com recursos provenientes do Fundo de Reserva e, se insuficiente este, mediante rateio, entre os associados, na razão direta dos serviços usufruídos, ressalvada a opção prevista no parágrafo único do art. 80.

O referido art. 80, por sua vez, preceitua que:

> Art. 80. As despesas da sociedade serão cobertas pelos associados mediante rateio na proporção direta da fruição de serviços.
> Parágrafo único. A cooperativa poderá, para melhor atender à equanimidade de cobertura das despesas da sociedade, estabelecer:
> I - rateio, em partes iguais, das despesas gerais da sociedade entre todos os associados, quer tenham ou não, no ano, usufruído dos serviços por ela prestados, conforme definidas no estatuto;
> II - rateio, em razão diretamente proporcional, entre os associados que tenham usufruído dos serviços durante o ano, das sobras líquidas ou dos prejuízos verificados no balanço do exercício, excluídas as despesas gerais já atendidas na forma do item anterior.

Somada à disposição legal, tem-se ainda a previsão do Estatuto Social da Cooperativa, que estabelece, nos arts. 22-A e 23, a possibilidade de rateio das despesas gerais da sociedade e também dos prejuízos entre os seus cooperados.

Portanto, legalmente, o pedido da apelada tem amparo, inexistindo razões para a discussão acerca dos valores cobrados e a forma como foi calculado o débito, já que, como visto, aplicaram-se no presente caso os efeitos da revelia. Ou seja, o valor é devido na forma como foi apresentado.

Registre-se, ainda, que também não compete neste momento a discussão sobre a existência de relação cooperativista entre o apelante e a apelada, de vez que em ação própria a matéria já foi analisada, conforme se verifica na decisão juntada nas f. 127/129.

Sendo assim, sem mais delongas, nega-se provimento à apelação.

Custas, pelo apelante, com as observações legais.

DES. SEBASTIÃO PEREIRA DE SOUZA (Revisor) - De acordo com o Relator.

DES. OTÁVIO DE ABREU PORTES - De acordo com o Relator.

Súmula - NEGAR PROVIMENTO À APELAÇÃO.

...

Imissão na posse - Imóvel - Arrematação - Leilão extrajudicial - Propriedade comprovada - Art. 1.228 do Código Civil - Art. 37, § 2º, do Decreto-lei nº 70/66 - Taxa de ocupação - Possibilidade - Art. 38 do Decreto-lei nº 70/66 - Valor - Manutenção

Ementa: Apelação cível. Ação de imissão de posse. Bem arrematado. Propriedade comprovada. Direito à imissão na posse do imóvel. Art. 1.228 do CC/02 e art. 37, § 2°, do Decreto-lei n° 70/66. Taxa de ocupação. Possibilidade. Art. 38 do Decreto-lei n° 70/66. Valor. Manutenção. Recurso desprovido.

- O atual proprietário de imóvel arrematado em leilão extrajudicial, após transcrita a carta de arrematação e a escritura de compra e venda no Registro de Imóveis, tem direito à imissão na posse do bem.

- É prevista no art. 38 do Decreto-lei n° 70/66 a possibilidade de o julgador fixar taxa de ocupação, devida desde o registro da arrematação até a imissão do arrematante na posse do imóvel.

- Mostra-se justo o valor de fruição do imóvel fixado de acordo com a prática de mercado, para imóveis residenciais, em que o valor do aluguel se aproxima a 0,5% do preço do bem.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0701.11.013382-7/002 - Comarca de Uberaba - Autora: Aparecida das Graças Oliveira - Apelantes: Valdivino Jacinto de Oliveira e sua mulher - Réus: Ângela Maria Picolo Crivelaro, Valdir Crivelaro e sua mulher. - Relator: DES. ANDRÉ 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, 28 de junho de 2012. - *André Leite Praça* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. ANDRÉ LEITE PRAÇA (Relator) - Trata-se de recurso de apelação interposto por Valdivino Jacinto de Oliveira e Aparecida das Graças Oliveira, em face da sentença proferida pelo MM. Juiz de Direito da 1ª Vara Cível da Comarca de Uberaba, que julgou procedente o pedido formulado por Valdir Crivelaro e Ângela Maria Picolo Crivelaro, em "ação de imissão de posse c/c pedidos de liminar e indenização por perdas e danos", para confirmar a antecipação de tutela que deferiu a imissão de posse em favor dos ora apelados (f. 274/277), e fixar a taxa de ocupação no valor de R$ 500,00 (quinhentos reais) por mês, devido a partir da notificação até a data da imissão, com correção monetária e juros de 1% ao mês, a partir da sentença.

Os apelantes sustentam, em apertada síntese, a falta de documentos indispensáveis para provar a legalidade da adjudicação, nos termos do Decreto-lei nº 70/66, não havendo como se deferir aos recorridos o pleito de imissão de posse, diante da inexistência do esbulho possessório. Alegam, ainda, que o valor arbitrado a título de taxa de ocupação é abusivo, tendo sido aleatoriamente requerido pelos apelados, sem qualquer prova de que se trata de valor justo, de acordo com a prática do mercado.

Requerem, portanto, a reforma da sentença, julgando-se improcedentes os pedidos iniciais e invertendo-se os ônus da sucumbência. *Ad argumentandum*, pleiteiam a minoração do valor impugnado para R$ 250,00 (duzentos e cinquenta reais).

Contrarrazões recursais foram apresentadas pelos recorridos às f. 297/307, pugnando pelo desprovimento do recurso e confirmação da sentença.

É o relatório.

Passo a decidir.

Conheço do recurso, uma vez que presentes os pressupostos de admissibilidade.

Valdir Crivelaro e Ângela Maria Picolo Crivelaro ajuizaram "ação de imissão de posse c/c pedidos de liminar e indenização por perdas e danos" em face de Valdivino Jacinto de Oliveira e Aparecida das Graças Oliveira, alegando, em suma, que adquiriram da Caixa Econômica Federal imóvel por ela retomado dos réus, em virtude do descumprimento das obrigações previstas no contrato de compra e venda celebrado em 16.12.1998. Aduzem que, apesar da existência de ordem judicial de desocupação proferida em ação anteriormente ajuizada pela CEF e da notificação extrajudicial de f. 29, os requeridos continuam na posse do imóvel. Acrescentam que estão hospedados em hotel, diante da impossibilidade de exercer a posse direta do imóvel adquirido.

Requerem, assim, "o deferimento de liminar de imissão de posse" e, ao final, a confirmação dessa medida, bem como a condenação dos réus a pagarem o valor mensal de R$ 500,00 (quinhentos reais), a título de aluguel e/ou lucros cessantes.

O MM. Juiz julgou procedente o pedido inicial, confirmando a decisão de f. 274/277, que deferiu a antecipação de tutela para determinar a imissão de posse em favor dos autores, fixando, ainda, a taxa de ocupação no valor de R$ 500,00 (quinhentos reais) por mês, devido a partir da notificação até a data da imissão, com correção monetária e juros de 1% ao mês, a partir da sentença.

Inconformados, os requeridos interpõem apelação, pugnando pela reforma da sentença, consoante as razões recursais de f. 288/292.

A meu sentir, o *decisum* monocrático merece ser mantido.

É sabido que a imissão de posse é ação peculiar, demanda petitória daquele que possui direito à posse contra aquele que tem a obrigação de transferi-la.

Noutras palavras, a ação de imissão de posse é o instrumento processual colocado à disposição daquele que, com fundamento no direito de propriedade e sem nunca ter exercido a posse, almeja obtê-la judicialmente. Tal ação visa, pois, realizar o direito à posse.

Acerca do tema, leciona a doutrina:

> À primeira vista, poderia o nome imissão de posse indicar uma espécie de ação possessória. Contudo, é tipicamente uma ação petitória que, na maior parte das situações, deverá ser adotada por quem adquire a propriedade por meio de título registrado, mas não pode investir-se na posse pela primeira vez, pois o alienante, ou um terceiro (detentor) e ele vinculado, resiste em entregá-la. [...]. O novo proprietário invocará o *jus possidendi*, pois pedirá a posse com fundamento na propriedade que lhe foi transmitida. (FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direitos reais*. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 181.)

Tecidas essas considerações sobre a ação de imissão na posse como instrumento à disposição de quem se ampara no direito de propriedade, impõe-se destacar que o direito de propriedade imobiliária somente se perfaz com o registro do título no competente Registro de Imóveis, à luz do artigo 1.245 do Código Civil.

Na hipótese em apreço, depreende-se dos autos que os apelados arrematarm o imóvel objeto da presente

ação em hasta pública, nos termos do Decreto-lei nº 70/66, tornando-se titulares do domínio do referido bem, conforme demonstra o registro imobiliário, matrícula nº 21.218, documentos de f. 14/17 e 23/26.

Comprovada a propriedade do imóvel, têm os recorridos o direito de reavê-lo, nos termos do art. 1.228 do CC/2002, bem como de imitirem-se na posse do bem, consoante previsto no § 2º do art. 37 do Decreto-lei nº 70/66. Confira-se, *in verbis*:

> Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.
>
> Art. 37. [...]
> § 2º Uma vez transcrita no Registro Geral de Imóveis a carta de arrematação, poderá o adquirente requerer ao Juízo competente imissão de posse no imóvel, que lhe será concedida liminarmente, após decorridas as 48 horas mencionadas no parágrafo terceiro deste artigo, sem prejuízo de se prosseguir no feito, em rito ordinário, para o debate das alegações que o devedor porventura aduzir em contestação.

Lado outro, importa ressaltar que não há nos autos qualquer indício de erro ou irregularidade no procedimento de execução extrajudicial e na arrematação, não merecendo acolhida o argumento de defesa dos recorrentes de que não fora provada a legalidade da adjudicação, até mesmo porque, além de não atendido o inciso II do art. 333 do CPC, na forma do citado § 2º do art. 37 do Decreto-lei nº 70/66, a imissão do arrematante na posse do imóvel poderá ser requerida tão logo seja a aquisição transcrita no Registro de Imóveis.

Ademais, registre-se que tal tese de defesa dos apelantes já fora rechaçada quando do julgamento da ação proposta pela CEF em seu desfavor, conforme se observa às f. 31/61.

Desse modo, diante da ausência de prova de irregularidades na arrematação, que está transcrita no registro de imóveis, deve ser mantida a imissão dos apelados na posse do imóvel, assegurada nos termos do art. 37, § 2º, do Decreto-lei nº 70/66.

Nesse sentido, em caso análogo, a jurisprudência deste eg. Tribunal de Justiça:

> Apelação cível. Imissão de posse. Leilão extrajudicial. Carta de arrematação. Prova de propriedade. Arrematante. Direito de imissão na posse. Existência. - O arrematante de imóvel em leilão extrajudicial tem o direito de ser imitido no imóvel se comprovar a relação jurídica que lhe transferiu os direitos de propriedade sobre o imóvel, possuindo legitimidade *ad causam* contra o alienante e/ou contra terceiros que injustamente detenham a posse do bem (TJMG. Apelação Cível nº 1.0151.08.027419-5/001, Rel. Des. Luciano Pinto, j. em 18.06.2009).

No tocante à taxa de ocupação, sabe-se que é prevista no art. 38 do Decreto-lei nº 70/66 a possibilidade de o julgador fixá-la desde o registro da arrematação até a imissão do arrematante na posse do imóvel. Confira-se, *in verbis*:

> Art. 38. No período que mediar entre a transcrição da carta de arrematação no Registro Geral de Imóveis e a efetiva imissão do adquirente na posse do imóvel alienado em público leilão, o juiz arbitrará uma taxa mensal de ocupação compatível com o rendimento que deveria proporcionar o investimento realizado na aquisição, cobrável por ação executiva.

Este eg. Tribunal de Justiça reconhece a possibilidade de o juiz fixar a taxa de ocupação no bojo de ação de imissão de posse, consoante se observa dos seguintes julgados:

> Apelação. Ação de imissão de posse. Pendência de recurso extraordinário em demanda anterior de repetição de indébito. Desnecessidade de suspensão do feito até o trânsito em julgado. Decreto-lei nº 70/66. Constitucionalidade. Arrematação do bem. Imissão de posse. Arbitramento de taxa de ocupação. Possibilidade. - Nos termos do § 2º do art. 542 do CPC, o recurso extraordinário não possui efeito suspensivo, da mesma forma que o agravo interposto contra a decisão que o inadmitiu, que detêm, apenas e tão-somente, efeito devolutivo. - Logo, não há se falar em suspensão da presente imissão de posse até o julgamento do citado agravo de instrumento, relativo a ação de repetição de indébito anterior. - Inexistindo nos autos qualquer indício de erro ou irregularidade no procedimento de execução extrajudicial e na arrematação, o que sequer foi alegado, deve o arrematante ser imitido na posse do imóvel, tão logo seja a aquisição transcrita no registro competente, conforme previsão do § 2º do art. 37 do Decreto-lei nº 70/66. - É perfeitamente possível, no bojo de ação de imissão de posse ajuizada pelo arrematante, o arbitramento, pelo juiz, de taxa mensal de ocupação do imóvel, nos termos do art. 38 do Decreto-lei nº 70/66. - Sentença parcialmente reformada (TJMG. Apelação Cível nº 1.0024.01.032305-3/001, Rel. Des. Eduardo Mariné da Cunha, j. em 19.12.2007).
>
> Ação de imissão na posse. Bem arrematado em hasta pública. Registro da carta de arrematação em cartório. Imissão deferida. Regra do § 2º do art. 37 do Decreto-lei 70/66. Taxa de ocupação. Cobrança devida. Sentença mantida. 1 - O art. 37, § 2º, do Decreto-lei nº 70/66, estabelece expressamente o direito à imissão na posse do adquirente do imóvel que arrematou o bem em leilão e registrou a respectiva Carta de Arrematação no Cartório competente. 2 - A possibilidade de o julgador fixar taxa de ocupação desde o registro da arrematação até a imissão do arrematante na posse do imóvel é prevista no art. 38 do Decreto-lei 70/66 (TJMG. Apelação Cível nº 1.0702.08.437326-6/001, Rel. Des. José Marcos Vieira, j. em 01.09.2010).

Quanto ao valor a ser arbitrado, nos moldes do art. 38 do Decreto-lei nº 70/66, a quantia deve corresponder ao "rendimento que deveria proporcionar o investimento realizado na aquisição".

In casu, o digno Juiz fixou a importância de R$ 500,00 (quinhentos reais) a título de taxa de ocupação.

Os apelantes, por sua vez, argumentam que o valor fixado pelo digno Juiz é excessivo.

Entendo, todavia, como justo o valor de fruição do imóvel fixado na sentença, estando de acordo com o

praticado no mercado, para imóveis residenciais, em que o valor do aluguel se aproxima a 0,5% do preço do bem.

A respeito do assunto, colhe-se o entendimento desta eg. 17ª Câmara Cível, em voto de Vogal do eminente Desembargador Eduardo Mariné da Cunha:

> Agravo de instrumento. Ação indenizatória. Atraso na entrega de apartamento em construção. Fixação de multa pelo descumprimento parcial do contrato. Possibilidade. Cláusula penal. Analogia. Redução. Possibilidade. Recurso parcialmente provido. - Por aplicação analógica do art. 413 do CC, é possível a redução da multa fixada para o caso de descumprimento parcial do contrato, por atraso na entrega de apartamento em construção, quando esta for manifestamente excessiva tendo em vista a natureza e a finalidade do negócio. - Em regra, o valor do aluguel de um imóvel como o do objeto do contrato, se pronto estivesse, não corresponderia jamais a 1% de seu preço. Assim, entendo justo reduzir o percentual a 0,5% do preço do imóvel, que é, no máximo, o que alcançaria o valor locatício, para compensar os lucros cessantes que não podem exorbitar do limite da razoabilidade. - Recurso parcialmente provido. [...] (TJMG. Agravo de Instrumento CV nº 1.0024.11.287415-1/001, j. em 16.02.2012).

Com efeito, levando-se em conta o valor do imóvel em tela, aproximadamente R$ 83.000,00 (oitenta e três mil reais), consoante documentos de f. 23/28, vejo por bem manter a taxa de ocupação arbitrada pelo Juízo primevo.

Dessarte, merece ser mantido integralmente o *decisum* recorrido.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

Custas recursais, pelos apelantes, porém suspensa a exigibilidade, na forma do art. 12 da Lei n° 1.060/50.

DES. EVANDRO LOPES DA COSTA TEIXEIRA (REVISOR) - De acordo com o Relator.

DES. EDUARDO MARINÉ DA CUNHA - De acordo com o Relator.

Súmula - NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Embargos de terceiro - Carência de ação - Não ocorrência - Reforma da sentença terminativa - Prova necessária - Ausência

Ementa: Civil e processual civil. Apelação. Embargos de terceiros. Carência de ação. Inocorrência. Reforma da sentença terminativa. Ausência de prova necessária. Art. 515, § 3º, do CPC. Prova determinada.

- Os embargos de terceiros são meio adequado de defesa, a ser utilizado pelos sócios da devedora na fase cumprimento/execução de sentença, se nesta fase houve a desconsideração da personalidade jurídica, já que não foram partes no processo na fase de conhecimento, podendo tal defesa buscar a proteção da posse de seus bens, não havendo se falar em carência de ação.

- A produção de prova necessária pode e deve ser determinada, mesmo em grau de recurso, pelo Tribunal, conforme art. 130 do Código de Processo Civil, o que impede o julgamento de mérito permitido pelo art. 515, § 3º, do CPC.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0518.10.015677-8/001 - Comarca de Poços de Caldas - Apelantes: Pedro Nelson do Nascimento e outros, Pedro Henrique do Nascimento, Bruno Henrique do Nascimento - Apelado: Nelson de Castro Lopes - 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 DAR PROVIMENTO AO RECURSO PARA AFASTAR A PRELIMINAR DE CARÊNCIA DE AÇÃO E, DE OFÍCIO, DETERMINAR A PRODUÇÃO DE PROVAS.

Belo Horizonte, 28 de junho de 2012. - *Márcia De Paoli Balbino* - Relatora.

Notas taquigráficas

DES.ª MÁRCIA DE PAOLI BALBINO - Ao relatório do douto Juiz sentenciante, acresço que constou do dispositivo da sentença à f. 64:

> Pelo exposto, julgo os autores carecedores de ação nos termos do art. 267, VI, do CPC. Condeno os embargantes ao pagamento das custas e honorários advocatícios, que arbitro em 10% sobre o valor da causa, cuja exigibilidade fica suspensa nos termos da LJ.

Foi interposto o presente recurso de apelação pelos embargantes (f. 68/72), pugnando pela reforma da sentença para que seja julgado procedente o pedido formulado na inicial, porque entendem:

a) que, em se tratando de cumprimento de sentença, não são cabíveis embargos à execução, mas sim impugnação, como estabelece o art. 475-L do CPC;

b) que não estão presentes os requisitos para o deferimento da desconsideração da personalidade jurídica;

c) que têm cabimento os embargos de terceiros, haja vista que não são partes no processo principal, mas sim a empresa Ômega Construtora Ltda., da qual são sócios;

d) que os embargos de terceiro consistem em defesa própria de quem, não sendo parte do processo, sofre turbação ou esbulho na posse de seus bens;

e) que têm legitimidade para opor embargos de terceiros, porquanto deferida a desconsideração da

personalidade jurídica na fase de execução em desfavor dos sócios da empresa;

f) que não ficou demonstrada fraude ou qualquer outra causa que possa justificar a desconsideração da personalidade jurídica;

g) que não se esgotaram os meios ordinários para a localização de bens possíveis de penhora contra a real devedora, a ensejar a desconsideração da personalidade jurídica.

Intimado (f. 73), o apelado não apresentou contrarrazões (f. 75).

É o relatório.

Juízo de admissibilidade:

Conheço do recurso porque próprio, tempestivo e isento de preparo por estarem os apelantes amparados pela justiça gratuita (f. 62).

Preliminares.

a) Ausência de carência da ação.

Trata-se de ação de embargos de terceiros ajuizada pelos embargantes, Pedro Nelson do Nascimento, Pedro Henrique do Nascimento e Bruno Henrique, ora apelantes, em que pretendem a reforma da decisão que deferiu a desconsideração da personalidade jurídica da empresa da qual são sócios, Ômega Construtora Ltda., para incluí-los no polo passivo da execução/cumprimento de sentença.

Os embargantes apelam da sentença, em que a MM. Juíza julgou os autores carecedores dos embargos de terceiro, nos termos do art. 267, VI, do CPC.

Alegam que seus embargos de terceiro são meio próprio para se defenderem.

Alegam que não há carência de ação.

Dispõe o art. 267 do CPC:

> 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.

Pois bem. A ação é de embargos de terceiros e foi motivada pela alegada ausência de requisitos para o deferimento da desconsideração da personalidade da empresa Ômega Construtora Ltda., da qual os apelantes são sócios.

No caso, houve desconsideração da personalidade jurídica na fase de cumprimento da sentença/acórdão de f. 79/84, conforme decisão de f. 58/59.

Os apelantes, sócios da devedora, foram citados para pagar ou embargar, conforme termos da própria decisão de f. 59.

Se se trata de cumprimento de sentença, não cabiam os embargos à execução ou embargos de devedor.

Nos termos da nova redação do CPC, a execução de sentença agora se dá conforme cumprimento de sentença, nos próprios autos, que não admitem embargos, mas apenas impugnação. Vejamos.

> Art. 475-I. O cumprimento da sentença far-se-á conforme os arts. 461 e 461-A desta Lei ou, tratando-se de obrigação por quantia certa, por execução, nos termos dos demais artigos deste capítulo.
> Art. 475-J. Caso o devedor, condenado ao pagamento de quantia certa ou já fixada em liquidação, não o efetue no prazo de quinze dias, o montante da condenação será acrescido de multa no percentual de dez por cento e, a requerimento do credor e observado o disposto no art. 614, inciso II, desta Lei, expedir-se-á mandado de penhora e avaliação.
> § 1º Do auto de penhora e de avaliação será de imediato intimado o executado, na pessoa de seu advogado (arts. 236 e 237), ou, na falta deste, o seu representante legal, ou pessoalmente, por mandado ou pelo correio, podendo oferecer impugnação, querendo, no prazo de quinze dias.

Diante da nova sistemática trazida pela Lei 11.232/2005, a execução de título judicial deixou de ser um procedimento diverso do processo de conhecimento. Conforme é sabido, a regra atual dispõe que o cumprimento da sentença consiste em uma etapa final do processo de conhecimento, dispensando a formação de processo autônomo.

Ora, se os apelantes foram citados para o cumprimento da sentença, ou seja, para pagar em razão da desconsideração da personalidade jurídica, eles podem utilizar os embargos de terceiro para questionar a desconsideração.

Cabíveis, pois, os embargos de terceiros, pelos sócios, na fase de cumprimento/execução de sentença, pois não foram parte no processo na fase de conhecimento.

Lado outro, a iminência da penhora dos bens próprios, decorrência lógica da decisão que os incluiu na execução, equipara-se à turbação ou à ameaça iminente dela.

Logo, os embargos de terceiro são adequados para os apelantes verem decidida a questão levantada, ou seja, a de que teria sido descabida a desconsideração da personalidade jurídica e de que a real devedora tem sede e bens a penhorar, ou seja, indiretamente pretenderam a manutenção da posse de seus bens próprios.

Dispõe o art. 1.046 do CPC:

> Art. 1.046. Quem, não sendo parte no processo, sofrer turbação ou esbulho na posse de seus bens por ato de apreensão judicial, em casos como o de penhora, depósito, arresto, sequestro, alienação judicial, arrecadação, arrolamento, inventário, partilha, poderá requerer lhes sejam manutenidos ou restituídos por meio de embargos.

Segundo Ernane Fidélis dos Santos,

> o objetivo dos embargos de terceiro, regra geral, é sempre a proteção possessória. A posse molestada pode estar sendo exercida pelo titular do direito, propriedade plena ou não, como pode estar sendo exercida a outro título e mesmo a nenhum título.
> No primeiro caso, o possuidor poderá alegar o seu direito, e isto naturalmente terá consequências, mas poderá unicamente alegar sua posse. No segundo caso, a proteção possessória é a mais ampla possível, para efeito de manutenção ou reintegração. O possuidor poderá, ou não, também

como consequência, alegar o título, pelo qual possua, mas a simples posse é protegida. Até mesmo a posse injusta, conforme dissemos (Comentários ao Código de Processo Civil. Ed. Forense, vol. VI, nº 366, p. 490).

Humberto Theodoro Júnior ensina que:

Daí a existência dos embargos de terceiro, remédio processual que a lei põe à disposição de quem, não sendo parte no processo, sofre turbação ou esbulho na posse de seus bens por ato de apreensão judicial, em casos como o de penhora, arresto, sequestro, alienação judicial, arrecadação, arrolamento, inventário, partilha etc. (art. 1.046).
[...]
Os embargos de terceiro são manejáveis por senhor e possuidor e até mesmo apenas por possuidor (art. 1.046, parágrafo 1º).
Requisitos dessa medida, portanto, são o direito ou a posse do terceiro a justificar a exclusão dos bens da medida executiva que se processa entre estranhos ao embargante (in Curso de direito processual civil. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. III, p. 277 e 278).

Nos tribunais, há vários julgados que demonstram o julgamento de embargos de terceiro de sócios, decorrente de desconsideração da personalidade jurídica:

Processual civil. Embargos declaratórios em agravo regimental em medida cautelar. Omissão relevante. Embargos de terceiro. Legitimidade ativa. Intimação acerca da desconsideração da personalidade jurídica e da praça não comprovada. Efeito suspensivo.
1. Havendo omissão relevante a respeito de fundamento do pedido cautelar, justifica-se o acolhimento dos embargos de declaração com efeitos modificativos.
2. Concessão do efeito suspensivo até o exame, pelo Superior Tribunal de Justiça, da alegação, deduzida no recurso especial, de ausência de citação da embargante como falida, nos autos da falência, bem como da falta de intimação da decisão que desconsiderou a personalidade jurídica para atingir bens pessoais dos sócios e da praça dos imóveis integrantes da meação que se busca proteger com os embargos de terceiro.
3. Embargos de declaração acolhidos. (EDcl no AgRg na MC 17.690/RJ, Rel.ª Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 22.11.2011, DJe de 30.11.2011.)

Agravo regimental no agravo de instrumento. Embargos de terceiro. Acórdão recorrido que decidiu pela ausência de fraude a execução e inaplicabilidade da teoria da desconsideração da personalidade jurídica. Rever a decisão importa no reexame de prova.
1. Não há violação aos arts. 165, 458, 515 e 535 do Código de Processo Civil, pois o eg. Tribunal a quo dirimiu as questões pertinentes ao litígio, afigurando-se dispensável que venha examinar uma a uma as alegações e fundamentos expendidos pelas partes.
2. A afronta aos arts. 593, 1.046 do Código de Processo Civil e arts. 485, 530 e 533 do Código Civil importa no reexame de prova, o que é defeso nesta instância especial, segundo assenta a Súmula 7/STJ.
3. O agravo regimental não pode ser usado para aditar as razões do recurso especial.
4. Agravo regimental improvido. (AgRg no Ag 523.421/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 28.10.2008, DJe de 17.11.2008.)

Nesse sentido:

Embargos de terceiro - Presença do requisito posse - Interesse de agir - Bem penhorado de propriedade e posse do sócio majoritário - Teoria da desconsideração da personalidade jurídica da empresa executada - Ausência de comprovação de fraude ou abuso do direito - Impossibilidade.
1 - Os embargos de terceiro constituem meio idôneo de proteção de domínio e de posse ou de direito real ou obrigacional que confere posse sobre coisa alheia. Deste modo, o interesse de agir é de quem não é parte na execução e pretende ter direito sobre o bem que sofre constrição.
2 - Sem que se prove ter agido o sócio ao arrepio dos estatutos sociais, em fraude à lei ou em abuso de direito, não se lhe pode atribuir a responsabilidade com o reconhecimento da desconsideração da personalidade jurídica da empresa e ter como válida a penhora de bem de seu patrimônio particular.
3 - Recurso improvido. (TAMG, 2ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 291.137-7, Rel. Juiz Batista Franco, j. em 08.02.2000, RJTAMG 78/145.)

Ementa: Civil e processual civil - Apelação - Embargos de terceiro - Execução - Penhora - Bens dos sócios - Desconsideração da personalidade jurídica - Não ocorrência de hipóteses que a autorizam - Ausência de decisão específica e de prova - Manutenção da sentença de procedência. - Para que ocorra penhora sobre bens dos sócios é necessária, à desconsideração da personalidade jurídica, que haja decisão explicíta e prova robusta das circunstâncias que autorizam a desconsideração. - Ausentes tais elementos, são procedentes os embargos de terceiro visando ao cancelamento da penhora irregular. (TJMG) - Apelação Cível nº 1.0194.07.070306-2/001, Relatora, Des.ª Márcia De Paoli Balbino, *DJ* de 09.05.2008.)

Civil e processo civil - Prova testemunhal - Indeferimento - Cerceamento de defesa - Não ocorrência - Princípio do livre convencimento motivado do julgador - Execução - Sociedade empresária - Inexistência de bens - Desconsideração da personalidade jurídica - Desvio de finalidade - Confusão patrimonial - Ausência de demonstração - Penhora de bem de suposto sócio - Ilegalidade da medida - Embargos de terceiro - Acolhimento. [...] Em face do disposto no art. 50 do Código Civil, o deferimento do pedido de desconsideração da personalidade jurídica de sociedade empresária reclama a demonstração pelo requerente da ocorrência de desvio de finalidade ou confusão patrimonial, não sendo suficiente a inexistência de bens passíveis de satisfazer crédito reclamado em ação de execução. É ilegal a constrição judicial que recai sobre o patrimônio de terceiro sob mera alegação de insuficiência de bens de sociedade empresária a qual pertenceu, notadamente se ao tempo da constituição do título executivo, já não mais integrava os quadros sociais. (AC 1.0024.05.630730-9/001, 18ª Câmara Cível/TJMG, Rel. Des. D. Viçoso Rodrigues, p. em 23.04.2007.)

Ementa: Embargos de terceiro - Desconsideração da personalidade jurídica - Não comprovação dos requisitos - Litigância de má-fé - Inocorrência. - Devem ser acolhidos os embargos de terceiro, nos termos do que dispõe o art. 1.046 do CPC, uma vez que a pessoa jurídica embargante, não sendo parte na execução de sentença, sofreu ato indevido de penhora sobre bens de sua propriedade, para saldar dívida pessoal da esposa de seu sócio. Para a decretação da desconsideração da personalidade jurídica, necessárias a demonstração e a comprovação de situações fáticas revestidas de má-fé, fraude ou abuso de direito. Hipóteses não verificadas no caso concreto.Impossibilidade de imposição de multa por litigância de má-fé, diante da ausência de prova de que o apelado tenha agido com improbidade. (TJMG) - Apelação Cível nº

1.0024.08.231548-2/001, Relator, Des. Eduardo Mariné da Cunha, *DJ* de 20.05.2009.)

Entendo, pois, não haver absoluta carência de ação.

Por isso, dou provimento ao recurso para afastar a preliminar de carência de ação, restando, pois, reformada a sentença.

b) Ausência de prova necessária e art. 515, § 3º, do CPC

Afastada a preliminar que havia sido reconhecida na sentença, observo que o processo ainda não comporta julgamento de mérito, não sendo possível adotar o disposto no art. 515, § 3º, do CPC. Vejamos.

Inicialmente, vale ressaltar que o processo não é um fim em si mesmo e sua efetividade para o jurisdicionado é a busca da verdade real, devendo o magistrado procurá-la a qualquer custo, sob pena de violação aos princípios da busca da verdade real, do devido processo legal e da ampla defesa.

Com efeito, sendo o juiz o destinatário real da prova, conforme disposto no art. 130 do CPC, pode avaliar livremente as alegações das partes, mas deve aplicar seu prudente arbítrio para se assegurar da verossimilhança dessas alegações, podendo, inclusive, determinar a produção de provas de ofício.

Nesses casos, o juiz não corre o risco de incorrer em parcialidade, porque, se as partes pedem a prestação jurisdicional, mas não oferecem provas suficientes a tanto, ao juiz incumbe determinar a prova necessária, mesmo de ofício, ainda que em segundo grau de jurisdição.

Sobre a necessidade de determinação da prova de ofício, leciona José Carlos Barbosa Moreira que:

> Falta enfrentar esta questão: quid iuris, se não vem aos autos a prova de algum fato relevante? Um modo de lidar com tal situação é lançar as consequências desfavoráveis da carência probatória sobre o litigante a quem aproveitaria o fato não provado. Nessa perspectiva, as leis costumam estabelecer regras sobre o chamado onus probandi: v.g., no CPC brasileiro, o art. 333, distribui o ônus entre o autor, para fato constitutivo do alegado direito, e o réu, para os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos dele.
>
> É essa a única possível solução? Não poderá o juiz, por sua própria iniciativa, ordenar a realização de prova destinada a suprir a lacuna? Sempre nos pareceu, e parece a muitos outros, que a semelhante pergunta se há de responder afirmativamente. Julgar segundo as regras de distribuição do ônus não é atitude que tranquilize de todo o juiz consciente de sua responsabilidade: ele atira no escuro; pode acertar o alvo, mas pode igualmente errar, e sua sentença, injusta, produzirá na vida dos litigantes efeitos diversos dos queridos pelo ordenamento, quando não diametralmente opostos. Não será preferível que ele procure fazer jorrar alguma luz sobre os desvãos escuros da causa - e, se possível, baseie o julgamento numa ciência mais exata e completa do que realmente aconteceu?
>
> [...] Quem quer o fim, quer os meios. Se a lei quer que o juiz julgue, não pode deixar de querer que ele julgue, tanto quanto possível, bem informado; logo, não deve impedi-lo de informar-se, pelos meios que tenha à mão.
>
> Quando o juiz determina realização de prova para melhor esclarecimento dos fatos relevantes, não está, em absoluto, usurpando função da parte; não está agindo no lugar dela, fazendo algo que a ela, e só a ela, incumbia fazer. Sua iniciativa não é, a rigor, um sucedâneo da iniciativa da parte: é qualquer coisa de inerente à sua missão de julgador. Ele não atua como substituto da parte, atua como juiz - como juiz empenhado em julgar bem. (MOREIRA, José Carlos Barbosa. O neoprivatismo no processo civil. *Revista de Processo*: 2005, v. 30, n. 122, abr., p. 15/16.)

O art. 130 do Código de Processo Civil é claro quanto ao poder-dever do juiz de dirigir e instruir o processo, determinando, inclusive de ofício, a realização das provas necessárias para o desate da lide.

Nesse sentido, já decidiu este egrégio Tribunal:

> Agravo de instrumento - Prova pericial - Realização - Livre convencimento do juízo. - Nos termos do art. 130 do Código de Processo Civil, cabe ao juiz, na direção do processo, determinar as provas necessárias à sua instrução e à formação de seu livre convencimento, devendo indeferir as diligências que se mostrarem inúteis ou meramente protelatórias. (TJMG - Al nº: 2.0000.00.501196-5/000 - Rel.ª Des.ª Teresa Cristina da Cunha Peixoto - publicação: 17.09.2005).

> Agravo de instrumento - Ação de repetição de indébito - Prova pericial - Necessidade - Livre convencimento do magistrado. - O magistrado é o destinatário da prova e a ele incumbe analisar a plausibilidade e necessidade de produção das provas requeridas, nos termos do art. 130 do Código de Processo Civil. (TJMG - Al n°. 2.0000.00.481480-4/000 - Rel. Des. José Flávio de Almeida - publicação: 05.03.2005.)

> Distribuição do ônus da prova. Regra de julgamento. Poder instrutório do juiz. Busca da verdade real. Produção de prova. Faculdade do juiz. [...] O poder instrutório do juiz, por sua vez, diz respeito à atividade do magistrado de buscar a verdade real, podendo, para tanto, determinar até mesmo de ofício a realização das provas que entender necessárias. A determinação da realização das provas é faculdade do juiz. O juiz é o destinatário da prova, podendo, em busca da apuração da verdade e da elucidação dos fatos, determinar a realização de todos os tipos de prova em direito admitida, bem como indeferir àquelas que julgar impertinentes, inúteis ou protelatórias. (TJMG - Ap. Cível nº 1.0079.03.108618-8/002(1) - Rel. Des. Irmar Ferreira Campos - Publicação: 26.01.2007.)

Não é outra a orientação do egrégio Superior Tribunal de Justiça:

> Processo civil. Agravo no recurso especial. Iniciativa probatória do juiz. Perícia determinada de ofício. Possibilidade mitigação do princípio da demanda. Precedentes. - Os juízos de primeiro e segundo graus de jurisdição, sem violação ao princípio da demanda, podem determinar as provas que lhes aprouverem, a fim de firmar seu juízo de livre convicção motivado, diante do que expõe o art. 130 do CPC. - A iniciativa probatória do magistrado, em busca da verdade real, com realização de provas de ofício, é amplíssima, porque é feita no interesse público de efetividade da Justiça. Agravo no recurso especial improvido. (STJ - AgRg no REsp 738576/DF, Relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, j. em 18.08.2005.)

Pois bem, no caso, os apelantes alegaram que a real devedora, Construtora Ômega Ltda., tem sede e bens próprios passíveis de penhora.

A comprovação de tal fato altera o quadro que motivou o redirecionamento da execução para as pessoas dos sócios.

Isso porque, se a Construtora tem bens a penhorar, não se justifica, a princípio a desconsideração da personalidade jurídica.

As partes dispensaram provas em audiência, mas a prova, no caso, é necessária, sendo ela:

- diligência de constatação, via mandado a ser cumprido por oficial de justiça, na sede da devedora Construtora Ômega Ltda., para confirmação da sede, funcionamento e dos bens que guarnecem o estabelecimento;

- exibição, pelos apelantes, no prazo de até 10 dias, de documentos que comprovem os bens da construtora, seu valor e a inexistência de ônus, constrição ou restrições sobre tais bens.

Pelas razões expostas, é de se reformar a sentença em face da ausência de carência da ação e para, de ofício, determinar a produção de prova necessária.

Dispositivo:

Isso posto, dou provimento ao recurso para reformar a sentença e afastar a preliminar de carência de ação. De ofício, determino o prosseguimento do feito para que seja efetuada diligência de constatação, via mandado a ser cumprido por oficial de justiça, na sede da devedora Construtora Ômega Ltda., para confirmação da sede, funcionamento e dos bens que guarnecem o estabelecimento, e para que os apelantes façam a exibição, no prazo de até 10 dias, contados da intimação a ser feita pelo MM. Juiz, de documentos que comprovem os bens da Construtora Ômega Ltda., seu valor e a inexistência de ônus, constrição ou restrições sobre tais bens.

Custas recursais, pelo apelado.

DES. LEITE PRAÇA - De acordo com o Relator.

DES. EVANDRO LOPES DA COSTA TEIXEIRA - De acordo com o Relator.

Súmula - RECURSO PROVIDO PARA AFASTAR A PRELIMINAR DE CARÊNCIA DE AÇÃO. PRODUÇÃO DE PROVAS DETERMINADA DE OFÍCIO.

...

Ação ordinária de responsabilidade obrigacional securitária - Litisconsórcio ativo facultativo - Possibilidade de limitação - Produção de provas - Rápida prestação jurisdicional - Presença de dificuldades para a defesa

Ementa: Processo civil. Agravo de instrumento. Ação ordinária de responsabilidade obrigacional securitária. Litisconsórcio ativo facultativo. Possibilidade de limitação. Presença de dificuldade para a defesa, para a produção de provas e para a rápida prestação jurisdicional. Recurso não provido.

- A permanência do litisconsórcio trará dificuldade à seguradora de se defender dos pedidos autorais, já que, muito provavelmente, os danos em cada um dos imóveis a serem periciados não são absolutamente idênticos.

- A pluralidade de 20 (vinte) litisconsortes no polo ativo da presente ação dificultará o andamento do feito, gerando tumulto na prestação jurisdicional, notadamente na ocasião da realização da prova pericial, repita-se, tendo em vista a diversidade de danos existentes em cada apartamento, o que já evidencia a dificuldade que tal providência acarretará.

- Existe fundamento para se limitar o litisconsórcio ativo que traz dificuldade à defesa da parte contrária e à produção de provas, prejudicando a prestação jurisdicional rápida, eficaz e o mais justa possível.

AGRAVO DE INSTRUMENTO CÍVEL Nº 1.0701.11.023029-2/001 - Comarca de Uberaba - Agravantes: Daniel Pereira e outros - Agravada: Federal de Seguros Gerais S.A. - 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, por maioria, EM NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO, VENCIDO O SEGUNDO VOGAL.

Belo Horizonte, 6 de junho de 2012. - *Sebastião Pereira de Souza* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. SEBASTIÃO PEREIRA DE SOUZA (Relator) - Conheço do recurso porque próprio e regularmente aviado, constatados os pressupostos subjetivos e objetivos de admissibilidade recursal.

O caso é o seguinte: tratam os autos de agravo de instrumento contra a r. decisão proferida pela MM. Juíza de Direito da 3ª Vara Cível de Uberaba-MG, nos autos da ação ordinária de responsabilidade obrigacional securitária ajuizada por Abadia Morais Ribeiro e outros em desfavor da Federal de Seguros Gerais S.A., a qual determinou o desmembramento do polo ativo da demanda, limitando-a à primeira autora, entendendo a MM. Juíza que a manutenção do litisconsórcio facultativo com vários autores, cada qual proprietário de um imóvel, prejudicaria não só a prestação jurisdicional como também a produção da prova pericial para a elucidação da matéria controvertida, a ser realizada em cada um dos imóveis descritos na exordial.

Inconformados, os autores agravaram da r. decisão, alegando que ajuizaram ação ordinária em face da seguradora requerida, ora agravada, visando à indenização pelos danos físicos existentes em seus imóveis, os quais

foram financiados pelo Sistema Financeiro da Habitação; que a limitação do litisconsórcio ativo no caso dos autos é desnecessária e prejudicial, pois seus imóveis fazem parte do mesmo conjunto habitacional, sendo que os danos são comuns a todos eles, e porque a técnica de apuração dos danos em cada imóvel será a mesma, apesar de individualizada para cada um deles; que a defesa da parte ré não será prejudicada. Pedem o provimento do recurso, para que permaneça inalterado o litisconsórcio ativo no presente feito.

Pois bem. No caso em análise, cuida-se de litisconsórcio facultativo, já que inexiste disposição de lei determinando a reunião das partes e a natureza da relação jurídica também não impõe referida medida.

Regulando o litisconsórcio facultativo, estabelece a primeira parte do parágrafo único do artigo 46 do CPC que "O juiz poderá limitar o litisconsórcio facultativo quanto ao número de litigantes, quando este comprometer a rápida solução do litígio ou dificultar a defesa".

Contudo, a reunião de vários autores em um mesmo processo tem por finalidade precípua a economia e a celeridade processuais, pois evita decisões conflitantes sobre questões idênticas.

Analisando a presente demanda, caso permaneça o litisconsórcio ativo, haverá dificuldade na produção da prova pericial e, consequentemente, na rapidez da prestação jurisdicional, pois será preciso fazer uma perícia de engenharia para se verificar os supostos danos nos imóveis de cada um dos autores, os quais, segundo se alega na própria petição inicial, são de ordem estrutural.

A perícia técnica, para a melhor solução do litígio e para resguardar o eventual direito dos autores à indenização securitária, deverá ocorrer de forma individualizada e detalhada em cada um dos seus imóveis, esclarecendo a medida e a extensão dos danos. Somente dessa forma é que eventual condenação da seguradora ré, ora agravada, poderá ser fixada da forma mais adequada, facilitando até mesmo a liquidação de cada indenização num futuro e eventual procedimento de cumprimento de sentença.

Acrescente-se que a permanência do litisconsórcio trará dificuldade à seguradora de se defender dos pedidos autorais, já que, muito provavelmente, os danos em cada um dos imóveis a serem periciados não são absolutamente idênticos.

Ora, a pluralidade de 20 (vinte) litisconsortes no polo ativo da presente ação dificultará o andamento do feito, gerando tumulto na prestação jurisdicional, notadamente na ocasião da realização da prova pericial, repita-se, tendo em vista a diversidade de danos existentes em cada apartamento, o que já evidencia a dificuldade que tal providência acarretará.

Assim, há razão para se limitar o litisconsórcio ativo, que traz dificuldade à defesa da parte contrária e à produção de provas, prejudicando a prestação jurisdicional rápida, eficaz e o mais justa possível.

III - Dispositivo:

Com tais considerações, nego provimento ao recurso, mantendo a r. decisão agravada.

Custas recursais, pelos agravantes, suspensa a exigibilidade por estarem litigando sob o pálio da justiça gratuita.

É como voto.

DES. JOSÉ MARCOS RODRIGUES VIEIRA - Acompanho o eminente Relator, por entender que, no caso, o litisconsórcio ativo inviabilizaria a célere prestação jurisdicional, garantia fundamental incluída no art. 5º da Constituição da República pela Emenda Constitucional 45/2004, e dificultaria a defesa da ré, haja vista a necessidade de se apurarem, de forma individual, os danos de cada imóvel e sua causa, que podem não ser idênticos em todos os casos, tornando excessivamente longa e complexa a fase instrutória.

DES. FRANCISCO BATISTA DE ABREU - A matéria é a mesma; o fato é o mesmo; a causa de pedir é a mesma e os pedidos são os mesmos. Não vejo motivos para limitação. Onde dez pedem, vinte podem pedir. Onde dez respondem, vinte podem responder. A prova é no mesmo local e só exigirá do perito um pouco mais de tempo.

Dou provimento.

Custas, pelo vencido.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO, VENCIDO O SEGUNDO VOGAL.

...

Desapropriação - Fixação do valor da indenização - Trânsito em julgado da sentença - Art. 467 do CPC - Reavaliação do bem - Rediscussão do *quantum* indenizatório - Ação de desapropriação indireta - Relativização da coisa julgada - Possibilidade - Decurso de vários anos da avaliação judicial - Divergência gritante entre a quantia apurada pelo perito e valores de mercado - Garantia da justa indenização - Art. 5º, inciso XXIV, da Constituição Federal

Ementa: Agravo de instrumento. Ação de desapropriação indireta. Indenização arbitrada em sentença transitada em julgado. Reavaliação do bem. Possibilidade. Mitigação da coisa julgada. Proteção do direito à justa indenização. Recurso provido.

- É cabível a relativização da coisa julgada, a fim de se determinar a realização de uma nova avaliação pericial

do bem desapropriado, quando esta for a única forma de realizar o comando constitucional da justa indenização.

Precedente do STJ.

AGRAVO DE INSTRUMENTO CÍVEL Nº 1.0223. 98.019976-2/002 - Comarca de Divinópolis - Agravantes: Carlos Oliveira Azevedo e sua mulher Rosângela de Fátima Amaral Azevedo - Agravado: Município de Divinópolis - Relator: DES. MAURO SOARES

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 AGRAVO.

Belo Horizonte, 21 de junho de 2012. - *Mauro Soares* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. MAURO SOARES (Relator) - Cuida-se de agravo de instrumento, com pedido de efeito ativo, interposto contra a decisão interlocutória de f. 60-TJ, proferida nos autos de "ação de desapropriação indireta", que indeferiu o pedido de reavaliação do bem desapropriado.

Em suas razões recursais de f. 02/10, os agravantes afirmam que: a) a avaliação do bem desapropriado ocorreu em setembro de 2003; b) o Magistrado arbitrou indenização em valor irrisório, em ofensa ao art. 5º, inciso XXIV, da CF/88; c) o processo desapropriatório já se encontra em fase executória, o que torna necessária a realização de nova avaliação. Por tais fundamentos, pugnam pelo provimento do agravo.

Após distribuídos, os autos foram inicialmente remetidos ao Desembargador Barros Levenhagen, Relator designado na forma da Res. nº 616/2009/TJMG, que admitiu o processamento do agravo, mas indeferiu o efeito ativo requerido (f. 77).

Contraminuta nas f. 85/88, em óbvia infirmação.

Mantida a decisão pelo Juiz de 1º grau, consoante infirmação prestada na f. 94.

Desnecessária a intervenção ministerial no feito (f. 96).

É o relatório.

Conheço do recurso, porque presentes os seus pressupostos extrínsecos e intrínsecos de admissibilidade.

Ausentes preliminares, passo ao exame do mérito.

Cinge-se a controvérsia recursal a aferir se, em sede de ação de desapropriação indireta, é cabível a reavaliação do bem desapropriado, de forma a adequar o valor da indenização arbitrado em sentença já transitada em julgado.

Pois bem.

Conforme a sistemática processual vigente, denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário (art. 467 do CPC). Por meio dela, busca-se garantir a segurança, a estabilização das relações jurídicas, conforme nos ensina Fredie Didier Junior:

> De uma forma geral, nos ordenamentos jurídicos atuais, admite-se a revisão das decisões judiciais. Mas não sem impor limites. Esgotados ou não utilizados adequadamente os recursos previstos em lei, encerra-se o debate e o julgamento final torna-se imutável e indiscutível. Surge, então, a coisa julgada.
> [...] A coisa julgada não é instrumento de justiça, frise-se. Não assegura a justiça das decisões. É, isso sim, garantia da segurança, ao impor a definitividade da solução judicial acerca da situação jurídica que lhe foi submetida (in *Curso de direito processual civil*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, v. II. 2008, p. 551/552).

Na busca pela segurança jurídica, a coisa julgada produz diversos efeitos, dentre eles o negativo, que impede que o juiz decida novamente as questões já decididas, relativas à mesma lide (art. 471, *caput*, do CPC).

Assim, em sede de ação de desapropriação indireta, vige a regra de que, uma vez transitada em julgado a sentença que arbitrou a indenização devida pelo Poder Público ao particular, não se admite a rediscussão sobre o valor do bem desapropriado, sob pena de ofensa ao art. 471 do CPC.

Contudo, importa esclarecer que, em situações excepcionais, os tribunais pátrios admitem a mitigação da coisa julgada, a fim de proteger o direito do particular de ser indenização de forma justa, em respeito à determinação contida no art. 5º, inciso XXIV, da Constituição Federal de 1988:

> [...] a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição.

Nesse sentido:

> [...] A realização de uma nova avaliação pericial - dos bens objeto da desapropriação - em substituição da aplicação dos índices de correção monetária, é possível quando está for a única forma de realizar o comando constitucional da justa indenização. Precedentes: (RE 105.012-RN, Min. Rel. Néri da Silveira, *DJ* de 01.07.1988; RE. 93412/SC, Rel. Min. Clóvis Ramalhete, *DJ* de 04.05.1982; REsp 37085/SP, Rel. Ministro Demócrito Reinaldo, *DJ* de 20.06.1994; REsp 439878/RJ, Rel. p/ acórdão Ministro Humberto Gomes de Barros, *DJ* de 05.04.2004) (STJ, 2ª T, REsp 906227/DF, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. em 21.10.2010).

E, ao compulsar os autos, observo que o caso concreto apresenta peculiaridades que justificam a relativização da coisa julgada, de modo a se rediscutir o *quantum* indenizatório através da reavaliação do bem desapropriado, em atenção ao disposto no art. 5º, XXIV, da CF/88.

Primeiro, porque observo que decorreram praticamente 15 (quinze) anos desde a ocupação inicial e 10 (dez) anos desde a avaliação judicial do imóvel desapropriado, o que torna evidente a defasagem do *quantum* indenizatório, cujo pagamento tem sido postergado pela municipalidade.

Segundo, porque considero que a quantia apurada pelo perito judicial (f. 14/17-TJ) possui uma gritante diferença com os valores indicados, à mesma época, por diversos corretores de imóveis (f. 25, 29 e 33/38-TJ), bem como com o lance pelo qual foi arrematado imóvel bastante semelhante ao bem desapropriado (f.27-TJ), o que, por si só, já revela que o montante arbitrado na sentença de f. 43/47-TJ sempre destoou daquilo que se entende por justa indenização.

Diante de tais peculiaridades, ao contrário do entendido pelo ilustre Magistrado de 1° grau, parece-me que a simples atualização do *quantum* indenizatório não é capaz de concretizar o direito consagrado no art. 5°, inciso XXIV, da CF/88, sendo necessária, para tanto, a realização de nova avaliação do bem desapropriado.

Ante tais fundamentos, dou provimento ao recurso.

Sem custas, dada a isenção de que goza o Município agravado.

DES. BARROS LEVENHAGEN - De acordo com o Relator.

DES. VERSIANI PENNA - De acordo com o Relator.

Súmula - DERAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Indenização - Danos morais - Aquisição de piso residencial - Diferença de tonalidades - Colocação sem prévia conferência - Responsabilidade exclusiva dos adquirentes - Dever de indenizar - Ausência

Ementa: Ação de indenização. Danos morais. Aquisição de piso residencial. Diferença de tonalidades. Colocação sem prévia conferência. Responsabilidade exclusiva dos adquirentes. Ausência do dever de indenizar.

- Ausente prova de que as diferentes tonalidades dos pisos de cerâmicas somente se manifestaram após o assentamento, não há que se falar no dever de indenizar.

- Os autores agiram de forma negligente ao não verificar a qualidade do produto antes de ordenar sua colocação, não havendo como os aborrecimentos e transtornos ser imputados ao vendedor.

Recurso não provido.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0155.09.025489-9/001 - Comarca de Caxambu - Apelantes: Marco Antônio Mangia e outros, Maria Aparecida de Carvalho e Souza - Apelada: Cerâmica Batistella Ltda. - 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, 27 de junho de 2012. - *Alvimar de Ávila* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. ALVIMAR DE ÁVILA (Relator) - Trata-se recurso de apelação interposto por Marco Antônio Mangia e por Maria Aparecida de Carvalho Souza, nos autos da ação ordinária de indenização por danos materiais e morais movida em face de Cerâmica Batistella Ltda., contra decisão que julgou parcialmente procedentes os pedidos iniciais (f. 72/76).

Em suas razões, sustentam os recorrentes que à ré, nos termos do art. 333, II, do CPC, incumbe comprovar a culpa concorrente pelo evento danoso; que não restou demonstrado que os pisos apresentavam diferenças de tonalidade quando do seu assentamento; que construíram seu lar com muitas dificuldades e tiveram sua expectativa frustrada em virtude dos defeitos apresentados pelo produto, fazendo jus à indenização por danos morais (f. 78/82).

A apelada apresenta contrarrazões de f. 85/87, pugnando pelo desprovimento do recurso.

Dispensado o preparo, por litigarem os apelantes sob o pálio da assistência judiciária (f. 21).

Conheço do recurso, por estarem presentes os demais pressupostos de sua admissibilidade.

Insurgem-se os apelantes, sob o fundamento de que devem ser indenizados pelos danos morais suportados em virtude da colocação, em sua residência, do piso de cerâmica adquirido junto à ré, que foi entregue em desconformidade com o originalmente contratado.

É fato incontroverso, nos autos, que as peças de cerâmica adquiridas pelos autores apresentaram diferentes tonalidades. A requerida, em sua defesa, não nega o equívoco na entrega do produto, alegando, contudo, que não ocorre a alteração das características dos pisos depois do assentamento. Afirma que as diferenças são de fácil visibilidade, motivo pelo qual agiram os autores de forma negligente ao não detectá-las antes de ordenar a execução dos serviços (f. 24/27).

Após minucioso exame dos autos, entendo que das provas colacionadas não é possível aferir a responsabilidade da requerida pelos danos morais que os autores alegam ter suportado.

Os próprios requerentes, em sua inicial, afirmam que a casa se encontrava em fase de construção quando ocorreu a colocação das cerâmicas, e que somente após a limpeza foi possível notar as diferentes tonalidades (f. 03).

Conforme bem observou o i. Magistrado sentenciante, os requerentes não tomaram o cuidado de observar a qualidade do material a ser assentado. Certamente, as diferenças de tonalidades já preexistiam à colocação do piso e somente não foram percebidas em face das obras realizadas na residência.

Nesse contexto, como os próprios requerentes deram causa aos danos morais que alegam ter suportado, ao deixar de verificar o produto antes de ordenar o seu assentamento pelo responsável pela obra, não vislumbro o alegado dever de indenizar por parte da apelada.

Não se olvida que a frustração com a construção causou aborrecimentos e transtornos, que, contudo, não podem ser imputados à recorrida, de vez que inexiste prova de que as alterações ocorreram após a colocação das cerâmicas.

Assim, não assiste razão aos apelantes, merecendo ser mantida a r. sentença recorrida, que negou o pedido de indenização por danos morais.

Pelo exposto, nego provimento ao recurso, para manter a r. sentença monocrática por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Custas recursais, pelos apelantes, suspensa a exigibilidade, nos termos do art. 12 da Lei nº 1.060/50.

DES. SALDANHA DA FONSECA (Revisor) - De acordo com o Relator.

DES. DOMINGOS COELHO - De acordo com o Relator.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Alvará de localização - Município de Uberaba - Cadastro municipal - Lei do Plano Diretor - Diretrizes - Atividades geradoras de tráfego - Controle - Atendimento - Prestação de serviços - Inclusão superveniente - Aumento do fluxo de veículos e pessoas - Vagas de estacionamento - Exigência administrativa

Ementa: Administrativo. Alvará de licença e localização. Município de Uberaba. Inclusão superveniente de prestação de serviços nos cadastros municipais. Aumento do fluxo de veículos e pessoas. Exigência administrativa de vagas de estacionamento para veículos. Lei de Uso e Ocupação do Solo. Lei do Plano Diretor. Diretrizes. Controle de atividades geradoras de tráfego. Atendimento.

- O estabelecimento comercial da autora da ação encontra-se situado no centro da cidade, região cujas diretrizes estão voltadas para o controle das atividades geradoras de tráfego onde há saturação viária.

- Prevista na Lei de Uso e Ocupação do Solo do Município de Uberaba, a exigência de disponibilização, pela autora, de vagas de estacionamento para veículos está fundada na justificação de aumento de veículos e de pessoas provocado pela pretensão de inclusão da prestação de serviços de "corretor de seguros de vida, capitalização, planos previdenciários, consórcios, títulos e valores congêneres" nos cadastros municipais.

- As normas municipais são gerais e impessoais e são mantidas quando não se demonstra sua nulidade ou abusividade.

- As exigências urbanísticas não são aplicadas somente aos que dão causa à alteração na circulação na malha viária e dizem respeito ao planejamento para médio e longo prazo.

Recurso não provido.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0701.10.035271-8/002 - Comarca de Uberaba - Apelante: Arthur Lundgren Tecidos S.A. - Apelados: Município de Uberaba, Seplan - Secretaria de Planejamento de Uberaba - Relator: DES. ALMEIDA MELO

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, 21 de junho de 2012. - *Almeida Melo* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. ALMEIDA MELO (Relator) - Conheço da apelação, porque atendidos os pressupostos de admissibilidade.

A sentença de f. 249/250-TJ julgou improcedente o pedido formulado por Arthur Lundgren Tecidos S.A. em ação declaratória movida contra o Município de Uberaba, cujo objeto é afastar a obrigação de disponibilizar vagas de estacionamento para veículos, nos termos da Lei Complementar Municipal nº 376/07.

Arthur Lundgren Tecidos S.A., nas razões recursais de f. 253/269-TJ, sustenta que a indicação administrativa de que a alteração cadastral de suas atividades aumentaria o fluxo de consumidores e de veículos no centro da

cidade de Uberaba não condiz com a realidade fática. Informa que está instalada há anos no Município e que, apesar do aumento do consumo e da introdução do crédito fácil, não houve conturbação urbana. Tem que o aumento do fluxo de clientes deve ser atribuído ao acréscimo da população e não à suposta mudança de sua atividade. Enfatiza que a conturbação no trânsito ocorre por conta da infraestrutura circular urbana. Aduz ser desnecessária a construção de estacionamento por realizar as mesmas atividades e, portanto, não ter dado causa à atual situação do trânsito nas imediações. Ressalta que a modificação ocorreu apenas em seu estatuto. Afirma que iguais serviços são prestados por outras pessoas jurídicas e delas nada foi exigido. Anota que a prestação de serviços de "corretor de seguros de vida, capitalização, planos previdenciários, consórcios, títulos e valores congêneres" não tipifica nova edificação, reformas ou alteração de uso. Relata não haver sentido a exigência combatida se a administração atestou que sua atividade não provoca sobrecarga urbana e dispensa apresentação de estudo de impacto de vizinhança. Conclui que a mudança é apenas formal e não provoca caos no fluxo de veículos e pessoas na região. Tece considerações sobre a função social da empresa. Invoca os arts. 1º, II e IV, 3º, II e III, 5º, XXIII, e 170, III e VII, parágrafo único, da Constituição da República. Tem por ofendidos o princípio da segurança jurídica e o direito adquirido. Requer a revisão dos honorários advocatícios.

Contrarrazões às f. 275/281-TJ.

Extrai-se destes autos que Arthur Lundgren Tecidos S.A - Casas Pernambucanas, cujo início das atividades se deu em 1º.01.64, é detentora de alvará de licença e localização, expedido pelo Município de Uberaba, com validade até 19.11.10 (f. 31 e 56/57-TJ).

Faço o registro de que, neste Tribunal, na Medida Cautelar nº 1.0000.11.057606-3/000, movida entre as mesmas partes, da qual sou relator, em decisão de 05.09.11, deferi o pedido liminar para determinar ao apelado que, ao fundamento da inexistência de disponibilização imediata das vagas de garagem, abstenha-se de fechar o estabelecimento comercial da apelante até o julgamento definitivo deste recurso (f. 317/319-TJ).

Em 09.03.10, a recorrente apresentou administrativamente requerimento de inclusão de atividades de prestação de serviços no seu cadastro referentes à intermediação de seguros e intermediação de negócios (f. 26-TJ).

Nas razões recursais disse tratar-se de prestação de serviços de "corretor de seguros de vida, capitalização, planos previdenciários, consórcios, títulos e valores congêneres".

No parecer do grupo de trabalho executivo do plano diretor do Município de Uberaba constou (f. 37 e 64-TJ):

> [...] a atividade não provoca aumento de problemas relativos à sobrecarga na infraestrutura urbana, alterações no ambiente urbano ou diminuição das atividades produtivas locais, razão pela qual não se faz necessária a apresentação de Estudo de Impacto de Vizinhança, contudo, o requerente deverá providenciar vagas de estacionamento de clientes, face o que dispõe a legislação de Uso e Ocupação do Solo [...]

A Secretaria de Planejamento do Município, em resposta à solicitação da apelante, anotou (f. 65/66-TJ):

> Independente de a atividade estar ou não em funcionamento anteriormente à vigência da Lei Complementar nº 376/2007, de acordo com o art. 87, sujeitam-se à análise do Grupo de Trabalho Executivo do Plano Diretor, que verificará a necessidade da apresentação do Estudo Prévio de Impacto de Vizinhança (EIV), para obterem as licenças ou autorizações para construção, ampliação ou funcionamento, os empreendimentos que se enquadram no inciso XI, quais sejam outros tipos de estabelecimentos de comércio e serviços com área edificada igual ou superior a 2.500m² (dois mil e quinhentos metros quadrados), como no caso em tela;
> Baseado neste artigo, a FCP foi analisada pelo Grupo que entendeu não existirem todos os requisitos para a exigência do EIV, não tendo sido o mesmo solicitado, porém, considerando que a empresa situa-se na Macrozona de Adensamento Controlado, conforme a Lei do Plano Diretor (Lei Complementar nº 359/2006 e alterações), e que as diretrizes para a referida Macrozona são o controle das atividades geradoras de tráfego nas áreas onde há saturação viária, com previsão de área para estacionamento de veículos, cargo e descarga dentro do lote, o Grupo julgou pertinente a exigência da área para estacionamento de veículos, em número calculado com base na Lei de Uso e Ocupação do Solo vigente. Como a empresa construiu na totalidade de seu terreno, não há como exigir área para carga ou descarga, dentro do lote [...]

A exigência administrativa está fundada na Lei Complementar nº 376/07 do apelado (f. 67-TJ):

> Art. 77. Serão exigida3s vagas para veículos, nas novas edificações e naquelas onde houve mudança de uso, tendo sido reformadas ou não, segundo os usos e as atividades, de acordo com o Quadro 4, no Anexo II desta Lei.
> [...]
> Art. 78. Quando aplicáveis, as exigências de vagas para veículos deverão ser atendidas, no interior do lote considerado.
> § 1º - Admite-se o cumprimento das exigências de vagas para veículos externamente ao lote, distante, no máximo, 150m (cento e cinqüenta metros) do imóvel, nas seguintes situações:
> [...]
> III - imóveis situados nas Áreas ou Unidades Especiais de Interesse Cultural, previstas na Lei do Plano Diretor de Uberaba.

A apelante está situada no centro da cidade de Uberaba e, pelo que consta, dentro de região cujas diretrizes, nos termos da Lei do Plano Diretor do Município, estão voltadas para o controle das atividades geradoras de tráfego onde há saturação viária.

Em sua sentença, o Magistrado destaca que (f. 250-TJ):

> Por óbvio tais atividades implicará em um movimento maior de consumidores ao seu estabelecimento e a Seplan está corretíssima em exigir que novas vagas de estacionamento de veículos sejam disponibilizadas pela autora para seus clientes.

> Ora, a loja da requerente situa-se no centro de Uberaba, onde o trânsito já é caótico e vem piorando a cada dia, porque onde está o comércio tradicional da cidade.
> Com razão está o Município réu quando aduz que a facilitação do crédito decorrente da atividade financeira agora desempenhada pela autora irá impactar diretamente no volume de pessoas e veículos em região central.

Embora instalada há anos na cidade, a exigência de disponibilização de vagas nasceu da alteração que a recorrente pretende promover, situação que implica modificação de fato segundo os usos e as atividades.

O recorrido, em sua contestação, assim expôs a questão (f. 215-TJ):

> A lógica para a incidência da norma de Uso do Solo é simples: atualmente, as grandes lojas varejistas - como é a requerente - direcionam seu foco negocial muito mais no crédito financiado do que propriamente na venda do produto, sendo a *traditio* da mercadoria uma mera 'homologação' dessas tão esperadas operações financeiras.
> E, devido a esse aumento de crédito no Brasil, as vendas de bens financiados/consorciados/em título de capitalização se tornaram um negócio altamente rentável, sendo certo que a inclusão de fato, no estabelecimento, desse tipo de serviço (financeiro) aumentará sim o fluxo de consumidores no centro da cidade que se dirigirem ao local das vendas.

O apelante, quando enfatiza que a conturbação no trânsito ocorre por conta da infra-estrutura circular urbana, confirma situação autorizadora das medidas empreendidas para observância da legislação local.

Os pareceres administrativos estão fundamentados e apresentam critérios que não se contradizem, razão pela qual não tem razão o apelante quando tacha de sem sentido a exigência combatida neste processo.

A recorrente quer se valer da função social da empresa, mas também deve experimentar limitações administrativas na defesa da incolumidade e segurança pública.

É preciso assinalar que não só a contribuição direta da empresa para o aumento do uso das vias públicas acarreta a obrigação de manter estacionamento na forma da lei. As normas têm caráter de impessoalidade, generalidade, e destinam-se a todos os que se encontrarem nas situações prescritas. O planejamento público faz-se também não apenas para atender à realidade atual, mas com os critérios modulares destinados às próximas gerações. Não se demonstrou que o ordenamento jurídico municipal é nulo ou abusivo.

Os honorários advocatícios foram fixados em R$ 2.000,00 e atendem aos critérios aos quais se reporta o § 4º do art. 20 do Código de Processo Civil e são considerados módicos em face dos interesses envolvidos.

A verba honorária deve consubstanciar retribuição justa ao trabalho do advogado da parte vencedora, a fim de não envilecer a advocacia e o seu nível de responsabilidade especializada.

Logo, prevalecem os fundamentos e a conclusão da decisão recorrida.

Nego provimento à apelação.

Custas, *ex lege*.

DES. AUDEBERT DELAGE (Revisor) - De acordo com o Relator.

DES. MOREIRA DINIZ - De acordo com o Relator.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Corretagem - Comissão - Compromisso de compra e venda - Pacto de pagamento à vista - Descumprimento pela parte compradora - Aquisição de financiamento - Negócio não efetivado - Comissão não devida - Dano moral - Ausência de prova - Art. 333, I, do CPC - Não cabimento

Ementa: Ação ordinária. Comissão de corretagem. Venda do bem não concretizada. Descumprimento contratual por parte da compradora. Comissão indevida. Danos morais. Não comprovação. Indenização indevida. Sentença confirmada.

- Se o contrato de corretagem foi firmado com o vendedor, não tendo este dado causa à não concretização da venda, sendo esta causada por descumprimento de cláusulas contratuais pelo comprador, o corretor não faz jus à remuneração pelos serviços de mediação.

- Não restando comprovado o dano moral, não há falar em dever de indenizar.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0702.10.086356-3/001 - Comarca de Uberlândia - Apelante: Ciro Vieira da Silva - Apelado: Luiz Megda de Carvalho - 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, 29 de junho de 2012. - *Wanderley Paiva* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. WANDERLEY PAIVA - Trata-se de apelação interposta à sentença de f. 145/151, proferida pelo MM. Juiz Walner Barbosa Milward de Azevedo, da 4ª Vara Cível da Comarca de Uberlândia, que, nos autos da ação de cobrança movida por Ciro Vieira da Silva em desfavor

de Luiz Megda de Carvalho, julgou improcedente o pedido inicial, condenando o requerente ao pagamento das custas processuais e dos honorários de sucumbência fixados em 10% sobre o valor da causa, ficando suspensa a cobrança, uma vez que foram deferidos o benefício da justiça gratuita.

Nas razões recursais (f. 154/159), sustenta o apelante que não houve o cumprimento do pactuado pela parte compradora, pois pagamento à vista difere de pagamento realizado em parcela única, que depende da liberação do financiamento com aprovação do crédito.

Alega que o pagamento era à vista, mas no ato da assinatura da escritura pública, e não do contrato, uma vez que o imóvel não se encontrava sequer apto à venda, nem escriturado, mas o dinheiro do financiamento já estava disponível, e com a carta de crédito em mãos.

Aduz que restou comprovado que a venda não se realizou, porque o vendedor rasgou o contrato e modificou unilateralmente as condições da venda, cujo pagamento à vista era no ato da assinatura da escritura, sendo, portanto, devida a comissão.

Afirma, ainda, que a indenização por danos morais é devida, pois foi provado que o vendedor o ofendeu moralmente.

Ao final, pugna pelo provimento do recurso, para condenar o apelado ao pagamento da comissão pela corretagem, bem como indenização por danos morais e honorários advocatícios de sucumbência.

Em contrarrazões (f. 163/177), pugna o apelado pela manutenção da sentença recorrida.

Sem preparo, visto que o apelante se encontra sob o pálio da justiça gratuita.

É esse, em síntese, o relatório.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

Cuidam os autos de ação ordinária, na qual busca o autor o recebimento de comissão de corretagem na importância de R$ 12.500,00 (doze mil e quinhentos reais), bem como de danos morais, em valor a ser arbitrado judicialmente.

Para tanto, alega que, na qualidade de corretor, efetuou a avaliação do imóvel do requerido em R$ 250.000,00 (duzentos e cinquenta mil reais) e realizou a aproximação entre este e a compradora. Aduz que, acordado quanto ao preço e a forma de pagamento, ambas as partes lhe entregaram a documentação necessária, sendo que a compradora efetuou empréstimo bancário, em nome de seu marido, tendo, inclusive, pago a taxa referente à avaliação pelo banco.

Afirma que, não obstante, quando já concluído o negócio e assinado o contrato de compra e venda, o requerido arrependeu-se do negócio, modificando unilateralmente as condições pactuadas, rasgando o contrato no local onde havia as assinaturas.

Aduz que, além de o requerido não lhe ter efetuado o pagamento do valor devido, ainda o ofendeu moralmente na presença de várias pessoas e no local em que convivem.

Por sua vez, o réu, em sua defesa, alega que não é devida a comissão pleiteada, visto que, segundo afirma, não deu causa ao descumprimento do contrato. Afirma que desde o início da negociação deixou claro que a venda deveria se dar no valor mínimo de R$ 250.000,00 à vista, tendo sido inclusive objeto do contrato particular de compromisso de compra e venda tal assertiva, mais precisamente na cláusula segunda (f. 37/38). Relata que, após a assinatura do referido contrato e entregue ao autor, este lhe informou que a interessada não possuía o numerário para pagamento à vista, sendo necessária a realização de financiamento bancário. Alega que não pode responder por algo a que não deu causa, pois quem descumpriu o contrato foi a compradora ao omitir o financiamento, levando a crer que o pagamento seria de forma rápida.

Na decisão primeva, o Magistrado *a quo* julgou improcedente o pedido, ao fundamento de que resta latente pela prova colhida nos autos que não houve cumprimento do pactuado por parte da compradora.

Dessa decisão recorre a parte, sustentando, em síntese, que restou comprovado que a venda não se realizou, porque o vendedor modificou unilateralmente as cláusulas do contrato, cujo pagamento à vista era no ato da assinatura da escritura.

Pois bem.

Cumpre observar que o trabalho do corretor de imóveis, área na qual atua o apelante, constitui-se na intermediação de negócios imobiliários, buscando a aproximação entre o proprietário do imóvel com quem se vai negociar e o potencial comprador. Esse trabalho pode ir desde a um grau de simples apresentação das partes uma à outra até a um trabalho completo de negociação, em que o proprietário do imóvel negociado somente aparece quando da assinatura nos documentos concernentes.

Nesse trabalho, para que o corretor de imóveis faça jus à comissão sobre o valor do negócio, mister a presença de três elementos, quais sejam: a autorização do proprietário ao corretor para a intermediação do negócio; a efetiva aproximação das partes em decorrência da atuação do corretor; e a efetivação do negócio entre as partes aproximadas por aquele profissional.

Esses três elementos devem necessariamente configurar-se ao mesmo tempo; se um deles não existir, não nasce o direito de o corretor receber a comissão sobre o negócio.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem considerado que somente é devida a comissão de corretagem se ocorre a efetiva conclusão do negócio e não haja a desistência por parte dos contratantes.

Nesse sentido:

> Civil. Recurso especial. Contrato de corretagem. Alienação de empresa. Proposta aceita pelo comprador. Desistência posterior. Resultado útil não configurado. Comissão indevida.

> - Nos termos do entendimento do STJ, a comissão de corretagem só é devida se ocorre a conclusão efetiva do negócio e não há desistência por parte dos contratantes. - É indevida a comissão de corretagem se, mesmo após a aceitação da proposta, o comprador se arrepende e desiste da compra. Recurso especial provido (REsp 753.566/RJ - Relatora: Ministra Nancy Andrighi - Terceira Turma - julgado em 17.10.2006 - *DJ* de 05.03.2007, p. 280).
>
> Corretagem. Proposta aceita pelo comprador. Negócio não concretizado. Comissão indevida. - A comissão de corretagem só é devida se o negócio é efetivamente concluído e não há desistência por parte dos contratantes (AgRg no Ag 867.805/SP - Relator: Ministro Humberto Gomes de Barros - Terceira Turma - julgado em 18.10.2007 - *DJ* de 31.10.2007, p. 327).
>
> Civil e processual. Ação de cobrança. Corretagem. Desistência do negócio. Aproximação pessoal. Inexistência de resultado útil. Prova. Reexame. Impossibilidade. Súmula 7-STJ. I. Impõe-se o não conhecimento do recurso especial pela ausência do prequestionamento explícito (Súmulas n. 282 e 356 do STF). II. Para fazer jus à comissão de corretagem, é necessária a conclusão efetiva do negócio, sendo insuficiente a simples aproximação entre as partes interessadas. Precedentes do STJ. III. 'Não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida' - Súmula n. 83-STJ. IV. 'A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial' - Súmula n. 7-STJ. V. Agravo regimental desprovido (AgRg no Ag 543.601/RS - Relator: Ministro Aldir Passarinho Junior - Quarta Turma - julgado em 09.03.2004 - *DJ* de 12.04.2004, p. 215).

Dessa feita, forçoso concluir que trata a conclusão do negócio da condição de exigibilidade da comissão.

Compulsando os autos, evidencia-se que restou estipulado no contrato de promessa de compra e venda de imóvel celebrado entre o apelado e Jerusa Mundim Porto Pena, mais precisamente na cláusula segunda, referente ao valor da transação, que:

> O preço previamente ajustado e previamente convencionado entre as partes do imóvel acima citado é de R$ 250.000,00 (duzentos e cinquenta mil reais) pagos à vista no ato da assinatura da Procuração Pública e ou da Assinatura da Escritura definitiva de Compra e Venda, representados por cheques administrativos.

Retira-se da cláusula acima transcrita que o pagamento do imóvel seria à vista.

Além da pactuação expressa acerca de tal questão, no depoimento da suposta compradora, Jerusa Mundim Porto Pena, esta não deixa dúvida acerca do enunciado da aludida cláusula, ao afirmar:

> [...] que o reclamante informou à depoente que o valor do imóvel seria de R$ 250.000,00 à vista; que a depoente e seu esposo foram realizar um financiamento bancário; que não era possível o financiamento integral do imóvel, mas apenas de 80%; que foi aprovado o financiamento de 80% [...].

Lado outro, em que pese a compradora afirmar que realizaria contrato de financiamento bancário, a aludida questão não restou sequer abarcada pelo contrato de promessa de compra e venda celebrado entre as partes, o que, em regra, acontece.

Dessa forma, tem-se que, ao contrário do que quer fazer crer o apelante, o apelado não deu causa ao rompimento do contrato, pois desde o início da negociação deixou clara sua intenção de receber o pagamento do imóvel à vista, não podendo ser obrigado a aceitar vender o imóvel na dependência de aprovação e concessão de crédito imobiliário, que na maioria das vezes demanda tempo até que todas as etapas do procedimento imobiliário sejam cumpridas.

E, como bem asseverado pelo Julgador monocrático, "o pagamento à vista difere do pagamento realizado em parcela única, conforme pretendido pela Sr.ª Jerusa, já que este depende da liberação do financiamento com a aprovação do crédito".

Com efeito, considerando que no pacto firmado entre o apelado e a compradora constava expressamente a exigência do pagamento à vista, não é crível aceitar que este seja em parcela única, que dependa de financiamento imobiliário, demandando tempo para a sua concretização.

Nesse contexto, tem-se que não há falar-se em arrependimento por parte do vendedor, ora apelado, e sim, como consignado na decisão primeva, ocorreu foi o descumprimento do pacto pela compradora, não havendo, portanto, que se falar em pagamento de comissão de corretagem.

Por fim, enfatizo que a regra disposta no art. 725 é no sentido de que a corretagem se torna devida se houver desistência pelo vendedor, pessoa que contratou a corretagem, sendo que o descumprimento do contrato por parte do comprador não tem o condão de onerar o vendedor com o ônus da corretagem.

Esse, aliás, é entendimento da jurisprudência:

> Apelação cível. Ação de cobrança de honorários de corretagem. Intermediação imobiliária. Desistência por parte do comprador. Venda não realizada. Art. 725 do Código Civil. Honorários de corretagem indevidos. Recurso a que se dá provimento. Não tendo o negócio sido concluído pelas partes, em razão da desistência por parte da compradora, o corretor não faz jus à remuneração pelos serviços de mediação, uma vez que esses serviços só se completam com êxito do negócio principal. A comissão é devida somente quando o corretor efetua a aproximação entre comprador e vendedor, com o que alcança um resultado útil, ou seja, a efetiva venda do imóvel. Se não houve o resultado útil, por qualquer motivo, mesmo que por culpa da compradora, o corretor não faz jus ao negócio. - V.v.: - Restando incontroverso que foi a compradora quem deu causa ao distrato, tendo ela desistido do negócio, independentemente de seus motivos, fica obrigada ao pagamento da comissão de corretagem (Apelação nº 1.0024.09.499.562-8/001 - Relatora: Desembargadora Hilda Teixeira da Costa - Data da publicação: 19.10.2010).

No tocante ao dano moral, de igual modo, razão não assiste ao apelante, uma vez que, embora afirme na inicial que o apelado o insultou perante várias pessoas, não juntou qualquer prova que atestasse tal assertiva.

Cabia à parte autora demonstrar, a teor do art. 333, I, do CPC, fato constitutivo do seu direito, ou seja, o dano sofrido em razão das supostas ofensas efetuadas contra sua pessoa pelo apelado, o que não ocorreu nos presentes autos.

Consoante ainda os ensinamentos do ilustre professor Humberto Theodoro Júnior:

> Cada parte tem o ônus de provar os pressupostos fáticos do direito que pretenda seja aplicado pelo juiz na solução do litígio', sendo que 'a prova, para ser eficaz, há de apresentar-se como completa e convincente a respeito do fato de que deriva o direito discutido no processo. Falta de prova e prova incompleta equivalem-se, na sistemática processual do ônus da prova (THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 42. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. 1, 2005).

Dessa maneira, inexiste qualquer evidência, ou mesmo alegação, de dano sofrido pela parte autora.

Nesse sentido, as alegações do apelante deveriam ter sido provadas, e, nesse particular, o ônus da prova lhe cabia, *ex vi* da norma insculpida no art. 333, I, do CPC, e é sabido e ressabido que provar tal princípio incumbe a quem disse, e não a quem o nega (*Ei incumbit probatio qui dicet, non qui negat*). Vê-se que o ônus da prova, nesse particular, cabia ao autor, o que não foi feito. Daí outra consequência segundo a qual *sententia debet esse secundum alegatum et probatum* (a sentença deve ser como se alega e como se prova) ou *Iudex secundum allegata et probata partium debet* (o juiz deve julgar segundo o alegado e provado pelas partes). Cabe aqui lembrar o brocardo latino segundo o qual *allegatio et non probatio quasi non allegatio* (alegar e não provar é quase não alegar).

Com tais considerações, nego provimento ao recurso, mantendo, na íntegra, a sentença de primeira instância.

Custas, pelo apelante, suspensa a exigibilidade do pagamento, nos termos do art. 12 da Lei nº 1.060/50.

DES.ª SELMA MARQUES - De acordo com o Relator.

DES. FERNANDO CALDEIRA BRANT - De acordo com o Relator.

Súmula - NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Internet - *Site* de comparação de preços - Teoria do risco-proveito - Intermediação nas vendas ocorridas e cessão de espaços publicitários - Obtenção de lucro - Integrante da cadeia de fornecedores de serviço - Legitimidade passiva - Fraude - Ocorrência - Falha na prestação do serviço - Código de Defesa do Consumidor - Aplicabilidade - Responsabilidade configurada - Decisão mantida

Ementa: Apelação cível. Dano moral e material. *Site* de comparação de preços. Fraude. Responsabilidade civil.

- A apelante é parte legítima para figurar no polo passivo da demanda, pois atua como prestadora de serviço, auxiliando a realização de compras e vendas eletronicamente, intermediando os negócios jurídicos, sendo remunerada indiretamente através da publicidade; logo, integra a cadeia de fornecedores de serviço. A parte demandada obtém lucro significativo com o serviço que disponibiliza e, a partir daí, deve responder por eventuais prejuízos decorrentes de fraudes que seu sistema de segurança não consiga impedir.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0713.09.092421-6/001 - Comarca de Viçosa - Apelante: E Commerce Media Group Informação Tecnologia Ltda. - Apelado: Cássio Rocha Sobreira - 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 REJEITAR PRELIMINAR E NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 26 de abril de 2012. - *Estevão Lucchesi* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. ESTEVÃO LUCCHESI - Cuida-se de recursos de apelação interpostos por E Commerce Media Group Informação Tecnologia Ltda. contra sentença proferida pelo Juízo da 2ª Vara Cível da Comarca de Viçosa, em ação indenizatória, que julgou parcialmente procedente o pedido inicial, condenando a ré à restituição do valor de R$ 2.590,50, atualizado desde o desembolso e acrescido de juros moratórios desde a citação.

Inconformada, a ré interpôs recurso de apelação, arguindo, preliminarmente, ilegitimidade passiva *ad causam*. No mérito, aduz não ter participado da relação jurídica de consumo, inexistindo responsabilidade. Espera o provimento do recurso.

Contrarrazões às f. 246/249.

Conheço do recurso, porquanto presentes seus requisitos de admissibilidade.

Primeiramente, verifica-se que a preliminar de ilegitimidade se confunde com o mérito.

Analisando os autos, ao contrário do que alega a apelante, está evidenciada a legitimidade para responder, perante o consumidor, pelos prejuízos suportados.

A apelante é parte legítima para figurar no polo passivo da demanda, pois atua como prestadora de serviço, auxiliando a realização de compras e vendas eletronicamente, intermediando os negócios jurídicos, sendo remunerada indiretamente através da publicidade; logo, integra a cadeia de fornecedores de serviço. Aplicáveis, assim, à ré as disposições do Código de Defesa do Consumidor, no tocante à responsabilidade pela falha na prestação do serviço.

Ademais, a questão da venda de produtos pela internet, ante a instabilidade da relação e a multiplicidade de possibilidades de fraude, é algo preocupante, visto que nem sempre a utilização de serviços pelo meio virtual oferece a segurança esperada. No caso, tudo indica que o autor foi vítima de estelionato ao adquirir um computador de uma loja de equipamentos de informática - divulgada no *site* da ré - e que é alvo de inúmeras reclamações de consumidores, conhecida pela prática de venda de produto, arrecadação dos valores e não envio.

Veja-se que a parte demandada mantém um *site* bastante conhecido quanto à busca de produtos na internet, oferecendo ao cliente comparações de melhores preços dos itens procurados, a partir de resultados de pesquisas de preço que realiza com as empresas com as quais mantém parceria na divulgação. Seu lucro, ainda que indiretamente, advém da intermediação nas vendas ocorridas e nos espaços publicitários que integram aquele ambiente.

Na situação em comento, basta examinar os documentos juntados para concluir nítida a fraude. O autor pagou um boleto bancário para comprar à vista um computador de R$ 2.590,50 (f. 20) e não teve mais notícia do aparelho ou qualquer resposta da loja. A ré, por sua vez, manteve-se inerte. Certamente alguém deverá ficar com o prejuízo, mas não o consumidor, subsumindo-se a ré no direito de tentar buscar a reparação junto à fraudadora.

A parte demandada obtém lucro significativo com o serviço que disponibiliza, e, a partir daí, deve responder por eventuais prejuízos decorrentes de fraudes que seu sistema de segurança não consiga impedir. Veja-se que a responsável pelo ilícito somente chegou até ao autor graças ao serviço disponibilizado pelo demandado.

Em outras palavras, a pessoa responsável pela conduta criminosa somente chegou até ao autor graças ao serviço disponibilizado pelo demandado, o qual lucra valores significativos e até por isso deve responder quando o sistema mostra-se falho, responsabilidade esta que pode ser afastada quando demonstrada absoluta falta de cautela por parte do usuário, o que não foi o caso. Nesse sentido:

> Ação de indenização por danos morais e materiais. Ilegitimidade passiva afastada. Compra virtual. Indicação pelo *site* de busca. Nexo de causalidade configurado. Falha na prestação de serviço. Insegurança gerada ao consumidor. - A empresa que indica empresa virtual fraudulenta é parte legítima para figurar no polo passivo da demanda, quando o dano alegado é a ela imputado. No caso dos autos, restou comprovado que o serviço prestado pela apelante se deu de forma defeituosa ante a sua conduta de permitir que empresa inidônea fosse indicada pelo seu *site*, em virtude de não ter tomado os devidos cuidados quando do cadastro desta como sua anunciante, sendo, por conseguinte, responsável pelos eventuais danos sofridos pelos consumidores, que confiaram nas informações por ela prestadas (TJMG - Apelação Cível n° 1.0024.08.957767-0/001 - Relator: Des. Arnaldo Maciel - Data do julgamento: 16.08.2011).

> Indenização. Compra efetuada mediante busca em *site* de comparação de preços. Loja cadastrada pelo *site*. Relação de confiança. Responsabilidade pela inidoneidade da loja indicada. - O *site* que divulga ofertas e viabiliza a compra junto a lojas virtuais previamente cadastradas e submetidas à triagem de segurança gera no consumidor que nele confia a sensação de segurança na contratação, devendo responder pelos prejuízos gerados em razão de negócio celebrado com loja inidônea por ele indicada (TJMG - Apelação Cível n° 1.0086.08.021605-3/001 - Relator: Des. Mota e Silva - Data do julgamento: 1°.02.2011).

Ademais, não se pode olvidar ser aplicável ao caso em comento a teoria do risco-proveito segundo a qual será responsável civilmente todo aquele que aufira lucro ou vantagem do exercício de determinada atividade.

Sobre a teoria do risco-proveito, afirma Sérgio Cavalieri Filho:

> O suporte doutrinário dessa teoria, como se vê, é a idéia de que o dano deve ser reparado por aquele que retira algum proveito ou vantagem do fato lesivo.

E complementa:

> onde está o ganho, aí reside o encargo - *ubi emolumentum, ibi onus* (CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 167).

A propósito, vale ressaltar ser a referida teoria aceita pelo Superior Tribunal de Justiça; se não, vejamos:

> Agravo regimental em agravo de instrumento contra a inadmissão de recurso especial. Indenização por danos morais. Requisitos da responsabilidade civil. *Quantum* indenizatório razoável. Súmula 7/STJ. Agravo regimental desprovido [...]. 2. A orientação do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que a pactuação de contrato bancário, mediante fraude praticada por terceiro falsário, por constituir risco inerente à atividade econômica das instituições financeiras, não elide a responsabilidade destas pelos danos daí advindos, à luz da teoria do risco profissional. 3. A jurisprudência desta Corte é firme quanto à desnecessidade, em hipóteses como a dos autos, de comprovação do dano moral, que decorre do próprio fato da inscrição indevida em órgão de restrição

ao crédito, operando-se *in re ipsa* [...] (STJ - AgRg no Ag 1273751 - Relator: Ministro Raul Araújo - Data do julgamento: 17.02.2011).

Civil. Processual civil. Recurso especial. Ação de indenização. Prestação de serviço. Negligência. Abertura de conta corrente por falsário com uso de documentos do autor. Inscrição posterior na Serasa. Danos morais. Fixação do valor indenizatório. Redução. Correção monetária. Termo inicial. No pleito em questão, as instâncias ordinárias reconheceram, com base nos fatos e provas trazidos aos autos, a conduta negligente do banco recorrente e os prejuízos morais causados ao recorrido, decorrentes da abertura de conta por falsário usando documentos do autor: 'O próprio Banco Itaú S.A. confessa que autorizou a abertura de conta bancária solicitada por terceira pessoa que apresentou os documentos clonados do apelado. [...] *In casu*, observa-se que a instituição bancária, em que pese a alegada perfeição dos documentos falsificados, assume todo o risco de sujeitar-se a fraudes como a presente, que, por sua vez, causam prejuízos a terceiros, como aconteceu com o apelado. [...] Comprovada a conduta negligente do apelante, o dano causado ao apelado que teve o seu nome inscrito no SPC e na Serasa, bem como o nexo de causalidade entre as duas primeiras, correta a sentença de primeiro grau que condenou o Banco Itaú S.A. ao pagamento de indenização por danos morais [...]' (REsp 808688/ES - Relator: Ministro Jorge Scartezzini - *DJ* de 12.03.2007, p. 248).

Nessa linha, o entendimento deste Colegiado não discrepa. Se não, vejamos:

Apelação cível. Ação declaratória de inexistência de débito c/c indenização. Inclusão indevida do nome da parte nos cadastros de restrição ao crédito. Configuração de fraude. Serviços não contratados. Aplicação do CDC. Responsabilidade objetiva. Dever de indenizar. Fixação do valor. Razoabilidade. - Restando devidamente comprovada nos autos fraude realizada por terceira pessoa que realizou empréstimo bancário em nome da autora, deve a instituição financeira ser responsabilizada pelos prejuízos causados, em razão da sua atividade, já que este é o risco do negócio. A reparação por danos morais, ao mesmo tempo em que não deve permitir o enriquecimento injustificado do lesado, também não pode ser fixada em valor insignificante, pois deve servir de reprimenda para evitar a repetição da conduta abusiva (TJMG - Apelação Cível nº 1.0439.07.070330-1/002 - Relator: Des. Valdez Leite Machado - Data do julgamento: 28.01.2010).

Apelação cível. Ação declaratória de inexistência de débito c/c indenização por danos morais com pedido liminar. Defeito na prestação do serviço. Inscrição indevida no SPC. Negócio jurídico celebrado por falsário. Documentos furtados. Responsabilidade objetiva. Risco-proveito. Excludente de responsabilidade afastada. Dano moral puro. Indenização devida. Fixação de acordo com os critérios da razoabilidade e proporcionalidade. Honorários. Inteligência do art. 20, § 3º, do CPC. É irrelevante para a verificação da responsabilidade dos fornecedores que eles comprovem ter agido cautelosamente no momento da celebração do negócio jurídico com o falsário. Para o Código de Defesa do Consumidor, o que importa é o defeito na prestação do serviço. A falta de segurança na prestação do serviço afasta a aplicação da excludente de responsabilidade. A ré pratica atividade que envolve certo risco profissional e, por isso, tem o dever se precaver contra esse tipo de golpe. Conforme a teoria do risco-proveito será responsável civilmente todo aquele que aufira lucro ou vantagem do exercício de determinada atividade. Segundo Sérgio Cavalieri Filho, 'onde está o ganho, aí reside o encargo - *ubi emolumentum, ibi onus*' (*Programa de responsabilidade civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, p.167) [...] (TJMG - Apelação Cível nº 0030090-58.2010.8.13.0145 - Relator: Des. Rogério Medeiros - Data do julgamento: 31.03.2011).

Ação de indenização por danos morais. Inépcia da inicial. Não ocorrência. Cadastramento do nome de pessoa no SPC. Negócio jurídico celebrado por falsário. Dano moral. Caracterização. Indenização devida. Negligência do fornecedor. Excludente de responsabilidade afastada. Valor da condenação - redução - sentença reformada em parte. A atuação indevida da empresa ré ocasionou constrangimento à autora. O pedido de indenização por dano moral foi corretamente formulado pela parte. A inscrição indevida do nome da autora no Serviço de Proteção ao Crédito (SPC) configura dano moral, haja vista o abalo de crédito sofrido. O fato de o negócio jurídico ter sido celebrado por falsário não enseja a incidência da excludente de responsabilidade por culpa exclusiva de terceiro, tendo em vista que o fornecedor agiu com negligência, ao realizar venda a prazo sem verificação da autenticidade dos documentos daquela pessoa que se fez passar pela autora [...] (TJMG - Apelação Cível nº 1.0702.06.333739-9/001 - Relator: Des. Rogério Medeiros - Data do julgamento: 28.08.2008).

Assim, a responsabilidade da apelante está caracterizada, não merecendo reparos a bem-lançada decisão guerreada.

Diante do exposto, rejeito a preliminar de ilegitimidade passiva e nego provimento ao recurso, mantendo na íntegra a sentença primeva.

Custas recursais, pela apelante.

DES. VALDEZ LEITE MACHADO - De acordo com o Relator.

DES.ª EVANGELINA CASTILHO DUARTE - De acordo com o Relator.

Súmula - PRELIMINAR REJEITADA. RECURSO NÃO PROVIDO.

...

Licitação - Concorrência pública - Inabilitação da impetrante - Garantia de seriedade da proposta - Apresentação no prazo estabelecido no edital - Posterior alteração da data da reunião de abertura das propostas - Comunicação da comissão processante aos concorrentes - Omissão quanto à necessidade de exibir nova garantia - Ofensa ao princípio da publicidade

Ementa: Administrativo. Mandado de segurança. Licitação. Concorrência pública. Inabilitação da impetrante.

Garantia de seriedade da proposta. Apresentação no prazo estabelecido no edital. Posterior alteração da data da reunião de abertura das propostas. Comunicação da comissão processante aos concorrentes. Omissão quanto à necessidade de exibir nova garantia. Ofensa ao princípio da publicidade.

- Não há subsistir a inabilitação da impetrante em concorrência pública promovida pelo Município de Itabira com amparo no desatendimento de exigência relativa à qualificação econômico-financeira, se se verifica que a apresentação da prova da garantia de seriedade da proposta com o prazo vencido decorreu da inobservância do princípio da publicidade pela própria Administração Pública, que informou os recorrentes sobre o adiamento da data da abertura das propostas sem explicitar a necessidade da apresentação de nova garantia.

Sentença confirmada, em reexame necessário.

REEXAME NECESSÁRIO CÍVEL Nº 1.0317.09.109844-0/001 - Comarca de Itabira - Remetente: Juiz de Direito da 1ª Vara Cível da Comarca de Itabira - Autor: CGL-Construtora Guimarães Lage Ltda. - Réu: Município de Itabira - Autoridade coatora: Prefeito do Município de Itabira, Presidente da Comissão Permanente de Licitação da Prefeitura de Itabira, Secretário Municipal de Administração de Itabira - Litisconsortes: RDR Engenharia Ltda., Conspar Engenharia Ltda., Margem Construções e Comércio Ltda. - Relator: DES. EDGARD PENNA AMORIM

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, à unanimidade, EM CONFIRMAR A SENTENÇA, EM REEXAME NECESSÁRIO.

Belo Horizonte, 31 de maio de 2012. - *Edgard Penna Amorim*. - Presidente e Relator.

Notas taquigráficas

DES. EDGARD PENNA AMORIM (Relator) - Trata-se de mandado de segurança impetrado por C.G.L. - Construtora Guimarães Lage Ltda. contra ato do Prefeito Municipal, do Presidente da Comissão Permanente de Licitação e do Secretário Municipal de Administração de Itabira, consistente na inabilitação da impetrante na Concorrência Pública nº 003/2009, por desatendimento ao requisito do item 11.4, alínea *e*, do edital do certame, relativo ao recolhimento de garantia de seriedade da proposta.

Determinada a intimação das empresas Margem Construções e Comércio Ltda., Conspar Engenharia Ltda. e RDR Engenharia Ltda., como litisconsortes passivas necessárias (f. 24 e 282), apenas esta última se manifestou às f. 296/301.

Adoto o relatório da sentença (f. 1.361/1.366), por exato, e acrescento que o i. Juiz da 2ª Vara Cível da Comarca de Itabira concedeu a segurança, para reconhecer a nulidade do ato de inabilitação da impetrante do processo seletivo, determinando à Comissão Permanente de Licitação que considerasse a habilitação da empresa, designando nova data para a abertura das propostas financeiras. A sentença foi submetida ao duplo grau de jurisdição obrigatório, mas não houve interposição de recurso voluntário.

Parecer da i. Procuradoria de Justiça às f. 1.725/1.731, da lavra do i. Procurador João Batista da Silva, pela confirmação da sentença.

À f. 1.733, determinei fossem os autos baixados em diligência, para que se verificasse a ocorrência da intimação das litisconsortes Conspar Engenharia Ltda. e Margem Construções e Comércio Ltda. da sentença concessiva da ordem e, na hipótese de omissão, que se promovesse o ato intimatório.

A diligência acima foi efetivada às f. 1.736 e seguintes, mas as litisconsortes não ofereceram recurso de apelação (cf. f. 1.747-v.).

Conheço da remessa oficial, presentes os pressupostos de admissibilidade.

Como dito, a impetrante se volta, no presente *writ*, contra a sua inabilitação na Concorrência Pública nº 003/2009, cujo objeto é a contratação de empresa de engenharia para edificação da primeira etapa do primeiro prédio da Unifei - Campus de Itabira. A eliminação da requerente se escorou no descumprimento da alínea *e* do subitem 11.4 do edital, cujo teor é o seguinte:

> 11.4 - Qualificação Econômica Financeira
> [...]
> e) Prova de recolhimento, na Seção de Tesouraria da Secretaria Municipal da Fazenda, até o dia 16/07/2009, prazo preclusivo do direito de participar da licitação, da garantia de seriedade da proposta, no valor de R$66.599,00 (sessenta e seis mil, quinhentos e noventa e nove reais), nos termos do art. 56, Parágrafo 1º da Lei 8.666/93, até às 16:00 horas, com validade de 90 (noventa) dias a partir da entrega das propostas. A mesma será devolvida aos licitantes 30 (trinta) dias após a assinatura do contrato pela licitante vencedora (f. 41/42).

Ao que se vê, a indigitada cláusula trata do recolhimento de garantia de seriedade da proposta, a ser demonstrado pelos concorrentes até o dia 16.07.2009, com validade de 90 (noventa) dias "a partir da entrega das propostas". Em cumprimento ao previsto no regramento do certame, a requerente apresentou carta fiança com validade de 90 (noventa) dias, a contar de 21.07.2009, correspondente à data estipulada para a abertura dos envelopes (cf. itens 4 e 13.1 do edital), donde eficaz a garantia até 19.10.2009.

Ocorre que a Comissão Permanente de Licitação, por meio de aviso datado de 20.07.2009 e comunicado à impetrante em 21.07.2009 (cf. f. 361/362), veio a prorrogar a data da apresentação das propostas para

24.07.2009. A partir disso, malgrado o aludido aviso tenha sido omisso nesse aspecto, exigiu-se dos licitantes o fornecimento da garantia de seriedade de propostas com validade até 22.10.2009 - ou seja, 90 (noventa) dias depois da nova data da reunião de abertura dos envelopes -, o que resultou na inabilitação da impetrante.

Diante desse breve relato, tenho que a sentença concessiva da ordem merece confirmação.

De fato, sabe-se que o procedimento licitatório é regido, entre outros, pelos princípios da legalidade, da igualdade, da publicidade e da vinculação ao instrumento convocatório (art. 3º, *caput*, da Lei nº 8.666/93), os quais impõem aos participantes e à própria Administração Pública a necessária observância das regras e condições previstas na lei e no edital para a escolha da proposta mais vantajosa para o interesse público. Notadamente em relação ao postulado da publicidade, colhe-se da obra de Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

> Outro princípio previsto no artigo 3º da Lei nº 8.666/93 é o da publicidade (v. item 3.3.10), que diz respeito não apenas à divulgação do procedimento para conhecimento de todos os interessados, como também aos atos da Administração praticados nas várias fases do procedimento, para assegurar a todos a possibilidade de fiscalizar sua legalidade. A publicidade é tanto maior quanto maior for a competição propiciada pela modalidade de licitação; ela é a mais ampla possível na concorrência, em que o interesse maior da Administração é o de atrair maior número de licitantes [...]. (*Direito administrativo*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 306/307.)

Outrossim, a Lei nº 8.666/93 traz em seu bojo diversos dispositivos que adensam a aplicação do princípio da publicidade nos procedimentos licitatórios, dentre eles o § 4º do art. 21, *in verbis*:

> Art. 21. Os avisos contendo os resumos dos editais das concorrências, das tomadas de preços, dos concursos e dos leilões, embora realizados no local da repartição interessada, deverão ser publicados com antecedência, no mínimo, por uma vez:
> [...]
> § 4º Qualquer modificação no edital exige divulgação pela mesma forma que se deu o texto original, reabrindo-se o prazo inicialmente estabelecido, exceto quando, inquestionavelmente, a alteração não afetar a formulação das propostas.

Na hipótese dos autos, observa-se que a Comissão Processante, sob a invocação da "necessidade da Administração Pública", entendeu por bem alterar a data de abertura dos envelopes de habilitação e de proposta financeira prevista no item 13.1 do edital, transferindo-a do dia 21.07.2009 para o dia 24.07.2009.

Ocorre que o indigitado comunicado não explicitou as razões de interesse público justificadoras de tal alteração, tampouco indicou as consequências que o mencionado adiamento poderia gerar para os licitantes. A propósito disto, conquanto a motivação do adiamento até pudesse ser dispensada, o mesmo não se pode dizer quanto às repercussões advindas daquele ato, especialmente no pertinente à validade da garantia da seriedade da proposta e da eventual necessidade de sua renovação, informações estas que seriam de todo o interesse dos concorrentes, haja vista que o prazo para entrega do documento na Seção de Tesouraria da Secretaria Municipal da Fazenda já se havia expirado em 16.07.2009 (cf. item 14.1, alínea e).

Destarte, a meu sentir, o lacônico aviso sobre a protelação da data da abertura dos envelopes expedido pela autoridade administrativa não prestigiou o princípio da publicidade e o disposto no § 4º do art. 21 da Lei nº 8.666/93, pois não se permitiu aos participantes do certame, com a segurança e a clareza que o procedimento em tela exige, tomar conhecimento da necessidade de se apresentar nova garantia.

A propósito, entendo que a sentença de primeiro grau, da lavra do i. Juiz de Direito André Luiz Pimenta Almeida, dirimiu com acerto a questão, nos seguintes termos:

> Reputo que a inabilitação da impetrante, como foi levada a efeito, violou os princípios da legalidade, moralidade, do tratamento isonômico e da publicidade, considerando que a Administração Pública Municipal prorrogou a data de recebimento da habilitação sem justificativa clara e excluiu do certame uma das concorrentes que adimpliu os requisitos objetivos exigidos pelo Edital originariamente (atendimento ao princípio do estrito cumprimento do edital), razão pela qual a alteração da data deveria vir acompanhada de informações sobre todas as alterações/consequências para as concorrentes.
> [...]
> Entendo que a Comissão Processante adotou uma interpretação das regras de garantia do edital em prejuízo da concorrente e da própria competitividade do procedimento licitatório, em que se busca o maior número de propostas para se obter a mais vantajosa para a Administração Pública - pelo fato de que a inabilitação pela interpretação destituída de razoabilidade referente ao prazo de validade da garantia excluiu uma das quatro participantes - sendo que a falha e a falta de transparência decorreram de ato da Comissão que prorrogou o prazo de abertura da habilitação sem se preocupar em dar a devida justificativa e esclarecimentos aos participantes do procedimento.
> Ainda que se acolhesse o entendimento da Comissão Permanente de Licitação, no mínimo, em razão de ter adiado o recebimento da habilitação nos termos já expostos, deveria permitir que fosse sanada a suposta falha quanto ao prazo de validade da garantia (revalidação da garantia). O ato de inabilitação, além de equívoco, decorreu de um formalismo excessivo prejudicial a ampla participação dos concorrentes para se obter maior diversidade de propostas (f. 1.364/1365).

Pelo exposto, conclui-se que injurídica a inabilitação da impetrante na Concorrência Pública nº 003/2009, donde corretos o reconhecimento da nulidade do ato e o comando de designação de nova data para a abertura das propostas.

Com estas considerações, em reexame necessário, confirmo a sentença de origem.

Custas, na forma da lei.

DES.ª TERESA CRISTINA DA CUNHA PEIXOTO (Revisora) - De acordo com o Relator.

DES. VIEIRA DE BRITO - De acordo com o Relator.

Súmula - EM REEXAME NECESSÁRIO, CONFIRMARAM A SENTENÇA.

...

Direito à moradia - Auxílio bolsa-moradia - Requisitos - Ausência - Indícios de intento malicioso - Decisão mantida

Ementa: Agravo de instrumento. Direito à moradia. Auxílio bolsa-moradia. Requisitos. Ausência. Indícios de intento malicioso. Decisão mantida.

- Ausentes os requisitos previstos no art. 4º do Decreto nº 11/283/2003, que dispõe sobre o assentamento de famílias no Município de Belo Horizonte, não há como compelir a administração ao pagamento do auxílio-moradia.

- Mesmo em juízo perfunctório, observando-se, por meio do resultado da investigação da Urbel, que pode estar em curso esquema que pretende fraudar o Programa de Assentamento de Famílias Removidas em Decorrência de Obras Públicas Municipais, impõe-se a manutenção da decisão.

AGRAVO DE INSTRUMENTO CÍVEL Nº 1.0024. 11.117892-7/001 - Comarca de Belo Horizonte - Agravante: Maria das Dores Fernandes Saldanha - Agravado: Município de Belo Horizonte - 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 negar provimento ao recurso.

Belo Horizonte, 14 de junho de 2012. - *Elpídio Donizetti* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. ELPÍDIO DONIZETTI (Relator) - Maria das Dores Fernandes Saldanha, qualificada nos autos, interpôs agravo de instrumento, com pedido de antecipação da tutela recursal, em face da decisão reproduzida à f. 119-TJ e proferida pelo Dr. Alyrio Ramos, juiz de direito da 3ª Vara de Feitos da Fazenda Pública Municipal da Comarca de Belo Horizonte, o qual, nos autos da ação ordinária ajuizada pelo Município de Belo Horizonte, indeferiu o pedido de antecipação de tutela formulado na reconvenção.

Inconformada, alega a agravante que, conforme documentos juntados aos autos, preenche todos os requisitos necessários para que seja incluída como beneficiária do auxílio bolsa-moradia e no programa de reassentamento da Prefeitura de Belo Horizonte. Ademais, aduz que, desde que foi removida de sua antiga residência, está sendo injustamente privada de seu direito subjetivo e constitucionalmente previsto à moradia.

Arremata requerendo, em sede de tutela de urgência, o deferimento dos benefícios da justiça gratuita e a sua inclusão como beneficiária do auxílio bolsa-moradia e dos programas municipais de habitação, reassentamento, regularização fundiária e assistência social. Ao final, pugna pela reforma da decisão.

Às f. 174-183 o recurso foi admitido, exceto quanto ao pedido de gratuidade, uma vez que a recorrente já gozava do benefício. Quanto à tutela de urgência, indeferiu-se.

Intimado, o Município agravado apresentou resposta às f. 187-189, manifestando-se pela manutenção da decisão agravada.

A Procuradoria-Geral de Justiça reputou desnecessária a intervenção no feito.

Compulsando os autos, depreende-se que, visando a previnir e amenizar os efeitos decorrentes da intensificação da precipitação pluviométrica no Município de Belo Horizonte, desde o ano de 2008, o agravado, dentro de suas incumbências constitucionais e legais, resolveu mapear, por meio de seus órgãos técnicos, os imóveis localizados em áreas de risco de deslizamentos e promover a remoção das famílias ali residentes.

Tendo em vista que a agravante residia no imóvel localizado na Rua Adutora, nº 4.435, Bairro Vila João Pio de Souza (Vila Fazendinha), cujo risco iminente de ser atingido por eventual deslizamento foi classificado como alto, a presente ação foi proposta visando, em sede de antecipação de tutela, a remoção da recorrente e, em seguida, a demolição do imóvel supracitado, uma vez que a situação oferecia riscos à segurança e à integridade dos próprios moradores e da vizinhança, conforme laudo técnico de f. 26/30-TJ.

O pedido de antecipação de tutela formulado na inicial foi parcialmente deferido (f. 63-TJ), ocasião em que o Magistrado *a quo* autorizou a interdição do imóvel supracitado, bem como a remoção da agravante para abrigo municipal.

Pois bem. Cinge-se a controvérsia a perquirir se estão presentes nos autos os requisitos para se conceder à agravante o auxílio bolsa-moradia pleiteado e determinar a sua inclusão nos programas municipais de habitação, reassentamento, regularização fundiária e assistência social.

A respeito da questão, o art. 4º do Decreto nº 11.283/03, que regulamenta a Lei Municipal nº 7.597/98, a qual, por sua vez, dispõe sobre o

assentamento de famílias no Município de Belo Horizonte, prevê o seguinte:

> Art. 4º Para ser amparado pelo PROAS (Programa de Assentamento de Famílias Removidas em Decorrência de Execução de Obras Públicas Municipais), o beneficiário deverá preencher os seguintes requisitos:
> I - possuir renda familiar de até 5 (cinco) salários mínimos mensais;
> II - não ter nem a posse nem a propriedade de outro imóvel neste Município, em nome próprio, de seu cônjuge ou companheiro;
> III - assinar declaração de que renuncia, expressamente, ao direito de requerer, judicial ou administrativamente, eventual indenização referente às benfeitorias realizadas na área a ser desocupada, de conformidade com o disposto na legislação vigente;
> IV - não ter sido beneficiado por este ou por outro programa de assentamento municipal;
> V - ser ocupante da área pelo prazo mínimo de 12 (doze) meses;
> VI - ser proprietário da benfeitoria;
> VII - estar dentro dos parâmetros definidos pelo Conselho Municipal de Habitação.

No caso vertente, primeiramente, é importante frisar que, quando funcionários da Urbel - Companhia Urbanizadora de Belo Horizonte - realizaram uma vistoria no imóvel em que a agravante alega ter residido (f. 31/37-TJ), na data de 04.01.2010, constataram que o local não era utilizado como moradia, em razão da ausência de mobília em seu interior.

Na mesma ocasião, os funcionários da sociedade de economia mista supracitada informaram que a autora apresentou discurso incongruente quanto ao tempo em que exercia a posse sobre o imóvel, ora afirmando ser de quatro anos, ora de 12 anos.

Saliente-se, ainda, que a Urbel instaurou uma sindicância para investigar a titularidade do domínio dos imóveis que seriam desocupados na Vila Fazendinha (f. 55/56-TJ), uma vez que necessitava apurar se alguns moradores, dentre eles a agravante, estariam residindo em área que já havia sido desocupada em dezembro de 2008.

Nesse desiderato, após a realização de várias entrevistas com as pessoas envolvidas no caso, funcionários da Urbel receberam a denúncia de que José Maria Cardoso Santos, que se dizia proprietário de vários imóveis na Rua Adutora, os quais apresentavam riscos de serem atingidos por deslizamentos, estaria transferindo a titularidade dos mesmos para quem preenchesse os requisitos previstos no dispositivo supracitado.

Assim, dividiria com o novo proprietário, que viria a ser removido, o benefício que eventualmente lhe fosse disponibilizado pelo PROAS, conforme cópia do negócio jurídico de f. 47, firmado entre Maria da Conceição Ramos de Souza Pereira, a qual também foi removida de seu imóvel localizado na Rua Adutora, e José Maria, cujas cláusulas seguem transcritas:

> Primeira
> Objeto da Transação
> O Sr. José Maria Cardoso Santos se compromete a dar um barraco em qualquer lugar que seja de acordo com as condições Sr. José Maria Cardoso Santos (sic) a Senhora Maria da Conceição Ramos de Souza Pereira e do Senhor José Geraldo de Andrade. E a senhora Maria da Conceição em troca desse barraco se compromete a transferir todas (*sic*) a documentação do apartamento de desapropriação da prefeita para o Sr. José Maria Cardoso Santos.
> Segunda
> Objeto da Transação
> A Senhora Maria da Conceição Ramos de Souza Pereira também se compromete a dividir o bolsa moradia que será dado pela prefeitura para o Sr. José Maria Cardoso Santos.

Ora, em que pese a incontestável relevância do direito fundamental à moradia, ante esse contexto nebuloso de fatos, os quais poderão dar ensejo até mesmo a investigações policiais, e à míngua de instrução probatória mais abrangente, conclui-se que os requisitos elencados no dispositivo em análise, dados como cumpridos pela agravante, não se verificaram nos documentos juntados aos autos, razão pela qual a plausibilidade do direito alegado pela recorrente não restou comprovada.

Ressalte-se que o documento de f. 46-TJ, datado de 20.10.2005, que, segundo a agravante, faz prova de que o imóvel de onde foi removida era de sua propriedade e foi comprado de José Roberto Gonçalves de Souza, não serve para tanto, haja vista que se trata de simples recibo manuscrito, cujo endereço apontado, inclusive, não condiz com o de tal imóvel (Rua Santa Rita, em vez de Adutora).

Com tais razões, nego provimento ao recurso.

Custas, ao final, pela parte sucumbente.

DES. BITENCOURT MARCONDES - De acordo com o Relator.

DES. EDGARD PENNA AMORIM - De acordo com o Relator.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Falência - Devedor - Citação por carta precatória - Cópia do título executivo - Ausência - Documento essencial - Cerceamento de defesa - Requisitos legais

Ementa: Agravo de instrumento - Direito processual civil e falimentar - Pedido de falência - Citação do devedor por carta precatória - Cópia do título executivo - Ausência - Documento essencial - Cerceamento de defesa - Requisitos legais.

- O título executivo que enseja o pedido de falência é documento essencial a constar da carta precatória de citação do devedor, nos termos do art. 202, § 1°, do CPC, pela mesma razão que deve instruir o pedido de decretação de falência (art. 94, § 3°, da Lei 11.101/05).

- Vislumbro o risco de prejuízo à agravante, uma vez que, diante da alegada falta de acesso a documento essencial para sua defesa (título executivo sobre o qual se questiona o pagamento), deflagra-se a possibilidade de cerceamento de defesa.

Recurso provido.

AGRAVO DE INSTRUMENTO CÍVEL Nº 1.0024. 11.125122-9/001 - Comarca de Belo Horizonte - Agravante: Souza & Diniz Consultoria e Assessoria Ltda. - Agravada: Samantha Heringer de Paula Lima Lopes Kümmel - 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 PROVER O RECURSO.

Belo Horizonte, 14 de junho de 2012. - *Heloísa Combat* - Relatora.

Notas taquigráficas

DES.ª HELOÍSA COMBAT (Relatora) - Trata-se de agravo de instrumento interposto por Souza & Diniz Consultoria e Assessoria Ltda. contra a r. decisão do MM. Juiz da 1ª Vara Empresarial da Comarca de Belo Horizonte, que, em sede de pedido de falência, indeferiu o pedido de nulidade da citação por carta precatória, sob o argumento de que todos os seus requisitos essenciais foram atendidos.

A agravante alega, em síntese, que a precatória enviada ao Juízo deprecado para sua citação não fora acompanhada do título executivo, sendo impossibilitada a defesa quanto à eventual falsidade, prescrição, nulidade ou qualquer outro fato, configurado verdadeiro cerceamento de defesa.

Pugna pelo efeito suspensivo e, ao final, seja provido o agravo, para que seja determinada nova citação, desta vez incluindo cópia do título executivo e demais documentos necessários.

Deferido o efeito rogado às f. 47/48; informações do MM. Juiz singular às f. 53/54; contraminuta às f. 56/62.

Decido.

Em sede de agravo de instrumento, o julgador deve se ater, num exame sumário do caso, à presença dos requisitos indispensáveis à concessão da medida de urgência pleiteada.

É necessária a demonstração dos 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.

No caso concreto, da detida análise do processado, extraem-se algumas peculiaridades dignas de nota.

Inicialmente, cumpre analisar a preliminar aventada em sede de contraminuta, às f. 56/61, insurgindo-se diante do recebimento e conhecimento do presente agravo de instrumento, ao fundamento de que não foi atendido o pressuposto do art. 524, inciso III, do CPC, pois deixou o agravante de listar os outros advogados que patrocinavam a agravada.

Pois bem. Em que pese a literalidade do art. 524, inciso III, do CPC, que elenca como requisito recursal a indicação do "nome e o endereço completo dos advogados, constantes do processo", se não acarretar prejuízo ao agravado, a exigência tem sido atenuada pela jurisprudência. Nesse ínterim, é desnecessária a indicação quando se trata de comarca na qual a intimação se faz pela imprensa (*RSTJ* 110/327), conforme é a hipótese destes autos (certidão de f. 51).

Portanto, fica afastada essa preliminar.

Passo ao mérito do agravo.

Não obstante a gravidade das arguições da agravada, quem requereu a decretação da falência da agravante, importa registrar que o presente instrumento deve estar adstrito aos limites do que foi decido na r. decisão combatida, precisamente a nulidade da citação por carta precatória, não admitindo-se qualquer abordagem que extrapole essa questão específica.

A propósito dos requisitos essenciais à expedição da carta precatória, discorre o art. 202, com destaque para o § 1° do CPC:

> Art. 202. São requisitos essenciais da carta de ordem, da carta precatória e da carta rogatória:
> I - a indicação dos juízes de origem e de cumprimento do ato;
> II - o inteiro teor da petição, do despacho judicial e do instrumento do mandato conferido ao advogado;
> III - a menção do ato processual, que lhe constitui o objeto;
> IV - o encerramento com a assinatura do juiz.
> § 1° O juiz mandará trasladar, na carta, quaisquer outras peças, bem como instruí-la com mapa, desenho ou gráfico, sempre que estes documentos devam ser examinados, na diligência, pelas partes, peritos ou testemunhas.

Muito embora o r. *decisum* guerreado faça menção à regularidade da carta precatória de f. 77/88, o título executivo não foi colacionado àqueles autos, fato sobre o qual não há controvérsia.

Doutro giro, não obstante a alegação da agravada de que a instrução da precatória com o título executivo (nota promissória) seria despicienda, pois a própria agravante subscreveu o título de crédito, tenho que o argumento não prospera.

Ora, na medida em que o art. 94, § 3º, da Lei 11.101/05 (Lei de Falências) prevê que o pedido de falência deve ser instruído com a exibição do título que legitima o crédito (art. 9º, parágrafo único, da LF), também é imprescindível a sua presença na carta precatória, nos termos do art. 202, § 1º, da legislação processual civilista.

Conforme sustentou o agravante em suas razões, o preceptivo que autoriza a impugnação do pedido de falência (art. 96 da Lei 11.101/05) discrimina em seus incisos as hipóteses que admitem prova contrária pelo devedor, *v.g.*, falsidade do título (inciso I), nulidade de obrigação ou de título (inciso III); qualquer outro fato que extinga, suspenda ou não legitime a cobrança do título (inciso V).

Vislumbro, pois, a presença dos requisitos legais indispensáveis à concessão da tutela recursal, uma vez que, diante da alegada falta de acesso a documento essencial para sua defesa (título executivo sobre o qual se questiona o pagamento), antevejo risco de prejuízo ao agravante, com possibilidade de cerceamento de defesa.

Coadunam-se, *mutatis mutandis*, com a tese aqui esposada os seguintes julgados do col. STJ:

> Processual civil. Embargos de declaração. Embargos à execução fiscal. Acolhimento integral da pretensão. Verba honorária devida.
> 1. Na espécie, verifica-se que houve o acolhimento integral da tese veiculada nos embargos do devedor, ao se reconhecer a nulidade da citação por ausência do título executivo na carta precatória de citação. Assim, cabíveis os honorários advocatícios de sucumbência a favor da embargante.
> 2. Embargos de declaração acolhidos (EDcl nos EDcl no REsp 762.017/MG, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, j. em 23.03.2010, *DJe* de 12.04.2010).

> Processual Civil e Tributário. Execução fiscal. Carta precatória de citação. Ausência da cópia da CDA. Cerceamento de defesa. Prejuízo evidente. Nulidade da citação.
> 1. Constitui cerceamento de defesa e evidente prejuízo, a carta precatória de citação em execução fiscal que não vem acompanhada do título executivo, no caso da CDA, por impossibilitar à parte de realizar sua defesa plena.
> 2. Recurso especial provido (REsp 762.017/MG, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, j. em 06.10.2009, *DJe* 15.10.2009).

Com efeito, o art. 5º, LV, da Constituição Federal estabelece como garantia fundamental que seja assegurado aos litigantes em processo administrativo e judicial o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

O direito à ampla defesa em muito ultrapassa a faculdade de tecer afirmativas em peças, alcançando o direito a efetivamente demonstrar suas alegações e vê-las consideradas, mesmo que rebatidas por decisões motivadas.

O debate instaurado pelo contraditório, por sua vez, deve possibilitar aos litigantes se utilizarem de todos os meios legítimos hábeis a contrapor as afirmativas sustentadas pela parte adversa.

Portanto, para que a agravante possa apresentar defesa em ação que está amparada em suposto inadimplemento de um título executivo, é recomendável que se possibilite a sua análise, permitindo-se, na esteira da legislação pertinente (Lei 11.101/05), que prove eventual inexigibilidade ou vício desse título.

Diante dessas considerações, atenta aos princípios constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, creio ser de bom alvitre a reforma da r. decisão recorrida, para determinar que se proceda à nova citação, desta vez incluindo-se cópia do título executivo e demais elementos necessários.

Pelo exposto, dou provimento ao recurso, reformando-se a r. decisão primeva, para determinar que nova carta precatória seja expedida, com a observância da juntada da cópia do título executivo, renovando-se o prazo para apresentação da defesa.

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

DES. ALMEIDA MELO - De acordo com a Relatora.

DES. AUDEBERT DELAGE - De acordo com a Relatora.

Súmula - DERAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Ação de cobrança - Contrato administrativo - Execução de obra - Modalidade - Empreitada por preço global - Inadimplência parcial - Prova da quitação - Ônus do devedor - Art. 333, inciso II, do Código de Processo Civil - Ausência

Ementa: Apelação cível. Ação de cobrança. Contrato administrativo para execução de obra. Modalidade empreitada por preço global. Inadimplência parcial. Comprovação da quitação. Ônus do devedor (art. 333, inciso II, do CPC). Ausência. Reforma da sentença. Provimento parcial do recurso.

- A prova de fato extintivo do direito do autor (pagamento) cabe ao réu (art. 333, inciso II, CPC).

- Ausente a prova do adimplemento, remanesce a obrigação do devedor.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0183.08.153087-9/002 - Comarca de Conselheiro Lafaiete - Apelante: Elmorais Construções Ltda. - Apelado: Município de Catas Altas da Noruega - 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 DAR PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 28 de junho de 2012. - *Barros Levenhagen* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. BARROS LEVENHAGEN - Trata-se de recurso de apelação interposto por Elmorais Construções Ltda. contra a sentença proferida pelo MM. Juiz de Direito José Leão Santiago Campos às f. 558/560-v.-TJ, que, nos autos da ação ordinária ajuizada contra o Município de Catas Altas da Noruega, julgou improcedente o pedido.

O referido julgado condenou, ainda, o autor ao pagamento de honorários advocatícios, que fixou em R$ 6.000,00 (seis mil reais).

Nas razões de f. 575/586, o autor alega que a última medição realizada, prevista no contrato (Anexo VIII), no valor de R$ 24.077,94, não foi quitada e que a sentença nada manifestou a respeito. Afirma que o réu nada alegou sobre a matéria e também não comprovou o pagamento da parcela contratual. No tocante aos serviços prestados além do que estava previsto no projeto inicial, no valor de R$ 38.702,00, alega que

> os documentos inclusos nos autos Anexo IV (planilha com o que foi acrescido), Anexo V (autorizações de mudanças do projeto), Anexo VI (medições e notas) e Anexo VII (planilha indicando a diferença a ser paga), comprovam as autorizações da Administração Pública para a concretização da obra.

Entende que ficou ferido o equilíbrio econômico-financeiro e que o inadimplemento configura enriquecimento sem causa.

Contrarrazões, pelo desprovimento do recurso principal, alegando, inicialmente, que houve inovação no pedido, decorrente da alteração do valor pleiteado na peça de ingresso e, em razão disso, deve ser o autor condenado por litigância de má-fé. Sustenta que somente a Administração Pública pode alterar unilateralmente o contrato e que a alteração do projeto não foi objeto de aditivo contratual. Aduz que o acréscimo supera o limite de 25% previsto no § 1º do art. 65 da Lei nº 8.666/93. Alega que não há demonstração de ocorrência de fatos imprevisíveis ou previsíveis de consequências incalculáveis, retardados ou impeditivos da execução do ajustamento, ou, ainda, caso de força maior ou caso fortuito, capazes de ensejar qualquer atualização em benefício do apelante. (f. 591/607).

O Ministério Público entende descabida sua intervenção no feito (f. 618).

É o relatório.

Conheço do recurso voluntário, presentes os pressupostos de admissibilidade.

Inicialmente, cumpre apreciar a alegação do apelado de que houve inovação recursal.

O instituto processual veda o conhecimento de matéria que tenha sido aduzida inauguralmente perante a instância revisora, para que não haja supressão de grau de jurisdição.

O Município sustenta sua tese no fato de que o pedido contido na peça vestibular monta em R$ 62.779,94 e de que o autor, percebendo que seu pleito é juridicamente impossível, na peça recursal pugnou pela condenação em valor inferior, a saber, R$ 38.702,00.

Equivoca-se, *data venia*, o apelado. Conforme se depreende da leitura do item *b* do pedido, o objeto da demanda é a condenação do Município ao pagamento da quantia de R$ 62.779,94.

O valor desdobra-se em dois itens: a quantia de R$ 24.077,94, referente à última medição realizada, prevista no contrato, mas não paga, e o valor de R$ 38.702,00, no tocante aos serviços prestados além do que estava previsto no projeto inicial.

A soma das duas rubricas perfaz o montante de R$ 62.779,94, constante do pedido contido na peça recursal, razão pela qual inexiste a alegada inovação recursal que serviria de supedâneo à condenação por litigância de má-fé.

Superada a questão preliminar, passo à análise do mérito.

Colhe-se de todo processado que o autor firmou contrato administrativo com o Município de Catas Altas da Noruega, decorrente da Licitação nº 018/2006, Tomada de Preços nº 005/2006, cujo objeto era a construção da unidade de triagem e compostagem de lixo na localidade de Jequitibá, com fornecimento de todos os equipamentos e materiais necessários para a execução da obra (cláusula primeira do edital de f. 52).

A tomada de preços em epígrafe foi realizada na modalidade empreitada por preço global, no valor de R$ 159.460,06, conforme cláusula segunda com contrato (f. 70), financiada com recursos do BDMG - Banco de Desenvolvimento de Minas Gerais.

As notas fiscais fornecidas pelo contratado ao Município são as seguintes: NF 00056, no valor aproximado a R$ 1.400,00, não se podendo precisar, dada a ilegibilidade da cópia (f. 124); NF 000107, no valor de R$ 34.850,74 (f. 134); NF 000119, no valor de R$ 25.230,81 (f. 144); NF 000131, no valor de R$ 41.282,23 (f. 154); NF 000145, no valor de R$ 31.883,47 (f. 164) e, por fim, a NF 000281, no valor de R$ 24.077,94 (f. 211).

A soma de todas as notas fiscais, não obstante prejudicada pela falha na cópia da NF 00056, perfaz valor aproximado ao do contrato.

A parcela de R$ 24.077,94, referente à sexta medição, portanto, refere-se a serviço previsto no contrato, restando saber se foi quitada ou não.

À f. 212 dos autos, foi acostada solicitação do Prefeito Municipal ao Gerente do Departamento de Infraestrutura do BDMG, requerendo o pagamento da parcela referente à sexta medição.

Na ação de cobrança, o ônus de provar o fato extintivo do direito do autor (art. 333, inciso II, CPC) cabe ao réu. No caso em tela, não conseguiu o réu comprovar que efetuou o pagamento da última parcela do contrato. Os documentos de f. 240/298, que instruem a contestação apresentada pelo Município de Catas Altas da Noruega, em momento algum trazem a comprovação do pagamento da indigitada parcela contratual, razão pela qual, ao menos nesta parte, merece reparos a r. sentença.

Assim, sob pena de enriquecimento sem causa, cabe ao contratante realizar o pagamento da parcela referente à sexta medição no valor de R$ 24.077,94.

Todavia em relação ao valor de R$ 38.702,00, no tocante aos serviços prestados além do que estava previsto no projeto inicial, razão não assiste ao contratado/apelante.

Conforme dito alhures, trata-se de contrato celebrado na modalidade de empreitada por preço global no valor de R$ 159.460,06, sendo certo que qualquer acréscimo deveria constar de aditivo.

Além disso, conforme ressaltou, oportunamente, o douto Magistrado *a quo*,

> os serviços com medição extra que a autora afirmou ter realizado, no intuito de que houve alteração na equação financeira, não foram objeto de aditivo contratual, nem restaram devidamente comprovados através de perícia (f. 559-v.).

A propósito:

> Número do processo: 1.0175.04.005184-9/001 - Numeração única: 0051849-95.2004.8.13.0175 - Relator: Des. Caetano Levi Lopes - Data do julgamento: 23.10.2007 - Data da publicação: 07.11.2007. Ementa: Apelação cível. Ação de rescisão contratual. Contrato de prestação de serviços por preço global. Medições extras. Ausência de aditivo contratual. Desequilíbrio econômico-financeiro. Comprovação técnica inexistente. Rescisão contratual por culpa exclusiva da Administração inocorrente. Recurso não provido. 1. No contrato administrativo, o Poder Público usufrui de todos os poderes indispensáveis à proteção do interesse público, mas deve ser observada, em relação ao contratado, a garantia da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do negócio jurídico. 2. O contratado, no contrato por preço global, assume a obrigação de execução da obra, pelo valor expresso em cláusula, sem serem devidos reajustes. 3. Ausentes o aditivo contratual e a comprovação de que ocorreu desequilíbrio econômico-financeiro em virtude de falta de pagamento de medições extras executadas pelo contratado, não pode ser rescindido o contrato por culpa exclusiva da Administração. 4. Apelação cível conhecida e não provida, mantida a sentença que rejeitou a pretensão inicial.

Dessarte, qualquer acréscimo, nos termos do § 1º do art. 65 da Lei nº 8.666/93, deve-se limitar a 25% do valor do contrato, disposição que foi repetida na cláusula décima primeira do contrato (f. 72), exigindo-se, ainda, que o acréscimo constasse de aditivo, exigência que não foi atendida na hipótese.

Some-se que a planilha com os valores acrescidos foi elaborada de forma unilateral pelo contratado, não servindo, portanto, de prova para sustentar sua pretensão.

Os documentos de f. 95/98 não substituem o termo aditivo exigido pela Lei nº 8.666/93 e pelo contrato administrativo assinado entre as partes, na medida em que não se reveste da formalidade legal.

Quanto aos juros moratórios, aplica-se, imediatamente, às ações em curso a Lei nº 11.960/09, que veio alterar a redação do art. 1º-F da Lei 9.494/97, para disciplinar os critérios de correção monetária e de juros de mora a serem observados nas "condenações impostas à Fazenda Pública, independentemente de sua natureza", quais sejam "os índices oficiais de remuneração básica e os juros aplicados à caderneta de poupança".

A propósito, o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp nº 1.205.296/SP, representativo de controvérsia, submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução nº 8/STJ, definiu a questão.

Com essas considerações, dou parcial provimento ao recurso, para julgar parcialmente procedente o pedido e condenar o Município de Catas Altas da Noruega a pagar ao autor a quantia de R$ 24.077,94 (vinte e quatro mil setenta e sete reais e noventa e quatro centavos), devidamente corrigida, nos termos da Lei nº 11.960/2009.

Havendo sucumbência recíproca, as partes arcarão com os honorários advocatícios de seus patronos, que fixo em R$ 500,00 (quinhentos reais), nos termos do art. 20, § 4º, do CPC, autorizada a compensação, nos termos do Enunciado nº 306 da Súmula do STJ; e as custas serão rateadas igualitariamente, observada a isenção em relação ao réu.

DES. VERSIANI PENNA - De acordo com o Relator.

DES.ª ÁUREA BRASIL - De acordo com o Relator.

Súmula - DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Execução fiscal - Direito de cobrança - Confissão e parcelamento do débito após o transcurso de 5 anos - Renúncia à prescrição - Inocorrência - Precedentes do STJ - Crédito extinto pela prescrição intercorrente: art. 156, V, c/c art. 174 do CTN, c/c art. 269, IV, do CPC

Ementa: Apelação cível. Execução fiscal. Prescrição do direito de cobrança. Confissão e parcelamento do débito tributário realizados pelo contribuinte após o transcurso

de cinco anos desde a constituição definitiva do crédito. Renúncia à prescrição. Inocorrência. Reposicionamento. Precedentes do STJ. Acolhimento dos embargos e extinção da execução fiscal.

- "O preenchimento de termo de confissão de dívida para fins de parcelamento do débito não tem o condão de restabelecer o direito do Fisco de exigir o crédito extinto pela prescrição" (AgRg no REsp 1116753/AC).

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.10.167002-4/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Térrea Ltda. - Apelado: Fazenda Pública do Município de Belo Horizonte - Relator: DES. ARMANDO FREIRE

Acórdão

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

Belo Horizonte, 5 de junho de 2012. - *Armando Freire* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. ARMANDO FREIRE - Cuidam os autos de apelação interposta por Térrea Ltda. contra sentença que rejeitou os embargos de devedor, determinando o prosseguimento da execução fiscal ajuizada pela Fazenda Pública do Município de Belo Horizonte.

Foram opostos embargos de declaração às f. 60/61, que foram rejeitados em decisão de f. 62.

Térrea Ltda., em razões de f. 63/70, sustenta que a CDA não atende aos requisitos formais do art. 2º, § 5º, III, da Lei nº 6.830/80 e do art. 202, III, do CTN. Aduz que ocorreu a decadência, não podendo o documento de f. 05 fazer prova de fato interruptivo, uma vez que produzido pela Administração Municipal, sem qualquer valor legal. Afirma que, quanto à prescrição, este egrégio Tribunal analisou o fato em uma fase processual na qual não havia ocorrido a citação da empresa executada. Alega que, caso tivesse integrado a relação processual, participando do julgamento em questão, teria denunciado a irregularidade do documento, afastando a hipótese de renúncia à prescrição. Assevera que não houve qualquer confissão, uma vez que o documento de f. 54 (autos apensos) foi assinado por pessoa incompetente. Acrescenta que o documento, se válido fosse, teria sido obtido de forma coercitiva. Pugna pelo provimento do apelo.

A apelação foi recebida em despacho de f. 72.

O Município de Belo Horizonte apresentou contrarrazões às f. 73/81.

A matéria debatida não se submete a parecer da douta Procuradoria de Justiça.

Assim relatado, conheço do recurso aviado, visto que presentes os pressupostos de admissibilidade.

Preliminar de mérito.

Prescrição.

Inicialmente, cumpre esclarecer que a questão da prescrição foi analisada nos autos da execução fiscal, em apelação aviada contra sentença proferida antes mesmo da citação da empresa executada, não havendo, portanto, a formação da relação processual.

Outrossim, a empresa embargante, que na época não teve a oportunidade de se manifestar quanto à prejudicial de mérito, nem mesmo apresentar contrarrazões, veio através de embargos à execução visando reabrir a discussão, sob o argumento de que a renúncia não poderia de forma alguma ser tácita, uma vez que o documento apresentado pela Fazenda Pública foi assinado por pessoa incompetente.

Sob essas considerações, e diante dos efeitos da prescrição peculiares ao crédito tributário, entendo necessário o novo exame acerca da possibilidade de sua configuração.

Pelo que se depreende dos autos da execução, a Fazenda Pública Municipal ajuizou execução fiscal em face de Térrea Ltda., baseada em dívida ativa relativa à falta de recolhimento de ISSQN no período compreendido entre novembro de 1986 a abril de 1989, consoante se infere da CDA de f. 03/04 (apenso).

Em despacho datado de 11.11.1996, foi determinada a citação da executada (f. 08 - apenso).

Restando frustradas as tentativas de citação da executada, foi requerida a inclusão do coobrigado no polo passivo.

A suspensão do feito, nos termos do art. 40 da Lei nº 6.830/80, foi deferida aos 11.06.2001. Transcorrido o prazo máximo de suspensão, os autos foram remetidos ao arquivo provisório aos 10.10.2002.

Petição do exequente requerendo juntada de documentação e vista dos autos protocolizada aos 20.02.2006.

A Fazenda Municipal foi intimada a manifestar-se acerca de eventual hipótese de suspensão ou interrupção da prescrição e, em peça de f. 59/63 (apenso), argumentou pela renúncia tácita da prescrição diante do parcelamento do débito.

Em decisão proferida às f. 71/72 (apenso), o digno Magistrado de primeiro grau extinguiu o processo de execução, em virtude da prescrição intercorrente, nos termos dos arts. 156, V, c/c art. 174, ambos do CTN, e art. 269, IV, do CPC. Considerou que, por força do art. 40, § 4º, da LEF e também do art. 219, § 5º, do CPC, é lícito ao juiz conhecer de ofício a prescrição do crédito tributário, desde que a Fazenda seja intimada a se manifestar. Acrescentou que, de acordo com a Súmula 314 do STJ, o prazo prescricional fluirá somente depois

de decorrido 01 ano de suspenso e sendo os autos remetidos ao arquivo provisório. Sopesou que em 11.06.2001 houve a suspensão do feito, sendo que o arquivo provisório datou de 10.10.2002 e a execução ficou paralisada até 12.12.2008, configurando a prescrição.

Em acórdão de f. 94/104 (apenso), esta Primeira Câmara Cível afastou a prescrição intercorrente, em virtude da ausência do transcurso de 05 (cinco) anos entre o arquivamento provisório do feito (2002) e a petição informando e demonstrando o parcelamento do débito em 2006, não podendo a mesma ser considerada meramente protelatória.

Quanto à prescrição do direito de cobrança, considerei que "a realização do parcelamento do débito fiscal não apenas interrompe o prazo prescricional como configura renúncia de eventual prescrição concretizada". Condicionei a aludida renúncia à prova concreta do efetivo reconhecimento do débito e parcelamento pelo executado. Entendi como suficientes os documentos de f. 51 e 54 (apenso).

No entanto, como já explanado, na oportunidade a empresa executada nem sequer havia sido citada e, ademais, compareceu aos autos combatendo a validade dos mencionados documentos.

A empresa embargante juntou à f. 53 termo de Rescisão de Contrato de Trabalho, demonstrando que a pessoa que assinou o documento de f. 54 dos autos da execução não tinha competência para realizar o parcelamento de um crédito tributário, mormente para reconhecer uma dívida tributária da empresa ou assumir qualquer obrigação em seu nome.

De fato, demonstrou a empresa embargante que a signatária do documento de f. 54 (apenso) não passava de mera funcionária da empresa (admitida em 1º.02.2005 e demitida em 20.06.2008), sem quaisquer poderes para atuar de forma administrativa, não constando do contrato social da mesma. Inclusive, do aludido documento consta que apenas o sócio Márcio Lincoln Dantês assinaria "em assuntos que digam respeito aos interesses sociais, podendo constituir procuradores para agir em nome da sociedade". Cabe salientar que, caso fosse a hipótese de existir uma procuração legitimando o ato do reconhecimento da dívida, cumpriria a demonstração de tal outorga, o que não se vislumbra no feito, nem mesmo foi juntado após a contestação específica da empresa à validade do Termo de Reconhecimento e Parcelamento do Débito.

De todo modo, há outro fator que determina o acolhimento dos embargos de devedor.

Diante das sérias consequências advindas da declaração da prescrição do débito, importa ressaltar que esta Primeira Câmara Cível, de forma consolidada, reexaminou a questão acerca da renúncia à prescrição na hipótese de parcelamento, harmonizando-se com a jurisprudência emanada do colendo Superior Tribunal de Justiça.

Conceitua-se a prescrição como a perda da possibilidade de fazer valer o direito subjetivo daquele titular que se manteve inerte, deixando transcorrer determinado lapso temporal. Quanto à prescrição da execução para a cobrança de crédito tributário, o lapso temporal é de 05 (cinco) anos, nos termos do art. 174 do CTN.

A prescrição intercorrente é verificada na hipótese de restar paralisado o feito em decorrência da negligência da parte exequente em adotar as medidas cabíveis para a obtenção de êxito no processo executivo. Para que seja constatada a prescrição nessa modalidade, é necessária a existência de pretensão executória já levada a juízo, bem como a inércia do exeqüente em promover os atos de impulso que lhe cabem, e, ainda, o transcurso do lapso temporal legalmente previsto (cinco anos), sem que tenha existido fato ou ato a que a lei confira eficácia interruptiva.

A possibilidade de decretação da prescrição, nesse caso, se harmoniza com a idéia de estabilidade jurídica geradora da paz social, afastando a noção de imprescritibilidade da execução fiscal mediante o emprego indiscriminado de requerimentos de suspensões.

Não sendo a hipótese de prescrição intercorrente (já afastada), passo à análise da prescrição do direito de cobrança.

Examinando a prescrição do direito de cobrança, observo que o crédito cobrado se refere a fatos geradores ocorridos entre 11/1986 e 04/1989.

Nesse caso, não havendo demonstração concreta dos trâmites do processo tributário administrativo instaurado (01.047684-89-35), não há saber ao certo a data da notificação do lançamento ou acerca de eventual alteração do mesmo. Desse modo, apenas com a inscrição da dívida é possível presumir a inscrição definitiva do crédito tributário (20.01.1993).

Considerando que até a sentença de f. 71/72, proferida aos 13.02.2009, não havia ocorrido a citação dos executados e que não se aplica ao caso a alteração introduzida pela LC 118/2005, denota-se o transcurso do prazo de 05 (cinco) anos previstos no art. 174 do CTN. Inclusive, tal transcurso pode ser contado até a data do parcelamento realizado, se o mesmo pudesse ser entendido como válido.

Reitero que em ocasiões precedentes manifestei o entendimento de que o acordo de parcelamento dá ensejo à renúncia tácita da prescrição por parte do contribuinte, sob o fundamento de que:

> [...] o pedido de parcelamento do débito executado afasta a eventual prescrição, dada a completa incompatibilidade entre esses dois institutos. Esta situação encaixa-se, perfeitamente, nos comentários de Marco Aurélio S. Viana sobre o antigo art. 161 do Código Civil de 1916, que encontra correspondente no art. 191 do atual CC: [...] 'O art. 161 consagra a impossibilidade de renúncia prévia. Não admite que haja renúncia antes de a prescrição se consumar. A renúncia só alcança a prescrição consumada. Essa solução encontra justificativa no cunho de ordem pública que alimenta o instituto.

> A renúncia pode ser expressa ou tácita. No primeiro caso, o prescribente evidencia de modo inequívoco, por declaração taxativa, que dela não pretende se utilizar; no segundo, ela decorre das circunstâncias, porque o devedor adota comportamento incompatível com a prescrição. Exemplo: o pagamento de dívida prescrita. A composição entre devedor e credor visando solução futura do débito' (*Curso de direito civil*. Del Rey Editora, 1993, v. I, p. 274/275).

No entanto, de forma pacífica o Superior Tribunal de Justiça tem entendido que o instituto da renúncia à prescrição não pode ser aplicado supletivamente à execução fiscal.

Desse modo, curvo-me ao entendimento segundo o qual descabe falar em renúncia à prescrição, uma vez que, no direito tributário, a prescrição não atinge somente a pretensão para a busca de tutela jurisdicional, mas sim o próprio crédito tributário, fulminando-o por completo, nos termos do art. 156, V, do CTN.

Nesse sentido, são vários os precedentes do colendo STJ:

> Processual civil. Tributário. Execução fiscal. Parcelamento acordado. Alegada violação dos arts. 174 do CTN, e 191 do CC. Inexistência. Prescrição consumada. 1. O preenchimento de termo de confissão de dívida para fins de parcelamento do débito não tem o condão de restabelecer o direito do Fisco de exigir o crédito extinto pela prescrição. 2. Precedentes: AgRg no REsp 1087838/RS, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 23.4.2009, *DJe* 19.5.2009; REsp 812669/RS, Rel. Min. José Delgado, Primeira Turma, julgado em 17.8.2006, *DJ* 18.9.2006. Agravo regimental improvido (AgRg no REsp 1116753/AC, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 06.04.2010, *DJe* 16.04.2010).
>
> Direito tributário. Execução fiscal. Parcelamento de débito tributário prescrito. Exigência do fisco. Impossibilidade. Extinção do crédito tributário. 1. É certo que a confissão da dívida, por meio do parcelamento, interrompe a prescrição, nos termos do art. 174, IV, do Código Tributário Nacional, ou configura sua renúncia tácita para o art. 191 do Código Civil. Contudo, esse ato do devedor não pode conferir ao Fisco o direito de exigir o crédito nos casos em que o parcelamento foi realizado após o decurso do prazo prescricional. 2. Recurso especial provido (REsp 1278212/MG, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 25.10.2011, *DJe* 10.11.2011).
>
> Processual civil e tributário. Violação do art. 535 do CPC. Não ocorrência. Parcelamento de crédito tributário prescrito. Impossibilidade. Crédito extinto na forma do art. 156, V, do CTN. Precedentes. 1. O acórdão recorrido se manifestou de forma clara e fundamentada sobre as questões postas à sua apreciação, não havendo que se falar em violação do art. 535 do CPC, sobretudo porque o julgador não está obrigado a se manifestar sobre todos os argumentos deduzidos pelas partes, desde que seja respeitado o princípio da motivação das decisões judiciais previsto no art. 93, IX, da Constituição Federal. 2. A prescrição civil pode ser renunciada, após sua consumação, visto que ela apenas extingue a pretensão para o exercício do direito de ação, nos termos dos arts. 189 e 191 do Código Civil de 2002, diferentemente do que ocorre na prescrição tributária, a qual, em razão do comando normativo do art. 156, V, do CTN, extingue o próprio crédito tributário, e não apenas a pretensão para a busca de tutela jurisdicional. 3. Em que pese o fato de que a confissão espontânea de dívida seguida do pedido de parcelamento representar um ato inequívoco de reconhecimento do débito, interrompendo, assim, o curso da prescrição tributária, nos termos do art. 174, IV, do CTN, tal interrupção somente ocorrerá se o lapso prescricional estiver em curso por ocasião do reconhecimento da dívida, não havendo que se falar em renascimento da obrigação já extinta *ex lege* pelo comando do art. 156, V, do CTN. 4. Recurso especial não provido (REsp 1210340/RS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 26.10.2010, *DJe* 10.11.2010).

A revisão de entendimento acerca do tema ora em exame estende-se aos demais Desembargadores desta Primeira Câmara Cível. Ilustrativamente:

> Processo civil. Embargos declaratórios. Omissão. Existência. Acolhimento. Não alteração do resultado. Parcelamento do crédito tributário. Extemporaneidade. Interrupção da prescrição. Não ocorrência. Precedentes do STJ. - Havendo omissão, os embargos declaratórios devem ser acolhidos, sem, contudo, alterar o resultado do julgamento. - '1. O preenchimento de termo de confissão de dívida para fins de parcelamento do débito não tem o condão de restabelecer o direito do Fisco de exigir o crédito extinto pela prescrição. 2. Precedentes: AgRg no REsp 1087838/RS, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 23.4.2009, *DJe* 19.05.2009; REsp 812669/RS, Rel. Min. José Delgado, Primeira Turma, julgado em 17.8.2006, *DJ* 18.9.2006.' (AgRg no REsp 1116753/AC. Rel. Min. Humberto Martins. 2ª Turma. *DJe* 16.04.2010)'. (Embargos de Declaração Cível nº 1.0702.04.167714-8/002 na Apelação Cível nº 1.0702.04.167714-8/001 - Comarca de Uberlândia - 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais - Relator: Des. Alberto Vilas Boas - Data do julgamento: 05.10.2010.)
>
> Execução fiscal. Extinção. Prescrição intercorrente. Alteração de posicionamento, com ressalva de entendimento. Intimação da Fazenda a respeito da suspensão nos moldes do art. 40 da LEF. Desnecessidade. Precedentes STJ. Parcelamento de crédito prescrito. Renúncia à prescrição. Inocorrência. Recurso desprovido. - À luz da jurisprudência firmada do colendo Superior Tribunal de Justiça, revejo o entendimento que até então defendia, para curvar-me à orientação segundo a qual é desnecessária, para fins de consumação da prescrição intercorrente, a intimação da Fazenda Pública a respeito da suspensão por ela requerida, revelando-se prescindível, também, a formalização do arquivamento provisório. - Em que pese o fato de que a confissão espontânea de dívida seguida do pedido de parcelamento representar um ato inequívoco de reconhecimento do débito, interrompendo, assim, o curso da prescrição tributária, nos termos do art. 174, IV, do CTN, tal interrupção somente ocorrerá se o lapso prescricional estiver em curso por ocasião do reconhecimento da dívida, não havendo que se falar em renascimento da obrigação já extinta *ex lege* pelo comando do art. 156, V, do CTN (REsp 1210340/RS). (Apelação Cível nº 1.0024.99.023025-2/001 - Comarca de Belo Horizonte - 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais - Relator: Des. Eduardo Andrade - Data do julgamento: 19.04.2011.)

Assim, impõe-se o reconhecimento da prescrição do direito de cobrança, já que já configurada antes

mesmo da apresentação do termo de reconhecimento e parcelamento do débito, cuja validade foi contestada nos presentes embargos.

Sob essas considerações, é devida a extinção do feito executivo.

Conclusão.

Por todo o exposto, dou provimento à apelação para reformar a r. sentença, acolhendo os embargos de devedor e extinguindo o feito executivo pelo reconhecimento da prescrição do crédito tributário executado. Inverto os ônus de sucumbência, arcando o recorrido com as custas de reembolso e com os honorários advocatícios.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES ALBERTO VILAS BOAS e EDUARDO ANDRADE.

Súmula - DERAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Inventário - Citação e representação processual de cônjuge de herdeiro nos autos - Ausência - Nulidade - Não ocorrência - Indivíduo que não detém a condição de herdeiro - Sistema das nulidades processuais - Princípio da finalidade/instrumentalidade - Arts. 244, 249, § 1º, e 250, parágrafo único, todos do CPC - Primeiras declarações - Art. 993, IV, do CPC - Omissões - Impugnação - Art. 1.000 do CPC - Ações judiciais - Necessidade de inclusão - Retificação que se impõe

Ementa: Apelação cível. Preliminar. Rejeição. Ausência de comprovação de prejuízo. Inventário. Impugnação às primeiras declarações. Art. 993, IV, *g*, do CPC. Necessidade de descrição nas primeiras declarações das ações judiciais em que figura o *de cujus* como parte. Necessidade.

- Nos autos do inventário, tem-se como imprescindível a manifestação do cônjuge do herdeiro, se casados sob o regime da comunhão de bens, somente para manifestar a sua concordância em caso de renúncia à herança ou venda do bem inventariado.

- Conforme sabido, a decretação da nulidade depende da verificação de prejuízo para a parte. É que, no sistema das nulidades processuais, a prevalência é do princípio da finalidade (ou instrumentalidade), que orienta que, sem um gravame, ninguém pode postular a invalidação de qualquer ato processual (arts. 244, 249, § 1°, e 250, parágrafo único, do CPC).

- Existindo direito patrimonial do *de cujus* em discussão em ação judicial, resta caracterizado o direito de ação a ser descrito nas primeiras declarações prestadas no inventário, conforme previsão expressa do art. 993, inciso IV, *g*, do CPC.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0518.09.172431-1/001 - Comarca de Poços de Caldas - Apelantes: Antônio Carlos Aguiar da Costa, Sílvia Maria dos Santos Costa e outro - Apelada: Ismenia de Aguiar da Costa, inventariante do espólio de Orpheu José da Costa - Litisconsorte: Eliana Mara Costa - Interessado: Orpheu José da Costa - 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 REJEITAR A PRELIMINAR E DAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 3 de maio de 2012. - *Elias Camilo Sobrinho* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. ELIAS CAMILO SOBRINHO (Relator) - Trata-se de recurso de apelação contra a sentença de f. 173-174, que homologou "a partilha constante do plano de f. 12/18, complementada às f. 160/161, destes autos de inventário dos bens deixados pelo *de cujus* Orpheu José da Costa, atribuindo aos nela contemplados os respectivos quinhões, salvo erro ou omissão e ressalvados direitos de terceiros" (*sic*, f. 74).

Na peça recursal de f. 179-194, suscitam a apelante Sílvia Maria dos Santos Costa e seu marido, herdeiro/apelante Antônio Carlos Aguiar da Costa, preliminar de nulidade processual, por não estar a primeira "representada processualmente nos autos, não havendo procuração *ad judicia* outorgada por ela a qualquer advogado" (*sic*, f. 183), não havendo que se falar, portanto, ter ela concordado com a partilha em comento.

Ainda em sede de preliminar, sustentam também haver nulidade no feito em razão da tentativa da inventariante de alterar o rito processual de inventário para arrolamento, bem como relativamente à renúncia expressa do prazo para recorrer apresentada pelo recorrente Antônio Carlos de Aguiar da Costa, antes mesmo de prolatada a sentença vergastada.

No mérito, insurgem-se os recorrentes em face da partilha homologada pela sentença vergastada, que lhes seria prejudicial, sustentando que, conforme amplamente impugnado pelo apelante, a inventariante omitiu nas primeiras declarações a existência de diversos bens do *de cujus*, dentre os quais se incluem várias ações judiciais em seu nome, dívidas e títulos, além de diversos bens móveis (joias, relógios, pratarias e objetos de arte), não lhe sendo oportunizada, ainda, a comprovação de tal assertiva, em

flagrante cerceamento de defesa, asseverando, ademais, inexistir nos autos avaliação dos haveres da empresa OJC Empreendimentos e Participações.

Alegam, ainda, ter sido a sentença proferida sem a "manifestação expressa e insofismável da Fazenda Estadual quanto ao recolhimento parcelado do imposto *causa mortis*".

Arrematam pugnando pelo provimento do recurso, "para declarar nula a r. sentença recorrida, determinando a volta dos autos ao juízo de origem para o prosseguimento do processo de inventário, nos exatos termos que determina a lei" (*sic*, f. 193).

Ofertou a apelada as contrarrazões de f. 218-227, em infirmação óbvia.

Desnecessária a intervenção da douta Procuradoria-Geral de Justiça.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso, porque próprio, tempestivamente aviado, devidamente preparado e processado.

Da preliminar de nulidade processual.

Ab initio, cumpre apreciar a preliminar de nulidade processual suscitada pelos apelantes em suas razões recursais.

Data venia, no que diz respeito à alegada nulidade do feito por não se encontrar a esposa do herdeiro/apelante Antônio Carlos Aguiar da Costa, Sr.ª Sílvia Maria dos Santos Costa, representada nos autos, tenho que razão não lhes assiste.

É que, ao contrário do afirmado pelos recorrentes, tenho não importar qualquer nulidade a alegada ausência de citação e representação processual de cônjuge de herdeiro nos autos do inventário, por não deter a condição de herdeiro, ainda que casado sob o regime da comunhão de bens.

Sobre o tema, peço vênia para transcrever trecho do voto do i. Desembargador Aloysio Nogueira, relator da Apelação Cível nº 1.0000.00.225012-4/000, julgada em 21.02.2002: "Como ressabido, herdeiro é quem, por relação de parentesco, sucede ao falecido. Logo, marido de herdeira não é herdeiro, ainda que casado no regime de comunhão universal de bens".

Portanto, ao contrário do que quer o apelante, não é ele herdeiro, eis que, isoladamente, é estranho à herança.

E, conforme precedente jurisprudencial, que faço transcrever como razões de decidir:

> À partilha não se exige o concurso do cônjuge do herdeiro porque lhe falece título hereditário, cuidando-se, ademais, de ato privativo de quem o ostente (CPC, arts. 1.025, I, a, e 1.027, referendados pelo CC, art. 1.773). De resto, não é invocável o disposto no art. 44, III, pois, no momento de atribuição *in concreto* dos bens da herança líquida aos sucessores não mais se cogita da existência de uma universalidade hereditária, de sorte que é possível verificar-se efetivamente o objeto do direito de cada herdeiro, se móvel ou imóvel.
>
> Na esteira desse raciocínio, não há falar em nulidade do processo de inventário por falta de citação do apelante na condição de marido de herdeira.

De fato, conforme sabido, nos autos do inventário, tem-se como imprescindível a manifestação do cônjuge do herdeiro, se casados sob o regime da comunhão de bens, somente para manifestar a sua concordância em caso de renúncia à herança ou venda do bem inventariado, hipótese distinta dos autos, razão pela qual não há que se falar em nulidade processual por ausência de representação da apelante Sílvia Maria dos Santos Costa, esposa do também apelante Antônio Carlos Aguiar da Costa.

Neste sentido:

> Ação de nulidade de partilha. Pedido julgado improcedente. Inexistência das nulidades formais e materiais arguidas. Contestação oferecida extemporaneamente que não implica reconhecimento do direito arguído na inicial. [...] Citação do cônjuge. Desnecessidade. À partilha não se exige o concurso do cônjuge do herdeiro porque lhe falece título hereditário, cuidando-se, ademais, de ato privativo de quem o ostente [...]. (TJMG - Apelação Cível nº 1.0045.96.001079-6/001, Rel. Des. José Francisco Bueno, j. em 24.02.2005).

Passando adiante, tenho também não merecer prosperar as demais nulidades apontadas pelos recorrentes, em decorrência da tentativa da inventariante de alterar o rito processual de inventário para arrolamento, renúncia expressa do prazo para recorrer apresentada pelo recorrente Antônio Carlos de Aguiar da Costa, antes mesmo de prolatada a sentença vergastada, e ausência de manifestação expressa da Fazenda Pública Estadual sobre o recolhimento parcelado do imposto *causa mortis* (ITCD).

Isso porque, relativamente às duas primeiras alegações, tenho que, sendo indeferido o pleito de alteração do rito especial formulado, tramitando o processo regularmente como inventário, conforme decisão de f. 122, bem como, sendo o presente recurso aviado pelo herdeiro Antônio Carlos de Aguiar da Costa conhecido, nem sequer há que se cogitar em nulidade processual, haja vista a ausência de demonstração de prejuízo aos recorrentes. Ademais, o mesmo se verifica com relação à apontada ausência de manifestação da Fazenda Pública Estadual sobre o pagamento do ITCD, devidamente suprida às f. 234, através de petição do Estado de Minas Gerais, informando concordar com "a homologação da hipoteca legal requerida às f. 202/204, para garantia do parcelamento do ITCD devido na presente sucessão" (*sic*).

Com efeito, a decretação da nulidade depende da verificação de prejuízo para a parte. É que, no sistema das nulidades processuais, a prevalência é do princípio da finalidade (ou instrumentalidade), que orienta que, sem um gravame, ninguém pode postular a invalidação de qualquer ato processual (arts. 244, 249, § 1º, e 250, parágrafo único, do CPC).

Humberto Theodoro Júnior, citando Couture - tratando do mesmo tema, fala em princípio de "transcendência" - esclarece que "não há nulidade de forma se a irregularidade não tem transcendência sobre as garantias de defesa em juízo". E explica, mais, que "não há nulidade sem prejuízo" (As nulidades no Código de Processo Civil. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, nº 1, set-out/99, Assunto Especial, p. 145).

Esclareça-se que esse raciocínio se aplica mesmo na hipótese de nulidade absoluta, desde que ligado ao interesse da parte, como é a hipótese. Nesse sentido, recorro, mais uma vez, aos ensinamentos de Humberto Theodoro Júnior:

> Do princípio da instrumentalidade das formas e dos atos do processo decorre a irrelevância dos vícios do ato processual, mesmo em caso de nulidade absoluta, se o ato atingir o fim a que se achava destinado no processo.
> A ausência de prejuízo faz sempre produzir a convalidação do ato processual.
> No caso de nulidade cominada pela lei, o que ocorre é a presunção de prejuízo quando não se observa a forma traçada pela lei. Por isso, a parte interessada pode alegá-la, ou o juiz, de ofício, pode decretá-la, sem cogitar da prova do prejuízo efetivo.
> Mas, se existir prova da ausência de prejuízo, porque estiver patenteado nos autos que o ato, não obstante nulo, atingiu sua finalidade, então não caberá a decretação de nulidade.
> [...]
> Lembra, todavia, Frederico Marques que as regras do art. 249, §§ 1º e 2º, só não serão aplicadas para convalidar o ato absolutamente nulo, quando a hipótese for de ordem pública, como a da incompetência absoluta.
> É que em tal situação o interesse tutelado pela regra processual violada não é das partes, mas do Estado, que representa o interesse público na relação processual.
> É claro que só se poderá falar em ausência de prejuízo para a parte quando seja exclusivamente dela o interesse tutelado pela forma processual. (Obra citada, p. 152-153.)

Dessarte, forte no princípio da instrumentalidade das formas e da celeridade processual, tem-se que, não logrando os apelantes demonstrar o alegado prejuízo em sua defesa que os apontados vícios teriam implicado, é mesmo de todo descabida a anulação dos atos, nos termos da norma contida no § 2º do art. 249 do CPC.

Com tais considerações, rejeito a preliminar de nulidade processual.

Mérito.

Buscam os apelantes, através do presente recurso, a reforma da decisão de primeiro grau, que homologou a partilha dos bens deixados por Orpheu José da Costa, rejeitando, consequentemente, as alegadas omissões existentes nas primeiras declarações (f. 12-18), mesmo após a complementação de f. 160-161, conforme arguido pelo herdeiro Antônio Carlos Aguiar da Costa, ora apelante.

Ab initio, cumpre ressaltar que assim dispõe o art. 1.000 do CPC:

> Art. 1.000. Concluídas as citações, abrir-se-á vista às partes, em cartório e pelo prazo comum de 10 (dez) dias, para dizerem sobre as primeiras declarações. Cabe à parte:
> I - arguir erros e omissões;
> II - reclamar contra a nomeação do inventariante;
> III - contestar a qualidade de quem foi incluído no título de herdeiro.

Ensina Hamilton de Moraes e Barros:

> Abre o Código, nesse passo, oportunidade para tríplice arguição: a qualidade do inventariante, a qualidade de herdeiro e a ocorrência de erros ou omissões nas afirmações do inventariante contidas nas suas primeiras declarações (*Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, v. IX, p. 203).

Assim, quanto à alegada omissão de bens e direitos pela inventariante quando das primeiras declarações, de uma detida análise dos autos, tenho que razão assiste aos recorrentes.

Isso porque, *in casu*, verifica-se insurgirem-se em razão da ausência de declaração de diversas ações judiciais em que figuram como parte tanto o *de cujus* como empresas das quais era sócio (f. 62-70), dívidas e títulos, bem como bens móveis (joias, relógios, objetos de arte, prataria, etc.) que o falecido possuía em suas residências.

Dessarte, sobre os bens a serem descritos nas primeiras declarações, estabelece o art. 993 do CPC:

> Art. 993. Dentro de 20 (vinte) dias, contados da data em que prestou o compromisso, fará o inventariante as primeiras declarações, das quais se lavrará termo circunstanciado. No termo, assinado pelo juiz, escrivão e inventariante, serão exarados:
> [...]
> IV - a relação completa e individuada de todos os bens do espólio e dos alheios que nele forem encontrados, descrevendo-se:
> a) os imóveis, com as suas especificações, nomeadamente local em que se encontram, extensão da área, limites, confrontações, benfeitorias, origem dos títulos, números das transcrições aquisitivas e ônus que os gravam;
> b) os móveis, com os sinais característicos;
> c) os semoventes, seu número, espécies, marcas e sinais distintivos;
> d) o dinheiro, as jóias, os objetos de ouro e prata, e as pedras preciosas, declarando-se-lhes especificadamente a qualidade, o peso e a importância;
> e) os títulos da dívida pública, bem como as ações, cotas e títulos de sociedade, mencionando-se-lhes o número, o valor e a data;
> f) as dívidas ativas e passivas, indicando-se-lhes as datas, títulos, origem da obrigação, bem como os nomes dos credores e dos devedores;
> g) direitos e ações;
> h) o valor corrente de cada um dos bens do espólio.

De fato, de uma simples leitura do mencionado dispositivo legal, a outra conclusão não se chega senão à de que, ao contrário do afirmado, compondo os direitos patrimoniais decorrentes de ações judiciais o patrimônio de uma pessoa, devem ser objeto de inventário, em razão

de seu falecimento, para fins de eventual partilha entre os herdeiros.

Nesse sentido, em comentários ao referido dispositivo, ensina Gerson Fischmann:

> Tão importante quanto a *nominata* dos herdeiros e cônjuge supérstite, com o maior número de dados possíveis a identificá-los, é a descrição, o mais ampla possível, dos bens deixados pelo *de cujus*.
> Preocupou-se o legislador em detalhar e indicar como deverá proceder o inventariante na descrição dos bens, com vistas não só a saber-se com segurança quais os que serão objeto do inventário e da partilha, como para viabilizar os posteriores registros dos formais relativamente aos bens que assim o exijam, como os imóveis. [...]
> Direitos, pretensões e ações - Se o *de cujus* tinha direitos, pretensões e ações em vida, ou se após a morte surgiram direitos, pretensões e ações, cumpre ao inventariante arrolá-los e, conforme o caso, exigir o cumprimento dos mencionados direitos.
> Vale lembrar que as ações e pretensões aqui referidas são categorias do direito material, eis que a ação processual, enquanto direito subjetivo público à tutela jurídica, é direito que todos têm, de tal modo que não se transmite o que já se possui e por todos é compartilhado.
> Se o *de cujus* era titular de direito, mas encontrava resistência em sua satisfação, as pretensões e ações de direito material decorrentes integram o acervo hereditário, por isso devem ser relacionadas pelo inventariante, como, por exemplo, direito a receber escritura de aquisição de um imóvel quitado ainda em vida do falecido, ensejando ação de adjudicação compulsória, ou que venha a ser quitado com recursos do espólio que passa a ser titular da referida ação, direitos de crédito *lato sensu* por obrigações de fazer ou não fazer, de dar, direito a receber dividendos de sociedade anônima, direitos trabalhistas, pretensões de caráter indenizatório etc. (*Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 14: dos procedimentos especiais, arts. 982 a 1.102c. São Paulo: RT, p. 77 e 81.)

Dessa forma, havendo direito patrimonial do *de cujus* em discussão em ação judicial, conforme demonstrado às f. 62-70, resta caracterizado o direito de ação a ser descrito nas primeiras declarações prestadas no inventário, repita-se, conforme previsão expressa do art. 993, inciso IV, *g*, do CPC, o que, entretanto, não se observou na hipótese.

De fato, o simples fato de se tratar de bens ou direitos ainda litigiosos não é suficiente para afastar a necessidade de inclusão nas primeiras declarações, sendo certo, ainda, que, em sendo o caso, assim como se verifica com os bens porventura sonegados, ficarão sujeitos à sobrepartilha, nos termos do art. 1.040 do CPC, que assim dispõe:

> Art. 1.040. Ficam sujeitos à sobrepartilha os bens:
> I - sonegados;
> II - da herança que se descobrirem depois da partilha;
> III - litigiosos, assim como os de liquidação difícil ou morosa;
> [...].

Nesse sentido, Maria Helena Diniz leciona:

> A sobrepartilha ou partilha adicional vem a ser uma nova partilha de bens que, por razões fáticas ou jurídicas, não puderam ser divididos entre os titulares dos direitos hereditários. É uma outra partilha que sobrevém à partilha, correndo nos mesmos autos, pondo um fim à indivisão, atendendo à realidade dos fatos ou do direito, se:
> [...]
> b) o bem for litigioso [...], porque sua partilha será ato puramente aleatório, sendo, portanto, conveniente ao interesse público deixá-lo para a sobrepartilha;
> [...]
> Fácil é denotar que a finalidade desse instituto jurídico é a de não retardar a partilha dos bens líquidos, certos e presentes, com a apuração dos ilíquidos, remotos ou litigiosos. Assim, os bens, que não forem partilhados, sê-lo-ão em sobrepartilha, por ser conveniente à paz social e familiar, ao desenvolvimento econômico e à ordem jurídica pôr um termo às indivisões (*Curso de Direito Civil Brasileiro*. Direito das Sucessões. 6º vol. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 343-344).

Nesses termos, tem-se como necessária a retificação das primeiras declarações, com a inclusão das ações judiciais nas quais figuram o *de cujus* como litigante quando de seu falecimento.

Por fim, não tendo os recorrentes logrado comprovar, ainda que indiciariamente, a existência dos alegados bens móveis que guarneceriam as residências do falecido, como pratarias e objetos de arte, bem como de joias e relógios de sua propriedade, tenho não haver que se falar em necessidade de alteração das primeiras declarações para sua inclusão.

Ademais, como bem observado, eventuais bens comprovadamente sonegados poderão ser objeto de sobrepartilha em ação de sonegados (art. 994 do CPC), não havendo que se falar, por ora, em prejuízo aos herdeiros.

Com tais considerações, rejeito a preliminar suscitada, e, no mérito, dou provimento ao recurso, cassando a sentença de primeiro grau, para determinar o regular prosseguimento do inventário, com a retificação das primeiras declarações, incluindo as ações judiciais nas quais figura o *de cujus* como parte.

Custas recursais, *ex lege*.

DES. JUDIMAR BIBER (Revisor) - De acordo com o Relator.

DES. KILDARE CARVALHO - De acordo com o Relator.

Súmula - REJEITARAM A PRELIMINAR E DERAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Alimentos - Homologação de acordo rejeitada pelo juiz - Licitude de objeto - Capacidade das partes - Ausência de ilegalidade - Arts. 331, 447 e 448 do CPC - Princípios dispositivo e da adstrição - Arts. 128, 293 e 460 do CPC - Impossibilidade - Decisão *extra petita* - Sentença cassada

Ementa: Apelação cível. Direito de família. Alimentos. Homologação de acordo rejeitada pelo juiz. Licitude do objeto, capacidade das partes, ausência de ilegalidade. Arts. 331, 447 e 448 do CPC. Princípios dispositivo e da adstrição. Arts. 128, 293 e 460 do CPC. Impossibilidade. Decisão *extra petita*. Sentença cassada.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.11.186229-8/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: L.M.M.B.A.P. - Apelante adesivo: M.C.M.B. - Apelados: L.M.M.B.A.P., M.C.M.B. - Relator: DES. AUDEBERT DELAGE

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 ACOLHER A PRELIMINAR E DAR PROVIMENTO À APELAÇÃO PRINCIPAL, PREJUDICADA A APELAÇÃO ADESIVA.

Belo Horizonte, 26 de abril de 2012. - *Audebert Delage* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. AUDEBERT DELAGE (Relator) - Trata-se de apelações interpostas, respectivamente, por L.M.M.B.A.P. (principal) e M.C.M.B. (adesiva) contra a r. sentença de f. 31/33, que, em autos de ação de alimentos ajuizada pela apelante principal em face da recorrente adesiva, julgou improcedente o pedido inicial, deixando de condenar a autora ao pagamento das custas processuais e de honorários advocatícios, de vez que não houve pretensão resistida.

Nas razões recursais de f. 62/73, a apelante principal argui preliminar de cerceamento de defesa, consistente no julgamento de improcedência do pedido inicial sem que fosse oportunizada a produção de prova ou tivesse havido despacho saneador. Argui, também, preliminar de julgamento *extra petita*, por ter o d. Juízo *a quo*, em sua ótica, sentenciado com elementos que não encontram respaldo nos autos. Argui, ainda, preliminar de ausência de fundamentação da decisão hostilizada, visto que não haveria

> qualquer fundamentação ou esclarecimento em seu dispositivo quanto às razões legais apontadas pela autora / apelante, com relação ao direito ao pleito de alimentos (f. 68).

No mérito, sustenta ter restado demonstrada sua necessidade e a capacidade da alimentante e que a maioridade civil não extingue, por si só, o dever de prestar alimentos, motivo pelo qual a procedência do pedido se imporia a teor dos arts. 1.694 e 1.695 do CCB.

Nas razões recursais de f. 83/87, a apelante adesiva afirma que

> [...] o conflito é real, mas a requerida, conhecendo com particularidade, as questões emanadas de um processo e atenta à destinação dos 'Alimentos' pretendidos pela filha pretendeu colocar um fim ao litígio, desde logo, buscando um consenso, que atendesse de forma razoável, às pretensões da autora, de modo a evitar ampliar o conflito familiar já existente, bem como, evitar maiores discussões sobre os transtornos familiares que vem enfrentando (f. 84/85).

Aduz que o Judiciário deve agir no sentido da pacificação dos conflitos e que o direito aos alimentos não cessa com a extinção do poder familiar, já que decorre do vínculo de parentesco. Argumenta que o i. Juiz sentenciante não poderia simplesmente rejeitar o pedido com base em conjecturas de ordem pessoal. Requer a reforma da r. sentença de 1º grau, para que seja homologado o acordo realizado entre as partes.

Contrarrazões pela apelante principal à f. 91.

Sem contrarrazões pela apelante adesiva (certidão f. 91-v.).

Como relatório adoto, ainda, o da r. decisão hostilizada.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, com vista dos autos, manifestou-se à f. 101-TJ pela desnecessidade de intervenção ministerial no presente feito.

Conheço de ambos os recursos, presentes seus pressupostos de admissibilidade.

Passo à apreciação da preliminar de julgamento *extra petita*, arguida pela apelante principal nas razões de f. 62/73.

Sustenta a recorrente, em síntese, que a decisão hostilizada seria *extra petita*, na medida em que teria se baseado em elementos estranhos aos autos para julgar improcedente o pedido inicial, motivo pelo qual deveria ser cassada.

De fato, considero que o título sentencial padece do vício invocado, mas por outros fundamentos, que passo a expor.

Cuidam os autos de ação de alimentos ajuizada por L. M. M. B. A. P. em face de M. C. M. B., sob o argumento de que tem encontrado dificuldade para se posicionar profissionalmente, razão pela qual não consegue suprir integralmente suas necessidades por conta própria. Alega, ainda, que sua genitora tem capacidade de contribuir, sem prejuízo para seu sustento, para sua mantença. Requereu a fixação de alimentos no importe de R$ 2.000,00 (dois mil reais) ou em percentual sobre os subsídios da ré.

A requerida, em manifestação de f. 14/15, apresentou-se espontaneamente, consignando

que reconhece o pedido que lhe foi direcionado, face às necessidades especiais de sua filha, ante a notória dificuldade físico / psicológica, que dificulta, senão impossibilita a mesma de estabelecer-se profissionalmente na vida, reconhecendo ainda os esforços empreendidos pela mesma, em buscar meios de melhorar seus estudos e superar as barreiras do caminho, como relatado na inicial. Assim, se propõe ao pagamento da pensão alimentícia requerida pela exordial, se comprometendo a efetuar o depósito do referido valor, ou seja, de R$ 2.000,00 (dois mil reais), mensalmente, em conta bancária em nome da mesma, se propondo a iniciar os depósitos, tão logo haja decisão deste feito (f. 15).

À f. 29, consta que foi realizada audiência em que:

[...] a requerida declarou que concorda em pagar para sua filha a quantia de 10% de seu subsídio, isto porque a mesma está tendo problemas para ingressar no mercado de trabalho, sem contar outros problemas psicológicos que motivam a presente aceitação, no mais declara que concorda com os alimentos, já que os mesmos não são para abater no imposto de renda ou qualquer outro tipo de procedimento que possa onerar o Estado ou o fisco.
Pela autora declara que concorda em receber 10% do subsídio da requerida, valor que deverá ser depositado no BB, agência 2591-7 conta poupança 29944-8, variação 1.
Pelo MP, em parecer final, é pela homologação do acordo para que a requerida genitora pague à sua filha 10% de seu subsídio.

Entretanto, houve por bem o i. Juiz sentenciante julgar o pedido inicial improcedente, aos seguintes fundamentos (f. 31/33):

Diferentemente dos alimentos devidos pelos pais aos filhos durante o poder familiar, com as necessidades presumidas decorrentes da incapacidade absoluta ou relativa, os alimentos destinados aos filhos maiores e capazes ensejam dilação probatória, recaindo sobre eles a prova do binômio necessidade/possibilidade.
No presente caso, observa-se que a autora tem 28 anos de idade, f. 08, e não provou a incapacidade para manter-se por seus próprios meios e tampouco a necessidade de fixação judicial de alimentos. [...]
Destaca-se que a requerida não demonstrou qualquer resistência à pretensão autoral, até porque está aposentada, tem capacidade de ajudá-la espontaneamente sem prejuízo de seu sustento e, repita-se, sem ter que recorrer ao Judiciário.
Não cabe ao Judiciário interferir nos ajustes familiares desse jaez, considerando que o dever precípuo do Estado é estimular a autonomia e o progresso dos cidadãos em idade plenamente produtiva, e não perpetuar vínculos de dependência sem qualquer justificativa plausível.
Assim, a improcedência do pedido se impõe.

Inicialmente, cumpre ressaltar o disposto nos arts. 331, 447 e 448 do CPC:

Art. 331. Se não ocorrer qualquer das hipóteses previstas nas seções precedentes, e versar a causa sobre direitos que admitam transação, o juiz designará audiência preliminar, a realizar-se no prazo de 30 (trinta) dias, para a qual serão as partes intimadas a comparecer, podendo fazer-se representar por procurador ou preposto, com poderes para transigir.
§ 1º Obtida a conciliação, será reduzida a termo e homologada por sentença.
§ 2º Se, por qualquer motivo, não for obtida a conciliação, o juiz fixará os pontos controvertidos, decidirá as questões processuais pendentes e determinará as provas a serem produzidas, designando audiência de instrução e julgamento, se necessário.
§ 3º Se o direito em litígio não admitir transação, ou se as circunstâncias da causa evidenciarem ser improvável sua obtenção, o juiz poderá, desde logo, sanear o processo e ordenar a produção da prova, nos termos do § 2º.
[...]
Art. 447. Quando o litígio versar sobre direitos patrimoniais de caráter privado, o juiz, de ofício, determinará o comparecimento das partes ao início da audiência de instrução e julgamento.
Parágrafo único. Em causas relativas à família, terá lugar igualmente a conciliação, nos casos e para os fins em que a lei consente a transação.
Art. 448. Antes de iniciar a instrução, o juiz tentará conciliar as partes. Chegando a acordo, o juiz mandará tomá-lo por termo.

Da análise dos supracitados dispositivos legais, percebe-se que a legislação processual civil privilegia e incentiva a autocomposição dos conflitos, algo que só poderia ser limitado quando se tratar de hipótese de negócio jurídico inválido (art. 104/CCB), renúncia a direitos indisponíveis, evidente prejuízo a alguma das partes ou flagrante ilegalidade.

In casu, trata-se de pedido com amparo legal (art. 9º, § 2º, da Lei Federal nº 5.478/68) feito por partes maiores e capazes, tendo a alimentante (que é advogada, f. 26) reconhecido a procedência do pedido inicial, e o i. RMP opinado pela homologação, razão pela qual não cabe ao magistrado desconsiderar o ajuste e julgar improcedente o pedido inicial, em detrimento da vontade das partes, por conta de um exame meritório sem idôneo respaldo probatório, visto que não realizada a fase instrutória do feito (f. 31).

Assim, tenho que a r. sentença de f. 31/33, na forma como proferida, é *extra petita*, por violar os princípios dispositivo e da adstrição (arts. 128, 293 e 460 do CPC). Nessa linha de entendimento, a jurisprudência do col. Superior Tribunal de Justiça e deste eg. Tribunal de Justiça de Minas Gerais em casos análogos:

Direito civil. Revisão de alimentos. Valor do pensionamento sugerido pelo alimentante. Impossibilidade da sua fixação em patamar inferior. Prevalência da autonomia da vontade das partes.
I - Como corolário do critério da proporcionalidade, estatuído no artigo 400 do Código Civil anterior, e 1.694, § 1º, do atual, o pensionamento deve atender tanto às necessidades do alimentando quanto às possibilidades do alimentante, sendo as partes envolvidas as mais indicadas para proceder a essa avaliação, ficando a atuação do órgão jurisdicional, em princípio, restrita à homologação de um acordo de vontades, reservada a sua intervenção direta tão somente para as situações de dissensão, quando não for possível a conciliação.

II - Destarte, em âmbito de ação revisional, tendo o próprio alimentante sugerido na inicial a fixação dos alimentos provisórios em determinado valor, o qual foi adotado de pronto pelo juiz, fica o tribunal impossibilitado de, utilizando-se de parâmetros outros, rever essa decisão, para arbitrá-los em patamar inferior, agravando a situação dos beneficiários. Recurso especial provido. (REsp 595.900/RS, Rel. Ministro Castro Filho, Terceira Turma, julgado em 07.12.2006, *DJ* 12.02.2007, p. 257.)

Processo civil. Agravo de instrumento. Alimentos. Execução. Transação. Pedido. Homologação. Decisão. Princípios dispositivo e da adstrição. - A decisão judicial, inclusive a que homologa transação, deve guardar correlação com o pedido, sendo nula aquela que não atende aos princípios dispositivo e da adstrição [...].É certo que o Juiz pode recusar a homologação de acordo que não preserve o interesse do alimentando-menor ou que importe renúncia a direito indisponível. No entanto, não lhe cabe alterar o ajuste, em detrimento da manifestação de vontade das partes, para decotar, parcialmente, uma de suas cláusulas, por meio de um exame meritório a respeito da sua exequibilidade [...]. A decisão agravada, na forma em que proferida, é *extra petita* (CPC, arts. 128, 293 e 460). Por isso, não é o caso de reforma da decisão impugnada, mas de sua anulação, de ofício, por ofensa aos princípios dispositivo e da adstrição [...]. (TJMG, Agravo (C. Cíveis Isoladas) nº 1.0035.04.032479-6/001, 4ª Câmara Cível, Rel. Des. Almeida Melo, j. 28.04.2005, *DJ* 02.06.2005.)

Isso posto, a cassação da r. sentença de f. 31/33 e o retorno dos autos à instância de origem é medida que se impõe.

Ante tais considerações, acolho a preliminar e dou provimento à apelação principal, para cassar a r. sentença de f. 31/33 e determino a remessa dos autos à instância de origem, para que seja dado regular prosseguimento ao feito; prejudicada a apelação adesiva.

Custas, *ex lege*.

DES. MOREIRA DINIZ (Revisor) - De acordo com o Relator.

DES. DÁRCIO LOPARDI MENDES - De acordo com o Relator.

Súmula - ACOLHERAM A PRELIMINAR E DERAM PROVIMENTO À APELAÇÃO PRINCIPAL; PREJUDICADA A APELAÇÃO ADESIVA.

...

Agravo de instrumento - Concorrência desleal - Laudos conflitantes - Prova inequívoca - Inexistência - Dilação probatória - Necessidade - Tutela antecipada indeferida

Ementa: Agravo de instrumento. Concorrência desleal. Cópia de produtos. Laudos conflitantes. Utilização indevida de informações confidenciais. Ausência de prova inequívoca da verossimilhança das alegações. Necessidade de dilação probatória. Tutela antecipada indeferida. Decisão reformada.

- Existindo laudos técnicos conflitantes a respeito da alegada prática de concorrência desleal (cópia dos produtos das autoras pelos réus e utilização indevida de informações confidenciais), não há prova inequívoca da verossimilhança das alegações iniciais, sendo necessário maior dilação probatória, com produção de prova técnica, sob o crivo do contraditório.

- Ausente a prova inequívoca da verossimilhança das alegações, impossível a concessão da tutela antecipada pretendida.

Agravo provido.

AGRAVO DE INSTRUMENTO CÍVEL Nº 1.0024.11. 205840-9/001 - Comarca de Belo Horizonte - Agravante: Condor Equipamentos Industriais Ltda.. - Agravados: Lincoln Global Inc. e outros, J. W. Harris Co. Inc., Harris Calorific S.R.L. - Interessado: Kantilal Ladha Kenneth Wadia - 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 DAR PROVIMENTO AO AGRAVO.

Belo Horizonte, 13 de junho de 2012. - *José Marcos Rodrigues Vieira* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. JOSÉ MARCOS RODRIGUES VIEIRA (Relator) - Trata-se de agravo de instrumento com pedido de efeito suspensivo, interposto por Condor Equipamentos Industriais Ltda., da decisão que, nos autos da ação ordinária que move Lincoln Global Inc. e outros em desfavor da agravante e de Kantilal Ladha Keneth Wadia, concedeu a tutela antecipada, determinando que a primeira ré, agravante, cesse a fabricação, comercialização e divulgação de produtos que constituam cópia de modelos originais das autoras, bem como cesse a utilização e distribuição de catálogos, material publicitário ou de *marketing* e manuais que reproduzam os produtos das autoras. Determinou a decisão agravada, ainda, a busca e apreensão dos mencionados produtos.

Alega a agravante: que as autoras não têm direito de propriedade industrial sobre os produtos; que os "segredos" alegadamente violados são de domínio público, utilizados no mercado e evidentes a técnicos no assunto; que outras empresas utilizam os mesmos componentes configuradores dos modelos; que não há risco de confusão entre os produtos, pois as embalagens

são caixas opacas e os rótulos são distintos; que, mesmo assim, já alterou sua linha de produtos, o que é de conhecimento das autoras; que apenas um dos modelos é comercializado pelas autoras agravadas, no Brasil.

O efeito suspensivo foi deferido, f. 715/718-TJ.

As autoras agravadas apresentaram contraminuta, esclarecendo que a presente ação não versa sobre violação de patente, mas sobre concorrência desleal, decorrente das alegadas práticas adotadas pelos réus, de utilização de informações confidenciais e cópia de manuais. Afirmam, em síntese, que tais práticas fazem parte de um plano articulado pelos réus para aumentar a clientela da sociedade ré, em detrimento das autoras, sem qualquer esforço ou investimento no desenvolvimento de novos produtos.

É o relatório. Decido.

Conheço do recurso, presentes os pressupostos de admissibilidade.

Na presente demanda, as autoras alegam que o segundo réu, Sr. Kantilal, antigo funcionário da terceira autora, tornou-se sócio da primeira ré, que estaria comercializando produtos copiados das autoras, em virtude da alegada utilização de informações confidenciais, tecnologia e *know-how* das autoras.

Como relatado, a tutela antecipada foi concedida pelo MM. Juiz e suspensa por este Relator.

A meu ver, o agravo deve mesmo ser provido, para revogar a decisão concessiva da tutela antecipada.

Certo é que a demanda não versa sobre violação de patente, como esclarecem as autoras na contraminuta de agravo, até porque as autoras confessam não ter registro de marca/patente (f. 244-TJ).

Certo é, também, que a configuração da concorrência desleal prescinde do prévio registro de patente. Porém, deve haver prova das práticas alegadamente ilícitas.

De fato, a proteção da criação industrial pode ser concedida, não só nos casos de violação ao direito de propriedade, já concedidos pelo INPI, mas também em casos de concorrência desleal, como se vê do art. 209 da Lei 9.279/96:

> Art. 209. Fica ressalvado ao prejudicado o direito de haver perdas e danos em ressarcimento de prejuízos causados por atos de violação de direitos de propriedade industrial e atos de concorrência desleal não previstos nesta Lei, tendentes a prejudicar a reputação ou os negócios alheios, a criar confusão entre estabelecimentos comerciais, industriais ou prestadores de serviço, ou entre os produtos e serviços postos no comércio.
>
> § 1º Poderá o juiz, nos autos da própria ação, para evitar dano irreparável ou de difícil reparação, determinar liminarmente a sustação da violação ou de ato que a enseje, antes da citação do réu, mediante, caso julgue necessário, caução em dinheiro ou garantia fidejussória.

Sobre o tema:

> Outro importante aspecto do *caput* do art. 209 a ser analisado são os atos classificados como 'violadores', e que ensejam a reparação por perdas e danos, ou seja, que ensejam a tutela ressarcitória. Afirma o legislador que o prejudicado tem o direito de haver perdas e danos em ressarcimento de prejuízos causados por atos de violação de direitos de propriedade industrial e atos de concorrência desleal não previstos nesta lei. Os atos violadores de direitos de propriedade industrial são facilmente identificáveis. São aqueles atos que violam o direito de propriedade sobre uma patente, desenho industrial, marca ou indicação geográfica. Entretanto, no que tange aos atos de concorrência desleal, o legislador estabelece como passíveis de ressarcimento por perdas e danos, 'atos de concorrência desleal não previstos nesta lei, tendentes a prejudicar a reputação ou os negócios alheios, a criar confusão entre estabelecimentos comerciais, industriais ou prestadores de serviço, ou entre os produtos e serviços postos no comércio'.
>
> Será que era desejo do legislador, de fato, exclui do âmbito do art. 209 os atos de concorrência desleal previstos na Lei de Propriedade Industrial, ou seja, aqueles relacionados no art. 195? Provavelmente não, já que os atos descritos no art. 209 estão inseridos nos diversos incisos do art. 195 da Lei de Propriedade Industrial, que trata, exatamente, dos crimes de concorrência desleal. De toda forma, nada impede que o prejudicado por atos de concorrência desleal efetivamente previstos na Lei de Propriedade Industrial busque em juízo a tutela ressarcitória, aplicando-se, subsidiariamente, a legislação civil em vigor, como, aliás, autorizado pelo próprio art. 207 da Lei de Propriedade Industrial. (*Comentários à Lei da Propriedade Industrial*. IDS - Instituto Dannemann Siemsen de Estudos de Propriedade Intelectual. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 436/437.)

Ou seja, ainda que as autoras não tenham direito definitivo sobre patente dos produtos em discussão, pode o Judiciário determinar medidas que evitem a prática de atos lesivos, como o desvio de clientela.

Assim, para a concessão da tutela antecipada pleiteada, basta que se verifique a presença de seus requisitos, notadamente a prova inequívoca das alegações iniciais.

In casu, todavia, não entendo presentes os requisitos.

É verdade que o MM. Juiz deferiu a tutela antecipada, baseado na vasta documentação que acompanhou a inicial, especialmente no laudo encomendado pelas autoras, que concluiu que

> o regulador de pressão fabricado e comercializado pela Condor apresenta indícios extremamente fortes de tratar-se de uma mera cópia do aparelho desenvolvido pela Harris (f. 357-TJ).

Ocorre que, no presente agravo, também a agravante trouxe extensa documentação. Merecem destaque dois laudos, confeccionados pelos Departamentos de Engenharia Mecânica da UFMG e da PUC-Minas, os quais concluem, respectivamente, que:

> os reguladores de pressão de gases para uso industrial disponíveis no mercado atualmente e ao longo do tempo são, na sua ampla maioria, muito parecidos, tanto na aparência quanto nos componentes internos, por questões funcionais e fabris [...]. Esta situação é decorrente das exigências de mercado, da evolução tecnológica e da ausência ou

impossibilidade de existência de patentes industriais sobre o equipamento (f. 530-TJ).

e

A Empresa Condor Equipamentos Industriais tem competência técnica para a engenharia reversa do regulador de pressão analisado (f. 564-TJ).

De fato, com a documentação trazida neste agravo, vê-se que a aparência dos produtos de diversas empresas do ramo é semelhante. Aos olhos de leigos, todos os produtos são extremamente parecidos.

Ademais, ainda que a aparência externa seja semelhante, os produtos são comercializados dentro de caixas opacas, sendo certo que as próprias autoras reconhecem que os rótulos dos produtos são distintos (f. 226-TJ). Então, devido à complexidade do produto e à tecnologia envolvida em sua fabricação, a semelhança de aparência externa não conduziria os consumidores a confusão entre os produtos.

Há que se ressaltar que as partes litigantes se escoram em laudos técnicos por elas trazidos aos autos, unilateralmente.

O laudo das autoras conclui que os produtos da empresa ré são meras cópias. Os laudos dos réus afirmam a possibilidade de engenharia reversa sobre os produtos analisados, mediante pesquisas e informações disponíveis no mercado.

Este fato, por si só, afasta a prova inequívoca das alegações iniciais, requisito indispensável para a concessão da tutela antecipada.

Poderia, em tese, haver a compreensão da similitude no "estado da técnica", como decorre da análise do art. 186 da Lei 9.279/96:

> Quanto à extensão da aplicabilidade do conceito de equivalência a um produto sob investigação quanto à infração, um grande número de fatores deve ser levado em consideração, embora não haja regras fixas a esse respeito. Contudo, duas restrições básicas residem em que a equivalência não pode estender-se:
> * a um produto acusado que pertença ao estado da técnica e
> * para permitir que o titular recupere certa proteção, da qual ele abriu mão durante o processamento de seu pedido de patente.
> Na decisão de 'Molded Curbstone', a Suprema Corte alemã admitiu que dispor duas pedras adjacentes entre si para formar um canal entre ambas poderia, em princípio, ser considerado como uma solução equivalente à pedra reivindicada tendo um canal previsto através dela. Todavia, a equivalência não poderia estender-se à concretização do réu, se essa última for considerada como não representando uma invenção patenteável em relação ao estado da técnica, i.e., se ela puder ser considerada como resultando de forma óbvia da técnica anterior por uma pessoa versada na técnica. Essa defesa proporcionada pela Suprema Corte para o réu acusado de infração passou a ser referida como 'defesa da infração óbvia', que representa um critério útil para determinar a extensão da equivalência: se uma concretização que se alega infringir uma reivindicação de patente resulta de forma óbvia do estado da técnica, essa concretização não pode ser considerada como estando no escopo de tal reivindicação. Por outro lado, se a referida concretização não foi óbvia à luz do estado da técnica, pode-se considerar que há infração por equivalência se essa concretização deriva de forma óbvia dos ensinamentos da patente, contanto, é claro, que o escopo pretendido seja razoavelmente suportado pelos termos das reivindicações. (*Comentários à Lei da Propriedade Industrial*, IDS - Instituto Dannemann Siemsen de Estudos de Propriedade Intelectual. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 364/365.)

Com efeito, diante da complexidade da matéria em discussão, é necessário maior dilação probatória, com produção de prova técnica, sob o crivo do contraditório.

Neste momento processual, os elementos constantes dos autos não oferecem a segurança necessária, mesmo em cognição sumária, para a concessão da tutela antecipada. Sem questionar a idoneidade e qualidade técnica do laudo apresentado pelas autoras, não se podem ignorar os laudos produzidos pelos Departamentos de Engenharia Mecânica de duas conceituadas universidades do País.

Se há possibilidade de busca ou pesquisa de informações técnicas disponíveis no mercado para desenvolvimento da engenharia reversa dos produtos em discussão, não haveria que se falar em violação de informações confidenciais, apenas em face de semelhança a ser deslindada na instrução processual, em que se superem pareceres técnicos unilaterais.

Registro, ainda, em atenção aos memoriais apresentados pelas partes, que os fatos de a empresa Condor ter alterado sua linha de reguladores e de a perícia realizada por engenheiros da Universidade Federal do Rio de Janeiro afirmar que os reguladores de pressão da Harris e os da Condor sejam "praticamente idênticos", são indícios, embora relevantes, mas não induzem prova inequívoca para a concessão da tutela antecipada pretendida pelas recorridas: a instrução no juízo de origem poderá aperfeiçoar a prova.

Por todo o exposto, em face da nova documentação trazida aos autos e ausente prova inequívoca da utilização indevida de tecnologia e *know-how* das autoras agravadas, impossível, no âmbito deste instrumento, a concessão da tutela antecipada.

Ausente, portanto, a verossimilhança das alegações, há óbice inarredável à concessão da tutela antecipada, haja vista a exigência imposta pelo *caput* do 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 [...].

Assim, como dito, somente após a devida instrução processual, a questão poderá ser deslindada, sendo precoce o deferimento do pleito autoral neste momento.

Com esses fundamentos, dou provimento ao recurso, confirmando a decisão concessiva do efeito suspensivo ao agravo, f. 715/718-TJ.

Custas, *ex lege*.

DES. FRANCISCO BATISTA DE ABREU - De acordo com o Relator.

DES. SEBASTIÃO PEREIRA DE SOUZA - De acordo com o Relator.

Súmula - DERAM PROVIMENTO AO AGRAVO.

...

Conselho tutelar - Estrutura física e de pessoal insuficientes - Mau funcionamento - Responsabilidade do município - Previsão de recursos - Inclusão na lei orçamentária - Parágrafo único do art. 134 da Lei 8.069/90 - Controle judicial - Possibilidade - Inexistência de violação ao princípio da separação dos Poderes - Omissão da Administração Pública - Violação de direitos fundamentais da criança e do adolescente

Ementa: Embargos infringentes. Ação civil pública. Conselho tutelar. Capacidade mínima instalada insuficiente para o seu regular funcionamento. Omissão do município. Obrigação de fazer. Ofensa a direitos e garantias da criança e do adolescente. Controle judicial. Embargos acolhidos.

- A atuação do Judiciário no controle das políticas públicas não se faz de forma discriminada, hipótese em que, aí sim, restaria violado o princípio da separação dos Poderes.

- A interferência do Judiciário é legítima quando a Administração Pública, de maneira clara e indubitável, viola direitos fundamentais da criança e do adolescente, ao não adotar providências destinadas a dotar o Conselho Tutelar de estrutura física e de pessoal necessários ao pleno funcionamento deste órgão, como verificado no caso concreto.

EMBARGOS INFRINGENTES Nº 1.0313.07.234856-5/002 - Comarca de Ipatinga - Embargante: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Embargado: Município de Ipatinga - Relator: DES. EDILSON FERNANDES

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 6ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, EM ACOLHER OS EMBARGOS INFRINGENTES, VENCIDOS O REVISOR E O PRIMEIRA VOGAL.

Belo Horizonte, 5 de junho de 2012. - *Edilson Fernandes* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. EDILSON FERNANDES (Relator) - Trata-se de recurso interposto contra o v. acórdão de f. 397/419, que, por maioria de votos, nos autos da ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais contra o Município de Ipatinga, reformou a sentença, no reexame necessário, prejudicado recurso voluntário, vencida a eminente Desembargadora Vogal.

Em suas razões, o embargante sustenta que os arts. 88, incisos I e II, 89, 131, 134, parágrafo único, e 208, inciso VI, da Lei nº 8.069/90 e o disposto no art. 227 da Constituição Federal constituem fundamento de validade para obrigar o embargado a dotar os Conselhos Tutelares de estrutura física e pessoal necessários para o pleno funcionamento desses órgãos, cuja implementação de política pública para assegurar garantia fundamental não viola o princípio da separação dos Poderes. Pugna pelo acolhimento dos embargos, a fim de que prevaleça o r. voto proferido pela eminente Desembargadora Vogal (f. 422/444).

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

O embargante se insurge contra o v. acórdão que, por maioria de votos, reformou a sentença no reexame necessário para julgar improcedente o pedido ministerial no sentido de obrigar o Município de Ipatinga a dotar o Conselho Tutelar de estrutura física e humana necessárias ao pleno funcionamento do órgão.

Por força do disposto no art. 127 da Constituição Federal, o Ministério Público tem o dever institucional de promover a ação civil pública na defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

O Ministério Público estadual tem legitimidade para ajuizar ação civil pública na defesa dos interesses sociais e de direitos individuais homogêneos, desde que esteja configurado interesse social relevante, assim entendida "a proteção dos interesses individuais, difusos ou coletivos relativos à infância e adolescência" (art. 201, V, do ECA e art. 227 da CF).

O Conselho Tutelar é órgão previsto no art. 131 da Lei nº 8.069/1990, que o instituiu como "órgão autônomo, não jurisdicional, encarregado de zelar pelo cumprimento dos direitos da criança e do adolescente", tendo como finalidade precípua zelar para que as crianças e os adolescentes tenham acesso efetivo aos seus direitos.

Significa dizer que o seu objetivo consiste em um encargo social destinado a fiscalizar se a família, a comunidade, a sociedade em geral e o Poder Público estão assegurando com absoluta prioridade a efetivação dos

direitos das crianças e dos adolescentes, exigindo de todos que cumpram o Estatuto e a Constituição Federal.

O conselheiro tutelar, por expressa definição legal, exerce uma função considerada de relevância pública e, para o seu bom funcionamento, o Executivo municipal deve providenciar local para sediá-lo, bem como mobiliário adequado, telefone/fax, computadores, transporte e pessoal administrativo preparado para o exercício das atribuições, que não se restringem ao atendimento de crianças e adolescentes, mas também importa em uma atuação preventiva, identificando demandas e fazendo gestões junto ao Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente e ao próprio Município para a criação e/ou ampliação de programas específicos que darão ao órgão condições de um efetivo funcionamento.

Por imperativo legal (art. 132 do ECA), o Município de Ipatinga editou a Lei nº 1.260/1993, dispondo sobre a política municipal de atendimento dos direitos da criança e do adolescente (f. 33/39).

A situação fática incontroversa nos autos reconhecida pelo juízo de origem e no julgamento colegiado proferido na Apelação Cível nº 1.0313.07.234856-5/001 é que tanto a estrutura física quanto a de pessoal dos conselhos tutelares do Município de Ipatinga são deficientes, sendo que as mínimas condições da capacidade oferecidas são insuficientes para o seu regular funcionamento.

Diante desse quadro, observo que o embargado não está incluindo na lei orçamentária a previsão dos recursos necessários ao bom funcionamento dos conselhos tutelares, tal como prevê a norma de regência (parágrafo único do art. 134).

O controle da atividade administrativa pelo Poder Judiciário se circunscreve ao exame da legalidade e legitimidade, ou seja, o Poder Judiciário não pode dizer sobre o mérito administrativo (oportunidade e conveniência), antes devendo examinar somente o seu cabimento e a regularidade formal do ato, sob pena de violar cláusula pétrea da Constituição Federal (art. 60, § 4º, inciso III), que determina independência e separação dos Poderes (art. 2º).

Entretanto, a interpretação do princípio da separação dos Poderes, em matéria de políticas públicas, deve ser apenas no sentido de utilizá-lo quando a Administração atua dentro dos limites concedidos pela lei, caso contrário, quando extrapola os limites de sua competência e age sem sentido ou foge da finalidade da lei, não se aplica o referido princípio.

A atuação do Judiciário no controle das políticas públicas não se faz de forma discriminada, hipótese em que, aí sim, restaria violado o princípio da separação dos Poderes.

A interferência do Judiciário é legítima quando a Administração Pública, de maneira clara e indubitável, se omite no exercício do seu poder discricionário, trazendo, com isso, séria e fundada insegurança à população, como também violação aos direitos daqueles que se encontram por ela custodiados.

No presente caso, a omissão do embargado em dar efetividade à implementação dos Conselhos Tutelares situados na circunscrição municipal de Ipatinga, dotando-lhes de uma estrutura física e de pessoal condizentes com a importância desses órgãos, com a devida vênia, possibilita a atuação do Poder Judiciário no sentido de obrigá-lo a cumprir norma constitucional (art. 227) e legislação federal protetiva da criança e do adolescente (arts. 88, 89, 131, 134, 208), sem que, com isso, haja interferência indevida no Poder Executivo.

Isso porque as normas fundamentais de direitos sociais, previstas na Constituição da República, vinculam o Poder Público, motivo pelo qual a liberdade que envolve o seu juízo de discricionariedade é mitigada para que haja concretização de programas e fins constitucionais.

Com essas considerações, pedindo vênia aos eminentes Desembargadores prolatores dos votos vencedores, acolho os embargos infringentes para fazer prevalecer o posicionamento adotado pela não menos ilustre Desembargadora prolatora do voto minoritário.

Isento de custas recursais, na forma da Lei Estadual nº 14.939/2003.

DES. MAURÍCIO BARROS (Revisor) - Com a devida vênia, rejeito os embargos, com os mesmos fundamentos do voto que proferi, como Relator, no julgamento da apelação.

DES. ANTÔNIO SÉRVULO - Com a devida vênia, rejeito os embargos, com os mesmos fundamentos do voto que proferi como revisor, no julgamento da apelação.

DES.ª SANDRA FONSECA - Acolho os embargos, nos termos do voto que proferi, por ocasião da apelação.

DES. EDIVALDO GEORGE DOS SANTOS - De acordo com o Relator.

Súmula - ACOLHERAM OS EMBARGOS INFRINGENTES, VENCIDOS O REVISOR E O PRIMEIRO VOGAL.

...

Servidor público estadual - Ingresso na Administração Pública em data anterior à EC 41/03 - Aposentadoria - Regras da EC 20/98 - Valor equivalente à remuneração - Desconto previdenciário - Verbas remuneratórias de natureza indenizatória - Impossibilidade

Ementa: Reexame necessário. Apelação cível. Direito administrativo. Servidores estaduais que se vincularam

ao regime próprio de previdência antes da EC 41/03. Regras de aposentadoria que se orientam pela EC 20/98. Descontos previdenciários sobre verbas remuneratórias de natureza indenizatória. Impossibilidade. Precedentes do STF. Sentença confirmada.

- Para os servidores que ingressaram na Administração Pública em data anterior à EC 41/03, permanece em vigor a regra constitucional de pagamento dos proventos de aposentadoria em valor equivalente à remuneração (EC 20/98).

- Verbas de caráter transitório, com cunho indenizatório, não vão repercutir no cálculo desses proventos, não se mostrando correta a sua consideração para fins de desconto previdenciário.

- O cálculo previsto no art. 26, § 2º, da LC 64/02 é de duvidosa constitucionalidade, confrontando-se até mesmo com o *caput* desse dispositivo legal.

Em reexame necessário conhecido de ofício, confirmar a sentença. Prejudicados os recursos voluntários.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.09.645525-8/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelantes: Ipsemg, Estado de Minas Gerais - Apelados: Juliana Macedo Campos e outro - Relatora: DES.ª ÁUREA BRASIL

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sob a Presidência do Desembargador Manuel Saramago, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM CONFIRMAR A SENTENÇA, NO REEXAME NECESSÁRIO, PREJUDICADOS OS RECURSOS VOLUNTÁRIOS.

Belo Horizonte, 12 de abril de 2012. - *Áurea Brasil* - Relatora.

Notas taquigráficas

DES.ª ÁUREA BRASIL - Cuida-se de recursos voluntários interpostos contra a sentença de f. 133/135, proferida pelo MM. Juiz de Direito Maurício Pinto Coelho Filho, titular da 3ª Vara de Feitos Tributários do Estado nesta Comarca de Belo Horizonte, que, nos autos da ação de repetição de indébito proposta por Juliana Macedo Campos e Marco Antônio Pimenta de Barros contra o Estado de Minas Gerais e Instituto de Previdência dos Servidores do Estado de Minas Gerais, julgou procedente o pedido inicial, condenando os réus na devolução dos valores de contribuição previdenciária descontados sobre as horas extras prestadas, corrigidos monetariamente pelos índices da Corregedoria-Geral de Justiça, a partir do pagamento indevido de cada parcela, e com acréscimo de juros moratórios de 1% ao mês, observada a prescrição quinquenal. Os honorários advocatícios foram fixados em R$ 500,00 (quinhentos reais).

Ipsemg e Estado de Minas Gerais apresentam suas razões às f. 136/144 e 145/152, respectivamente, alegando que o desconto ora impugnado encontra respaldo na LC 64/02, que tratou de incluir as horas extras entre os valores que compõem a base de cálculo da contribuição.

A presente ação envolve condenação ilíquida contra o Estado de Minas Gerais e sua autarquia.

Assim, nos termos do art. 475, inciso I, do CPC, e consoante entendimento mais atualizado da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça (Embargos de Divergência em REsp nº 600.596/RS, *DJe* de 23.11.2009), impõe-se o conhecimento, de ofício, do reexame necessário.

Presentes os demais pressupostos de admissibilidade, conheço também do recurso apelatório interposto pelos réus.

Passo ao exame da remessa obrigatória.

Os autores são servidores estaduais, ocupantes de cargos efetivos e contribuintes do Ipsemg desde 1997 (doc. f. 66 e 79).

O vínculo com a Administração Pública foi então firmado em data anterior à EC 41/03 e, para esses servidores, permanece em vigor a regra constitucional que previa o pagamento dos proventos de aposentadoria em valor equivalente à remuneração.

Com a EC 41/03, restou afastada a possibilidade de aposentadoria pelo valor integral da remuneração, de modo que, atualmente, os proventos serão proporcionais à base de cálculo da sua contribuição. Assim, para os servidores que se vincularam à Administração após a EC 41/03, justifica-se o interesse em aumentar a base de cálculo para contribuição, pois esse aumento será considerado no cálculo dos proventos.

Lado outro, para aqueles que ingressaram no serviço público antes da EC 41/03, a pretensão de redução da base de cálculo afigura-se plausível, pois, para eles, o montante a ser recolhido não terá relação direta com o benefício a ser auferido, restando preservada a paridade entre remuneração e proventos (EC 20/98).

Esse é o caso dos autores, que, conforme destacado, vincularam-se à Administração em 1997, subsumindo-se às regras da EC 20/98.

A argumentação dos réus não deixa dúvida de que os servidores vêm sofrendo descontos previdenciários sobre a totalidade de sua remuneração, incluindo, dessarte, verbas pagas a título de horas extras eventualmente exercidas pelos apelados.

O sistema previdenciário dos servidores públicos é dotado de caráter contributivo, nos termos do art. 40, *caput*, da Constituição da República.

O servidor contribui para um benefício do qual irá usufruir quando da sua aposentadoria, e esta noção de

"prestação e contraprestação" deve, portanto, ser calcada na proporcionalidade e, *in casu*, na razoabilidade.

Este raciocínio encontra respaldo nos art. 40, § 12, da Carta Maior, que atrai, para o regime especial de previdência do servidor público, a orientação disposta no art. 201, § 11, deste mesmo ordenamento, com os seguintes dizeres:

> Art. 201 (*omissis*)
> [...]
> § 11. Os ganhos habituais do empregado, a qualquer título, serão incorporados ao salário para efeito de contribuição previdenciária e consequente repercussão em benefícios, nos casos e na forma da lei.

As horas extras, *in casu*, eram exercidas ocasionalmente pelos recorridos, revestindo-se, o seu pagamento, de natureza indenizatória.

Dito isso, claro está que os servidores, na presente demanda, terão suas aposentadorias vinculadas às regras da integralidade, entendendo-se por esta o montante total do vencimento e verbas de caráter permanente que a ele se integram.

As verbas de caráter transitório não vão repercutir no cálculo dos seus proventos, razão pela qual não se mostra correta sua consideração para fins de desconto previdenciário. Do contrário, o instituto réu auferiria vantagem desproporcional à obrigação que lhe recai.

Esse posicionamento encontra respaldo na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, consoante arestos que trago à colação:

> Agravo regimental em recurso extraordinário. 2. Prequestionamento. Ocorrência. 3. Servidores públicos federais. Incidência de contribuição previdenciária. Férias e horas extras. Verbas indenizatórias. Impossibilidade. 4. Agravo regimental a que se nega provimento (RE 545317 AgR/DF, Relator Min. Gilmar Mendes, j. em 19.02.2008).

> Agravo regimental no recurso extraordinário. Contribuição social incident,obre horas extras e terço constitucional de férias. Impossibilidade. - Somente as parcelas incorporáveis ao salário do servidor sofrem a incidência da contribuição previdenciária. - Agravo regimental a que se nega provimento (RE 389903 AgR/DF, Relator Min. Eros Grau, j. em 21.02.2006).

Cito também precedente deste Tribunal de Justiça:

> Tributário. Repetição do indébito. Servidor público municipal. Hora extra. Verba não habitual. Contribuição previdenciária. Impossibilidade. Juros de mora. I - Incabível o desconto de contribuição previdenciária sobre verba percebida a título de horas extras, pois tal adicional tem natureza jurídica de parcela eventual, ou não permanente, por isso não incorporável aos benefícios gozados após a inatividade. II - O caráter finalístico da contribuição previdenciária - segundo sua estruturação direto-constitucional - não contempla incidência sobre fração remuneratória que não se mostre incorporável, *a priori*, a itens de composição dos proventos devidos pela inatividade, o contrário equivalendo a tributação sem finalidade precípua, própria dos impostos. III - Nas ações de repetição de indébito de contribuição previdenciária, os juros moratórios são devidos do trânsito em julgado da sentença (Súmula nº 188 do STJ) (AC nº 1.0105.05.173453-8/001, Relator Des. Fernando Botelho, j. em 27.11.2008).

É certo que a Constituição da República não define expressamente a base de cálculo da contribuição previdenciária, sendo essa atribuição delegada aos entes federados. Não obstante, esse regulamento deve estar em consonância com os princípios delineados na Carta Maior.

Desse modo, o comando legal contido no art. 26, § 2º, da LC 64/02 é de duvidosa constitucionalidade, confrontando-se até mesmo com o *caput* desse mesmo dispositivo, que estabelece:

> Art. 26. A remuneração de contribuição é o valor constituído por subsídios, vencimentos, adicionais, gratificações de qualquer natureza, bem como vantagens pecuniárias de caráter permanente, ressalvado o prêmio por produtividade regulamentado em lei, que o segurado perceba em folha de pagamento, na condição de servidor público.

Dessarte, entendo que, em relação aos autores, por se submeterem ao sistema previdenciário anterior à EC 41/03, é defeso o cômputo dos valores relativos à jornada extraordinária no cálculo da contribuição previdenciária.

A r. sentença de primeiro grau deve ser confirmada, inclusive no tocante à taxa de juros moratórios aplicada à restituição do indébito, qual seja de 1% ao mês, consoante previsão do § 1º do art. 161 do CTN.

Registre-se que o comando do art. 1º-F da Lei Federal nº 9.494/97, introduzido pela Lei Federal nº 11.960/2009, deve ser afastado, por ser este diploma legal hierarquicamente inferior ao Código Tributário Nacional (que tem *status* de lei complementar), e por ser a legislação tributária lei especial (que derroga a aplicação da lei geral).

Sobre a matéria, destaco trecho das considerações feitas pelo i. Des. Alberto Vilas Boas, no julgamento da Apelação Cível nº 1.0145.07.396715-3.001, acompanhando o voto condutor da e. Des.ª Vanessa Verdolim:

> Ponho-me de acordo com a eminente Relatora e, atento às considerações lançadas no voto do Revisor quanto à incidência da Lei nº 11.960/2009, reconheço que o aludido ato normativo não se aplica às ações de repetição de indébito.
> A circunstância de a causa haver sido ajuizada anterior ou posteriormente à entrada em vigor da referida lei não autoriza, nas ações de repetição de indébito, sua incidência.
> É conveniente lembrar que a ação em exame é de repetição de indébito tributário e, sob esta perspectiva, a devolução daquilo que foi indevidamente cobrado pelo Poder Público deve ser solucionado à luz das regras do direito tributário.
> Ora, a norma tributária é de natureza complementar (art. 146, III, CF), e, por conseguinte, lei ordinária não pode - ainda que, aparentemente, tenha abrangência ampla como a nova redação dada ao art. 1.º-F da Lei Federal nº 9.494/97, introduzida pela Lei nº 11.960/2009 - disciplinar de forma distinta a incidência dos juros de mora e correção monetária a ser aplicado sobre o valor a ser devolvido (Relatora Des.ª Vanessa Verdolim, j. 19.10.2010).

Nesse sentido, também se posiciona a jurisprudência do eg. STJ:

> Tributário. Repetição do indébito. Contribuições previdenciárias. Natureza tributária. Juros moratórios. Termo inicial. Trânsito em julgado. Definição da taxa aplicável.
> 1. A Primeira Seção desta Corte, na assentada do dia 13 de maio de 2009, ao julgar o REsp 1.111.189/SP (Rel. Min. Teori Albino Zavascki), mediante a utilização da metodologia de julgamento de recursos repetitivos, prevista no art. 543-C do CPC, referendou o posicionamento já reiteradamente adotado pelas Primeira e Segunda Turmas, no sentido de que 'a taxa dos juros de mora na repetição do indébito deve, por analogia e isonomia, ser igual à que incide sobre os correspondentes débitos tributários estaduais ou municipais pagos com atraso; e a taxa de juros incidente sobre esses débitos deve ser de 1% ao mês'.
> 2. Nos termos do art. 167, parágrafo único do CTN e da Súmula 188/STJ, os juros moratórios, na repetição do indébito tributário, são devidos a partir do trânsito em julgado da sentença (REsp 1.086.935/SP, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, *DJ* 24.11.2008, submetido ao Colegiado pelo regime da Lei dos Recursos Repetitivos). Recurso especial parcialmente provido (REsp 895180 / PR - Rel. Min. Humberto Martins - *DJe* de 30.09.2010).

Ante o exposto, em reexame necessário conhecido de ofício, confirmo a r. sentença. Prejudicados os recursos voluntários.

Custas recursais, na forma da lei.

Votaram de acordo com a Relatora os DESEMBARGADORES MANUEL SARAMAGO e MAURO SOARES DE FREITAS.

Súmula - CONFIRMARAM A SENTENÇA, NO REEXAME NECESSÁRIO, PREJUDICADOS OS RECURSOS VOLUNTÁRIOS.

...

Reintegração de posse - Acordo entre as partes - Devolução do imóvel - Benfeitorias - Indenização - Depósito judicial - Destinação - Compra de imóvel - Descumprimento - Levantamento da quantia pelo depositante - Inadmissibilidade - Enriquecimento sem causa dos agravantes

Ementa: Agravo de instrumento. Ação de reintegração de posse. Acordo entabulado entre as partes. Devolução do imóvel. Indenização por benfeitorias. Depósito judicial. Destinação: compra de imóvel para as filhas do agravado. Descumprimento. Levantamento da quantia, pelo depositante. Inadmissibilidade. Enriquecimento sem causa dos agravantes. Recurso desprovido.

- Na ação de reintegração de posse ajuizada pelos agravantes em face do agravado, restou acordado entre as partes a devolução do bem imóvel objeto da lide aos agravantes, mediante o pagamento de indenização em razão das benfeitorias realizadas pelo agravado. Parte do valor da indenização seria destinado à aquisição de um imóvel para as filhas do agravado, o que ainda não foi cumprido.

- Todavia, o inadimplemento parcial do agravado não tem o condão de autorizar o levantamento, pelos agravantes, da quantia por eles depositada judicialmente, que se destinava à aquisição de um imóvel para as filhas do agravado. Isso porque os agravantes já receberam do agravado o imóvel, objeto da ação de reintegração de posse. O valor depositado refere-se à indenização devida ao agravado em razão das benfeitorias introduzidas no imóvel. Autorizar o levantamento do depósito judicial ocasionaria o enriquecimento sem causa dos agravantes, o que é vedado por nosso ordenamento jurídico.

Recurso desprovido.

AGRAVO DE INSTRUMENTO CÍVEL Nº 1.0024. 07.686795-1/001 - Comarca de Belo Horizonte - Agravantes: Rosane de Britto Azevedo, Rodrigo de Britto Azevedo e outros, herdeiros de Guaracy Levy de Azevedo, Rúbia de Britto Azevedo, Martha de Britto Azevedo - Agravado: Giovani da Conceição Lopes - 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 DESPROVER O AGRAVO DE INSTRUMENTO.

Belo Horizonte, 14 de junho de 2012. - *Eduardo Mariné da Cunha* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. EDUARDO MARINÉ DA CUNHA (Relator) - Trata-se de agravo de instrumento interposto por Rodrigo de Britto Azevedo e outros, herdeiros de Guaracy Levy de Azevedo, contra a decisão de f. 19-TJ, prolatada nos autos da ação de reintegração de posse ajuizada em face de Giovani da Conceição Lopes, em que o MM. Juiz *a quo* indeferiu, indiretamente, o pedido de levantamento do valor depositado à f. 76 dos autos originais, em virtude de as partes terem celebrado acordo em que o agravado se obrigou a adquirir um imóvel para as filhas, no prazo de 180 dias, descumprindo a destinação que deveria dar à quantia recebida.

Sustentam os agravantes que a retenção do valor depositado por tempo indeterminado, até que o agravado adquira oportunamente um imóvel para suas filhas, conforme restou acordado nos autos da ação de reintegração de posse, mostra-se incabível. Isso porque o agravado sempre alegou dificuldade para a aquisição do imóvel e, muito embora tenha sido prorrogado o prazo

para o cumprimento da sua obrigação, a solução da lide não pode ficar "eternamente", *sine die* e à disposição da vontade do agravado.

Pugna pelo provimento do agravo de instrumento para reformar a decisão hostilizada, no sentido de lhe possibilitar o levantamento do valor depositado à f. 76 dos autos originais ou, alternativamente que se conceda prazo ao agravado, visando ao cumprimento da obrigação prevista no acordo entabulado entre as partes.

O recurso foi recebido apenas no efeito devolutivo (f. 43-45).

Oficiado ao MM. Juiz *a quo*, este manteve a decisão hostilizada (f. 50).

O agravado não apresentou contraminuta.

Conheço do recurso, presentes os pressupostos de sua admissibilidade.

Cinge-se o presente agravo de instrumento à análise da decisão primeva, em que o MM. Juiz a *quo* indeferiu, indiretamente, o pedido de levantamento do valor depositado à f. 76 dos autos originais, em virtude de as partes terem celebrado acordo em que o agravado se obrigou a adquirir um imóvel para as filhas, no prazo de 180 dias, descumprindo o pactuado.

Trata-se de ação de reintegração de posse ajuizada por Guaracy Levy de Azevedo em desfavor do agravado. Os agravantes são herdeiros do autor da ação. Conforme se vê às f.14-15, as partes, desejando compor o litígio, celebraram acordo em julho de 2008, nos seguintes termos:

> A transação tem como objeto o pagamento da indenização pela benfeitoria construída no terreno do falecido autor, correspondente a 50% (cinqüenta por cento), ou seja, metade do imóvel concedido ao réu Giovani da Conceição Lopes, conforme sentença homologada e transitada em julgado, no processo de Divórcio nº 02499.039957-8, que tramitou na 2ª Vara de Família do Fórum da Capital.

Para tanto, enumeram a seguir as condições e formas de pagamento para composição da transação:

> 1 . O valor total indenizado será de R$18.000,00 (dezoito mil reais), os quais serão desmembrados da seguinte forma:
> a) R$ 13.000,00 (treze mil reais) depositados em conta judicial remunerada, destinados à finalidade exclusiva de aquisição de um imóvel, no prazo de 180 (cento e oitenta) dias, o qual será registrado no cartório competente, em nome das filhas Bárbara de Britto Lopes e Vanessa de Britto Lopes, gravado com usufruto vitalício do pai - Sr. Giovani da Conceição Lopes.
> b) R$ 5.000,00 (cinco mil reais) a serem pagos ao Sr. Giovani da Conceição Lopes, da seguinte forma:
> b.1) R$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais) na assinatura deste acordo, mediante cheque nominal e;
> b.2) R$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais), também em cheque nominal, na entrega das chaves e retirada definitiva do imóvel objeto da demanda, em prazo não superior a 30(trinta) dias da assinatura do presente acordo;
> 2 . O valor descrito na alínea a será liberado mediante alvará judicial, após a comprovação da compra do imóvel objeto do acordo, em nome das filhas do Sr. Giovani da Conceição Lopes, sendo liberado diretamente ao vendedor do referido imóvel;
> Em caso de descumprimento da obrigação de fazer no prazo acordado na alínea *b.2*, requer a aplicação de multa diária e fixação de prazo para o devido cumprimento do acordo, nos termos do art. 461, § 4º, do CPC, a ser arbitrado por V. Exa.
> No caso de não cumprida a obrigação da alínea *a* no prazo estipulado, poderá ser concedida a prorrogação do mesmo, sem aplicação de multa.

Os agravantes sustentam que o agravado, passados quase 2 anos e já tendo sido prorrogado, por duas vezes, o prazo para o cumprimento da obrigação, constante da alínea *a* do item 1 do termo de acordo, ainda não adquiriu o imóvel para suas filhas. Por essa razão, requereram a liberação do depósito judicial que realizaram (f. 16).

Analisando detidamente os autos, tenho que desassiste razão aos agravantes.

Nos autos da ação de reintegração de posse ajuizada pelos agravantes em face do agravado, restou acordado entre as partes que o segundo devolveria o bem imóvel, objeto da lide, aos primeiros, mediante o pagamento de indenização em razão das benfeitorias introduzidas no imóvel.

Realmente, o agravado ainda não cumpriu com parte de sua obrigação no acordo, que consiste na aquisição de um imóvel para suas filhas. Todavia, entendo que tal inadimplemento parcial não tem o condão de autorizar o levantamento, pelos agravantes, da quantia depositada judicialmente destinada para aquele fim,

Isso porque os agravantes já receberam do agravado o imóvel, objeto da lide. E o valor depositado judicialmente refere-se à indenização devida ao agravado, em razão das benfeitorias que realizou no imóvel. Autorizar o levantamento do depósito judicial ocasionaria o enriquecimento sem causa dos agravantes, o que é vedado por nosso ordenamento jurídico.

Entendo, por outro lado, não caber a fixação de prazo para o agravado cumprir sua obrigação. O acordo entabulado entre as partes já fixou prazo, inclusive prorrogado, sem aplicação de multa. É certo que não pode o agravado se esquivar do cumprimento da obrigação de adquirir um imóvel para suas filhas, supostamente menores. Em razão disso, tenho ser prudente que, após a baixa dos autos à 1ª instância, sejam os autos encaminhados à Promotoria para requerer o que entender de direito, visto que, aparentemente, repita-se, há, no cumprimento do acordo entabulado entre as partes, interesse de menores a ser tutelado.

Com tais razões de decidir, nego provimento ao agravo de instrumento, para manter a decisão hostilizada.

Recomendo que, após a baixa à 1ª instância, sejam os autos encaminhados ao Promotor de Justiça para requerer o que entender de direito, visto que,

aparentemente, há, no cumprimento do acordo entabulado entre as partes, interesse de menores.

Custas, *ex lege*.

DES. LUCIANO PINTO - De acordo com o Relator.

DES.ª MÁRCIA DE PAOLI BALBINO - De acordo com o Relator.

Súmula - RECURSO DESPROVIDO.

...

Servidor aposentado - Decreto Estadual 16.409/74 - Jornada de trabalho de oito horas diárias - Redução pelo Decreto Estadual 29.302/89 - Aposentadoria anterior - Decreto Estadual 36.737/95 - Servidores ativos - Opção pela antiga jornada - Reajuste salarial - Aposentado - Direito à paridade - Equiparação de proventos - Mandado de segurança - Concessão da ordem

Ementa: Direito constitucional. Direito administrativo. Reexame necessário. Servidora aposentada no regime de oito horas diárias de trabalho. Redução da jornada pelo Decreto Estadual 29.302/89. Aposentadoria anterior à modificação. Decreto Estadual 36.737/95. Opções de jornada de trabalho. Concessão de reajuste salarial. Direito à paridade. Sentença confirmada.

- Os servidores aposentados antes da entrada em vigor do Decreto Estadual 29.302/89 têm direito à equiparação dos proventos com o dos servidores que, a partir do Decreto Estadual 36.737/95, optaram por jornada de trabalho de oito horas diárias.

REEXAME NECESSÁRIO CÍVEL Nº 1.0024.09.692481-6/002 - Comarca de Belo Horizonte - Remetente: Juiz de Direito da 5ª Vara da Fazenda Pública e Autarquias da Comarca de Belo Horizonte - Autora: Sebastiana Mazarello de Oliveira Moreira - Réu: Estado de Minas Gerais - Autoridade coatora: Superintendente Central de Administração de Pessoal da Seplag - Relator: DES. MOREIRA DINIZ

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sob a Presidência do Desembargador Almeida Melo, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM CONFIRMAR A SENTENÇA.

Belo Horizonte, 12 de abril de 2012. - *Moreira Diniz* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. MOREIRA DINIZ - Cuida-se de reexame necessário, ante sentença da MM. Juíza da 5ª Vara da Fazenda Pública e Autarquias da Comarca de Belo Horizonte, que concedeu a segurança impetrada por Sebastiana Mazarello de Oliveira Moreira contra ato omissivo do Superintendente de Administração de Pessoal da Secretaria de Estado de Planejamento e Gestão, para determinar que o pagamento dos proventos da impetrante seja feito de acordo com a tabela de vencimentos de quarenta horas semanais, referente ao cargo no qual se encontra aposentada.

A impetrante alega que é aposentada no cargo de pedagogo, cuja carga horária, ao tempo da aposentadoria, era de oito horas diárias; que, após sua aposentadoria, foi editado o Decreto Estadual 29.302/89, que reduziu a jornada de trabalho das repartições do serviço público para seis horas; que, posteriormente, veio um novo decreto estadual, propondo o restabelecimento da jornada de oito horas, sendo facultado aos servidores optar entre a permanência na jornada de seis horas, com o mesmo salário, e a volta à antiga jornada, mediante reajuste salarial; e que, embora se tenha aposentado em data anterior ao Decreto 29.302/89, quando ainda vigorava a jornada de oito horas diária, seus proventos estão sendo pagos conforme a tabela de vencimentos dos cargos sujeitos à jornada de 30 horas semanais, o que deve ser revisto, em razão do disposto no artigo 7º da Emenda Constitucional 41/03, que manteve o direito à paridade aos servidores aposentados em data anterior à sua vigência.

Às f. 40/47 vieram as informações da autoridade apontada como coatora.

A impetrante é servidora estadual aposentada e, à época da aposentadoria - 24.07.1987, cumpria jornada de trabalho de oito horas diárias, de acordo com o disposto no Decreto Estadual 16.409/74.

Com a entrada em vigor do Decreto Estadual 29.302/89, a jornada de trabalho nas repartições públicas da administração direta e das autarquias estaduais foi reduzida para seis horas diárias, sem redução ou acréscimo no modo de prestação de serviço, ou no valor da remuneração do servidor.

A impetrante não se beneficiou da redução de jornada, porque, na data da entrada em vigor do referido decreto, já estava aposentada.

Em março de 1995, o Decreto 36.737 restabeleceu a jornada de oito horas diárias, com aumento de remuneração para aqueles que optassem por esse regime, sendo, contudo, mantidos os vencimentos daqueles que optassem por continuar trabalhando seis horas por dia.

Como a impetrante já se encontrava aposentada, não pôde optar, mas alega que faz jus ao reajuste concedido àqueles que voltaram a trabalhar oito horas por dia, em razão da garantia constitucional da paridade

entre ativos e inativos, prevista no artigo 40, § 4°, da Constituição Federal, com redação anterior à Emenda Constitucional 20/98.

E tem razão.

Mesmo tendo a impetrante se aposentado durante a vigência da Constituição Federal de 1967, o direito à paridade lhe é aplicável, por força do artigo 20 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que prevê: "Dentro de cento e oitenta dias, proceder-se-á à revisão dos direitos dos servidores públicos inativos e pensionistas e à atualização dos proventos e pensões a eles devidos, a fim de ajustá-los ao disposto na Constituição".

E, como a impetrante se aposentou quando trabalhava oito horas por dia, seu paradigma, para fim de equiparação dos proventos de aposentadoria, é o servidor que, nos termos do Decreto 36.737/95, optou por voltar a cumprir a jornada de oito horas, porque a situação jurídica de ambos é idêntica.

A partir do Decreto 36.373/95, os servidores ocupantes do mesmo cargo em que a impetrante se aposentou, e com idêntica carga horária à por ela exercida durante a atividade, passaram a receber remuneração superior à sua, o que configura ofensa ao princípio da paridade.

O artigo 40, § 4°, da Constituição Federal, na redação antiga, é claro ao determinar que "os proventos de aposentadoria serão revistos, na mesma proporção e na mesma data, sempre que se modificar a remuneração dos servidores em atividade".

A concessão do reajuste à impetrante também pode ser interpretada como forma de corrigir a situação de desigualdade criada a partir do decreto que reduziu a jornada de trabalho nas repartições estaduais, porque aqueles que sempre trabalharam oito horas por dia e se aposentaram antes da referida norma recebiam proventos idênticos aos vencimentos dos servidores que se beneficiaram da redução da jornada.

Logo, a impetrante faz jus ao reajuste, devendo receber seus proventos de acordo com a nova tabela de vencimentos, correspondentes a carga horária de 40 horas semanais.

Em caso semelhante, esta 4ª Câmara Cível assim decidiu:

> Direito Constitucional/Administrativo. Servidora aposentada. Alteração da jornada de trabalho pelo Decreto Estadual n° 29.302/89. Aposentadoria anterior à modificação. Aplicação da lei vigente à época. Direito à paridade. Sentença confirmada (Apelação Cível/Reexame Necessário n° 1.0024.09.692480-8/001; Relator: Des. Audebert Delage; *DJ* de 25.11.2010; DP 06.12.2010).

Ante o exposto, em reexame necessário, confirmo a sentença.

Custas, pelo Estado; isento, por força de lei.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES DÁRCIO LOPARDI MENDES e HELOÍSA COMBAT.

Súmula - CONFIRMARAM A SENTENÇA.

...

Servidor público aposentado - Supervisor pedagógico - Jornada de 40 horas semanais - Gratificação por regime especial de trabalho - Inclusão no cálculo dos proventos de aposentadoria - Acréscimo de 80 % - Possibilidade - Art. 72 da Lei nº 11.050/93 - Requisitos preenchidos - Presença do direito líquido e certo - Sentença confirmada

Ementa: Administrativo. Mandado de segurança. Servidor público estadual aposentado. Revisão de aposentadoria. Pagamento da gratificação por regime especial de trabalho. Lei n° 11.050/93. Inclusão no cálculo dos proventos. Possibilidade legal. Concessão da ordem. Sentença mantida em reexame necessário.

- Em se tratando de mandado de segurança, para que se viabilize a concessão da ordem postulada, exige-se a demonstração prévia por parte da impetrante do direito por ela invocado, na medida em que, na estreita via processual destinada àquele processo, não se admite dilação probatória.

- A teor do disposto na Lei Estadual n° 11.050/93 c/c Lei Estadual n° 7.109/77, a incorporação da gratificação de regime especial de trabalho é devida ao servidor público estadual ocupante do cargo de supervisor pedagógico que trabalha sob a carga horária de 40 (quarenta) horas semanais, não havendo que se falar em *bis in idem* decorrente do pagamento de vencimentos pela opção decorrente de jornada especial de trabalho.

APELAÇÃO CÍVEL/REEXAME NECESSÁRIO Nº 1.0024.09.694995-3/001 - Comarca de Belo Horizonte - Remetente: Juiz de Direito da 7ª Vara da Fazenda da Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Estado de Minas Gerais - Apelada: Antônia Custódia de Freitas - Autoridade coatora: Diretor da Superintendência Central de Pessoal da Secretaria de Estado de Planejamento e Gestão - Relator: EDIVALDO GEORGE DOS SANTOS

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 REEXAME NECESSÁRIO, CONFIRMAR A SENTENÇA, PREJUDICADO O APELO VOLUNTÁRIO.

Belo Horizonte, 5 de junho de 2012. - *Edivaldo George dos Santos* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. EDIVALDO GEORGE DOS SANTOS (Relator) - Conheço o reexame obrigatório, nos termos do que dispõe o art. 14 da Lei nº 12.016/09 e conheço o recurso voluntário interposto pelo Estado de Minas Gerais, presentes os pressupostos processuais próprios de suas admissibilidades.

Cuida-se de mandado de segurança, com pedido de liminar, impetrado por Ana Custódia de Freitas, servidora pública estadual aposentada, contra ato dito abusivo do Diretor da Superintendência Central de Pessoal da Secretaria de Estado de Planejamento e Gestão, consubstanciado em não incluir no cálculo dos proventos da impetrante as vantagens salariais decorrentes de concessão da gratificação por regime especial de trabalho denominada RET, nos termos do disposto no artigo 72 da Lei Estadual nº 11.050/93, sendo a ordem concedida pela r. Juíza de primeiro grau às f. 58/62 dos autos.

Com o decidido não se conforma o Estado de Minas Gerais, aviando, então, recurso voluntário, alegando, em síntese, prescrição do fundo de direito, que o recebimento da gratificação em questão cumulativo com proventos calculados com base na jornada de trabalho de 8 (oito) horas diárias não é permitido sob pena de *bis in idem*, e, dentre outros argumentos, que o ato administrativo combatido se reveste de plena legalidade, não justificando a procedência da ordem rogada, culminando por pedir a reforma da sentença para que seja denegada a segurança pleiteada (f. 66/73).

Contrarrazões às f. 75/80.

Sendo este o breve relatório, passo a decidir.

Pelo que se infere dos autos, a impetrante pugna pela concessão da ordem para "ordenar à autoridade coatora que proceda ao pagamento permanente da referida gratificação de regime especial de trabalho à impetrante, tendo como base de cálculo o cargo em que se aposentou" (*sic*, f. 08).

De início, é de se rejeitar a arguição de decadência deduzida nos autos, uma vez que ressai do processado que o direito postulado pela impetrante foi indeferido pela autoridade coatora em 09.10.09 (f. 14), sendo que a impetração do presente *writ* se deu em 03.12.09 (f. 02-v), não procedendo, por óbvio, a insurgência formulada pelo impetrado.

Lado outro, resta cediço que, quando a prescrição incidir somente sobre as vantagens salariais periódicas, sem alcançar o direito oriundo da relação jurídica fundamental, incidentes os efeitos do art. 3º do Decreto nº 20.910/32, ao passo que, quando a prescrição atingir o próprio direito, aplicam-se os termos do art. 1º do mesmo diploma legal. Dessarte, considerando que a ação foi ajuizada na data de 03.12.2009, resta inconteste que somente podemos admitir atingidas pela prescrição as parcelas referentes ao quinquênio anterior à propositura da ação.

Quanto ao mérito, é inequívoco que o servidor público não tem direito adquirido ao regime jurídico, podendo o mesmo, em tese, ser modificado, desde que não viole o princípio da irredutibilidade de vencimentos. Amparando este entendimento, tenha-se julgado do Excelso Supremo Tribunal Federal:

> O aposentado tem direito ao *quantum* de seus proventos calculados com base na legislação vigente ao tempo da aposentadoria, mas não aos critérios legais com base em que esse *quantum* foi estabelecido, pois não há direito adquirido a regime jurídico (AI nº 307918 AgR/PE - Rel. Min. Moreira Alves, *DJ* de 18.05.01, p. 77, Ement. v. 2.030-11, p. 2.294, j. em 20.03.2001, 1ª Turma) (*RTJ* 143/297).

Conforme a doutrina de Hely Lopes Meirelles,

> desde que o Estado não firma contrato com seus servidores, mas para eles estabelece unilateralmente um regime de trabalho e de retribuição por via estatutária, lícito lhe é, a todo tempo, alterar as condições de serviços e de pagamento, uma vez que o faça por lei, sem discriminações pessoais, visando as conveniências da Administração (*Direito administrativo brasileiro*. Malheiros, 1997, p. 404).

Entretanto, embora não haja direito adquirido a regime jurídico, deve ser considerado, também, que vige em nosso Direito um princípio constitucional que veda/proíbe a redução dos vencimentos dos servidores públicos.

Sobre a irredutibilidade dos vencimentos, a lição de José dos Santos Carvalho Filho:

> O sentido da irredutibilidade, porém, não é absoluto. Protege-se o servidor apenas contra a redução direta de seus vencimentos, isto é, contra a lei ou qualquer outro ato que pretenda atribuir ao cargo ou à função decorrente do emprego público importância inferior à que já estava fixada ou fora contratada anteriormente. Contudo, os Tribunais já se pacificaram no sentido de que não há proteção contra a redução indireta, assim considerada aquela em que: 1) o vencimento não acompanha *pari passu* o índice inflacionário; ou 2) o vencimento nominal sofre redução em virtude da incidência de impostos. [...] A leitura da regra constitucional, por outro lado, deve levar em consideração o vencimento básico do cargo, o salário contratado e as parcelas incorporadas, que passam, na verdade, a integrar a parcela básica. Não se incluem, todavia, na garantia da irredutibilidade os adicionais e as gratificações devidos por forças de circunstâncias específicas e muitas vezes de caráter transitório, as quais podem suscitar até sua absorção em vencimento mais elevado, como ocorre na implantação de novos planos de cargos e carreiras. Tal entendimento, diga-se de passagem, já foi esposado pelo STF, tendo-se decidido que o princípio da irredutibilidade de vencimento 'não veda a redução das parcelas que componham os critérios legais de fixação, desde que não se diminua o valor da remuneração na sua totalidade' (*Manual de direito administrativo*. 13. ed. Ed. Lumen Juris, 2005, p. 563/564).

No caso em comento, a impetrante, na qualidade de servidora pública integrante do cargo de supervisora pedagógica do magistério estadual, aposentou-se em 14.08.94 (f. 14), tendo laborado em regime especial de trabalho no período de 01.03.79 a 04.07.84 (f. 24/31).

Outrossim, a Lei Estadual nº 7.109/77, que trata acerca do regime de trabalho dos servidores públicos estaduais, mais precisamente em seu artigo 98, dispõe que os exercícios das funções de magistério deverão ocorrer em regime básico de trabalho, onde os servidores cumprirão jornada de 24 horas semanais.

Todavia, o mesmo artigo estabelece em seu inciso II que o trabalho poderá ser prestado "facultativamente e de acordo com as normas estabelecidas nessa lei, em regime especial de 40 (quarenta) horas".

Por sua vez, o artigo 145 do mencionado normativo legal preconiza:

> Art. 145. O professor ou o especialista de educação, sujeito ao regime especial de 40 (quarenta) horas semanais de trabalho, terá gratificação correspondente a 80% (oitenta por cento) de seu vencimento.

Já no que diz respeito à incorporação da gratificação aos proventos de aposentadoria das servidoras do magistério, tal matéria foi regulamentada pela Lei nº 6.565/75, com redação dada pelo art. 12 da Lei nº 8.330, de 1982, que assim disciplina:

> Art. 3º O provento do servidor que passar para a inatividade, após o primeiro provimento de cargo efetivo do Quadro Permanente, será a soma:
> I - do vencimento do cargo, de qualquer Quadro, ocupado pelo servidor na data da publicação do respectivo ato da aposentadoria ou no dia em que completar 70 (setenta) anos de idade, observado o disposto no artigo 22 e seus parágrafos da Lei n 5.945, de 11 de junho de 1972;
> II - dos adicionais por tempo de serviço;
> III - das gratificações legalmente percebidas pelo servidor na data referida no inciso I, pelo período mínimo de 1.460 (um mil quatrocentos e sessenta) dias, desprezado qualquer tempo anterior a 730 (setecentos e trinta) dias de interrupção.

Assim, verifica-se que a incorporação da pretendida gratificação de regime especial de trabalho era condicionada ao respectivo pagamento ao tempo da aposentadoria do servidor e que as gratificações legalmente percebidas fossem pelo período mínimo de 4 (quatro) anos, constatando-se do cotejo dos documentos dos autos que a impetrante cumpriu a contento tais requisitos legais.

A Lei Estadual nº 11.050/93 incluiu a previsão acerca das condições para incorporação da gratificação de regime especial de trabalho aos proventos de servidores do magistério, abrangendo os servidores que se aposentaram antes de sua publicação, como é o caso da ora apelante:

> Artigo 72. Ao funcionário do Quadro Permanente, oriundo do Magistério, que tenha percebido remuneração adequada ao regime especial de trabalho até a data da publicação da Lei 9.346/86, fica assegurada a incorporação, aos proventos de aposentadoria, de gratificação de 80% (oitenta por cento) do vencimento do cargo em que se encontrar posicionado, nas seguintes condições:
> I - integralmente se o funcionário comprovar que percebeu a remuneração por um período mínimo de 1.460 (mil quatrocentos e sessenta) dias, ininterruptos ou não;
> [...]
> Parágrafo único. O disposto neste artigo aplica-se aos servidores aposentados anteriormente à data da publicação desta Lei.

Portanto, a incorporação da gratificação discutida nos proventos da impetrante resta indiscutível, ressaltando-se que, no § 1° do art. 35 da Lei Estadual nº 11.050/93, as classes de especialistas de educação abarcavam o cargo de Supervisora Pedagógica, sem nenhuma exigência de preenchimento de outros requisitos legais, não havendo dispositivo legal algum que vede a acumulação dos vencimentos correspondentes à jornada de 40 horas semanais com qualquer outra gratificação.

Este TJMG assim já se pronunciou sobre a questão tratada nestes autos:

> Mandado de segurança. Servidores inativos. Magistério. Quadro permanente. Gratificação de regime especial de trabalho - Lei Estadual nº 11.050/93. Prejudicial de mérito. Inocorrência da prescrição do fundo de direito. Relação de trato sucessivo. - Em se tratando de relação de trato sucessivo, não havendo negativa inequívoca ao próprio direito reclamado, não há que se falar em decadência da impetração. Mérito. Alegação de *bis in idem*. - A Lei Estadual nº 11.050, de 1993, determina a incorporação da gratificação reclamada, não havendo que se falar em *bis in idem* decorrente do pagamento de vencimentos pela opção decorrente de jornada especial de trabalho. A supressão revela-se, portanto, irregular. Sentença mantida (Ap. Cível nº 1.0024.04.533765-6/001(1), Rel. Des. José Francisco Bueno).

> Remessa oficial e apelação cível voluntária. Ação ordinária. Obrigação de trato sucessivo. Prescrição. Gratificação de regime especial de trabalho. Incorporação aos proventos de aposentadoria. Norma legal expressa. Sentença parcialmente reformada. 1. Nas obrigações de trato sucessivo devidas pelo Estado, a prescrição quinquenal a que se refere o Decreto nº 20.910, de 1932, atinge somente as parcelas (Súmula nº 85 do Superior Tribunal de Justiça). 2. São atingidas pela prescrição as parcelas anteriores a cinco anos contados da data em que foi aforada a ação. 3. Em regra, as gratificações decorrentes de regime especial de trabalho não integram os vencimentos ou proventos de aposentadoria do servidor público. 4. Entretanto, existindo lei que determine expressamente a incorporação, a parcela passa a integrar tanto os vencimentos quanto os proventos de aposentadoria. 5. A Lei Estadual nº 11.050, de 1993, determina a incorporação da gratificação reclamada. A supressão revela-se, portanto, irregular. 6. Remessa oficial e apelação cível conhecidas. 7. Sentença parcialmente reformada em reexame necessário, prejudicado o recurso voluntário (Ap. Cível nº 1.0000.00.337743-9/000(1), Rel. Des. Caetano Levi Lopes).

Portanto, mostra-se correta a r. sentença ora em reexame neste ponto, não havendo que se falar em

ofensa ao princípio da legalidade, inserido no *caput* do art. 37 da Constituição Federal, nem tampouco a seu art. 39. Da mesma forma, com tal decisão o Poder Judiciário está apenas realizando sua função precípua, decidindo sobre a ocorrência de uma ilegalidade por parte da Administração Pública ao não pagar corretamente os vencimentos da impetrante, não havendo que se falar em ofensa ao princípio da separação de Poderes, extraído do art. 2º da mesma Carta, sendo legítima manifestação do sistema do "freios e contrapesos", também dela emanado.

Inocorre, ainda, afronta ao artigo 169, § 1º, da Constituição Federal, visto que dirigida ao Administrador Público, não sendo este óbice à manifestação legítima do Poder Judiciário, no exercício de sua função constitucional de corrigir uma ilegalidade administrativa.

Patente, pois, o direito líquido e certo da impetrante, evidencia-se o acerto da sentença monocrática que concedeu a ordem requerida.

Com tais considerações, no reexame obrigatório, confirmo integralmente a bem-lançada sentença singular, prejudicado o recurso voluntário do Estado de Minas Gerais.

Custas, *ex lege*.

DES. EDILSON FERNANDES (Revisor) - De acordo com o Relator.

DES. MAURÍCIO BARROS - De acordo com o Relator.

Súmula - EM REEXAME NECESSÁRIO, CONFIRMARAM A SENTENÇA, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

...

Reintegração de posse - Imóvel municipal - Ocupação por particular como ponto de comércio - Vencimento de autorização - Não renovação - Demonstração de interesse público - Construção de centro cultural - Urgência - Liberação de recursos federais - Condicionamento à desocupação do imóvel - Notificação extrajudicial - Esbulho - Configuração

Ementa: Agravo de instrumento. Ação de reintegração de posse. Imóvel municipal ocupado por particular como ponto de comércio. Vencimento de autorização. Não renovação. Demonstração de interesse público. Construção de centro cultural. Urgência. Condicionamento da liberação de recursos federais à desocupação do imóvel. Notificação extrajudicial. Configuração do esbulho. Recurso provido.

AGRAVO DE INSTRUMENTO CÍVEL Nº 1.0273. 11.000570-2/001 - Comarca de Galileia - Agravante: Município de Galileia - Agravado: Renan Rodrigues Segundo - Relator: DES. BRANDÃO TEIXEIRA

Acórdão

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

Belo Horizonte, 22 de maio de 2012. - *Brandão Teixeira* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. BRANDÃO TEIXEIRA - Versam os autos sobre agravo de instrumento interposto pelo Município de Galileia em face da r. decisão traslada à f. 41-TJ (32, originais) que, em ação de reintegração de posse ajuizada pelo ora agravante, indeferiu a liminar de reintegração de posse, por se tratar de posse velha e por ser o requerido pessoa jurídica que utiliza a posse para exercício de atividade empresarial.

O agravante alega que a ação de reintegração de posse admite dois tipos de pedidos distintos para a imediata reintegração, qual seja: o pedido liminar - que exige a prova da posse anterior e que o esbulho tenha sido praticado antes de ano e dia; e ainda, o pedido de antecipação de tutela - que exige a posse anterior e o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, não exigindo, para seu deferimento, a data do esbulho, menor que ano e dia. Sustenta que a decisão agravada apreciou o pedido inicial como se fosse pedido de liminar e não como pedido de tutela antecipada, prevista no artigo 273 do CPC.

O agravante afirma que o agravado "apesar de trabalhar no comércio, não possui empresa constituída, e por isso mesmo, não se trata de pessoa jurídica, mas sim de pessoa física sem cadastro nacional da pessoa jurídica" (f. 03-TJ).

O agravante aduz, ainda, que necessita do imóvel para o fim de liberação de recursos financeiros federais para construção de uma área de lazer e um centro cultural. Afirma que tentou, por várias vezes, obter a desocupação amigável do terreno, porém sem sucesso, sendo que em uma delas ficou registrada na notificação extrajudicial datada de 11.02.2001. Que o agravado não cumpriu o prazo de 30 (trinta) dias estabelecido na notificação, prazo este que venceu em 13 de março de 2011. Afirma que o agravado sempre soube que o domínio do imóvel pertencia ao Município não podendo alegar seu desconhecimento.

Em decisão de f. 47-49/TJ, negou-se efeito suspensivo e ativo ao agravo.

O Juízo *a quo* prestou informações à f. 54/TJ declarando manter a decisão agravada por seus próprios fundamentos.

O agravado apresentou contrarrazões às f. 58-72/TJ e argumentou que: detém a posse de fato do referido imóvel há mais de 25 anos, utilizando-o como ponto de comércio, onde instalou um *trailer;* que comercializa lanches, salgados e refrigerantes; no ano de 2000 obteve do Município uma concessão de autorização de uso do referido imóvel pelo prazo de 10 anos; apesar de não ter sua autorização de uso renovada, continua na posse do imóvel; em 11 de fevereiro deste ano foi surpreendido com notificação promovida pelo Município, para que realizasse a desocupação de referida área no prazo máximo de 30 (trinta) dias, sob pena de multa e advertência; carece o ato administrativo de qualquer motivação; é pessoa humilde, necessitando do imóvel para trabalhar; o ato administrativo está eivado de vício de finalidade, pois o representante legal da administração pública, tenta de forma direta, prejudicar três *trailers* do mesmo seguimento de comércio em favor de um, denominado ''*Trailer* da Jove'', que faz parte de seu reduto eleitoral e nem sequer foi merecedora de qualquer notificação.

Decido.

Juízo de admissibilidade.

Conheço do recurso, pois presentes os requisitos e pressupostos de admissibilidade.

Mérito.

O Município agravante propôs ação de reintegração de posse com pedido liminar requerendo a posse de área urbana de sua propriedade, ocupada pelo agravado.

O Código de Processo Civil, no que concerne às ações possessórias, estabelece, em seu artigo 927:

> Art. 927. Incumbe ao autor provar:
> I - a sua posse;
> II - a turbação ou o esbulho praticado pelo réu;
> III - a data da turbação ou do esbulho;
> IV - a continuação da posse, embora turbada, na ação de manutenção; a perda da posse, na ação de reintegração.

Quanto ao esbulho, Sílvio de Salvo Venosa, in *Direito civil*. Direitos reais. 3. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2003, v. 5, p. 141/142, leciona:

> Ocorrendo esbulho, a ação é de reintegração de posse. Esbulho existe quando o possuidor fica injustamente privado da posse. Não é necessário que o desapossamento decorra de violência. Nesse caso, o possuidor está totalmente despojado do poder de exercício de fato sobre a coisa. Os requisitos estão estampados em conjunto com os da manutenção no artigo 927 da lei processual. Além de sua posse, o autor deve provar o esbulho, a data de seu início e a perda da posse.

Pois bem, o Juízo *a quo* negou a antecipação da tutela requerida pelo agravante, declarando:

"Indefiro a liminar requerida, tendo em vista se tratar de posse velha, e por ser o requerido pessoa jurídica, que utiliza da posse, para exercício de atividade empresarial'' (f. 41/TJ).

Alega o agravante que necessita reaver o imóvel para liberação de recursos financeiros federais, para construção de um centro cultural, já tendo notificado extrajudicialmente o agravado em 11 de fevereiro de 2011, para que deixasse o imóvel no prazo de 30 (trinta) dias, sob pena de multa. Argumentou, ainda, que a posse do imóvel objeto da presente lide se funda em autorização ''verbal'' concedida pelo ex-prefeito ao agravado, logo, o prazo é tido como indeterminado, razão pela qual a notificação prévia constitui o possuidor em mora e se, no prazo estipulado, o mesmo não restitui o imóvel, o esbulho possessório estaria configurado.

Por outro lado, o agravado alega que detém a posse de fato do referido imóvel há mais de 25 anos, utilizando-o como ponto de comércio, onde instalou um *trailer*, que comercializa lanches, salgados e refrigerantes. Que obteve autorização de uso gratuito do referido imóvel, concedida pelo prazo de 10 (dez) anos, no ano de 2000, não tendo obtido sua renovação.

Sobre o tema, ensina-nos a doutrinadora Odete Medaur:

> 12.8 Uso de bens públicos por particulares
> [...]
> 12.8.2 Instrumentos: autorização de uso, permissão de uso, concessão de uso, concessão de direito real de uso, outros instrumentos
> [...]
> a) Autorização de uso - é o ato administrativo discricionário e precário, pelo qual a administração consente que um particular utilize privativamente um bem público. Pode incidir sobre qualquer tipo de bem. De regra, o prazo de uso é curto; poucas e simples são suas normas disciplinadoras; independe de autorização legislativa e licitação; pode ser revogada a qualquer tempo (MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 12. ed. Editora Revista dos Tribunais. 2008, p. 245).

No presente caso, como o próprio agravado afirmou, obteve a referida autorização no ano de 2000, pelo prazo de 10 (dez) anos, sem, contudo, obter sua renovação. Mesmo que tivesse obtido a renovação da autorização, trata-se de ato administrativo precário, ou seja, pode ser revogado a qualquer tempo, se o interesse público assim o exigir.

O interesse público alegado pelo agravante diz respeito à construção de um centro cultural para uso da comunidade galileense, no qual serão disponibilizados diversos setores para o incentivo da cultura, do esporte e do lazer, no imóvel onde está localizado o *trailer* do agravado. Para tanto, o agravante juntou aos autos cópia do projeto arquitetônico do referido centro cultural (f. 36-40/TJ).

Em contrapartida o agravado alega que não há interesse público, e sim perseguição política, pois o representante legal da administração pública tenta, de forma direta, prejudicar três *trailers* do mesmo seguimento de

comércio em favor de um, denominado ''*Trailer* da Jove'', que faz parte de seu reduto eleitoral e nem sequer foi merecedora de qualquer notificação. Tal alegação, no entanto, carece de qualquer prova, uma vez que o agravado nem sequer demonstrou que o ''*Trailer* da Jove'' também se localizaria na área em que se pretende construir o centro cultural. Além do que, não há nos autos nenhuma outra prova relativa à alegada perseguição política.

Quanto à urgência em se deferir o pedido de reintegração de posse, o agravante alegou que tal medida é condição para que haja a liberação de recursos financeiros federais, para a construção do referido centro cultural.

Diante da demonstração do interesse público - projeto de construção do centro cultural -, urgência na liberação do imóvel - condição para que haja a liberação de recursos financeiros federais -, ausência de qualquer impedimento em se retirar o agravado do imóvel do Município - nem sequer há uma autorização de uso a seu favor - e prova de notificação extrajudicial para que o agravado se retirasse do imóvel no prazo de 30 dias, convêm determinar a reintegração da posse no imóvel ocupado pelo agravado, uma vez que configurado está o esbulho.

Esclarece-se que, transcorrido o prazo de 30 dias da notificação extrajudicial ocorrida em 13.03.2011, o agravado deixou de ser possuidor do imóvel e passou a ser mero detentor, com o dever de restituí-lo ao agravante.

Conclusão.

Pelo exposto, dá-se provimento ao agravo, para cassar a decisão agravada, determinando a reintegração da posse ao agravante, relativa ao imóvel ocupado pelo agravado.

Custas, *ex lege*.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES CAETANO LEVI LOPES e AFRÂNIO VILELA.

Súmula - DERAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Indenização - Dano moral - Prisão ilegal - Cumprimento de mandado - Inexistência de "baixa" no sistema interno de informações policiais - Expedição judicial de contramandado de prisão por absolvição em processo criminal - Determinação não cadastrada - Falha do serviço administrativo - Ilegalidade - Responsabilidade civil do Estado - Configuração - Dever de indenizar - Juros - Correção monetária

Ementa: Apelação cível. Ação de indenização por danos morais. Prisão ilegal. Absolvição pelo Tribunal do Júri. Contramandado de prisão expedido. Determinação não cadastrada no sistema interno de informações policiais. Falha do serviço administrativo. Mandado cumprido por agentes policiais aproximadamente 14/15 anos depois, após a expedição de contraordem. Ilegalidade. Responsabilidade civil do Estado, configurada. Dever de indenizar. Juros e correção monetária. Art. 1º-F da Lei 9.494/97 com redação dada pela Lei 11.960/2009. Aplicabilidade. Recurso parcialmente provido.

- O fato de o requerente ter sido preso em cumprimento de mandado que já deveria ter sido recolhido, há anos, por inexistência da consequente "baixa" no sistema interno de informações policiais (tendo em vista a expedição judicial de contramandado de prisão por absolvição em processo criminal), configura ato ilegal, resultante da falha dos serviços administrativos estatais, ensejando a responsabilidade civil do Estado de Minas Gerais e o consequente dever de indenizar.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0182.10.001008-7/001 - Comarca de Conquista - Apelante: Estado de Minas Gerais - Apelado: Lázaro Alves de Freitas - Relatora: DES.ª HILDA TEIXEIRA DA COSTA

Acórdão

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

Belo Horizonte, 5 de junho de 2012. - *Hilda Teixeira da Costa* - Relatora.

Notas taquigráficas

DES.ª HILDA TEIXEIRA DA COSTA - Trata-se de apelação cível, interposta contra a sentença de f. 80/83, prolatada na ação de indenização por danos morais ajuizada por Lázaro Alves de Freitas, em face do Estado de Minas Gerais, a qual julgou procedente o pedido formulado na inicial, condenando o requerido ao pagamento de indenização por dano moral causado ao requerente no valor de R$ 2.550,00 (dois mil quinhentos e cinquenta reais), equivalente a cinco vezes o valor do salário mínimo vigente à época do fato, devendo o valor da indenização ser atualizado com base na Lei 6.899/81 (calculado desde a data do fato - f. 12/12-v. - 11.08.2010), segundo os índices divulgados pela Corregedoria-Geral do egrégio Tribunal de Justiça, acrescido de juros de mora de 1% ao mês (CC, art. 406) e corrigido desde a data do fato (responsabilidade extracontratual - Súmula 54 do STJ). Ainda, condenou o requerido ao pagamento da verba honorária de 10% do valor atualizado da indenização

arbitrada, isentando-o das custas processuais, na forma da lei.

Inconformado, o Estado de Minas Gerais apelou pelas razões de f. 85/90, defendendo a ausência de sua responsabilidade pelo fato que deu ensejo à demanda, não tendo o autor se desincumbido de comprovar os fatos por ele alegados.

Asseverou que não se poderia exigir conduta diversa dos policiais militares envolvidos no fato, pois cumpriram estritamente a sua função, já que havia mandado de prisão "em aberto" contra o requerente.

Defendeu que não constou o recebimento de "contramandado" por nenhuma autoridade policial, sendo que as informações prestadas pela Polícia Militar de Minas Gerais comprovaram que os agentes agiram em estrito cumprimento do dever legal, não havendo prova inequívoca de conduta ilícita dos mesmos, o que exclui o dever de indenizar.

Por fim, pugnou o Estado, caso mantido o entendimento do d. Juiz primevo, que o valor arbitrado a título de danos morais seja atualizado nos moldes determinados pelo art. 1º-F da Lei 9.494/97, com redação dada pela Lei 11.690/2009.

O apelado apresentou contrarrazões às f. 92/106, rechaçando os argumentos defendidos nas razões recursais e pugnando pela manutenção, *in totum*, da r. sentença de primeiro grau.

O recurso é próprio, tempestivo, regularmente processado e ausente de preparo, tendo em vista a qualidade da parte recorrente.

Conheço do recurso interposto, pois presentes os pressupostos de sua admissibilidade.

Do atento exame dos autos, tenho que razão assiste ao requerente em seu pleito indenizatório, afigurando-se irretocável a v. sentença de primeiro grau nesse ponto.

A controvérsia cinge-se a verificar a responsabilidade do Estado no que tange ao alegado dano moral suportado pelo apelante em razão de ter sido preso indevidamente.

Informou o autor, em sua peça exordial, que, no dia 11.08.2010, foi conduzido por policiais militares para ser ouvido como testemunha em crime de furto, mas, quando da sua qualificação, os agentes depararam com um mandado de prisão de 15.10.1992 em seu desfavor, o que culminou com sua prisão.

Afirmou, ainda, que, além do constrangimento, por possuir sérios problemas cardíacos aliados à pressão alta, no momento da prisão passou muito mal, não tendo sido sequer lhe assegurado atendimento médico adequado. Nesse contexto, pleiteou indenização, retribuição pecuniária, a título de danos morais, no importe de R$ 51.000,00 (cinquenta e um mil reais).

Inicialmente, vislumbro que é incontroverso e está devidamente comprovado o fato de que o autor realmente foi preso na cadeia pública do Município de Conquista, conforme se depreende do teor do boletim de ocorrência acostado às f. 12/12-v., do qual constou que

> Ao confeccionarmos o BO 1.380/2010, qualificamos a testemunha (Lázaro Alves de Freitas), e na pesquisa encontramos que havia em seu desfavor um mandado de prisão n. 31.447 com data de emissão de 15.10.1992, da Comarca de Iturama/MG, art. 121, Processo 1.027. O autor (Lázaro Alves de Freitas) encontra-se preso em uma das celas desta cadeia pública a vossa disposição. Segue em anexo cópia do mandado de prisão.

Infere-se também do teor das f. 13/14 e 99 que o requerente Lázaro Alves de Freitas teve, contra si, expedido mandado de prisão pelo ilustre Juiz de Direito Calvino Campos, da Vara Criminal da Comarca de Iturama, nos autos da ação penal movida em seu desfavor, com fundamento no art. 121 do Código Penal, cumprindo ressaltar que o mandado de prisão foi expedido em 15.10.1992.

No entanto, comprova-se pelo teor da missiva de f. 15, datada de 29.10.1993, que, tendo o requerente se submetido ao julgamento pelo Tribunal do Júri, este, após reconhecer a autoria e a materialidade do fato, por unanimidade, acolheu a tese de legítima defesa própria, por maioria. Dessa forma, comprova-se à f. 21 que, em 27.05.1996, houve a expedição de contramandado de prisão, endereçado ao carcereiro da cadeia pública de Conquista/MG, da lavra do d. Juiz de Direito, Dirceu Walace Baroni, tornando sem efeito o mandado de prisão expedido, anteriormente, contra o requerente, em virtude de sua absolvição.

Ocorre que, como já narrado, em 11.08.2010, houve o cumprimento do mandado de prisão expedido contra o requerente - já revogado desde 1996 -, e somente diante de expedição de novos ofícios judiciais (f. 23/25) foi o requerente colocado em liberdade.

Assim, dúvidas não restam de que o requerente foi mesmo indevidamente encarcerado, visto que há muito (aproximadamente 14/15 anos) fora expedido contramandado de prisão, sofrendo, portanto, inegável abalo moral, gerando danos morais indenizáveis.

Sabe-se que a responsabilidade civil do Estado pela reparação de danos é objetiva, não exigindo para a sua configuração a existência de culpa, e sim, tão somente, o nexo causal entre a conduta estatal e o dano suportado pelo apelante.

De acordo com o art. 37, § 6º, da Constituição Federal,

> 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.

Contudo, em que pese à teoria da responsabilidade objetiva preconizada pelo art. 37, § 6º, da Constituição Federal de 1988, tem-se que para as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de

serviços públicos, pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, também se aplica a teoria da responsabilidade subjetiva, quando se tratar de um ato omissivo.

Verifico ser esse o caso dos autos, uma vez que vislumbro que o ato ilícito praticado pelo ente estatal advém, exatamente, da falha dos serviços administrativos, que se omitiram no dever de recolher o mandado de prisão expedido contra o requerente, conforme determinado pelo Juízo da Vara Criminal competente, bem como deixaram de proceder à respectiva "baixa" no sistema interno de informações policiais, ocasionando, anos depois, a indevida privação da liberdade do autor apelado.

E, quanto ao dano moral sofrido pelo autor, constato estar o mesmo devidamente demonstrado. O conteúdo do dano moral devido em decorrência de prisão indevida é o sofrimento, a tristeza, o abalo emocional, sentimentos estes que são presumíveis no caso em tela.

Diante do princípio da eficiência a que se submete a Administração Pública, não há como ser negada, diante dos fatos narrados, sua atuação negligente, quando deixou, por longo período, de cumprir a ordem de revogação da prisão do requerente, não adotando as medidas necessárias para impedir a prisão indevida do autor, em clara afronta a seus direitos fundamentais. Evidenciado, portanto, o nexo de causalidade entre o ato do Poder Público e o resultado danoso.

Nesse sentido, é a jurisprudência deste egrégio Tribunal de Justiça:

> Ementa: Apelação cível. Preliminares de inépcia da inicial e julgamento *extra petita*. Rejeição. Responsabilidade civil. Prisão ilegal. Omissão no recolhimento de mandado prisional. Prova dos fatos. Existência. Danos morais devidos. Arbitramento. Parâmetros. Juros moratórios e correção monetária. Fixação. - É indevida a invocação da impossibilidade de imputação de responsabilidade ao Estado em decorrência dos danos advindos da prisão, quando o que deu causa ao inconveniente foi a falha no recolhimento do mandado prisional, que não é ato judicial, mas administrativo, que competia aos agentes administrativos do serviço judiciário realizar, e não a própria vítima. - O dano moral prescinde de comprovação, sendo presumido da ocorrência de fato com potencial de dano à esfera psicológica da vítima, como ocorre no caso de prisão ilegal, em que há visível ofensa à honra, em agressão a direito da personalidade, geradora de vexame e sofrimento, que interfere intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflição, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar. - Inexistindo parâmetros legais versando sobre a determinação do valor do dano moral, cabe ao juiz fixá-lo sob seu prudente arbítrio, evitando que ele seja irrisório ou de molde a converter o sofrimento em móvel de captação de lucro. - Os juros de mora devem incidir desde a época do evento danoso, nos termos da Súmula 54 do Superior Tribunal de Justiça. - Fixada a indenização por dano moral em valor certo, a correção monetária incide somente a partir da data da decisão que estabeleceu a condenação (Número do processo: 1.0194.09.097157-4/001 - Relator: Des. Elias Camilo - Data do julgamento: 02.12.2010 - Data da publicação: 18.01.2011).

> Ementa: Ação de indenização. Prisão preventiva. Ordem judicial revogando a prisão preventiva e determinando a expedição de alvará de soltura. Determinação não cadastrada no sistema interno de informações policiais. Falha dos serviços administrativos. Mandado cumprido, meses depois. Ilegalidade. Indenização. Danos morais. Cabimento. Fixação. Critérios. Juros moratórios. Termo inicial de incidência. Data do arbitramento. - O fato de o requerente ter sido preso pela Polícia Civil em cumprimento de mandado que já deveria ter sido recolhido, há meses, com a consequente 'baixa' no sistema interno de informações policiais, em observância à ordem judicial, configura ato ilegal, resultante da falha dos serviços administrativos estatais, ensejando a responsabilidade civil do Estado de Minas Gerais. - O valor arbitrado para os danos morais deve guardar perfeita correspondência com a gravidade objetiva do fato e do seu efeito lesivo, bem assim com as condições sociais e econômicas da vítima e do autor da ofensa, revelando-se ajustada ao princípio da equidade e à orientação pretoriana segundo a qual a eficácia da contrapartida pecuniária está na aptidão para proporcionar tal satisfação em justa medida. - 'Os juros moratórios devem fluir, no caso de indenização por dano moral, a partir da data do julgamento em que foi arbitrada a indenização' (Apelação Cível n° 1.0439.09.099059-9/001 - Relator: Des. Eduardo Andrade).

No que tange ao *quantum* fixado na indenização por danos morais, está solidamente estabelecido na doutrina que a quantificação do valor da indenização deve ser confiada ao prudente arbítrio do juiz, e, nesse sentido, a jurisprudência tem sido enfática em proclamar que:

> O arbitramento do dano moral é apreciado ao inteiro arbítrio do juiz que, não obstante, em cada caso, deve atender à repercussão econômica dele, à dor experimentada pela vítima e ao grau de dolo ou culpa do ofensor (2ª TACivSP - Apelação Cível 490 355/6 - Relator: Juiz Renato Sartorelli - Apelação Cível 501974-0/3 - Relator: Juiz Milton Sanseverino).

A advertência do STJ é no sentido de que:

> [...] é de repudiar-se a pretensão dos que postulam exorbitância inadmissíveis com arrimo no dano moral, que não tem por escopo favorecer o enriquecimento indevido (AgReg no Ag. 108.923 - 4ª Turma - Relator: Ministro Sálvio de Figueiredo - ac. un. - Data do julgamento: 24.09.96 - *DJU* de 29.10.96, p. 4-666).

A indenização, assim, tem por fim minorar o sofrimento da vítima, visando, ainda, punir o agente pela prática do ato ilícito.

Em suma, a verba indenizatória não pode levar em conta apenas o potencial econômico do réu demandado, deve cotejar também a repercussão da indenização sobre a situação social e patrimonial do ofendido para que se atenda à orientação do STJ: "[...] satisfação na justa medida do abalo sofrido sem enriquecimento sem causa" (*RT* 675/100).

Na hipótese dos autos, parece-me que a fixação do montante de R$ 2.550,00 (dois mil quinhentos e

cinquenta reais) se encontra em consonância com os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, pelo que deve ser mantido.

Observo que, em relação a tal ponto, pugnou o autor apelado, em contrarrazões recursais, pela majoração da quantia ora fixada, sob o argumento de que esta se configurou irrisória.

Contudo, não há como ser analisado o referido pleito, tendo em vista a ausência de interposição de recurso próprio a desafiar tal reforma, não sendo possível deduzir tal pedido em sede de contrarrazões recursais.

Por todo o exposto, concluo: o fato de o requerente ter sido preso em cumprimento de mandado que já deveria ter sido recolhido, há anos, por inexistência da consequente 'baixa' no sistema interno de informações policiais (tendo em vista a expedição judicial de contramandado de prisão por absolvição em processo criminal), configura ato ilegal, resultante da falha dos serviços administrativos estatais, ensejando a responsabilidade civil do Estado de Minas Gerais e o consequente dever de indenizar.

Por fim, acerca da correção do valor da condenação, cumpre asseverar que, a partir da vigência da Lei Federal 11.960/09, houve modificação no art. 1º-F da Lei 9.494/97, o qual passou a constar:

> Art. 1º-F Nas condenações impostas à Fazenda Pública, independentemente de sua natureza e para fins de atualização monetária, remuneração do capital e compensação da mora, haverá a incidência uma única vez, até o efetivo pagamento, dos índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança.

Assim sendo, merece prosperar, nesse ponto, a insurgência do Estado, para que seja reformada a sentença na parte da fixação dos juros moratórios e da correção monetária, nos termos acima mencionados.

Com esses fundamentos, dou parcial provimento ao recurso, apenas para determinar que, sobre o valor da condenação, sejam aplicados os índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança, nos termos do art. 1º-F da Lei 9.494/97, com a redação trazida pela Lei 11.960/09, mantendo íntegra a r. sentença *a qua* quanto ao mais.

Tendo em vista a mínima reforma da decisão primeva, com as custas recursais deverá arcar o Estado apelante, isenta a cobrança, na forma da lei.

Votaram de acordo com a Relatora os DESEMBARGADORES AFRÂNIO VILELA e RAIMUNDO MESSIAS JÚNIOR.

Súmula - DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Anúncio de oferta - Internet - Preço desproporcional - Erro material escusável - Princípio da boa-fé - Devolução do valor desembolsado - Mora injustificada - Dano moral configurado - Dever de indenizar

Ementa: Pretensão à indenização. Anúncio de oferta. *Site* de internet. Preço desproporcional. Erro grosseiro. Boa-fé. Devolução do valor. Mora injustificada do comerciante. Danos morais mantidos.

- Com vistas ao princípio da boa-fé objetiva, inexiste propaganda enganosa quando o preço de produto divulgado em anúncio for muito inferior ao praticado no mercado, incompatível com o seu preço à vista. Constitui erro material escusável facilmente perceptível pelo homem médio e que não obriga o fornecedor.

- A mora injustificada do comerciante em proceder à devolução do valor desembolsado pelo consumidor é passível de danos morais.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0145.11.001114-8/001 - Comarca de Juiz de Fora - Apelante: Ponto Frio Com Comércio Eletrônico S.A. - Apelado: Marcelino José do Carmo Rocha - 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.

Belo Horizonte, 27 de junho de 2012. - *Fernando Caldeira Brant* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. FERNANDO CALDEIRA BRANT (Relator) - Trata-se de recurso interposto contra a r. sentença de f. 73/73-v., proferida pelo MM. Juiz de Direito da 5ª Vara Cível da Comarca de Juiz de Fora, nos autos da ação com pretensão de reparação de danos civil ajuizada por Marcelino José do Carmo Rocha em face de Ponto Frio. Com Comércio Eletrônico S.A., que julgou parcialmente procedente o pedido formulado na inicial para condenar o réu a indenizar o autor, a título de danos morais, no montante de R$ 6.500,00, com os acréscimos legais, bem como condenar a empresa ré ao pagamento das custas e despesas processuais.

Em suas razões, às f. 103/115, insurge-se o réu apelante contra a decisão recorrida, alegando que o erro grosseiro no preço do produto anunciado não vincula o fornecedor. O recorrente ainda afirma que o autor não sofreu qualquer dano moral, motivo pelo qual é indevida a sua condenação. Ao final, pede a reforma integral

da sentença ou a redução do valor arbitrado a título de danos morais.

Preparo de f. 116, sendo o recurso recebido à f. 118.

Contrarrazões às f. 119/130.

Conheço do recurso, presentes os pressupostos de admissibilidade.

Ora, não se discute no caso em tela que a existência de erro material, no anúncio do produto, não configura propaganda enganosa, mormente se o preço divulgado for muito inferior ao praticado no mercado, incompatível com o seu preço à vista.

Conforme reconheceu o ilustre Juiz na sentença, constitui erro material escusável facilmente perceptível pelo homem médio e que não obriga o fornecedor.

Até porque as relações entre consumidores e fornecedores devem se pautar pelo princípio da boa-fé, constituindo a publicidade importante instrumento para a relação de consumo, devendo ser arrimada nos mesmos fundamentos de boa-fé.

Sobre o tema, Cláudia Lima Marques leciona:

> A publicidade é um meio lícito de promover, de estimular o consumo de bens e serviços, mas deve pautar-se pelos princípios básicos que guiam as relações entre fornecedores e consumidores, especialmente o da boa-fé. As relações de consumo, mesmo em suas fases pré-contratual, ou como preferem alguns, extracontratual, devem guiar-se pela lealdade e pelo respeito entre fornecedor e consumidor. (*Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 4. ed. RT, p. 675.)

Dito isso, vale dizer que a sentença reconheceu de fato de que o preço do kit contendo um *notebook* e câmera digital, pelo valor de R$ 491,92, foi inserido no *site* por erro, e não dolosamente, como forma de atrair os consumidores eventualmente interessados.

Nesse sentido:

> Apelação cível. Ação ordinária. Obrigação de fazer. Panfletos de propaganda de venda de mercadoria. Preço parcelado muito inferior ao preço à vista de mercado. Erro material escusável. Inexigência da obrigação de vender produto a preço módico. - O Código de Defesa do Consumidor criado, principalmente, para estabelecer o equilíbrio entre as partes na relação de consumo, visa evitar vantagem desmedida para qualquer um dos envolvidos no negócio jurídico. Segundo o novo paradigma que informa as relações contratuais na atualidade, devem as condutas das partes envolvidas no negócio jurídico revestir-se de boa-fé e probidade, pois o nosso ordenamento jurídico não tolera espertezas e oportunismos nas relações contratuais. Quando o preço anunciado em promoção for muito inferior ao praticado no mercado, incompatível com o seu preço à vista, também divulgado no mesmo caderno de ofertas, torna-se facilmente perceptível a existência de erro material, que não obriga o fornecedor. Agindo o comerciante de modo a reparar o equívoco cometido quando da veiculação da propaganda, publicando em jornais de grande circulação 'errata' comunicando o erro material, não há que se falar em dever de vender a aludida mercadoria pelo preço anunciado equivocadamente. (Apelação Cível nº 1.0194-04-042268-6/001. Rel. Des. José Antônio Braga. *DJ* 28.01.2006.)

Assim, o consumidor deve-se pautar pelo princípio da boa-fé nas relações de consumo e verificar que o preço supostamente veiculado na propaganda não estava condizente com valor médio para a aquisição do bem, nos termos do art. 30 do CDC.

No entanto, a indenização por dano moral deve ser mantida neste caso em particular, em virtude da demora injustificada do réu em proceder à devolução dos valores desembolsados pelo autor na compra dos produtos.

Conforme pontuou o Juiz sentenciante, a compra foi realizada no mês de outubro de 2010 e, após dez meses transcorridos de inadimplemento - até a data da sentença -, é patente o transtorno pessoal do autor, que ainda não teve seu reembolso.

As transcrições das mensagens trocadas entre as partes (f. 29/30, 32/36 e 38/44) mostram com clareza a indignação do autor e seus reiterados pedidos, sem qualquer providência útil da ré.

Logo, o dano moral ultrapassou a barreira dos meros aborrecimentos para de fato configurar um ato ilícito, nos termos da lei civil.

Mediante tais considerações, nega-se provimento ao recurso, mantendo a douta decisão de primeiro grau, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Custas recursais, pela apelante.

DES. MARCELO RODRIGUES (Revisor) - De acordo com o Relator.

DES. MARCOS LINCOLN - De acordo com o Relator.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

...

Cédula rural pignoratícia - Prescrição - Ação de cobrança - Prazo quinquenal

Ementa: Cédula rural pignoratícia. Prescrição. Ação de cobrança. Prazo quinquenal.

- O prazo prescricional da cédula de crédito rural pignoratícia é quinquenal, enquanto documento de confissão de dívida líquida, art. 206, § 5º, do Código Civil.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0243.11.001414-5/001 - Comarca de Espinosa - Apelante: Banco Nordeste do Brasil S.A. - Apelada: Iraci Rodrigues Barbosa - 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 negar provimento.

Belo Horizonte, 19 de junho de 2012. - *Álvares Cabral da Silva* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. ÁLVARES CABRAL DA SILVA - Adoto o relatório do juízo *a quo* à f. 71, por representar fidedignamente os fatos ocorridos em primeira instância.

O presente recurso trata de apelação interposta contra decisão de f. 71/72, proferida nos presentes autos, a qual reconheceu a prescrição do direito da parte autora, condenando-a a solver custas, despesas processuais e honorários advocatícios sucumbenciais fixados em 10% sobre o valor da causa.

Em suas razões recursais, às f. 73/86, a parte apelante alegou que a decisão primeva deveria ser reformada, pois o prazo prescricional incidente na espécie seria decenal e não quinquenal, pois se lastrearia em direito pessoal. Ao final, requereu que fosse ofertado provimento ao recurso.

A parte apelada, intimada, apresentou contrarrazões, protestando pela manutenção da sentença vergastada em seus precisos e exatos termos, f. 99/100.

Esse é o breve relatório.

Prejudicial de prescrição.

Analisando a questão posta em julgamento, a meu sentir e ver, julgo que não assiste razão à parte apelante, pelo que passo a justificar o posicionamento adotado.

A cédula de crédito rural pignoratícia, por força do Decreto-lei nº 167/67 recebe o mesmo tratamento que as cambiariformes, *ex vi*:

> Art. 60. Aplicam-se à cédula de crédito rural, à nota promissória rural e à duplicata rural, no que forem cabíveis, as normas de direito cambial, inclusive quanto a aval, dispensado, porém, o protesto para assegurar o direito de regresso contra endossantes e seus avalistas.

Por sua vez, o Decreto 57.663/66, que regula de maneira geral os títulos cambiais, em seu art. 70, fixa o prazo prescricional incidente na espécie como sendo trienal, *in verbis*: "Todas as ações contra o aceitante relativas a letras prescrevem em três anos a contar do seu vencimento".

Dessarte, da leitura dos dispositivos susotranscritos, conclui-se que o prazo prescricional aplicável à cédula de crédito rural, enquanto cambial, é o trienal.

Todavia, esse não é o único prazo incidente na espécie, pois a cédula de crédito rural configura, também, documento particular de confissão de dívida líquida, logo, aplicável o prazo prescricional quinquenal previsto no art. 206, § 5º, I, do CC:

> Art. 206. Prescreve:
> [...]
> § 5º Em cinco anos:
> I - a pretensão de cobrança de dívidas líquidas constantes de instrumento público ou particular;
> [...].

Do acima exposto, conclui-se que, desde o vencimento da cédula de crédito rural, há o fluir simultâneo de dois prazos, um cambiariforme, outro geral.

O primeiro concerne à força executiva da cédula pignoratícia rural e sua garantias cambiais, o segundo é alusivo à força probatória de tal tratativa, enquanto documento ordinário que representa a confissão de dívida líquida.

Desse modo, para intentar ação executiva contra o devedor principal, o credor dispõe de três anos, encerrado tal prazo, assiste-lhe, ainda, a faculdade de manejar ação ordinária de cobrança ao longo dos dois anos subsequentes. Ao final destes, haverá a prescrição de toda e qualquer ação do credor.

Na situação em estudo, verifico que a parte credora manejou, em face da ré, ação de cobrança, logo, para se aquilar o advento da prescrição como alegado pela parte apelante, deve-se considerar o prazo quinquenal e não o trienal, pois este é alusivo, apenas, à execução.

O vencimento da cédula rural pignoratícia ocorreu em 12.12.2004 e o feito foi interposto em 09.08.2011, f. 02, ou seja, quando já havia ocorrido a prescrição, já que o seu termo final se deu no dia 12.12.2009.

Nesse sentido este Tribunal já decidiu:

> Ementa: Apelação cível. Ação de cobrança. Cédula de crédito rural que perdeu a força executiva. Prescrição quinquenal inexistente. A ação de cobrança fundada na cédula de crédito rural que perdeu a sua força executiva prescreve em cinco anos (art. 206, § 5º, I, CPC) (Relator: Des. Luiz Carlos Gomes da Mata - Data do julgamento: 10.09.2009 - Data da publicação: 28.09.2009).

Bem como a presente Câmara:

> Ementa: Cédula rural pignoratícia. Prescrição. Ação de cobrança. Prazo quinquenal. O prazo prescricional da cédula de crédito rural pignoratícia é quinquenal, enquanto documento de confissão de dívida líquida, art. 206, § 5º, do Código Civil. Recurso não provido (Numeração única: 0051370-53.2005.8.13.0083 - Número do processo: 1.0083.05.005137-0/001 - Relator: Des. Cabral da Silva - Data do julgamento: 20.07.2010 - Data da publicação: 06.08.2010).

Derradeiramente, afianço que não se pode acolher a tese de que a cédula de crédito não seria líquida, pois, de fato, o é, já que consta o valor emprestado, e os encargos incidentes, bastando, apenas, a realização de meros cálculos aritméticos para se apurar o *quantum* devido, fato que caracteriza a liquidez de um título.

Em face do exposto, nego provimento ao presente recurso.

Custas recursais, pela parte apelante.

DES. GUTEMBERG DA MOTA E SILVA - De acordo com o Relator.

DES. VEIGA DE OLIVEIRA - De acordo com o Relator.

Súmula - Recurso não provido.

...

Reintegração de posse - Sentença - Nulidade - Ausência de fundamentação - Não configuração - Bens objeto de comodato - Inexistência de prova efetiva de devolução - Ausência de condição modificativa, impeditiva ou extintiva do direito pretendido

Ementa: Ação de reintegração de posse. Nulidade da sentença. Ausência de fundamentação. Não configuração. Prova efetiva da devolução dos bens objeto de comodato. Inexistência. Ausência de condição modificativa, impeditiva ou extintiva do direito pretendido.

- Não é nula a sentença que preenche os pressupostos essenciais contidos no art. 458 do CPC, não se podendo confundir a ausência de fundamentação com motivação concisa. Não havendo provas da efetiva devolução dos bens objeto de comodato, deve ser acolhida a pretensão autoral, sobretudo quando a parte ré não produziu provas capazes de demonstrar a existência de condição extintiva, modificativa ou impeditiva do direito da apelada.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0713.10.003575-5/001 - Comarca de Viçosa - Apelante: Gustavo Carvalho Nápolis Costa - Apelado: Distribuidora de Bebidas ABC Indústria e Comércio Ltda. - Relator: DES. ARNALDO MACIEL

Acórdão

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

Belo Horizonte, 8 de maio de 2012. - *Arnaldo Maciel* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. ARNALDO MACIEL - Trata-se de recurso de apelação interposto por Gustavo Carvalho Nápolis Costa contra a sentença de f. 148, proferida pelo MM. Juiz Gustavo Câmara Corte Real, que julgou procedente a ação de reintegração de posse ajuizada por Distribuidora de Bebidas ABC - Indústria & Comércio Ltda., para determinar que o réu restitua à autora os bens que lhe foram entregues a título de comodato, relacionados nos contratos nºs 015062 e 015064, no prazo de dez dias, contados a partir do trânsito em julgado da sentença, sob pena de busca e apreensão.

Em suas razões recursais de f. 163/174, suscita o apelante a preliminar de nulidade da sentença de 1º grau e sustenta, no mérito, que as provas produzidas no curso do processo teriam demonstrado que todos os bens relacionados nos dois contratos celebrados entre as partes não estariam mais na sua posse, uma vez que já teriam sido recolhidos pela empresa apelada. Embora não exista recibo, o recolhimento dos bens teria sido confirmado através das duas únicas testemunhas compromissadas. Apesar de ter contatado a apelada diversas vezes para informar que os bens estavam disponíveis para devolução, foram eles recolhidos somente meses após o encerramento do bar. Isso constituiria a mora da apelada, sendo esse o motivo pelo qual não presenciou o referido recolhimento, sustentando, ainda, que, como os bens não foram retirados do estabelecimento após o fechamento do bar, não poderia ser responsabilizado pela desídia, má-fé ou desorganização da empresa apelada, requerendo, caso seja julgado procedente o pedido, seja pelo menos reconhecida a devolução das mesas e cadeiras.

Intimada, ofertou a apelada as contrarrazões de f. 177/185, pleiteando pelo não provimento do recurso aviado.

Ausente o preparo recursal, por estar o apelante litigando sob o pálio da assistência judiciária, foi o recurso recebido à f. 175.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso e passo à sua análise.

Da preliminar de nulidade da sentença.

Sustenta o apelante a preliminar de nulidade da sentença de 1º grau, ao argumento de ter sido prolatada por Magistrado Cooperador, que, além de não ter participado da instrução probatória do feito, não considerou a resistência à pretensão inicial nem os depoimentos colhidos em audiência, razões pelas quais pugna pelo reconhecimento da nulidade da aludida decisão, com o retorno dos autos à primeira instância para que o Juiz natural profira outra sentença.

No entanto, razão alguma lhe assiste, pois o art. 165 do CPC dispõe que as sentenças serão proferidas com observância do art. 458 do mesmo diploma legal, o qual preconiza, no seu inciso II, como requisito essencial, a fundamentação, determinação também contida no art. 93, inciso IX, da Constituição da República.

No caso dos autos, o digno Juiz *a quo* expôs de forma clara e justificada as razões e fundamentos de seu convencimento para deferir o pedido da autora, atendendo a todos os pressupostos determinados em lei, quais sejam relatório, fundamentação e dispositivo, sendo certo que, ainda que não concorde o apelante com o conteúdo da decisão proferida, não há como reconhecer nela a ausência de fundamentação.

Ademais, a fundamentação concisa da decisão não gera nulidade, conforme entendimento deste Tribunal, abaixo transcrito:

> Ementa: Agravo de instrumento. Impugnação ao cumprimento de sentença. Nulidade da decisão. Fundamentação sucinta. Ausência de assinatura no rosto da peça recursal. Mera irregularidade. Teoria da aparência. Boa-fé do contratante. Sociedade de fato. Existência de capacidade judiciária. Planilha de cálculos. Indicação do índice de correção monetária utilizado. Assistência judiciária. Pessoa jurídica. Demonstração da hipossuficiência econômico-financeira. Recurso parcialmente provido. [...] Conforme a jurisprudência dos tribunais superiores, a decisão acompanhada de fundamentação sucinta não afronta o preceito do art. 93, IX, da CR/88 [...] (Agravo nº 1.0024.00.018631-2/001, 17ª Câmara Cível do TJMG, Rel. Des. Eduardo Mariné da Cunha, *DJ* de 14.11.2007).

> Ementa: Ação de cobrança. Nulidade da sentença. Ausência de fundamentação. Inocorrência. Ilegitimidade passiva. Inocorrência. Condomínio. Obrigação *propter rem*. Exigibilidade da cobrança. - A fundamentação de toda e qualquer decisão judicial constitui não apenas obrigação legal (art. 131 do CPC), mas também exigência constitucional (art. 93, IX, da CF, com nova redação dada pela EC 45/04), cujo descumprimento provoca nulidade do ato praticado. Todavia, não se pode confundir ausência de fundamentação, vício grave que provoca a nulidade da decisão, com motivação sucinta, forma breve de expor os fundamentos que geraram a convicção. A simples indicação dos motivos, mesmo que de forma concisa, torna válida a decisão e impede a imposição da nulidade [...] (Apelação Cível nº 1.0024.07.448296-9/001, 18ª Câmara Cível do TJMG, Rel. Des. Elpídio Donizetti, *DJ* de 15.01.2008).

Igualmente, nenhum amparo possui a alegação tecida pelo apelante quanto à não observância do princípio do juiz natural e, via de consequência, da necessidade de retorno dos autos à instância *a quo* para julgamento pelo Magistrado que conduziu a instrução, visto que o Juiz de 1º grau, embora não tenha participado da instrução do processo, tinha às mãos todas as provas que nele foram produzidas e, portanto, todos os elementos necessários à sua convicção e, exatamente por tais razões é que, ao contrário do alegado pelo apelante, poderá o mérito ser apreciado por este Tribunal.

Diante de tais considerações, rejeito a preliminar de nulidade da sentença e passo à análise do mérito.

Do mérito.

Depreende-se dos autos que a controvérsia posta em análise gira em torno da ocorrência ou não da devolução dos produtos que foram objeto dos contratos de comodato celebrados entre as partes, através dos quais a apelada cedeu mobiliário e demais utensílios para guarnecer o estabelecimento comercial do apelante.

Em que pesem todas as alegações tecidas pelo apelante quanto ao efetivo recolhimento de todo o mobiliário fornecido pela apelada, fato é que não veio aos autos nenhuma prova efetivamente concreta que fosse capaz de comprovar a devolução dos objetos dados em comodato.

Isso porque as testemunhas mencionadas pelo próprio apelante não souberam sequer precisar quais seriam as mercadorias que teriam sido recolhidas, nem quando, nem por quem, chamando inclusive atenção a contradição das informações prestadas pela depoente Marilene Maria da Silva, proprietária do imóvel onde os bens foram deixados pelo apelante, que, ao mesmo tempo em que alega não ter pegado recibo das mercadorias entregues, afirmou de forma clara e expressa que a apelada invariavelmente fornece recibo quando recolhe o material, por manter um controle rigoroso dos bens dados em comodato, fatos estes que já permitem um questionamento quanto à efetiva devolução dos referidos bens e, via de consequência, jogam por terra a alegação do apelante de que seriam tais testemunhas suficientes para comprovar a suposta devolução.

Chama ainda mais atenção o estranho comportamento do apelante, que não se preocupou em depositar os bens em juízo diante da hipotética negativa da apelada de recebê-los, deixando-os em poder de terceiros e não mais se preocupando com a devolução que lhe competia, nem mesmo procurando saber qual teria sido a solução da questão, chegando a admitir no curso do processo que se teria surpreendido com a pendência, quando foi citado para o processo, e que inclusive não tinha conhecimento se a apelada realmente teria buscado os bens ou se estes se encontravam ainda no imóvel onde funcionou o seu estabelecimento comercial, deixando patente a sua negligência no cumprimento da sua obrigação.

Aliás, o desinteresse do apelante foi tal a ponto de ter se sentido à vontade para levantar questionamento acerca do destino dos bens cuja guarda lhe competia, tentando, sem êxito, transferir para a apelada a responsabilidade que, por certo, era sua.

E nem se diga que a responsabilidade deveria ser transferida à apelada, ao argumento de que esta teria sido constituída em mora, por meio das ligações constantes das contas telefônicas acostadas aos autos, uma vez que o simples registro telefônico não pode ser tido como prova de uma regular constituição de mora, até porque é desconhecido o conteúdo das supostas conversas travadas entre as partes.

Na verdade, a inconsistência das provas produzidas nos autos impossibilita até mesmo que seja reconhecida a devolução das mesas e cadeiras, conforme pretendido pelo apelante, visto que, como já dito, as únicas informações nesse sentido foram prestadas pelas testemunhas por ele arroladas, mas de forma contraditória e sem ter recebido o reforço de qualquer outra prova realmente sólida.

O fato é que, enquanto a apelada cumpriu com a obrigação de provar os fatos constitutivos do seu direito, conforme preceitua o art. 333, I, do CPC, não se desincumbiu o apelante de demonstrar a existência de fato modificativo, impeditivo ou extintivo do direito pretendido,

como lhe impõe o inciso II do mesmo dispositivo legal, já que não comprovou de forma sólida e efetiva a entrega dos bens que lhe foram dados em comodato, situação esta que impõe a manutenção da decisão de 1º grau, não pelos seus próprios fundamentos, mas pelas razões aduzidas no corpo deste voto.

Ante todo o exposto, nego provimento ao recurso, ficando mantida na íntegra a respeitável decisão hostilizada.

Custas recursais, pelo apelante, mas ficando suspensa a cobrança por estar litigando sob o pálio da assistência judiciária.

DES. JOÃO CANCIO - De acordo com o Relator.

DES. CORRÊA CAMARGO - De acordo com o Relator.

Súmula - REJEITARAM A PRELIMINAR E NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Mandado de segurança - Licitação - Pregão presencial - Melhor preço - Prestação de serviço comum - Caracterização - Possibilidade

Ementa: Reexame necessário. Apelação cível. Mandado de segurança. Licitação. Pregão presencial. Melhor preço. Prestação de serviço comum. Caracterização. Possibilidade.

- É facultado à Administração Pública se valer da modalidade pregão presencial para aquisição de bens e contratação de serviços comuns, cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado.

Sentença reformada no reexame necessário conhecido de ofício, prejudicado o recurso de apelação.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.11.005200-8/003 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Estado de Minas Gerais - Apelado: Sindicato Nacional das Empresas de Arquitetura e Engenharia Consultiva - Autoridade coatora: Pregoeiro Oficial da Seplag-MG - Secretaria de Estado de Planejamento e Gestão de Minas Gerais - Relatora: DES.ª ALBERGARIA COSTA

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, à unanimidade, EM REFORMAR A SENTENÇA NO REEXAME NECESSÁRIO CONHECIDO DE OFÍCIO, PREJUDICADO O RECURSO DE APELAÇÃO.

Belo Horizonte, 17 de maio de 2012. - *Albergaria Costa* - Relatora.

Notas taquigráficas

DES.ª ALBERGARIA COSTA - Trata-se de recurso de apelação interposto contra a sentença de f. 172/177, que concedeu a segurança impetrada pelo Sindicato Nacional das Empresas de Arquitetura Engenharia Consultiva - Sinaenco e anulou o ato do pregoeiro da Secretaria de Estado de Planejamento e Gestão - Seplag, que instituiu o processo licitatório na modalidade Pregão Presencial nº 1501122000277/2010.

Em suas razões recursais, o Estado de Minas Gerais defendeu que o objeto da licitação é considerado comum, nos termos da Lei Federal nº 10.520/02 e da Lei Estadual nº 14.167/02, bem como alegou que as especificações técnicas foram objetivamente definidas no edital, não havendo margem para que os licitantes apresentem propostas alternativas. Argumentou, ainda, que o objeto do edital é usual no mercado, referindo-se a tecnologia conhecida e acessível às empresas do ramo.

Assinalou que o critério de julgamento pelo menor preço não impede que a Administração faça uso da licitação por pregão para a aquisição de bens ou serviços que envolvam algum grau de sofisticação tecnológica, desde que possam ser objetivamente comparadas, como no caso.

Por fim, aduziu que a escolha da modalidade de licitação e do critério de julgamento se refere ao mérito administrativo, cuja escolha cabe ao Poder Executivo, sendo vedada a interferência do Poder Judiciário nesse tocante.

Sem contrarrazões (f. 222-verso).

Ouvida, a Procuradoria-Geral de Justiça opinou às f. 230/236 pela reforma da sentença de primeiro grau.

É o relatório.

Conheço de ofício do reexame necessário, nos termos do art. 14, § 1º, da Lei nº 12.016/09, bem como do recurso de apelação, uma vez presentes os pressupostos de admissibilidade.

Questão preliminar - perda de objeto.

O Estado de Minas Gerais, através da petição de f. 243/245, protocolada em 15.05.12, alegou a perda superveniente do objeto do mandado de segurança, ao argumento de que o pregão em questão foi concluído e o respectivo contrato assinado.

Contudo, além de não ter trazido aos autos prova de suas alegações, tenho entendimento de que, se a paralisação ou correção do ato indicado como coator se der no curso do processo, por força de decisão judicial ou não, persiste a necessidade do exame da legalidade deste ato.

Portanto, rejeito a preliminar.

Reexame necessário.

Infere-se dos autos que o Sindicato Nacional das Empresas de Arquitetura Engenharia Consultiva - Sinaenco impetrou o presente mandado de segurança visando à anulação do Pregão Presencial nº 1501122000277/2010, cujo objeto é a contratação de serviços técnicos especializados de apoio ao Estado de Minas Gerais nas atividades de fiscalização, monitoramento e supervisão das obras de reforma e modernização do Estádio Governador Magalhães Pinto - "Mineirão", abrangendo análise e adequação dos projetos apresentados, bem como controle tecnológico dos serviços e fornecimentos executados.

Para tanto, o impetrante argumentou que a modalidade 'pregão' não é adequada para atingir o fim pretendido, pois o objeto da licitação não é comum, mas complexo, daí por que a seleção da melhor proposta deve visar à melhor técnica ou técnica e preço.

Ainda, narrou que o edital é nulo, porque não previu padrões de aferição do desempenho dos licitantes, nem de análise das propostas.

O pregão, modalidade de licitação, instituído pela Lei nº 10.520/02, foi adotado nacionalmente com o objetivo de acelerar o procedimento licitatório para fins de aquisição de bens e contratação de serviços comuns pela Administração Pública, sem, contudo, perder de vista os princípios que regem a licitação e todos os atos administrativos.

Percebeu-se que os entraves burocráticos da licitação nas modalidades previstas na lei geral de licitações impediam que certas aquisições e contratações fossem realizadas de forma célere e eficaz, impedindo, por vezes, a satisfação ampla do interesse público.

Desse modo, o pregão passou a ser adotado para a aquisição de bens e contratação de serviços comuns, conceituados "como aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado", consoante estabelece o art. 1º, parágrafo único, da Lei nº 10.520/02.

No Estado de Minas Gerais, a modalidade do pregão foi instituída pela Lei nº 14.167/02 e regulamentada pelo Decreto nº 44.786/08, que expressamente consagrou os serviços de engenharia comuns como aqueles possíveis de serem contratados através do pregão, "mesmo que se exija profissional registrado no Conselho Regional de Engenharia, Arquitetura e Agronomia - CREA para execução" e desde que os "padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos no objeto do edital, por meio de especificações usuais praticadas no mercado [...]".

Logo, a necessidade de profissionais ou contratação de serviço especializado de engenharia, como no caso dos autos, não retira o caráter comum do serviço, já que para sua execução não é necessário nenhum conhecimento técnico, privativo de determinada empresa, mas de caráter comum a todos que, nessa área específica, operam suas atividades.

Nesse aspecto, após detida análise do edital, verifica-se que o objeto do contrato foi objetivamente especificado, assim como as exigências técnicas necessárias para a habilitação da empresa vencedora.

Afinal, a qualificação técnica exigida pelo edital - principal ponto atacado pelo impetrante -, por si só, não traz peculiaridades ou especificidades que descaracterizam a natureza comum do objeto do certame. Ao contrário, estabelece apenas padrões mínimos a serem observados pelo licitante vencedor.

Observe-se que os requisitos estabelecidos pelo edital buscam apenas delimitar quais seriam as condições mínimas de trabalho, capacidade técnica da equipe, estrutura, dentre outros, para que o contrato seja fielmente cumprido, de forma eficiente.

E mais, conforme se nota, a qualificação técnica exigida nos itens 7.4.1 a 7.4.12 (f. 69/73) não se refere à complexidade do trabalho a ser desenvolvido, mas apenas à estrutura que o licitante deve possuir para cumprir o contrato a ser celebrado de forma eficaz.

Em relação ao argumento do impetrante de que a contratação do serviço em apreço através da modalidade pregão pelo critério do menor preço acarretaria a escolha de empresa de baixa qualidade técnica, deve-se notar que, em tal modalidade, a qualidade técnica das empresas não é afastada, já que apenas se invertem as etapas procedimentais de habilitação e julgamento, para fins de alcançar o fim precípuo desta modalidade - a celeridade.

Assim, uma vez declarado o vencedor do pregão através do melhor preço, proceder-se-á à abertura do envelope de habilitação e, sendo considerado tecnicamente qualificado, segundo as exigências do edital, poderá imediatamente adjudicar e proceder à formalização do contrato, objeto da licitação.

Por fim, no que tange a suposta nulidade do edital por não prever padrões de aferição do desempenho dos licitantes, nem de análise das propostas, é de ver que não assiste razão ao impetrante, porquanto o edital estabeleceu a forma da oferta dos lances, dos critérios de julgamento, bem como da declaração do vencedor, consignando, inclusive, o direito de preferência às microempresas e empresas de pequeno porte, tal como previsto na Lei do Pregão.

Isso posto, em reexame necessário, reformo a sentença de primeiro grau para denegar a segurança.

Julgo prejudicado o recurso de apelação.

Custas, pelo impetrante.

É como voto.

DES. ELIAS CAMILO SOBRINHO - De acordo com a Relatora.

DES. JUDIMAR BIBER - De acordo com a Relatora.

Súmula - RECURSO PROVIDO (REEXAME). RECURSO PREJUDICADO (APELAÇÃO).

...

Danos morais e materiais - Ineficiência de serviços advocatícios - Ação de ressarcimento - Averbação na matrícula do imóvel do réu - Possibilidade - Poder geral de cautela - Art. 798 do CPC - Ausência de prejuízo ao proprietário - Interesse de terceiros - Princípio da publicidade

Ementa: Agravo de instrumento. Averbação em matrícula de imóvel acerca da existência de ação de conhecimento. Possibilidade. Determinação inserida no poder geral de cautela.

- A averbação na matrícula do registro de imóvel acerca da existência de ação de conhecimento em andamento é perfeitamente possível, haja vista que, além de se encontrar inserida no poder geral de cautela, previsto no art. 798 do CPC e de não acarretar prejuízo algum ao proprietário, visa proteger terceiros em eventual negociação que envolva o bem.

AGRAVO DE INSTRUMENTO CÍVEL Nº 1.0702. 10.007501-0/001 - Comarca de Uberlândia - Agravante: Júlio César Vilela Silveira - Agravado: Katedral Agribusiness Comércio e Representação Ltda. - Relator: DES. MARCOS LINCOLN

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 11ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, à unanimidade, EM CONHECER PARCIALMENTE DO RECURSO E NEGAR PROVIMENTO QUANTO À PARTE CONHECIDA.

Belo Horizonte, 25 de abril de 2012. - *Marcos Lincoln* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. MARCOS LINCOLN (Relator) - Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, interposto por Júlio Cesar Vilela Silveira da decisão de f. 159-v./TJ, que, nos autos da "ação de indenização" que lhe move Katedral Agribusiness Comércio e Representações Ltda., deferiu o pedido de f. 156 para que seja lançado na matrícula do imóvel do réu/agravado notificação da existência do processo de indenização em seu desfavor.

Nas razões recursais (f. 02/33-TJ), o agravante sustentou, em síntese, a necessidade de reforma da decisão agravada, forte no argumento de que se mantida poderá lhe causar graves prejuízos, uma vez que a ação que lhe move a autora/agravada constitui mera expectativa de direito.

Com essas considerações, pediu a concessão do efeito suspensivo ao presente recurso, e, ao final, o provimento, reformando-se definitivamente a decisão que deferiu o pedido liminar.

Distribuídos, vieram-me os autos conclusos, sendo indeferido o efeito suspensivo e determinadas as demais providências de praxe (f. 1458/1459-TJ).

Contrarrazões, em evidente infirmação, pugnando pelo desprovimento do recurso (f. 1464/1466-TJ).

Nas informações prestadas à f. 1473-TJ, a ilustre Magistrada da instância primeva apontou o cumprimento do art. 526 do CPC e a manutenção da decisão agravada.

Tenho preliminar, de ofício, que submeto à apreciação dos meus ilustres Pares.

Preliminar de ofício - conhecimento parcial do recurso - inovação recursal - supressão de instância.

Extrai-se das razões recursais que o agravante pretende o reconhecimento da ocorrência do fenômeno da prescrição.

Todavia, tal questão não foi objeto da decisão agravada, que se restringiu a deferir pedido visando à averbação, junto à matrícula de imóvel de propriedade do agravante, da existência de ação de conhecimento intentada em seu desfavor. Logo, ainda que se trate de matéria de ordem pública, não pode aqui ser examinada, sob pena de inadmissível supressão de instância.

Presentes os demais pressupostos que regem sua admissibilidade, conheço parcialmente do recurso.

Mostram os autos que a sociedade empresária agravada ajuizou ação em desfavor do agravante, buscando o ressarcimento dos danos materiais e morais que diz ter sofrido em virtude da ineficiência dos serviços advocatícios que lhe foram prestados (f. 42/49-TJ).

Pleiteou a averbação, na matrícula de imóvel de propriedade do agravante, da existência da ação em apreço (f. 150-TJ), o que foi deferido, ensejando a interposição do presente recurso.

Conforme explanado, pretende o agravante a reforma da decisão agravada, forte no argumento de que, se mantida, poderá lhe causar graves prejuízos, uma vez que a ação que lhe move a autora/agravada constitui mera expectativa de direito.

Data venia, não lhe assiste razão.

Isso porque há entendimento de que, mesmo estando o processo em fase de conhecimento, é possível a averbação da demanda nas matrículas dos imóveis da parte, com vistas a comunicar a existência do litígio e proteger terceiros em eventual negociação que envolva o bem.

A respeito do tema, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul decidiu:

> Agravo. Ação de cobrança. - Não se mostra prejudicial, por ora, a averbação da existência da ação na matrícula do imóvel de propriedade do agravante. Medida tomada por cautela, diante do contexto probatório dos autos, que visa proteger terceiros, em eventual negociação que envolva o bem. Recurso improvido. (Agravo nº 70038218764, Décima Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relatora: Ana Maria Nedel Scalzilli, julgado em 25.11.2010.)

Anote-se que a medida visa, tão somente, conferir publicidade acerca da existência de ação envolvendo o proprietário do bem, não tendo o condão de retirar a posse, tampouco impossibilitar a sua alienação, que continua na esfera de livre disposição do agravante, pelo que não se afigura relevante a alegação de que culminou por lhe impingir graves prejuízos.

De mais a mais, a medida deferida encontra amparo no poder de cautela, previsto no art. 798 do CPC.

Nesse sentido, a jurisprudência deste Tribunal de Justiça:

> Processual civil. Agravo de instrumento. Ação anulatória de ato jurídico. Medidas acautelatórias. Deferimento. Possibilidade. Poder geral de cautela do magistrado. Quebra de sigilo bancário. Excepcionalidade. Recurso parcialmente provido. - A Constituição não exige que a decisão seja extensamente fundamentada. O que se exige é que o juiz ou tribunal dê as razões do seu convencimento. O poder geral de cautela confere ao julgador a possibilidade de determinar medidas, de ofício, em qualquer processo judicial, em casos de risco de dano de difícil ou incerta reparação e de perda de efetividade do provimento judicial. A averbação da presente ação no Cartório de Registro de Imóveis está dentro do poder geral de cautela do juiz. A abertura da movimentação bancária do cliente requer rigorosa observância, e só deve ser autorizada em situações especiais, em que se patenteie relevante interesse da administração da justiça, ou seja, só deve ser autorizada em situação absolutamente excepcional, envolvendo interesse público ou geral, e quando demonstrada a necessidade das informações solicitadas. (Agravo de Instrumento nº 1.0382.10.013078-2/001, Rel. Des. Lucas Pereira, j. em 28.04.11.)

Mediante tais considerações, não conheço de parte do recurso. Quanto à parte conhecida, nego provimento, mantendo a decisão agravada, pelos fundamentos expostos.

Custas recursais, *ex lege*.

DES. WANDERLEY PAIVA - De acordo com o Relator.

DES.ª SELMA MARQUES - De acordo com o Relator.

Súmula - RECURSO CONHECIDO EM PARTE E NEGADO PROVIMENTO QUANTO À PARTE CONHECIDA.

...

Dano ambiental - Ferrovia Centro Atlântica S.A. - Posto de abastecimento de combustíveis das locomotivas - Precariedade - Vazamento de resíduos oleosos - Contaminação do solo - Medidas de adequação às normas ambientais - Ineficácia - Suspensão total das atividades - Previsão de implantação de novo sistema de abastecimento - Redução da demanda do posto - Escoamento da produção agrícola - Interesse público relevante - Possibilidade de dano grave à sociedade - Instrução processual - Necessidade - Liminar indeferida

Ementa: Ação civil pública por dano ambiental contra a Ferrovia Centro-Atlântica S.A. Liminar. Suspensão total das atividades do posto de abastecimento de combustível de Araguari. Medidas implementadas ao longo dos anos de modo subdimensionado. Relatório do Ibama de dezembro de 2010. Interesse público no escoamento de produção agrícola. Alternativa de abastecimento das locomotivas. Instrução processual.

- Indefere-se a liminar, em ação civil pública por dano ambiental ajuizada contra a Ferrovia Centro-Atlântica S.A., para a suspensão total das atividades do seu posto de abastecimento de combustível, uma vez que, não obstante as medidas de adequação às normas ambientais, adotadas pela empresa ao longo dos anos, tenham sido feitas de forma subdimensionada, para o mero cumprimento de um cronograma de ações, sem vinculação a um resultado, a questão envolve o interesse público no escoamento de produção agrícola, cuja desconsideração pode causar dano efetivo e grave à sociedade, o que impõe que se aguarde a rigorosa instrução processual, com vistas, inclusive, à apresentação de alternativas de abastecimento das locomotivas (enquanto não adequadas as instalações do posto de abastecimento), não se olvidando a afirmação, da empresa, de que reduzirá para 1/3 (um terço) as atividades do posto de abastecimento, ainda no início do ano de 2012.

AGRAVO DE INSTRUMENTO CÍVEL Nº 1.0035.11.008571-5/001 - Comarca de Araguari - Agravante: FCA-Ferrovia Centro Atlântica S.A. - Agravado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Relator: DES. MAURÍCIO BARROS

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 6ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, à unanimidade, em DAR PROVIMENTO AO AGRAVO.

Belo Horizonte, 12 de junho de 2012. - *Maurício Barros* - Relator.

Notas taquigráficas

O SR. DES. MAURÍCIO BARROS (Relator) - Trata-se de agravo de instrumento interposto contra decisão proferida pelo Juízo de Direito da 3ª Vara Cível da Comarca de Araguari, nos autos de ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais em desfavor da agravante FCA - Ferrovia Centro Atlântica S.A., que deferiu a liminar, para determinar a imediata suspensão de todas as atividades do posto de abastecimento de combustíveis da recorrente na cidade de Araguari, até que a empresa alcance sua completa adequação ambiental, segundo os termos da Resolução Conama 273/2000 e DN 108/2007, implantando, para tanto, os equipamentos e serviços de contenção/controle/tratamento ambientais que forem necessários, de modo que não mais polua ou degrade o meio ambiente, e condicionando a retomada das suas atividades à apresentação de licenciamento ambiental do empreendimento, com informação expressa de sua regularidade ambiental plena, sem nenhuma condicionante que importe na realização de obras ou serviços de despoluição (f. 28/31).

Pede a agravante a reforma da decisão, alegando, em suma, que o autor, com base em diligências realizadas no âmbito do inquérito civil por ele instaurado, alega que as estruturas de abastecimento de combustível das locomotivas que trafegam no chamado corredor paulista da malha ferroviária centro-leste estariam em situação precária, gerando vazamento de combustível, o que teria resultado na contaminação do solo com resíduos oleosos; que a agravante é concessionária do serviço público de transporte ferroviário de cargas, sucedendo a extinta Rede Ferroviária Federal Sociedade Anônima - RFFSA, cujo contrato de concessão, firmado em 28.08.1996, envolveu a transferência, por arrendamento, dentre outros, das oficinas destinadas à manutenção de locomotivas e vagões, além dos postos de abastecimento, tendo o posto de abastecimento de Araguari sido implantado pela RFFSA em 1959; que, quando do início das atividades ferroviárias da recorrente, na década de 1990, a situação da unidade de abastecimento em referência era bastante precária, revelando uma ausência quase total de medidas preventivas ou de controle de impacto ambiental; que, assim que assumiu a responsabilidade pelo posto de abastecimento, viu-se a agravante na contingência de nele implementar um plano de investimentos de curto, médio e longo prazos, sem interromper ou prejudicar o tráfego ferroviário na região; que, recentemente, realizou estudos para verificar locais de possível contaminação subterrânea, o que se materializou em ações importantes nos anos de 2004 a 2009, providências essas atestadas em relatório técnico conjunto de 11.02.2009, elaborado pela Superintendência de Água e Esgotos de Araguari e pela Secretaria Municipal de Meio Ambiente; que, em 2010, atendendo à requisição do Ministério Público, as entidades retrocitadas realizaram novas vistorias e confirmaram o relatório de 2009, tendo também sido realizados testes e uma investigação confirmatória, não tendo sido identificados quaisquer indícios de contaminação da água subterrânea; que se encontra em processo de contratação de novas intervenções e melhorias no posto de abastecimento de Araguari, conforme reconhecido em laudo de vistoria emitido pelo Ibama; que jamais se omitiu, e o posto em questão se encontra em fase final de adequação, em termos de controle e contingenciamento das variáveis ambientais; que, até o início de 2012, esse posto terá sua demanda reduzida para 1/3 (um terço) da atual, tão logo sejam inaugurados os sistemas de abastecimento do chamado Terminal do Brejo Alegre, em Araguari; e, finalmente, que são ausentes os pressupostos para a antecipação da tutela requerida (f. 02/25).

Conforme despacho de f. 1.194/1.195, ao agravo foi conferido efeito suspensivo pelo eminente Desembargador plantonista Edgard Penna Amorim.

O agravado ofereceu contraminuta, às f. 1.260/1.270, em que pugna pela manutenção da decisão recorrida.

Deixei de solicitar parecer à douta Procuradoria-Geral de Justiça, uma vez que, sendo o Ministério Público "único e indivisível", e, sendo ele o autor da ação, tal providência implicaria incabível privilégio e, consequentemente, desequilíbrio da relação processual.

Proferido o julgamento do recurso em 07.02.2012, em sede de embargos declaratórios, a Turma Julgadora, na presente sessão, anulou de ofício o julgamento e o acórdão de f. 1.350/1.357, porquanto não fora intimada a douta Procuradoria-Geral de Justiça.

Tendo sido devidamente intimada a douta Procuradoria-Geral de Justiça, cumpre, agora, proferir novo julgamento do agravo de instrumento.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do agravo de instrumento.

Pretende a agravante a reforma da decisão que, em sede de ação civil pública por dano ambiental, determinou a suspensão total das atividades do posto de abastecimento de combustível na cidade de Araguari, de sua responsabilidade, até sua completa adequação ambiental, condicionando o retorno das atividades à apresentação do licenciamento ambiental do empreendimento.

Os fundamentos da decisão se prendem às vistorias e relatórios elaborados em inquérito civil público.

Na inicial do feito, o agravado informou que a agravante, reconhecendo espontaneamente a existência de contaminação ambiental, decorrente de suas atividades no posto de abastecimento de combustíveis em questão, realizou diversas obras de adequação ambiental na área de influência do posto, mas que tais obras não foram capazes de conduzi-lo à completa adequação ambiental, conforme a Resolução Conama 273/2000 e a

DN 108, tendo sido constatada a continuação da contaminação do solo, com resíduos de combustíveis, pelo Ibama (f. 51/52).

O referido laudo de vistoria, elaborado pelo Ibama em 02.12.2010, foi copiado dentro da peça de ingresso da ação (f. 53/58). Em considerações iniciais, informa o Ibama que o posto de abastecimento se encontra em processo de licenciamento ambiental e que se trata de licença corretiva, porquanto o empreendimento se encontra em operação há várias décadas e ainda não recebeu o licenciamento ambiental.

Obviamente, deve-se considerar o fato de que o posto de abastecimento de combustíveis foi implantado pela Rede Ferroviária Federal S.A. - RFFSA, que o cedeu à agravante, quando do contrato de concessão celebrado. E, em se tratando de empreendimento em operação, quando das exigências de adequação às normas de proteção ao meio ambiente, as especificidades da situação concreta devem ser também consideradas, sob pena de se inviabilizar o exercício das atividades, em prejuízo desproporcional para o seu titular.

Entretanto, informa a recorrente que assumiu a responsabilidade pelo posto de abastecimento de combustíveis de Araguari em 1990, de modo que aproximadamente 22 (vinte e dois) anos já se passaram desde então. Além disso, e principalmente, não obstante tenha informado a implementação de obras e aporte de recursos em medidas de adequação ambiental do aludido posto de abastecimento, o relatório de vistoria do Ibama, retrocitado, revela uma postura minimalista na adoção das medidas, como se se buscasse o atendimento meramente formal às exigências.

A referida vistoria teve, por objetivo, verificar se as ações solicitadas no inquérito civil público (e informadas como implementadas) e as recomendações do relatório de investigação confirmatória do posto de abastecimento, elaboradas pela empresa TecnoHidro Projetos Ambientais foram cumpridas. O relatório da vistoria concluiu pela "baixa implementação das ações e necessidade de adequação efetiva do posto de abastecimento, como a impermeabilização efetiva de toda a área do posto sujeita a possível contaminação, seja por respingos dos mangotes, arraste pelo vento, ou qualquer outra forma de contaminação, efetiva cobertura, drenagem e procedimentos operacionais adequados" (f. 57). E, finalmente, que "o posto de abastecimento está em condições precárias para realizar o abastecimento das locomotivas, bem como para recebimento e descarga dos vagões-tanque" (f. 58).

O relatório concluiu, em dezembro de 2010, que o posto de abastecimento se encontra em condições precárias, ou seja, mesmo após a implementação de todas as medidas arroladas pela agravante nas razões de recurso.

E a postura minimalista na adoção das soluções se constata no fato de que várias delas foram avaliadas como subdimensionadas, como, por exemplo, a medida de impermeabilização da área de abastecimento, que foi feita somente na área dos vagões-tanque e onde se encontram as bombas de abastecimento, não tendo sido impermeabilizada a área externa aos trilhos, onde há canaletas de contenção. São os termos do relatório de vistoria:

> [...] pode-se observar no piso da área, nas canaletas e inclusive nas britas adjacentes às linhas da ferrovia, a presença de várias manchas de óleo, pequenas poças, respingos, estando praticamente todo com presença de óleo (relatório fotográfico). O piso apresenta várias rachaduras, aparentemente não tendo aguentado o peso dos vagões-tanque e das locomotivas, por onde permite a infiltração do óleo para o subsolo. [...] conclusão: a impermeabilização foi subdimensionada, pois não impede a contaminação do solo na área do posto de abastecimento, e não foi adequada ao peso a que está submetida pelos vagões-tanque e locomotivas que abastece. As adequações nos procedimentos operacionais de carga, descarga e de abastecimento não foram implementadas, pois se observam demasiados respingos na área e presença de óleo no piso, disposição inadequada dos mangotes e falta de dispositivos de contenção para a operação em si. Não é porque a área está impermeabilizada que pode haver derrame de óleo sobre o piso. A impermeabilização efetuada no posto de abastecimento não atinge seus objetivos (f. 55).

A vistoria de outras medidas também tem o mesmo teor, sobressaindo, do relatório, uma postura de descaso na realização das ações que visam à solução do problema ambiental, não havendo uma preocupação com o resultado.

Estando a agravante em processo de licenciamento, mas em operação normal, há vários anos, não adotou medidas efetivas de proteção do meio ambiente, e tudo indica que não adotará, se depender apenas de si.

Por outro lado, há que se ter em mira o interesse público envolvido na causa, consistente no transporte de cargas no trecho ferroviário em questão, para o escoamento de produção agrícola. O dano reflexo que se pode causar à sociedade, com a imediata interrupção das atividades do posto de abastecimento de Araguari, pode alcançar dimensão inaceitável, esvaziando o sentido da proteção que se quer resguardar ao meio ambiente.

Além disso, informou a recorrente, nas razões de recurso, que, no início do ano de 2012, ou seja, por agora, estaria reduzindo para 1/3 (um terço) a demanda do posto de abastecimento, tão logo sejam implantados os sistemas de abastecimento no chamado "Terminal de Brejo Alegre", no Município de Araguari, que, segundo informa, será o maior terminal de carregamento de grãos da região (f. 12). Tal medida deverá diminuir sensivelmente o impacto das atividades do posto de abastecimento de Araguari no meio ambiente.

Desse modo, entendo que, por cautela, em atenção à relevância social do serviço prestado pela concessionária agravante, deve-se aguardar a rigorosa instrução processual, para que sejam, inclusive, apresentadas alternativas de abastecimento das locomotivas enquanto

não forem adequadas as instalações do posto de abastecimento de Araguari, com vistas à preservação do meio ambiente.

Com esses fundamentos, dou provimento ao agravo, reformando a decisão agravada, para indeferir a liminar.

Custas, ao final.

DES. ANTÔNIO SÉRVULO - De acordo com o Relator.

DES.ª SANDRA FONSECA - De acordo com o Relator.

Súmula - DERAM PROVIMENTO AO AGRAVO.

...

Embargos à execução - Excesso - Memória do cálculo - Não apresentação - Necessidade - Rejeição liminar - Inteligência do art. 739-A, § 5º, do CPC - Pagamento via RPV - Lei Municipal nº 5.848/08 - Teto - Quatro salários mínimos - Inaplicabilidade - Execução posterior à EC nº 62/2009 - Nova redação do art. 100, § 4º, da CF/88 - Modificação do valor mínimo

Ementa: Embargos à execução. Alegação de excesso de execução. Apresentação da memória de cálculo. Necessidade. Aplicabilidade do art. 739-A, § 5º, do CPC. Execução iniciada após a vigência da EC nº62/09. Inaplicabilidade da lei municipal que fixou o limite para pagamento via RPV em valor aquém do mínimo estabelecido pela alteração constitucional. Recurso não provido.

- Olvidando-se o embargante do cumprimento de requisito legal indispensável para a oposição de embargos de devedor fundados em excesso de execução, qual seja a juntada de memória de cálculo com os valores que se reputam corretos, impõe-se o não conhecimento daquele a teor do art. 739-A, § 5º, do CPC.

- O art. 100, § 4º, da Constituição da República, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 62/09, impõe o piso do RPV como sendo o correspondente ao valor do maior benefício do regime geral de previdência social, de forma que se torna inaplicável às execuções ajuizadas após a vigência da mencionada emenda constitucional a lei municipal que fixa o teto em valor aquém do piso disposto no novel regramento constitucional.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0686.10.015821-7/001 - Comarca de Teófilo Otoni - Apelante: Município de Teófilo Otoni - Apelada: Isná Lima Silva - 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 NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 26 de junho de 2012. - *Belizário de Lacerda* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. BELIZÁRIO DE LACERDA (Relator) - Trata-se de recurso de apelação interposto pelo Município de Teófilo Otoni contra a r. sentença de f. 155/160, a qual julgou improcedentes os embargos opostos e determinou o prosseguimento da execução nos autos principais, na forma proposta pelo exequente.

O apelante, em razões recursais de f. 163/169, pugna pelo conhecimento e provimento do apelo, a fim de que sejam julgados totalmente procedentes os embargos opostos. Fundamenta seu recurso, argumentando a ocorrência de excesso de execução, bem como a aplicabilidade imediata da Lei Municipal nº 5.848/08, que fixou o *quantum* relativo às requisições de pequeno valor aos processos em curso.

Foram apresentadas contrarrazões de f. 172/175.

Conheço do recurso, visto que satisfeitos os pressupostos objetivos e subjetivos de admissibilidade.

Compulsando detidamente os autos, verifica-se que o ora apelante opôs embargos à execução, alegando excesso no valor executado.

Em que pesem os judiciosos fundamentos deduzidos pelo apelante em sua peça recursal, tenho que inexiste razão para reforma da sentença "primeva" nesse ponto.

Isso porque é muito claro o art.739-A, § 5º, do Código de Processo Civil, ao dispor que:

> Art. 739-A. Os embargos do executado não terão efeito suspensivo.
> [...]
> 5º Quando o excesso de execução for fundamento dos embargos, o embargante deverá declarar na petição inicial o valor que entende correto, apresentando memória do cálculo, sob pena de rejeição liminar dos embargos ou de não conhecimento desse fundamento.

Assim, olvidando-se o apelante do cumprimento do requisito legal, qual seja a indispensável apresentação de memória do cálculo contendo o valor que reputa correto, não há como socorrer a sua súplica.

Nesse sentido, vejam-se as seguintes ementas de acórdão que demonstram o entendimento uníssono do colendo Superior Tribunal de Justiça acerca da matéria:

> Processual civil. Agravo regimental. Embargos à execução contra a Fazenda Pública. Impugnação genérica dos cálculos. Art. 739-A, § 5º do CPC. Aplicabilidade. 1. São aplicáveis as disposições contidas no art. 739-A, § 5º, do CPC em embargos alegando excesso de execução contra a Fazenda

Pública, sendo dever legal do executado apresentar memória discriminada de cálculos dos valores que entende corretos quando da apresentação da impugnação. 2. Precedentes do STJ. 3. Agravo regimental não provido. (STJ, 2ª Turma, AgRg no REsp 1095610/RS, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, *DJe* de 16.09.2009.)

Agravo regimental em recurso especial. Processo civil. Fazenda Pública. Embargos à execução. Alegação de excesso. Apresentação de memória de cálculo. Art. 739-A, § 5º, do CPC. Aplicabilidade. 1. As regras dos arts. 739-A, § 5º, e 475-L, § 2º, do CPC, aplicáveis, respectivamente, à impugnação ao cumprimento de sentença e aos embargos à execução de título extrajudicial, têm por escopo evitar alegações destituídas de fundamento, cuja finalidade é unicamente protelar o pagamento da quantia devida. 2. À Fazenda Pública aplicam-se as disposições gerais da execução, motivo pelo qual se mostra cabível a exigência de que, ao opor embargos fundados em excesso de execução, o ente público apresente memória de cálculo com indicação do valor que entende devido. 3. Agravo regimental improvido. (STJ, 5ª Turma, AgRg no REsp 1080925/RS, Rel. Min. Jorge Mussi, *DJe* de 28.02.2011.)

Agravo regimental em recurso especial. Embargos à execução de título executivo extrajudicial. Excesso de execução. Impugnação genérica. Apresentação da memória de cálculos com a inicial. Necessidade. Aplicabilidade do artigo 739-A, parágrafo 5º, do Código de Processo Civil. Improvimento. 1. Fundados os embargos à execução contra a Fazenda Pública no excesso de execução, é dever do embargante apresentar, ao tempo da inicial, a memória discriminada de cálculos, sob pena de rejeição. Aplicabilidade do artigo 739-A, parágrafo 5º, do Código de Processo Civil. 2. Agravo regimental improvido. (STJ, 1ª Turma, AgRg no REsp 1175064/PR, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, *DJe* de 17.05.2010.)

Processual civil e tributário. Recurso especial. Embargos à execução opostos pela Fazenda Pública. Excesso de execução. Demonstrativo da memória de cálculos. Necessidade. Aplicação do art. 739-A, § 5°, do CPC. 1. A *ratio* do novel disposto no art. 739, § 5°, do CPC é aplicável aos embargos à execução opostos pela Fazenda Pública quando se fundar em excesso de execução, haja vista ser dever legal, que atinge todos os executados, a apresentação de memória discriminada de cálculos, sob pena de rejeição liminar dos mesmos. Precedentes: (AgRg no REsp 1095610/RS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, *DJe* de 16.09.2009; REsp 1085948/RS, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, *DJe* 01.07.2009; REsp 1099897/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, *DJe* 20.04.2009; REsp 1103965/RS, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, *DJe* 14.04.2009) 2. A doutrina estabelece ao tratar dos embargos à execução com fundamento em excesso de execução que: 'Coibindo a prática vetusta de o executado impugnar genericamente o crédito exequendo, a lei o obriga a apontar as 'gorduras' do débito apontado pelo credor. Assim é que, 'quando o excesso de execução for fundamento dos embargos, o embargante deverá declarar na petição inicial o valor que entende correto, apresentando memória do cálculo, sob pena de rejeição liminar dos embargos ou de não conhecimento deste fundamento'. A regra decorre não só da experiência prática, mas também do fato de que a execução pode prosseguir somente pela parte remanescente incontroversa (art. 739-A, parágrafo 3°)' (in FUX, Luiz. *O novo processo de execução* (cumprimento da sentença e a execução extrajudicial). Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 416). (STJ, 1ª Turma, REsp 1115217/RS, Rel. Min. Luiz Fux, *DJe* de 19.02.2010.)

Outrossim, correlato ao fundamento de que o valor executado deveria ser cobrado pela via do precatório, tenho que também não assiste razão ao apelante.

Embora a Lei Municipal nº 5.848/08 imponha como teto para pagamento via RPV o valor de 4 (quatro) salários mínimos, certo é que tal dispositivo não encontra aplicação em execuções ajuízadas após a edição da EC nº 62/09, a qual trouxe nova redação ao art. 100, § 4º, da Constituição da República, *in verbis*:

> Art. 100. [...]
> § 3º O disposto no *caput* deste artigo relativamente à expedição de precatórios não se aplica aos pagamentos de obrigações definidas em leis como de pequeno valor que as Fazendas referidas devam fazer em virtude de sentença judicial transitada em julgado.
> § 4º Para os fins do disposto no § 3º, poderão ser fixados, por leis próprias, valores distintos às entidades de direito público, segundo as diferentes capacidades econômicas, sendo o mínimo igual ao valor do maior benefício do regime geral de previdência social.

Sobre a matéria, vejam-se as seguintes ementas deste eg. TJMG:

> Inviável a aplicação de Lei Municipal que fixou como sendo de um salário mínimo, os débitos passíveis de pagamento através de RPV, por afrontar o disposto no artigo 100, § 4º da Constituição Federal. (TJMG, Apelação Cível nº 1.0657.09.006011-9/003, Rel.ª Des.ª Tereza Cristina da Cunha Peixoto, publicado em 20.01.2012.)

> O valor da RPV pode ser estabelecido pelos entes políticos, desde que respeitado o valor mínimo previsto na Emenda Constitucional nº 62/2009, qual seja, o correspondente ao valor do maior benefício do regime geral de previdência social. (TJMG, Apelação Cível nº 1.0657.09.006076-2/003, Rel. Des. Manuel Saramago, publicado em 24/01/2012.)

Assim, inaplicável a Lei Municipal nº 5.848/08, devendo o valor executado ser pago pela via do RPV.

Em resumo, olvidando-se o embargante do cumprimento de requisito legal indispensável para a oposição de embargos de devedor fundado em excesso de execução, qual seja a juntada de memória de cálculo com os valores que reputa corretos, impõe-se o não conhecimento daquele fundamento, nos termos do art. 739-A, § 5º, do CPC.

O art. 100, § 4º, da Constituição da República, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 62/09, impõe o piso do RPV como sendo o correspondente ao valor do maior benefício do regime geral de previdência social, de forma que se torna inaplicável às execuções ajuizadas após a vigência da mencionada emenda constitucional a lei municipal que fixa o teto em valor aquém do piso disposto no novel regramento constitucional.

Por tais fundamentos é que nego provimento ao recurso.

DES. PEIXOTO HENRIQUES (Revisor) - De acordo com o Relator.

DES. OLIVEIRA FIRMO - De acordo com o Relator.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Seguro facultativo - Ação de cobrança - Espólio - Ilegitimidade ativa - Indenização fundada em direito obrigacional - Legitimidade dos herdeiros da vítima - Extinção da ação - Art. 267, VI, do CPC

Ementa: Apelação cível. Ação de cobrança. Seguro facultativo. Espólio. Ilegitimidade ativa *ad causam*. Carência de ação decretada. Sentença mantida.

- O espólio não possui legitimidade ativa para requerer indenização fundada em direito obrigacional, por não ser a referida verba integrante do inventário.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0710.09.020741-0/001 - Comarca de Vazante - Apelante: Espólio de Renato de Oliveira Guimarães, representado pela inventariante, Aparecida Alves Pereira Guimaraes - Apelada: Cardif Brasil Seguros Previdência S.A. - Relatora: DES.ª SELMA MARQUES

Acórdão

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

Belo Horizonte, 16 de maio de 2012. - *Selma Marques* - Relatora.

Notas taquigráficas

DES.ª SELMA MARQUES (Relatora) - Trata-se de apelação interposta contra a r. sentença de f. 93-95, a qual julgou extinta, sem análise do mérito, a presente ação de cobrança ajuizada pelo espólio de Renato de Oliveira Guimarães contra Cardif do Brasil Vida Seguro e Previdência S.A., nos termos do art. 267, VI, do CPC, haja vista a ilegitimidade ativa do espólio.

Irresignado (f. 99-103), busca o apelante a reforma da r. sentença, sustentando, em síntese, que

> as provas carreadas no presente feito nos dão conta de que o espólio de Renato de Oliveira Guimarães e os herdeiros são apenas entendimentos técnicos, pois os bens que incorporam ao acervo vão ser divididos entre os herdeiros.

Acrescenta que

> o fato gerador é a morte acidental de Renato de Oliveira Guimarães, que ocorreu em 2008. Assim, caso seja necessária a propositura de nova ação, fatalmente será em vão, já que o próprio magistrado e, desta vez, com razão, fatalmente a extinguirá.

Sustenta ser possível a emenda da inicial ou saneamento do processo,

> a fim de solucionar questão meramente técnica, isto porque não restaria em prejuízo algum a nenhuma das partes, já que não se trata de fato novo.

Devidamente intimada, a apelada apresentou contrarrazões às f. 107-111, pugnando, em suma, pela manutenção da sentença.

Conheço do recurso, presentes seus pressupostos de admissibilidade.

Pois bem. Infere-se dos autos que o espólio de Renato de Oliveira Guimarães, representado pela inventariante, Aparecida Alves Pereira Guimarães, ajuizou a presente ação de cobrança contra Cardif do Brasil Vida Seguro e Previdência S.A., narrando, na peça inicial, o acidente de trânsito do qual o falecido foi vítima, decorrendo daí a obrigação da seguradora de lhe pagar o seguro facultativo.

Todavia, entendo que o espólio não possui legitimidade ativa para propor a presente ação, visto que a verba perseguida na lide se funda em contrato de seguro, de natureza obrigacional, relacionando-se ao dever da seguradora de pagar indenização aos herdeiros da vítima, não sendo, portanto, parte integrante do espólio, nem tampouco adquirida pelos herdeiros a título sucessório.

Como o referido seguro possui natureza indenizatória, trago à colação os ensinamentos de Rui Stoco sobre os sujeitos da reparação civil:

> Para o ajuizamento da ação reparatória o primeiro problema que se apresenta é o que diz respeito à legitimação ativa e passiva, ou seja, quem pode propô-la e contra quem deve ser ajuizada.
> Em princípio, a *legitimatio ad causam* envolve a indagação fundamental de quem tem o título ativo para movimentar a pretensão. A regra geral é que o direito de ação compete a quem tem o interesse legítimo à pretensão.
> Logo no primeiro plano coloca-se a vítima. O prejudicado pelo procedimento danoso tem o direito de ação. Sendo ele quem sofreu o dano (patrimonial ou moral), é o sujeito ativo da relação processual.
> A situação nesse caso não oferece dificuldade. Esta surge, porém, quando a vítima não pode, por si mesma, estar em juízo (menor ou incapaz), hipótese em que se fará presente através de representante legal. Se o autor do dano for menor ou incapaz, ser-lhe-á nomeado curador especial. (*Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial*. 2. ed. Editora RT, 1995, p. 82.)

Prossegue em seus ensinamentos o magistrado:

> A dificuldade poderá ocorrer no caso de morte da vítima, impondo-se verificar a titularidade do direito de indenização.

> O princípio geral define-se com a resposta à seguinte indagação: quem é a pessoa diretamente atingida?
> O primeiro, na ordem dos prejudicados, é o cônjuge sobrevivente.
> Aos parentes também assiste o direito de pleitear a indenização. Mas a expressão 'parentes' é vaga e imprecisa.
> Segundo Caio Mário, melhor seria substituí-la por 'herdeiros'. Segundo este autor, o que deve, em princípio, orientar a legitimação ativa é a ordem de vocação hereditária. Os filhos, como diretamente prejudicados, são os titulares natos para a ação. Em seguida os ascendentes, e em último lugar os colaterais.

E arremata, com propriedade:

> A determinação da legitimidade ativa, informada pela ordem de vocação hereditária, não é tão simples assim. Se no direito sucessório os parentes excluem-se gradativamente, o mesmo não ocorre no caso de ação indenizatória. O dano que atinge o cônjuge sobrevivente pode alcançar simultaneamente os filhos. Em tal caso, o direito de ação compete cumulativamente a um e outros. Reversamente, pode ocorrer a disjunção, sendo titulares os filhos e excluído o cônjuge.

Insta salientar, por oportuno, que a ordem de vocação hereditária sofreu alteração com o advento do Novo Código Civil (art. 1.829), em vigor desde janeiro de 2003, o que modifica a ordem mencionada acima, uma vez que os ensinamentos trazidos à baila são anteriores ao novo código.

Conforme se infere das lições acima, ao espólio não é conferida legitimidade ativa para ajuizar indenizatória buscando ressarcimento pela morte da vítima decorrente de acidente de trânsito, mas sim aos herdeiros do falecido.

Assim sendo, colhe-se da melhor doutrina que a indenização é reclamada *jure proprio*, de modo que nas ações de indenização em caso de morte a legitimidade ativa recai, em primeiro lugar, sobre os parentes mais próximos da vítima: o cônjuge e as pessoas diretamente atingidas pelo seu desaparecimento.

E não é o que se vê na espécie, em que a ação foi proposta pelo espólio do falecido. Tal pedido, como visto, deve ser formulado em nome próprio, sendo incorreto que o espólio postule em juízo tal indenização.

A respeito:

> Ementa: Apelação cível. Ação de cobrança. Seguro de vida. Ilegitimidade ativa do espólio. Inteligência dos arts. 792 e 794 do Código Civil. Processo extinto sem resolução do mérito. Sentença mantida. - A indenização decorrente do seguro de vida não integra a herança, portanto, o espólio não é parte legítima para ocupar o pólo ativo da ação de cobrança, que visa ao recebimento de dita importância, mesmo na falta de beneficiários indicados pelo segurado falecido. (TJMG - AC - Relator: Des. José Marcos Vieira - j. em 13.04.2011.)

> Responsabilidade civil. Reparação de danos. Ilegitimidade ativa *ad causam* do espólio. Incumbe aos herdeiros da vítima pleitear a indenização, e não ao espólio, uma vez que não se trata de acervo hereditário, mas de reparação por ato ilícito. (TAPR - 7ª Câmara Cível - Apel. 100707600 - Juiz Lauro Laertes de Oliveira - j. em 03.03.97.)

Assim, a legitimidade para ajuizar ação de cobrança de indenização de seguro de vida é do beneficiário do seguro, não cabendo ao espólio do *de cujus* litigar na defesa do direito de terceiros, notadamente em nome próprio.

Mediante tais fundamentos, nego provimento ao recurso, mantendo incólume a r. sentença primeva por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Custas, pelo recorrente, suspensa sua exigibilidade, porquanto amparado pelos benefícios da justiça gratuita - f. 45.

É como voto.

DES. FERNANDO CALDEIRA BRANT (Revisor) - De acordo com a Relatora.

DES. MARCELO RODRIGUES - De acordo com a Relatora.

Súmula - NEGAR PROVIMENTO.

...

Desapropriação por interesse público - Citação por edital - Nulidade - Acolhimento

Ementa: Desapropriação por interesse público. Preliminar. Citação por edital. Nulidade. Acolhimento.

- Em se tratando de questão de ordem pública, imperativo o acolhimento de ofício da preliminar de nulidade da citação por edital, já que demonstrado que o autor tinha conhecimento do endereço do réu e que não se esgotaram os meios para se localizar o requerido.

APELAÇÃO CÍVEL/REEXAME NECESSÁRIO Nº 1.0319.08.031855-7/001 - Comarca de Itabirito - Remetente: Juiz de Direito da Comarca de Itabirito - Apelante: André Pinto de Souza Oliveira - Apelado: Município de Itabirito - Relatora: DES.ª VANESSA VERDOLIM HUDSON ANDRADE

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sob a Presidência do Desembargador Eduardo Andrade, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM CASSAR A SENTENÇA, NO REEXAME NECESSÁRIO, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

Belo Horizonte, 26 de junho de 2012. - *Vanessa Verdolim Hudson Andrade* - Relatora.

Notas taquigráficas

Assistiu ao julgamento, pelo apelante, o Dr. André Pinto de Souza Oliveira.

DES.ª VANESSA VERDOLIM HUDSON ANDRADE - Trata-se de recurso de apelação interposto às f. 138/145 por André Pinto de Souza Oliveira, nos autos da ação de desapropriação por interesse público movida pelo Município de Itabirito, diante do inconformismo perante a sentença proferida às f. 132/135, que julgou procedente o pedido contido na inicial, fixando o valor da indenização em R$ 4.863,00 (quatro mil oitocentos e sessenta e três reais), acrescido de juros moratórios de 6% ao ano, contados a partir de 1º de janeiro do exercício seguinte àquele em que o pagamento deveria ser feito.

Os autos foram remetidos a este Tribunal, também, por força do reexame necessário, nos termos do art. 475, inciso I, do CPC.

Em suas razões recursais, alega o apelante que a citação é nula, uma vez que foi citado por edital. Salienta que sempre recebeu em seu domicílio as guias para quitação do IPTU, que são emitidas pelo Município expropriante, sendo assim, o autor tinha pleno conhecimento do endereço residencial do expropriado. Aduz que o valor atribuído ao imóvel não reflete a justa indenização prevista na Constituição. Sustenta que os juros compensatórios devem ser de 12% ao ano, conforme Súmula 618 do STF. Ao fim, pugna o recorrente para que seja reconhecida a nulidade da citação, anulando-se todos os atos subsequentes que dela dependam. Requer que o autor seja condenado à pena de litigância de má-fé e, em ultrapassando a preliminar arguida, seja dado provimento ao recurso, arbitrando-se novo valor ao imóvel e corrigindo-se os juros compensatórios. Pleiteia, ainda, o benefício da assistência judiciária gratuita.

Em contrarrazões, às f. 162/165, alega o apelado que o recorrente não teve o devido cuidado de resguardar seus interesses, já que em momento algum compareceu à sede administrativa da Municipalidade para atualizar o seu cadastro, nem mesmo para pagar o IPTU. Arremata que o apelante teria comparecido aos autos com a citação por edital, dentro dos permissivos legais. Acrescenta que foi noticiado na mídia nacional que no terreno desapropriado seria construída uma fábrica da Coca-Cola. Afirma que o critério utilizado pelo perito para fixar o valor da indenização é justo. Sendo assim, postula que seja negado provimento ao recurso.

Conheço da remessa oficial.

Preliminarmente, defiro o pedido de justiça gratuita.

Do juízo de admissibilidade do recurso voluntário.

A princípio, imperativo tecer algumas considerações acerca do recurso voluntário apresentado pelo réu. No andamento processual, verifica-se que a sentença foi publicada em 12.07.2011; logo, o prazo para o réu apresentar recurso voluntário teria se iniciado em 13.07.2011 e terminado em 27.07.2011.

Porém, o requerido, que até o momento vinha sendo representado por curador especial, pediu vista dos autos em 03.08.2011, protocolando seu apelo em 18.08.2011.

Como a questão central dos autos gira em torno da nulidade do feito por irregularidade na citação, pode-se auferir que o apelante só tomou conhecimento dele no momento em que pediu vista dos autos, tendo, por conseguinte, apresentado recurso voluntário dentro do prazo. Como essa questão se confunde com a preliminar de nulidade da citação, uma vez que é o ato citatório que dá ao requerido conhecimento de que existe demanda contra ele em juízo, deixo para exaurir essa análise com o exame da preliminar levantada.

Passo ao exame da nulidade da citação arguida pelo expropriado.

Aduz o apelante que a citação por edital é nula, uma vez que o autor tinha conhecimento de seu endereço.

Na inicial, o autor aduz que, como o réu se encontrava em lugar incerto e não sabido, requereu, primeiro, que fosse oficiado o Cartório Eleitoral, a fim de se encontrar o endereço do expropriado, e, posteriormente, depois de cumpridas as formalidades legais, a citação, por edital, do requerido.

À f. 29, o Magistrado primevo determinou a citação via edital, que foi publicada no *DJe* (f. 56).

Ocorre que o recorrente junta com seu apelo cobranças de IPTU emitidas pelo Município expropriante, direcionadas ao endereço em que reside, o que demonstra que a Municipalidade tinha conhecimento de seu endereço. Ainda, insta destacar que, conforme o art. 156, I, da Constituição Federal c/c o art. 32 do Código Tributário Nacional, o IPTU é de competência do Município.

O autor, em contrarrazões, explana que o réu não teria comparecido à sede administrativa para regularizar seu cadastro, argumento este que não merece prosperar, haja vista que, conforme documento de f. 149, a Prefeitura Municipal de Itabirito emitiu, em 04.03.2008, guia de recolhimento de IPTU para a residência do requerido, protocolando sua exordial seis dias depois, na qual afirma que o apelante reside em local incerto e não sabido (f. 02).

O expropriante aduz ainda que: "[...] é válida a citação por edital, até porque foi suficiente para o requerido, ora apelante, tomar conhecimento da ação e manifestar-se, possibilitando a sua defesa" (f. 164/165), e que "o apelante veio aos autos, com a citação por edital, perfeitamente dentro dos permissivos legais" (f. 163).

No que tange o primeiro argumento, é por demais óbvio que houve prejuízo à defesa do recorrente, uma vez que ele não teve a oportunidade de oferecer contestação, formular quesitos ao perito, impugnar o laudo pericial e apresentar alegações finais, restando amplamente

violados os princípios do contraditório e da ampla defesa, bem como do devido processo legal.

No que diz respeito à segunda alegação do recorrido, não é certo que o apelante veio aos autos com a citação por edital, visto que, se assim fosse, ele teria integrado a lide no momento adequado, sem necessidade de se nomear um curador especial. O próprio apelado, nas contrarrazões, apresenta uma hipótese bastante plausível que bem justifica que o recorrente tenha tomado conhecimento do feito por motivos externos à citação editalícia. Informa o Município que:

> O que está ocorrendo com o apelante, na verdade, é o efeito 'coca-cola', haja vista a notícia, amplamente divulgada na mídia nacional, da futura fábrica no terreno desapropriado pela Municipalidade, por utilidade pública, exatamente para a implantação do futuro empreendimento daquela fabricante de refrigerantes, dentre outros (f. 163/164).

Outrossim, insta acentuar, no que tange a esse segundo argumento, que a citação, por via de edital, não foi realizada dentro dos permissivos legais, uma vez que não se enquadra em nenhuma das hipóteses do art. 231 do Código de Processo Civil. Assevera-se, ainda, que não foi empreendido o menor esforço para se encontrar o réu, tendo sido a citação, por edital, deferida antes mesmo de se tentar localizar o requerido. É uníssono o entendimento desta Corte de que, antes de se proceder à citação editalícia, há de se esgotarem os meios para se achar o réu. Nesse sentido, a jurisprudência:

> Processo civil. Nulidade do processo por vício de citação. - Encontra-se, há muito, assentado o entendimento de que, para que se proceda à citação editalícia, devem-se esgotar todos os meios possíveis para a localização do réu, de modo a tornar efetiva a garantia constitucional do devido processo legal e da ampla defesa dos interesses do jurisdicionado. Havendo, nos autos, endereço do executado diverso daquele para o qual foi expedido o mandado de citação, e não tendo sido realizada qualquer diligência no sentido de encontrar o executado, não cabe a afirmação de ausência, nem a citação por edital, porque não se encontram presentes os requisitos do inciso II do art. 231 do CPC. Por isso, não se tendo realizado, validamente, a citação editalícia daquele executado, não se encontra satisfeito pressuposto de validade e desenvolvimento do processo, tal como definido no art. 214, c/c o art. 247, ambos do CPC (Apelação Cível nº 1.0000.00.244253-1/000(1) - Relator: Des. Brandão Teixeira - julgado em 06.08.2002).

> Agravo de instrumento. Embargos de terceiro. Pedido de citação por edital da executada. Art. 231, II, do CPC. Art. 8º, I e II, da LEF. Impossibilidade. Não esgotadas as tentativas de localização da embargada. Desprovimento do recurso (Agravo de Instrumento nº 0608176-96.2001.8.13.0000 - Relator: Des. Roney de Oliveira - julgado em 06.12.2008).

Logo, restou demonstrado que não se esgotaram os meios de se localizar o expropriado e que o expropriante tinha em seu cadastro o endereço do requerido, visto que, pouco antes de entrar com a ação, emitiu para seu imóvel cobrança de IPTU. Sendo evidente o prejuízo do apelante, há de se acolher a preliminar levantada pelo mesmo, por ser questão de ordem pública. O STJ já afirmou que

> as matérias de ordem pública podem ser conhecidas de ofício pelo julgador, em qualquer tempo ou grau de jurisdição, não havendo que se falar em preclusão em relação a elas (STJ - REsp nº 304.629/SP - Relator: Min. Luiz Felipe Salomão - julgado em 09.12.2008).

Por fim, após essas considerações, saliento que o prazo para o apelante apresentar seu recurso voluntário começou a correr no momento em que o mesmo pediu vista do feito, uma vez que reconhecida a nulidade na citação. Dessarte, o recurso aviado pelo mesmo é tempestivo.

Ante o exposto, em reexame necessário reconheço a nulidade da citação e casso a sentença prolatada pelo Juiz *a quo*, anulando a citação e todos os atos processuais posteriores a ela. Em se tratando de remessa *ex officio*, fica prejudicado o recurso interposto.

Custas recursais, *ex lege*.

DES. ARMANDO FREIRE - De acordo.

DES. ALBERTO VILAS BOAS - De acordo.

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

...

Medida cautelar inominada - Sociedade limitada - Inalienabilidade de patrimônio - Liminar - Requisitos - Existência - Manutenção da decisão agravada

Ementa: Agravo de instrumento. Processual civil. Cautelar inominada. Inalienabilidade de patrimônio de sociedade limitada. Liminar. Existência dos requisitos. Manutenção da decisão agravada.

- Os requisitos da concessão da tutela cautelar, tradicionalmente apontados pela doutrina, são o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*. O primeiro constitui a probabilidade de existência do direito afirmado pelo demandante, enquanto que o segundo estará presente quando houver fundado receio de que a efetividade do processo venha a sofrer um dano irreparável, ou de difícil reparação.

- Para a concessão da liminar, outro requisito é necessário: é preciso que se esteja diante de uma situação em que o mero fato de ser o demandado citado antes da concessão da medida cautelar seja capaz de ampliar o *periculum in mora* a tal ponto que talvez a própria lesão irreparável (ou de difícil reparação) se opere desde logo.

- Comprovada a alienação dos bens da empresa pelo sócio-gerente, em evidente e exclusivo risco patrimonial para os demais sócios, viável é a concessão da liminar para determinar a inalienabilidade, configurados o *periculum in mora* e o *fumus boni juris*.

AGRAVO DE INSTRUMENTO CÍVEL Nº 1.0433. 11.031866-7/001 - Comarca de Montes Claros - Agravante: Luiz Carlos Gomes - Agravados: Thereza Christina de Paiva Vieira, Gustavo Bernardo de Paiva Vieira, Frederico de Paiva Vieira e outro, Rodrigo de Paiva Vieira - 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 NEGAR PROVIMENTO ao recurso.

Belo Horizonte, 22 de maio de 2012. - *Mota e Silva* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. MOTA E SILVA - Trata-se de recurso de agravo de instrumento interposto por Luiz Carlos Gomes, em que pretende reverter a decisão proferida pelo douto Juízo *a quo*, Marcos Antônio Ferreira, que à f. 95-TJ, deferiu liminar em ação cautelar, consistente em determinar a anotação de inalienabilidade do patrimônio da empresa cujo gerente é o agravante.

O agravante requer a reforma da decisão, sustentando que não se encontram presentes os requisitos autorizadores da liminar, que a empresa não pode ser impedida de alienar, caso contrário seria impossível cumprir com suas obrigações. Alega que a determinação da decisão agravada poderá colocar a empresa em situação de inadimplência.

Foi indeferido o efeito suspensivo.

Intimada, a parte agravada ofereceu contraminuta às f. 693/698-TJ, pugnando pelo não provimento do recurso.

É o relatório. Passo a decidir.

Analisando os presentes autos, vejo que a decisão agravada deve ser mantida, pelos argumentos que passo a expor.

Consta que os agravados são sócios majoritários da empresa Lumen Construções Elétricas Ltda., possuindo um total de 51% das cotas de capital da mesma, sendo que o agravante é o sócio-gerente, possuindo 49% das cotas (contrato social às f. 77/82-TJ).

Os agravados ajuizaram ação cautelar inominada (inicial às f. 16/40-TJ), com pedido liminar, em face do agravante, para que este não aliene os bens da empresa até que seja proposta a ação principal, de prestação de contas, o que foi deferido pela decisão ora agravada.

Alegaram os agravados/autores que o agravante/réu não estaria prestando as devidas informações sobre o andamento da empresa, inclusive alienando bens sem o conhecimento dos mesmos.

Da análise de toda a documentação trazida à colação dos presentes autos, vejo que a concessão de medida liminar na referida Ação Cautelar Inominada foi medida correta.

Os requisitos da concessão da tutela cautelar, tradicionalmente apontados pela doutrina, são o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*. O primeiro constitui a probabilidade de existência do direito afirmado pelo demandante, enquanto que o segundo estará presente quando houver fundado receio de que a efetividade do processo venha a sofrer um dano irreparável, ou de difícil reparação.

E, para a concessão da liminar, outro requisito é necessário: é preciso que se esteja diante de uma situação em que o mero fato de ser o demandado citado antes da concessão da medida cautelar seja capaz de ampliar o *periculum in mora* a tal ponto que talvez a própria lesão irreparável (ou de difícil reparação) se opere desde logo.

Assim, a redação do art. 804 do CPC:

> Art. 804. É lícito ao juiz conceder liminarmente ou após justificação prévia a medida cautelar, sem ouvir o réu, quando verificar que este, sendo citado, poderá torná-la ineficaz; caso em que poderá determinar que o requerente preste caução real ou fidejussória de ressarcir os danos que o requerido possa vir a sofrer.

Vê-se que o Código de Processo Civil permite a concessão de medida cautelar liminarmente, *inaudita altera parte*, ou seja, sem ouvir a outra parte, em casos extremos, pois estabelece uma limitação ao contraditório.

Dessa forma, diante do caráter excepcional da medida cautelar *inaudita altera parte*, tratado no art. 804 do CPC, depreende-se que ela só poderá ser deferida quando o juiz verificar que a prévia oitiva do demandado poderá torná-la ineficaz.

Neste caso que ora analiso, vejo a possibilidade de lesão grave e de difícil reparação para os agravados e observo que a urgência é tal que a citação da parte ré/agravante prejudicaria a eficácia da medida cautelar.

Conforme os documentos de f. 83/93-TJ, de fato houve alienação de bens da empresa. E, considerando que tenha ocorrido sem o conhecimento dos demais sócios, os autores/agravados, evidente a repercussão em seu patrimônio, prejudicando seus direitos na empresa.

Dessa forma, é correta a manutenção da medida liminar imposta ao agravante, considerando ainda que não se mostraram plausíveis seus argumentos de que a empresa necessitaria alienar bens para manter suas atividades.

Em casos semelhantes, eis julgados deste Tribunal:

> Agravo de instrumento. Medida cautelar inominada. Liminar. Preliminares afastadas. Caráter excepcional. Bloqueio de

bens. Indícios de origem ilícita. Prova de alienação de bens. *Fumus boni iuris* e *periculum in mora*. Requisitos presentes. Decisão parcialmente mantida. Desbloqueio apenas do salário. Natureza alimentar. Impenhorabilidade. As preliminares de ilegitimidade ativa e de nulidade processual estão afastadas. A cooperativa tem legitimidade ativa para provocar o Judiciário diante de indícios de prática ilícita cometida por seu gerente, o que provocou danos aos cooperados. Independentemente ao nome que se dê à providência pleiteada, arresto/sequestro/bloqueio, qualquer que seja a situação de perigo que venha a antepor-se ao interesse da parte, enquanto não solucionado o processo principal, é de ser provisoriamente coibida através de medidas adequadas, criadas e aperfeiçoadas dentro do poder geral e cautela. O *periculum in mora* e o *fumus boni iuris* estão presentes, justificando a medida cautelar. Verifica-se que há fortes indícios de que o agravante tenha se beneficiado de seu emprego de gerente na cooperativa para apropriar-se de valores a ele confiados por correntistas daquela instituição. Há também prova de dilapidação de parte do patrimônio. O caráter excepcional da medida cautelar deferida *inaudita altera parte*, tratado no art. 804 do CPC, só poderá ser deferida quando o juiz verificar que a prévia oitiva do demandado poderá torná-la ineficaz. O valor do salário não pode ser bloqueado diante da impenhorabilidade de quantia destinada aos alimentos (Agravo nº 1.0071.08.037394-8/001 - Relator: Des. Mota e Silva, julgado em 12.06.2008).

Agravo de instrumento. Liminar. Indisponibilidade de bens. Presença dos requisitos. Recurso não provido. Ante a presença dos requisitos da aparência do direito alegado, consubstanciada em elementos razoáveis de ocorrência de confusão patrimonial entre as empresas, e do perigo da demora, incensurável se mostra a r. decisão ao decretar a indisponibilidade dos bens de modo a garantir eficaz e adequadamente o provimento jurisdicional (Agravo nº 1.0024.05.753405-9/001 - Relatora: Des.ª Maria Elza, julgado em 11.05.2006).

Ex positis, nego provimento ao presente recurso, mantendo inalterada a decisão agravada.

DES. ARNALDO MACIEL - De acordo com o Relator.

DES. JOÃO CANCIO - De acordo com o Relator.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Agravo de instrumento - Ação proposta contra o condomínio - Construção supostamente indevida de depósito de gás em muro divisor - Denunciação da lide à construtora - Possibilidade

Ementa: Agravo de instrumento. Ação proposta contra o condomínio. Construção supostamente indevida de depósito de gás em muro divisor. Denunciação da lide à construtora. Possibilidade.

- Versando a ação proposta em desfavor do condomínio sobre a construção incorreta de canalizador de gás realizada em muro divisor, responsabilidade, em tese, da construtora, resta evidente o direito de regresso caso seja julgada procedente a demanda, tornando-se obrigatória a acolhida de pedido de denunciação à lide da respectiva construtora responsável pela edificação predial, nos moldes do que dispõe o art. 70, inciso III, do Código de Processo Civil.

Recurso provido.

AGRAVO DE INSTRUMENTO CÍVEL Nº 1.0702. 11.032389-7/001 - Comarca de Uberlândia - Agravante: Condomínio Edifício Esperança - Agravado: Condomínio Villaggio Di Roma - 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 DAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 26 de junho de 2012. - *Veiga de Oliveira* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. VEIGA DE OLIVEIRA - Condomínio Edifício Esperança interpôs agravo de instrumento pleiteando a reforma da decisão proferida pelo Meritíssimo Juiz de Direito da 1ª Vara Cível da Comarca de Uberlândia, que, nos autos da ação de obrigação de fazer movida por Condomínio Villaggio Di Roma, indeferiu o pedido de denunciação da lide à construtora responsável por sua edificação.

Afirmou que, versando a presente ação sobre a falta de muro e construção incorreta de canalizador de gás, obrigações da construtora, faz-se necessária a acolhida da denunciação da lide quanto à respectiva responsável pela edificação predial, possibilitando à denunciada o exercício do devido processo legal, evitando-se futuras alegações de cerceamento de defesa.

Pugnou pela concessão do efeito suspensivo e, ao final, que seja dado provimento ao recurso interposto, reformando-se a decisão proferida em primeira instância, deferindo-se a denunciação à lide da construtora.

Às f. 98/100, foi concedida a antecipação de tutela recursal requerida.

Não foram apresentadas contraminutas pelo agravado.

O Juiz primevo prestou informações à f. 108.

É este, em epítome, o relatório. Decido.

Conheço do recurso, pois presentes seus pressupostos de admissibilidade.

O agravante se insurge contra a decisão do Meritíssimo Juiz que negou o pedido de denunciação da lide à construtora responsável pela construção do muro e

da central de gás, que, segundo alegações do agravante, lhe competia.

Como se vê, cuidam os autos de ação de obrigação de fazer, através da qual o agravado pleiteia o recebimento de valor correspondente à metade das despesas devidas por sua meação do muro que confronta o condomínio agravante, determinando-se, ainda, a remoção do depósito de gás acostado no referido muro para local adequado.

Verifica-se que o agravante afirma que a obrigação de construção do muro e do depósito de gás que são objeto do presente litígio competiu à construtora que promoveu a edificação predial, encontrando-se, portanto, na condição de denunciada, compelida a garantir o resultado da ação, via de regresso, caso seja julgada procedente a pretensão vestibular.

Dispõe o art. 70, III, do Código de Processo Civil:

> A denunciação da lide é obrigatória:
> [...]
> III - àquele que estiver obrigado, pela lei ou pelo contrato, a indenizar, em ação regressiva, o prejuízo do que perder a demanda.

Nesse caso, há contrato que viabiliza a acolhida da denunciação da lide como obrigatória, uma vez que, conforme enfatizado, a obrigação da construção do muro e do depósito de gás que constituem a mola litigiosa destes autos competiu, em tese, à construtora.

Pelo exposto, dá-se provimento ao agravo de instrumento, reformando-se a decisão agravada, deferindo-se, em consequência, a denunciação à lide da construtora.

DES.ª MARIÂNGELA MEYER - De acordo com o Relator.

DES. PAULO ROBERTO PEREIRA DA SILVA - De acordo com o Relator.

Súmula - RECURSO PROVIDO.

...

Embargos à execução - Sociedade de economia mista devedora - Município - Responsabilidade subsidiária - Inclusão, de ofício, de parte na lide - Impossibilidade

Ementa: Agravo de instrumento. Embargos do devedor. Sociedade de economia mista devedora. Responsabilidade subsidiária do Município. Inclusão de parte na lide de ofício. Impossibilidade.

- Não se desconhece que a responsabilidade subsidiária do Estado implica que este irá responder caso a empresa a que esteja ligado não tenha condições de fazê-lo, mormente em se considerando que esta passa por procedimento de liquidação extrajudicial.

- Contudo, tal circunstância não permite que, de ofício, o juiz determine a inclusão do ente estatal no feito, para garantir o pagamento.

AGRAVO DE INSTRUMENTO CÍVEL Nº 1.0079. 10.069494-6/001 - Comarca de Contagem - Agravante: Município de Contagem - Agravada: Milenar Engenharia Construções Ltda. - Interessada: Conterra - Companhia Municipal de Habitação, Obras e Serviços de Contagem, em liquidação - Relator: DES. DÍDIMO INOCÊNCIO DE PAULA

Acórdão

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

Belo Horizonte, 26 de abril de 2012. - *Dídimo Inocêncio de Paula* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. DÍDIMO INOCÊNCIO DE PAULA (Relator) - Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de atribuição de efeito ativo, interposto contra a decisão singular anexada às f. 17/19-TJ, prolatada nos autos dos embargos à execução movida por Milenar Engenharia Construções Ltda. em face de Conterra - Companhia Municipal de Habitação, Obras e Serviços de Contagem - em liquidação.

Insurge-se a parte agravante contra a decisão proferida pelo douto Julgador *a quo*, que incluiu o Município de Contagem na lide.

Decisão de lavra da eminente Des.ª Albergaria Costa às f. 89/90, requisitando informações ao Juízo primevo e intimando o agravado para contraminutar o recurso.

Informações do Juiz *a quo* à f.106.

Contraminuta às f.95/104.

É o breve relatório.

Conheço do recurso, porquanto presentes os pressupostos de sua admissibilidade.

Na ausência de preliminares, passo ao deslinde do mérito.

A controvérsia instaurada em sede do presente recurso diz respeito à inclusão, determinada de ofício pela Magistrada *a quo*, do Município de Contagem no polo ativo da lide, porquanto este teria responsabilidade subsidiária pelos débitos que possui a Conterra, sociedade de economia mista integrante da administração indireta municipal, que se encontra em processo de liquidação extrajudicial.

Os embargos do devedor foram opostos pela Conterra em face de sua credora, Milenar Engenharia Ltda. Contudo, entendeu a douta Magistrada que deve ser incluído no polo ativo do presente feito o Município de Contagem, porquanto este responde subsidiariamente pelos débitos que possui a embargante, que apresenta situação financeira delicada, razão pela qual determinou citada inclusão.

Muito embora reconheça o cuidado que apresenta a Magistrada na condução do feito, que certamente adotou tal medida com vistas a garantir o adimplemento do débito cobrado na execução, tenho que não andou bem ao determinar, *ex oficio*, a inclusão do Município de Contagem na lide.

Ora, tenho entendimento no sentido de que a responsabilidade subsidiária do Estado implica que este irá responder caso a empresa a que esteja ligado não tenha condições de fazê-lo.

Sobre a responsabilidade subsidiária do Estado em casos tais, vejamos os ensinamentos de José dos Santos Carvalho Filho:

> Por último, cabe salientar que, seja qual for a natureza da sociedade de economia mista ou da empresa pública, o Estado, vale dizer, a pessoa federativa a que estão vinculadas as entidades, é sempre responsável subsidiário (não solidário!). Significa dizer que, somente se o patrimônio dessas entidades for insuficiente para solver os débitos, os credores terão o direito de postular os créditos remanescentes através de ação movida contra a pessoa política controladora. (CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012, p. 513.)

Contudo, tenho que tal circunstância não permite que, de ofício, o juiz determine a inclusão do ente estatal no feito, para garantir o pagamento.

Isso porque o fato de que a embargante se encontra em liquidação extrajudicial, que seria indício de sua incapacidade de quitar seus débitos, poderia ensejar a cobrança de tal montante do Município, por força da responsabilidade subsidiária, mas tal fato só seria possível mediante requerimento da parte credora.

E tal requerimento poderia ser feito por meio de um pedido de inclusão do ente municipal no polo passivo da lide, ou até mesmo movendo ação diretamente contra este, caso reste infrutífera a cobrança realizada em face da sociedade de economia mista.

No caso em comento, não tendo sido observadas as garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa, reputo que incorreu em erro a Magistrada ao determinar a inclusão, de ofício, do Município de Contagem no polo ativo dos embargos, porquanto não houve pedido da parte embargada para tanto.

Nesse sentido, é o entendimento deste Tribunal de Justiça:

> Agravo de instrumento. Ação cobrança. Indeferimento de pedido de desistência de prova pericial. Impossibilidade. Observância do art. 33 do CPC. Inclusão de parte no polo passivo de ofício. Impossibilidade. - As provas a serem produzidas no processo, sem embargo da iniciativa probatória do juiz, estão no âmbito de disponibilidade das partes, isto é, cabe às partes avaliarem as provas importantes para a defesa de seus interesses, e ao juiz deferi-las ou não, de acordo com o que dispõe o art. 130 do CPC. - Em havendo pedido de desistência de produção de prova anteriormente requerida, deve a parte arcar com os ônus que tal desistência lhe acarretará no processo. Porém, não é dado ao juiz compelir a parte a produzir prova pela qual a mesma não tem mais interesse. - O simples fato de a sociedade de economia mista estar em liquidação e de existir responsabilidade subsidiária do Município para com as obrigações da mesma não autoriza que o magistrado, *ex officio*, altere o polo passivo da lide, ainda mais sem a observância das garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa. (TJMG, Agravo de Instrumento nº 1.0079.04.150067-3/001, 1ª Câmara Cível, Rel. Des. Eduardo Andrade, *DJe* de 08.10.2010.)

> Apelação cível. Ação cominatória. Abrigo de animais. Suposta lesão à saúde, tranquilidade e bem-estar. Inclusão do Município na lide de ofício. Descabimento. Pedido fundado em direitos de vizinhança. Ilegitimidade passiva. - Fundamentando-se o pedido de remoção de animais de propriedade particular em direitos de vizinhança, o Município carece de legitimidade para figurar no polo passivo da ação. Embora existam obrigações do Município relacionadas com a vigilância sanitária e a saúde pública que, em tese, poderiam atender ao provimento buscado pela autora, esses deveres existem de forma autônoma em relação aos que competem aos proprietários e moradores de imóveis, quanto ao seu uso, podendo a requerente optar por demandar apenas contra os vizinhos, inexistindo hipótese de litisconsórcio passivo necessário. Excede os limites do pedido a inclusão, de ofício, do Município na lide. Excluir Município da lide e remeter os autos à Unidade Raja Gabaglia, para a apreciação do recurso (TJMG, Apelação Cível nº 1.0467.07.000814-0/001, 7ª Câmara Cível, Rel.ª Des.ª Heloísa Combat, *DJe* de 14.08.2009.)

Diante do exposto, dou provimento ao recurso para cassar a decisão que determinou a inclusão do Município no polo passivo da demanda.

Custas, na forma da lei.

É como voto.

DES.ª ALBERGARIA COSTA - De acordo com o Relator.

DES. ELIAS CAMILO SOBRINHO - De acordo com o Relator.

Súmula - DERAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Execução fiscal - Pessoa jurídica - Encerramento irregular - Redirecionamento da execução fiscal aos sócios - Possibilidade

Ementa: Execução fiscal. Pessoa jurídica. Encerramento irregular. Redirecionamento da execução fiscal aos sócios. Possibilidade.

- O redirecionamento da execução fiscal aos sócios é cabível quando há elementos de convicção que atestem o encerramento irregular das atividades da empresa.

AGRAVO DE INSTRUMENTO CÍVEL Nº 1.0362.08.087579-6/002 - Comarca de João Monlevade - Agravante: Município de João Monlevade - Agravado: Gilson Lopes Marques & Cia. Ltda. - 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, 19 de junho de 2012. - *Alberto Vilas Boas* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. ALBERTO VILAS BOAS (Relator) - Conheço do recurso.

A Fazenda Pública Municipal de João Monlevade aforou ação de execução fiscal contra Gilson Lopes Marques e Cia. Ltda., objetivando o pagamento de crédito tributário relativo ao ISS.

O executado foi citado, mas não foram encontrados bens penhoráveis, em razão de a empresa não mais estar em atividade, conforme se extrai da certidão de f. 86.

Observa-se que a Fazenda Pública Municipal interpôs o AI nº 1.0362.08.087579-6/001, no qual pleiteou a desconsideração da personalidade jurídica do agravado, sendo certo que a Turma Julgadora negou provimento ao recurso, por entender que bastava formular pedido de redirecionamento da execução aos sócios.

No âmbito deste recurso, sustenta a agravante que a empresa deixou de funcionar no seu domicílio fiscal sem comunicação aos órgãos competentes, implicando presunção de dissolução irregular, o que legitima o redirecionamento da execução aos sócios.

Assiste-lhe razão, *data venia*.

Nos termos do art. 135, III, CTN, a responsabilidade pessoal dos gerentes ou administradores de pessoa jurídica de direito privado - hipótese na qual se enquadra o sócio cuja inclusão se pretende - necessita da comprovação de atos praticados com excesso de poder ou infração de lei, contrato social ou estatuto.

Por conseguinte, é certo que os sócios devem responder pelos débitos ficais relativos à sua administração se ficar provado que agiram com dolo ou fraude e, por conseguinte, não agiram no sentido de recolher os tributos devidos.

Com efeito, no caso de dissolução irregular da empresa, atestado pelo oficial de justiça que não localiza a sociedade no endereço constante dos cadastros públicos, ocorre a presunção de existência do ato ilegal praticado pelo sócio-administrador, já que a extinção irregular é um ato pessoal do gestor que gera prejuízos à empresa, ao Fisco e aos demais credores.

No caso em exame, consta da certidão do aludido servidor público, por ocasião da tentativa de citação, que:

> [...]Dirigi-me à Rua Floresta 218, Bairro Carneirinhos, sendo que o endereço refere-se a residência da mãe do executado a Sr.ª Maria Lopes Marquês, e que o mesmo reside atualmente no Bairro Paineiras, na Rua Tenente Gorgozinho, 388, apto. 101. Certifico que dirigi-me ao mencionado endereço e sendo aí citei Gilson Lopes Marques e Cia. Ltda., na pessoa de Gilson Lopes Marquês. [...] Certifico que transcorrido o prazo legal o executado não pagou o débito, bem como não procedeu à nomeação de bens. Certifico que deixei de penhorar, bens da empresa executada, eis que a mesma encontra-se paralisada há aproximadamente dois anos e não possui bens.

Trata-se, portanto, de hipótese na qual é possível presumir a ocorrência de dissolução irregular da sociedade, haja vista a obrigação acessória que o contribuinte tem de comunicar ao Fisco que a empresa deixou de funcionar no domicílio fiscal declarado na repartição pública.

Outrossim, à espécie aplica-se a Súmula nº 435 do Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual:

> Presume-se dissolvida irregularmente a empresa que deixar de funcionar no seu domicílio fiscal, sem comunicação aos órgãos competentes, legitimando o redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente.

Diante dos dispositivos legais e do resultado das diligências realizadas pela agravante na tentativa de localizar a executada, considero presentes indícios da sua dissolução irregular, capaz de possibilitar a inclusão do sócio-administrador no polo passivo da execução fiscal.

Fundado nessas razões, dou provimento ao recurso para reformar a decisão recorrida e determinar o redirecionamento da execução aos sócios.

Custas, pelo agravado.

DES. EDUARDO ANDRADE - De acordo com o Relator.

DES.ª VANESSA VERDOLIM HUDSON ANDRADE - De acordo com o Relator.

Súmula - DERAM PROVIMENTO.

...

Despejo por falta de pagamento - Ação de cobrança de aluguéis - Cumulação de ações - Concessão de liminar - Existência de fiança - Impossibilidade - Litisconsórcio necessário - Fiador - Citação - Obrigatoriedade

Ementa: Agravo de instrumento. Ação de despejo por falta de pagamento cumulada com cobrança de aluguéis. Concessão de liminar. Existência de fiança. Impossibilidade. Litisconsórcio necessário. Citação do fiador. Obrigatoriedade.

- Nas ações de despejo, a liminar somente poderá ser concedida, nas hipóteses de falta de pagamento de aluguel e acessórios da locação no vencimento, se não houver no contrato algumas das garantias previstas no art. 37 da Lei nº 8.245/1991.

- Em caso de cumulação da ação de despejo com cobrança dos aluguéis, a autora/locadora deverá promover a citação do locatário e do fiador, sob pena de extinção do processo, porque a Lei do Inquilinato, com a nova redação dada pela Lei nº 12.112/2009, estabeleceu, nessa hipótese, em seu inciso I, do art. 62, o litisconsórcio necessário.

AGRAVO DE INSTRUMENTO CÍVEL Nº 1.0024.10.157747-6/001 - Comarca de Belo Horizonte - Agravante: José Carlos da Silva em causa própria - Agravada: Maria do Castello de Moraes - 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 REJEITAR A PRELIMINAR DE NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO ARGUIDA EM CONTRAMINUTA E DAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 26 de abril de 2012. - *Luciano Pinto* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. LUCIANO PINTO (Relator) - Cuida-se de agravo de instrumento interposto por José Carlos da Silva contra a decisão de f. 128/129-TJMG, que, nos autos da ação de despejo por falta de pagamento cumulada com cobrança de aluguéis que lhe move a agravada, deferiu a liminar e determinou a expedição imediata do mandado de despejo.

Em suas razões, o agravante, inicialmente, discorreu sobre os fatos que ensejam a celebração do contrato de locação com a agravada.

Adiante, bateu-se, em síntese, pela necessidade de a Construtora Andrade Gutierrez integrar a lide, na forma do art. 70 do CPC, visto que é responsável pelo pagamento dos aluguéis como fiadora e principal pagadora, nos termos da cláusula décima terceira do contrato de locação celebrado entre as partes.

Disse que, dentro do prazo previsto em lei, manifestou a sua intenção de purgar a mora e realizar o pagamento do débito, razão pela qual, a seu aviso, não poderia ter sido deferida a liminar de despejo.

Requereu a concessão do efeito suspensivo, o que foi deferido às f. 163/166 e, ao final, o provimento do recurso.

Contraminuta às f. 173/177, arguindo a preliminar de não conhecimento do recurso e, no mérito, pugnando pela manutenção da decisão agravada.

Informações prestadas pelo Juízo *a quo* à f. 179.

É o relatório.

Decido.

Preliminar de não conhecimento do recurso arguida em contraminuta.

Inicialmente, cabe assinalar que esta Câmara entende, de fato, que o pedido de reconsideração não implica a devolução, suspensão ou interrupção do prazo recursal.

Contudo, tal entendimento não se aplica ao caso em tela, pois a petição do agravante de f. 127-TJMG não trata de simples pedido de reconsideração da decisão de f. 123/124-TJMG, mas, sim, de pedido de análise, pelo Juízo *a quo*, de questão levantada anteriormente, qual seja: "purga da mora, tendo em vista o valor depositado perante o juízo da 5ª Vara da Fazenda Pública - Processo nº 002407.384.206-4".

Assim, o móvel que provocou a decisão agravada teve fundamento outro, que não os dos quais decorrera a primeva decisão que determinara o despejo.

Tanto é vero, que a decisão agravada de f. 128/129 analisou tal móvel, vale dizer, a questão da "purga da mora":

> Pelo que se depreende dos elementos de prova trazidos, o valor depositado no dia 03 de julho de 2009 nos autos do processo nº 0024.07.384206-4 (f. 204) refere-se ao valor necessário para a reparação dos danos causados ao imóvel do requerido e dos demais autores daquela ação, como apurado pelo perito judicial (planilha de f. 213 do apenso). Assim, referido valor não pode ser utilizado individualmente pelo requerido José Carlos da Silva para o pagamento dos alugueis objeto do presente feito.

Dessarte, a decisão agravada é, sim, aquela encontrável às f. 128/129-TJMG, pois proferida sob novo ângulo, com análise de questão anteriormente suscitada pelo agravante, a qual ainda não havia sido apreciada.

Com tais razões, rejeito a preliminar de não conhecimento do recurso.

Conheço do recurso, porque presentes os pressupostos de sua admissibilidade.

Vejo que assiste razão ao agravante.

Isso porque, nos termos do inciso IX, § 1°, do art. 59 da Lei n° 8.245/1991, conceder-se-á a liminar nas ações de despejo que tiverem por fundamento exclusivo:

> a falta de pagamento de aluguel e acessórios da locação no vencimento, estando o contrato desprovido de qualquer das garantias previstas no art. 37, por não ter sido contratada ou em caso de extinção ou pedido de exoneração dela, independentemente de motivo.

Da leitura de tal dispositivo legal, depreende-se que a liminar nas ações de despejo somente poderá ser concedida, nas hipóteses de falta de pagamento de aluguel e acessórios da locação no vencimento, se não houver no contrato algumas das garantias previstas no art. 37 da Lei n° 8.245/1991.

Por sua vez, o art. 37 da Lei n° 8.245/1991, em seu inciso II, prevê a fiança como modalidade de garantia.

No caso dos autos, é de ver, *si et in quantum*, que o contrato celebrado entre as partes possui a garantia prevista no inciso II do art. 37 Lei n° 8.245/1991, qual seja fiança, em sua cláusula décima terceira (f. 19-TJMG):

> Décima Terceira: da fiança: Como principais pagadores e solidariamente responsáveis pelo cumprimento exato de todas as cláusulas e obrigações do(a) locatário(a) neste contrato, assinam os fiadores qualificados no preâmbulo deste instrumento.

Assim, neste juízo perfunctório, estou que não poderia ter sido deferida a liminar, pois a existência de uma das garantias previstas no art. 37 da Lei n° 8.245/1991, qual seja a fiança, afasta a possibilidade de sua concessão.

Nesse sentido, veja-se:

> Agravo de instrumento. Ação de despejo. Locação. Liminar. Desocupação. Fundamento. Falta de pagamento. Art. 59, § 1°, IX, Lei n° 8.245/91. Existência de garantia prevista no artigo 37 da Lei de Locação. Impossibilidade de deferimento da liminar. - Tratando-se de locação, configurada a falta de pagamento dos aluguéis, nos termos do artigo 59, § 1°, IX, da Lei de Locação, com as alterações trazidas pela Lei n° 12.112/09, para deferimento do pedido liminar de desocupação é necessária que não tenha sido oferecido no contrato nenhuma das garantias previstas no artigo 37 da Lei de Locação (TJMG. Numeração única: 0278494-72.2011.8.13.0000. Relator: Des. Mota e Silva. Data do julgamento: 12.07.2011. Data da publicação: 29.07.2011).

> Agravo de instrumento. Ação de despejo. Liminar. Falta de pagamento de aluguel e acessórios no vencimento. Existência de fiança. Descabimento. - A liminar de despejo fundada na falta de pagamento de aluguel e acessórios no vencimento somente não pode ser concedida quando o contrato estiver provido de uma das garantias previstas no artigo 37 da Lei do Inquilinato (art. 59, §1°, IX). - A Súmula 214 do STJ não tem aplicação para desobrigar o fiador no caso de mera prorrogação do contrato, no qual a sua responsabilidade foi estipulada até a efetiva entrega das chaves (TJMG. Numeração única: 0247154-13.2011.8.13.0000. Relator: Des. Luiz Carlos Gomes da Mata. Data do julgamento: 16.06.2011. Data da publicação: 04.07.2011).

Assinalo que, em princípio, não há que se falar em exoneração da fiança prestada pelo Consórcio Andrade Gutierrez, devido à notificação de f. 21-TJMG, porque o contrato de locação celebrado entre as partes é claro no sentido de que o fiador renuncia aos favores previstos nos artigos 818 a 839 do Código Civil, entre os quais está a possibilidade de se exonerar da fiança, nos termos do art. 835 do Código Civil - frise-se - contrato este, também, assinado pelo fiador, conforme se vê à f. 20-TJMG.

A propósito, transcrevo tal disposição contida no contrato (f. 19-TJMG):

> Parágrafo primeiro. Os fiadores deste contrato não poderão eximir-se das obrigações dos mesmos, desistindo desde já aos benefícios de ordem, bem como dos favores dos artigos 818 a 839 do Código Civil Brasileiro.

A carta de fiança com renúncia ao direito à exoneração da fiança (f. 155-TJMG) corrobora a referida cláusula constante no contrato de locação celebrado entre as partes.

Além disso, não há que se falar em aplicação da Súmula 214 do STJ, porque o fiador, Consórcio Andrade Gutierrez, se obrigou até a entrega das chaves, conforme se vê do parágrafo segundo, da cláusula décima terceira do contrato celebrado entre as partes (f. 19-TJMG).

Em relação à alegação do agravante no sentido de que o fiador, Consórcio Andrade Gutierrez, deve integrar o polo passivo da ação originária, vejo que, também, tem ele razão.

Isso porque a Lei do Inquilinato, com a nova redação dada pela Lei n° 12.112/2009, estabeleceu, em seu art. 62, I, o litisconsórcio passivo necessário, em caso de cumulação da ação de despejo com cobrança dos aluguéis, *in verbis*:

> Art. 62. Nas ações de despejo fundadas na falta de pagamento de aluguel e acessórios da locação, de aluguel provisório, de diferenças de aluguéis, ou somente de quaisquer dos acessórios da locação, observar-se-á o seguinte:
> I - o pedido de rescisão da locação poderá ser cumulado com o pedido de cobrança dos aluguéis e acessórios da locação; nesta hipótese, citar-se-á o locatário para responder ao pedido de rescisão e o locatário e os fiadores para responderem ao pedido de cobrança, devendo ser apresentado, com a inicial, cálculo discriminado do valor do débito.

Sobre a questão, veja-se lição de Sylvio Capanema de Souza:

> O inciso I do artigo 62 estabelece que 'o pedido de rescisão da locação poderá ser cumulado com o pedido de cobrança dos aluguéis e acessórios da locação; nesta hipótese, citar-se-á o locatário para responder ao pedido de rescisão e o locatário e os fiadores para responderem ao pedido de cobrança.
> A redação procurou alcançar uma solução engenhosa, para permitir a cumulação contra réus diferentes.
> Como será fácil perceber, deixou-se claro que para o pedido de despejo (rescisão do contrato) o réu seria apenas o locatário, a quem se citaria.
> No pedido cumulado de cobrança dos aluguéis é que se incluiria o fiador, que também seria citado.

> Daí se conclui que esta cumulação é uma opção do locador, que poderá incluir ou não o fiador na relação processual.
> Ocorre, entretanto, que pela redação que se deu ao inciso I, onde o verbo é usado no futuro (citar-se-á), o que lhe atribui natureza cogente, estabeleceu-se um litisconsórcio passivo necessário, que, como se sabe, não pode ser afastado pela vontade das partes ou pelo juiz.
> Esta, aliás, é a respeitada opinião do eminente Des. Alexandre de Freitas Câmara, do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, considerado um dos melhores processualistas brasileiros, manifestada em conferência que ministrou na ABADI, logo após a publicação da lei (SOUZA, Sylvio Capanema. *A Lei do Inquilinato comentada*. 6. ed. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2010, p. 280/281).

In casu, da simples leitura da inicial da ação originária, observo que a autora/agravada optou pela cumulação da ação de despejo com cobrança dos aluguéis, tanto que apresentou o montante do débito descriminado à f. 13.

Assim, tendo a autora, ora agravada, optado pela cumulação de pedidos, deve ela promover a citação do fiador, Consórcio Andrade Gutierrez, como litisconsorte passivo necessário, sob pena de se declarar extinto o processo originário, conforme dispõe o parágrafo único, do art. 47, do CPC.

Ante o exposto, dou provimento ao agravo e reformo a decisão agravada, para indeferir a liminar de despejo e determinar que a autora/apelada emende a inicial, no prazo de 10 (dez) dias, promovendo a citação do fiador, Consórcio Andrade Gutierrez, como litisconsorte passivo necessário, sob pena de extinção do processo, sem resolução do mérito, nos termos dos artigos 267, I e IV, e 295, I, do Código de Processo Civil.

Custas, *ex lege*.

DES. ANDRÉ LEITE PRAÇA - De acordo com o Relator.

DES. EVANDRO LOPES DA COSTA TEIXEIRA - De acordo com o Relator.

Súmula - PRELIMINAR DE NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO REJEITADA E RECURSO PROVIDO.

...

Despejo por falta de pagamento - Cobrança - Cumulação de ações - Cerceamento de defesa - Inexistência - Entrega voluntária das chaves - Perda de objeto - Recurso prejudicado em parte - Cobrança de encargos vencidos - Valor correto

Ementa: Apelação cível. Ação de despejo c/c cobrança. Cerceamento de defesa. Inexistência. Entrega voluntária das chaves. Perda de objeto. Recurso prejudicado em parte. Cobrança de encargos vencidos. Valor correto.

- Conquanto deva o magistrado, na condução do processo, observar os princípios da ampla defesa e do contraditório, estes devem ser sopesados frente ao também constitucional direito à duração razoável do processo (art. 5º, LXXVIII), cabendo-lhe a função de indeferir ou dispensar a realização de provas desnecessárias ao deslinde do feito, sem que isso configure cerceamento de defesa.

- A desocupação voluntária do imóvel locado acarreta a perda de objeto do recurso de apelação na parte em que se impugna a decretação do despejo.

- Estando os valores cobrados de acordo com o que foi contratado e não tendo o locatário comprovado a quitação dos encargos cujo pagamento lhe incumbia, impõe-se reconhecer a procedência da cobrança ajuizada.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.08.228540-4/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Moacir Lacerda de Oliveira Júnior - Apelados: Hermano José Ribeiro de Carvalho e sua mulher Julice de Araújo Oliveira Carvalho, Fernando José Casanova Costa - 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 REJEITAR A PRELIMINAR E NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 26 de junho de 2012. - *João Cancio* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. JOÃO CANCIO (Relator) - Trata-se de apelação cível interposta por Moacir Lacerda de Oliveira Júnior contra r. sentença proferida pela MM. Juíza de Direito da 33ª Vara Cível desta Capital, que, nos autos da "ação de despejo por falta de pagamento c/c cobrança" ajuizada por Fernando José Casanova Costa em face do ora recorrente e de outros, julgou procedente o pedido inicial para decretar o despejo requerido, declarando rescindida a locação, concedendo prazo de 15 dias para a desocupação voluntária do imóvel, e condenando o réu ao pagamento dos aluguéis vencidos desde maio/08 e encargos locatícios vencidos e vincendos, até a efetiva desocupação, acrescidos de multa contratual de 20%.

Em suas razões, às f. 388/394, o recorrente suscita preliminar de cerceamento de defesa pela não realização da perícia técnica por ele requerida, com o intuito de comprovar que os valores dos aluguéis cobrados não condizem com as disposições contratuais.

Afirma já ter depositado os valores dos aluguéis citados na petição inicial e dos vencidos, que foram pagos mês a mês, através de depósitos judiciais feitos com base em decisão liminar proferida nos autos da ação de nº 0024.08.237620-3, conforme demonstrado pelos comprovantes juntados aos autos, restando purgada sua mora.

Sustenta inexistir fundamentação lógica para que seja deferido seu despejo, considerando que paga, mês a mês, os aluguéis ao apelado.

Alega não ter o recorrido comprovado que está em débito, argumentando que o valor cobrado não condiz com as disposições contratuais.

Recurso recebido em ambos os efeitos, nos termos da decisão de f. 396.

Foram apresentadas contrarrazões às f. 397/400 e 401/406.

À f. 422, a MM. Magistrada *a quo* reconsiderou o despacho de f. 396, passando a atribuir apenas o efeito devolutivo à apelação interposta.

Posteriormente à subida dos autos a este eg. Tribunal de Justiça, o autor informou ter havido a desocupação voluntária do imóvel pelo réu, com a entrega das chaves, em 09.03.12, requerendo o levantamento dos depósitos judiciais já efetuados, o que lhe foi deferido (f. 436).

É o relatório.

Passo a decidir.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço da apelação.

Preliminar - De cerceamento de defesa.

Afirma o apelante ter havido cerceamento de defesa, uma vez que não foi apreciado pelo Juízo *a quo* seu pedido de produção de prova pericial contábil, para a apuração do débito realmente devido.

Decerto que a todos os litigantes em processo judicial ou administrativo está assegurado o direito ao contraditório e à ampla defesa (art. 5º, LV, da CF/88), estando, por outro lado, igualmente garantidos a duração razoável do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação (art. 5º, LXXVIII, CF/88).

Verifica-se, ainda, que, nos termos dos arts. 125, II, e 130, *caput*, do Código de Processo Cível, cabe ao juízo "velar pela rápida solução do litígio", bem como, "de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias".

Assim, compete ao juiz, como dirigente do processo e prestador da tutela jurisdicional, a análise do conjunto argumentativo e da realidade concreta do feito, para medição equilibrada da pertinência das provas requeridas, a fim de que possa, com segurança e razoabilidade, denegar vias instrutórias que se mostrem protelatórias ou inúteis para o deslinde da questão, assegurando os direitos constitucionalmente previstos.

O caso presente não indica afronta aos princípios supracitados, pois, pelo que se pode avaliar e extrair das informações colhidas dos autos, a prova pericial que se pretendia produzir se revela prescindível à solução da lide, pois o contrato entabulado entre as partes, jungido à f. 09, revela o valor do aluguel e a previsão do seu reajuste, os encargos devidos pelo locatário tanto no período de normalidade quanto no de atraso no pagamento, e os documentos de f. 11, 15/16 revelam estar em aberto os pagamentos de conta de luz e do IPTU.

É dizer: a produção da prova contábil afigura-se desnecessária à composição da lide, já que a prova documental é suficiente à formação da convicção do juízo para o julgamento, sem violação ao contraditório e à ampla defesa, sendo certo que a apuração de valores e de eventual débito remanescente haverá de ser feita em fase de liquidação de sentença.

Com tais fundamentos, rejeito a preliminar.

Mérito.

Fernando José Casanova Costa ajuizou "ação de despejo por falta de pagamento c/c cobrança" em face de Moacir Lacerda de Oliveira Júnior e outros, alegando que o requerido deixou de pagar aluguéis de junho/08 a setembro/08, conta de luz de setembro de 2008 e IPTU de 2007, relativos ao apartamento número 202, situado na Rua Eduardo Prado, nº 181, em Belo Horizonte, objeto do contrato de locação firmado em 18.09.1997, totalizando uma dívida de R$ 7.090,18 (sete mil e noventa reais e dezoito centavos).

A MM. Juíza de primeiro grau julgou procedente o pedido de despejo, rescindindo o contrato de locação, concedendo ao requerido prazo de 15 (quinze) dias para desocupação voluntária do imóvel. Condenou o réu ao pagamento dos aluguéis vencidos desde maio 08, bem como dos encargos locatícios vencidos e vincendos até a efetiva desocupação, corrigidos monetariamente e acrescidos de juros de mora de 1% ao mês, desde os vencimentos, e de multa moratória contratual de 20%, descontando-se os valores levantados pelo autor no processo nº 0024.08.237620-3, e os encargos contratuais pagos no curso da lide.

A d. Sentenciante reconheceu, ainda, a ilegitimidade passiva dos 3º, 4º e 5º réus - tendo havido desistência em relação ao 2º (f. 30/31) - e condenou as partes ao pagamento de custas, ficando 30% a cargo do autor e 70% a cargo do 1º réu, que também foi condenado a pagar honorários advocatícios correspondentes a 15% do valor da condenação.

Inconformado, recorre o 1º réu, insistindo em sustentar a inexistência de fundamentos para que seja determinado seu despejo, alegando não ter sido comprovado que está em mora, e ainda, que o valor cobrado não condiz com as disposições contratuais.

No que tange ao despejo em si, há notícias nos autos de que o ora apelante promoveu a entrega voluntária do imóvel, tendo sido juntado o respectivo recibo à f. 431.

Com efeito, não há como sustentar a subsistência da lide em relação ao despejo, uma vez satisfeita a pretensão autoral quanto ao tema, verificando-se a perda parcial do objeto e consequente ausência de interesse recursal, no pertinente.

Nesse sentido, tem sido o entendimento manifestado por este eg. Tribunal de Justiça:

> Apelação. Assistência judiciária. Possibilidade. Despejo. Entrega do imóvel e perda do objeto. Ação de despejo por falta de pagamento. Entrega voluntária das chaves. Perda do objeto da ação. Recurso prejudicado. - [...] Em ação de despejo por falta de pagamento, na qual se visa exclusivamente à desocupação do imóvel, ocorrendo a entrega voluntária das chaves do imóvel, não há mais que se falar em lide, haja vista a perda de objeto da ação e, por conseguinte, o eventual recurso interposto também restará prejudicado, uma vez que se trata de desdobramento do direito de ação. Preliminar de perda de objeto parcialmente acolhida, assistência judiciária deferida e recurso parcialmente provido (TJMG - Apelação Cível 1.0261.08.057002-9/002 - Rel. Des. Alberto Aluízio Pacheco de Andrade - Julgamento em 08.06.2010 - Publicação no *DJe* em 12.07.2010).

> Ação de despejo. Pedido procedente. Desocupação voluntária. Perda de objeto. Recurso não conhecido. - A desocupação voluntária do imóvel locado acarreta a perda de objeto do recurso de apelação, interposto contra sentença que decretou o despejo (Apelação Cível 2.0000.00.501233-3/000. Rel. Des. Walter Pinto da Rocha. 17ª Câmara Cível do TJMG. *DJ* 27.10.2005).

Impõe-se reconhecer, portanto, a perda parcial do objeto da lide, ficando o recurso de apelação prejudicado em parte, tendo em vista a entrega voluntária do imóvel pelo réu, ora apelante.

Resta, contudo, analisar a questão relacionada ao valor cobrado dos aluguéis e dos encargos locatícios vencidos, e não pagos pelo réu.

O autor também busca através da presente ação receber do réu a quantia de R$7.090,18 (sete mil e noventa reais e dezoito centavos), na qual estariam compreendidos os valores dos aluguéis vencidos em 18.06.08, 18.07.08, 18.08.08 e 18.09.08, corrigidos e acrescidos de multa de 20%, juros de mora de 1% a mês, e dos honorários previstos no art.62 da Lei nº 8.245/91 e no contrato de locação, bem como os valores da conta de luz com vencimento em setembro de 2008 e do IPTU de 2007.

Pretende, ainda, a condenação do réu ao pagamento de todas as parcelas que venceram no curso da ação até a efetiva desocupação (aluguéis e encargos).

O réu sustentou a improcedência do pedido de cobrança, alegando ter realizado o depósito em juízo dos aluguéis e demais encargos, nos autos de outra ação judicial (nº 024.08.237.620-3), na qual pleiteou a declaração de quitação do seu débito e a extinção das respectivas obrigações, bem como a devolução dos valores relativos às multas moratórias exigidas. Juntou os documentos de f. 76/160 comprovando o ajuizamento da referida ação e dos depósitos judiciais, bem como do levantamento de tais verbas pelo locador (f. 160).

Analisando o contrato celebrado entre o autor e o pai do réu, já falecido, verifica-se que o valor do aluguel fixado na data da assinatura do contrato (22.08.97) era de R$600,00 (seiscentos reais), havendo previsão de reajuste na periodicidade mínima autorizada por lei, de acordo com o maior índice permitido pelo governo, ficando a cargo do locatário o pagamento do condomínio, impostos, taxas e do seguro obrigatório contra fogo.

Há também previsão da cobrança de multa de 20% do locatário no caso de atraso no pagamento do aluguel, e, ainda, de honorários advocatícios no valor correspondente a 20% do débito, caso seja cobrado em juízo.

O réu, ora apelante, juntou à f. 162 a guia do IPTU referente ao exercício de 2007, cujo pagamento se deu em 29.01.10, evidentemente bem após o seu vencimento, e também após o ajuizamento da presente ação, ocorrido em 03.10.08.

Não comprovou o réu o pagamento, dentro do prazo estipulado, dos aluguéis vencidos em 18.06.08, 18.07.08, 18.08.08 e 18.09.08, nem da conta de luz vencida em setembro de 2008.

Cabe ressaltar que, ainda que tenha o réu juntado cópias de comprovantes de depósitos judiciais feitos a favor do autor (f. 93, 96, 102, 105, 110, 113, 135, 149, 152, 155, 158, 264/311, 326, 357, 359, 361, 372, 374, 385/386), verifica-se que o primeiro depósito foi realizado em 05.12.2008, posteriormente, portanto, ao vencimento dos encargos inicialmente cobrados na presente ação. Ademais, impossível se aferir de plano a quais encargos locatícios estes depósitos foram destinados a dar quitação, o que, entretanto, poderá ser apurado em sede de liquidação de sentença.

Com efeito, há que se reconhecer que, quando do ajuizamento da presente ação, o réu encontrava-se efetivamente em mora, dando causa ao despejo por falta de pagamento e à cobrança do débito discriminado na peça inaugural.

Verifica-se, ainda, ter sido reconhecida, por sentença, no processo nº 024.08.237.620-3, a legitimidade da cobrança da multa contratual de 20%, cabendo registrar que a consignação de valores feita no curso daquela ação não foi hábil para afastar a mora do locatário (réu nesta ação), uma vez constatada a insuficiência dos valores consignados para a quitação do débito perante o locador (f. 210/212).

Dessarte, mostra-se procedente a cobrança feita pelo autor no valor inicialmente apresentado, devendo ser mantida a sentença recorrida, no pertinente.

Quanto aos encargos locatícios que foram vencendo no decorrer deste processo até a efetiva entrega das chaves, cabe ressaltar que o valor final do débito deve ser apurado em liquidação de sentença, verificando-se se foram pagos dentro de seus respectivos vencimentos, para que haja a incidência ou não dos encargos da mora como juros, correção monetária e a multa contratual de

20%, devendo ser abatido do total do débito apurado os valores depositados judicialmente e já levantados, conforme informam os documentos de f. 322 e 440.

Conclusão.

Ante o exposto, rejeito a preliminar e nego provimento ao recurso.

Custas recursais, pelo recorrente.

É como voto.

DES. CORRÊA CAMARGO (Revisor) - De acordo com o Relator.

DES. GUILHERME LUCIANO BAETA NUNES - De acordo com o Relator.

Súmula - REJEITARAM A PRELIMINAR E NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Examinador de trânsito - Concurso público em andamento - Superveniência da Resolução nº 358/10 do Contran - Exigência de novo requisito - Nível superior de escolaridade - Alteração do edital - Possibilidade - Adequação à nova legislação - Melhoria do serviço público - Apresentação do certificado de conclusão de curso superior - Momento da designação - Súmula 266 do STJ - Direito de participação das demais fases do certame - Recurso provido

Ementa: Apelação cível. Concurso público. Edital. Alteração. Nível de escolaridade. Possibilidade. Interesse público. Cumprimento do requisito. Data da posse. Súmula nº 266 do STJ.

- É lícito à Administração Pública alterar as condições e requisitos do concurso público já iniciado, quando necessária para a consecução do interesse público, respeitando-se os princípios que regem a Administração Pública.

- O interessado deverá comprovar o cumprimento dos novos requisitos até a data da posse, podendo, até então, participar de todas as fases do certame.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.10.244242-3/004 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Daniela Natália Aragão - Apelado: Estado de Minas Gerais - 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, 19 de junho de 2012. - *Antônio Sérvulo* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. ANTÔNIO SÉRVULO - Conheço do recurso, visto que presentes seus requisitos de admissibilidade.

A apelante se inscreveu em processo seletivo regido pela Portaria nº 5.238/09 para participar do curso de formação para examinador de trânsito, cujo nível de escolaridade exigido, à época, era ensino médio.

Por meio da Portaria nº 3.276/10, passou a ser exigido nível superior no referido certame, alterando-se seu edital, com fundamento na Resolução 358 do Contran, de 13 de agosto de 2010.

Pois bem. É lícito à Administração Pública alterar as condições e requisitos do concurso público já iniciado, quando necessária para a consecução do interesse público, respeitando-se os princípios que regem a Administração Pública.

No caso em comento não há evidências de descumprimento aos princípios da legalidade, igualdade, moralidade ou publicidade, o que autoriza a mudança do instrumento convocatório e lhe retira qualquer possibilidade de ser contrário ao ordenamento jurídico.

Do mesmo modo, a exigência de nível superior, como requisito para o cargo de examinador de trânsito, representa uma melhoria no serviço público possibilitando a alteração do edital.

Em hipótese similar à dos autos, assim decidiu este Tribunal de Justiça:

> Ementa: Agravo de instrumento - Ação de nulidade de ato administrativo - Certame de capacitação de examinador de trânsito (quadro de reserva) - Superveniência de resolução do Contran instituindo novo requisito para o exercício do cargo - Retificação do edital - Possibilidade - Antecipação dos efeitos da tutela - Art. 273 do CPC - Ausência de verossimilhança do direito. - É válida a retificação realizada pela administração pública no edital que regula o ingresso no curso de capacitação de examinadores de trânsito a fim de se adequar aos novos requisitos exigidos pelo Contran (Agravo de Instrumento nº 0718795-30.2010.8.13.0000, Rel. Des. Elias Camilo, publicado em 08.04.2011).

Confira-se, ainda, precedentes do Superior Tribunal de Justiça:

> Recurso ordinário em mandado de segurança. Alunos-sargentos não promovidos ao posto de segundo sargento. Alteração da legislação que rege a carreira no curso do certame. Possibilidade. Supremacia do interesse público. Recurso ordinário a que se nega provimento.
> 1. Consoante jurisprudência do STF e STJ, é lícito à Administração alterar condições ou requisitos estabelecidos pelo Edital, visando ao ingresso no serviço público, desde que respeitados os princípios basilares da Administração.
> 2. Recurso ordinário a que se nega provimento (RMS 18488/RS, Rel. Ministro Celso Limongi, *DJe* de 26.04.2010).

E mais:

> Concurso público. Serviços de tabelionato. Prova de títulos. Serviços notariais e registrais. Valoração. Exclusão. ADin do STF. Alteração do edital. Possibilidade.
> I - O eg. STF, nos autos da ADin 3580/MG, decidiu afastar a previsão de lei do Estado de Minas Gerais no ponto em que previa a valoração, como prova de título, do tempo de serviço prestado junto às serventias extrajudiciais, o que motivou a Administração a alterar os ditames de outro concurso que já estavam em vigor para excluir a validade de tais títulos, por ofensa ao princípio da isonomia.
> II - É lícito à Administração alterar condições ou requisitos estabelecidos pelo Edital visando o ingresso no serviço público, desde que o faça em respeito aos princípios básicos administrativos - hipótese dos autos. Precedentes: RMS nº 10.326/DF, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, *DJ* de 31.05.99, RMS nº 1.915/PA, Rel. Min. Demócrito Reinaldo, *DJ* de 09/05/94.
> III - Recurso improvido (RMS 24228/MG, Rel. Ministro Francisco Falcão, *DJ* 27.09.2007).

Entretanto, não há que se olvidar do enunciado da Súmula 266, a qual preceitua:

"O diploma ou habilitação legal para o exercício do cargo deve ser exigido na posse e não na inscrição para o concurso público."

A recorrente juntou aos autos declaração (f. 26) emitida pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - Unidade Contagem, informando data provável para conclusão do curso (2º semestre de 2011).

Assim, tendo em vista o acima exposto, tenho que a apelante deve ter seu certificado de conclusão de curso superior exigido apenas quando do momento de sua designação como examinadora de trânsito, caso seja aprovada nas provas de seleção de examinadora de trânsito realizadas pelo Detran/MG, sendo-lhe garantido o direito de participar das provas de seleção sem comprovar a conclusão do curso superior.

Com tais considerações, dou provimento ao recurso, para determinar que a apelante tenha seu certificado de conclusão de curso superior exigido apenas quando do momento de sua designação como examinadora de trânsito, caso seja aprovada nas provas de seleção realizadas pelo Detran/MG, sendo-lhe garantido o direito de participar das provas de seleção sem comprovar a conclusão do curso superior.

Invertidos os ônus da sucumbência.

Custas, *ex lege*.

DES.ª SANDRA FONSECA - De acordo com o Relator.

DES. EDIVALDO GEORGE DOS SANTOS - De acordo com o Relator.

Súmula - Deram provimento ao recurso.

...

Reintegração de posse - Fazenda invadida por integrantes do MST - Existência de posseiros em área distinta há muitos anos - Desocupação restrita aos invasores atuais - Esbulho - Boletim de ocorrência - Defesa da posse - Requisitos atendidos - Liminar concedida - Cumprimento da função social - Prova - Desnecessidade - Questão a ser analisada quando do julgamento do mérito - Magistrado - Proximidade dos fatos e dos interesses em conflito - Decisão mantida

Ementa: Agravo de instrumento. Ação de reintegração de posse. Movimento dos Sem-terra. Invasão. Liminar. Requisitos presentes. Decisão mantida.

- A magistrada primeva constatou os fatos noticiados e narrados no boletim de ocorrência, especificamente em relação à data de invasão, os ocupantes e as providências para a defesa da posse, o que autoriza a conclusão de que se encontram presentes o esbulho praticado, bem como a data em que ele ocorreu.

- Lado outro, a posse era exercida pelo agravado, o que fica evidenciado a partir da constatação da presença de funcionários que residem na referida fazenda.

- A questão afeta ao cumprimento da função social deve ser analisada quando do julgamento do mérito, e não em sede de liminar.

AGRAVO DE INSTRUMENTO CÍVEL Nº 1.0024.11. 275674-7/001 - Comarca de Belo Horizonte - Agravantes: Divina Coelho dos Santos, Paulo Sérgio Barbosa de Oliveira e outros, Maria Aparecida de Souza Coelho, Ivone Veríssimo de Oliveira, Altino Ferreira Lima, Vanda Aparecida dos Oliveiras, José Ribeiro Campos, Amarita Coelho dos Santos, Luzia de Oliveira, Etelvina Rosa de Oliveira, Antonio Rosa Martins, Nagib Ferreira Coelho, Otávio Rosa de Almeida - Agravada: Brasil Ecodiesel Indústria e Comércio de Biocombustíveis e Óleos Vegetais S.A. - 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 REJEITAR PRELIMINAR E NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 19 de abril de 2012. - *Alberto Henrique* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. ALBERTO HENRIQUE (Relator) - Cuida-se de agravo de instrumento interposto por Paulo Sérgio

Barbosa de Oliveira e outros contra a decisão proferida pela MM. Juíza da Vara de Conflitos Agrários, nos autos da ação de reintegração de posse, proposta por Brasil Ecodiesel Indústria e Comércio de Biocombustíveis Óleos Vegetais S.A.

Na aludida decisão, a Juíza primeva concedeu a liminar de reintegração de posse de toda e qualquer área da Fazenda São José e determinou a expedição de mandado judicial para cumprimento.

Inconformados com tal decisão, os réus interpõem o presente recurso.

Em suas razões, afirmam que restou comprovado que a Fazenda São José é improdutiva, não cumpre sua função social e encontra-se na posse de famílias de posseiros que plantam na área e dela retiram seu sustento há mais de quarenta anos.

Alegam que não há demonstração da posse por parte do agravado e de que não há comprovação da invasão, de modo que não se encontram presentes os requisitos necessários para a concessão da liminar.

Defendem que a decisão é *extra petita*, por não ter considerado a existência de famílias de posseiros na área reintegrada.

Por isso, pedem a concessão de efeito suspensivo e, ao final, a reforma da decisão para que a liminar seja revogada.

Decisão concedendo o efeito suspensivo às f. 60/62.

Informações da instância monocrática à f. 130

Decisão de reconsideração às f. 168/170, estabelecendo os efeitos da liminar.

Contraminuta às f. 177/192.

Parecer do Ministério Público às f. 213/221.

É o relatório.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

Como preliminar, alegam os agravantes que a decisão padece de vício *extra petita*, uma vez que a Magistrada primeva não teria levado em consideração a existência de famílias de posseiros na área reintegrada.

Não prospera tal alegação, na medida em que a questão relativa aos posseiros foi devidamente analisada, sendo certo que a ordem de desocupação se restringiu aos invasores, e não aos posseiros.

Insta salientar que o próprio agravado destacou por ocasião da audiência de conciliação realizada que o pedido se restringia aos invasores, e não aos posseiros, que já se encontram em área distinta da fazenda há muitos anos.

Assim, rejeito a preliminar.

Nas ações possessórias, a lei condiciona a concessão da liminar à comprovação da existência da posse, da moléstia sofrida na posse e da data em que tal moléstia tenha ocorrido.

Defendem os agravantes que a área se refere a uma fazenda improdutiva e que é ocupada por famílias de posseiros há mais de 40 (quarenta) anos.

Como afirmado na decisão que reconsiderou a concessão do efeito suspensivo ao presente recurso, não prospera tal argumento, na medida em que os próprios agravantes reconhecem que invadiram o imóvel objeto da ação de reintegração de posse, praticando o esbulho na data constante do boletim de ocorrência, consoante ressaltado pela Magistrada primeva, na decisão combatida.

A toda evidencia, tal premissa leva à conclusão de que, a despeito do termo de vistoria existente nos autos constatar a presença de posseiros na Fazenda São José, certo é que o pedido de reintegração de posse se refere tão somente à área invadida pelos integrantes do Movimento dos Sem-Terra.

No auto de visita e constatação (f. 222/224), é possível verificar que a área invadida é bem delimitada, composta por acampamento na margem esquerda da estrada da fazenda e que dá acesso à sede, com plantação recente no local invadido.

Tal área não se confunde com aquela em que existem posseiros, que se encontram há muitos anos na fazenda invadida pelos agravantes.

No supracitado documento, é possível constatar, outrossim, que a Magistrada primeva constatou os fatos noticiados e narrados no boletim de ocorrência, especificamente em relação à data de invasão, os ocupantes e as providências para a defesa da posse, o que autoriza a conclusão de que se encontram presentes o esbulho praticado, bem como a data em que ele ocorreu.

Lado outro, a posse era exercida pelo agravado, o que fica evidenciado a partir da constatação da presença de funcionários que residem na referida fazenda.

Por fim, correta a fundamentação da Juíza primeva, ao afirmar que a questão afeta ao cumprimento da função social deve ser analisada quando do julgamento do mérito, e não em sede de liminar. Nesse sentido, a jurisprudência:

> Ação de reintegração de posse. Fazenda. Invasão parcial. Interesse da Fazenda Nacional. Não comprovação. Liminar. 1. O proprietário e possuidor de bem imóvel invadido goza de interesse e legitimidade para a propositura da ação possessória, cabendo à Justiça Estadual, através da Vara de Conflitos Agrários, dirimir o litígio. 2. O deferimento de liminar em ação possessória, sem a prévia oitiva do representante do Ministério Público, não enseja o decreto de nulidade do feito, pois ao juiz é reservado apreciar e decidir sobre a pertinência do pedido, além do que não há que se falar em nulidade sem ocorrência de prejuízo. 3. A invasão de imóvel rural, mediante o uso de violência, por membros do MST e demais seguidores, com o propósito de obterem a solução no impasse relativo a outro imóvel, também invadido no mesmo município, configura o esbulho possessório, sendo assegurado ao proprietário, que tem o uso, gozo e disponibilidade de sua propriedade, a concessão da liminar de reintegração de posse, devendo a questão alusiva ao cumprimento da função social da propriedade ser discutida no âmbito de ação diversa (TJMG, 15º Câmara Cível, Agravo nº 1.0024.05.811922-3/001, Rel. Des. Guilherme Luciano Baeta Nunes, julgado em 20.07.2006).

De tal sorte, a decisão agravada deve ser mantida. Confira-se:

> Agravo de instrumento. Reintegração de posse. Propriedade rural. Conflito agrário. Preliminar. Intempestividade do recurso. Protocolo integrado. Não ocorrência. Mérito. Liminar de reintegração indeferida. Artigo 927 do CPC. Presença dos requisitos. Improdutividade da propriedade não demonstrada. Deferimento da medida. - Quando o recurso é apresentado na primeira instância, via protocolo integrado, dentro do prazo legal, há de ser considerado tempestivo. - São requisitos para a obtenção da proteção possessória, nos termos do artigo 927 do Código de Processo Civil, a comprovação da posse, do esbulho, da data do esbulho e da perda da posse. - O possuidor indireto tem legitimidade e interesse jurídico para propor ação de reintegração de posse. - Estando satisfatoriamente demonstrados os pressupostos enumerados no artigo 927 do Código de Processo Civil e qualificada a posse como nova, a reintegração liminar é medida que deve ser deferida. - Não constitui pressuposto para a proteção possessória a demonstração inicial da produtividade ou da função social que a propriedade rural cumpre, requisito afeto à desapropriação. - O princípio da função social não enseja a prática da autotutela (TJMG, 14ª Câmara Cível, Agravo de Instrumento nº 2.0000.00.518.899-2/000, Rel. Des. Renato Martins Jacob, julgado em 01.12.2005).

> Reintegração de posse. Atendimento aos requisitos do artigo 927 do CPC. Comprovação do cumprimento da função social da propriedade. Desnecessidade. - O cumprimento da função social da propriedade não deve ser analisado em sede de ação possessória, já que a Constituição Federal estabelece a forma adequada, qual seja a desapropriação. - A reforma agrária é um problema político-social que deve ser solucionado pelo governo, não competindo ao julgador de uma ação possessória a solução dessa questão. Provados os requisitos do artigo 927 do CPC, a reintegração de posse é medida que se impõe (TJMG, 9ª Câmara Cível, Ap. nº 2.0000.00.477227-8/000 c/c Ap. nº 2.0000.00.477221-6/000, Rel. Des. Pedro Bernardes, julgado em 1º.08.2006).

> Reintegração de posse. Invasão. Integrantes do Movimento dos Sem-Terra (MST). Prova por ocorrência policial. Justificação prévia desnecessária. Ausência de prova de produtividade da terra. Irrelevância. - Estando provada a posse e a invasão recente do imóvel, cabível o deferimento de liminar de reintegração, independentemente de justificação prévia. A produtividade ou não do imóvel rural é matéria que deve ser perquirida para fins de desapropriação. - A invasão do imóvel rural impede o processo de vistoria prévia, que é o ato inicial do processo de desapropriação para fins de reforma agrária. A invasão de propriedade alheia com fundamento exclusivamente na negativa de que a certidão de registro bem como a guia do ITR não guardam relação com a área de que se pretende a posse e que não correspondem à área prevista no pacto de transferência amigável firmado entre o Estado de Minas Gerais e os agravados constitui exercício arbitrário das próprias razões, não encontrando amparo no ordenamento jurídico (TJMG, 12ª Câmara Cível, Agravo de Instrumento 407689-7, Rel. Des. Saldanha da Fonseca, julgado em 18.06.2003).

Salienta-se, por fim, que somente é recomendável a modificação da decisão concessiva da liminar quando esta se mostrar eivada de ilegalidade ou abuso de poder.

Isso porque o magistrado está mais próximo dos fatos e dos interesses em conflito, o que lhe propicia uma maior segurança para decidir acerca das questões que lhe são apresentadas.

Nesse sentido, reiteradas decisões deste Tribunal:

> Ação de reintegração de posse. Presença dos elementos autorizadores das liminares. *Fumus boni iuris* e *periculum in mora*. Demonstrados os requisitos do art. 927 do CPC. Boletim de ocorrência policial. Presunção de validade. - O exame da liminar em ação possessória é de competência exclusiva do Juiz do feito; somente em casos excepcionais e evidenciada manifesta ilegalidade, é possível o reexame por meio de agravo de instrumento. - 'A liminar em possessória é medida provisória independente de cognição completa', que não exige prova plena e irretorquível, 'não tendo foro de perenidade, mas rótulo de precariedade [...]'. Agravo não provido (Agravo de Instrumento nº 411.713-7, Segunda Câmara Cível do Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais, Relator Juiz Antônio Sérvulo - *DJ* de 30.09.2003).

> Agravo de instrumento. Ação possessória. Liminar. Requisitos. Concessão. Poder discricionário do magistrado. - Na ação possessória, necessário que o autor demonstre a sua posse e o esbulho, devendo haver, em sede de apreciação de liminar, a probabilidade da presença dos requisitos estabelecido no artigo 927 do CPC. - A decisão liminar é precária e a sua concessão depende, basicamente, da formação do convencimento do julgador responsável pela colheita da prova documental ou em sede de audiência de justificação, inserindo-se a decisão, ainda que indiretamente, no poder geral de cautela do magistrado. - A concessão ou a denegação de liminar fica ao prudente arbítrio do juiz, só podendo ser reformada, pelo tribunal, em caso de evidente ilegalidade (Agravo de Instrumento nº 413.120-0, Terceira Câmara Civil do Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais, Relatora Des.ª Teresa Cristina da Cunha Peixoto. O voto proferido pela Juíza Relatora foi acompanhado na íntegra pelos demais componentes da Turma Julgadora. *DJ* de 27.08.2003).

Com tais fundamentos, rejeito a preliminar e nego provimento ao agravo.

Custas, pelos agravantes, suspensa a exigibilidade em virtude da concessão da assistência judiciária.

DES. LUIZ CARLOS GOMES DA MATA - De acordo com o Relator.

DES. FRANCISCO KUPIDLOWSKI - De acordo com o Relator.

Súmula - REJEITARAM PRELIMINAR E NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Ação de cobrança - Servidor público - Exoneração - Estágio probatório não concluído - Estabilidade não adquirida - Verbas salariais - Previsão na CLT - Inaplicabilidade - Indenização - Ausência de direito

Ementa: Apelação. Ação ordinária de cobrança. Servidor público. Exoneração. Estágio probatório não concluído.

Estabilidade não adquirida. Verbas de natureza salarial. Previsão na CLT. Inaplicabilidade. Indenização. Ausência de direito. Sentença mantida.

- Mantém-se a sentença que julga improcedente o pedido de pagamento de verbas salariais exclusivas das relações de trabalho submetidas à Consolidação das Leis do Trabalho.

- Improcede o pedido do autor relativo à declaração de estabilidade no serviço público quando sua exoneração, precedida do devido e regular procedimento administrativo, dá-se ainda na fase de estágio probatório.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0702.07.401550-5/001 - Comarca de Uberlândia - Apelante: Aparecida Maria Gomes Rodrigues - Apelado: Município de Uberlândia - 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 NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 12 de abril de 2012. - *Kildare Carvalho* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. KILDARE CARVALHO (Relator) - Trato de recurso de apelação interposto contra a r. sentença de f. 186/190, da lavra do MM. Juiz da 1ª Vara de Fazenda Pública e Autarquias da Comarca de Uberlândia, que julgou improcedentes os pedidos iniciais formulados nos autos da ação de cobrança ("reclamatória trabalhista") que Aparecida Maria Gomes Rodrigues move em desfavor do Município de Uberlândia, condenando a autora, ainda, nos ônus da sucumbência, observado, contudo, o disposto na Lei nº 1.060/50.

Inconformada, pugna a apelante, em preliminar, pela cassação da sentença, com o retorno dos autos à instância de origem, para que seja reaberta a fase instrutória, oportunizando-lhe a produção das provas requeridas, sob pena de violação às garantias constitucionais da ampla defesa e do contraditório. No mérito, pela reforma do julgado, de modo que sejam acolhidos, na íntegra, os pedidos formulados na peça vestibular. Para tanto, aduz ser contraditória e confusa a conclusão obtida pelo laudo pericial, no sentido de que a doença pela qual está acometida não tem caráter ocupacional. Sustenta, ainda, ser nulo o procedimento administrativo que culminou a sua exoneração.

Sem preparo, visto que concedidos à apelante os benefícios da assistência judiciária gratuita.

Contrarrazões às f. 202/225.

Manifestação da Procuradoria de Justiça à f. 231, pela desnecessidade de sua intervenção no feito.

Este o relatório, passo à decisão.

Conheço do recurso, presentes os pressupostos para sua admissão.

Ao que consta dos autos, Aparecida Maria Gomes Rodrigues tomou posse no cargo de Agente de Serviços Gerais Classe AGE - A Nível 1, junto ao Município de Uberlândia, aos 07.08.2003, vindo a ser exonerada, ainda no período de estágio probatório, aos 01.02.2006, após realização de regular procedimento administrativo, no bojo do qual restou atestada a inaptidão física da servidora para o trabalho, tendo sido sugerida e acolhida sua exoneração do cargo. Frise-se que, como se infere do processado, a autora/servidora, devidamente intimada, não se manifestou no referido processo administrativo.

Em razão de sua exoneração, moveu a servidora a presente ação, por meio da qual requereu a condenação do Município de Uberlândia ao pagamento das seguintes verbas: a) "indenização da estabilidade provisória, compreendendo os 12 meses de salário e 12/12 de 13º salário", no importe de R$ 4.044,82; b) "12/12 férias + 1/3, no valor de R$ 414,86; c) "FGTS + 40% sobre o período acidentário", num total de R$ 453,02; d) indenização por danos morais, no valor de R$ 62.228,00. Requereu, ainda, a procedência do pedido de "reintegração ao trabalho".

Ao fundamento de que o procedimento administrativo que culminou na exoneração da autora por inaptidão física para o trabalho não restou maculado por qualquer vício, foram julgados improcedentes os pedidos formulados pela autora, dando ensejo, assim, à interposição do presente apelo, que, pelos motivos a seguir expostos, não merece ser acolhido.

De início, tenho por bem rechaçar a preliminar de nulidade do feito, por suposto cerceamento de defesa.

Isso porque, de uma leitura detida do processado e, ainda, atento à conclusão obtida pelo laudo pericial juntado aos autos, não é preciso muito esforço para se concluir ser inútil a produção de prova oral, em audiência, a qual insiste a autora/apelante em realizar.

Não bastasse isso, o próprio desfecho dado à demanda pelo Julgador monocrático, a partir da análise correta dos fatos levados ao seu conhecimento, deixa evidente a desnecessidade de produção de prova oral neste feito.

Rejeito, assim, a preliminar de nulidade do feito.

No tocante ao mérito, como já antecipado, irreparável o comando judicial.

É que, a despeito da equivocada narrativa dos fatos constantes da peça vestibular, infere-se que a análise do feito, tal como bem procedido pelo Magistrado de origem, resume-se na aferição da legalidade do processo administrativo para avaliação de desempenho de um servidor em estágio probatório, o qual, após concluir por sua inaptidão física para o trabalho, opinou pela exoneração do servidor, o que foi acolhido pelo Chefe do Poder Executivo municipal.

Vale dizer, a questão é simples: aferida a inaptidão física do servidor - em estágio probatório - para o trabalho, sua exoneração, após processo administrativo prévio, em que lhe foi dada oportunidade para defesa, é medida imperativa.

Sobre o tema, a propósito, confira-se o ensinamento de José dos Santos Carvalho Filho:

> [...] a exoneração é a dispensa do servidor por interesse deste ou da Administração, não havendo qualquer conotação de sentido punitivo.
> Logicamente, a Administração não é inteiramente livre para promover a exoneração *ex officio*. Poderá fazê-lo em três casos:
> a) quando o servidor, ocupante do cargo efetivo, não satisfizer as condições do estágio probatório; (*Manual de direito administrativo*. 19. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 599).

Sendo assim, constatada a incapacidade da servidora, em regular procedimento administrativo, o qual culminou em sua exoneração, não há falar no direito à percepção de verbas exclusivas das relações de trabalho regidas pela Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, como pretendido pela apelante.

Por essas razões - repita-se -, atestada, ainda na fase do estágio probatório, a inaptidão física do servidor para o trabalho, autorizadora de sua exoneração, resta inútil a discussão acerca da pretensa estabilidade da apelante. Sobre o tema, aliás, mais uma vez oportuna a lição extraída da obra de José dos Santos Carvalho Filho. Confira-se:

> Estabilidade é o direito outorgado ao servidor estatutário, nomeado em virtude de concurso público, de permanecer no serviço público após três anos de efetivo exercício, como passou a determinar a EC nº 19/98, que alterou o art. 41 da CF, pelo qual anteriormente era exigido o prazo de apenas dois anos (*op. cit.*, p. 593).

Feitas essas considerações, abre mão de reparos o comando da sentença de f. 186/190.

Posto isso, nego provimento ao recurso.

Custas recursais, pelo apelante, suspensa, contudo, a exigibilidade da cobrança, nos termos do art. 12 da Lei nº 1.060/50.

DES. DÍDIMO INOCÊNCIO DE PAULA (Revisor) - De acordo com o Relator.

DES.ª ALBERGARIA COSTA - De acordo com o Relator.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Concurso público - Aprovação - Reavaliação de títulos - Redução da nota anteriormente atribuída - Reclassificação para posição inferior - Alegação de irregularidade - Desconsideração de documentação apresentada - Violação dos princípios da legalidade e impessoalidade - Ato unilateral da Administração - Decisão prejudicial ao candidato - Necessidade de instauração de procedimento administrativo - Garantia do contraditório e ampla defesa - Art. 5º, inciso LV, da Constituição da República - Regularidade dos títulos apresentados - Sentença confirmada

Ementa: Administrativo. Nulidade da sentença. Litisconsórcio passivo necessário. Carência de fundamentação. Rejeição. Reexame necessário. Conhecimento de ofício. Concurso público. Decisão administrativa de redução da nota anteriormente atribuída ao candidato. Revisão unilateral. Necessidade de se conferir direito de defesa ao interessado. Desconsideração de declaração regularmente apresentada pelo postulante. Impossibilidade. Decisão administrativa que viola os princípios da legalidade e da impessoalidade que regem o certame. Pedido julgado procedente. Sentença confirmada.

- Havendo mera expectativa de direito ao cargo público, bem assim diante da impossibilidade de a decisão judicial invadir a esfera subjetiva de outros concorrentes do certame, despicienda a instauração de litisconsórcio nos moldes do art. 47 do Código de Processo Civil.

- A nulidade por carência de fundamentação, em ofensa ao art. 93, IX, da Constituição da República, somente se verifica quando ausente qualquer razão de decidir, de modo que, evidenciados os fundamentos do julgado, inexiste nulidade a ser declarada.

- Está sujeita ao duplo grau de jurisdição obrigatório a sentença prolatada contra o ente estadual se ausente qualquer uma das causas de dispensa elencadas nos §§ 2º e 3º do art. 475 do Código de Processo Civil.

- Descumpre à Administração reduzir a nota já atribuída ao candidato, no curso do certame, em atuação unilateral, porquanto, diante do manifesto prejuízo, deve ser dado ao interessado o prévio exercício do direito de defender a validade dos documentos por ele apresentados para fins de pontuação na fase da análise de títulos.

- Afastada qualquer irregularidade na declaração prestada pelo empregador do candidato, que confirma o exercício de atividade de repórter de TV, devem ser conferidos

ao concorrente os pontos correspondentes à titulação demonstrada, na forma do edital.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0145.09.545540-1/002 - Comarca de Juiz de Fora - Apelante: Estado de Minas Gerais - Apelado: Ricardo Beghini da Silva - Litisconsorte: Fundep -Fundação de Desenvolvimento da Pesquisa - 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 REEXAME NECESSÁRIO, CONHECIDO DE OFÍCIO, CONFIRMAR A SENTENÇA, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

Belo Horizonte, 26 de junho de 2012. - *Sandra Fonseca* - Relatora.

Notas taquigráficas

DES.ª SANDRA FONSECA (Relatora) - Cuida-se de recurso de apelação interposto pelo Estado de Minas Gerais, visando à reforma da r. sentença que, nos autos da ação ordinária ajuizada por Ricardo Beghini da Silva, julgou procedente o pedido de anulação do ato administrativo que reduziu a nota do candidato no público certame a que se submeteu.

Em suas razões recursais, suscitou o apelante preliminar de nulidade da sentença, ante a ausência de instauração de litisconsórcio necessário entre os candidatos interessados, assim como em razão da alegada carência de fundamentação.

No mérito, sustentou, em síntese, que é reconhecido à Administração, mesmo de ofício, rever seus próprios atos quando eivados de ilegalidade, por simples exercício do seu poder de autotutela, pelo que defendeu a correção da decisão administrativa de minoração da pontuação do apelado.

Ressaltou que a imprestabilidade dos documentos apresentados pelo recorrido para a comprovação dos respectivos títulos foi arguida por outros candidatos, de modo que o ente estadual agiu impelido por requerimento regularmente manejado.

Asseverou que a declaração prestada em favor do candidato se apresentou discrepante com os esclarecimentos prestados por seu empregador, o que levou a Administração a desconsiderar o período de experiência profissional informado por terceira estranha à relação contratual comprovada pelo recorrido.

Ao final, pugnou pelo provimento do recurso para julgar improcedente o pleito exordial.

Contrarrazões às f. 505/521.

De início, observo que o recorrido, em sede de contrarrazões, pleiteou a imediata concessão da tutela antecipada, para fins de ser nomeado ao cargo público pretendido.

É certo que as contrarrazões recursais se resumem à peça processual em que se viabiliza a resposta do recorrido aos argumentos apresentados pela parte interessada para reforma do julgado *a quo*, por atendimento à ordem constitucional do contraditório e da ampla defesa.

Nessa linha, não se admite àquele que se opõe às razões recursais manejar pedido próprio na peça de resposta, o que demandaria manifestação autônoma.

Com efeito, em se tratando de resposta subordinada ao recurso manejado pela parte contrária, eventual acolhimento de pedido aviado em sede de contrarrazões recursais redundaria em inequívoca *reformatio in pejus*, porquanto corresponderia a piorar a situação do recorrente exclusivo, responsável pela devolução da matéria ao órgão *ad quem*.

Sendo assim, não tendo sido interposto qualquer recurso pelo autor, inviável o pleito de antecipação da tutela apenas nas contrarrazões do apelo aviado pela parte contrária.

Por conseguinte, não conheço do pedido de concessão da tutela antecipada.

Preliminares: nulidade da sentença.

Arguiu o recorrente preliminar de nulidade da r. sentença, ao fundamento de que não foi providenciado o litisconsórcio passivo necessário em referência aos demais candidatos interessados na resolução da presente demanda.

Do exame dos autos, verifica-se que a matéria controvertida na espécie se limita à pretendida anulação do ato administrativo que reduziu a nota do apelado em referência aos títulos por ele apresentados.

Na verdade, distinguem-se as hipóteses em que o candidato pleiteia, com a correção de alegada ilegalidade, alcançar posição superior àquela na qual classificado, entre o número de vagas, daquelas situações em que, uma vez declarada a posição do interessado, por ato unilateral, a Administração opera a redução de sua nota, reclassificando-o em colocação inferior àquela inicialmente pronunciada.

A propósito, em se tratando de pedido de anulação de ato administrativo de minoração de nota, por reavaliação dos títulos do candidato, inexiste possibilidade de a decisão proferida neste feito alcançar a esfera jurídica de outros candidatos.

Isso porque, na espécie, o que pretende o autor é tão somente declarar a ilegalidade da atuação que o retirou da colocação já antes pronunciada pelo próprio ente estadual, e não galgar novas posições em detrimento de terceiros.

Ademais, não bastasse se discutir a mera manutenção da posição do candidato, bem é de ver que eventual procedência do pleito não poderá prejudicar outros interessados, já que nenhum dos candidatos posicionados além da 13ª colocação, que é a pretendida pelo

requerente, e a 26ª posição, na qual foi ulteriormente alocado, logrou aprovação dentro do número de vagas do certame, havendo mera expectativa de direito.

Com efeito, somente foram providos treze cargos, de modo que, caso anulado o ato administrativo impugnado, permanecerão os demais colocados além do número de vagas oferecidos no certame, pelo que não se justifica a convocação desses terceiros para integrar o presente feito.

Em hipótese semelhante, assim já decidiu o col. Superior Tribunal de Justiça:

> Processual civil. Agravo regimental. AResp. Concurso público. Litisconsórcio passivo necessário. 1. Em se tratando de concurso público, não há a formação de litisconsórcio passivo necessário, visto que os candidatos detêm apenas uma expectativa de direito à nomeação. 2. O acórdão recorrido, com base na prova dos autos, foi explícito ao afastar a necessidade de formação de litisconsórcio passivo entre os candidatos, 'por não possuírem interesse na demanda'. Para revisar essa premissa seria necessário revolver as provas e fatos dos autos, o que se mostra vedado nos termos da Súmula 7/STJ. 3. Agravo regimental não provido. (TJMG - AgRg no AREsp 83.020/GO - Rel. Min. Castro Meira - Publicação: 12.3.2012.)

Logo, não havendo necessidade de convocação dos demais candidatos, inexiste nulidade no julgado.

Suscitou, ainda, o apelante preliminar de nulidade da sentença, sob a justificativa de que carente de fundamentação.

Ao revés do que argumentou o recorrente, a r. sentença apresentou adequadamente as respectivas razões de decidir, tendo concluído expressamente que a nulidade do ato administrativo de redução da nota do candidato adveio da atuação unilateral da Administração, independentemente de provocação e sem que conferisse ao candidato o direito de defesa.

Dessa forma, esclarecidos os fundamentos de decidir do julgado, não se reconhece a arguida nulidade, já que a sentença atendeu à ordem do art. 93, IX, da Constituição da República.

Reexame necessário.

Noutro giro, bem é de ver que a r. sentença anulou ato administrativo praticado pelo Estado de Minas Gerais, condenando-o a retificar a nota alcançada pelo autor no concurso público.

Desse modo, tendo sido prolatada a sentença contra o ente estadual, incide na espécie o art. 475, I, do Código de Processo Civil, que determina a submissão do julgado ao duplo grau de jurisdição obrigatório, não havendo qualquer causa capaz de justificar a dispensa da ordem legal.

Por essa razão, de ofício, conheço da remessa oficial.

Superada a preliminar arguida em sede de contestação, atinente à necessidade de formação de litisconsórcio passivo necessário, passo à análise do mérito do feito.

Mérito.

Cinge-se a controvérsia encerrada nestes autos à validade do ato administrativo que minorou a pontuação do autor após a reavaliação dos respectivos títulos na última fase do concurso público a que se submeteu.

Após detida análise dos autos, verifico que o postulante participou do concurso público para provimento de cargos do quadro de pessoal da Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais, concorrendo a uma das vagas para jornalista, especialidade repórter de TV (cargo 231, área V).

Aprovado em todas as etapas do certame, foi o autor convocado para apresentar seus títulos, em decorrência dos quais lhe foram inicialmente atribuídos 19 (dezenove) pontos, conforme publicação oficial trazida à f. 32, pelo que classificado na 13ª (décima terceira) colocação.

Nada obstante, decorrido o prazo de recurso para os candidatos interessados, em que pese não ter havido qualquer oposição do autor, foi a sua nota reduzida, de ofício, pela Administração, para o total de 7 (sete) pontos, o que acarretou a respectiva reclassificação na 23ª (vigésima terceira) posição.

Questionada sobre a alteração unilateral da nota que havia sido atribuída aos títulos do candidato, informou a fundação responsável pelo certame que o interessado não teria logrado comprovar o exercício profissional anterior na função pretendida de repórter de TV.

Assim esclareceu a comissão organizadora do concurso:

> A Fundep, visando a obedecer ao estrito cumprimento das normas do Edital nº 01/2007 e considerando que a banca avaliadora da quarta etapa - prova de títulos - do concurso público para as especialidades de Jornalista - Repórter de TV (código 231) efetuou nova análise dos títulos de todos os candidatos dessa especialidade e constatou equívoco na análise anterior relativa à aplicação dos critérios estabelecidos na Tabela XXIII, constantes do item 33.1.9 do edital.
> A perda dos pontos se deu em razão da reavaliação da comprovação de tempo de exercício profissional, na especialidade de Jornalista/Repórter de TV/231, apresentada.
> Conforme previsto em edital, a atribuição de pontos por tempo de exercício profissional se dará em função da comprovação de 'exercício de atividade profissional de nível superior, exceto magistério, na função de jornalista em atividades da área de seleção a que está concorrendo, nos últimos 5 (cinco) anos'.
> O documento apresentado refere-se a tempo como repórter em jornal impresso e, não, como repórter de TV, como exigido no edital.
> Houve, portanto, a atribuição de pontos de forma equivocada, na contagem do tempo, que ora se regulariza (f. 36).

Como se vê, na seara administrativa, após a redução unilateral da nota do candidato, informou a Fundep - Fundação de Desenvolvimento da Pesquisa, gestora do certame, que não foi apresentada prova de que o autor teria desempenhado a atividade profissional de repórter de TV, mas apenas de repórter de jornal impresso.

Nada obstante, conforme reconheceu a própria fundação e também o Estado de Minas Gerais, já no curso

do presente feito, o postulante apresentou documental que informava ter ele desempenhado as funções de repórter de TV, junto à TV Alterosa (f. 43), mas que tal documento teria sido desconsiderado pelos responsáveis pelo certame, ao fundamento de que não correspondia à realidade dos fatos.

Nesse rumo, constata-se que, já no final do concurso, depois de divulgadas as notas finais, houve por bem a Administração rever o total atribuído ao candidato, reduzindo-o de forma unilateral.

Com efeito, muito embora a justificativa da atuação do ente estadual esteja respaldada na alegação de que a reavaliação dos títulos do autor decorreu de pedido manifestado por outro candidato, constata-se que, além de o edital do concurso não prever a faculdade de os concorrentes impugnarem os títulos uns dos outros, o suscitado recurso administrativo, em que um candidato supõe equivocada a declaração de que o autor já laborou como repórter de TV, f. 244, não foi conhecido, por ausência dos requisitos regulamentares (f. 245).

É dizer, após a mera suposição de um dos candidatos, que entendeu errônea a atribuição de pontos em benefício do autor, resolveu o ente público reduzir a nota do postulante depois de decidir, de ofício, rever os critérios da pontuação anteriormente deferida ao requerente.

Como cediço, à Administração é conferida a prerrogativa de rever seus atos, para anulá-los ou revogá-los, conforme sejam ilegais ou inconvenientes e inoportunos, respectivamente.

Com efeito, tal entendimento já foi, há muito, sufragado pelo Supremo Tribunal Federal:

> Súmula nº 346 - A administração pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos.
>
> Súmula nº 473 - A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.

Entrementes, o direito do ente público de rever os atos administrativos não é de todo absoluto, visto que encontra limites na própria Constituição da República.

Em se tratando, assim, de decisão que possa prejudicar o particular, incabível a revisão de forma unilateral pelo Estado, sem prévio procedimento administrativo que possibilite ao interessado o efetivo exercício do direito ao contraditório e à ampla defesa, por ordem do art. 5º, LV, da Constituição, que estendeu ao processo administrativo essas garantias:

> Art. 5º [...] LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

Portanto, para que a revisão de ato administrativo hábil a restringir direitos de terceiros possa validamente operar seus efeitos, é indispensável a prévia convocação do interessado, para o exercício do direito à defesa.

Assim, após verificar que o tempo de serviço já antes regularmente reconhecido no certame para fins de pontuação na fase de títulos não mais seria considerado, deveria a Administração ter facultado ao candidato apresentar os esclarecimentos que entendesse pertinentes, não podendo simplesmente minorar sua nota, sem que antes nem sequer fosse cientificado da decisão.

O Supremo Tribunal Federal já decidiu:

> Ato administrativo - Repercussões - Presunção de legitimidade - Situação constituída - Interesses contrapostos - Anulação - Contraditório. - Tratando-se da anulação de ato administrativo cuja formalização haja repercutido no campo de interesses individuais, a anulação não prescinde da observância do contraditório, ou seja, a instauração do processo administrativo que enseje a audição daqueles que terão modificada situação já alcançada. Presunção de legitimidade do ato administrativo praticado, que não pode ser afastada unilateralmente, porque é comum à administração e ao particular. (RE nº 159.543-9. Ministro Marco Aurélio. Informativo nº 08.)

Logo, já sob esse viés se revela ilegal a atuação administrativa, que alterou a classificação do candidato após reavaliar seus títulos, retirando parte substancial dos pontos que lhe haviam sido atribuídos.

Não bastasse, o que se apura na espécie é que a decisão administrativa redundou em grave violação dos princípios da impessoalidade e da publicidade, que deveriam reger o certame.

Isso porque houve inequívoca desconsideração de documento regularmente apresentado pelo candidato, exclusivamente por razões subjetivas da Administração. É que, nada obstante a comprovação do tempo de trabalho do autor na função de repórter de TV, acabou o candidato sendo flagrantemente prejudicado pela decisão que desconsiderou a declaração prestada por seu empregador, ao fundamento de que não espelharia a realidade. Vejamos.

Sobre a valoração dos títulos dos candidatos concorrentes às vagas de jornalista, o edital do concurso, no que interessa à espécie, previu que a "experiência profissional na área de jornalismo", consubstanciada em "exercício de atividade profissional de nível superior, exceto magistério, na função de jornalista, em atividades da área de seleção a que está concorrendo, nos últimos 5 (cinco) anos", cuidou de atribuir o total de 3 (três) pontos por ano, até o limite de 15 (quinze) pontos, f. 151.

Para a comprovação correspondente, estabeleceu-se:

> 33.1.9.1 - A comprovação do tempo de serviço deverá ser feita da forma a seguir:
> a) cópia autenticada da Carteira de Trabalho e Previdência Social - CTPS - acrescida de declaração que informe o período (com início e fim, se for o caso) e a espécie do serviço realizado, com a descrição das atividades desenvolvidas, se realizado na área privada;

b) certidão original ou cópia autenticada que informe o período (com início e fim, se for o caso) e a espécie do serviço realizado, com a descrição das atividades desenvolvidas, se realizado na área pública;
c) cópia autenticada do contrato de prestação de serviços ou recibo de pagamento de autônomo - RPA - acrescido de declaração que informe o período (com início e fim, se for o caso) e a espécie do serviço realizado, no caso de serviço prestado como autônomo (f. 152).

A prova do labor na iniciativa privada esteve condicionada, pois, à apresentação da carteira de trabalho do candidato, devidamente acompanhada de declaração fornecida pelo empregador que descreva as atividades desenvolvidas pelo interessado.

Para tanto, resta inequívoco nos autos que o postulante apresentou a cópia de sua CTPS, tal como trazida às f. 26/27, assim como as declarações firmadas por representantes da TV Alterosa Zona da Mata e Vertentes e pelo Estado de Minas S.A. (f. 43/44).

No que toca ao período controvertido, em razão do qual foram desconsiderados os 12 (doze) pontos antes conferidos ao candidato, consta da respectiva carteira de trabalho a assinatura de vínculo com o empregador nominado Estado de Minas S.A., para o cargo de repórter II N-3A, admitido o autor em 3 de maio de 2004.

Já na declaração firmada pela TV Alterosa, assim restou esclarecido, *verbis*:

> [...] Declaro também que, no período compreendido entre o ano de 2004 até o presente momento, enquanto 'Repórter II' da sucursal do jornal *Estado de Minas* (S.A. Estado de Minas) na Zona da Mata, tendo em vista a política interna de convergência de mídias, o jornalista Ricardo Beghini da Silva desenvolveu atividades típicas de repórter de TV, na TV Alterosa Zona da Mata e Vertentes, empresa que pertence ao mesmo grupo de comunicação (Diários Associados) e que funciona no mesmo endereço: Rua Rei Alberto, 79, Centro, Juiz de Fora (MG). Além disso, semanalmente, produz e apresenta na TV, sempre às quartas-feiras, uma chamada do suplemento Guia de Negócios Zona da Mata do Estado de Minas Gerais, publicado às quintas-feiras.
> Para efeitos de comprovação, concedo, em anexo, cópia dos seguintes materiais:
> - Série de materiais especiais 'Centenário do 14 Bis', exibidas em 23, 24 e 25 de outubro de 2006.
> - Chamada do Guia de Negócios do Estado de Minas Gerais, exibida em 18 de julho de 2007.
> - Áudio-tape sobre acidente ambiental em Barroso, exibida em 10 de abril de 2006.
> - Áudio-tape sobre fiscalização do Ibama em Piau, exibida em 4 de agosto de 2004 (f. 43).

Em que pesem os vídeos terem sido apresentados pelo autor, foram os DVDs retidos na Secretaria do juízo de origem, sendo certo que, em nenhum momento dos autos, as imagens, comprobatórias de que o autor exerceu atividade de repórter de TV foram impugnadas por quaisquer das partes.

Entrementes, diante da declaração prestada pelo jornal Estado de Minas, f. 44, que esclarece ser o requerente responsável pela redação de noticiário escrito, desde 3 de maio de 2004, entendeu a Administração que havia incompatibilidade entre as informações e, ainda, que a TV Alterosa não poderia prestar declaração sobre os serviços desempenhados pelo candidato junto ao Estado de Minas S.A.

O fato, todavia, de a informação ter sido firmada pela TV Alterosa Zona da Mata e Vertentes, em nada justifica a exclusão da declaração respectiva para fins de pontuação do autor, porquanto a própria editora responsável pela empresa afirma se tratar de um único grupo, que permite a contínua rotação entre seus empregados.

Em outras palavras, nada há de irregular na circunstância de o documento ter sido firmado por representante da TV Alterosa, enquanto a carteira de trabalho do requerente é assinada pelo jornal *Estado de Minas*, já que na própria declaração há esclarecimento de que se trata de um único grupo de empresas coligadas.

Além disso, verifica-se que as duas declarações, em conjunto, não se excluem, mas, ao contrário, se complementam, de maneira que é possível concluir que o autor, laborando para o grupo das empresas do jornal *Estado de Minas*, como faz mostrar o próprio timbre lançado no rodapé da declaração de f. 44, desempenha distintas atividades, entre elas, também, a de repórter de TV, tal como exigido pelo edital do certame.

Dessa forma, o que se constata é que as funções passíveis de pontuação pelo autor restaram devidamente comprovadas, tal como inicialmente declarou a Administração, não havendo qualquer elemento capaz de justificar a alegada suspeita de falsidade documental, razão pela qual correta a anulação do ato administrativo.

A jurisprudência tem reconhecido:

> [...] O concurso para provimento de cargo público constitui ato vinculado, que vincula não só o candidato como a administração pública, podendo a classificação ser revista pelo Poder Judiciário nos pontos em que afronta os critérios previstos no edital. Assim, não constitui exame do mérito administrativo verificar se a Administração procedeu à correção da prova segundo os critérios objetivos estabelecidos no instrumento convocatório. (TJMG - AC 1.0024.06.990803-6/002 - Rel.ª Des.ª Maria Elza - Publicação: 27.07.2010.)

Via de consequência, evidenciada a ilegal atuação administrativa, que alterou unilateralmente a nota do candidato, aliada à prova de que o interessado logrou demonstrar que faz jus aos 19 (dezenove) pontos que lhe haviam sido atribuídos, deve ser mantida a r. sentença, que anulou a ordem administrativa de minoração da nota do autor, restabelecendo-se a legalidade e impessoalidade a que se submete o ente público na realização do certame.

Com essas considerações, em reexame necessário, confirmo a sentença.

Como corolário, julgo prejudicado o recurso voluntário.

É como voto.

DES. EDILSON FERNANDES (Revisor) - De acordo com a Relatora.

DES. MAURÍCIO BARROS - De acordo com a Relatora.

Súmula - EM REEXAME NECESSÁRIO, CONHECIDO DE OFÍCIO, CONFIRMARAM A SENTENÇA, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

...

Ação de cobrança - Bombeiros militares - Plantão - Regime de revezamento - Gratificação por tempo integral - Adicional noturno - Parcela indevida

Ementa: Apelação cível. Ação de cobrança. Bombeiros militares. Plantão. Regime de revezamento. Gratificação por tempo integral. Adicional noturno. Parcela indevida. Recurso não provido.

- O administrador público deve conduzir-se dentro da legalidade. A aplicação deste princípio quer dizer submissão tanto às normas infraconstitucionais como, principalmente, às de ordem constitucional.

- A Constituição da República determina o pagamento de trabalho no horário noturno em valor superior ao diurno. Determina, ainda, a extensão do referido direito ao funcionário público.

- Todavia, os bombeiros militares já são remunerados com gratificação de tempo integral, parcela que não é devida a outras categorias, abrangendo, portanto, o trabalho em período noturno.

- Logo, é indevido o adicional noturno pretendido.

Apelação cível conhecida, e não provida, mantida a sentença que rejeitou a pretensão inicial.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.09.695143-9/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelantes: Alexandre Martins Marcelino e outros - Apelado: Estado de Minas Gerais - Relator: DES. CAETANO LEVI LOPES

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sob a Presidência do Desembargador Caetano Levi Lopes, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 24 de abril de 2012. - *Caetano Levi Lopes* - Relator.

Notas taquigráficas

Assistiu ao julgamento, pelos apelantes, a Dr.ª Ana Paula Avelar Rodrigues.

DES. CAETANO LEVI LOPES - Conheço do recurso porque presentes os pressupostos de sua admissibilidade.

Os apelantes Alexandre Martins Marcelino, Isalino de Souza Luciano, Jordane Magno Brandão, Valdemir Damas, Wellington Carvalho da Costa e Pedro Raimundo de Alcântara aforaram esta ação de cobrança contra o apelado. Afirmaram que são bombeiros militares e exercem suas funções em regime de plantão, com expedientes diurno e noturno. Entendem que têm direito ao recebimento do adicional noturno previsto na Lei Estadual nº 10.745, de 1992, na base de 20% sobre a hora normal de trabalho, incidente sobre o trabalho realizado entre as 22 horas de um dia até às 5 horas do dia seguinte. Pleitearam o pagamento do referido adicional e seus reflexos nas férias acrescidas do adicional constitucional, 13º salário, anuênios e quinquênios, relativo ao período não prescrito. O recorrido negou a existência do crédito reclamado. Pela r. sentença de f. 71/75, a pretensão foi rejeitada.

Cumpre verificar se existe o crédito reclamado.

Passo ao exame da prova.

Os recorrentes trouxeram, com a petição inicial, os documentos de f. 13/42. Destaco as declarações de que os apelantes trabalham em turnos de revezamento, sendo que o horário de um dos turnos é de 21h30min às 7h30min (f. 18, 22, 25, 33, 38 e 42), e os demonstrativos de pagamento, comprovando que eles são bombeiros militares e que não recebem adicional noturno (f. 15, 21, 27, 32, 37 e 41). Estes os fatos.

Com relação ao direito, é de geral ciência que o administrador público deve conduzir sua ação estritamente dentro do princípio da legalidade. Referido princípio delimita o procedimento do administrador, conforme ensina Hely Lopes Meirelles no *Direito administrativo brasileiro*, 27. ed., São Paulo: Malheiros, 2002, p. 86:

> Legalidade. A legalidade, como princípio de administração (CF, art. 37, *caput*), significa que o administrador público está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se à responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso.
> A eficácia de toda atividade administrativa está condicionada ao atendimento da Lei e do Direito.

E prossegue na mesma página:

> Na Administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza. A lei para o

> particular significa 'pode fazer assim'; para o administrador público significa 'deve fazer assim'.
> As leis administrativas são, normalmente, de ordem pública e seus preceitos não podem ser descumpridos, nem mesmo por acordo ou vontade conjunta de seus aplicadores e destinatários, uma vez que contêm verdadeiros poderes-deveres, irrelegáveis pelos agentes públicos. Por outras palavras, a natureza da função pública e a finalidade do Estado impedem que seus agentes deixem de exercitar os poderes e de cumprir os deveres que a lei lhes impõe. [...].

Mas, evidentemente, acima da lei ordinária está a Constituição da República. E as normas constitucionais são cogentes.

O art. 39, § 3º, da Constituição da República, com a alteração decorrente da Emenda Constitucional nº 19, de 1998, estende aos funcionários públicos alguns direitos sociais, autoaplicáveis, previstos para os trabalhadores urbanos e rurais, entre eles, o adicional noturno:

> Art. 39. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão conselho de política de administração e remuneração de pessoal, integrado por servidores designados pelos respectivos Poderes.
> [...]
> § 3º Aplica-se aos servidores ocupantes de cargo público o disposto no art. 7º, IV, VII, VIII, IX, XII, XIII, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XX, XXII e XXX, podendo a lei estabelecer requisitos diferenciados de admissão quando a natureza do cargo o exigir.

Por outro norte, a Lei Estadual nº 5.301, de 1969 - Lei Orgânica da Polícia Militar do Estado de Minas Gerais - dispõe sobre os plantões noturnos, sem, no entanto, incluir o adicional específico, em razão do pagamento da chamada gratificação por tempo integral:

> Art. 15. A qualquer hora do dia ou da noite, na sede da Unidade ou onde o serviço o exigir, o policial-militar deve estar pronto para cumprir a missão que lhe for confiada pelos seus superiores hierárquicos ou imposta pelas leis e regulamentos.
> [...]
> Art. 59. São as seguintes as vantagens atribuídas ao pessoal da Polícia Militar, nas condições estabelecidas neste Estatuto ou regulamento próprio:
> I. constantes:
> [...]
> b) gratificação de tempo integral;
> [...]
> Art. 61. A gratificação de tempo integral de serviço é devida ao policial-militar, em face de sua disponibilidade para o serviço público, a qualquer hora do dia ou da noite, nos termos do artigo 15 deste Estatuto, e pela impossibilidade de exercer outra atividade remunerada em entidade pública ou privada, nos termos das legislações federal e estadual específicas.

Ora, a gratificação por tempo integral, que não é devida às demais categorias do serviço público estadual, abrange o serviço em horário noturno, conforme asseverou o Julgador monocrático. E justamente por esta circunstância é que a Lei Estadual nº 10.745, de 1992, não contempla, expressamente, os bombeiros militares.

É claro que o revezamento, em si, não dispensaria o pagamento do adicional noturno conforme consta da Súmula nº 213 do egrégio Supremo Tribunal Federal: "Súmula 213: É devido adicional noturno ainda que em regime de revezamento".

Mas a isonomia, viga mestra da Constituição da República, não tolera que os apelantes recebam em duplicidade pela jornada que presta, vale dizer, gratificação por tempo integral e adicional noturno.

Portanto, está correta a sentença porque a verba é indevida, o que torna mesmo inagasalhável a irresignação.

Com esses fundamentos, nego provimento à apelação.

Custas, pelos apelantes, respeitado o disposto na Lei nº 1.060, de 1950.

DES.ª HILDA TEIXEIRA DA COSTA - De acordo.

DES. AFRÂNIO VILELA - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Cheque - Assinatura em branco - Título líquido, certo e exigível - Irregularidade do título - Não comprovação - Ônus do réu - Art. 333, II, do CPC

Ementa: Embargos do devedor. Cheque assinado em branco. Título líquido, certo e exigível. Irregularidade do título. Não comprovação. Ônus do réu. Art. 333, II, CPC. Recurso desprovido.

- Emitido o cheque em branco, ele pode ser preenchido pelo mandatário ou seu portador.

- Cabe ao devedor demonstrar o fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do credor, ficando a solução da lide inteiramente reservada para a função jurisdicional de cognição, já dispondo o magistrado de elementos suficientes para formar sua convicção.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0240.07.000109-6/001 - Comarca de Ervália - Apelante: Donalice Indústria e Comércio de Café Ltda. - Apelado: Antônio Lopes Rodrigues - Relator: DES. ANTÔNIO DE PÁDUA

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, 17 de maio de 2012. - *Antônio de Pádua* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. ANTÔNIO DE PÁDUA - Trata-se de recurso de apelação interposto por Donalice Indústria e Comércio de Café Ltda., nos autos dos "embargos à execução", ajuizado contra Antônio Lopes Rodrigues, em curso perante o Juízo da Vara Única da Comarca de Ervália, inconformada com os termos da r. sentença de f. 251/253, que julgou improcedentes os embargos.

Em suas razões recursais de f. 259/265, a apelante alega inexistência de causa *debendi*.

Frisa que o cheque que instrui a execução é nulo, porquanto obtido de forma ilegal, uma vez que foi emitido em branco e preenchido com má-fé.

Não houve apresentação de contrarrazões.

Preparo comprovado na f. 266.

Conheço do recurso, presentes suas condições de admissibilidade.

Trata-se de execução fundada em cheque, estando formalmente perfeita, sem qualquer irregularidade que possa viciá-lo, revestindo-se de liquidez, certeza e exigibilidade, sendo título executivo extrajudicial, (art. 585, I, CPC), e apropriado o procedimento escolhido para sua cobrança.

Depreende-se dos autos que o embargante/apelante frisa que o valor do cheque e a sua respectiva data foram consignados após sua assinatura, de modo que, sob a sua ótica, restou confirmado que foi apropriado ilegalmente pelo embargado e que ela representa dívida fictícia.

Observo que a sentença firmou seu entendimento de que o título que embasou a execução é dotado de abstração e autonomia, requisitos que somente podem ser questionados mediante comprovação robusta de sua invalidade, o que não se deu *in casu*.

No presente caso, insta sublinhar que aquele que emite um título de crédito em branco e o entrega ao credor, tacitamente lhe confere mandato para que seja preenchido, até o momento da execução, respondendo pelos riscos de sua emissão, conservando aquele as características fundamentais de dívida líquida, certa e exigível.

Na realidade, constitui o cheque, ainda que emitido em branco, ordem de pagamento à vista, desvinculado da relação jurídica originária, segundo o princípio da abstração, bastando para isso comprovar a existência da dívida, desde que preenchidos todos os requisitos esculpidos no art. 1º da Lei nº 7.357/85.

A respeito, ensina Fran Martins:

> A Lei do Cheque, como acontece com a lei cambial, permite o cheque em branco, ou seja, o cheque que, antes de ser apresentado ao sacado, não contém todos os requisitos exigidos para a sua validade. O art. 16 da lei atual, admitindo o cheque em branco, determina que, se esse for completado contrariamente aos acordos realizados anteriormente [...] (*Títulos de crédito*, II/36-37).

A sua vez, os tribunais pátrios registram:

> Estando o cheque formalmente preenchido no momento da execução, inútil para o devedor que o tenha emitido em branco (Apelação Cível nº 1355885 - TJDFT, Rel. Des. Elmano Farias, *DJU* de 14.04.86, p. 5.565).

> O cheque, mesmo quando emitido em branco e entregue como garantia de dívida, permanece como ordem de pagamento à vista. O risco pela sua emissão, em tais condições, é do próprio emitente, conservando o título as características fundamentais de dívida líquida, certa e exigível (Apelação Cível nº 116001-6 - TJPR, Rel.ª Des.ª Dulce Cecconi, j. em 10.08.98, *DJ* de 28.08.98).

A invalidade do título que assim viesse a ser constituído, em princípio, somente ocorreria se tivesse ocorrido preenchimento abusivo.

Não há evidências, entretanto, a convencer que o questionado cheque tenha sido preenchido abusivamente, não passando os argumentos do embargante do terreno infértil das meras alegações, destituídas de provas e de fundamentos.

Nesse contexto, deve prevalecer a presunção legal de legitimidade do título cambiário.

É a lição de Humberto Theodoro Júnior:

> Mormente em casos de títulos cambiais, em que o portador tem a seu favor documento cabal demonstrativo da dívida que reclama, ao devedor só é lícito exonerar-se da obrigação mediante prova completa, séria, convincente, com força de convencimento pelo menos equivalente à do título de que dispõe o credor (*Títulos de crédito e outros títulos executivos*. Saraiva, 1988, p. 91).

Assim sendo, a simples alegação de que o título foi preenchido após a sua assinatura, por si só, não o invalida para a ação executória, haja vista que, por ocasião da apresentação ao agente pagador, o título cumpria todos os requisitos necessários à sua eficácia como ordem de pagamento à vista.

Quanto ao inquérito policial colacionado aos autos nas f. 267/278, verifica-se que foi concluído pela autoridade policial em 27.11.2009, entretanto, ao contrário do que alegou o apelante, não restou demonstrada a instauração da competente ação penal.

Além disso, o fato de que tenha havido denúncia criminal e seu respectivo recebimento, tal fato não derruiria a ação civil, porque uma ação não depende da outra, não produz nem retira direito. *In casu*, o respectivo portador nada tem que provar a respeito de sua origem. Ao devedor é que, suscitada a discussão do negócio subjacente, cumpre o encargo de provar que o título não tem causa ou que sua causa é ilegítima, devendo, outrossim, fazê-lo por meio de prova robusta, cabal e convincente, porquanto, ainda, na dúvida, o que prevalece é a presunção legal da legitimidade do título cambiário.

É evidente que a alegação do embargante de prática de ato ilícito pelo embargado, somente pode ser considerada mediante comprovação robusta da ocorrência de tal

fato, sob pena de indeferimento da pretensão do embargante, como se deu no caso dos autos.

Portanto, a prova produzida nos autos não se mostra suficiente a elidir a presunção de certeza, exigibilidade e liquidez que existe no cheque, nada comprovando o embargante sobre os fatos que alegou, nos termos que lhe era imposto pelo artigo 333, II, do CPC, visto que os embargos se apresentam tecnicamente como defesa à execução.

Não destoa a posição deste Tribunal:

> Embargos à execução. Sentença. Ausência de motivação. Não ocorrência. Nulidade afastada. Ônus da prova. Artigo 333, inciso II, do Código de Processo Civil. Tendo o magistrado analisado todas as alegações levadas a efeito pelas partes, bem como as provas produzidas nos autos, deixando claras as razões do seu convencimento, não é de se reconhecer nulidade da sentença por omissão, porquanto a concisão no decidir não constitui ausência de prestação jurisdicional adequada. Havendo a devedora resistido à pretensão creditícia do exequente, cabe-lhe o ônus de demonstrar a existência de fatos capazes de impedir, modificar, ou extinguir o direito arguido pelo credor, consoante os termos do artigo 333, II, do Código de Processo Civil, mormente se a execução embasa-se em nota promissória, sendo que somente prova firme e coesa será capaz de extinguir os efeitos cambiários ínsitos na espécie (Apelação Cível 2.0000.00.417879-4/000, p. em 22.11.03).

Dessa forma, não vislumbro fundamentos capazes de derruir a presunção de certeza e liquidez do título questionado.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

Custas recursais, pela apelante.

DES. ROGÉRIO MEDEIROS - De acordo com o Relator.

DES. ESTEVÃO LUCCHESI - De acordo com o Relator.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Seguro - Cobrança - Suicídio premeditado - Ausência de configuração - Carência - Súmula 105 do STF - Aplicabilidade

Ementa: Cobrança. Seguro. Suicídio. Premeditação. Ausência de configuração. Carência. Súmula 105, STF

- Incumbe à seguradora a prova de que o suicídio foi premeditado, para afastar sua obrigação de cumprimento das obrigações estipuladas em contrato de seguro de vida em grupo.

- Irrelevante o fato de a morte do segurado ter ocorrido dentro do prazo de carência contratual, sendo aplicável a Súmula 105 do STF, que dispõe que "Salvo se tiver havido premeditação, o suicídio do segurado no período contratual de carência não exime o segurador do pagamento do seguro".

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0334.10.000606-6/001 - Comarca de Itapajipe - Apelante: Bradesco Vida e Previdência S.A. - Apelado: Marco Antônio Carneiro Leão - Relatora: DES.ª EVANGELINA CASTILHO DUARTE

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 14ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, à unanimidade, em NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 26 de abril de 2012. - *Evangelina Castilho Duarte* - Relatora.

Notas taquigráficas

DES.ª EVANGELINA CASTILHO DUARTE - Tratam os autos de cobrança da indenização securitária por morte, prevista no contrato de seguro firmado entre a apelante e Carlos Roberto Carneiro Leão, irmão do apelado.

O apelado alegou que, não obstante a morte do seu irmão, em 5 de janeiro de 2009, a apelante se recusa a efetuar o pagamento da indenização contratada, argumentando que a morte decorreu de suicídio, no prazo de carência.

O apelado frisou que o suicídio não premeditado não afasta o direito à indenização.

Em contestação, a apelante enfatizou que a morte decorrente de autoextermínio afasta o direito à indenização securitária, ainda mais que ocorreu no prazo de carência bienal.

A r. decisão recorrida julgou procedente o pedido do apelado, condenando a apelante ao pagamento da indenização securitária pleiteada, com acréscimo de correção monetária e juros, custas e honorários advocatícios.

A apelante pretende a reforma da decisão recorrida, reiterando os termos da contestação.

Aduz que o art. 798 do Código Civil é claro ao afastar a responsabilidade indenizatória da seguradora em casos de suicídio no prazo de carência contratual.

Entende ser aplicável o disposto no art. 797, CC, que dispõe sobre a licitude da cláusula que estipula carência nos contratos de seguro.

Acrescenta que as Súmulas 61 do STJ e 105 do STF não mais se aplicam, por terem sido editadas antes dos dispositivos legais supramencionados.

Afirma que o Código Civil de 2002 adotou o critério objetivo ao determinar o tempo de carência para o pagamento de indenização decorrente de morte por suicídio, não sendo necessária a prova da premeditação.

Cita jurisprudência que entende amparar sua pretensão.

O apelado apresentou contrarrazões, f. 298/299, pugnando pelo não provimento do recurso.

A r. decisão recorrida foi publicada em 5 de setembro de 2011, vindo a apelação em 16 de setembro de 2011, no prazo recursal, acompanhada do devido preparo.

Estão presentes os requisitos para conhecimento do recurso.

Saliente-se que, embora haja previsão legal para o afastamento de determinados riscos da cobertura, o seguro de vida deve cobrir o suicídio não premeditado, que é considerado como acidente pessoal.

Nesse sentido reza a Súmula 61 do STJ: "O seguro de vida cobre o suicídio não premeditado".

A teor do art. 333, II, do CPC, cabe ao réu o ônus da prova da existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, e quem alega um fato avoca para si o dever de prová-lo.

Pertinente, a lição de Humberto Theodoro Júnior:

> No processo civil, onde quase sempre predomina o princípio dispositivo, que entrega a sorte da causa à diligência ou a interesse da parte, assume especial relevância a questão pertinente ao ônus da prova. Esse ônus consiste na conduta processual exigida da parte para que a verdade dos fatos por ela arrolados seja admitida pelo juiz. 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 e do qual depende a existência do direito subjetivo que pretende resguardar através da tutela jurisdicional. Isto porque, segundo a máxima antiga, fato alegado e não provado é o mesmo que fasto inexistente (THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil* . 18. ed. Editora Forense, v. I, p. 421).

Sendo assim, cabe à seguradora fazer prova de que o segurado premeditou seu suicídio, fazendo-o conscientemente para favorecer seus beneficiários.

Esse é o entendimento deste egrégio Tribunal:

> Embargos do devedor. Seguro de vida. Seguro por acidentes pessoais. Morte do segurado. Suicídio. Negativa da seguradora. Voluntariedade indemonstrada. Embargos improcedentes. - Seguro de acidentes pessoais não deixa de ser modalidade de seguro de vida, abrangendo, pois, suicídio não intencional, cuja prova descaracterizadora da indenização respectiva fica a cargo da seguradora (Ap. n. 311.590-2 - Décima Quarta Câmara Cível - Rel. Des. Valdez Leite Machado).

Ora, a apelante não se desincumbiu do *onus probandi* que lhe competia, deixando de fazer prova a respeito da intenção do segurado de favorecer seu beneficiário, ou de causar lesão à seguradora.

Portanto, à míngua de provas de que o suicídio se deu de forma voluntária e premeditada, forçoso é concluir que o segurado atentou contra sua própria vida de forma involuntária, inconsciente.

Ademais, irrelevante o fato de a morte ter ocorrido no prazo de carência contratual, sendo aplicável a Súmula 105 do STF, que dispõe: "Salvo se tiver havido premeditação, o suicídio do segurado no período contratual de carência não exime o segurador do pagamento do seguro".

Ressalte-se que as súmulas mencionadas nesta decisão, embora sejam antigas, não foram revogadas pelos Tribunais Superiores, razão pela qual se aplicam ao caso dos autos.

Impossível, pois, o provimento do recurso.

Diante do exposto, nego provimento ao recurso apresentado por Bradesco Vida e Previdência S.A., para manter íntegra a decisão recorrida.

Custas recursais, pela apelante.

DES. ANTÔNIO DE PÁDUA - De acordo com a Relatora.

DES. ROGÉRIO MEDEIROS - De acordo com a Relatora.

Súmula - NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

...

IPTU - Lançamento de ofício - Exceção de pré-executividade - Loteamento embargado - Ausência de registro no Cartório de Imóveis - Nulidade dos lançamentos - Art. 32 do Código Tributário Nacional - Descumprimento - Impossibilidade da cobrança

Ementa: Reexame necessário. Tributário. Execução fiscal. Loteamento não registrado em Cartório. Inexistência. Descumprimento do § 1º do art. 32 do CTN. Cobrança inviável de IPTU.

- O lançamento do IPTU é feito de ofício, anualmente, com base em informações cadastrais do contribuinte junto ao fisco municipal, com fato gerador previsto em lei, e alíquotas publicadas em decreto.

- Se o lote não possui registro em Cartório e não foi sequer observado o disposto no art. 32, § 1º, do CTN, é ilegal a cobrança de IPTU, sob pena de enriquecimento ilícito do Município.

APELAÇÃO CÍVEL/REEXAME NECESSÁRIO Nº 1.0525.11.001081-2/001 - Comarca de Pouso Alegre - Remetente: Juiz de Direito da 4ª Vara Cível da Comarca de Pouso Alegre - Apelante: Município de Pouso Alegre - Apelado: Altidouro José de Souza Rios - Relator: DES. VIEIRA DE BRITO

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 MANTER A SENTENÇA EM REEXAME NECESSÁRIO.

Belo Horizonte, 14 de junho de 2012. - *Vieira de Brito* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. VIEIRA DE BRITO - Trata-se de execução fiscal proposta pelo Município de Pouso Alegre contra Altidouro José de Souza Rios, buscando o pagamento da dívida de R$ 868,21 (oitocentos e sessenta e oito reais e vinte e um centavos).

O MM. Juiz *a quo* acolheu a exceção de pré-executividade para declarar a nulidade dos lançamentos efetuados, julgando extinta a execução (f. 55/60). O Município foi condenado ao pagamento de honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor atualizado da execução.

A decisão foi submetida ao duplo grau de jurisdição.

Eis o relatório.

I - Admissibilidade.

Conheço da remessa oficial, com esteio nas recentes decisões do STJ.

I - Reexame necessário.

Sobre o lançamento do IPTU, trazemos o escólio de Hugo de Brito Machado, *in verbis*:

> O lançamento do imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana é feito de ofício. As entidades da Administração tributária, no caso as Prefeituras, dispõem de cadastro dos imóveis e com base neles efetuam, anualmente, o lançamento do tributo, notificando os respectivos contribuintes para o seu pagamento (*Curso de direito tributário*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, p. 392).

Assim, o lançamento do IPTU é feito de ofício, anualmente, com base em informações cadastrais do contribuinte junto ao fisco municipal, como fato gerador previsto em lei, e alíquotas publicadas em decreto.

O Município de Pouso Alegre realizou o lançamento do IPTU referente ao loteamento "Portal do Lago", tendo o proprietário de uma gleba de terras nesse local interposto exceção de pré-executividade sustentando a nulidade do mesmo.

Na sua exceção, alegou o executado que o loteamento foi autorizado, mas embargado pelo Ibama, por se tratar de área de inundação do Rio Sapucaí Mirim (rio federal). Afirma, ainda, que o loteamento nem sequer chegou a ser registrado junto ao Cartório de Registro de Imóveis.

O Município confirma os fatos, mas sustenta que tais circunstâncias não impedem a cobrança do imposto.

Neste contexto, tenho que agiu com acerto o Magistrado singular, pois, não existindo registro do imóvel, o mesmo não existe oficialmente, de forma que a cobrança de imposto configura enriquecimento ilícito do ente público.

Além do mais, dispõe o art. 32 do CTN:

> O imposto, de competência dos Municípios, sobre a propriedade predial e territorial urbana tem como fato gerador a propriedade, o domínio útil ou a posse de bem imóvel por natureza ou por acessão física, como definido na lei civil, localizado na zona urbana do Município.
> § 1º Para os efeitos deste imposto, entende-se como zona urbana a definida em lei municipal; observado o requisito mínimo da existência de melhoramentos indicados em pelo menos 2 (dois) dos incisos seguintes, construídos ou mantidos pelo Poder Público:
> I - meio-fio ou calçamento, com canalização de águas pluviais;
> II - abastecimento de água;
> III - sistema de esgotos sanitários;
> IV - rede de iluminação pública, com ou sem posteamento para distribuição domiciliar;
> V - escola primária ou posto de saúde a uma distância máxima de 3 (três) quilômetros do imóvel considerado.

No caso em apreço, o loteamento não possui pelo menos dois dos melhoramentos indicados no § 1º do referido artigo, ou seja, não pode sequer ser considerado como zona urbana, elemento essencial para a caracterização do fato gerador do IPTU, conforme descrito no *caput* do art. 32 do CTN.

Nesses termos, entendo que realmente é nula a cobrança de imposto referente à propriedade dos lotes do "Portal do Lago", seja pela ausência de registro, que torna inexistente a individualização realizada pelo Município para a cobrança do IPTU, seja por não se caracterizar zona urbana por ausência de requisito legal.

Isso posto, mantenho a sentença em reexame necessário.

Custas, *ex lege*.

É como o voto.

DES. ELPÍDIO DONIZETTI - De acordo com o Relator.

DES. BITENCOURT MARCONDES - De acordo com o Relator.

Súmula - MANTIVERAM A SENTENÇA EM REEXAME NECESSÁRIO.

...

INSS - Aposentadoria por invalidez - Concessão - Arts. 42 e 59 da Lei nº 8.231/91 - Fato constitutivo - Incapacidade para o trabalho - Laudo pericial - Não comprovação - Art. 333 do CPC

Ementa: Apelação cível. Aposentadoria por invalidez. Restabelecimento de auxílio-doença. Perícia. Incapacidade não comprovada. Decisão mantida.

- Não comprovada a incapacidade laboral para o exercício de atividades habituais a ensejar aposentadoria por

invalidez ou o restabelecimento do benefício (auxílio-doença), torna-se imperiosa a improcedência do pedido formulado na inicial.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0647.10.006691-7/001 - Comarca de São Sebastião do Paraíso - Apelante: Luzia Silma Geremias Teixeira - Apelado: INSS/Instituto Nacional do Seguro Social - 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 REJEITAR A PRELIMINAR E NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 26 de junho de 2012. - *Luiz Artur Hilário* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. LUIZ ARTUR HILÁRIO (Relator) - Trata-se de recurso de apelação interposto contra a sentença proferida pelo MM. Juiz de Direito da 1ª Vara Cível da Comarca de São Sebastião do Paraíso, que, nos autos da ação de ordinária previdenciária para restabelecimento de auxílio-doença ou aposentadoria por invalidez movida pela apelante Luzia Silma Geremias Teixeira, em face do apelado INSS - Instituto Nacional do Seguro Social, julgou improcedente o pedido formulado na exordial, sob o fundamento de que a incapacidade laboral da autora não restou demonstrada nos autos, conforme se depreende da prova pericial.

Inconformada, apela a autora, pleiteando a reforma da sentença que a desfavoreceu, sustentando que a prova pericial não deve ser analisada com o rigor colocado pelo Magistrado *a quo*, já que o perito reconhece que a autora padece de tendinite. Afirma que, mesmo diante da ausência de total incapacidade, a autora faria jus ao benefício do auxílio-doença, em razão da incapacidade parcial.

Apresentadas contrarrazões às f. 131/136, pugnando o apelado, preliminarmente, pelo não conhecimento do presente apelo, por inexistência de fundamentação recursal.

Inicialmente, cumpre ressaltar que a sentença não está submetida ao reexame necessário, nos termos do art. 475, inciso I, do Código de Processo Civil, tendo em vista o julgamento de improcedência do pedido inicial.

Preliminar de não conhecimento do recurso.

Antes de adentrar ao mérito propriamente dito, analiso a preliminar suscitada pelo apelado, no sentido de que não seja conhecido o presente recurso, por ausência de fundamentação recursal.

Analisando com acuidade os autos, verifico que razão não assiste ao apelado, uma vez que a peça recursal, embora sucinta, apresenta-se provida de argumentação que se contrapõe aos fundamentos constantes da sentença, que julgou improcedente o pedido de concessão de aposentadoria por invalidez e de restabelecimento do auxílio-doença.

Mediante tais considerações, rejeito a preliminar.

Mérito.

Ultrapassada a preliminar, passo ao exame do mérito recursal.

Pretende a apelante a concessão de aposentadoria por invalidez, ou mesmo o restabelecimento do benefício auxílio-doença.

Assim, versa a discussão sobre a existência ou não de incapacidade total ou parcial da apelante para o trabalho, a fim de se apurar se faz ou não jus à aposentadoria por invalidez permanente ou ao restabelecimento do auxílio-acidente.

A questão posta em lide é regulamentada, assim, pela Lei nº 8.231/91, que dispõe sobre os planos de benefícios da previdência social:

> Art. 42. A aposentadoria por invalidez, uma vez cumprida, quando for o caso, a carência exigida, será devida ao segurado que, estando ou não em gozo de auxílio-doença, for considerado incapaz e insusceptível de reabilitação para o exercício de atividade que lhe garanta a subsistência, e ser-lhe-á paga enquanto permanecer nesta condição.
> [...]
> Art. 59. O auxílio-doença será devido ao segurado que, havendo cumprido, quando for o caso, o período de carência exigido nesta Lei, ficar incapacitado para o seu trabalho ou para a sua atividade habitual por mais de 15 (quinze) dias consecutivos.

Dessa forma, para que se configure o dever de pagamento do benefício em questão, torna-se indispensável a comprovação de que a apelante não possui condições de retornar às atividades que exercia por ocasião de seu afastamento, isto é, que se encontra incapacitada para o trabalho, demonstrando, dessa forma, verdadeiro fato constitutivo do seu direito.

Em virtude da necessidade de se apurar a existência da doença LER - Lesão por Esforços Repetitivos, desenvolvida pela recorrente, conforme alegado na exordial, foi nomeado perito médico, sendo que as conclusões exaradas em seu laudo são de extrema relevância para o deslinde do feito.

Consoante o laudo pericial acostado às f. 95/99 concluiu o ilustre perito que a autora não apresenta quadro clínico incapacitante, ao afirmar que:

> Considerando, que a incapacidade laborativa é a impossibilidade para desempenho das funções específicas de uma atividade laborativa ou ocupação, em consequência de alteração morfopsicológicas provocadas por doença ou acidente, assim como na discussão realizada anteriormente, conclui-se que as doenças apresentadas pela periciada não geraram incapacidade laboral para exercer suas atividades habituais (f. 98).

Ato contínuo, se a apelante busca, através da presente ação, justamente a aposentadoria por invalidez

ou o auxílio-doença, em razão da suposta incapacidade de que foi acometida, e se, por outro lado, o perito nomeado concluiu que ela não possui qualquer limitação para o exercício de suas atividades laborais, logo não se encontram preenchidos os requisitos ensejadores dos benefícios reclamados.

Como se vê, a recorrente não promoveu a prova cabal quanto à moléstia incapacitante, a justificar a concessão da aposentadoria ou o restabelecimento do benefício auxílio-doença, nos moldes do que preleciona o art. 333, CPC, na medida em que constada apenas uma lesão leve, conforme esclarecimento prestado pelo perito à f. 105:

> [...] A síndrome do manguito rotador direito de grau leve e epicondilite lateral e medial em cotovelo direito de grau leve podem ser tratadas com fisioterapia e tratamento medicamentoso. Todas as suas doenças podem ser tratadas sem a necessidade de afastamento de suas atividades laborativas. [...].

Dessarte, levando-se em consideração as provas carreadas aos autos, sobretudo o laudo pericial apresentado, não há como se chegar a outra conclusão, senão à da improcedência do pedido inicial e, por conseguinte, da manutenção da sentença primeva.

Em conclusão e à vista do exposto, rejeito a preliminar e nego provimento ao recurso, para manter intocável a sentença proferida no Juízo *a quo*.

Custas recursais, pela apelante, suspensa a sua exigibilidade, por se encontrar sob o benefício da justiça gratuita.

É como voto.

DES. JAIR JOSÉ VARÃO PINTO JUNIOR (Juiz convocado) (Revisor) - De acordo com o Relator.

DES. PEDRO BERNARDES - De acordo com o Relator.

Súmula - REJEITARAM A PRELIMINAR E NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Ação declaratória de inexistência de débito - Indenização por dano moral - Cumulação de ações - Inscrição indevida no SPC - Defeito na prestação do serviço - Negócio jurídico celebrado por estelionatário - Negligência da empresa comercial - Excludente de responsabilidade afastada - Teoria do risco-proveito - Súmula nº 385 do STJ - Inaplicabilidade - *Quantum* indenizatório - Princípios da razoabilidade e proporcionalidade

Ementa: Apelação cível. Ação declaratória de inexistência de débito c/c indenização por danos morais. Defeito na prestação do serviço. Inscrição indevida no SPC. Negócio jurídico celebrado por estelionatário. Negligência da empresa comercial. Excludente de responsabilidade afastada. Teoria do risco proveito. Inaplicabilidade da Súmula nº 385 do STJ. *Quantum* da indenização. Majoração. Possibilidade. Sentença monocrática parcialmente reformada.

- A falta de segurança na prestação do serviço afasta a aplicação da excludente de responsabilidade.

- A empresa comercial pratica atividade que envolve risco profissional e, por isso, tem o dever se precaver contra golpes engendrados por estelionatários.

- A teoria do risco-proveito considera civilmente responsável todo aquele que auferir lucro ou vantagem no exercício de determinada atividade, segundo a máxima *ubi emolumentum, ibi onus* (onde está o ganho, aí reside o encargo).

- Não há que se falar, *in casu*, da aplicação da Súmula nº 385 do Superior Tribunal de Justiça (STJ), pois basta a mera análise da certidão negativa fornecida pelo SPC para se constatar que todas as restrições em nome da vítima ocorreram na mesma época, sendo importante frisar que o autor do feito, em tais ocasiões, além de jamais manter qualquer relacionamento comercial com as empresas responsáveis por tais negativações, nunca esteve nos locais onde se deram as ações criminosas perpetradas por terceiros que as originaram. A fixação do valor da indenização por danos morais pauta-se pela aplicação dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0685.09.008147-0/001 - Comarca de Teixeiras - Apelante: Jamil Custódio Dias - Apelada: Lojas Renner S.A. - Relator: DES. ROGÉRIO MEDEIROS

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 14ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sob a Presidência do Desembargador Valdez Leite Machado, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM DAR PROVIMENTO PARCIAL.

Belo Horizonte, 10 de maio de 2012. - *Rogério Medeiros* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. ROGÉRIO MEDEIROS - Versam os autos em epígrafe ação de indenização por danos morais c/c pedido de antecipação de tutela, proposta por Jamil Custódio Dias em face de Lojas Renner S.A., aduzindo o autor, ora apelante, na peça exordial de f. 02/13, que é pedreiro e residiu por toda a sua vida na cidade de

Teixeiras, situada neste Estado; que, ao efetuar a abertura de sua primeira conta-corrente junto ao Banco Itaú S.A., foi impedido de obter um talão de cheques, visto que a representante de tal instituição financeira lhe informou que havia várias restrições em seu nome, promovidas por 4 (quatro) pessoas jurídicas diferentes; que 3 (três) delas eram originárias do Estado de São Paulo e 1 (uma) do Estado do Rio Grande do Sul; que, no caso em epígrafe, a empresa-ré, ora apelada, negativou seu nome junto ao Serviço de Proteção ao Crédito (SPC) em razão de uma dívida de R$ 313,80 (trezentos e treze reais e oitenta centavos), relativa ao contrato nº 524217912; que jamais foi cliente da empresa-ré, ora recorrida; que nunca esteve, nem sequer a passeio, nos estados federados acima mencionados; que, assustado com tal fato, providenciou a lavratura de boletim de ocorrência junto à Polícia Militar de Minas Gerais. Requereu, por fim, dentre outros pedidos de praxe, a declaração de inexistência do débito mencionado alhures; a inversão do ônus da prova; a condenação da empresa-ré, ora apelada, ao pagamento de indenização por dano moral, no importe de R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) e a concessão, em seu benefício, do pálio da gratuidade da justiça.

Mediante a prolatação da r. sentença monocrática de f. 108/113, a douta Magistrada singular *a quo* julgou parcialmente procedentes os pedidos elencados na peça exordial deste feito, é dizer, declarou inexistente o débito que ensejou a negativação do nome do autor, ora apelante, promovido pela empresa-ré, ora apelada, junto ao SPC, mas indeferiu o pedido de condenação desta última ao pagamento de indenização por dano moral.

Em seu apelo de f. 125/133, o autor, ora apelante, suscitou, ainda que de forma sibilina, a preliminar de cerceamento de sua defesa nestes autos, em face do julgamento antecipado da lide promovido pela ilibada Magistrada singular *a quo*; que a empresa-ré, ora apelada, deveria ter sido condenada, também, ao pagamento de indenização por dano moral, uma vez que as outras negativações que inquinam o seu nome junto ao SPC são todas elas concomitantes, e, presumivelmente, decorrentes da ação do mesmo estelionatário; que ajuizou ações idênticas à ora sob exame contra as outras 3 (três) empresas que negativaram seu nome junto ao supracitado órgão de proteção ao crédito; que, por ter julgado antecipadamente o presente feito, a douta Magistrada singular *a quo* o impediu de carrear aos autos a prova de que também processou o Banco Ibi S.A., cuja negativação é poucos dias anterior à promovida pela empresa-ré, ora apelada. Quanto ao mérito da demanda ora sob exame, reiterou os termos da peça exordial deste feito e acrescentou que seu nome ficou negativado em virtude da restrição promovida pela empresa-ré, ora apelada, por cerca de 13 (treze) meses; que a mesma devia ser condenada ao pagamento da indenização por dano moral, nos valores mencionados na peça exordial deste feito.

Não houve preparo, já que o autor, ora apelante, litiga sob o pálio da gratuidade da justiça, que lhe foi deferida à f. 22 destes autos.

Em suas contrarrazões de f. 167/176, a empresa-ré, ora apelada, pugnou pela manutenção integral da r. sentença monocrática ora vergastada e, consequentemente, pelo desprovimento do recurso ora sob exame, alegando, para tanto, que o autor, ora apelante, não trouxe aos autos, durante a fase instrutória, documentos que atestassem que as demais negativações que inquinam seu nome são concomitantes com a promovida pela mesma; que o autor, ora apelante, somente juntou documentos neste sentido junto com o apelo ora sob exame, razão pela qual os mesmos devem ser desentranhados deste feito, por não serem novos; que, dessa forma, a negativação sob exame não causou nenhum abalo na reputação do ora recorrente, visto que outras já inquinavam o nome deste, em tal ocasião; que não constam dos autos em epígrafe os elementos necessários à inversão do ônus da prova requerida pelo autor, ora apelante, na peça exordial de f. 02/13.

É o relatório.

Conheço do recurso, porquanto presentes os pressupostos de sua admissibilidade.

a) Preliminar de mérito - cerceamento de defesa.

Tal preliminar se confunde com o mérito da questão ora sob exame e com o mesmo será analisada, *infra*.

Rejeito tal preliminar de mérito.

b) Mérito.

Compulsando detidamente o feito em epígrafe, vejo que assiste parcial razão ao autor, ora apelante, no que tange ao seu inconformismo em relação a determinadas decisões contidas na r. sentença monocrática ora vergastada. Se não, vejamos.

A nobre Magistrada singular *a quo*, na fundamentação da r. sentença monocrática ora vergastada, indeferiu o pleito autoral de condenação da empresa-ré, apelada, mediante o seguinte entendimento, *verbis*:

> No entanto, apesar de configurada a responsabilidade, a pretensão do autor no tocante à indenização restou prejudicada, isso porque, conforme se pode observar do documento de f. 20, o nome do autor foi negativado pela requerida em 18.10.2009, no entanto, existiu, entre as negativações, uma datada anteriormente, mais precisamente em 07.09.2009. Tal fato nos faz discorrer sobre o dano possível de indenização.
> Destarte, levando-se em consideração a existência de outros apontamentos em nome do autor (08) consoante documento de f. 20, entendo que o dano moral fica descaracterizado, consoante entendimento adotado pelo STJ, consolidado através da edição da Súmula nº 385, publicada em 08.06.2009, *verbis*:
> [...].
> Ora, é certo que o autor alegou na inicial que ajuizou ações cabíveis contra as demais empresas responsáveis pela negativação em seu nome, no entanto, ele deveria ter colacionado aos autos ao menos prova daquela datada anteriormente à negativação feita pela ré (Banco IBI S.A. Banco Múltiplo), dessa forma, não há que se falar em dano moral - f. 112.

Malgrado a proverbial e sempre elogiada cultura jurídica da nobre Magistrada singular *a quo*, entendo que o indeferimento do pleito de indenização por dano moral não é o que melhor se coaduna com aquilo que exsurge da análise destes autos, pois, na própria peça exordial deste feito, o autor, ora apelante, asseverou que "insta frisar que o autor já ajuizou a ação cabível contra as demais empresas responsáveis pela negativação indevida de seu nome" - f. 04 - e que "nunca esteve nas cidades do Estado de São Paulo nem tampouco do Rio Grande do Sul e jamais efetuou transações comerciais com nenhuma das empresas citadas e nem com a requerida" - f. 09.

Ora, basta a leitura da consulta de balcão de f. 20/21 deste feito para se constatar que as negativações que inquinaram o nome do autor, ora apelante, se deram entre as datas de 09.09.2009 e 24.10.2009, ou seja, num lapso temporal de cerca de 45 (quarenta e cinco) dias, tornando crível que a atuação de estelionatário que se utilizou dos dados do ora recorrente se tenha dado nesse interregno.

Lado outro, cumpre frisar que a alegação de suposta atuação de estelionatário partiu da própria empresa-ré, ora apelada, que, em sua contestação de f. 26/52, declarou que "a conduta praticada por terceiro causou os supostos danos morais, não podendo ser a demandada obrigada a indenizar por ato que não praticou" - f. 39.

Em outras palavras: a empresa-ré, ora apelada, porfiou, em sua contestação supracitada que foi a atuação de estelionatário que a levou a negativar indevidamente o nome do autor, ora apelante, junto aos órgãos de proteção ao crédito, para, incongruentemente e de forma absolutamente ilógica, em seguida, afirmar que as demais negativações que inquinam o nome deste último não se deram pela mesma causa, mas sim, exclusivamente, por impontualidade e inadimplência da parte que lhe é adversa neste feito, mesmo que todas elas se tenham dado no prazo de apenas 45 (quarenta e cinco dias), conforme se mencionou alhures.

Ora, a interpretação dada aos fatos mencionados neste feito pela empresa-ré, ora apelada, peca pela evidente falta de razoabilidade, sendo importante frisar que o julgamento antecipado da lide realmente ceifou a possibilidade de o autor, ora apelante, demonstrar o que alegou na peça exordial de f. 02/13, sendo que o mesmo, mediante o protocolo de f. 100/10, já havia requerido a produção de prova documental e testemunhal no feito em epígrafe.

Portanto, estou convencido de que todas as negativações informadas às f. 20/21 se deram pela ação do mesmo estelionatário, ou de estelionatários que agiram em conluio, utilizando-se, para tanto, dos dados pessoais subtraídos do autor, ora apelante, razão pela qual não é válida a aplicação da Súmula nº 385 do STJ ao caso ora *sub judice*.

Lado outro, mesmo que assim não fosse, igualmente a empresa-ré, ora apelada, deveria indenizar o autor, ora apelante, uma vez que a sua negligência e desídia em se prevenir de fraude em relação ao qual foi facilmente envolvida que concorreu para o dano efetivamente acontecido, dano esse que, no caso ora sob exame, se deu em sua modalidade "pura", visto que é seu dever se prevenir adequadamente em relação a tal ação criminosa, que não se pode dizer ser nova ou inusitada, o que faz incidir, no caso ora sob exame, a teoria do risco-proveito, exteriorizada pelo brocardo *ubi emolumentum, ibi onus*, ou seja, "onde está o ganho, aí reside o encargo".

Na lição de Caio Mário da Silva Pereira (*Responsabilidade civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 287-288):

> Sem cogitar da imputabilidade ou investigar a antijuridicidade do fato danoso, o que importa para assegurar o ressarcimento é a verificação se ocorreu o evento e se dele emanou o prejuízo. Em tal ocorrendo, o autor do fato causador do dano é o responsável. Com a teoria do risco [...], o juiz não tem de examinar o caráter lícito ou ilícito do ato imputado ao pretenso responsável: as questões de responsabilidade transformam-se em simples problemas objetivos que se reduzem à pesquisa de uma relação de causalidade.
> [...].
> A meu ver, o conceito de risco que melhor se adapta às condições de vida social é o que se fixa no fato de que, se alguém põe em funcionamento uma qualquer atividade, responde pelos eventos danosos que esta atividade gera para os indivíduos, independentemente de determinar se em cada caso, isoladamente, o dano é devido à imprudência, à negligência, a um erro de conduta, e assim se configura a teoria do risco criado.

Este Sodalício já se manifestou a respeito, *mutatis mutandis*:

> Ementa: Indenização. Fraude. Inscrição indevida do nome da vítima nos bancos de dados de restrição ao crédito. Dano moral configurado. *Quantum* indenizatório. - Tratando-se de inscrição indevida de devedor em cadastro de maus pagadores, a exigência de prova do dano moral se satisfaz com a demonstração do próprio fato da inscrição. - Deve-se fixar o valor da compensação do dano moral com cautela e prudência, atendendo às peculiaridades próprias ao caso concreto, de modo que o valor arbitrado não seja elevado a ponto de culminar aumento patrimonial indevido ao lesado, nem inexpressivo a ponto de não servir ao seu fim pedagógico (TJMG - 12ª C. Cív - AC nº 1.0024.05.888750-6/001(1) - Rel. Des. Domingos Coelho - j. em 14.03.2007 - publ. em 24.03.2007).

> Ementa: Ação de indenização. Inscrição de nome em cadastro de inadimplentes. Estelionatário. Apresentação de documentos falsos. Falha na atuação do banco. Culpa exclusiva de terceiro. Não caracterização. Danos morais configurados. Redução da condenação. - Para que se condene alguém ao pagamento de indenização por dano moral, é preciso que se configurem os pressupostos ou requisitos da responsabilidade civil, que são o dano, a culpa do agente, em caso de responsabilização subjetiva, e o nexo de causalidade entre a atuação deste e o prejuízo. - Ainda que a cobrança indevida contra o autor tenha origem em negócio jurídico celebrado de forma fraudulenta, diante da obrigação da instituição financeira de cercar-se dos cuidados para evitar

> a ação de estelionatários ou, ao menos, a negativação dos dados de pessoas idôneas, não há como deixar de se vislumbrar a ocorrência do ato ilícito. - O reconhecimento da excludente de responsabilidade civil, por fato de terceiro, somente é possível na hipótese de ser este o único responsável pelo evento danoso. - De acordo com o entendimento jurisprudencial predominante, o dano moral se configura simplesmente pela inscrição ou manutenção indevida de dados em cadastro de maus pagadores. - Em caso de dano moral, decorrente de atuação irregular de empresa com inscrição equivocada de nome em cadastro de proteção ao crédito, é necessário ter-se sempre em mente que a indenização por danos morais deve alcançar valor tal que sirva de exemplo e punição para o réu, mas, por outro lado, nunca deve ser fonte de enriquecimento para o autor, servindo-lhe apenas como compensação pela dor sofrida. - Sendo a instituição financeira também vítima da ação de falsários, malgrado lhe fosse possível evitar a fraude, impõe-se a redução da indenização por danos morais arbitrada em primeira instância (TJMG - 17ª C. Cív - AC nº 1.0447.06.001647-7/001(1) - Rel. Des. Eduardo Mariné - j. em 29.11.2007 - publ. em 18.12.2007).

Assim, provado o dano (a inscrição do nome do autor, ora apelante, no SPC, em virtude de inadimplência de compra que jamais efetuou junto à empresa-ré, ora apelada), a conduta da empresa-ré, ora apelada (é dizer, a sua negligência e desídia em relação aos procedimentos de segurança que devem ser adotados para se evitar a ocorrência de fraudes desse jaez) e o evidente liame causal existente entre ambos, é perfeitamente cabível a indenização por dano moral proposta pelo ora recorrente, estando configurada a responsabilidade civil da pessoa jurídica que lhe é parte adversa neste feito, nos termos do art. 927 do Código Civil.

Passo à análise da questão do *quantum* da indenização por dano moral que deve ser imposta à empresa-ré, ora apelada.

No que respeita ao valor a ser arbitrado a título de compensação pelo dano moral sofrido, *in casu*, pelo autor, ora apelante, considero que o critério para a sua fixação deve corresponder a um denominador comum, sendo sua avaliação de competência única e exclusiva do magistrado, que o valorará segundo o grau da ofensa e as condições econômico-patrimoniais das partes.

Ou seja, tratando-se de dano moral, o conceito de ressarcimento abrange duas forças: uma de caráter punitivo, visando a punir o causador do dano, pela ofensa que praticou; outra, de caráter compensatório, que proporcionará à vítima algum bem em contrapartida ao mal por ela sofrido.

A esse respeito, eis a lição do ilustre Magistrado paranaense Clayton Reis, *verbis*:

> O magistrado sensível, perspicaz e atento aos mecanismos do direito e da pessoa humana, avaliará as circunstâncias do caso e arbitrará os valores compatíveis com cada situação. Esse processo de estimação dos danos extrapatrimoniais, decorre do arbítrio do juiz. O arcabouço do seu raciocínio na aferição dos elementos que concorreram para o dano e sua repercussão na intimidade da vítima será semelhante aos critérios adotados para a fixação da dosimetria da pena criminal, constante no art. 59 do Código Penal (*Avaliação do dano moral*. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 64).

No caso noticiado nos autos em epígrafe, o valor requerido pelo autor, ora apelante, qual seja de R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) é excessivo e absolutamente desproporcional ao dano sofrido pelo mesmo em virtude da negligência e desídia demonstradas pela empresa-ré, ora apelada, sendo tendente, inclusive, ao enriquecimento sem causa em favor da pessoa física, o ora recorrente, o que não se pode admitir nem tolerar.

Tomando como parâmetro as decisões desta 14ª Câmara Cível em casos desse jaez, considero justo e razoável que a indenização em comento atinja o valor de R$ 12.440,00 (doze mil quatrocentos e quarenta reais).

Isso posto, malgrado a proverbial cultura jurídica da nobre Magistrada singular *a quo*, dou parcial provimento ao apelo de f. 125/133, para condenar a empresa-ré, ora apelada, ao pagamento de indenização por dano moral em favor do autor, ora apelante, no valor de R$ 12.440,00 (doze mil quatrocentos e quarenta reais), corrigidos a partir da data da inscrição indevida, através dos índices fornecidos pela Tabela Ceja/MG, incidindo, também, juros moratórios de 1% (um por cento) ao mês, a contar da data da juntada aos autos em epígrafe do mandado de citação da pessoa jurídica, ora recorrida.

Haja vista que o autor, ora apelante, decaiu de parte mínima de sua pretensão neste feito (parágrafo único do art. 21 do CPC), visto que a fixação do valor da indenização por dano moral é decisão que compete, exclusivamente, ao magistrado responsável pelo julgamento da causa, que não está adstrito ao valor sugerido pela parte lesada a tal respeito, condeno a empresa-ré, ora apelada, ao pagamento das custas processuais e recursais, bem como dos honorários advocatícios da sucumbência, que, com fundamento no § 3º do art. 20 do CPC, arbitro em 15% (quinze por cento) do valor da condenação determinada alhures.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES ESTEVÃO LUCCHESI e VALDEZ LEITE MACHADO.

Súmula - DERAM PROVIMENTO PARCIAL.

...

Ação demolitória - Direito de vizinhança - Construção de beiral - Prejuízo - Ausência

Ementa: Ação demolitória. Direito de vizinhança. Construção de beiral. Prejuízo. Ausência.

- As regras que cuidam do direito de vizinhança autorizam o proprietário efetuar em seu imóvel construções que lhe aprouver, desde que sejam observados os direitos dos

vizinhos (art. 1.299, CC). As restrições devem ser respeitadas para evitar inconvenientes.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0133.05.024474-7/001 - Comarca de Carangola - Apelantes: Elenice Maria Borges Otaviano, Digelaine Aparecida Borges Lopes, Maria Madalena Borges, Sebastião Faria Borges, Maria Elvira Borges Casado Lima, Maria Goreti Borges, Sérvula Luíza Borges e outro, Jacinto Luiz Borges, Edima da Consolação Borges, José Romildo Borges - Apelantes adesivos: Sebastião Carvalho de Lazaroni e outro, Geralda Ricardo Lazaroni - Apelados: Maria Goreti Borges, Elenice Maria Borges Otaviano, Digelaine Aparecida Borges Lopes, Maria Madalena Borges, Sebastião Faria Borges, Maria Elvira Borges Casado Lima, José Romildo Borges, Sérvula Luíza Borges, Edima da Consolação Borges, Jacinto Luiz Borges, Sebastião Carvalho de Lazaroni, Geralda Ricardo Lazaroni - Relator: DES. PAULO ROBERTO 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 AOS RECURSOS PRINCIPAL E ADESIVO.

Belo Horizonte, 19 de junho de 2012. - *Paulo Roberto Pereira da Silva* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. PAULO ROBERTO PEREIRA DA SILVA - Trata-se de recurso de apelação interposto por Sérvula Luzia Borges e outros e, ainda, de recurso de apelação adesiva, aviado por Sebastião Carvalho de Lazaroni e Geralda Ricardo Lazaroni contra decisão proferida pelo MM. Juiz de Direito da 1ª Vara Cível da Comarca de Carangola, nos autos da ação demolitória, ajuizada pelos apelantes adesivos.

Adoto o relatório da sentença, f. 149/154, por fiel, acrescentando que o ilustre Juiz de primeiro grau julgou procedente, em parte, o pedido inicial, pois entendeu que os réus devem apenas fechar as janelas abertas no terraço construído, nos seguintes termos:

> Isto posto, nos termos do art. 269, I, do Código de Processo Civil, julgo parcialmente procedente o pedido inicial condenando a ré a fechar as janelas existentes no terraço construído que faz limite com o terreno dos autores, no prazo de 30 dias, sob pena de incidência de multa diária no valor de R$ 500,00.
>
> Diante da sucumbência mínima, condeno a ré ao pagamento das custas processuais, recursais e honorários advocatícios que fixo em R$ 800,00, considerando o zelo profissional e a média complexidade da causa, ficando tais verbas suspensas nos exatos termos do art. 12 da Lei 1.060/50.

Inconformados com a decisão proferida, os réus aviaram recurso de apelação às f. 156/158, alegando que qualquer abertura existente na construção impede a visão para a área dos autores e, assim, desnecessária a modificação na obra.

Regularmente intimados, os requerentes apresentaram suas contrarrazões recursais às f. 165/167.

Também inconformados com a decisão proferida, os autores apresentaram recurso de apelação adesiva às f. 160/163, asseverando que possuem direito de ver demolida a construção efetivada, pois não podem ser compelidos a aceitar invasão em sua propriedade.

Regularmente intimados, os réus apresentaram suas contrarrazões recursais às f. 169/171.

Esse é o breve relatório.

Recebo os recursos, visto que próprios e tempestivos.

Estão preenchidos os demais requisitos de admissibilidade de ambos.

Tendo em vista a identidade das matérias apresentadas pelos recorrentes, saliento que apreciarei em conjunto as questões apresentadas nos apelos.

Trata-se de ação demolitória proposta por Sebastião Carvalho de Lazaroni e Geralda Ricardo Lazaroni, em face de sua vizinha Sérvula Luzia Borges. Alegam que a requerida efetuou construção, na qual foram criados beirais que invadiram a área de seu imóvel.

Entendem que a construção pode aumentar o fluxo de água das chuvas no imóvel e, assim, requerem o desfazimento da obra que reputam irregular.

A controvérsia aqui instalada prende-se, essencialmente, às restrições impostas pelo direito de vizinhança, cujas normas foram contempladas a partir do art. 1.277 do Código Civil.

As regras que cuidam do assunto ora discutido autorizam o proprietário a efetuar em seu imóvel construções que lhe aprouver, desde que sejam observados os direitos dos vizinhos (art. 1.299, CC).

Com efeito, o Código Civil brasileiro permite que sejam feitas janelas, terraços e varanda. Contudo, devem ser observadas algumas restrições para evitar eventuais inconvenientes, como a devassa do prédio alheio, que causa constrangimento a seus ocupantes, seja do ponto de vista auditivo, seja do ponto de vista visual.

Nessa esteira, o art. 1.312 do citado diploma legal prevê a possibilidade de demolir as construções feitas quando estas violam as proibições estabelecidas, se não, vejamos:

> Ação demolitória. Preliminar rejeitada. Direito de vizinhança. Imóvel prejudicado pela construção irregular. Recurso não provido. - O proprietário pode levantar em seu terreno as construções que lhe aprouver, salvo o direito dos vizinhos e os regulamentos administrativos (art. 1.299, CC). Restando demonstrado que a construção na propriedade do apelante tem repercutido e trazido prejuízos à propriedade vizinha, impera o deferimento da demolição da obra realizada (AC nº 1.0439.05.040.429-2/001 - Relator: Des. Sebastião Pereira de Souza).

Pois bem, no caso vertente, o ilustre perito frisou (f. 80):

> Após analisar os dados obtidos na vistoria, fotografias atuais e antigas, croquis efetuados e documentos de Cartório, sou de opinião, salvo melhor juízo, que: 'desde a compra dos imóveis em litígio pelos atuais proprietários, sempre existiu um beco de goteira e ventilação/iluminação entre estes imóveis cuja largura é de 0,58 cm (cinquenta e oito centímetros)'. 'O beiral construído pela ré com 0,55 cm (cinquenta e cinco centímetros) avança sobre o referido beco 0,45 cm (quarenta e cinco centímetros), medida que interpreto como aceitável'.

Procedendo à leitura do laudo pericial, verifico, ainda, que o beiral realizado não trouxe nenhum prejuízo aos autores e, por esse motivo, entendo que, apesar de a construção ter invadido parte ínfima da área pertencente aos requerentes, não há necessidade de demolição integral da mesma, visto que ausentes demonstrações de prejuízos.

Nesse sentido:

> Direito de vizinhança. Pretensão demolitória. Construção. Janelas. Prejuízos. Imóvel vizinho. Demonstração. - O proprietário pode levantar em seu terreno as construções que lhe aprouver, salvo o direito dos vizinhos e os regulamentos administrativos (art. 1299, CC). Restando demonstrado que a construção na propriedade da ré tem repercutido e trazido prejuízos à propriedade vizinha, impera o deferimento da demolição da obra (TJMG - AC 1.0079.09.993.778-5/001 - Relator: Des. Fernando Caldeira Brant - j. em 17.08.2011).

Lado outro, deverá ser mantida a sentença quanto à determinação de fechar as janelas, uma vez que, como demonstrado no laudo pericial, foram feitas a menos de metro e meio da divisa.

Tal posicionamento se justifica, pois, conforme ponderação já efetuada neste voto, a restrição deve ser observada para evitar eventuais inconvenientes, como a devassa do prédio alheio, que causa constrangimento de seus ocupantes, seja do ponto de vista auditivo, seja do ponto de vista visual.

Com tais considerações, nego provimento aos recursos principal e adesivo, para manter incólume a sentença proferida pela operosa Juíza Fabiana Cristina Cunha de Lima Brum.

Custas recursais, na forma da lei, pela requerida.

DES. ÁLVARES CABRAL DA SILVA - De acordo com o Relator.

DES. GUTEMBERG DA MOTA E SILVA - De acordo com o Relator.

Súmula - RECURSO PRINCIPAL E ADESIVO NÃO PROVIDOS.

...

Anvisa - Resolução nº 67/2007 - Exigência de receita médica para a comercialização de produtos de embelezamento - Existência de lei - Ausência de proibição - Excesso do poder regulamentar - *Fumus boni iuris* e *periculum in mora* - Presença - Liminar mantida

Ementa: Agravo de instrumento. Mandado de segurança. Resolução nº 67/2007 da Anvisa. Abusividade. Deferimento da medida liminar. Requisitos demonstrados. Decisão mantida.

- Deve ser mantida a decisão de primeiro grau que deferiu a medida liminar no mandado de segurança impetrado com o objetivo de reconhecer a abusividade da Resolução nº 67/2007 da Anvisa, ao exigir a receita médica ou o registro no Ministério da Saúde para a comercialização de produtos de embelezamento e de uso externo, demonstrando a agravada o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*.

AGRAVO DE INSTRUMENTO CÍVEL Nº 1.0024. 11.069013-8/001 - Comarca de Belo Horizonte - Agravante: Município de Belo Horizonte - Agravada: Nature Derme Pharmacia de Manipulação Ltda. - Autoridades coatoras: Diretor do Departamento de Vigilância Sanitária da Secretaria de Estado, Gerente de Vigilância Sanitária de Belo Horizonte, Diretora de Vigilância à Saúde de Betim, Gerente de Vigilância Sanitária do Município de Contagem - 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, 24 de maio 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. 18/21-TJ, que, nos autos do "mandado de segurança preventivo" impetrado por Nature Derme Pharmácia de Manipulação Ltda., deferiu o pedido liminar

> para determinar que a autoridade apontada coatora se abstenha de aplicar qualquer sanção à impetrante em face da mera preparação, manutenção em estoque, exposição e comercialização de cosméticos desprovidos de prescrição médica, sem prejuízo, porém, do acompanhamento por

> parte da autoridade sanitária no âmbito de sua regular atividade fiscalizatória.

Sustentou o agravante, em apertada síntese, que "não há que se falar em ilegalidade e inconstitucionalidade das resoluções e portarias baixadas pela Anvisa, que têm como objetivo a proteção à vida e à saúde da população", alegando que "a pretensão da agravada esbarra na legalidade emprestada pelos arts. 6º e 7º da Lei 9.782/99", entendendo pela ausência do preenchimento dos requisitos para a concessão da liminar.

Requereu a concessão de efeito suspensivo e o provimento do recurso, revogando-se a decisão que deferiu a medida liminar.

Às f. 63/66, o recurso foi recebido apenas no efeito devolutivo.

Contraminuta apresentada às f. 70/92.

Informações às f. 94/95.

Manifestação da d. Procuradoria-Geral de Justiça às f. 97/100, pelo desprovimento do recurso.

Revelam os autos que Nature Derme Pharmácia de Manipulação Ltda. impetrou "mandado de segurança preventivo" em face do Diretor de Departamento de Vigilância Sanitária da Secretaria de Estado de Saúde de Minas Gerais, do Gerente de Vigilância Sanitária de Belo Horizonte, Diretor de Vigilância à Saúde de Betim e Gerente de Vigilância Sanitária de Contagem (f. 35/56), requerendo a concessão de liminar

> para o fim de determinar aos impetrados que se abstenham de aplicar qualquer tipo de sanção à impetrante pela preparação, manutenção em estoque, exposição e comercialização de cosméticos isentos de prescrição médica, independentemente de constar a fórmula do Formulário Nacional e da apresentação de prescrição, a critério do seu farmacêutico e sob sua integral responsabilidade (f. 55).

O pedido liminar foi deferido em primeiro grau de jurisdição, ensejando a presente irresignação, cingindo-se o debate dos autos no exame dos requisitos necessários para a concessão da medida liminar nos autos do mandado de segurança.

Nesse diapasão, determina o art. 7º, inciso III, da Lei nº 12.016, de 7 de agosto de 2009, que disciplina o mandado de segurança individual e coletivo, que, ao despachar a petição inicial, o juiz ordenará

> que se suspenda o ato que deu motivo ao pedido, quando houver fundamento relevante e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida, caso seja finalmente deferida, sendo facultado exigir do impetrante caução, fiança ou depósito, com o objetivo de assegurar o ressarcimento à pessoa jurídica.

Sobre o tema, esclarecem Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery:

> A liminar deve ser concedida *ex officio*, se presentes os pressupostos para tanto. Não é ato discricionário, mas vinculado: presentes os requisitos, o juiz é obrigado a conceder a liminar. O magistrado tem, entretanto, o livre convencimento motivado, cabendo-lhe aferir se estão presentes os requisitos legais para a concessão da liminar (*Código de Processo Civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 1.636-1.637).

Também elucida Hely Lopes Meirelles, dissertando sobre a medida liminar na ação mandamental:

> A medida liminar não é concedida como antecipação dos efeitos da sentença final, é procedimento acautelador do possível direito do impetrante justificado pela iminência de dano irreversível [...] se mantido o ato coator até a apreciação definitiva da causa. Por isso mesmo, não importa prejulgamento [...]. Preserva, apenas, o impetrante de lesão irreparável, sustando provisoriamente os efeitos do ato impugnado (*Mandado de segurança*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, p. 80).

E ainda Cassio Scarpinella Bueno, comentando a Lei nº 12.016/2009:

> O inciso III do art. 7º da nova lei, repetindo o que constava do inciso II do art. 7º da Lei nº 1.533/1951, prevê a viabilidade de o magistrado conceder liminar em favor do impetrante, 'quando houver fundamento relevante e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida, caso seja finalmente deferida'.
>
> 'Fundamento relevante' faz as vezes do que, no âmbito do processo cautelar, é descrito pela expressão *fumus boni iuris* e do que, no âmbito do 'dever-poder geral de antecipação', é descrito pela expressão 'prova inequívoca da verossimilhança da alegação'. Todas essas expressões, a par da peculiaridade procedimental do mandado de segurança, devem ser entendidas como significativas de que, para a concessão da liminar, o impetrante deverá convencer o magistrado de que é portador de melhores razões que a parte contrária; que o ato coator é, ao que tudo indica, realmente abusivo ou ilegal. Isto é tanto mais importante em mandado de segurança, porque a petição inicial, com os seus respectivos documentos de instrução, é a oportunidade única que o impetrante tem para convencer o magistrado, ressalvadas situações excepcionais como a que vem expressa no §1º do art. 6º da nova Lei (v. nº supra), de que é merecedor da tutela jurisdicional.
>
> A 'ineficácia da medida, caso seja finalmente deferida', é expressão que deve ser entendida da mesma forma que a consagrada expressão latina *periculum in mora*, perigo na demora da prestação jurisdicional. No mandado de segurança, dado o seu comando constitucional de perseguir *in natura* a tutela do direito ameaçado ou violado por ato abusivo ou ilegal, é tanto maior a ineficácia da medida na exata proporção em que o tempo de seu procedimento, posto que bastante enxuto, não tenha condições de assegurar o proferimento de sentença apta a tutela suficiente e adequadamente o direito tal qual venha a reconhecer (*A nova lei do mandado de segurança*. São Paulo: Saraiva, p. 40-41).

Conclui-se que, para o deferimento do pedido de medida liminar, devem estar presentes o *fumus boni juris* e o *periculum in mora*, ou seja, é essencial que seja demonstrada a relevância do motivo em que se baseia o pedido inicial, atinente, na hipótese, à suspensão das exigências impostas pela Anvisa de acordo com a Resolução nº 67/2007.

Isso posto, vislumbra-se, *in casu*, a fumaça do bom direito da impetrante, na medida em que se mostra abusiva a Resolução nº 67/2007 da Anvisa, ao exigir a receita médica ou o registro no Ministério da Saúde para a comercialização de produtos de embelezamento e de uso externo, não tendo as Leis nº 5.991/73 e 6.360/76, que tratam da produção e comercialização de cosméticos, impedido que as farmácias de manipulação, através de fórmulas, manipulem cosméticos e os comercializem.

Nesse mister, não pode a Anvisa impedir o exercício de atividade que não é proibida por lei, já que, ao assim proceder, acaba por caracterizar o excesso no seu poder regulamentar, sendo cediço que, no nosso ordenamento jurídico, os regulamentos têm a função de buscar uma observância isonômica da aplicação da lei pelos administradores, não podendo inovar, restringir ou ampliar dispositivo legal.

Nesse sentido:

> Ementa: Administrativo. Mandado de segurança preventivo. Autoridade coatora. Legitimidade. Litisconsórcio necessário. Inexistência. Farmácia. Resolução nº 67/2007 da Anvisa. Manipulação de cosméticos. Exigência de prescrição. Limitação não prevista em lei. Poder regulamentar. Excesso. Direito líquido e certo. Violação. - Podendo a ação ser direcionada a quaisquer dos entes responsáveis pela vigilância sanitária, não há falar em necessidade de litisconsórcio necessário, e, por conseguinte, em nulidade da sentença. Além disso, é o Diretor de Estado da Vigilância Sanitária autoridade coatora, competente para executar, no plano estadual, as determinações expedidas pela Anvisa, razão pela qual tem legitimidade passiva para se expor a mandado de segurança interposto por unidade farmacêutica. - A Resolução nº 67/2007, da Anvisa, extrapola o poder regulamentar e não encontra respaldo nas Leis nºs 5.991/73 e 6.360/76, razão pela qual não pode ser oposta às farmácias no que concerne à manipulação de cosméticos - para uso externo e fins de embelezamento, sem prescrição médica. Sentença confirmada (Apelação Cível/Reexame Necessário nº 1.0024.09.647516-5/001 - Relator: Des. Alberto Vilas Boas).

Vislumbra-se, igualmente, o perigo na demora, decorrente da possibilidade da interdição do estabelecimento da impetrante, em afronta ao disposto pelo art. 170 da Constituição da República, causando-lhe evidentemente prejuízos, pelo que, presentes ambos os requisitos para a concessão da liminar, a manutenção da decisão agravada é medida de rigor, não prosperando as alegações do agravante.

É como destacou a d. Procuradoria-Geral de Justiça:

> Restou comprovado nos autos a presença dos requisitos para a concessão da medida, tendo em vista que, no caso vertente, a prova dos autos favorece o referido entendimento, pois, em cognição sumária, verifica-se a existência do perigo de dano e a plausibilidade do direito invocado, a embasar a concessão da medida, tendo em vista a abusividade da Resolução nº 67/07 da Anvisa, que exige receita médica para comercialização de cosméticos (f. 99).

Já tive a oportunidade de me manifestar sobre a questão no julgamento da Apelação Cível nº 1.0024.09.691250-6/001(1), em 26.05.2011, inclusive colacionada pelo Julgador na decisão impugnada (f. 20), que restou assim ementada:

> Mandado de segurança. Farmácia de manipulação. Comercialização de cosméticos. Direito líquido e certo e ato de ilegalidade constatados. Reforma da decisão de primeiro grau. Nos termos das Leis 5.991/73 e 6.360/76 não existe impedimento para que a farmácia de manipulação manipule cosméticos sem a prescrição médica, mostrando-se abusiva a Resolução nº 67/2007 da Anvisa ao exigir a receita médica ou registro no Ministério da Saúde para a comercialização de produtos de embelezamento e de uso externo (Apelação Cível nº 1.0024.09.691250-6/001 - Relatora: Des.ª Teresa Cristina da Cunha Peixoto).

Com essas considerações, nego provimento ao recurso, mantendo a decisão agravada.

Custas, *ex lege*.

DES. VIEIRA DE BRITO - De acordo com a Relatora.

DES. ELPÍDIO DONIZETTI - De acordo com a Relatora.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Direito de imagem - Violação - Direito personalíssimo - Art. 5º, inciso X, da CF/88 - Dano moral puro - Obrigação de indenizar - *Quantum* - Fixação em salários mínimos - Vedação - Transformação para quantia certa - Montante inferior ao postulado na inicial - Sucumbência recíproca - Não ocorrência - Súmula 326 do STJ

Ementa: Apelação. Imagem da pessoa. Direito personalíssimo. Utilização sem autorização. Dano moral puro. Indenização por dano moral. Valor. Fixação. Critérios. Arbitramento em valor inferior ao postulado. Sucumbência recíproca. Não configuração.

- A utilização da imagem da pessoa sem a sua autorização, por afrontar direito personalíssimo, sempre produzirá dano moral puro indenizável, cuja existência se presume.

- O valor da indenização por dano moral deve ser fixado examinando-se as peculiaridades de cada caso e, em especial, a gravidade da lesão, a intensidade da culpa do agente, a condição socioeconômica das partes e a participação de cada um nos fatos que originaram o dano a ser ressarcido, de tal forma que assegure ao ofendido satisfação adequada ao seu sofrimento, sem o seu

enriquecimento imotivado, e cause no agente impacto suficiente para evitar novo e igual atentado.

- Na conformidade do enunciado na Súmula 326 do Superior Tribunal de Justiça, "na ação de indenização por dano moral, a condenação em montante inferior ao postulado na inicial não implica sucumbência recíproca".

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0479.06.105827-3/001 - Comarca de Passos - Apelantes: 1º) Tadeu Lourenço de Lima ME (microempresa), 2º) Odair Felício - Apelados: Odair Felício, Tadeu Lourenço de Lima ME (microempresa) - 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 NEGAR PROVIMENTO À PRIMEIRA APELAÇÃO, DAR PARCIAL PROVIMENTO À SEGUNDA APELAÇÃO E DE OFÍCIO, ALTERAR A PARTE DISPOSITIVA DA SENTENÇA.

Belo Horizonte, 14 de junho de 2012. - *Maurílio Gabriel* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. MAURÍLIO GABRIEL (Relator) - Cuida-se de ação de reparação por danos morais ajuizada por Odair Felício contra Tadeu Lourenço da Lima - ME (referida, na exordial, como *Sign Maker*).

A sentença prolatada, ao julgar parcialmente procedente o pedido inicial, condenou o réu "a pagar indenização a título de danos morais ao autor no montante equivalente a 10 (dez) salários mínimos, vigentes na data da sentença", bem como a pagar as custas processuais e os honorários advocatícios, estes arbitrados em 20% (vinte por cento) sobre o valor da condenação.

Ao acolher os embargos de declaração apresentados pelo réu, o ilustre Juiz da causa alterou parcialmente a sentença, tão somente para condenar o autor ao pagamento de metade das custas e para determinar a suspensão da exigibilidade deste ônus, por estar ele amparado pela assistência judiciária.

Não se conformando, Tadeu Lourenço de Lima - ME interpôs recurso de apelação, esclarecendo que foi contratado pelo autor para criar "a capa de um 'CD Demo', que seria encaminhado para uma gravadora", tendo o autor condicionado a criação da capa do CD "à inclusão de sua foto no trabalho final".

Informa que "todo o processo que levou ao resultado final foi consequência de suas ideias e da sua criação" e que, por isso, "o trabalho realizado trata-se de obra intelectual nova cuja autoria é da empresa que fez o trabalho", ou seja, é sua.

Pondera que, como autor da obra intelectual (capa do CD), é detentora de "todos os direitos morais e patrimoniais decorrentes do uso dela", não havendo, pois, "que se falar em ilícito no fato dele divulgar sua criação como forma de propaganda".

Aduz que, embora entenda desnecessária, houve a autorização tácita do autor, pois, ao exigir que a sua fotografia figurasse na obra realizada, "anuiu tacitamente com toda e qualquer forma de divulgação desse trabalho", o que elidiria "a tese do uso indevido da imagem".

Sustenta, ainda, que o autor não provou, como lhe incumbia, a existência do dano e do nexo de causalidade entre este e a conduta.

Ao final, pugna pelo provimento do recurso, julgando-se improcedente o pleito inaugural.

Em contrarrazões, Odair Felício bate-se pelo não provimento do recurso apresentado pelo réu.

Parcialmente inconformado, Odair Felício também interpôs recurso de apelação, sustentando que o valor da indenização, fixado na sentença,

> não cumpre o papel punitivo, vez que a empresa, ora apelada, possui uma sólida estrutura, está no mercado há vários anos, sendo que tal valor não contribuirá para desestimular a empresa/recorrida a repetir sua conduta antijurídica.

Afirma que o valor postulado na exordial "foi bastante ponderado, não constituindo, em momento algum, enriquecimento sem causa".

Aduz que a condenação em quantia inferior à pretendida não pode ser considerada para distribuição proporcional das despesas e honorários.

Por fim, requereu fosse provido o recurso, majorando-se o valor da indenização para R$ 15.000,00 (quinze mil reais) e atribuindo-se à parte contrária os ônus decorrentes da sucumbência.

Apesar de intimado, Tadeu Lourenço de Lima - ME não apresentou contrarrazões recursais.

Estando presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço dos recursos.

A Constituição Federal, protegendo direitos personalíssimos das pessoas, assegura, no inciso X do art. 5º, que

> são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

Assim, a utilização da imagem da pessoa sem a sua autorização, por afrontar direito personalíssimo, sempre produzirá dano moral puro indenizável, cuja existência se presume, bastando a demonstração da prática do ilícito.

Discorrendo a respeito, observa Paulo Lobo que o direito à imagem, no caso,

> não se confunde com a honra, reputação ou consideração social de alguem, como se difundiu na linguagem comum. Relaciona-se ao retrato, à efígie, cuja exposição não autorizada é repelida. Neste, como nos demais casos de direitos da personalidade, pode haver danos materiais, mas sempre há

dano moral, para tanto bastando a revelação ou publicação não autorizadas (*Direito civil*. Parte Geral. 2009, p. 154).

A jurisprudência endossa tais lições:

Processual civil. Administrativo. Responsabilidade civil do estado. Imagem. Uso indevido. Dano moral. Indenização. Cabimento. 1. Ingerência na vida privada, sem a devida autorização da pessoa, consiste em violar direito de privacidade. 2. Cabe indenização por dano moral pelo uso indevido da imagem que, por se tratar de direito personalíssimo que garante ao indivíduo a prerrogativa de objetar sua exposição, no que se refere à sua privacidade. 3. Recurso especial do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro provido e recurso especial de Daniel Faria Loureiro parcialmente provido (STJ - Segunda Turma, REsp 440.150/RJ, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, j. em 19.04.2005, pub. no *DJ* de 06.06.2005, p. 250).

Ementa: Processo civil. Uso indevido de imagem em publicação jornalística. Formação do polo passivo para a ação de compensação por danos morais. Inclusão, neste, do editor, de diretores da revista e do fotógrafo responsável pelo retrato. Inaplicabilidade da Lei de Imprensa para o deslinde da questão. - Reiterada é a jurisprudência do STJ no sentido de que a utilização de imagem sem a devida autorização, ainda que por meio de comunicação, é questão diversa daquelas relacionadas ao exercício do direito de informação, que estão reguladas pela Lei 5250/67. - A alegação da recorrente diz respeito à violação de sua imagem-retrato, ou seja, de sua identidade física, pela publicação não autorizada de fotografia, nos termos do inciso X do art. 5º da CF; não é de se aplicar, portanto, o regramento específico da Lei de Imprensa a questão que não diz respeito à liberdade de manifestação de pensamento e de informação. Recurso especial provido (STJ - Terceira Turma, REsp 569.812/SC, Rel.ª Min.ª Nancy Andrighi, j. em 16.06.2005, pub. no *DJ* de 01.08.2005. p. 440).

Reparação de danos. Direito à imagem. Publicação de foto sem consentimento expresso. Indenização devida. - A imagem é um direito personalíssimo, só podendo ser exibida com a autorização expressa da pessoa a que pertence, sob pena de acarretar o dever de indenizar. A responsabilidade pelo ressarcimento surge do fato do uso da fotografia desacompanhada de autorização. A ofensa nasce do simples desrespeito ao direito exclusivo à imagem, exercido apenas por seu titular. A obrigação de indenizar decorre do uso não autorizado desse direito, sendo desnecessária a prova da existência do dano (Ac. da 15ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais na Apelação Cível 2.0000.00.504875-3/000, Rel. Des. Mota e Silva, j. aos 02.06.2005, pub. aos 22.06.2005).

Direito à imagem. Modelo profissional. Divulgação de foto em produto não autorizada. Danos morais e materiais caracterizados. - A imagem é a projeção da própria pessoa, de seus elementos visíveis que a integram. Assim, sua reprodução só pode ser autorizada pela própria pessoa, por ser direito personalíssimo. Por essa razão, é inaceitável que seja utilizada a imagem de alguém sem a sua autorização, principalmente quando o referido uso tem objetivos notadamente comerciais (Ac. da 12ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais na Apelação Cível 1.0701.03.052000-4/001, Rel. Des. Nilo Lacerda, j. aos 17.05.2006, pub. em 05.08.2006).

No caso em exame, os documentos anexados às f. 12 e 13 demonstram que, em anúncios publicitários que veiculou, o réu se utilizou da imagem do autor, estampada na capa de um CD intitulado "Nuvens".

Afirma o autor que não autorizou o réu a reproduzir a sua imagem em campanha publicitária própria, o que, pelas razões já expostas, configura, por si, a ocorrência de dano moral, a ser ressarcido, nos termos dos arts. 186 e 927 do Código Civil.

Buscando eximir-se dessa responsabilidade, afirma o réu, inicialmente, que a capa do CD, onde aparece a fotografia do autor, constitui obra intelectual nova, de sua autoria, o que tornaria desnecessária a autorização do autor para sua reprodução.

Ao impugnar a contestação, o autor contradiz essa alegação, asseverando que a capa em questão não foi criada pelo réu, pois levou a este "o CD-Rom com todo trabalho já realizado, apenas para que a empresa requerida efetuasse a impressão do conteúdo ali existente" (f. 34).

Incumbia, portanto, ao réu comprovar suas alegações (inciso II do art. 333 do Código de Processo Civil), o que, todavia, não ocorreu, porquanto a prova colhida se mostra inconclusiva nesse tema.

Ademais, como bem ressaltou o Juiz sentenciante, desnecessária é "qualquer discussão sobre quem foi o real autor da arte final da capa do disco do requerente", uma vez que "demonstrado que a imagem fora utilizada sem a permissão expressa do autor, possível é o pedido de indenização" (f. 72 e 73).

Por fim, sustenta o réu que, ao determinar que a sua fotografia aparecesse na capa do CD, o autor, de forma tácita, assentiu com a sua reprodução.

A argumentação não procede, pois o simples fato de ter o autor determinado que a sua imagem aparecesse na capa do CD não leva à pressuposição de ter ele concordado com a divulgação de sua imagem.

Correta se mostra, portanto, a sentença, ao impor ao réu a obrigação de indenizar o autor pelo dano moral decorrente do uso indevido de sua imagem.

A sentença fixou o valor da indenização em valor equivalente a dez salários mínimos vigente na data de sua prolação, ou seja, em maio de 2006.

A fixação da indenização em salários mínimos é vedada em nossa legislação, o que impõe a sua transformação para valor certo.

Por ocasião da prolação da sentença, o salário mínimo era de R$ 350,00 (trezentos e cinquenta reais) e, por consequência, o valor da indenização foi arbitrado em R$ 3.500,00 (três mil e quinhentos reais).

O valor da indenização por dano moral deve ser fixado examinando-se as peculiaridades de cada caso e, em especial, a gravidade da lesão, a intensidade da culpa do agente, a condição socioeconômica das partes e a participação de cada um nos fatos que originaram o dano a ser ressarcido, de tal forma que assegure ao ofendido

satisfação adequada ao seu sofrimento, sem o seu enriquecimento imotivado, e cause no agente impacto suficiente para evitar que provoque novo e igual atentado.

No caso, considerando a pouca gravidade da lesão e a condição socioeconômica das partes, entendo que o valor arbitrado (R$ 3.500,00) na sentença se mostra adequado.

A sentença foi, contudo, omissa no que se refere à atualização monetária do valor da indenização e à incidência de juros moratórios.

A omissão, por envolver matérias de ordem pública, pode e deve ser sanada por este Tribunal, sem que isso implique julgamento extra, ou *ultra petita*, ou *reformatio in pejus*, conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

> Não labora *ex officio*, *ultra petita* ou em infringência ao princípio da *ne reformatio in pejus* o acórdão que, nas instâncias ordinárias, disciplina a incidência dos juros moratórios e da correção monetária, independentemente de pedido específico das partes (STJ - Quarta Turma, REsp 665.282/SP, Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, j. aos 20.11.2008, *DJe* de 15.12.2008).

Por se tratar de indenização por dano moral, a atualização monetária e os juros moratórios incidem a partir da data da prolação da sentença em que o seu valor foi fixado.

Ressalto, por fim, que, "na ação de indenização por dano moral, a condenação em montante inferior ao postulado na inicial não implica sucumbência recíproca" (Súmula 326 do Superior Tribunal de Justiça).

Assim, no caso, não houve sucumbência recíproca apenas por ter havido a condenação em valor aquém daquele pretendido pelo autor.

Os ônus sucumbenciais devem ser, portanto, suportados integralmente pelo réu.

Com essas considerações: 1º) nego provimento à primeira apelação, ofertada por Tadeu Lourenço de Lima - ME (*Sign Make*); 2º) dou parcial provimento à segunda apelação, apresentada por Odair Felício, apenas para determinar que os ônus sucumbenciais sejam suportados integralmente pelo réu; e 3º) de ofício, alterando a parte dispositiva da sentença, fixo o valor da indenização por danos morais em R$ 3.500,00 (três mil e quinhentos reais) e determino que este valor seja atualizado monetariamente, com base nos índices divulgados pela Corregedoria-Geral de Justiça deste Estado, e acrescido de juros moratórios de 1% (um por cento), tudo a partir da data da prolação da sentença.

Condeno o réu a pagar as custas do recurso que interpôs e metade das custas do recurso apresentado pelo autor.

Condeno o autor a pagar metade das custas do recurso que ofertou, ficando, entretanto, suspensa a exigibilidade deste ônus, por estar ele amparado pela assistência judiciária.

DES. TIBÚRCIO MARQUES (Revisor) - De acordo com o Relator.

DES. TIAGO PINTO - De acordo com o Relator.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO À PRIMEIRA APELAÇÃO, DERAM PARCIAL PROVIMENTO À SEGUNDA APELAÇÃO E, DE OFÍCIO, ALTERARAM A PARTE DISPOSITIVA DA SENTENÇA.

...

Execução - Imóvel - Penhora - Termo - Averbação - Ausência - Hasta pública - Designação - Possibilidade

Ementa: Execução fiscal. Penhora de imóvel. Ausência de registro do ato. Designação de hasta pública. Possibilidade.

- O registro da penhora não é condição ou pressuposto para designação de hasta pública para a venda do bem.

AGRAVO DE INSTRUMENTO CÍVEL Nº 1.0024.04.472764-2/001 - Comarca de Belo Horizonte - Agravante: Fazenda Pública do Município de Belo Horizonte - Agravado: Espólio de Canuta Rocha Virtebo - Interessada: Lídia Aparecida de Viterbo Barbosa, Jose Vitor de Viterbo - 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 DAR PROVIMENTO AO RECURSO COM RECOMENDAÇÃO.

Belo Horizonte, 22 de maio de 2012. - *Wander Marotta* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. WANDER MAROTTA (Relator) - A Fazenda Pública do Município de Belo Horizonte interpõe agravo contra a r. decisão publicada nos autos da execução fiscal proposta contra o espólio de Canuta Rocha Viterbo e que condicionou a realização da praça do bem penhorado à averbação da penhora.

Sustenta, em síntese, que está a execução fundada em IPTU e taxas imobiliárias não recolhidos no exercício de 2001, assinalando que, nos termos do art. 659, parágrafo 4º, do CPC (introduzido pela Lei 10.444/02), não há mais a necessidade de registro da penhora do imóvel que deu origem ao débito para seu aperfeiçoamento, impondo-se, assim, o prosseguimento da execução e a designação de praça para venda do bem objeto da constrição. Cita jurisprudência em apoio de sua tese e requer, liminarmente, a concessão de efeito suspensivo para que

seja designada data para leilão do imóvel penhorado, dando-se, ao final, provimento ao recurso.

Recebi o recurso na forma de instrumento, mas apenas em seu efeito devolutivo (f. 65/67).

Solicitei informações, em especial sobre se está o executado representado por curador especial; ou se foi decretada a sua revelia; e, ainda, se foi requerida por algumas das partes a avaliação do imóvel penhorado.

Limitou-se o ilustre Juiz, contudo, a informar que a decisão atacada foi mantida e que foi cumprido o disposto no artigo 526 do CPC, como geralmente é feito hoje com a utilização dos formulários.

O agravado não constituiu procurador nos autos e, como não há notícia da nomeação de curador especial, é dispensável sua intimação.

Conheço do recurso.

A execução foi proposta, originariamente, contra a Caixa dos Aposentados e Pensionistas dos Ferroviários (f. 12/15).

Devidamente citado, o executado informou que o proprietário do imóvel era José C. de Viterbo, já falecido, sendo inventariante seu filho José Vitor de Viterbo (f. 18/20).

Por este motivo, a exequente requereu a "[...] exclusão da Caixa dos Aposentados e Pensionistas dos Ferroviários" do polo passivo, com "[...] a inclusão, no polo passivo da lide, da Sr.ª Canuta Rocha Viterbo, bem como dos herdeiros Lidia Aparecida de Viterbo Barbosa e José Vitor de Viterbo" (f. 21).

O pedido foi deferido (f. 22), tendo sido o débito parcelado em 17.10.2005 (f. 25/26).

O parcelamento, contudo, não foi quitado na íntegra, razão pela qual foi dado prosseguimento à execução, sendo determinada, em 06/10, 18/10 e 17/11 de 2005, a citação da executada Canuta Rocha Viterbo. Todavia, não foi ela localizada, havendo informação de ser falecida (f. 35).

Em 18.08.2006 o Fisco requereu novamente a suspensão do feito, em razão de novo acordo de parcelamento do débito com os herdeiros da Sr.ª Canuta (f. 38/41).

Em 02.03.2009 foi requerida a substituição dos devedores pelo espólio de Canuta Rocha Viterbo (f. 42), deferido o pedido em 18.03.2009 (f. 45); e requerido o prosseguimento do feito em 20.05.2009, ocasião em que informou a exeqüente que o valor atualizado do débito era equivalente a R$ 2.299,09 (f. 47).

Foi determinada, então, a intimação do espólio devedor (f. 49), que não constituiu procurador nos autos, sendo realizada a penhora do imóvel em 01.09.2009.

Na ocasião foi o espólio intimado na pessoa de seu representante legal para embargar a execução, sem fazê-lo (f. 53/54).

Novamente, em 06.11.2009 foi o feito suspenso em razão do parcelamento do débito (f. 58).

Em 10.01.2012 requereu o executado a designação da praça do bem, informando o valor atualizado do débito de R$ 2.918,61 (f. 59).

O pedido foi indeferido ao fundamento de que não foram preenchidos os seguintes requisitos para sua realização "[...] atualização da avaliação da penhora e registro do bem penhorado" (f. 60).

No agravo o recorrente insurge-se contra a parte do *decisum* que "[...] assevera ser necessário o registro da penhora e que este ato deve ser feito pelo Município exequente" (f. 4).

Assiste razão ao agravante.

Nos termos do CPC:

> Art. 646. A execução por quantia certa tem por objeto expropriar bens do devedor, a fim de satisfazer o direito do credor (art. 591).
> Art. 647. A expropriação consiste:
> I - na adjudicação em favor do exequente ou das pessoas indicadas no § 2º do art. 685-A desta Lei;
> II - na alienação por iniciativa particular;
> III - na alienação em hasta pública;
> IV - no usufruto de bem móvel ou imóvel.
> Art. 648. Não estão sujeitos à execução os bens que a lei considera impenhoráveis ou inalienáveis.
> [...]
> Art. 659. A penhora deverá incidir em tantos bens quantos bastem para o pagamento do principal atualizado, juros, custas e honorários advocatícios.
> § 1º Efetuar-se-á a penhora onde quer que se encontrem os bens, ainda que sob a posse, detenção ou guarda de terceiros.
> § 2º Não se levará a efeito a penhora, quando evidente que o produto da execução dos bens encontrados será totalmente absorvido pelo pagamento das custas da execução.
> § 3º No caso do parágrafo anterior e bem assim quando não encontrar quaisquer bens penhoráveis, o oficial descreverá na certidão os que guarnecem a residência ou o estabelecimento do devedor.
> 4º A penhora de bens imóveis realizar-se-á mediante auto ou termo de penhora, cabendo ao exeqüente, sem prejuízo da imediata intimação do executado (art. 652, § 4º), providenciar, para presunção absoluta de conhecimento por terceiros, a respectiva averbação no ofício imobiliário, mediante a apresentação de certidão de inteiro teor do ato, independentemente de mandado judicial.
> § 5º Nos casos do § 4º, quando apresentada certidão da respectiva matrícula, a penhora de imóveis, independentemente de onde se localizem, será realizada por termo nos autos, do qual será intimado o executado, pessoalmente ou na pessoa de seu advogado, e por este ato constituído depositário. (Incluído pela Lei nº 10.444, de 7.5.2002).

A averbação do termo de penhora tem por objetivo resguardar o direito do credor perante terceiros de boa-fé. A ausência de tal registro não impede a designação da hasta pública.

Mutatis mutandis:

> - Relativamente aos terceiros adquirentes de boa-fé, o Superior Tribunal de Justiça firmou posicionamento no sentido de que, havendo execução fiscal com penhora sobre bem imóvel, a fraude se configura a partir do momento em que ela é registrada em cartório competente. Isso, porque não

se pode impor a eles a ciência de execução fiscal apenas em função da citação da empresa executada. 2. Precedentes desta Corte Superior: REsp 829.003/RS, 2ª Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, *DJe* de 8.10.2008; EDcl no REsp 961.353/AL, 1ª Turma, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, *DJe* de 22.10.2008; AgRg no REsp 924.327/RS, 1ª Turma, Rel. Min. José Delgado, *DJ* de 13.8.2007, p. 351; REsp 835.089/RS, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, *DJ* de 21.6.2007.

No caso, já houve, ao que tudo indica, a citação do devedor e a efetivação da penhora. O próximo passo é a venda pública do imóvel.

Anoto que o exequente nada diz sobre a atualização do valor da avaliação.

Contudo, é de recomendar-se que, antes da designação da praça, seja realizada nova avaliação do bem, inclusive porque não se insurgiu o agravante contra esta parte do *decisum*. Assim, dou provimento ao recurso para determinar que o MM. Juiz designe a data para a praça do imóvel penhorado, efetivando-se, por prudência, nova avaliação do bem imóvel penhorado antes da designação da referida praça.

Recomendo, ainda (dada a falta de informações a respeito), que, caso tenha sido decretada a revelia do executado, que lhe seja nomeado curador especial, nos termos do artigo 9º, inciso II, do CPC, evitando-se, assim, nulidade posterior.

Custas deste agravo (50% pelo executado, isenta a Fazenda).

DES. BELIZÁRIO DE LACERDA - De acordo com o Relator.

DES. WASHINGTON FERREIRA - De acordo com o Relator.

Súmula - DERAM PROVIMENTO AO RECURSO COM RECOMENDAÇÃO.

...

Execução fiscal - Penhora de imóvel - Caráter residencial - Dúvida - Certidão de oficial de justiça - Fé pública

Ementa: Agravo de instrumento. Execução fiscal. Penhora de imóvel. Bem de família. Diligência do oficial de justiça. Utilização do imóvel para fins residenciais. Não comprovação.

- O reconhecimento do imóvel como bem de família e, portanto, impenhorável exige prova de sua destinação como residência do devedor ou de sua família, conforme dispõe o art. 1º da Lei nº 8.009/90.

- Havendo dúvidas razoáveis quanto ao uso do imóvel para fins residenciais, apoiadas em certidão de oficial de justiça, é de se negar provimento ao recurso de agravo de instrumento que visa à impenhorabilidade deste, para que, na ação matriz, possam as partes, com ampla dilação probatória, comprovarem cabalmente suas alegações.

AGRAVO DE INSTRUMENTO CÍVEL Nº 1.0024.02.845059-1/001 - Comarca de Belo Horizonte - Agravante: Ítalo Mellilo Filho - Agravada: Fazenda Pública do Estado de Minas Gerais - Interessados: Socalças Ltda., Humberto Melillo - 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 NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 19 de junho de 2012. - *Washington Ferreira* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. WASHINGTON FERREIRA - Cuida-se de agravo de instrumento interposto contra decisão de f. 121/122-TJ, que, nos autos da execução fiscal, indeferiu o pedido de impenhorabilidade do imóvel situado na Rua Maria de Carvalho, 591/202, Belo Horizonte.

Em síntese, aduz o agravante que comprovou ser o imóvel em questão residencial e o único usado para esse fim.

Sustenta que, na certidão do oficial de justiça, este não afirma que o agravante não reside no local.

Pondera que se colocou à disposição para quaisquer esclarecimentos futuros.

O pedido de efeito suspensivo foi por mim indeferido, conforme decisão de f. 161/163-TJ.

Contraminuta às f.167/170-TJ.

O douto Juiz da causa prestou informações à f. 172-TJ, comunicando o cumprimento do disposto no art. 526 do CPC e a manutenção da decisão agravada.

É o relatório.

Presentes os requisitos de admissibilidade, conheço do recurso.

Sem preliminares, passo desde já ao exame meritório.

Mérito.

A questão posta nos autos versa sobre a impenhorabilidade de imóvel a teor da Lei 8.009/90.

Dispõe o art. 1º da Lei nº 8.009/90 que:

> Art. 1º O imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar, é impenhorável e não responderá por qualquer tipo de dívida civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de outra natureza, contraída pelos cônjuges ou pelos pais ou filhos que sejam seus proprietários e nele residam, salvo nas hipóteses previstas nesta lei.

> Parágrafo único. A impenhorabilidade compreende o imóvel sobre o qual se assentam a construção, as plantações, as benfeitorias de qualquer natureza e todos os equipamentos, inclusive os de uso profissional, ou móveis que guarnecem a casa, desde que quitados.

Em virtude do princípio da dignidade da pessoa humana, o imóvel residencial, tido como único bem, é impenhorável. O objetivo da Lei nº 8.009/90 é assegurar a moradia do núcleo familiar, limitando os casos em que ela poderá ser penhorada para pagamento de dívidas.

Ainda nos termos do referido dispositivo legal, a impenhorabilidade recai sobre o imóvel utilizado pela família como sua residência permanente:

> Art. 5º Para os efeitos de impenhorabilidade, de que trata esta lei, considera-se residência um único imóvel utilizado pelo casal ou pela entidade familiar para moradia permanente.

Assim, para que seja aplicada a Lei nº 8.009/90, deve-se demonstrar, de forma inequívoca, que o imóvel passível de sofrer constrição judicial é o único bem da família e usado como sua residência permanente.

Nesse mesmo sentido, colaciono jurisprudência deste eg. Tribunal:

> Processual civil. Embargos de terceiro. Cônjuge-virago. Impenhorabilidade. Bem de família. Imóvel rural. Ausência de comprovação. Inteligência do art. 5º, inciso XXVI, da CF/88. Ônus da prova. Imóvel defesa da meação. Dívida contraída em benefício da família. Presunção relativa. Prova em contrário. Inexistência. - Não basta, para invocar a impenhorabilidade prevista na Lei 8.009/90, que o imóvel seja o único de propriedade do casal. É necessária, ainda, prova inequívoca de que se destina à residência do núcleo familiar. Assim, não tendo a parte embargante, a quem cabe provar a qualidade de bem de família, demonstrado os requisitos previstos na Lei 8.009/90, subsiste a penhora levada a efeito sobre aquele. - A impenhorabilidade do imóvel rural é assegurada pelo art. 5º, XXVI, da CF/88, bem como pelos art. 649, X, do CPC, e arts. 1º e 4º, § 4º, da Lei 8.009/90. Entretanto, para que seja reconhecida se exige a comprovação, cumulativamente, de que o imóvel seja inferior ao módulo rural definido para a região, que o devedor dele retire a sua subsistência e que o débito se origine de sua exploração. Assim, nenhum óbice existe à penhora do imóvel, em ação de execução fundada em título extrajudicial garantida por nota promissória, sem qualquer relação com sua atividade produtiva. - Nos embargos de terceiro opostos pela mulher do executado, visando à defesa de sua meação, consoante entendimento consolidado na doutrina e na jurisprudência a presunção é de que a dívida foi contraída em benefício da entidade familiar. Inexistindo nos autos prova capaz derruir tal presunção, inacolhível a pretendida exclusão (Apelação Cível nº 1.0118.08.014148-4/001, em conexão com a Apelação Cível nº 1.0118.08.014146-8/001 - Comarca de Canápolis - Apelante: Sebastiana Júlia da Silva - Apelado: Banco Bradesco S.A. - Relator: Des. Tarcísio Martins Costa).

> Agravo de instrumento. Impenhorabilidade. Lei 8.009/90. Matéria de ordem pública. Preclusão. Não ocorrência. Ônus do devedor expropriado. Comprovação. - A impenhorabilidade do bem de família de que trata a Lei 8.009/90, é matéria de ordem pública, portanto, pode ser arguida em qualquer momento processual, não havendo preclusão. A Lei 8.009/90 tem por objetivo proteger o imóvel no qual reside a entidade familiar ou o devedor solteiro, conforme entendimento da Súmula 364 do STJ. Para que se reconheça um imóvel como sendo bem de família, faz-se necessário que o executado comprove ser o bem expropriado, destinado à sua residência ou do casal, conforme dispõe o art. 1º da mencionada norma. V.v.p. - As questões incidentalmente apreciadas não podem voltar a ser tratadas em fases posteriores ao processo (Agravo de Instrumento nº 1.0145.06.324810-1/002 - Comarca de Juiz de Fora - Agravante: Maria das Graças Sperandio da Silva Miguel - Agravada: Credicard Banco S.A. - Relator: Des. Antônio Bispo).

> Embargos de terceiros. Ilegitimidade ativa do executado. Falta de intimação da penhora da esposa do executado. Incomprovada a condição de casada. Nulidade da penhora afastada. Imóvel penhorado. Bem de família. Falta de comprovação. Sentença mantida. - A pessoa que for parte no processo de execução não terá legitimidade para opor embargos de terceiros, visto a incompatibilidade de qualificação daquele. - A condição de esposa do executado, para fins de arguição de nulidade do ato de penhora que não a tenha intimado, deverá ser comprovada por meio de certidão de casamento. - Para que se reconheça um imóvel como sendo bem de família é necessário que o executado comprove que o mesmo se destina à residência do casal ou da entidade familiar, nos termos do art. 1º da Lei nº 8.009/90 e, além disso, que não possui outro com a mesma finalidade, conforme se extrai do art. 5º da referida lei (Apelação Cível nº 1.0188.06.050596-6/001, em conexão com a Apelação Cível nº 1.0188.06.050676-6/001 - Comarca de Nova Lima - Apelantes: Carlos de Lima Cavalcanti e outros - Apelado: Espólio de Romeu Amaral, representado pelo inventariante Gustavo Romeu Amaral - Relator: Des. Generoso Filho).

A interpretação teleológica do mencionado dispositivo é a proteção de um direito fundamental, o direito à moradia, merecendo ampliação a norma em tela, a fim de que também se entenda como albergado pela lei o imóvel em que o devedor nele resida sozinho.

Volvendo aos autos, consta que foi determinado pelo MM. Juiz de 1º grau a expedição de mandado para constatar se o imóvel situado na Rua Maria de Carvalho, 591/202, Belo Horizonte, era usado como residência familiar pelo agravante, f.110-TJ.

Em diligência realizada, a oficiala de justiça certificou ter ido ao local, após prévio agendamento de horário com o Sr. Ítalo, tendo constatado que este se encontrava "pouco à vontade" no apartamento. Cito trecho da certidão de f.113-TJ:

> [...] o contato para marcarmos dia e hora foi feito pelo Sr. Ítalo Mellilo Filho, alegando que seria difícil encontrá-lo em casa, ou mesmo sua esposa ou filha. Quando cheguei ao apartamento ele me recebeu e deixou que eu entrasse no imóvel. Havia uma senhora limpando a casa, que, segundo ele, era a empregada doméstica, e algumas roupas no varal. Ele disse que mora no local há 15 anos. As portas de todos os quartos estavam fechadas, pedi que ele abrisse, mas o mesmo desconversou. Senti o executado pouco à vontade. [...].

Por iniciativa própria, a oficiala voltou ao imóvel, sem aviso prévio, e foi atendida por uma senhora que se identificou como prima do agravante. Esta informou que reside no local e que o Sr. Ítalo vai lá quinzenalmente, não sabendo onde ele mora com a família.

Por fim, a servidora disse não poder afirmar "que o imóvel seja utilizado como residência familiar pelo executado", f. 113-TJ.

Foi dada oportunidade às partes para que se manifestassem sobre a diligência. Pelo Estado de Minas Gerais foi requerido o indeferimento do pedido de impenhorabilidade do bem, f. 114/115-TJ.

Já o agravante afirmou estar demonstrado o caráter residencial do apartamento e que nem ele nem sua esposa possuem outro imóvel, f. 118/120-TJ.

Inicialmente, cumpre ressaltar que a certidão firmada por oficiala de justiça possui fé pública. Assim, para que seja desconstituída a presunção de veracidade, a parte deve fazer prova robusta em sentido contrário.

Nesse mesmo sentido já houve manifestação deste eg. Tribunal de Justiça:

> Direito processual civil. Certidão do oficial de justiça. Fé-pública. Presunção de veracidade *juris tantum*. Alegação de falsidade. Prova. Inexistência. - A certidão de lavra do oficial de justiça é dotada de fé-pública, gozando de presunção de veracidade *juris tantum*. Para contradizê-la não basta à parte apenas alegar, mas fazer prova robusta que a contradiga (Apelação Cível n° 1.0517.10.000666-0/001 - Comarca de Poço Fundo - Apelante: José Mário Peres Costa - Apelada: Credivar - Cooperativa de Crédito Rural dos Cafeicultores da Região de Varginha - Relator: Des. Mota e Silva).

O agravante não comprovou que efetivamente reside no imóvel em questão e que são desarrazoadas as dúvidas levantadas pela oficiala de justiça. Além do mais, as certidões de f. 126/136-TJ, todas de cartórios do Município de Belo Horizonte, são do ano de 2010, portanto desatualizadas.

Dessa forma, não vislumbro, por ora, a veracidade das alegações do agravante. Por isso, não vejo motivos para modificar a decisão ora guerreada.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

Custas, pelo agravante, suspensa sua exigibilidade nos termos da Lei n° 1.050/60.

É como voto.

DES. BELIZÁRIO DE LACERDA - De acordo com o Relator.

DES. PEIXOTO HENRIQUES - De acordo com o Relator.

Súmula - RECURSO NÃO PROVIDO.

...

União estável - Imóvel - Composse - Aluguel por um dos cônjuges - Privação do outro à posse - Esbulho - Requisitos - Art. 927 do CPC - Demonstração - Reintegração de posse deferida

Ementa: Apelação. Processual civil. Ação possessória. União estável. Composse. Esbulho comprovado. Recurso conhecido. Pedido provido em parte.

- Demonstrado nos autos que a parte ré praticou esbulho quanto à composse do autor, impedindo que ele usufruísse do imóvel, deve ser provido o pedido de reintegração de posse.

- Diante da composse, um não poderá excluir ou obstar a posse do outro.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0568.10.001321-4/001 - Comarca de Sabinópolis - Apelante: Derneval Teodoro da Conceição - Apelados: Gildelene Soares de Almeida, José Gonçalves de Andrade - 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 CASSAR A SENTENÇA E, A TEOR DO ART. 515, § 3°, DO CPC, PROVER O RECURSO EM PARTE.

Belo Horizonte, 31 de maio de 2012. - *José Affonso da Costa Côrtes* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. JOSÉ AFFONSO DA COSTA CÔRTES - Derneval Teodoro da Conceição ajuizou ação de reintegração de posse contra José Gonçalves de Andrade e Gildelene Soares de Almeida, sustentando que é proprietário do imóvel localizado no Córrego dos Almeidas, e, diante de sua ausência da residência, a segunda ré, que à época era sua companheira, procedeu à locação do imóvel ao primeiro réu. Junta documentos de f. 06/13.

Devidamente citados (f. 16/17) apenas a segunda ré apresentou defesa (f. 19), sustentando que vivia em união estável com o autor; que ele a abandonou; que permaneceu com o filho no imóvel; que posteriormente arrendou o imóvel para o primeiro réu; que, diante da união estável, possui direito sobre o imóvel.

O autor apresentou impugnação (f. 22/23) confirmando a existência de união estável, contudo sustentou que o imóvel faz parte de seu patrimônio particular, adquirido anteriormente à convivência conjugal.

Proferida sentença (f. 36/37), o processo foi extinto sem julgamento do mérito (art. 267, inciso VI, do CPC), sob o fundamento de que carece ao autor interesse de agir, aduzindo que a questão é afeta ao Direito de Família,

não se tratando de questão possessória ("a solução da lide perpassa pela análise do período de união estável havido entre as partes, com consequente partilha dos bens adquiridos pelo esforço comum, com a análise, ainda, daqueles adquiridos tão somente de cada um dos companheiros. Nesse sentido, entendo que o meio utilizado pelo requerente não se adapta à sua pretensão, que restou veiculada por ação equivocada").

Irresignado com o resultado do julgamento, o autor interpôs apelação (f. 38/43), fazendo um resumo da lide. Sustenta que a questão envolve direito possessório, visto que de forma injusta foi privado de utilizar de seu bem, em decorrência de esbulho praticado pela sua ex-companheira. Aduz que o imóvel é de sua propriedade, tendo sido adquirido por sucessão, pelo que, embora tenha havido união estável, sua ex-companheira não possui qualquer direito sobre o bem. Pugna ao final pelo provimento do recurso.

O apelante procedeu ao preparo (f. 44).

A apelada apresentou contrarrazões ao recurso (f. 46) pugnando pela manutenção da sentença.

Em síntese, é o relatório.

A questão dos autos reside em aferir acerca do pedido de reintegração de posse feito pelo ora apelante, sob o fundamento de que sofreu esbulho, aduzindo que sua ex-companheira, aproveitando-se de sua ausência o privou do direito sobre o imóvel, objeto da lide.

Em que pese a MM. Juíza de Direito *a quo* ter entendido pela ocorrência de carência de ação, sob o fundamento de que a matéria envolve discussão relacionada a direitos decorrentes da união estável, sendo que "o meio utilizado pelo requerente não se adapta à sua pretensão, que restou veiculada por ação equivocada", tenho entendimento diverso.

Analisando detidamente os autos, presente interesse processual da parte autora, que pretende ser reintegrada no imóvel descrito na inicial, visto que alega a posse, a ocorrência de esbulho que gerou a perda da posse, podendo se valer do instituto previsto no artigo 926 do Código de Processo Civil ("Art. 926. O possuidor tem direito a ser mantido na posse em caso de turbação e reintegrado no de esbulho").

Desta feita, voto no sentido de cassar a sentença.

Adoto o princípio da causa madura, previsto no artigo 515, § 3º do Código de Processo Civil, que faculta ao Tribunal julgar desde logo a lide, se a causa versar sobre questão exclusivamente de direito e estiver em condições de imediato julgamento, o que é o caso.

Passo, ao exame da questão em litígio.

Assim, aquele que é desapossado da coisa tem, para reavê-la e restaurar a posse perdida, ação de reintegração de posse, sendo requisitos da ação a existência da posse e seu titular, e o esbulho cometido pelo réu, privando aquele, arbitrariamente, da coisa ou do direito.

Infere-se dos autos que as partes, tanto o apelante quanto a apelada, diante da existência incontroversa de relação de união estável, exerciam composse. O autor e ré exerceram pacífica e conjuntamente a posse sobre o imóvel, que, ressalte-se, ainda se encontra indiviso.

Portanto, a relação jurídica existente entre as partes regula-se pelo instituto da composse, assim definida por Sílvio Rodrigues (*Direito Civil* - Direito das coisas. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 5, p. 26):

> A composse está para a posse assim como o condomínio está para o domínio. Da mesma maneira que este não comporta mais de um titular exercendo integralmente o direito de propriedade, também a posse não admite mais de um possuidor a desfrutá-la por inteiro.
> Entretanto, como já vimos que a posse se manifesta pelo exercício de algum dos poderes inerentes ao domínio, nada impede que tais poderes sejam exercidos simultaneamente por mais de um possuidor, desde que o exercício por parte de um consorte não impeça o exercício por parte do outro. Assim, a lei admite a composse (CC, art. 1.199).
> O exemplo mais freqüente de composse é a dos cônjuges, no regime de comunhão de bens, ao exercerem, sobre o patrimônio comum, os direitos de compossuidores. Os atos de posse, praticados por um dos cônjuges, não excluem atos semelhantes de seu consorte. O mesmo ocorre no caso de condomínio, em que os condôminos são compossuidores. Tanto num como noutro exemplo, qualquer dos compossuidores pode reclamar a proteção possessória, caso seja turbado, esbulhado ou ameaçado em sua posse.

Desse modo, constatada a composse de imóvel, ainda, indiviso, torna-se legítima a utilização integral da coisa por todos os compossuidores, desde que a posse de um não exclua a dos demais, conforme se infere do artigo 1.199 do Código Civil ("Art. 1.199. Se duas ou mais pessoas possuírem coisa indivisa, poderá cada uma exercer sobre ela atos possessórios, contanto que não excluam os dos outros compossuidores").

Dessa forma, verificada a composse, restou demonstrado o esbulho que se configurou quando um dos compossuidores, no caso a apelada, impede o exercício da posse pelos demais, no caso o apelante, fato este incontroverso nos autos, conforme se denota à f. 29, em que a apelada se nega a entregar as chaves ao apelante, impedindo-o de usufruir o bem, bem como aduz em suas contrarrazões que reside no imóvel com seu filho.

Ainda, vale ressaltar que, embora reconhecida a composse, ou seja, o direito do ora apelante e da apelada de utilizarem de forma integral o bem, visto que ainda indiviso, no que se refere aos direitos decorrentes da união estável e alegação da apelada acerca das benfeitorias, melhor é que tais matérias sejam discutidas no juízo próprio e em ação própria, onde será possível a delimitação do direito que compete a cada um dos interessados, pois esta ação refere-se apenas aos direitos possessórios.

Nesse sentido:

> Apelação cível. Ação de reintegração de posse. Composse. Possibilidade. Prova da posse, do esbulho, da sua data, e

da perda da posse. Requisitos fundamentais. Preenchimento. Procedência do pedido. - Como sabido, a ação possessória é utilizada no intuito de se obter proteção ao fato jurídico posse, em face de atos praticados por terceiros, caracterizadores de esbulho ou turbação. Para a concessão da reintegração de posse, necessário o preenchimento dos requisitos elencados no artigo 927 do Código de Processo Civil. Comprovando a parte autora a sua posse anterior, o esbulho praticado pelo réu, a data do esbulho e a perda da posse, o juiz deferirá a expedição do respectivo mandado de reintegração. Nos casos em que haja composse, a reintegração de posse de um dos co-possuidores deve ser mitigada, já que a posse de um deles não pode excluir ou obstar a dos outros. A composse somente cessa com a divisão da coisa em juízo, por acordo ou contenciosamente, ou por fixação de uma das partes, no limite de seu quinhão, de forma aparente e determinada, sendo certo que os co-possuidores devem exercer conjuntamente a posse sobre toda a área litigiosa (Apelação Cível nº 1.0625.06.062444-6/001 - Rel. Des. Irmar Ferreira Campos - TJMG, 17ª Câmara Cível, *DJ* em 17.10.2006).

Vale ressaltar que, não obstante a alegação do apelante de domínio, tem-se que, no que tange às ações possessórias, conforme já salientado, admite-se exclusivamente a discussão acerca da existência da posse, pois "o que se discute, nessas ações, é o fato da posse, e não o direito de propriedade sobre a coisa" (THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito Processual civil*. Procedimentos Especiais. Rio de Janeiro: Forense, 2009, v. III, p. 119).

Nesse sentido: "O que se apura nas ações possessórias é a posse - *jus possessionis*, e não o direito à posse - *jus possidendi*" (SOLLERO, Márcio. Considerações em torno da posse, in *Rev. dos Julgados TAMG*, v. 13, p. 33).

No que se refere ao réu José Gonçalves de Andrade, extingo o processo sem julgamento do mérito (art. 267, VI, do CPC), visto que ele não mais se encontra no imóvel, conforme afirma a apelada em suas contrarrazões ("O imóvel esteve alugado por uma temporada para o sustento do filho. Hoje a apelada encontra-se no imóvel com o filho menor, fruto da união estável" - f. 46), carecendo ao autor, nesse caso, interesse processual.

Pelo exposto, recurso provido em parte, para cassar a sentença, bem como julgar procedente em parte o pedido inicial, determinando a expedição do mandado de reintegração de posse do autor apelante sobre o bem imóvel descrito na petição inicial, ressalvando que tanto autor/apelante quanto a ré/apelada, Gildelene Soares de Almeida, não poderão excluir, ou obstar a posse um dos outros, haja vista serem copossuidores da área.

Diante do teor do julgamento, reconhecida a sucumbência recíproca, cada parte deve arcar com o pagamento de 50% (cinquenta por cento) das custas processuais e honorários de seu advogado, os quais arbitro em R$600,00 (seiscentos reais), suspensa em relação à apelada, visto que faz jus ao benefício da justiça gratuita.

Quanto ao autor/apelante, em relação ao deferimento da justiça gratuita (f. 15), praticou ato incompatível com a situação de beneficiário, visto que procedeu ao preparo (f. 44), pelo que evidenciada a sua capacidade econômica, devendo arcar com sua parte a título de ônus sucumbenciais.

DES. MAURÍLIO GABRIEL - De acordo com o Relator.

DES. TIBÚRCIO MARQUES - De acordo com o Relator.

Súmula - SENTENÇA CASSADA E, A TEOR DO ART. 515, § 3º, DO CPC, RECURSO PROVIDO EM PARTE.

...

Cargo eletivo - Vereador - Aprovação em concurso público - Cumulação de cargos - Compatibilidade de horários - Possibilidade - Art. 38, III, da CF/88 - Exceção à regra do âmbito estadual e do federal - Lei Orgânica Municipal - Correspondência com o modelo federal - Obrigatoriedade

Ementa: Mandado de segurança. Vereador. Concurso público. Aprovação. Cargo efetivo. Cumulação. Possibilidade.

- A acumulação de mandato de vereador com o cargo público efetivo é exceção à regra da proibição e está prevista no art. 38, III, da Constituição da República.

- As vedações previstas na norma do art. 54, da Constituição da República se aplicam aos vereadores, ainda que a Lei Orgânica seja silente.

- A existência de norma da Lei Orgânica Municipal que transcreve as vedações do art. 54 não retira o direito de acumulação previsto no art. 38, III, da Constituição da República, pois não se pode excetuar a exceção.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0529.10.001715-9/001 - Comarca de Pratápolis - Apelante: Rodrigo Talles de Oliveira - Apelados: Câmara Municipal de Itaú de Minas, Antônio dos Reis Nunes, em causa própria - Autoridade coatora: Presidente da Câmara Municipal de Itaú de Minas - 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 NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 5 de junho de 2012. - *Bitencourt Marcondes* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. BITENCOURT MARCONDES - Trata-se de recurso de apelação interposto por Rodrigo Talles de

Oliveira em face da sentença proferida pelo MM. Juiz de Direito Fabiano Garcia Veronez, da Comarca de Pratápolis, que, nos autos do mandado de segurança impetrado contra ato do Presidente da Câmara Municipal de Itaú de Minas/MG e em face de Antônio dos Reis Nunes, denegou a segurança.

Afirma que a sentença deixou de analisar a incompatibilidade existente entre as funções de vereador e de procurador do município, ambas a exigir as necessárias autonomia e independência funcional. Sustenta que o Município não estava obrigado a reproduzir, em sua Lei Orgânica, a norma inserta no art. 54, inciso I, alínea *b*, da Constituição da República, mas, fazendo-o, a vedação contida no art. 40, inciso I, alínea *b,* é perfeitamente válida e constitucional, mormente diante do disposto nos arts. 29, IX, e 30, I, da Carta Magna.

Pugna pela concessão da tutela antecipada recursal, a fim de que o edil seja afastado cautelarmente de suas funções, com a consequente convocação do ora apelante, para que exerça a vereança, provisoriamente, até decisão definitiva.

Ao final, requer seja declarada a perda do mandato do vereador Antonio dos Reis Nunes, com o seu consequente e imediato afastamento das funções na edilidade, conduzindo, ainda, o apelante à vaga do agente político. Na eventualidade, requer seja determinado que o Plenário da Câmara Municipal aprecie a questão, com a instauração do respectivo procedimento administrativo.

Contrarrazões da Câmara Municipal de Itaú de Minas às f. 209/301, nas quais alega a impossibilidade do pedido de antecipação da tutela recursal.

Contrarrazões de Antônio dos Reis Nunes, às f. 302/320.

A Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se pelo desprovimento do recurso.

Conheço do recurso, pois presentes seus pressupostos de admissibilidade.

I. Do objeto do recurso.

Trata-se de mandado de segurança interposto por Rodrigo Talles de Oliveira contra ato do Presidente da Câmara Municipal de Itaú de Minas, que indeferiu seu pedido de cassação do mandato de Antônio dos Reis Nunes e, via de consequência, sua convocação para a cadeira do edil, na condição de vereador suplente.

Relata que o impetrado foi classificado em 7º lugar no concurso público de nº 001/2006, realizado pelo Poder Executivo Municipal, que previa 02 vagas para Técnico Superior em Serviços Jurídicos. Eleito como vereador no pleito realizado em 2009, foi convocado pela Administração Pública para assumir o cargo efetivo, tendo-o aceitado em 02.03.2010 e tomado posse em 07.06.2010. Afirma que o impetrado nem sequer poderia aceitar o cargo, diante da vedação expressa contida na Lei Orgânica Municipal, que reproduz os mesmos impedimentos previstos para os deputados e senadores no texto constitucional, além de incidir, no caso, incompatibilidade funcional entre o cargo eletivo, a exigir independência e autonomia funcional, e o cargo efetivo.

O il. Magistrado *a quo* denegou a segurança, ao argumento de que, tratando-se de vereador, é permitida a cumulação dos cargos quando houver compatibilidade de horários, ressaltando que nem a questão de eventual incompatibilidade serviria de justificativa para a concessão da segurança, pois o próprio edil requereu seu afastamento do cargo para o qual fora nomeado.

O apelante requer a concessão da tutela antecipada recursal, bem como pugna pela reforma da sentença, alegando, em síntese, que o vereador não poderia sequer aceitar o cargo de Técnico Superior em Serviços Jurídicos, em face da vedação do art. 40, inciso I, alínea *b*, da Lei Orgânica do Município, que reproduz *ipsis literis* a proibição constante no art. 54, inciso I, alínea *b,* da Constituição da República. Sustenta, ainda, que o exercício da vereança impõe independência e autonomia funcional.

1. Da tutela antecipada recursal.

Inicialmente, cumpre afastar a preliminar de impossibilidade de apreciação do pedido de antecipação da tutela, pois não há vedação quanto a sua análise e concessão em sede recursal.

A antecipação de tutela, para ser concedida, exige o preenchimento dos requisitos elencados no art. 273 do Código de Processo Civil: prova inequívoca; verossimilhança da alegação; fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, ou abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu.

No caso, não vislumbro a verossimilhança no direito alegado, pois o art. 38 da Constituição da República garante que o vereador acumule o cargo com outro da Administração Pública direita, desde que a admissão ou contratação seja precedida de concurso público e haja compatibilidade de horário. Lado outro, a discussão acerca da incompatibilidade funcional entre os cargos, a princípio, é inócua, pois o vereador requereu seu afastamento do cargo efetivo, em face da incompatibilidade de horários.

Ante o exposto, indefiro a pretensão.

2. Das incompatibilidades e impedimentos do vereador.

A Constituição da República possui, como regra geral, a proibição de acumulação remunerada de cargos e funções públicas, excetuadas as hipóteses previstas no próprio texto constitucional, tais como as insertas no inciso XVI do art. 37.

Em seu art. 38, ressalva, igualmente, a regra proibitória para os casos de exercício de mandato eletivo por servidor público, dispondo sobre: (a) obrigatoriedade de afastamento do cargo, emprego ou função quando investido em mandato eletivo federal, distrital ou estadual (inciso I); (b) afastamento do cargo, com direito à opção por sua remuneração na hipótese de exercício de mandato de prefeito (inciso II); (c) possibilidade de acumulação

da remuneração do cargo com subsídio de vereador, se houver compatibilidade de horários, caso contrário, o afastamento é obrigatório, podendo, contudo, optar pela remuneração do cargo, emprego ou função (inciso III).

Assim, quanto ao exercício da vereança, a Carta Magna permitiu que o servidor público acumule, sem prejuízo da remuneração e do subsídio, a função que exerce com o cargo eletivo se houver compatibilidade de horário. Não havendo, poderá optar por qualquer das remunerações, assim como ocorre com o prefeito.

Dessarte, pouco importa se o exercício da vereança precede ou é posterior à posse no cargo público, devendo, tão somente, ser observada a compatibilidade de horários. Ao comentar sobre os impedimentos constitucionais do vereador, leciona Hely Lopes Meirelles:

> Por outro lado, a despeito de não contemplar previsão expressa, como o fazia a Constituição anterior (art. 104, § 5º), entendemos que o permissivo do § 1º do art. 28, que garante ao governador a posse em cargo ou função pública decorrente de concurso público, aplicável ao prefeito por força do inciso XIV do art. 29 da Carta Magna, deve, por simetria, em homenagem ao princípio da isonomia, alcançar o vereador. Assim, o vereador não poderá aceitar, isto é, tomar posse em função ou emprego do Município ou de suas entidades descentralizadas sem renunciar ao mandato, salvo se a admissão ou contratação foi precedida de concurso público. Nesse caso, bem como no de nomeação para cargo efetivo, sempre sujeita a concurso prévio, poderá até exercê-los, se houver compatibilidade de horários (*Direito municipal brasileiro*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, p. 107).

Nesse sentido, já decidiu este Tribunal:

> Mandado de segurança. Vereador. Aprovação em concurso público. Compatibilidade de horário. Acumulação lícita. - Revela-se ilegal e abusivo o ato do Poder Público em negar posse a vereador aprovado em concurso público, quando demonstrada a compatibilidade de horário, podendo o agente político exercer ambos os cargos, concomitantemente, hipótese em que poderá receber as vantagens do cargo público efetivo sem prejuízo do cargo eletivo (Apelação Cível nº 1.0324.07.055717-2/003 - Rel. Des. Edilson Fernandes - j. em 14.10.2008).

> Mandado de segurança. Concurso público. Candidato. Aprovação. Convocação para posse. Exercício de mandato de vereador. Cumulação. Compatibilidade de horário. Possibilidade. - Nos termos do que estabelece a norma do art. 38, *caput*, e inciso III, da Constituição Federal, havendo compatibilidade de horário, o servidor público, investido no mandato de vereador, poderá exercer ambos os cargos, concomitantemente, percebendo as vantagens de seu cargo, emprego ou função, sem prejuízo da remuneração do cargo eletivo (Apelação Cível nº 1.0452.04.012109-0/001 - Rel. Des. Antônio Sérvulo - j. em 07.08.2008).

O caso em comento não se esgota na aplicação da norma constitucional mencionada, porquanto a Lei Orgânica do Município de Itaú de Minas, em seu art. 40, inciso I, alínea *b*, reproduz *ipsis literis* as proibições constantes no art. 54, inciso I, alínea *b*, da Constituição da República e no art. 57, inciso I, alínea *b*, da Constituição do Estado, em observância ao disposto no art. 29, inciso IX. Mencionadas normas estabelecem:

> Art. 29. O Município reger-se-á por lei orgânica, votada em dois turnos, com o interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços dos membros da Câmara Municipal, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição, na Constituição do respectivo Estado e os seguintes preceitos:
> [...]
> IX - proibições e incompatibilidades, no exercício da vereança, similares, o que couber, ao disposto nesta Constituição para os membros do Congresso Nacional e na Constituição do respectivo Estado para os membros da Assembléia Legislativa.
> [...]
> Art. 54. Os Deputados e Senadores não poderão:
> I - desde a expedição do diploma:
> a) firmar ou manter contrato com pessoa jurídica de direito público, autarquias, empresa pública, sociedade de economia mista ou empresa concessionária de serviço público, salvo quando o contrato obedecer a cláusulas uniformes;
> b) aceitar ou exercer cargo, função ou emprego remunerado, inclusive os de que sejam demissíveis *ad nutum*, nas entidades constantes da alínea anterior;
> II - desde a posse:
> a) ser proprietários, controladores ou diretores de empresa que goze de favor decorrente de contrato com pessoa jurídica de direito público, ou nela exercer função remunerada;
> b) ocupar cargo ou função de que sejam demissíveis *ad nutum*, nas entidades referidas no inciso I, a;
> c) patrocinar causa em que seja interessada qualquer das entidades a que se refere inciso I, a;
> d) ser titulares de mais de um cargo ou mandato público eletivo.

Cumpre registrar, ainda, que o art. 55, inciso I, da Constituição Federal, prevê a perda do mandato daquele que infringir as proibições estabelecidas no art. 54, norma também reproduzida pelo art. 41, inciso IV, da Lei Orgânica do Município.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que as proibições do texto constitucional dizem respeito ao acúmulo dos cargos de provimento em comissão com o mandato eletivo de vereador, ainda que permitido pela Lei Orgânica do Município, e compatíveis os horários, com fundamento na interpretação sistemática da Constituição, bem como no princípio da separação dos Poderes, confira-se:

> Ementa: Recursos extraordinários. Matéria constitucional. Vereador. Secretário municipal. Acumulação de cargos e vencimentos. Impossibilidade. Conhecimento e provimento dos recursos. I - Em virtude do disposto no art. 29, IX, da Constituição, a lei orgânica municipal deve guardar, no que couber, correspondência com o modelo federal acerca das proibições e incompatibilidades dos vereadores. II - Impossibilidade de acumulação dos cargos e remuneração de vereador e de secretário municipal. III - Interpretação sistemática dos arts. 36, 54 e 56 da Constituição Federal. IV - Aplicação, ademais, do princípio da separação dos Poderes. V - Recursos extraordinários conhecidos e providos (RE nº 497.554/PR - Rel. Min. Ricardo Lewandowski - j. em 27.04.2010).

A corroborar, a decisão monocrática proferida pelo Ministro Eros Grau, quando do julgamento do RE nº 597849/SC, em 24.06.2010. No mesmo sentido, o precedente desta Câmara:

> Administrativo. Improbidade. Nulidade da sentença. Falta de fundamentação. Inocorrência. Vereador. Cumulação de remuneração e subsídio. Cargo em comissão. Vedação. Violação aos princípios da legalidade e da moralidade. I - À luz do art.131 do CPC, que consagra princípio da persuasão racional, o juiz é livre para julgar o processo, fundamentando sua decisão, de modo que, expressas na sentença as razões motivadoras da convicção formada, não há falar em nulidade do *decisum*. - Rejeitar a preliminar de nulidade da sentença. II - Constitui ato de improbidade administrativa, pois violador dos princípios da legalidade e moralidade, *ex vi* do art. 11 da Lei 8.429/92, a cumulação de remunerações advindas do exercício de cargo comissionado e de mandato eletivo de vereador (Apelação Cível nº 1.0151.03.008650-9/001 - Rel. Des. Fernando Botelho - j. em 29.04.2010).

Desse modo, a tese sustentada pelo recorrente parte de premissa equivocada, porquanto as vedações previstas na norma inserta no art. 54 do Constituição da República são extensíveis aos vereadores, ainda que a Lei Orgânica Municipal seja silente, em face do princípio da simetria.

A possibilidade de acumulação de cargo efetivo com o mandato de vereador está prevista na Constituição da República, trata-se de exceção à regra da proibição, prevista no art. 54, pois, se assim não fosse, não teria sentido o constituinte dispor sobre a exceção do art. 38, III, e ao mesmo tempo possibilitar que o legislador constituinte municipal pudesse retirar o direito conferido pela Carta Constitucional de cumular o cargo de vereador com o cargo público efetivo.

Caso análogo decidiu o Tribunal paulista:

> Ação civil pública. Acumulação de cargos. Vereador que passou também a exercer, durante o mandato, cargo no Poder Executivo do Município, decorrente de aprovação em concurso público. Licitude. Incompatibilidades dos vereadores que não são idênticas às dos parlamentares estaduais e federais. Competência estrita dos Municípios, no uso de sua autonomia e de seu poder organizatório, só encontrando limites nos princípios gerais da Constituição da República e do respectivo Estado e nos direitos e garantias individuais. Previsão na legislação municipal. Inteligência da CF, arts. 29, IX, e 54, I, *b*, e da Constituição do Estado, art. 15, I, *b*. Permissivo da CF, art. 28, § 1°, aplicável ao prefeito (art. 29, XIV) e, por simetria e isonomia, ao vereador, a despeito de não haver previsão expressa, como na Constituição de 1969 (art. 104, § 5º). Doutrina (Apelação Cível nº 0177926-61.2006.8.26.0000 - Rel. Des. Gonzaga Franceschini - j. em 09.11.2011).

Por fim, tenho que a discussão acerca da incompatibilidade funcional entre os cargos é inócua, pois o apelado requereu seu afastamento do cargo efetivo, em face da incompatibilidade de horários.

II. Conclusão.

Ante o exposto, indefiro a tutela antecipada recursal e nego provimento ao recurso.

Custas, na forma da lei.

É como voto.

DES. EDGARD PENNA AMORIM - De acordo com o Relator.

DES.ª TERESA CRISTINA DA CUNHA PEIXOTO - De acordo com o Relator.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Ação popular - Via eleita - Inadequação - Falta de interesse processual - Extinção do processo sem julgamento do mérito - Art. 267, VI, do CPC

Ementa: Apelação cível. Ação popular. Inadequação da via eleita. Falta de interesse processual. Extinção do processo sem julgamento do mérito. Art. 267, VI, do CPC.

- Verificada a inadequação da via eleita pelo autor para provocar a atividade jurisdicional, tendo em vista que não demonstrada, pelos argumentos expendidos, pretensão destinada à proteção do patrimônio público, do meio ambiente e da moralidade administrativa contra ato ilegal e lesivo, condições da ação popular, nos termos do que preveem a Lei nº 4.717/1965 e o art. 5º, inciso LXXIII, da Constituição Federal, deve ser extinto o processo, nos termos do art. 267, VI, do CPC.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0362.11.003088-3/001 - Comarca de João Monlevade - Apelante: Carlos Alberto Lopes - Apelado: Teotino Damasceno Filho, em causa própria - 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, DE OFÍCIO, EXTINGUIR O PROCESSO.

Belo Horizonte, 28 de junho de 2012. - *Valdez Leite Machado* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. VALDEZ LEITE MACHADO - Cuida-se de recurso de apelação interposto contra a sentença de f. 53-56, de lavra do MM. Juiz da 2ª Vara Cível e de Cartas Precatórias da Comarca de João Monlevade, proferida nos autos de uma ação popular manejada por Teotino Damasceno Filho em face de Carlos Roberto Lopes, que julgou procedente o pedido inicial, para confirmar a tutela de mérito, antecipada nos termos da decisão de f. 28-32, determinando que o crucifixo seja mantido no plenário

da Câmara Legislativa Municipal. Consubstanciando seu inconformismo nas razões de f. 59-70, busca o apelante a nulidade do r. *decisum*, arguindo, preliminarmente, a existência de litisconsórcio passivo necessário. Sustentou que a conduta questionada na presente ação popular possui natureza discricionária, não podendo o Poder Judiciário interferir na questão. Asseverou que o art. 19, I, da CR/88, assim como o art. 163, § 3º, da Constituição Estadual e o art. 5º, I, da Lei Orgânica, são inequívocos em estabelecer ao Poder Público o dever de imparcialidade ou neutralidade em relação aos credos religiosos existentes no País. Ressaltou que o Estado é laico. Garantiu que a não manutenção de símbolos religiosos em prédios públicos é medida necessária a resguardar a liberdade individual e cumprir a cogente imparcialidade do Estado no que concerne às questões religiosas.

O apelado, devidamente intimado, apresentou contrarrazões às f. 76-83, batendo-se pela manutenção da sentença.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

Inicialmente, levanto para a análise de meus Pares preliminar de carência de ação, por falta de interesse processual.

Isso porque o meio eleito pelo autor para provocar a atividade jurisdicional, nos termos do que preveem a Lei nº 4.717/1965, bem como art. 5º, inciso LXXIII, da Constituição Federal, não se mostra adequado, ensejando, dessa forma, a extinção do processo sem julgamento do mérito, nos termos do art. 267, VI, do CPC.

Para tanto importa transcrever os dispositivos que interessam ao feito e que versam sobre a ação popular.

Dentre eles, o art. 1º, *caput*, e § 1º, da Lei nº 4.717/1965:

> Art. 1º Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados, dos Municípios, de entidades autárquicas, de sociedades de economia mista (Constituição, art. 141, § 38), de sociedades mútuas de seguro nas quais a União represente os segurados ausentes, de empresas públicas, de serviços sociais autônomos, de instituições ou fundações para cuja criação ou custeio o tesouro público haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita ânua, de empresas incorporadas ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados e dos Municípios, e de quaisquer pessoas jurídicas ou entidades subvencionadas pelos cofres públicos.
>
> § 1º Consideram-se patrimônio público para os fins referidos neste artigo, os bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico.

E o artigo 5º da CR/88, que recepcionou a norma supra, ampliando suas hipóteses de incidência, passando a autorizar a busca pelo cidadão pela tutela, também, da "moralidade administrativa" e do "meio ambiente" contra esses atos lesivos, senão vejamos:

> Art. 5º [...]
>
> LXXIII - qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência;

Como se vê, da leitura dos dispositivos transcritos, qualquer cidadão no gozo de seus direitos políticos, pode, através da ação popular, invocar a atividade jurisdicional visando à correção de nulidade de ato ilegal e lesivo: I) a bens públicos e direitos públicos de valor econômico, artístico, estético, histórico, turístico e cultural (patrimônio público); II) ao meio ambiente e III) à moralidade administrativa.

Na hipótese, o autor ajuizou a presente ação em razão da inconformidade com a retirada pelo réu, de um crucifixo que se encontrava no plenário da Câmara de Vereadores da Cidade de João Monlevade, ao argumento de que isso foi feito de forma arbitrária, soando como um ato de intolerância religiosa.

Ocorre que a pretensão de resguardar o direito a crença religiosa dentro da Câmara dos Vereadores, por mais louvável que seja por parte do autor, não se confunde com a pretensão de se resguardar patrimônio público, já que, em sendo laico o Estado, questões eminentemente religiosas não podem integrar esse patrimônio.

Importa registrar que a Lei da Ação Popular (Lei 4.717/65) conceitua patrimônio público, em seu artigo 1º, § 1º, como o conjunto de bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico, pertencentes aos entes da administração pública direta e indireta. Segundo a definição da lei, o que caracteriza o patrimônio público é o fato de pertencer a um ente público (União, Estado, Município, etc.).

Cuida-se de uma acepção restritiva do termo, que considera que o patrimônio público é formado pelos bens públicos, definidos no Código Civil como sendo os bens do domínio nacional pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno, diferençando-os, portanto, dos bens particulares (artigo 98). Esses bens públicos, de acordo com o Código Civil, são, entre outros, os rios, mares, estradas, ruas e praças (bens de uso comum do povo), edifícios ou terrenos destinados a serviço ou estabelecimento da administração federal, estadual, territorial ou municipal, inclusive os de suas autarquias (bens de uso especial) e outros bens pertencentes a cada um dos entes públicos (bens dominicais).

Entretanto, em uma definição mais ampla, patrimônio público é o conjunto de bens e direitos que pertence a todos, e não a um determinado indivíduo ou entidade. Conforme tal conceito, o patrimônio público é um direito difuso, um direito transindividual, de natureza indivisível de que são titulares pessoas indeterminadas e ligadas pelo fato de serem cidadãos, ou seja, o povo para o qual o Estado e a Administração existem. Nesse

sentido, o patrimônio público não tem um titular individualizado ou individualizável - seja ele ente da administração ou ente privado - sendo, antes, de todos, de toda a sociedade.

De outro lado, o patrimônio público abrange não só os bens materiais e imateriais pertencentes às entidades da administração pública, como também aqueles bens materiais e imateriais que pertencem a todos, de um modo geral, como o patrimônio cultural, o patrimônio ambiental e o patrimônio moral.

Todavia, a religião não se encontra inserida nem no patrimônio público material nem no patrimônio público imaterial, já que o Estado é laico e não pode interferir em questões de cunho religioso. Trata o direito ao livre exercício de culto religioso de direito e garantia individual, que deve ser defendida através da via própria, que não a ação popular.

Portanto, verifica-se a inadequação da via eleita, na medida em que não se visualiza a presença, nos argumentos expendidos, de pretensão destinada à proteção do patrimônio público, do meio ambiente e da moralidade administrativa contra ato ilegal e lesivo, condições da ação popular.

Nesse sentido:

> TRF1-117914) Ação popular. Pedido tendente ao cumprimento de obrigação de fazer e de não fazer. Abstenção de transporte de material tóxico por via terrestre. Transporte por via aérea. Inadequação da via eleita. Cabimento de ação civil pública. 1. Ocorrência de inépcia da petição inicial por inadequação da via eleita (CPC, arts. 267, I, e 295, I), uma vez que o pedido da presente ação popular não visa a anular ato lesivo ao meio ambiente, mas sim a obter do Estado o cumprimento de obrigação de fazer e de não fazer, objetivo para o qual é adequada a ação civil pública (Lei 7.347/85, art. 3º), e não a ação popular, voltada para a invalidação de atos estatais ou de particulares, lesivos ao patrimônio público, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural (Lei 4.717/65, art. 1º; Carta Magna, art. 5º, LXXIII). 2. Extinção do processo sem julgamento do mérito (CPC, arts. 267, I; e 295, I). 3. Remessa obrigatória não provida. (Remessa *Ex Officio* nº 2000.01.00.074254-7/MG, 6ª Turma do TRF da 1ª Região, Rel. Des. Fed. Maria Isabel Gallotti Rodrigues. j. em 07.11.2005, unânime, *DJ* de 12.12.2005).

Assim sendo, constatada a inadequação da via eleita pelo autor para provocar a atividade jurisdicional, já que não demonstrada, pelos argumentos expendidos, pretensão destinada à proteção do patrimônio público, do meio ambiente e da moralidade administrativa contra ato ilegal e lesivo, condições da ação popular, nos termos do que prevê a Lei nº 4.717/1965 e o art. 5º, inciso LXXIII, da Constituição Federal, deve ser extinto o feito sem julgamento do mérito, nos termos do art. 267, VI, do CPC.

Diante do exposto, de ofício, casso a sentença de primeiro grau, julgando extinto o processo sem julgamento do mérito, em razão da ausência de interesse processual, na modalidade adequação, o que faço com base no art. 267, VI, do CPC.

Sem custas, conforme o que dispõe o inciso LXXIII do art. 5º da CR/88, que condiciona a imposição dos ônus de sucumbência a casos de comprovada má-fé, o que não vislumbro no caso concreto.

DES.ª EVANGELINA CASTILHO DUARTE - De acordo com o Relator.

DES. ANTÔNIO DE PÁDUA - De acordo com o Relator.

Súmula - DE OFÍCIO EXTINGUIRAM O PROCESSO.

...

Execução - Notas promissórias - Agiotagem - Título - Nulidade - Não ocorrência - Enriquecimento ilícito do devedor - Dívida líquida, certa e exigível - Obrigação válida - Juros abusivos - Art. 406 do Código Civil c/c o art. 161, § 1º, do CTN - Percentual de 1% - Redução ao patamar legal - Decote dos valores excessivos

Ementa: Apelação cível. Embargos de devedor. Execução de título extrajudicial. Notas promissórias. Agiotagem. Juros de mora. Limite legal.

- A prática da agiotagem não é causa da declaração de nulidade da obrigação. O mútuo com juros excessivos gera nulidade da cláusula de encargos, mas não da obrigação que continua válida e deve ser paga pelo devedor. Entender o contrário iria gerar o enriquecimento do devedor que recebe o dinheiro e deixa de pagar o credor.

- A prova dos autos evidencia pendência de pagamento dos valores tomados em empréstimo junto à parte embargada. Assim, a execução deve prosseguir pelo valor em aberto.

- O art. 406 do Código Civil c/c o art. 161, § 1°, do CTN prevê que o percentual legal dos juros de mora é de 1% ao mês.

- Os valores que excederem o referido percentual são excessivos e devem ser decotados, uma vez que são desproporcionais.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0439.10.010417-3/001 - Comarca de Muriaé - Apelante: Rubens Camargo - Apelados: Bento Gregório Guimarães, Viviane de Paula Guimarães e outros, Kênia Maria de Paula Guimarães - 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, à unanimidade, EM DAR PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 10 de maio de 2012. - *Tibúrcio Marques* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. TIBÚRCIO MARQUES - Trata-se de apelação interposta à sentença que, nos autos da ação de embargos de devedor, movida por Viviane de Paula Guimarães e outros em face de Rubens Camargo, acolheu os embargos, julgando extinta a execução, declarando a nulidade dos títulos executados.

Condenou o embargado a pagar as custas processuais e os honorários advocatícios, estes fixados em R$ 1.000,00, suspensa, todavia, a exigibilidade, nos termos do art. 12 da Lei 1.060/50.

Inconformado, o embargado/exequente interpôs apelação às f. 121/123, alegando que as notas promissórias tiveram sua origem na transação de compra e venda de imóvel firmado entre as partes.

Diz que não há prática de agiotagem e que os embargantes não negam a existência da dívida.

Ao final, requer seja dado provimento ao recurso para reformar a sentença.

Contrarrazões às f. 125/127, pugnando pela confirmação da sentença.

Em síntese, este é o relatório.

Cuida-se a hipótese de execução fundada em três notas promissórias, firmadas em 27.03.2006, com vencimentos para 26.11.2009, cujas cópias se encontram às f. 07/09 dos autos da execução, somando a quantia original de R$ 19.449,00.

Ao decidir o feito, o Magistrado *a quo* houve por bem julgar extinta a execução, sob o fundamento de que as notas promissórias, diante da prática de agiotagem, perderam a característica de títulos de crédito, sendo nulas.

Ocorre que a prática de agiotagem não permite dizer, de pronto, que o título ou a dívida cobrada é nula.

In casu, seja em razão da troca de cheques ou transação imobiliária, o fato é que os embargantes não negaram que contraíram o empréstimo da quantia descrita nas promissórias.

Pelo contrário, na peça inicial, afirmaram que "o embargante vinha vivendo momentos difíceis em sua empresa e, em virtude da devolução de vários títulos de clientes trocados com o embargado, passou a dever a quantia mencionada nas promissórias" (f. 12/13).

Ora, como visto, o próprio embargante admitiu que contraiu empréstimo junto ao embargado. Contudo, não conseguiu adimplir o débito, pagando, mensalmente, apenas os juros, que alega serem abusivos e fruto de agiotagem.

Portanto, é fato que empréstimo de valores houve. O que pende de solução é o valor dos juros aplicados.

Assim, a obrigação, em si, não é nula. O que se mostra nulo, indevido, são os juros cobrados em descompasso com o ordenamento pátrio, tão somente. O restante da dívida é líquida, certa e exigível, por se estar diante de nulidade parcial do contrato/título.

Por oportuno, cita-se a lição de Pontes de Miranda:

> O art. 11 do Decreto n. 22.626, de 7 de abril de 1933, diz: 'O contrato celebrado com infração desta lei é nulo de pleno direito, ficando assegurado ao devedor a repetição do que houver pago a mais'. Conhecida a surpreendente falta de técnica dos legisladores de 1930-1934, não é de espantar que se fale, na 1ª parte do art. 11, de contrato nulo, e na 2ª parte se dê a pretensão à restituição do excesso. O que é nulo é a declaração de vontade no tocante ao proibido. Trata-se de nulidade parcial (Código Civil, art. 153, 1 ª parte: 'A nulidade parcial de um ato não o prejudicará na parte válida, se esta for separável'). A separação, aí, é de ordem contabilística. Se há bem que foi entregue, ou que vai ser entregue, como juros, avalia-se, para se saber ao certo se foi respeitado o limite máximo. Todos os cálculos são permitidos para se chegar à convicção de que não houve infração da lei (*Tratado de direito privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972, tomo 38, p. 353-354, § 4.253, 4).

E prossegue o ilustre jurista: "Na usura, só se tem por não vinculativo o excesso dos juros. O mesmo é dizer-se que a declaração de vontade somente é nula, no que excede a taxa legal" (obra citada, p. 352).

Como visto, a prática da agiotagem não é causa da declaração de nulidade da obrigação. O mútuo com juros excessivos gera nulidade da cláusula de encargos, mas não da obrigação, que continua válida e deve ser paga pelo devedor. Entender o contrário iria gerar o enriquecimento do devedor que recebe o dinheiro e deixa de pagar o credor.

In casu, o exequente/embargado, através da declaração acostada à f. 36, admitiu que cobrou, no período entre abril de 2006 a novembro de 2009, juros mensais de R$ 578,00, sobre a quantia de R$ 21.449,00, o que equivale a aproximadamente 2,7% ao mês.

Todavia, esse patamar não pode ser mantido, uma vez que é muito superior ao patamar estabelecido na lei.

O art. 406 do Código Civil c/c o art. 161, § 1°, do CTN prevê que o percentual legal dos juros de mora é de 1% ao mês.

Os valores que excederem ao referido percentual são excessivos, uma vez que desproporcionais.

Assim, os juros cobrados devem ser reduzidos para o percentual de 1% ao mês. Apurando-se o pagamento a mais por parte dos embargantes, deve ser feita a devida compensação.

No que tange ao capital emprestado, cumpre esclarecer que, muito embora a declaração de f. 36 mencione a existência de quatro notas promissórias no valor total

de R$ 21.449,00, o fato é que apenas três estão sendo executadas, somando a quantia de R$ 19.449,00.

Quanto ao pagamento do referido capital, as provas produzidas nos autos demonstram que o embargante pagou apenas juros sobre o montante emprestado.

À guisa de conclusão, considerando a inexistência de pagamento do débito, não há que se falar em extinção da execução, pois as promissórias são títulos hábeis para instruí-la.

No entanto, deve ser decotado do montante devido, como pedido pelos embargantes/executados (f. 16), os juros cobrados em percentual superior a 1% ao mês, desde a data do empréstimo, conforme se apurar em liquidação de sentença.

Dispositivo.

Mediante tais considerações, dou parcial provimento ao recurso, para modificar a sentença, afastando a extinção da execução.

Determino, em consequência, que sejam decotados do montante executado os juros cobrados em percentual superior a 1% ao mês, desde a data do empréstimo, conforme se apurar em liquidação de sentença.

Custas recursais, pelos apelados.

DES. TIAGO PINTO - De acordo com o Relator.

DES. ANTÔNIO BISPO - De acordo com o Relator.

Súmula - DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO.

...

FGTS - Penhora do saldo das contas vinculadas - Deferimento - Medida excepcional - Pagamento de pensão alimentícia - Esgotamento dos meios possíveis para satisfação da dívida em atraso - Princípio da dignidade

Ementa: Agravo de instrumento. Alimentos. Penhora conta FGTS.

- A impenhorabilidade das contas vinculadas ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço do trabalhador pode ser afastada quando se tratar de pagamento de obrigação alimentar, ausentes outros meios para sua satisfação.

AGRAVO DE INSTRUMENTO CÍVEL Nº 1.0452.04. 011909-4/001 - Comarca de Nova Serrana - Agravantes: M.O.C. e outra, representadas por sua mãe S.O. - Agravado: D.A.C. - Relator: DES. OLIVEIRA FIRMO

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 7ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sob a Presidência do Desembargador Belizário de Lacerda, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM DAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 19 de junho de 2012. - *Oliveira Firmo* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. OLIVEIRA FIRMO - I - Relatório

Trata-se de agravo de instrumento interposto por M.O.C. e E.C.O.C., representadas por sua mãe S.O. em face da decisão (f. 13-15/TJ) proferida nos autos da ação de execução de alimentos proposta em face de D.A.C., que indeferiu o pedido de bloqueio do saldo do FGTS pertencente ao executado, ora agravado, por não esgotados todos os meios de localização dos bens a ele pertencentes.

As agravantes alegam, em síntese, que: a) o agravado não paga a pensão alimentícia às menores desde 2003. Em diversas ocasiões juntou comprovantes de pagamento efetuado nos terminais de autoatendimento, cujos envelopes se encontravam vazios; b) a inadimplência do agravado resultou na prisão civil dele; c) não foram encontrados veículos e imóveis registrados no nome dele; d) é possível a penhora da conta do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS) para pagamento de pensão alimentícia; e) o agravado não possui outros bens. Pede o provimento do recurso, a fim de que seja penhorado o saldo do FGTS do agravado para pagamento dos alimentos. Requer a concessão do benefício da "assistência judiciária gratuita" (f. 2-11/TJ). Junta documentos (f. 12-45/TJ).

Concessão do benefício da assistência judiciária gratuita; juízo positivo de admissibilidade do agravo (f. 50/TJ).

Exercício de juízo negativo de retratação, pelo prolator da decisão agravada (f. 54-56/TJ).

Sem contraminuta (f. 57/TJ).

Ministério Público: pelo provimento (f. 61-63/TJ).

Preparo: isento (art. 10, II, da Lei estadual nº 14.939/2003 e art. 511, § 1º, do CPC).

É o relatório.

II - Mérito.

Com efeito, as contas vinculadas ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço do trabalhador são absolutamente impenhoráveis (art. 2º, § 2º, da Lei nº 8.036/1990, c/c art. 17 do Decreto nº 99.684/1990).

> Art. 2º (Lei nº 8.036/1990): O FGTS é constituído pelos saldos das contas vinculadas a que se refere esta lei e outros recursos a ele incorporados, devendo ser aplicados com atualização monetária e juros, de modo a assegurar a cobertura de suas obrigações.
> [...]
> § 2º As contas vinculadas em nome dos trabalhadores são absolutamente impenhoráveis.

Art. 17 do Decreto nº 99.684/1990: As importâncias creditadas nas contas vinculadas em nome dos trabalhadores são impenhoráveis.

Entretanto, a referida impenhorabilidade é mitigada em face do princípio da dignidade daqueles que necessitam de alimentos para sua sobrevivência, e se veem abandonados por quem tem o dever de prestá-los (REsp nº 805454/SP - T5 - Rel. Min. Laurita Vaz - j. em 4.12.2009 - *DJe* de 8.2.2010; AgRg no RMS nº 34708/SP - T3 - Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino - j. em 11.10.2011 - *DJe* de 19.10.2011; AgRg no REsp nº 1127084/MS - T1 - Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima - j. em 7.12.2010 - *DJe* de 16.12.2010).

Assim como restou consignado na decisão agravada, a penhora das contas vinculadas ao FGTS é medida excepcional, admitida apenas após o esgotamento de todos os meios possíveis para a satisfação da dívida alimentar.

No caso, a ação de execução de alimentos foi proposta em 2004 e, desde então, o agravado vem tentando se desvencilhar de sua obrigação de forma fraudulenta, chegando a simular pagamentos com envelopes vazios, o que determinou a prisão civil dele.

Verifica-se que as agravantes envidam esforços desde o ano de 2004 para que o agravado pague a pensão alimentícia que lhes é devida e que se encontra em atraso por mais de 7 (sete) anos.

Não se descura que a cópia de correspondência eletrônica juntada aos autos à f. 28/TJ não possui qualquer valor legal, de vez que somente a certidão emitida por funcionário do Cartório de Registro de Imóveis, dotado de fé pública, é que possui tal valor.

Contudo, a atitude do agravado, dotada de má-fé processual, e a ausência de veículos registrados em nome dele, bem como o longo lapso temporal transcorrido desde a propositura da ação de execução de alimentos, sem a ocorrência do pagamento da pensão alimentícia devida, já bastam para que a medida seja deferida.

Assim, cabível, no caso, a penhora da contas vinculadas ao FGTS do agravado, de vez que não restam outros meios para satisfação do crédito alimentar.

III - Conclusão.

Posto isso, dou provimento ao agravo para determinar o bloqueio do saldo do FGTS pertencente a D.A.C., até o limite da dívida alimentar.

Custas: agravado, isento (art. 10, II, da Lei nº 14.939/2003).

É o voto.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES WASHINGTON FERREIRA e BELIZÁRIO DE LACERDA.

Súmula - DERAM PROVIMENTO.

...

Inventário - Penhora no rosto dos autos - Constrição que deve recair apenas sobre a quota ideal do herdeiro devedor - Art. 5º, inciso XXX, da CF/88 - Nulidade decretada

Ementa: Embargos de terceiro. Cumprimento de sentença. Penhora no rosto dos autos de inventário. Direitos hereditários. Dívida pertencente a apenas um dos herdeiros. Realização de penhora somente sobre quinhão do devedor.

- Em se tratando de nulidade da penhora, ato de constrição patrimonial, não há que se falar em preclusão do direito de arguir sua invalidade, podendo a mesma, por se tratar de matéria de ordem pública, ser arguida a qualquer momento, inclusive de ofício pelo juiz.

- Muito embora não possa a constrição, efetivada no rosto dos autos de ação de inventário, recair em bem certo e determinado, sendo a dívida pertencente a apenas um dos herdeiros, necessário consignar, no respectivo auto de penhora, a advertência de que o ato recai única e exclusivamente sobre os bens que, oportunamente, forem adjudicados ou vierem a caber ao devedor.

- Recaindo a penhora sobre a integralidade dos direitos versados no inventário, e não unicamente sobre os direitos hereditários do devedor, deve ser outra penhora realizada apenas sobre o montante recebido pelo devedor.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0499.09.013073-7/001 - Comarca de Perdões - Apelantes: Espólio de Ofenir Batista dos Reis, representado pela inventariante Josefina Norvina dos Reis - Apelado: João Batista de Oliveira - Interessado: Carlos Antônio Batista - 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, 3 de maio de 2012. - *Antônio Bispo* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. ANTÔNIO BISPO - Cuidam os autos de recurso de apelação interposto pelo Espólio de Ofenir Batista dos Reis, representado pela inventariante Josefina Norvina dos Reis, em face da sentença de f. 78/83, que julgou improcedentes os embargos de terceiros interpostos em desfavor de João Batista de Oliveira.

Alega o embargante que não é parte na ação principal na qual o recorrido, João Batista, celebrou acordo com um dos herdeiros do referido processo de inventário, Carlos Antônio Batista, estabelecendo a penhora no rosto

dos autos como forma de extinção da relação jurídica creditícia entre eles existente.

Sustenta que, sem observar a tramitação regular do processo de inventário, postulou o apelado que o bem penhorado fosse levado à hasta pública, sendo tal medida deferida pelo juiz. Informa que não houve interessados, sendo requerida pelo credor, ora recorrido, a adjudicação da herança.

Defende que não foram observados preceitos processuais básicos, havendo, ainda, manifesto excesso no pedido objeto dos embargos, já que o pedido de adjudicação ultrapassou os limites da responsabilidade do devedor, sendo atingidos bens alheios aos sujeitos do processo executivo.

Informa, ainda, que, apesar de colacionado aos autos esboço de partilha, não há notícias de que o mesmo tenha sido homologado, nem que o referido inventário tenha terminado, importando tal na constrição da generalidade da herança, e não em apenas parte dela.

Ao final, requer seja provido o presente apelo, para acolher os embargos de terceiros, mediante o excesso de penhora que atinge bens de terceiros.

Recurso recebido em ambos os efeitos legais, f. 97.

Preparo regular, f. 95.

Contrarrazões, f. 99/101.

Conheço do recurso, próprio e tempestivo.

Não havendo preliminares, passo a análise do mérito.

Antes de adentrar a discussão central bojada nos presentes autos, releva destacar que, em se tratando de nulidade da penhora, ato de constrição patrimonial, não há que se falar em preclusão do direito de arguir sua invalidade, podendo esta, por se tratar de matéria de ordem pública, ser arguida a qualquer momento, inclusive de ofício pelo juiz.

É o que dispõe o art. 245, parágrafo único, do Código de Processo Civil, se não, vejamos:

> Art. 245. A nulidade dos atos deve ser alegada na primeira oportunidade em que couber à parte falar nos autos, sob pena de preclusão.
> Parágrafo único. Não se aplica esta disposição às nulidades que o juiz deva decretar de ofício, nem prevalece a preclusão, provando a parte legítimo impedimento.

A exegese do referido dispositivo não pode ser outra senão a de que as nulidades absolutas não podem ser convalidadas nem são suscetíveis de preclusão, podendo, assim, ser objeto de análise em qualquer fase processual ou grau de jurisdição, impondo-se o seu regular exame.

Constato que no auto de penhora não foi respeitado ou ressalvado o direito hereditário (quota-parte) dos demais herdeiros que figuram no inventário de Ofenir Batista Reis, constando no referido documento apenas que,

> após as formalidades legais, procedi à penhora no rosto dos autos do Processo de nº 6378, inventário dos bens deixados pelo falecimento do Sr. Ofenir Batista dos Reis, em trâmite perante este Juízo, a saber, a quantia de R$ 8.025,00 (oito mil e vinte e cinco reais), mais despesas legais. Realizada a penhora, intimei a Sra. Escrivã Sirlene Reis Pedroso Bastos a proceder às devidas anotações no rosto dos autos. Do que, para constar, lavrei o presente que vai devidamente assinado.

No caso dos autos, não se consignou, no auto de penhora, que esta deveria recair única e exclusivamente sobre a quota ideal pertencente ao devedor, réu na ação monitória, Sr. Carlos Antônio Batista, não tendo sido respeitados os direitos dos demais herdeiros.

Muito embora não possa a constrição, efetivada no rosto dos autos de ação de inventário, recair em bem certo e determinado, entendo que deveria constar no respectivo auto a advertência de que o ato recai única e exclusivamente sobre os bens que, oportunamente, forem adjudicados ou vierem a caber ao devedor.

O preclaro Humberto Theodoro Júnior, em sua obra *Curso de direito processual civil* (28. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, v. 2, p. 192), esclarece:

> Quando a penhora alcançar direito objeto de ação em curso, proposta pelo devedor contra terceiro, ou cota de herança em inventário, o oficial de justiça, depois de lavrado o auto de penhora, intimará o escrivão do feito para que este averbe a constrição na capa dos autos, a fim de se tornar efetiva, sobre os bens que, oportunamente, 'forem adjudicados ou vierem a caber ao devedor' (art. 674).

Necessário ressaltar, outrossim, que a constrição a ser realizada deve ficar jacente nos autos do inventário, até que os direitos hereditários sejam efetivamente atribuídos ao devedor, Sr. Carlos Antônio Batista.

Vejamos, por elucidativo, o voto proferido pelo Desembargador Nepomuceno Silva, ainda no âmbito do extinto TAMG:

> Embargos do devedor. Penhora no rosto dos autos. Bem determinado. Execução. Nulidade. Embargos. Extinção. - Em se tratando de penhora no rosto dos autos, somente os direitos e ações que vierem a ser partilhados ao devedor-executado é que poderão ser objeto de constrição. A penhora incidente em bem certo e determinado, ainda não partilhado, padece de nulidade e, via de conseqüência, toda a execução, a partir do ato constritivo (Apelação Cível nº 2.0000.00.285809-1/000, j. em 30.11.99).

Entendo que a penhora realizada antes da partilha, no rosto dos autos do inventário, deve recair única e exclusivamente sobre os direitos que o executado e, apenas ele, tem na herança.

Permitir que a constrição recaia sobre a integralidade dos direitos hereditários declinados no inventário, atingindo o quinhão de herdeiros que não figuram como devedores, constituiu manifesta afronta a direito fundamental contemplado expressamente no art. 5º, inciso XXX, da Constituição Federal de 1988.

Dessarte, recaindo a penhora sobre a integralidade dos direitos versados no inventário, e não unicamente sobre os direitos hereditários do devedor, a cassação da r. decisão guerreada é medida que se impõe.

Necessária e prudente a decretação de nulidade da penhora, devendo outro ato ser praticado, observando-se todos os termos da presente decisão, principalmente para possibilitar que nova arrematação ou adjudicação incida única e tão somente sobre o direito à cota da herança pertencente ao herdeiro devedor, réu na ação monitória.

Com tais razões de decidir, dou provimento ao recurso, julgando procedentes os embargos de terceiros e, consequentemente, determinando que outro ato constritivo seja realizado, observando-se, integralmente, os termos constantes do presente decisório.

Custas, ao final.

DES. JOSÉ AFFONSO DA COSTA CÔRTES - De acordo com o Relator.

DES. TIBÚRCIO MARQUES - De acordo com o Relator.

Súmula - DERAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Arrendamento mercantil - Rescisão de contrato - Devolução do bem arrendado - Valor residual garantido (VRG) - Restituição - Possibilidade - Compensação com o débito remanescente

Ementa: Rescisão de contrato. Arredamento mercantil. Devolução do bem arrendado. VRG. Restituição. Possibilidade. Compensação com o débito remanescente.

- A rescisão do contrato de arrendamento mercantil autoriza a devolução ao arrendatário da quantia paga a título de valor residual garantido (VRG), depois de devidamente compensada com possível débito existente.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0686.11.018613-3/001 - Comarca de Teófilo Otoni - Apelante: BV Leasing Arrendamento Mercantil S.A. - Apelada: Maria Dalva de Oliveira Gusmão - 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, 28 de junho de 2012. - *José de Carvalho Barbosa* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. JOSÉ DE CARVALHO BARBOSA - Cuida-se de recurso de apelação interposto por BV Leasing Arrendamento Mercantil S.A., nos autos da ação de rescisão contratual c/c indenização, movida por Maria Dalva de Oliveira Gusmão, perante o Juízo da 2ª Vara Cível da Comarca de Teófilo Otoni, tendo em vista a sentença proferida às f. 127/132, que julgou parcialmente procedente a pretensão autoral para:

1. rescindir o contrato de arrendamento mercantil firmado entre as partes, determinando que a autora restitua o veículo arrendado à ré, no prazo de 10 dias a contar do trânsito em julgado da sentença;

2. determinar, também, que a ré restitua os valores pagos pela autora a título de VRG (valor garantido residual), ressalvando a possibilidade de compensação com os débitos existentes em nome da autora, inclusive o pagamento da contraprestação até a entrega do veículo;

3. confirmar a tutela antecipada concedida à f. 19, determinando que a ré cesse qualquer cobrança em desfavor da autora;

4. condenar ambas as partes ao pagamento de metade das custas processuais e dos honorários advocatícios, arbitrados em R$ 1.000,00, em virtude da reciprocidade da sucumbência.

Embargos de declaração opostos às f. 133/134, acolhidos à f. 136, para conceder à autora os benefícios da assistência judiciária, nos termos do art. 4º da Lei 1.060/50, suspendendo a exigibilidade, com fulcro no art. 12 do mesmo diploma legal.

Em suas razões recursais às f. 139/150, discorre a parte apelante, inicialmente, sobre a função social do contrato e os princípios *pacta sunt servanda* e da boa-fé.

Aduz que, quando da contratação, o apelado teve ciência de todas as cláusulas pactuadas, especialmente no que tange aos juros e demais encargos, não se insurgindo quanto a nenhum deles.

Sustenta a legalidade do contrato de adesão, bem como a observância ao que foi livremente avençado.

Alega que a cobrança do VRG (valor residual garantido) encontra-se expressamente prevista nos contratos de *leasing*, estando em conformidade com a legislação pátria, motivo pelo qual incabível a declaração de sua ilegalidade.

Por fim, assevera, quanto à existência de débito, ressaltando que a entrega do veículo, por si só, não torna automaticamente indevida a cobrança da dívida, prequestionando a matéria ao final.

Preparo regular, à f. 151.

Contrarrazões, às f. 161/166.

Conhece-se do recurso.

Maria Dalva de Oliveira Gusmão demanda em face de BV Leasing Arrendamento Mercantil S.A., objetivando a rescisão do contrato celebrado entre as partes, com a consequente devolução do veículo arrendado e restituição das quantias pagas a título de VRG.

A pretensão autoral foi parcialmente acolhida em primeiro grau, declarando o douto Juízo singular rescindido o contrato, determinando que a autora restitua o veículo arrendado à ré, bem assim que esta restitua os

valores pagos pela autora a título de VRG, ressalvando possibilidade de compensação de tais valores com dívida existente.

Em âmbito recursal, defende a instituição financeira, resumidamente, a legalidade da cobrança do VRG e a existência de dívida.

Pois bem.

O contrato de arrendamento mercantil, também denominado *leasing*, consiste, basicamente, em uma operação financeira que tem como essência a locação a médio prazo, podendo transformar-se, ao final, em compra e venda, na qual as importâncias pagas periodicamente destinam-se, além do aluguel, ao pagamento de parte do preço estimado para a aquisição do bem (VRG).

Não optando o arrendatário pela aquisição do bem, poderá devolvê-lo à arrendadora, encerrando-se o contrato, nessa hipótese sendo-lhe devolvidos os valores pagos a título daquela opção de compra, mediante compensação com eventual débito remanescente.

Acerca da matéria, leciona Hélio do Valle Pereira:

> Dá-se que rotineiramente os contratos aditam uma cláusula segundo a qual os pagamentos mensais por parte do arrendatário se referem igualmente a um valor residual garantido (VRG), ou seja, na quantia periodicamente a ser paga, além da contraprestação pela posse e pela depreciação, agrega-se uma antecipada opção pela aquisição - faculdade que, em princípio, haveria de ser exercida somente ao final (*A nova alienação judiciária em garantia*. Aspectos processuais. 2. ed. , Conceito Editora, p. 46).

No que se refere ao VRG - valor residual garantido -, o colendo STJ, ao revogar a Súmula 263, firmou entendimento acerca da possibilidade do seu pagamento antecipado, ante a inexistência de vedação pela legislação extravagante, restando pacificada a não descaracterização do contrato de arrendamento mercantil.

Todavia, é cediço que, existindo crédito em favor da arrendadora, sua compensação com o valor residual de garantia é medida que se impõe, conforme entendimento esposado também pelo Superior Tribunal de Justiça:

> Civil e processual. Recurso especial. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental. Arrendamento mercantil. Reintegração de posse. Caráter dúplice. Contestação. Peça essencial. Ausência. Resolução do contrato. VRG. Devolução ou compensação. Possibilidade. Precedentes. Improvimento. [...] III. Com a resolução do contrato e a reintegração do bem na posse da arrendadora, possível a devolução dos valores pagos a título de VRG à arrendatária ou sua compensação com o débito remanescente. Precedentes [...] (STJ - Quarta Turma - AgRg no Ag 1236127/SC - Relator: Ministro Aldir Passarinho Júnior - Data do julgamento: 16.11.2010 - Data da publicação/Fonte: *DJe* 1°.12.2010).

> Recurso especial. Arrendamento mercantil. Resolução por inadimplemento. Ação de reintegração de posse. Valor residual garantido pago antecipadamente. Devolução e compensação. Possibilidade. - Diante da resolução do contrato de arrendamento mercantil por inadimplemento do arrendatário, é devida a devolução do chamado VRG, pago antecipadamente, à conta de ser uma consequência da reintegração do bem, assim como a compensação deste com eventual crédito existente em favor da empresa arrendante. Recurso especial conhecido e parcialmente provido (STJ - Terceira Turma - REsp 373674/PR - Relator: Ministro Castro Filho - Data do julgamento: 29.06.2004 - Data da publicação/Fonte: *DJ* 16.11.2004, p. 272).

No mesmo sentido, manifestou-se esta Câmara em caso análogo:

> Ação de cobrança. Contrato de arrendamento mercantil. VRG antecipado. Prescrição. Direito pessoal. Rescisão contratual. Devolução. - O valor residual garantido pago antecipadamente para exercício de faculdade que não se realizou traduz um crédito de direito pessoal que não pode ser negado ao arrendatário, sob o argumento de que seria mera 'prestação acessória', aplicando-se, assim, o prazo prescricional disposto no art. 205 do Código Civil para a sua cobrança. Ocorrendo a rescisão do contrato de arrendamento mercantil, sendo a arrendante reintegrada na posse definitiva do veículo, surge a obrigação de devolução do VRG, que constitui o preço de aquisição da coisa a ser pago apenas na hipótese da compra do bem (Apelação n° 1.0024.08.057911-3/001 - Relator: Desembargador Luiz Carlos Gomes da Mata - Data do julgamento: 16.07.2009 - Data da publicação: 03.08.2009).

Diante de todo o exposto, tem-se que a resolução do contrato, de fato, não autoriza a devolução imediata da quantia paga a título de VRG, pois, para tanto, é imprescindível o abatimento do valor de possível dívida existente.

Ocorre que o Juiz singular determinou, expressamente, a compensação da quantia correspondente ao VRG a ser restituída, com o débito em aberto, inexistindo razões para alterar a sentença combatida nos pontos de insurgência levantados nesta instância.

Com tais considerações, nega-se provimento ao apelo.

Custas recursais, pela parte apelante.

DES.ª CLÁUDIA MAIA - De acordo com o Relator.

DES. LUIZ CARLOS GOMES DA MATA - De acordo com o Relator.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

...

Execução - Contrato de empréstimo digitalizado - Exigência de apresentação do título original - Desnecessidade

Ementa: Apelação cível. Execução. Contrato de empréstimo digitalizado. Exigência de apresentação do título original. Desnecessidade.

- Tendo-se em vista que o contrato de empréstimo não constitui título cambial circulável por endosso e considerando-se, ainda, que a prova documental eletrônica tem

força probante, com o advento da Lei 11.419/06, não vejo como exigir que se colacione o contrato original, pois este já se encontra no processo.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.12.037006-9/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Banco Santander do Brasil S.A. - Apelado: Arnaldo Renato Pires de Souza - Relator: DES. DOMINGOS COELHO

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 12ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, à unanimidade, EM DAR PROVIMENTO PARA CASSAR A SENTENÇA.

Belo Horizonte, 9 de maio de 2012. - *Domingos Coelho* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. DOMINGOS COELHO (Relator) - Trata-se de recurso de apelação cível interposta por Banco Santander do Brasil S.A. contra sentença de f. 27, que indeferiu a inicial, extinguindo sem julgamento de mérito a execução proposta em face de Arnaldo Renato Pires de Souza.

O apelante sustenta que a execução foi instruída com todos os documentos necessários, devendo ser reconhecida a legitimidade da cópia digitalizada do contrato de empréstimo, como previsto pela Medida Provisória 2.200/01. Sustenta que, nos termos do art. 375 do CPC, as cópias de documentos têm a mesma força probante que os originais e que, como o executado não foi citado, não houve impugnação da cópia que instrui o processo.

Recurso próprio, tempestivo e devidamente preparado.

Passo à análise do mérito.

Depreende-se dos autos que o apelante ajuizou execução de título extrajudicial baseada em contrato de empréstimo, juntando cópia digitalizada do referido contrato, situação não aceita pelo Juízo *a quo*, que indeferiu a petição inicial.

Pois bem.

Inicialmente, verifica-se que o art. 614 do CPC, ao dispor acerca da petição inicial da execução, exige apenas a apresentação do título extrajudicial, deixando de mencionar que o documento deve ser original.

Não obstante, por via de regra, anexar o título original é imprescindível à instrução da exordial, visto que visa à garantia de autenticidade da cártula e ao afastamento da hipótese de sua circulação. Logo, para Nelson Nery Júnior,

> o juiz pode, com base no CPC 284 e 616, ordenar que a parte junte o documento original comprovador da qualidade de credor do autor (in *Código de Processo Civil comentado*. 10. edição. 2007, p. 1011).

Ocorre que algumas exceções são perfeitamente possíveis, permitindo-se a juntada de fotocópias ou documentos digitais, sobretudo quando se trata de título particular não circulável, como no caso em tela, não estando prejudicada a segurança da instrução da demanda.

É pacífica a jurisprudência sobre o tema:

> Ementa: Agravo de instrumento. Execução. Título executivo extrajudicial. Contrato de empréstimo. Cópia. Validade. - Na ação de execução de título extrajudicial não cambial, no caso 'contrato de empréstimo', suficiente a instrução da inicial com cópia do instrumento respectivo. (Agravo de Instrumento nº 1.0024.09.758502-0/001. Rel. Des. Cláudia Maia. *DJe* de 02.07.2010.)

> Ementa: Execução. Título extrajudicial. Contrato de empréstimo. Cópia digitalizada. Documento original. Desnecessidade. - A prova documental eletrônica, com o advento da Lei nº 11.419, de 2006, possui valor probante. A cópia digitalizada de contrato de empréstimo é documento hábil a instruir a ação executiva, não havendo necessidade de se determinar a emenda da inicial, para apresentação do original do título executivo extrajudicial. Recurso provido. (Agravo de Instrumento Cível nº 1.0209.09.101132-7/001. Rel. Des. Pereira da Silva. *DJe* de 22.06.2010.)

> Petição inicial - Execução - Determinação de apresentação do título executivo extrajudicial em sua versão original - Contrato de mútuo bancário que não é passível de circulação por endosso - Hipótese em que não se cuida de título cambial - Exibição de cópia do contrato registrada eletronicamente, com certificação digital de sua autenticidade perante serventia extrajudicial - Desnecessidade da apresentação da via original - Inteligência da disposição contida no art. 385 do Código de Processo Civil - Decisão reformada - Recurso provido. (TJSP. Processo nº 990100942425. Des. Rel. João Camilo de Almeida Prado Costa. J. em 11.05.2010).

Da análise das f. 16-23/TJ, nota-se que o contrato de empréstimo está devidamente assinado por duas testemunhas, tendo sido registrado em cartório de títulos e documentos. Por conseguinte, inexistem óbices à aceitação deste documento, visto que, gozando de fé pública, não se questiona o seu teor.

Ademais, a instrução está em consonância com o art. 385 do CPC, que alude à equivalência de documentos que reproduzem os originais como certidões, dando o escrivão fé a esta conformidade.

Portanto, tendo em vista que o contrato de empréstimo não constitui título cambial circulável por endosso e considerando, ainda, que a prova documental eletrônica tem força probante, com o advento da Lei 11.419/06, não vejo como exigir que se colacione o contrato original, pois este já se encontra no processo.

Por fim, transcreve-se o art. 11 do referido diploma legal:

> Art. 11. Os documentos produzidos eletronicamente e juntados aos processos eletrônicos com garantia da origem e de seu signatário, na forma estabelecida nesta Lei, serão considerados originais para todos os efeitos legais.

Pelo exposto, dou provimento ao recurso para cassar a sentença e determinar o prosseguimento da execução.

Custas, na forma da lei.

DES. JOSÉ FLÁVIO DE ALMEIDA (Revisor) - De acordo com o Relator.

DES. NILO LACERDA - De acordo com o Relator.

Súmula - DERAM PROVIMENTO AO RECURSO E CASSARAM A SENTENÇA.

...

Indenização - Telefonia móvel - Promoções - Fidelização - Multa rescisória - Ilegalidade - Negativação - Dano moral devido - *Quantum* indenizatório

Ementa: Indenização. Telefonia móvel. Promoções. Fidelização. Multa rescisória. Ilegalidade. Negativação. Dano moral devido - *Quantum* indenizatório.

- É direito do consumidor obter a informação adequada por parte do fornecedor de produtos ou serviços quando da realização do contrato, sendo que as cláusulas abusivas ou restritivas de direito devem ser devidamente destacadas nos contratos de adesão, modalidade do pacto firmado entre as partes.

- Havendo inscrição indevida do nome da autora no cadastro de inadimplentes, há o dever de reparar o dano moral provocado (Cf. arts. 186 e 927 do Código Civil).

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0145.10.052593-3/001 - Comarca de Juiz de Fora - Apelante: Vivo Participações S.A. nova denominação de Telemig Celular S.A. - Apelada: Débora de Oliveira Souza - Relatora: DES.ª MARIÂNGELA MEYER

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 10ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, à unanimidade, EM NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 26 de junho de 2012. - *Mariângela Meyer* - Relatora.

Notas taquigráficas

DES.ª MARIÂNGELA MEYER - Trata-se de recurso de apelação interposto em face da sentença proferida pelo MM. Juiz da 4ª Vara Cível da Comarca de Juiz de Fora nos autos da ação de indenização por danos morais c/c pedido de declaração de inexistência de débito proposta por Débora de Oliveira Souza contra Vivo Participações S.A., nova denominação da Telemig Celular S.A., a qual julgou procedente o pedido inicial para condenar a ré a pagar à autora a quantia de R$ 5.000,00 (cinco mil reais) a título de ressarcimento pelos danos morais sofridos em virtude do lançamento, indevido, do nome da requerente nos cadastros restritivos de crédito.

O MM. Juiz ainda declarou inexistente o débito que deu ensejo à inscrição do nome da autora no cadastro de inadimplentes.

Inconformada, a apelante sustenta a ausência do dever de indenizar e, citando o princípio da eventualidade, diz que pretende a minoração do *quantum* arbitrado na sentença.

Afirma que ao credor é lícito incluir o nome do devedor nos cadastros de restrição de crédito e que não restou configurado o nexo de causalidade entre os prejuízos descritos na inicial e qualquer ação praticada pela requerida.

Por fim, requer a reforma da sentença para excluir qualquer condenação por dano moral e, alternativamente, a redução do valor da condenação.

As contrarrazões foram apresentadas às f. 86/94, ocasião em que a apelada requer a manutenção da sentença, em todos seus termos.

Relatados, examino e, ao final, decido.

Da análise do feito, verifico que as provas carreadas aos autos pela autora demonstram, de forma inequívoca, que a apelante agiu com culpa no fato que gerou a negativação do nome da apelada junto aos órgãos de restrição ao crédito.

Primeiramente, deve ser registrado que a apelante presta um serviço, estando sujeita às disposições do Código de Defesa do Consumidor, conforme estabelecido no art. 3º, § 2º:

> serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.

Sendo assim, o consumidor é a parte mais frágil na relação de consumo, não tendo qualquer interferência sobre o sistema de informações do fornecedor, as quais são registradas unilateralmente.

No caso dos autos, verifica-se que a parte autora possuía um plano telefônico denominado "VIVO 400", o qual disponibilizava minutos grátis entre os participantes.

Informa a autora/apelada que, ao tentar incluir mais um dependente no referido plano, a operadora, além de não o fazer, ainda cobrou pelos minutos gastos, que estavam incluídos no plano citado.

Diz que, após inúmeras tentativas, não conseguiu solucionar o problema, razão pela qual contestou a conta telefônica e, não tendo obtido qualquer resposta da parte requerida, ainda teve seu nome incluído no cadastro de restrição ao crédito.

Não obstante as alegações da apelante/ré, entendo que a declaração de inexistência de débito e a consequente condenação ao pagamento de danos morais são medidas que se impõem pelos motivos que passo a expor.

À f. 19, foi juntada a fatura referente ao mês de janeiro de 2010, a qual dá conta que se trata do plano VIVO 400, estando incluídos três números de telefone.

Assim, não obstante a parte ré alegar que houve migração de plano, fato é que cobrou da autora valores como se não existissem os dependentes anteriormente incluídos no plano.

Tendo em vista a aplicação do CDC ao presente caso, deveria a requerida comprovar os fatos por ela alegados em sua defesa, ou seja, que houve a migração de plano, sem a inclusão dos dependentes, o que não foi feito por ela.

Ainda, tendo sido contestada a conta telefônica pela autora, não há que se falar em inclusão do nome dela no cadastro de inadimplentes, pelo menos até que fosse apresentada uma solução à apelada.

É direito do consumidor obter a informação adequada por parte do fornecedor de produtos ou serviços quando da realização do contrato, sendo que as cláusulas abusivas ou restritivas de direito devem ser devidamente destacadas nos contratos de adesão, modalidade do pacto firmado entre as partes.

Nessas circunstâncias, a atitude da companhia telefônica de promover indevidamente a inscrição do nome da autora nos órgãos de proteção ao crédito se traduz em atitude abusiva e negligente, concretizando-se em ato lesivo capaz de ensejar indenização.

Desse modo, este Tribunal já decidiu a respeito:

> Apelação cível. Ação de indenização por danos morais. Negativação de nome junto a órgãos de proteção ao crédito. Solicitação de cancelamento dos serviços. Inércia da fornecedora. Cobrança ilícita. Nexo de causalidade. Empresas agrupadas em relação de subordinação. Responsabilidade solidária. Indenização devida. - Demonstrado que o registro negativado corresponde a cobranças feitas pela requerida, responde essa por prejuízos causados ao consumidor, ainda que outra empresa tenha figurado como solicitante da anotação, uma vez demonstrado que esta última é sociedade controladora daquela, tendo adquirido suas cotas. - Tendo o consumidor solicitado o cancelamento da prestação de serviços de telefonia, conforme lhe foi facultado no contrato, incumbe ao fornecedor desabilitar a linha. A omissão em diligenciar nesse sentido, como forma de coagir o contratante a manter o vínculo jurídico constitui prática abusiva, sendo vedada a cobrança pelos serviços disponibilizados nesse período, contra a vontade do consumidor. - Restando caracterizada a prática de ato ilícito, consubstanciada em negativação irregular do nome do demandante, bem como o dano moral dela oriundo, impõe-se ao ofensor a obrigação de indenizar. - O dano moral subsiste pela simples ofensa dirigida à parte, pela mera violação do seu direito de permanecer com o nome desprovido de máculas, o que torna desnecessária a comprovação específica do prejuízo sofrido (Apelação Cível nº 1.0024.05.662211-1/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Regino Ribeiro Martins - Apelada: Vesper S.A. - Relatora: Des.ª Heloísa Combat - publ. em 29.09.2006).

Com relação ao valor da indenização por dano moral, a qual fica a cargo do magistrado, deve a mesma atender às circunstâncias do caso concreto, não podendo ser irrisório a ponto de nada representar ao agente que pratica a infração, assim como não pode ser exagerado a ponto de propiciar enriquecimento sem causa pela vítima, sem olvidar, contudo, a função pedagógica de reprimenda pecuniária.

No que tange ao *quantum* devido a título de indenização, preleciona Humberto Theodoro Júnior:

> Impõe-se rigorosa observância dos padrões adotados pela doutrina e jurisprudência, inclusive dentro da experiência registrada no direito comparado para evitar-se que as ações de reparação de dano moral se transformem em expedientes de extorsão ou de espertezas maliciosas e injustificáveis. As duas posições sociais e econômicas, da vítima e do ofensor, obrigatoriamente, estarão sob análise, de maneira que o juiz não se limitará a fundar a condenação isoladamente na fortuna eventual de um ou na possível pobreza do outro (THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Dano moral*. 5. ed. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2007).

In casu, a empresa de telefonia incluiu de forma indevida o nome da autora no cadastro de proteção ao crédito, e, em consequência desse fato, a apelada vivenciou situação vexatória e humilhante, ficando extremamente constrangida, sem que tivesse dado motivo ou causa para tanto.

Analisando detidamente os autos, a meu sentir não resta dúvida de que o valor de R$ 5.000,00 (cinco mil reais), estipulado em primeira instância, preenche aos objetivos outrora mencionados, pois atende a função da indenização, qual seja a tentativa de compensar a dor e o sofrimento experimentado pela vítima, servindo ainda como meio inibidor de reincidência do fato lesivo perante o ofensor e toda sociedade.

No que se refere ao pedido de reconhecimento de inexistência de débito, verifica-se que a autora efetuou o pagamento da fatura no valor de R$ 292,11 (f. 24). Portanto, fica também mantida a sentença no que se refere à declaração de inexistência de débito relativa à fatura de janeiro de 2010 no valor de R$ 472,11 (f. 19).

Ante o exposto, nego provimento ao apelo e mantenho a sentença de primeiro grau por seus próprios fundamentos.

Custas recursais, pela apelante.

DES. PAULO ROBERTO PEREIRA DA SILVA - De acordo com a Relatora.

DES. ÁLVARES CABRAL DA SILVA - De acordo com a Relatora.

Súmula - RECURSO NÃO PROVIDO.

...

Promessa de compra e venda - Imóvel - Contrato - Prestações em atraso - Notificação judicial - Extinção do feito sem julgamento do mérito - Ausência de discriminação dos valores devidos - Sentença cassada - Apelação - Art. 515, § 3º, do CPC - Inadimplência - Rescisão - Restituição de parcelas pagas pelos réus - Retenção do percentual de 10% - Legalidade - Arras - Retenção - Impossibilidade - *Bis in idem* - Fruição - Uso do imóvel demonstrado - Indenização devida à vendedora - Cálculo do percentual - Aluguéis praticados na região - Liquidação por arbitramento - Edificação de construções pelos compradores - Boa-fé - Laudo de avaliação - Indenização - Direito de retenção - Configuração

Ementa: Apelação cível. Ação de rescisão contratual. Compra e venda de imóvel. Devolução parcelas pagas. Retenção do percentual de 10%. Fruição. Acessões. Indenização. Retenção.

- Condenada a promissária vendedora na devolução de 90% das parcelas pagas pelos promissários compradores, é de se afastar a retenção do sinal pago por eles.

- A fruição é devida quando o comprador usa o imóvel, nele residindo, auferindo proveito econômico e ainda quando a vendedora perde a disponibilidade sobre o bem, ficando impedida de dar-lhe qualquer outra destinação.

- O possuidor de boa-fé tem direito à retenção do bem enquanto não indenizado pelas construções (acessões) erguidas sobre o imóvel.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0114.08.092246-0/001 - Comarca de Ibirité - Apelante: Santa Rosa Empreendimento Ltda. - Apelados: Waltercir Silvanir da Silva, Marli Aparecida da Silva e seu marido - 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, à unanimidade, EM CASSAR A SENTENÇA E, COM BASE NO ARTIGO 515, § 3º, DO CPC, JULGAR PARCIALMENTE PROCEDENTES OS PEDIDOS INICIAIS.

Belo Horizonte, 31 de maio de 2012. - *Tiago Pinto* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. TIAGO PINTO (Relator) - Santa Rosa Empreendimento Ltda. moveu ação de rescisão de contrato à Marli Aparecida da Silva e Waltercir Silvanir da Silva.

Segundo a narração inicial, as partes litigantes firmaram um contrato de promessa de compra e venda, nele figurando a autora como promitente vendedora e os réus como promissários compradores.

Ocorre que os réus não vêm pagando as prestações e, mesmo notificados judicialmente (autos n. 0114.07.083445-0), não purgam a mora.

Daí os pedidos feitos pelo autor, de rescisão do contrato de promessa de compra e venda, com a sua posterior imissão na posse do imóvel, e ainda de retenção das arras pagas pelos réus.

Foi requerido ainda que, na hipótese de se entender pelo direito de devolução das parcelas já pagas pelo réu,

> que seja este condenado pela fruição do imóvel, por mês ou fração de mês, desde a sua posse no imóvel, que coincide com a assinatura do contrato, mais 20% (vinte por cento) de multa do valor pago, e que a quantia a este título encontrada, através de meros cálculos aritméticos, possa ser abatida da quantia a ser devolvida, além das penalidades previstas em contrato (f. 03).

Regularmente citados, os réus apresentaram contestação.

Suscitaram preliminar de falta de interesse de agir ao argumento de que a autora se comprometeu a realizar obras de infraestrutura no imóvel objeto do contrato e que, a despeito disso, não tomou qualquer providência nesse sentido. No mérito, alegaram que uma forte crise financeira os impossibilitou de arcar com o pagamento das parcelas contratadas. Afirmaram também que lhes assiste o direito de retenção pelas benfeitorias, bem como o reembolso das parcelas e arras pagas. Ao fim, se insurgiram contra o pedido de fruição.

Após o regular trâmite do feito, sobreveio sentença.

Assentou o d. Julgador de primeira instância que

> a petição de f. 02/03 veio acompanhada da notificação de f. 08/29 onde se fez presente a planilha de f. 09/10. Contudo, ao que percebo, o requerente não minudenciou adequadamente o montante total do débito, de eventuais juros e multa inseridos e, sequer, a cifra relativa às arras a que pugnou pela retenção. Como se vê, os valores ali informados como das prestações não pagas apresentam diferença significativa, sendo uns de R$198,00, outros de R$241,00, de R$270,00 [...] sendo impossível se saber se tais diferenças se referem à correção regular ou a juros e multa. Desta feita, resta prejudicada a defesa e o julgamento do feito uma vez que o mínimo que o autor deve fazer, ao pleitear a rescisão contratual, é informar com exatidão e transparências os valores devidos (f. 114).

Assim, a petição inicial foi indeferida e o processo extinto sem resolução de mérito, nos termos do art. 267, inciso I, do Código de Processo Civil.

Inconformado, o autor recorre.

Em suas razões recursais, afirma que a notificação enviada ao apelado foi judicial, sendo ela perfeitamente válida ao fim proposto.

Acrescenta que

> a decisão que deferiu a notificação judicial fez coisa julgada entre as partes e lei, não só entre elas, mas para todos, já que fez coisa julgada material, a teor do art. 468 do CPC. Além disso, o procedimento de notificação judicial propiciou aos devedores, ora apelados, o direito de ampla defesa e acesso ao contraditório, até mesmo para alegar a ausência da mora, tanto que apresentaram contestação, sem alegar qualquer nulidade da notificação judicial (f. 119).

Requer, ao fim, a cassação da sentença para que outra seja proferida pelo d. Julgador de primeira instância.

Não houve a apresentação de contrarrazões.

É o relatório.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conhece-se do recurso.

O d. Julgador de primeira instância extinguiu o feito sem resolução de mérito amparado em um único argumento. Segundo ele, a notificação expedida pela autora, ora apelante, não tratou de discriminar os valores devidos pelos réus, ora apelados, restando inviabilizada a constatação de quais encargos foram incorporados no montante do débito.

É o que se apanha da seguinte passagem:

> o requerente não minudenciou adequadamente o montante total do débito, de eventuais juros e multa inseridos e, sequer, a cifra relativa às arras a que pugnou pela retenção. Como se vê, os valores ali informados como das prestações não pagas apresentam diferença significativa, sendo uns de R$198,00, outros de R$241,00, de R$270,00 [...] sendo impossível se saber se tais diferenças se referem à correção regular ou a juros e multa. Desta feita, resta prejudicada a defesa e o julgamento do feito uma vez que o mínimo que o autor deve fazer, ao pleitear a rescisão contratual, é informar com exatidão e transparências os valores devidos (f. 114).

A autora, ora apelante, insurge-se contra essa argumentação.

Sustenta que "a decisão que deferiu a notificação judicial fez coisa julgada entre as partes e lei, não só entre elas, mas para todos, já que fez coisa julgada material, a teor do art. 468 do CPC", decorrendo disso a impossibilidade de o d. Julgador de primeira instância rejeitá-la no bojo deste feito.

Sem razão a autora, ora apelante.

Na verdade, a notificação judicial é medida de jurisdição voluntária e, como tal, não é capaz de criar coisa julgada material. Nas palavras de Alexandre Freitas Câmara:

> a ausência de coisa julgada material na jurisdição voluntária decorre do fato de que a sentença proferida nesse caso tem conteúdo declaratório mínimo. O juiz atua em direito preexistente, mas não declara a sua existência (mesmo porque não havia crise d e certeza que exigisse tal ato de acertamento). Não havendo conteúdo declaratório relevante, não pode haver coisa julgada (in CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 14. ed. Lumen Juris, 2008).

Não há, então, coisa julgada material.

Contudo, os argumentos dispostos na apelação não se resumem a este que se acabou de enfrentar. A autora, ora apelante, disse também que

> o procedimento de notificação judicial propiciou aos devedores, ora apelados, o direito de ampla defesa e acesso ao contraditório, até mesmo para alegar a ausência da mora, tanto que apresentaram contestação, sem alegar qualquer nulidade da notificação judicial (f. 119)

Nesse ponto, de fato, assiste razão à autora, ora apelante.

A notificação foi instruída com planilha contendo o valor de cada um das prestações em atraso (f. 19/20). Ora, esses valores não foram objetos de impugnação pontual na contestação apresentada pelos réus, ora apelados. Se assim o é, a ausência de indicação a respeito dos encargos que foram empregados para a quantificação do montante devido não é causa suficiente para se ter como inválida a notificação, que, diga-se, trouxe sim elementos suficientes para possibilitar a purga da mora.

Disso apanha-se a incorreção da decisão de primeira instância, pelo que deve ser ela cassada.

Isso posto, dou provimento ao recurso para cassar a sentença de f. 112/114.

Cassada a sentença, permite-se o Tribunal, nos termos do § 3º do art. 515 do Código de Processo Civil, julgar desde logo a lide se a causa versar sobre questão exclusivamente de direito e estiver em condições de imediato julgamento.

In casu, todas as referidas condições se fazem presentes, sendo induvidosa a possibilidade de se proferir uma nova decisão, apreciando as matérias arguidas. Daí reputar-se despiciendo o retorno do feito ao primeiro grau de jurisdição, restando perfeitamente possível a aplicação do mencionado § 3º do art. 515 do Código de Processo Civil.

Pois bem.

A ação proposta é de rescisão de contrato de promessa de compra e venda de imóvel. O argumento disposto na petição inicial foi de que os réus (promissários compradores) não arcaram com o pagamento das prestações que lhes incumbia, decorrendo disso o direito da autora (promitente vendedora) de extinguir o contrato e, via de consequência, retomar a posse do bem.

De fato, a inadimplência dos réus é fato incontroverso nos autos. Na contestação afirmaram eles expressamente que

> assumiram perante a requerente a obrigação de pagamento das parcelas devidas para a aquisição do imóvel, contudo, no decorrer dos meses, entraram em uma forte crise financeira que os impossibilitaram de efetuar o pagamento das parcelas restantes (f. 36).

O único argumento disposto pelos réus, no intuito de prostrar o direito de retomada do imóvel, foi o de que a autora não realizou obras de infraestrutura de que se incumbiu. *In verbis*:

> desde quando os requeridos entraram na posse do bem, a requerente não realizou nenhum obra no imóvel, ficando de inteira responsabilidade dos requeridos toda a conservação do imóvel, inclusive quanto às obras de infraestrutura (f. 36).

Tal argumento, contudo, não se sustenta.

É que da análise da cláusula primeira do contrato se vê que o objeto da compra e venda era um lote (f. 13), sem qualquer edificação. Ora, os réus não indicaram pontualmente quais seriam as obras que a autora se comprometeu a realizar ou nem mesmo disseram se os problemas estariam efetivamente ligados à própria infraestrutura do loteamento. Sobressai aqui a aprovação do parcelamento do imóvel junto ao Poder Público municipal, com o cumprimento do disposto na legislação federal e municipal correspondente (f. 103/06).

Assim, tendo sido o imóvel entregue aos réus nos termos contratados e não tendo eles realizado o pagamento das prestações correspondentes, ressai inconcusso o direito da autora de rescindir o contrato de promessa de compra e venda, na esteira daquilo que dispõe a cláusula terceira (f. 15).

Em havendo rescisão do compromisso de compra e venda, o desfazimento da relação contratual implica, automaticamente, como decorrência lógica e necessária, a restituição das prestações pagas pelos réus à autora, ficando, reservada, contudo, a retenção do percentual de 10%.

É consabido que o princípio da obrigatoriedade do contrato (*pacta sunt servanda*) cede às normas cogentes da Lei 8.078/90, especialmente quando detectados elementos de desequilíbrio entres os contratantes.

Dessa forma, a cláusula quarta do contrato, ao estabelecer o direito do vendedor de reter o percentual de "20% do preço atualizado do contrato" (f. 15), soa abusiva. É que o percentual de 10% sobre as parcelas pagas é suficiente para custear os gastos que a apelante teve com o empreendimento e administração.

A propósito:

> Agravo regimental em agravo de instrumento. Direito civil. Promessa de compra e venda. Resilição pleiteada pelo promissário comprador. Devolução das parcelas pagas. Percentual que deve refletir as peculiaridades do caso concreto. Agravo improvido.
> 1. Esta Corte Superior, à luz de precedentes firmados pela Segunda Seção, entende que 'o compromissário comprador que deixa de cumprir o contrato em face da insuportabilidade da obrigação assumida tem o direito de promover ação a fim de receber a restituição das importâncias pagas' (EREsp 59870/SP, Rel. Ministro Barros Monteiro, Segunda Seção, julgado em 10.04.2002, *DJ* de 09.12.2002, p. 281).
> 2. Porém, o percentual a ser retido pelo vendedor, bem como o valor da indenização a ser paga como contraprestação pelo uso do imóvel, são fixados à luz das particularidades do caso concreto, razão pela qual se mostra inviável a via do recurso especial ao desiderato de rever o *quantum* fixado nas instâncias inaugurais de jurisdição (Súmula 07).
> 3. Tendo em vista que o valor de retenção determinado pelo Tribunal *a quo* (10% das parcelas pagas) não se distancia do fixado em diversas ocasiões por esta Corte Superior, a decisão ora agravada deve ser mantida.
> 4. Agravo regimental improvido. (AgRg no Ag 1100908/RO, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 18.08.2009, *DJe* de 02.09.2009.)

Relativamente às arras, observa-se que o sinal pago pelos réus foi dado como princípio de pagamento. É o que se extrai expressamente da cláusula segunda do contrato de f. 14:

> Cláusula segunda: Pelo presente instrumento, a promitente vendedora promete vender e o promitente comprador promete comprar o imóvel descrito na cláusula anterior, pelo preço certo e ajustado de R$20.508,00 (vinte mil quinhentos e oito reais) que serão pagos pelo promitente comprador da seguinte forma. Parágrafo primeiro: Como sinal e princípio de pagamento a quantia de R$1.500,00 (um mil e quinhentos reais).

Com isso, não comporta a retenção do sinal pago pelo promissário comprador, de vez que se destinou apenas para o início do pagamento do preço ajustado para a compra do lote, não sendo pactuado como garantia do cumprimento do contrato. Não há, portanto, que se falar em retenção das arras, sob pena de se configurar *bis in idem*, uma vez que a retenção de parte das parcelas pagas pelo apelado já constitui uma punição decorrente da sua inadimplência.

Veja-se, por oportuno, que tal entendimento doutrinário encontra guarida na jurisprudência deste Tribunal Superior.

> Civil e processual. Compromisso de compra e venda. Resilição pelo comprador por insuportabilidade da prestação. Possibilidade. Retenção sobre parte das parcelas pagas. Arras. Inclusão. Código de Defesa do Consumidor, arts. 51, II, 53 e 54. Código Civil, art. 924. - I. [...] II. O desfazimento do contrato dá ao comprador o direito à restituição das parcelas pagas, porém não em sua integralidade, em face do desgaste no imóvel devolvido e das despesas realizadas pela vendedora com corretagem, propaganda, administrativas e assemelhadas, sob pena de injustificada redução patrimonial em seu desfavor, sem que, no caso, tenha dado causa ao desfazimento do pacto. Retenção aumentada em favor da vendedora-recorrente. Precedentes. III. Compreendem-se no percentual a ser devolvido ao promitente comprador todos valores pagos à construtora, inclusive as arras. IV. Recurso especial conhecido e parcialmente provido. (REsp 355818/MG, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, *DJ* de 25.08.2003.)

Da fundamentação do referido julgado, Sua Excelência, o eminente Ministro Aldir Passarinho Junior, deixou assente que:

> Relativamente à pretensão de perdimento do valor prestado a título de arras, também não há como reconhecer-se razão à recorrente. De efeito, todos os valores prestados pelo

> recorrido devem ser considerados para fins de cálculo do percentual a ser devolvido, inclusive tal parcela. Tal solução encontra respaldo na jurisprudência desta Corte, não merecendo reparo algum.

E também deste Tribunal:

> Contrato de promessa de compra e venda - Rescisão - Retenção do sinal - Impossibilidade. - A retenção das arras pelo promissário vendedor não pode ser acolhida, pois constitui dupla penalização para o promissário comprador, que já perderá em favor daquele 10% de tudo que foi pago em razão de ter dado causa à rescisão do contrato. (TJMG. Apelação Cível nº 1.0024.07.565501-9/001. Relatora Des.ª Electra Benevides. *DJ*: 15.01.2009.)

A autora, então, não tem direito à retenção das arras.

Noutro ponto, é de se revelar que a doutrina e jurisprudência, de fato, admitem a fruição em decorrência do efetivo uso do imóvel. Isso porque a indenização é devida quando o comprador usa o imóvel, nele residindo, auferindo proveito econômico e, em contrapartida, a vendedora perde a disponibilidade sobre o bem, ficando impedida de dar-lhe qualquer outra destinação. Daí falar-se em fruição como uma parcela correspondente a um aluguel mensal pelo tempo de uso do bem.

É o caso dos autos.

Às f. 52/90 foi acostado aos autos um laudo pericial que tratou de revelar a situação do lote objeto do contrato de compra e venda. Foi ele pontual ao estabelecer a edificação de uma casa que, diga-se, passou a ser residência dos réus. Assim, a promitente vendedora há de ser indenizada pela fruição do imóvel, sob pena de enriquecimento sem causa dos promissários compradores.

A cláusula quarta, ao estabelecer que a fruição deve ser calculada com aplicação do percentual de 1% (um por cento) sobre o valor do contrato, representa vantagem excessiva. O valor dos aluguéis praticados em imóveis da mesma região reflete com mais exatidão aquilo que a autora deixou de auferir no período em que os réus ocuparam o imóvel. Assim, o valor da indenização deve ser apurado em liquidação por arbitramento, com base nos alugueis praticados em imóveis semelhantes, na mesma região.

Por fim, como já dito anteriormente, foi juntado aos autos um laudo pericial (f. 52/90). Nele, consta expressamente que os réus edificaram no lote objeto do contrato de compra e venda várias construções, como uma casa, uma garagem, um muro de arrimo, um muro frontal e ainda mais três laterais (f. 55).

A posse exercida pelos réus sobre o imóvel decorreu de negócio jurídico regularmente firmado com a autora. Como a compra e venda foi de um lote sem edificação alguma e como os réus nele permaneceram por mais de 7 (sete) anos até a propositura da presente ação, a construção de uma casa é algo natural, que se enquadra dentro de um critério de razoabilidade. Impõe-se, então, reconhecer a existência de boa-fé quando da edificação das referidas acessões, pelo que os réus fazem jus à indenização correspondente.

Nesse ponto, é de se revelar que todas as edificações perpetradas pelos réus no imóvel foram avaliadas em R$43.927,01 (quarenta e três mil novecentos e vinte e sete reais e um centavo), conforme indica expressamente o laudo. Qualquer fato obstativo ou modificativo dessa realidade deveria ter sido comprovado pela autora, mas não o foi. E aqui vale dizer que, quando intimada para especificar as provas, tratou ela, autora, de requerer o julgamento antecipado da lide, dando-se por satisfeita com as provas já produzidas nos autos.

A autora alega ainda que

> o laudo pericial apresentado pelos impugnados se refere aos autos nº 0114.03.011871-4 não se presta como prova, pois tal ação foi extinta sem julgamento de mérito. Além disso, a avaliação foi falha, pois não observou os quesitos feitos pela autora, nem valor isolado do imóvel e fruição.

Mais uma vez, sem razão.

O fato de o laudo pericial ter sido elaborado no bojo de outro procedimento, por si só, não lhe retira a sua força probante. É que a autora integrou a relação processual em que o laudo em questão foi produzido e, então, naturalmente, teve oportunidade de se manifestar sobre ele, inexistindo qualquer elemento de prova em sentido contrário.

É de se relevar ainda que

> O direito de retenção previsto no art. 1.219 do CC decorrente da realização de benfeitorias necessárias e úteis também se aplica às acessões (construções e plantações), nas mesmas circunstâncias. (Enunciado aprovado nº 81, Jornada de Direito Civil, STJ-CEJ/CJF, 11 a 13.9.2002-DF, Autor: Marco Aurélio B. de Melo.)

A propósito:

> Recurso especial. Ação de rescisão de compromisso de compra e venda de imóvel cumulada com pedido de reintegração de posse. Indenização pelas construções e benfeitorias. Direito de retenção. Pendentes da Corte.
> 1. O pedido de indenização foi requerido pelos réus na contestação e corretamente deferido pelo acórdão, devendo-se comparar as construções, acessões industriais, as benfeitorias.
> 2. O pedido de reintegração de posse, porém, dada a sua natureza executiva, exige que o réu solicite o direito de retenção já na contestação, sob pena de preclusão.
> 3. Recurso especial conhecido parcialmente e, nessa parte, provido. (REsp 51794/SP, Rel. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Terceira Turma, julgado em 03.09.1996, *DJ* de 11.11.1996, p. 43707.)

Enfim, tendo os réus direito à indenização pelas acessões realizadas no imóvel, é de se autorizar também o direito de retenção.

Isso posto, dou provimento ao recurso para cassar a sentença.

Com base no art. 515, § 3º, do Código de Processo Civil, conforme fundamentação traçada, julgo parcialmente procedentes os pedidos iniciais para declarar rescindido o contrato entre as partes. Deverá a autora restituir aos réus 90% do valor das prestações por eles pagas, com correção monetária desde a data do efetivo desembolso e juros de mora de 1% desde a citação. Fica garantido aos réus o direito de retenção sobre o imóvel até o pagamento de R$43.927,01 (quarenta e três mil novecentos e vinte e sete reais e um centavo). Este valor deverá ser corrigido monetariamente desde a data de confecção do laudo até a efetivação da liquidação. A autora poderá reter as quantias decorrentes da fruição do imóvel, a serem apuradas em liquidação por arbitramento, nos termos deste voto, com incidência de correção monetária e juros moratórios de 1% desde a citação.

Considerando a sucumbência recíproca, as custas processuais (inclusive as recursais) serão divididas pela metade entre as partes. Os honorários advocatícios, fixados em R$1.000,00 (mil reais), obedecerão à mesma proporção, compensando-se na forma do art. 21 do Código de Processo Civil.

DES. ANTÔNIO BISPO (Revisor) - De acordo com o Relator.

DES. JOSÉ AFFONSO DA COSTA CÔRTES - De acordo com o Relator.

Súmula - CASSARAM A SENTENÇA E, COM BASE NO ARTIGO 515, § 3º, DO CPC, JULGARAM PARCIALMENTE PROCEDENTES OS PEDIDOS INICAIS.

...

Banco - Obrigatoriedade em contratar - Impossibilidade - Financiamento negado - Ausência de dano moral

Ementa: Apelação cível. Obrigatoriedade do banco em contratar. Impossibilidade. Financiamento negado. Ausência de dano moral.

- A entidade bancária não tem qualquer obrigatoriedade de firmar contrato de financiamento, visto que o contrato subsiste em razão da comunhão de interesses de vontade das partes.

- A negativa de financiamento pelo banco não constitui ato ilícito, mas exercício de um direito do banco, que não implica reconhecimento de dano moral indenizável.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0342.07.094131-1/001 - Comarca de Ituiutaba - Apelante: Sílvio Romero de Albuquerque Ordonio - Apelado: Banco Bradesco S.A. - Relator: DES. LUIZ CARLOS GOMES DA MATA

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 13ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, à unanimidade, EM NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO DE APELAÇÃO.

Belo Horizonte, 17 de maio de 2012. - *Luiz Carlos Gomes da Mata* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. LUIZ CARLOS GOMES DA MATA - Trata o presente embate de recurso de apelação interposto por Sílvio Romero de Albuquerque Ordonio em face da sentença proferida pela ilustre Juíza de Direito da 3ª Vara Cível da Comarca de Ituiutaba, Dra. Maria Antonieta Salles Batista, que julgou improcedente o pedido inicial da ação de indenização por danos morais proposta pelo apelante contra o Banco Bradesco S.A., ora apelado.

Sustenta a parte apelante que a sentença deve ser reformada, porquanto contrária ao ordenamento normativo e frente ao ilícito cometido pelo apelado devidamente comprovado nos autos.

Sustenta, mais, que o dano moral restou demonstrado, porquanto o apelante foi atingido em sua honra, com afetação do patrimônio desmaterializado, frente à negativa do apelado em realizar o contrato de empréstimo de financiamento de imóvel.

Tece diversas outras considerações sobre os fatos ocorridos e sobre as provas, terminando por pleitear pelo provimento do apelo.

Dispensado o preparo, em face da gratuidade de justiça.

Contrarrazões constantes de f. 159/178, pugnando pela manutenção da sentença.

Esse é o relatório. Decido.

Conheço do recurso de apelação, porquanto presentes os pressupostos de admissibilidade.

Vejo que o apelante ingressou com ação por danos morais em razão de o banco apelado ter negado realizar um financiamento de imóvel em favor do primeiro.

Sustentou o apelante em sua inicial que, ao buscar o empréstimo pretendido, foi orientado a abrir uma conta-corrente e providenciar a documentação necessária, sendo que atendeu a contento a solicitação, e, mesmo assim, teve negado o crédito. E mais, terminou o banco por informar sobre a negativa do empréstimo à vendedora do imóvel, fato que lhe causou uma situação vexatória.

A sentença proferida, constante de f. 143/146, julgou improcedente o pedido inicial ao fundamento de que o banco agiu em consonância com a defesa de seus interesses, o que é legítimo, visto que sua conduta de exigir vários documentos não implica violação das normas legais.

Compulsando o relato da inicial e as provas produzidas nos autos, vejo que o cerne do debate está assentado

na exigência de documentos feita pelo banco, dentre os quais, a solicitação de apresentação de uma declaração de união estável, que não foi apresentada de acordo com a vontade da entidade bancária, servindo tal fato de suporte à negativa de empréstimo feita pelo banco.

Como bem salientou a douta Magistrada primeva, o banco agiu em consonância com seus interesses, sem praticar qualquer ilícito e sem contrariar o ordenamento normativo.

A entidade bancária, empresa privada, diga-se de passagem, não está obrigada a efetuar qualquer empréstimo a quem quer que seja, incluindo o autor, sem a prévia contratação.

O simples fato de o banco entender que a documentação apresentada pelo apelante não se mostrava suficiente para possibilitar a realização de contrato de empréstimo não configura qualquer ilícito e não viola qualquer ordenamento normativo, tratando-se, mesmo, de uma faculdade do banco em realizar ou não o empréstimo a seus correntistas.

Igualmente, não vejo qualquer ilicitude no fato de o banco ter informado ao vendedor do imóvel acerca da negativa do empréstimo, pois se tratava de pessoa diretamente interessada nos fatos e que, inclusive, também compareceu à agência bancária para apresentar os documentos relativos ao imóvel que pretendia vender e que era objeto do contrato de financiamento.

Cito a jurisprudência:

> Ementa: Processual civil e civil. Apelação. Ação de obrigação de fazer c/c indenização por danos morais. Negativa de financiamento. Ilícito inexistente. Liberdade de contratar. Dano moral. Não configuração. Meros aborrecimentos. Princípio da autonomia da vontade. Recurso conhecido e não provido. - A recusa da instituição financeira em conceder um financiamento ao autor não enseja a condenação da ré em indenização por danos morais, em observância aos princípios da liberdade de contratar entre as partes e da autonomia da vontade. - Não constitui ato ilícito a concessão de parcelamento, financiamento ou de crédito, só estando o fornecedor obrigado a negociar com o pagamento à vista, em regra. - É ônus do autor, de acordo com o disposto no art. 333, inciso I, do CPC, fazer prova do seu alegado direito. - Para que se condene alguém ao pagamento de indenização, seja por dano moral, seja pelo caráter material, é preciso que se configurem os pressupostos ou requisitos da responsabilidade civil, que são o dano, a culpa do agente, em caso de responsabilização subjetiva, e o nexo de causalidade entre a atuação deste e o prejuízo. - Percalços comuns do dia-a-dia, meros aborrecimentos do cotidiano, não são suficientes à responsabilização por danos morais, devendo existir uma conseqüência mais grave em virtude do ato que, em tese, tenha violado o direito de personalidade de outrem, provocando dor, sofrimento, angústia ou humilhação consideráveis à pessoa, e não meros dissabores do cotidiano. - Recurso conhecido e não provido (Processo n. 0276100-50.2010.8.13.0672 - TJMG - Rel.ª Des.ª Márcia De Paoli Balbino).

Assim, sem maiores delongas, não vislumbro a ocorrência do dano moral noticiado pelo apelante, reiterando que a instituição bancária não está obrigada a contratar, enquanto ausente o seu interesse e ausente a sua vontade, fato que não configura qualquer ilícito.

Pelo exposto, nego provimento ao recurso de apelação, mantendo incólume a sentença proferida por seus próprios fundamentos.

É como voto.

DES. FRANCISCO KUPIDLOWSKI - De acordo com o Relator.

DES.ª CLÁUDIA MAIA - De acordo com o Relator.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO DE APELAÇÃO.

...

Embargos de terceiro - Meação conjugal - Regime de comunhão universal - Execução - Título judicial - Semoventes oferecidos pelo devedor - Revelia - Presunção de veracidade - Relatividade - Princípio do livre convencimento

Ementa: Apelação. Direito processual civil. Embargos de terceiro. Meação conjugal. Cumprimento da sentença. Semoventes oferecidos à penhora pelo devedor. Recurso não provido.

- A defesa da meação conjugal mostra-se insubsistente quando a sentença em cumprimento indeniza dano causado por animais dos cônjuges em propriedade alheia e a penhora recaiu sobre semoventes ofertados por um deles, devedor reconhecido no título executivo.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0086.10.000908-2/001 - Comarca de Brasília de Minas - Apelante: Antônia Lenilce Almeida Cruz - Apelado: Carlos Humberto Pereira Fonseca - Litisconsorte: Alencar Pereira Cruz - 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 NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 13 de junho de 2012. - *José Flávio de Almeida* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. JOSÉ FLÁVIO DE ALMEIDA - Trata-se de ação de embargos de terceiro ajuizada por Antônia Lenilce Almeida Cruz contra Carlos Humberto Pereira da Fonseca. A embargante alega que o embargado moveu execução contra Alencar Pereira da Cruz, com quem é casada desde 28 de maio de 1967, e tornou-se efetiva a penhora de três éguas e dois cavalos, avaliados em R$4.100,00. Os

bens penhorados foram adquiridos pelo casal, a penhora a prejudica, não tendo sido a dívida contraída em benefício deles. Assim, defende sua meação.

Embargos julgados improcedentes (f. 50-51).

A embargante apela (f. 53-55) e defende que, revel o embargado, os embargos deveriam ter sido julgados procedentes, e que os documentos juntados não foram examinados. Pede reforma da sentença.

Recurso regularmente processado, sem resposta (f. 57-v.) e com preparo certificado.

Conheço do recurso porque próprio e tempestivo.

A jurisprudência orienta:

> A presunção de veracidade dos fatos alegados pelo autor em face à revelia do réu é relativa, podendo ceder a outras circunstâncias constantes dos autos, de acordo com o princípio do livre convencimento do juiz (*Rev. STJ*, v. 20, p. 253).
>
> A presunção de veracidade dos fatos alegados, em consequência de revelia, não é absoluta, podendo ceder ante a evidência dos autos, de acordo com o princípio do livre convencimento do juiz (*Rev. STJ*, v. 50, p. 259).

A situação dos autos não é alcançada pelos efeitos da revelia. É que em curso cumprimento de sentença (execução de título judicial) que assegura ao apelado indenização por danos materiais causados em sua propriedade pela invasão de animais e destruição de plantação de cana-de-açúcar (f. 44-47, Apenso 01 e f. 62-67, Apenso 01). Título judicial revestido de liquidez, certeza e exigibilidade.

A apelante é casada com o executado em comunhão universal de bens (f. 05). Assim, os animais que invadiram a propriedade do apelado e causaram danos, com direito a reparação pecuniária já assegurada por sentença transitada em julgado, também lhe pertencem.

A inicial dos embargos de terceiro traz a informação de que a execução é fundada em título extrajudicial (f. 02), embora seja título judicial, e de que a dívida em referência não foi contraída em benefício do casal (f. 02), quando a dívida é de fato decorrente de danos provocados por animais de propriedade da embargante e seu marido. Ou seja, falta correlação entre pedido e causa de pedir (f. 02-03).

Aliás, a penhora recaiu sobre animais oferecidos pelo devedor, o esposo da apelante (f. 74 e f. 90, Apenso 01), fato de conhecimento dela, que abdicou de fazer prova para demonstrar que tem direito à exclusão da meação (art. 333, inciso I, do CPC) - (f. 50).

Pelo exposto, nego provimento à apelação.

Custas, pela apelante.

DES. NILO LACERDA - De acordo com o Relator.

DES. ALVIMAR DE ÁVILA - De acordo com o Relator.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Execução - Suspensão de leilão - Propriedade do bem discutida em outro processo - Risco de dano ao executado

Ementa: Agravo de instrumento. Execução. Suspensão de leilão. Propriedade do bem discutida em outro processo. Risco de dano ao executado. Decisão mantida.

- Inexistindo risco para o exequente, é possível a suspensão de praceamento de bem imóvel de valor sentimental do executado até que se defina a propriedade do bem em processo já em curso.
-Recurso não provido.

AGRAVO DE INSTRUMENTO CÍVEL Nº 1.0388. 03.003442-4/001 - Comarca de Luz - Agravante: Real Minas Petróleo Ltda. - Agravado: Vilma Rodrigues de Oliveira - 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 NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 22 de maio de 2012. - *Gutemberg da Mota e Silva* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. GUTEMBERG DA MOTA E SILVA (Relator) - Real Minas Petróleo Ltda. interpôs agravo de instrumento pleiteando a reforma da decisão da MM. Juíza de Direito da Comarca de Luz, que, na ação de execução que move contra Vilma Rodrigues de Oliveira, suspendeu o andamento do processo, assim como a realização de hasta pública, ao fundamento de que a propriedade do bem penhorado é objeto de discussão em outro processo, sendo temerária a sua alienação.

Sustentou que é credora da agravada, em razão de instrumento público de confissão de dívida com garantia hipotecária desde 29.06.2001, mas em 2006 a agravada alienou o bem dado em garantia ao seu então procurador, Moisés Néri Costa, havendo este, alguns meses depois, renunciado ao mandato.

Alegou que eventual discussão acerca da propriedade do bem envolvendo a agravada e seu antigo procurador em nada impede o prosseguimento da execução, já que o bem já era objeto de garantia hipotecária quando foi fraudulentamente alienado.

Alegou mais que a agravada não poderá sofrer nenhum prejuízo, pois o produto da arrematação será depositado judicialmente e eventual valor excedente ao da execução poderá ser levantado pelo real proprietário.

Foi indeferido o requerimento de efeito suspensivo (f. 176 e 177).

Informações da MM. Juíza (f. 184 e 185).

Contrarrazões da agravada alegando que foi interditada em fevereiro de 2010, quando sua curadora constatou a transferência de parte de seus bens ao antigo procurador, "de maneira obscura, sem refletir qualquer proveito financeiro à agravada", o que motivou a ação declaratória de nulidade da transferência do bem dado em garantia, de modo que, como a suspensão não causa prejuízo à agravante, deve-se aguardar o desfecho daquele processo para que possa quitar o débito e evitar seu leilão.

Ressaltou que a alienação do imóvel será impedida por liminar concedida no processo de anulação, que não se saberá quem terá direito de preferência para adjudicação do bem e que o imóvel tem valor sentimental, sendo tais prejuízos obstativos do prosseguimento da execução (f. 187 a 193).

É o relatório. Decido.

Conheço do recurso, pois tempestivo e preparado.

A MM. Juíza, na decisão de f. 163-TJ, determinou a suspensão da execução que a agravante move contra a agravada, ao fundamento de que a propriedade do bem cujo leilão seria marcado é discutida em outro processo, sendo temerária sua alienação.

A decisão deve ser mantida.

Apesar de a execução se estender por mais de oito anos, encontra-se ela devidamente garantida por imóvel cujo valor é superior ao valor executado, de modo que, sendo a agravante empresa de grande porte, que não depende da quantia executada em suas atividades, a suspensão da execução não lhe causará prejuízo.

Ao contrário, tem razão a agravada, pois ajuizou contra seu antigo procurador ação declaratória de nulidade de transferência do bem executado, objeto de garantia hipotecária, ao fundamento de que este, aproveitando-se de seu estado de insanidade mental, usurpou seu patrimônio.

Apesar de o resultado daquele processo não repercutir no direito de garantia da agravante, pois poderá ela promover a alienação do imóvel ainda que seja improcedente a ação, já que o adquirente sabia da garantia hipotecária, o praceamento do imóvel antes do julgamento final do outro processo poderá causar prejuízos à executada, em violação ao princípio da menor onerosidade da execução.

Isso porque poderá a agravada, caso seja definida sua propriedade sobre o bem, pagar o valor da execução de modo a manter em seu patrimônio o imóvel onde há mais de 40 anos foi construída a primeira casa da família (f. 192).

Também o exercício do direito de preferência na arrematação do bem praceado seria prejudicado pela indefinição de seu real proprietário, podendo a agravada ser preterida diante de seu antigo procurador, em nome de quem se encontra registrado o bem.

Assim, deve permanecer suspensa a execução até o julgamento nas instâncias ordinárias do processo nº 0388.10.001276-3.

Diante disso, nego provimento ao recurso.

Custas, pela agravante.

DES. VEIGA DE OLIVEIRA - De acordo com o Relator.

DES.ª MARIÂNGELA MEYER - De acordo com o Relator.

Súmula - RECURSO NÃO PROVIDO.

...

Arrendamento mercantil - Inadimplemento do arrendatário - Prévia notificação por carta para constituição em mora - Exigibilidade - Súmula 369 do STJ - Prescindibilidade de intimação pessoal do devedor - Inexigibilidade de forma especial prevista em lei - Art. 107 do Código Civil

Ementa: Apelação. Arrendamento mercantil. Comprovação da mora. Necessidade de notificação extrajudicial. Consumação do ato. Entrega no endereço do contrato. Assinatura no aviso de recebimento. Reintegração de posse. Revisional. Discussão de encargos acessórios. Mora. Ausência de depósito.

- Considera-se válida a notificação extrajudicial feita por meio de carta com aviso de recebimento entregue no domicílio do devedor, não havendo necessidade de a correspondência ser entregue pessoalmente a este.

- O ajuizamento posterior de ação revisional na qual é declarada a abusividade de encargos moratórios não é suficiente para descaracterizar a mora do devedor, pois subsistentes o débito principal e os encargos incontroversos, desconfigurada a mora apenas com o depósito da quantia reputada devida.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0707.10.006803-0/001 - Comarca de Varginha - Apelante: Suely Galdino - Apelado: Banco Itaú 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, sob a Presidência do Desembargador Pedro Bernardes, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 26 de junho de 2012. - *Pedro Bernardes* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. PEDRO BERNARDES - Trata-se de ação de busca e apreensão ajuizada por Banco Itaú S.A. em face de Suely Galdino, em que o MM. Juiz da causa, às f. 58/61, deferiu a busca e apreensão, consolidando a posse e o domínio nas mãos do autor.

Inconformada com a r. sentença, a ré interpôs apelação (f. 64/75), alegando que a notificação foi endereçada ao próprio banco, sendo que se torna duvidoso o efetivo recebimento desta; que "o banco não logrou demonstrar o encaminhamento da notificação através do cartório, pois o documento apresentado por cópia, às f. 15/16 é uma simples carta firmada pelos procuradores do apelado e não se pode afirmar se o A.R. juntado à f. 16 realmente se refere à carta de f. 15"; que, nos contratos de arrendamento mercantil, aplica-se por analogia o Dec.-lei 911, conforme entendimento da Súmula 369 do STJ; que a inicial deve ser considerada inepta, tendo em vista que o banco trouxe cópia ilegível do contrato objeto da discussão; que não existe mora se o contrato possui encargos abusivos, o que torna a obrigação ilíquida; que o contrato está ilegível, não podendo ser aferido com segurança quais os encargos pactuados, o que configura cerceamento de defesa; que o CDC prevê a facilitação da defesa do consumidor, motivo pelo qual deveria ser trazida uma cópia legível do contrato aos autos; que o processo deve ser extinto por falta de caracterização da mora. Ao final, pediu o provimento do recurso.

O autor apresentou contrarrazões (f. 78/87), alegando que a mora é *ex re*, sendo o devedor constituído em mora de pleno direito com o inadimplemento; que a notificação pode ser enviada ao endereço do devedor previsto no contrato, não necessitando ser pessoal; que não há ilegalidade ou abusividade no contrato; que a apelante contratou livremente, tendo sido ela que indicou o veículo a ser adquirido junto ao vendedor; que a apelante recebeu uma cópia do contrato e a notificação, não sendo possível dizer que não conhece os encargos; que deve ser mantida a sentença.

Preparo efetuado à f. 76.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

Regularidade da notificação e comprovação da mora.

O parágrafo único do art. 1º da Lei 6.099/74 apresenta a definição legal de arrendamento mercantil:

> Parágrafo único. Considera-se arrendamento mercantil, para os efeitos desta Lei, o negócio jurídico realizado entre pessoa jurídica, na qualidade de arrendadora, e pessoa física ou jurídica, na qualidade de arrendatária, e que tenha por objeto o arrendamento de bens adquiridos pela arrendadora, segundo especificações da arrendatária e para uso próprio desta.

Com o arrendamento mercantil, opera-se a transferência de uso de bem do arrendador ao arrendatário, acarretando o desmembramento da posse da coisa, adquirindo o arrendador a posse indireta e o arrendatário a posse direta.

Pertinente a lição de Orlando Gomes (*Contratos*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 463):

> O concedente do *leasing* não se obriga a transferir a propriedade dos bens entregues ao tomador, como sucede na venda com o referido pacto; tal obrigação nasce do exercício, por este, da faculdade de opção que lhe é reservada no contrato. De resto, o direito que o tomador do *leasing* adquire é de uso temporário da coisa, mas de natureza obrigacional, como na locação e no empréstimo.

Verifica-se, pois, que a posse do arrendatário se funda no contrato celebrado, sendo este o título que a qualifica como justa.

Uma vez evidenciado o inadimplemento do arrendatário, e a resolução do contrato por força de cláusula resolutiva expressa, surge o dever de restituição do bem arrendado, cessando assim o título jurídico sobre o qual se apoiava a posse do arrendatário.

Surgindo o dever de restituição do bem e não realizada tal devolução por parte do arrendatário, configura-se a modificação da natureza de sua posse, que passa a ser qualificada como posse precária e, portanto, injusta (art. 1.200 do Código Civil).

Segundo leciona Humberto Theodoro Júnior (*Curso de direito processual civil*. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, v. 3, p. 116-117):

> [...] precária é a posse que se origina do abuso de confiança. Resulta, no dizer de Orlando Gomes, 'da retenção indevida de coisa que deve ser restituída': alguém recebe uma coisa por um título que o obriga a restituição, em prazo certo ou incerto, como empréstimo ou aluguel, e se recusa injustamente a fazer a devolução.

Não obstante seja a mora do arrendatário *ex re*, a jurisprudência posicionou-se no sentido de que a comprovação de tal estado deve ocorrer mediante notificação do devedor. Neste sentido, preceitua a Súmula 369 do Superior Tribunal de Justiça, cujo enunciado se reproduz: "No contrato de arrendamento mercantil (*leasing*), ainda que haja cláusula resolutiva expressa, é necessária a notificação prévia do arrendatário para constituí-lo em mora".

A despeito de ser necessária a comprovação da notificação do devedor para constituí-lo em mora, ao contrário do que ocorre na ação de busca e apreensão (Decreto-lei 911/69), inexiste forma prevista em lei para a notificação do devedor no arrendamento mercantil.

A aplicação analógica do § 2º do art. 2º do Decreto-lei nº 911/69 torna-se inviável, pois impõe formalidade para a validade da manifestação de vontade do arrendador sem a respectiva previsão para o *leasing*, o que importa em ofensa ao art. 107 do Código Civil, que estatui:

"Art. 107. A validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir".

A analogia pressupõe a ausência de norma quanto ao fato a ser objeto de regulamentação. No caso vertente, verifica-se a incidência do art. 107 do Código Civil, que estabelece o princípio da forma livre aos atos jurídicos, de modo que a determinação de uma forma especial para a declaração de vontade demanda expressa previsão em lei.

Pertinente a lição de Caio Mário da Silva Pereira (*Instituições de direito civil*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, v. 1, p. 378):

> O direito brasileiro, como a generalidade dos direitos modernos, é inspirado pelo princípio da forma livre, segundo o qual a validade da declaração de vontade só dependerá de forma determinada quando a lei expressamente o exigir. [...] A regra geral é, pois, esta: qualquer que seja a forma, a emissão de vontade, em princípio, é dotada de poder criador ou força jurígena, salvo quando a solenidade integra a substância do ato. Por exceção, prevalece então a forma especial, cuja inobservância pelo agente terá como conseqüência a ineficácia do negócio, a não ser que a lei comine sanção diferente.

Dessarte, conclui-se que a notificação extrajudicial a ser realizada pelo arrendador para constituir o arrendatário em mora prescinde de intermediação de Cartório de Títulos e Documentos ou do protesto do título, sendo limitada tal exigência apenas para a alienação fiduciária em garantia.

Nesse sentido se posiciona a jurisprudência:

> Na jurisprudência da Corte para comprovar a mora não é necessário intimação pessoal, basta que o aviso por carta seja entregue no endereço do devedor, não se exigindo que a assinatura constante do aviso seja a do próprio destinatário (STJ, REsp nº 676207, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, *DJ* de 29.08.2005).
>
> Para comprovação da mora, é suficiente a notificação por carta, com aviso de recebimento, entregue no endereço do devedor, não se exigindo que a assinatura constante do referido aviso seja a do próprio destinatário (STJ, REsp nº 450883, Rel. Min. Castro Filho, *DJ* de 19.12.2003).
>
> Para comprovação da mora, é suficiente a notificação por carta, com aviso de recebimento, entregue no endereço do devedor, não se exigindo que a assinatura constante do referido aviso seja a do próprio destinatário (TJMG, AI nº 1.0525.05.076057-4/001, Rel. Des. Márcia De Paoli Balbino, *DJ* de 19.11.2005).
>
> Em caso de *leasing*, não se exige ato apenas do tabelião, bastando a entrega da notificação da própria arrendante no endereço do devedor para a comprovação da mora e do esbulho, em cuja hipótese estará autorizada a liminar (TJMG, Apel. nº 1.0433.09.271094-9/001, Rel.ª Des.ª Márcia De Paoli Balbino, *DJ* de 09.06.2009).
>
> A comprovação da mora para fins de obtenção da liminar de reintegração de posse de veículo, objeto de arrendamento mercantil, poderá ser feita por meio de notificação, remetida ao endereço do devedor, fornecido no contrato. Assim, certificando-se dos autos haver o autor notificado o devedor, por telegrama, no seu endereço, caracteriza-se o esbulho para concessão da liminar, presentes os demais requisitos da tutela possessória (TJMG, AI nº 1.0452.08.039472-2/001, Rel. Des. Marcelo Rodrigues, *DJ* de 22.06.2009).

Dessarte, imprescindível seja demonstrada a efetiva notificação para que se comprove a mora do devedor, ensejando-lhe o dever de restituição do bem arrendado. Todavia, como salientado, a notificação não precisa ser feita pelo cartório.

No presente caso, vê-se que a notificação elaborada pelo escritório de advocacia que representa os interesses do apelante foi devidamente entregue no endereço da apelada, indicado no contrato de f. 18, conforme se observa às f. 15/17, e devidamente assinado o aviso de recebimento, por pessoa com o mesmo sobrenome da ré (f. 16 - Cláudia Galdino).

Como dito, a mora, no caso, decorre do vencimento da dívida, bastando que a notificação seja remetida ao endereço do devedor, não necessitando de entrega pessoal, consoante pacífica jurisprudência do colendo STJ. Assim, basta o envio da notificação ao endereço fornecido pelo devedor no contrato, o que de fato ocorreu na espécie.

Assim, tendo a empresa apelante cumprido o que determina a legislação vigente, e sendo dispensável a entrega da notificação pessoal ao devedor, não há qualquer motivo para alteração da sentença nesse ponto.

Quanto ao argumento de que a notificação teria sido endereçada ao próprio autor, esta não pode prevalecer, pois, como visto, a notificação foi entregue no endereço da ré.

Inépcia da inicial.

Afirma a apelante que a inicial é inepta, tendo em vista que o contrato está ilegível.

A meu sentir, é possível compreender toda a pretensão autoral, a petição inicial foi elaborada de forma inteligível, podendo-se entender o que levou o autor a propor a presente ação. Não há que se falar em ausência de indicação da causa de pedir nem de formulação de pedido indeterminado.

Destaca-se, ainda, que o contrato de f. 18/19 está perfeitamente legível, e é totalmente possível averiguar suas cláusulas e encargos.

Além disso, ressalta-se que houve o preenchimento de todos os requisitos elencados no art. 282 do CPC.

Por último, sobreleva ressaltar que esta matéria, apesar de ser de ordem pública, não foi trazida na contestação, o que indica apenas insatisfação da parte com o resultado do julgamento, e não impossibilidade de leitura do contrato.

Tenho, ainda, que o fato de ambas as partes terem requerido o julgamento antecipado da lide, sem produção de provas, em audiência, reforça a hipótese de mera insatisfação quanto ao resultado (f. 55).

Assim, não houve qualquer insurgência da apelante, apta a afastar sua mora e a procedência da reintegração de posse.

Com essas considerações, nego provimento ao apelo, mantendo a sentença nos mesmos termos em que prolatada.

Custas recursais, pela apelante.

Em síntese, para efeito de publicação (artigo 506, III, do CPC):

conheceram do recurso;

negaram provimento.

Condenaram a apelante às custas recursais.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES LUIZ ARTUR HILÁRIO e MÁRCIO IDALMO.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

...

Indenização por morte - Seguro DPVAT - Base de cálculo - Salário mínimo da época da liquidação do sinistro - Lei nº 8.441/92 - Valor pago a menor - Diferença devida - Existência de outros herdeiros - Informação sonegada - Postulação em nome próprio de direito alheio - Interesse e legitimidade - Ausência - Matéria de ordem pública - Reconhecimento - Sentença reformada em parte

Ementa: Apelação cível. Seguro DPVAT. Indenização por morte. Sinistro ocorrido em 28.07.1992. Valor pago a menor. Diferença devida aos autores. Sentença reformada em parte.

- Com o advento da Lei nº 8.441, de 13.07.1992, a indenização do seguro DPVAT passou a ser paga com base no valor do salário mínimo da época da liquidação do sinistro e, em obediência ao princípio do *tempus regit actum*, o valor do salário mínimo a ser utilizado como base de cálculo é o da liquidação parcial, ocorrida em 13.11.1992.

- Matéria de ordem pública reconhecida de ofício, quinhão reservado a outros beneficiários que não participaram da relação processual, impossibilidade dos autores de postular em nome próprio direito alheio, limitação da legitimidade e do interesse de agir, quando da propositura da ação, em razão da pretensão que fora deduzida.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0598.09.019376-7/001 - Comarca de Santa Vitória - Apelante: Mapfre Vera Cruz Seguradora S.A. - Apelados: Manoel Eronides da Costa e outros, Ana Maria dos Santos - 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 DAR PARCIAL PROVIMENTO À APELAÇÃO, REFORMANDO EM PARTE A SENTENÇA VERGASTADA.

Belo Horizonte, 13 de março de 2012. - *Corrêa Camargo* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. CORRÊA CAMARGO (Relator) - Trata-se de Apelação Cível interposta contra a r. sentença proferida pela MM. Juíza da Vara Judicial da Comarca de Santa Vitória/MG, que, nos autos da ação de cobrança de seguro DPVAT, ajuizada por Manoel Eronides da Costa e Ana Maria dos Santos, em face de Mapfre - Vera Cruz Seguradora S.A., julgou parcialmente procedente o pedido inicial, condenando a ré a pagar aos autores o valor de 40 (quarenta) salários mínimos vigentes na data do sinistro, subtraída a importância de Cr$ 15.010.435,09 (quinze milhões, dez mil quatrocentos e trinta e cinco cruzeiros e nove centavos), que já foi paga por via administrativa, corrigida monetariamente pelos índices da CGJ/MG desde a data do pagamento parcial (13.11.1992), acrescida de juros de 1% ao mês a partir da citação, além do pagamento das custas processuais e honorários advocatícios no importe de R$ 500,00 (quinhentos reais).

Insurge-se a ré, às f. 138-142, requerendo a reforma da r. sentença, aduzindo que já houve pagamento administrativo a maior da indenização e, já que cumprido o objeto da obrigação, impossível seria a realização de outro pagamento. Pugna pela compensação da sucumbência, pois que os autores ficaram vencidos em parte, com a divisão proporcional das custas processuais ou, se diverso o entendimento, a redução dos honorários de sucumbência ao patamar de 10% sobre o valor da condenação.

Contrarrazões às f. 157-158, pleiteando a manutenção da sentença vergastada e, por consequência, improvido o recurso aviado.

É o relatório.

Passa-se à decisão:

Inicialmente, cumpre registrar que o acidente automobilístico ocorreu em 28.07.1992.

Dias antes, entrara em vigor a Lei nº 8.441, de 13.07.1992, estabelecendo que a indenização do Seguro DPVAT seria paga com base no valor do salário mínimo da época da liquidação do sinistro, em cheque nominal aos beneficiários.

Em obediência ao princípio do *tempus regit actum*, a concessão da indenização securitária está atrelada aos requisitos previstos na legislação de regência vigente no momento do acidente.

Assim sendo, a liquidação ocorreu em 13.11.1992, data em que o salário mínimo era de Cr$ 522.186,94

(quinhentos e vinte e dois mil, cento e oitenta e seis cruzeiros e noventa e quatro centavos).

Destarte, por corolário, não há dúvidas de que o valor correto da indenização seria o de Cr$ 522.186,94 x 40 salários mínimos = Cr$ 20.887.477,60 (vinte milhões, oitocentos e oitenta e sete mil, quatrocentos e setenta e sete cruzeiros e sessenta centavos).

Observa-se, portanto, que os beneficiários ainda fazem jus ao recebimento do valor remanescente de Cr$ 5.877.042,51 (cinco milhões, oitocentos e setenta e sete mil e quarenta e dois cruzeiros e cinqüenta e um centavos), já que na data da liquidação receberam, pela via administrativa, a quantia de Cr$ 15.010.435,09 (quinze milhões, dez mil, quatrocentos e trinta e cinco cruzeiros e nove centavos).

Ocorre que os apelados sonegaram a informação de que Maria José dos Santos e José Muribeca da Costa seriam herdeiros do *de cujus*, sendo ambos também beneficiários do seguro.

Como os apelados não possuem respaldo legal para representar os demais irmãos, Maria e José, o crédito remanescente deve se limitar à metade, ou seja, Cr$ 2.938.521,25 (dois milhões, novecentos e trinta e oito mil, quinhentos e vinte e um cruzeiros e vinte e cinco centavos), o que corresponde a 5,62 salários mínimos vigentes à época da liquidação.

Os apelados não podem postular em nome próprio direito alheio, sob pena de se ferir matéria de ordem pública, já que não possuem interesse e legitimidade para propor ação que tenha como resultado a apropriação de quinhão que não lhes pertence.

Em se tratando de matéria de ordem pública, a ilegitimidade *ad causam* pode ser alegada a qualquer tempo, podendo inclusive ser reconhecida de ofício pelo Magistrado, consoante disposto no art. 267, § 3º, do CPC, que trata das condições da ação. Logo, há de se reconhecer de ofício que a legitimidade e o interesse dos apelados devem se limitar a seus quinhões, salvaguardando direito alheio.

Em resumo, não há dúvidas de que o seguro foi pago a menor e, por conseguinte, os apelados fazem jus a receber a diferença que lhes cabe.

No que concerne à divisão proporcional das custas processuais e à compensação dos honorários de sucumbência, já que vencidos em parte os autores da ação, razão assiste ao apelante.

Assim sendo, condeno o apelante a pagar 14,05% - e os apelados, 85,95% - das custas processuais. Contudo, suspensa a sua exigibilidade para os apelados, por serem beneficiários da assistência judiciária gratuita, nos termos do art. 12 da Lei nº 1.060/50.

Quanto aos honorários de sucumbência, condeno o apelante ao pagamento de 10% sobre o valor da condenação.

Mediante tais considerações, dou parcial provimento à apelação, reformando a r. sentença de f. 48-51, parte de ofício e parte por provocação, para que recebam os autores o valor referente à complementação de indenização securitária do DPVAT, em virtude do falecimento de seu irmão Pedro Pereira da Costa, no valor de 5,62 salários mínimos vigentes à época da liquidação parcial, ocorrida em 13.11.1992, corrigido monetariamente pelos índices da CGJ/MG a partir de tal data, acrescidos de juros de mora de 1% ao mês a contar da citação até a data do efetivo pagamento, arcando ainda a ré com as custas processuais, no importe de 14,05%, e honorários de sucumbência em 10% sobre o valor da condenação.

Custas recursais, pelo apelante.

É como voto.

DES. GUILHERME LUCIANO BAETA NUNES (Revisor) - De acordo com o Relator.

DES. ARNALDO MACIEL - De acordo com o Relator.

Súmula - DERAM PARCIAL PROVIMENTO À APELAÇÃO, REFORMANDO EM PARTE A SENTENÇA VERGASTADA.

...

Contratação de curso - Desistência informal - Inexistência de rescisão contratual - Serviços disponíveis - Cheques prescritos - Prova escrita - Ação monitória - Requisitos presentes - Inteligência do art. 1.102a do CPC - Embargos à monitória - Improcedência

Ementa: Ação monitória. Cheque prescrito. Contrato de prestação de serviços educacionais.

- A ação monitória, prevista no disposto nos arts. 1.102a e seguintes do CPC, é instrumento processual colocado à disposição do credor de quantia certa, com base em prova escrita, sem eficácia de título executivo, exatamente com vistas a abreviar o caminho para que este credor possa obter o título executivo judicial.

- É possível a discussão da *causa debendi*, em ação monitória.

- Não tendo o apelante comunicado formalmente a sua desistência do curso, solicitando, no mesmo ato, a rescisão do contrato, há que ser mantida a cobrança das mensalidades, pois o apelado manteve sua obrigação contratual de disponibilizar ao aluno as aulas.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0145.11.022514-4/001 - Comarca de Juiz de Fora - Apelante: Alessandro Alexandre dos Santos - Apelado: Plenarius Cursos Jurídicos Integrados Ltda. - 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 REJEITAR A PRELIMINAR E NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 25 de abril de 2012. - *Wagner Wilson Ferreira* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. WAGNER WILSON FERREIRA (Relator) - Recurso de apelação interposto por Alessandro Alexandre dos Santos contra sentença proferida pelo MM. Juiz da 7ª Vara Cível da Comarca de Juiz de Fora que julgou improcedentes os embargos à monitória opostos pelo apelante.

Nas suas razões recursais, defendeu o apelante que teve seu direito de defesa cerceado na medida em que o Juiz não analisou a prova testemunhal requerida.

Sustentou que se matriculou em dois cursos disponibilizados pelo apelado, mas que, em razão do falecimento da sua genitora, não teve como apresentar o trabalho final de monografia, sendo orientado a apresentar em momento posterior. Que, ao tentar fazer a entrega da monografia, foi impedido e que, por isso, desistiu de continuar fazendo o curso, mas que, por um lapso, deixou de rescindir o contrato.

Sustentou ter manifestado interesse em firmar acordo, propondo-o neste momento, e, ao final, pediu o provimento do recurso.

Nas contrarrazões, o apelado pugnou pela manutenção da sentença.

Eis o relatório.

Passo a decidir.

1. Preliminar do recurso: cerceamento de defesa.

Sem razão o apelante.

O destinatário final da prova é o juiz, a quem cabe avaliar a sua conveniência e necessidade, advindo daí a possibilidade de indeferimento das diligências inúteis ou meramente protelatórias, de acordo com o disposto no art. 130 do Código de Processo Civil.

No caso dos autos, assim como o Magistrado *a quo*, tenho que a prova oral é desnecessária. Isso porque as circunstâncias fáticas dos autos não são controversas.

O próprio apelante confessa ter-se matriculado no curso e ter deixado de participar das aulas, sem proceder à rescisão formal, em razão do falecimento da sua genitora - este último fato restou provado através de documento; f. 30.

Desnecessária a produção de outras provas, razão pela qual rejeito a preliminar de cerceamento de defesa.

DES. JOSÉ MARCOS RODRIGUES VIEIRA (Revisor) - De acordo com o Relator.

DES. FRANCISCO BATISTA DE ABREU - De acordo com o Relator.

DES. WAGNER WILSON FERREIRA (Relator) - 2. Do acordo.

Pugnou o apelante pela tentativa de formalização de acordo entre as partes para pagamento de parte da dívida executada.

No entanto, tenho que tal pretensão é descabida na via recursal ante a impossibilidade de se reunirem as partes para debate oral dos termos a serem acordados. Caberia ao apelante buscar pelo acordo extrajudicialmente e pedir ao Judiciário a sua homologação, o que pode ser feito, inclusive, em sede de execução, caso seja do interesse das partes.

3. Do mérito propriamente dito.

Também sem razão o apelante.

A ação monitória, prevista no disposto nos arts. 1.102a e seguintes do CPC, é instrumento processual colocado à disposição do credor de quantia certa, com base em prova escrita, sem eficácia de título executivo, exatamente com vistas a abreviar o caminho para que esse credor possa obter o título executivo judicial.

Trata-se de um procedimento intermediário ao procedimento ordinário e ao executivo, mas é destinado tão somente àqueles que têm prova documental da dívida, prova esta que não é hábil a instruir uma ação de execução, mas também prescinde da ação de cognição ordinária para declaração de sua existência.

Nesse sentido, vale trazer aos autos os ensinamentos dos i. juristas Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, in *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*. 7. edição, atualizada em 07.07.2003:

> A ação monitória é ação de conhecimento, condenatória, com procedimento especial de cognição sumária e de execução sem título. Sua finalidade é alcançar a formação de título executivo judicial de modo mais rápido do que na ação condenatória convencional.

A ação em comento constitui uma hipótese especial de procedimento, sendo admitido somente quando há, de fato, prova escrita da dívida evidenciando liquidez, certeza e exigibilidade.

No caso dos autos, a presente ação monitória encontra-se escorada em cheques prescritos, emitidos pelo apelante, no valor total de R$ 6.556,13 (seis mil quinhentos e cinquenta e seis reais e treze centavos).

É pacífico o entendimento, no Superior Tribunal de Justiça, de que, para o ajuizamento da ação monitória instruída com cheque prescrito, não é necessário que se demonstre a causa de sua emissão.

Entretanto, não há como deixar de reconhecer que o referido documento não tem força de título de crédito, que já perdeu a sua cambialidade, o que permite a ampla discussão acerca da *causa debendi* que lhe deu origem.

A propósito, oportuno citar os ensinamentos de Fábio Ulhoa Coelho:

> Se a obrigação que se encontrava representada pelo título de crédito tinha origem extracambial, seu devedor poderá ser demandado por ação de conhecimento (Dec. nº 2.044/08, art. 48) ou por monitória, nas quais a letra serve, apenas, como elemento probatório. Essas ações são chamadas de causais, porque discutem a causa da obrigação, e não o seu documento. O devedor cuja obrigação tenha se originado exclusivamente no título de crédito - como é, em geral, o caso do avalista -, após a prescrição da execução cambial, não poderá ser responsabilizado em nenhuma hipótese perante o seu credor, já que não há causa subjacente a fundamentar qualquer pretensão ao recebimento do crédito. Por outro lado, como a ação causal não é cambial, são admitidas quaisquer matérias de defesa por parte do demandado. (In *Curso de direito comercial*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, v. I, p. 428.)

No entanto, no caso dos autos, não logrou o apelante êxito em desconstituir os valores cobrados.

Isso porque, conforme mencionado, o apelante confessou a contratação do curso e a sua desistência informal, sem proceder à comunicação do apelado por qualquer forma.

Tem-se, portanto, que o serviço estava disponível, sendo irrelevante a intenção não manifestada do apelante de rescindir nem mesmo o fato de ele não ter mais frequentado as aulas.

Em caso análogo, já tive a oportunidade de me manifestar:

> Apelação cível. Contrato de prestação de serviços educacionais. Desistência do curso. Comunicação diversa da forma prevista no contrato. Mensalidades não quitadas. Inscrição no SPC. Indenização por danos morais. Indevida. 1 - Se o contrato de prestação de serviço educacional celebrado entre as partes prevê que o aviso acerca de eventual desistência do curso deverá ser feito de forma escrita, a inobservância desta cláusula por parte do aluno não afasta o seu dever de quitar as mensalidades até o comunicado formal, independentemente de ter ou não frequentado as aulas, já que, durante esse tempo, o serviço educacional ficou à sua disposição. 2 - Encontrando-se a autora inadimplente perante a universidade, não é abusiva a inclusão do seu nome nos cadastros restritivos de crédito, sendo indevida a indenização por danos morais pleiteada a esse título. (Número do processo: 1.0024.05.812668-1/001. Numeração única: 8126681-91.2005.8.13.0024. Relator: Des. Wagner Wilson. Data do julgamento: 1º.11.2007. Data da publicação: 13.11.2007.)

Outro não é o entendimento deste Tribunal:

> Ação de cobrança. Estabelecimento de ensino superior. Aluno que desistiu do curso. Ausência de comunicação por escrito à faculdade. Mensalidades devidas. Não frequência às aulas. Irrelevância. Procedência mantida. - Não se revela abusiva a exigência da autora de somente considerar cancelado o contrato após o recebimento de comunicação escrita, visto que tal cláusula restou redigida de forma clara e destacada, revelando-se perfeitamente inteligível. Da mesma forma, a infrequência do réu às aulas não afasta seu dever de arcar com as mensalidades. É que a obrigação da autora se limita a ministrar as aulas, a tempo e modo, colocando-as à disposição dos alunos, não podendo, por óbvio, obrigá-los a comparecer às mesmas. Restando provado que o requerido contratou os serviços da autora, que foram colocados à sua disposição, desistindo posteriormente do curso, sem, contudo, comunicá-la, são devidas as mensalidades cobradas, relativas ao semestre avençado. (Numeração única: 9756732-82.2006.8.13.0024. Número do processo: 1.0024.06.975673-2/001. Relator: Des. Eduardo Mariné da Cunha. Data do julgamento: 13.09.2007. Data da publicação: 09.10.2007.)

> Apelação cível. Ação ordinária. Declaração de inexistência de débito. Contrato de prestação de serviços educacionais. Ausência de comprovação de desistência do curso. Serviço à disposição do aluno. - A obrigação do educandário, constante do contrato de prestação de serviços educacionais, é de colocar o serviço à disposição do aluno matriculado, diligência suficiente à exigibilidade da contraprestação remuneratória, tendo em vista a ausência de comprovação de desistência do curso e independentemente da frequência do educando às aulas. (Numeração única: 2554798-35.2005.8.13.0702. Número do processo: 1.0702.05.255479-8/001. Relator: Des. José Flávio de Almeida. Data do julgamento: 31.10.2007. Data da publicação: 10.11.2007.)

Dessa feita, outra solução jurídica não resta senão a de manter a improcedência dos embargos à monitória.

Com essas considerações, nego provimento ao recurso.

DES. JOSÉ MARCOS RODRIGUES VIEIRA (Revisor) - De acordo com o Relator.

DES. FRANCISCO BATISTA DE ABREU - De acordo com o Relator.

SÚMULA - REJEITAR A PRELIMINAR E NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Indenização - Acidente de trânsito - *Airbag* - Não acionamento - Danos morais - Valor - Majoração - Lucros cessantes - Ausência de prova - Pagamento - Não cabimento

Ementa: Ação de indenização. Acidente de trânsito. *Airbags*. Não acionamento. Danos morais. Valor. Majoração. Danos materiais. Prova. Ausência.

- Ao optar por determinado item de segurança, como é o caso do *airbag*, o consumidor conta com a possibilidade de usufruir dos seus benefícios caso seja necessário. Logo, ausente a prova de que o não acionamento do item de segurança se deu dentro da normalidade, a frustração experimentada pela parte certamente gera efeitos na sua esfera moral, pois, sentindo-se ludibriado pela fabricante, passa a sofrer com a eterna insegurança sobre o efetivo

funcionamento do aludido equipamento, seja no veículo acidentado, seja em outro.

- 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.

- A indenização por lucros cessantes exige comprovação, não podendo o magistrado condenar a parte a pagá-los baseando-se somente em suposições.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0145.11.028479-4/001 - Comarca de Juiz de Fora - Apelante: Antonio Carlos Mancini de Paiva - Apelante adesiva: Venko Motors do Brasil Importação e Exportação de Veículos Ltda. - Apelados: Antonio Carlos Mancini de Paiva, Venko Motors do Brasil Importação e Exportação de Veículos Ltda. - Relatora: DES.ª CLÁUDIA MAIA

Acórdão

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

Belo Horizonte, 17 de maio de 2012. - *Cláudia Maia* - Relatora.

Notas taquigráficas

DES. CLÁUDIA MAIA - Trata-se de recurso de apelação interposto por Antônio Carlos Mancini de Paiva contra a sentença de f. 116/118, proferida pelo Juiz de Direito Paulo Machado Tristão Júnior, investido na 8ª Vara Cível da Comarca de Juiz de Fora, por meio da qual julgou parcialmente procedentes os pedidos da ação de indenização ajuizada contra Venko Motors do Brasil Ltda. - Cherry Brasil, condenando a ré ao pagamento de indenização por danos morais arbitrada em R$ 2.500,00.

Nas razões recursais de f. 120/129, alega o autor que o valor da indenização arbitrado na sentença é um verdadeiro estímulo à atitude da ré se comparado com os danos experimentados pelo autor, devendo ser majorado. Salienta que, devido à falha no equipamento de *airbag* do veículo, restou afastado das suas atividades profissionais por 15 dias, deixando de auferir a quantia de R$ 3.000,00 a título de renda, batendo-se ainda contra a determinação da compensação dos honorários advocatícios.

Igualmente inconformada, a ré apelou adesivamente às f. 139/146, alegando que não cabe indenização por danos morais, pois os danos experimentados pelo autor não podem ser atribuídos à fabricante do automóvel. Salienta que as provas afastam a falha apontada pelo autor, pois o sistema somente é acionado na hipótese de colisão frontal severa, o que não ocorreu no caso dos autos.

Contrarrazões recursais às f. 131/138 e 149/155.

É o relatório.

Presentes os pressupostos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade, conheço dos recursos.

Considero de proveito a análise concomitante de ambas as apelações.

Cuida-se de ação de indenização ajuizada por Antônio Carlos Mancini de Paiva contra Venko Motors do Brasil Ltda. - Cherry Brasil, ao argumento de que em 20.11.2010 sofreu um acidente automobilístico conduzindo um veículo fabricado pela demandada, colidindo frontalmente com uma árvore.

Informa que, embora a velocidade no momento do sinistro fosse superior a 20 km por hora, e apesar da extensão das avarias do veículo, o sistema de *airbag* não foi acionado no momento da colisão, permitindo que o autor viesse a sofrer lesões e dores intensas que ensejaram o seu afastamento das suas atividades laborativas, pelo período de 15 dias.

A ré contestou o pleito da inicial, alegando que, até atingir a árvore do canteiro central da via pública, o veículo do autor teve que vencer a guia e parte da raiz da árvore, o que favoreceu a diminuição da sua velocidade no momento da colisão. Afirma que o sistema de *airbag* do veículo atuou corretamente, uma vez que este somente é ativado em caso de colisão frontal severa contra objetos imóveis e indeformáveis, não sendo o caso dos autos, pois o veículo do autor somente se chocou contra a árvore em sua lateral esquerda.

Pois bem. Em se tratando de responsabilidade civil, há que se verificar, em primeiro lugar, a presença dos requisitos necessários a ensejar o dever de indenizar.

O art. 186 do Código Civil vigente preceitua que: "aquele que por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito".

No caso dos autos, verifica-se que o autor apresentou o laudo pericial extrajudicial de f. 27/39, cujas fotos revelam a severidade do acidente noticiado nos autos.

Segundo o assistente técnico contratado pelo autor, o automóvel analisado apresentava amassamento no capô, no para-lamas, no para-choque, na grade dianteira, no setor de direção, no eixo dianteiro, no radiador, no sistema de ignição, no teto do lado esquerdo, na lanterna do lado esquerdo, na porta lateral esquerda, bem como o para-brisa quebrado e pneus dianteiros furados. O aludido laudo concluiu que o não funcionamento dos *airbargs* frontais do veículo do autor se deu

em decorrência de algum defeito na bolsa, no setor ou no sistema de inflação.

Em se tratando de questão probatória eminentemente técnica, cujo conhecimento foge do campo de conhecimento do julgador, cabia à ré, por ser a parte mais forte na relação travada com o autor e por se tratar de alegação impeditiva do direito invocado nos autos, providenciar a prova pericial capaz de derruir as alegações da inicial, comprovando que não houve qualquer falha no sistema de *airbag* do veículo.

Entretanto, como bem observou o Magistrado *a quo*, na oportunidade de requerer a realização da perícia, a ré não se manifestou, tornando preclusa tal modalidade de prova. Não se olvida ainda que, em se tratando de nítida relação de consumo, a responsabilidade da fabricante é objetiva, somente podendo ser afastada em hipóteses restritas, não aferidas no caso dos autos.

Por outro lado, é certo que, ao optar por determinado item de segurança, como é o caso do *airbag*, o consumidor conta com a possibilidade de usufruir dos seus benefícios caso seja necessário. Logo, ausente a prova de que o não acionamento do item de segurança se deu dentro da normalidade, a frustração experimentada pela parte certamente gera efeitos na sua esfera moral, pois, sentindo-se ludibriado pela fabricante, passa a sofrer com a eterna insegurança sobre o efetivo funcionamento do aludido equipamento, seja no veículo acidentado, seja em outro.

Em relação ao valor fixado na sentença a título de indenização por danos morais, é imprescindível que se realize o arbitramento do dano moral 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.

A propósito, Maria Helena Diniz ensina que:

> [...] o juiz determina, por eqüidade, levando em conta as circunstâncias de cada caso, o *quantum* da indenização devida, que deverá corresponder à lesão e não ser equivalente, por ser impossível tal equivalência. A reparação pecuniária do dano moral é um misto de pena e satisfação compensatória. Não se pode negar sua função: penal, constituindo uma sanção imposta ao ofensor; e compensatória, sendo uma satisfação que atenue a ofensa causada, proporcionando uma vantagem ao ofendido, que poderá, com a soma de dinheiro recebida, procurar atender a necessidades materiais ou ideais que repute convenientes, diminuindo, assim, seu sofrimento (A responsabilidade civil por dano moral, *Revista Literária de Direito*, ano II, nº 9, p. 9, jan./fev. 1996).

Dadas as particularidades do caso em comento, dos fatos assentados pelas partes, bem como observados os princípios de moderação e da razoabilidade, entendo que o valor a título de danos morais deve ser majorado para R$ 10.000,00, importância que se mostra mais razoável e de acordo com as circunstâncias do caso.

No tocante aos danos materiais, vejo que a sentença não merece qualquer retoque, pois não há nos autos prova fidedigna de que o autor se ausentou do trabalho pelo período alegado, tampouco que percebia a renda diária de R$ 200,00.

Como se sabe, a indenização por lucros cessantes exige comprovação, não podendo o magistrado condenar a parte a pagá-los baseando-se somente em suposições.

Nesse sentido, proferiu este egrégio TJMG:

> Apelação cível. Ação de indenização por lucros cessantes. Pedido de justiça gratuita após sentença. Falta de demonstração da mudança da situação financeira, indeferida. Lucros cessantes. Ônus da prova. Art. 333, I, do CPC. Ausência de prova nos autos. Sentença mantida. - Não demonstrado pelos apelantes a mudança de situação financeira, deve-lhes ser negado o benefício da justiça gratuita. - Tratando-se de lucros cessantes, a condenação não pode sustentar-se em meras presunções, e, diante da ausência de prova robusta a respeito do tempo de imobilização e dos ganhos líquidos deixados de auferir, mantém-se a r. sentença (Apelação Cível nº 1.0433.98.008815-0/001 - Rel.ª Des.ª Hilda Teixeira da Costa - Data do julgamento: 05.08.2008).

Por fim, a compensação de honorários estabelecida na sentença deverá ser mantida, por possuir expressa previsão no verbete da Súmula nº 306 do STJ.

Diante do exposto, dou parcial provimento à apelação principal para majorar a indenização por danos morais para o valor de R$ 10.000,00, corrigido pela tabela da CGJ a partir desta decisão, e acrescido de juros de mora de 1% ao mês a contar da citação. Nego provimento à apelação adesiva.

Custas recursais na apelação principal, na proporção de 50% para cada parte, suspensa a sua exigibilidade em relação ao apelante, nos termos da Lei nº 1.060/1950. Custas na apelação adesiva, pela apelante.

DES. ALBERTO HENRIQUE - De acordo com a Relatora.

DES. LUIZ CARLOS GOMES DA MATA - De acordo com a Relatora.

Súmula - DERAM PARCIAL PROVIMENTO À APELAÇÃO PRINCIPAL E NEGARAM PROVIMENTO À APELAÇÃO ADESIVA.

...

Penhora - Desconstituição - Inexistência de prova da apontada irregularidade processual - Intervenção no feito em que não é parte - Impossibilidade

Ementa: Agravo de instrumento. Desconstituição de penhora. Inexistência de prova da apontada irregularidade

processual. Intervenção no feito em que não é parte. Impossibilidade.

- Ausente a prova de que a determinação de constrição emanou do Juízo, impossível a ordem de desconstituição da penhora.

- Aquele que não é parte no processo não pode nele intervir, devendo buscar seu direito na via própria.

Recurso não provido.

AGRAVO DE INSTRUMENTO CÍVEL Nº 1.0024. 88.519606-3/001 - Comarca de Belo Horizonte - Agravante: Paulo Evandro Barbosa - Agravados: Alberto Jamim, Raimundo Vieira dos Santos - 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 NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 27 de junho de 2012. - *Saldanha da Fonseca* - Relator.

DES. SALDANHA DA FONSECA - Constituem os autos agravo de instrumento interposto contra decisão de f. 161-TJ, que, nos autos da ação renovatória de locação comercial, movida por Alberto Jamim contra Raimundo Vieira dos Santos, indeferiu o pleito de "expedição de Ofício ao Cartório de Registro de Imóveis de Nova Lima solicitando a desconstituição da penhora do imóvel constituído pelo sítio 02, da quadra "C", da divisão em glebas das terras denominadas 'Varginha do Neto' e retiro do 'Rodeador'".

Paulo Evandro Barbosa, agravante, busca a modificação da decisão, ao argumento em síntese de que é legítimo proprietário do imóvel inscrito na matrícula 9.373, no Cartório de Registro de Imóveis de Nova Lima; que, após o encerramento do inventário de seu pai, levou o formal de partilha a registro, ocasião em que tomou ciência do gravame do bem; diz que este foi originado na presente ação de renovação de locação; que o lote de que trata a ação é o de nº 6 da quadra C do loteamento Lagoa do Miguelão, enquanto o do peticionário é o lote de nº 2, da quadra C; que não há nos autos qualquer ordem de penhora do mencionado lote; que o Juízo de Nova Lima forneceu apenas uma cópia da carta precatória expedida no dia 15 de abril de 1998, sendo a penhora irregular, pois incidiu em um bem que não era objeto do presente feito, bem como não era de propriedade de nenhuma das partes; que o processo foi arquivado em 1989, e apenas em 1998 consta uma carta precatória solicitando a penhora de bens, e ainda com o nome diverso daquele constante na inicial; que o autor era Alberto Jamim e na carta precatória constou Alberto Barbosa Rezende; que a ordem partiu de um processo que não tem conhecimento, bem como também não é parte; que está sofrendo prejuízo, não sendo também culpa do cartório. Pugna pelo provimento do agravo (02/06-TJ).

O MM. Juiz de Direito prestou as informações de f. 175-TJ.

Apesar de intimado, o agravado não trouxe aos autos contrarrazões (f. 179-TJ).

Conheço do recurso porque presentes os pressupostos para sua admissibilidade.

De início convém anotar que o agravante peticionou nos autos da ação renovatória de locação comercial, pleiteando a desconstituição da penhora do imóvel penhorado judicialmente, que integrava o seu patrimônio, mas decisão interlocutória indeferiu o pedido.

Não obstante, pretende o agravante, através do presente recurso, o cancelamento da penhora correspondente à averbação R-6, 9.373, que recai sobre o imóvel, no Cartório de Registro de Imóveis.

Tenho que andou bem o Magistrado singular ao indeferir referido pedido de exclusão do gravame.

É que, compulsando os autos em referência, verificou a MM. Juíza *a quo*, diante da existência apenas de cópia de uma carta precatória com fins de penhora do referido imóvel, a insuficiência da prova de que a determinação de constrição emanou daquela 22ª Vara Cível. Isso porque o original da carta não constava dos autos, além de ser datada de 15.04.1998, em razão de um suposto despacho proferido em 27.03.1998, que também não está nos autos. Tudo isso aliado ao fato de figurar como autor Alberto Barbosa Rezende, quando a ação renovatória fora proposta pelo espólio de Alberto Jamim, figurando como réu Raimundo Vieira dos Santos.

Anoto, ainda, que o agravante também não é parte na presente ação, não tendo, portanto, legitimidade para formalizar tal pedido neste feito. Se algum direito lhe assiste, deve ele postulá-lo na via própria.

Com tais razões, nego provimento ao agravo, para manter a r. decisão combatida, por seus próprios e bem-lançados fundamentos.

Custas recursais, pelo agravante.

DES. DOMINGOS COELHO - De acordo com o Relator.

DES. JOSÉ FLÁVIO DE ALMEIDA - De acordo com o Relator.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

...

Curso superior - Aprovação e colação de grau - Posterior cassação da nota do trabalho de conclusão de curso - Ilegalidade - Alegação de plágio - Vícios - Prazo suficiente para análise antes da defesa da tese perante a banca examinadora - Danos morais - Configuração - Indenização devida

Ementa: Indenização. Aprovação em curso superior. Cassação da nota de aprovação no TCC. Ilegalidade. Ilícito indenizável. Danos materiais e morais. Valor. Fixação.

- A instituição de ensino superior que aprova o aluno em trabalho de conclusão do curso sem ressalvas e após colação de grau comunica a cassação da nota comete ilícito indenizável.

- A ausência de diploma no curso de Direito não impede a frequência a curso preparatório de exame da Ordem.

- O dano moral decorre da tristeza, decepção e outros sentimentos resultantes da indevida cassação da nota de aprovação em curso superior e do não recebimento do diploma junto com a turma de formandos.

- Ao arbitrar a indenização, o julgador deve levar em conta o grau de constrangimento e as consequências advindas para a vítima, bem como o caráter preventivo para coibir novas ocorrências, evitando possibilitar lucro fácil ou reduzir a reparação a valor irrisório.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.10.092139-4/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Maria de Fátima Marques da Silva - Apelada: Faculdade Metropolitana de Belo Horizonte - Fame-BH - 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, na conformidade da ata dos julgamentos, à unanimidade, EM DAR PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 22 de maio de 2012. - *Guilherme Luciano Baeta Nunes* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. GUILHERME LUCIANO BAETA NUNES (Relator) - Maria de Fátima Marques Silva, ora apelante, ajuizou ação ordinária c/c indenizatória, em face da Faculdade Metropolitana de Belo Horizonte, ora apelada.

Na inicial, a autora requereu a revogação do ato de cassação de sua aprovação em curso de Direito ministrado pela ré, mais indenização por danos materiais e morais decorrentes da impugnada cassação.

Após contestação e prova oral, veio para os autos a sentença de f. 226-229, julgando improcedentes os pedidos iniciais.

Recurso de apelação da autora às f. 233/251, pretendendo a total reforma da decisão.

Contrarrazões às f. 241-251.

Recurso próprio, tempestivo e isento de preparo. Dele conheço.

Incontroverso nos autos que a autora-apelante, após apresentação de monografia e de se submeter a exame oral perante a banca examinadora, foi considerada graduada no curso de Direito ministrado pela requerida-apelada.

Após colação de grau, a apelante foi comunicada de que sua diplomação tinha sido cassada em virtude de plágio no trabalho de monografia que apresentou.

Não se discute, nestes autos, a existência de eventual plágio na elaboração do trabalho. O que interessa saber é se, após a apresentação do trabalho, sua aprovação e colação de grau, poderia a apelada cassar a decisão sob a alegação de falha no trabalho monográfico.

Sabido é que o trabalho de conclusão de curso tem que ser entregue com antecedência, exatamente para que seja analisado antes do exame oral pela banca.

Do depoimento do preposto da apelada consta expressamente:

> [...] o prazo de entrega do TCC é marcado com antecedência maior em relação à data de sua defesa perante a banca, justamente para que eventuais ocorrências de plágio sejam detectadas; [...] (f. 220).

Se o trabalho foi examinado, submetido a avaliação e aprovado por ocasião do exame oral, não poderia a apelada, após colação de grau, cassar a aprovação.

A ré-apelada diz que a possibilidade de cassação da diplomação foi consignada em ata. Porém, do documento de f. 144 não consta a ressalva. Mas, ainda que constasse, não está assinado pela apelante.

Também a testemunha Fábio Gabriel de Oliveira, advogado e professor da instituição ré, testemunhou:

> [...] se recorda que o professor Nuno apresentou questionamentos cujas respostas a autora desconhecia; que acredita que ressalva alguma foi lançada na ata; que o professor Nuno fez ressalvas explícitas junto aos demais componentes da banca, não sabendo se as apresentou diretamente à autora; [...] (f. 225).

Ora, se o professor arguiu a aluna oralmente, fez ressalva junto aos colegas, e mesmo assim a banca aprovou o trabalho, não pode depois cassar a aprovação sob a alegação de que houve plágio.

Ilegal, portanto, o ato impugnado e, por consequência, cabível o deferimento do pedido de expedição do diploma e de indenização pelos danos materiais e morais causados à apelante.

Quanto aos danos materiais, a única prova de sua ocorrência está no documento de f. 90, ou seja, um contrato de prestação de serviços educacionais preparatórios para o exame da OAB, no valor de R$ 1.505,00.

Acontece que o exame da Ordem pode ser feito pelo aluno que se encontra no último ano do curso de Direito, sem a necessidade de apresentar o diploma, pelo que a apelante não precisaria cancelar o curso preparatório.

Assim, *data venia*, não houve prejuízo material por tal motivo.

Também não há que se falar em danos futuros, porque não especificados na inicial.

Por outro lado, indiscutível que a apelante sofreu não só dano moral, como, também, e ainda mais significativo, dano psicológico, que merece ser indenizado.

Os referidos danos são resultantes da humilhação, da angústia, da tristeza, da decepção e de outros sentimentos resultantes da indevida cassação da nota que a aprovou no curso de direito e do não recebimento do diploma junto com a turma de formandos.

Para a fixação do valor da indenização, há que se levar em conta a dupla finalidade da reparação, buscando um efeito repressivo e pedagógico ao agente, bem como propiciando à vítima uma satisfação, sem que isso represente fator de enriquecimento.

Rui Stoco, em sua obra *Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial*, 3. ed., Ed. Revista dos Tribunais, 1997, p. 497, sustenta: "[...] o eventual dano moral que ainda se possa interferir, isolada ou cumulativamente, há de merecer arbitramento tarifado, atribuindo-se valor fixo e único para compensar a ofensa moral perpetrada".

Daí caber ao Juiz a tarefa de arbitrar o valor da reparação, sem que possibilite lucro fácil para a autora, nem se reduza a reparação a valor ínfimo ou simbólico.

A doutrina e a jurisprudência têm procurado estabelecer parâmetros para o arbitramento do valor da indenização, traduzidos, v.g., nas circunstâncias do fato, bem como nas condições do lesante e do ofendido, devendo a condenação corresponder a uma sanção ao autor do fato, para que não volte a cometê-lo. Também há de se levar em consideração que o valor da indenização não deve ser excessivo a ponto de constituir fonte de enriquecimento do ofendido, nem apresentar-se irrisório.

No caso, entendo que os parâmetros para a fixação do dano moral estarão bem observados com a condenação da apelada ao pagamento à apelante de uma indenização no valor R$ 10.000,00 (dez mil reais).

Posto isso, dou parcial provimento ao recurso, para reformar a sentença e julgar procedentes, em parte, os pedidos contidos na inicial, fixando o prazo de 10 (dez) dias para expedição do diploma e para condenar a apelada no pagamento de indenização por danos morais, no valor de R$ 10.000,00, devendo incidir juros e correção a partir da publicação do acórdão.

Em virtude da sucumbência recíproca, condeno as partes no pagamento das custas processuais, inclusive recursais, e honorários advocatícios de 15% do valor da condenação, tudo na proporção de 70% para a requerida e 30% para a autora, suspensa a exigência para esta, nos termos do art. 12 da Lei 1.060/50.

DES. MOTA E SILVA (Revisor) - Ao exame dos autos, o que o fiz com a devida atenção, não posso deixar de passar em branco a observação seguinte: Em todo trabalho de tese do estudante - no caso dos autos, chamado "Trabalho de Conclusão de Curso" -, o estudante tem um professor orientador indicado pelo Coordenador do chamado TCC.

Pois bem. À autora Maria de Fátima Marques da Silva foi indicado um professor orientador, o qual tem como função básica orientar a aluna na maneira como deve redigir a tese. Em outras palavras, deve lê-la com a devida atenção, uma vez que, orientador que é, deve observar não só os erros da língua portuguesa, como também se existem omissões, tais quais as apontadas posteriormente, mas que devem ser apontadas com a devida antecedência, com vista a que a aluna possa corrigir as omissões.

Ora, pelo que se depreende dos autos, o professor orientador da autora falhou em sua missão, ao não corrigir o trabalho da autora com a antecedência devida e lhe sugerir as alterações necessárias.

Assim, se erro houve, esse não pode ser apontado como de exclusiva responsabilidade da autora. É dizer, em verdade o maior responsável é o professor orientador, que ganha para que a tese da autora seja 100% (cem por cento) aprovada.

Diante disso, a apelada Faculdade Metropolitana de Belo Horizonte não pode, depois de ter sido a aluna aprovada pela banca examinadora e examinado sua tese com atribuição de nota 7,5, isso, em razão do contido no número 20 do "Regulamento do Trabalho de Conclusão de Curso TCC", afirmar que "As decisões da Banca Examinadora são irrecorríveis" (f. 41).

Diante disso, resta claro que, se as decisões da Banca Examinadora são irrecorríveis, não podem elas, posteriormente, sofrer alteração, inclusive pela própria Banca Examinadora.

A interpretação acima está consentânea com os textos de números 6, 7,8, 9.1 (f. 38), 12, IV, 13, 14, 17 (f. 40) e 41.

Diante disso é que, não obstante as omissões apontadas às f. 24/26, não vejo como negar à autora o direito de receber o seu Diploma, por erro de seu professor orientador em bem orientá-la.

Assim, estou votando de acordo com o Relator.

É como voto.

DES. ARNALDO MACIEL - De acordo com o Relator.

Súmula - DERAM PARCIAL PROVIMENTO.

...

IPTU - Não recolhimento - Venda do imóvel - Execução fiscal - Alteração de titularidade da CDA - Inadmissibilidade - Extinção da execução - Consonância com a Súmula nº 392 do STJ

Ementa: Apelação cível. Execução fiscal. IPTU. Alienação do imóvel. Alteração do polo passivo. Inclusão do adquirente. Impossibilidade. Súmula nº 392 do STJ. Sentença mantida.

- 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, sendo-lhe vedada a modificação do sujeito passivo da execução.

- A inclusão do atual proprietário do imóvel no polo passivo da execução fiscal, inevitavelmente acarreta a substituição da CDA, com alteração da parte executada, o que viola a Súmula nº 392 do STJ.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.04.467403-4/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Fazenda Pública do Município de Belo Horizonte - Apelado: André de Loreto Melo - Relator: DES. PEIXOTO HENRIQUES

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 7ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sob a Presidência do Desembargador Belizário de Lacerda, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 26 de junho de 2012. - *Peixoto Henriques* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. PEIXOTO HENRIQUES - Consoante se depreende de relatório lançado nos autos, cuida-se aqui de apelação (f. 83/88) interposta pela Fazenda Pública de Belo Horizonte em face da sentença (f. 80/81), que, prolatada nos autos da execução fiscal que move em desfavor de André de Loreto Melo, julgou extinta a execução, nos termos do art. 618, I, do CPC, condenando-a ao pagamento das custas processuais e de honorários advocatícios no importe de R$ 500,00.

Aduz a apelante, em síntese: que a Súmula nº 392 do STJ veda a substituição da CDA; que não houve requerimento de substituição da CDA; que requereu a substituição do polo passivo, mantendo-se a CDA primária; que as características relativas do lançamento permanecem inalteradas, modificando-se o polo passivo em virtude da transferência da responsabilidade quanto ao pagamento do tributo, no caso de sucessão descrito pelos arts. 129/133 do CTN; que a obrigação é transferida a terceiro, o qual passa a ser o legitimado para figurar no polo passivo; que, no caso de bens imóveis cujos tributos têm natureza reipersecutória, a alienação torna o adquirente responsável pelos tributos anteriores ao negócio; que a transferência da propriedade não torna nulos os lançamentos titularizados pelo alienante; que o crédito constituído continua válido, a responsabilidade pelo adimplemento é transferida em observância ao art. 130 do CTN; que, em virtude da natureza do tributo, a obrigação de pagar acompanha a titularidade, sendo necessário o redirecionamento da execução fiscal para atingir o patrimônio daquele que se tornou proprietário; que a vedação insculpida na Súmula nº 392 do STJ não se aplica aos casos de sucessão tributária, em que não há substituição do título executivo, mas alteração do polo passivo; que a sucessão é aplicável aos créditos já constituídos, nos termos do art. 129 do CTN; e, por fim, que a impossibilidade de substituição é prêmio ao inadimplente.

Requer o provimento do recurso, para reformar a sentença e determinar o regular prosseguimento da execução, substituindo o polo passivo para constar como executadas as adquirentes do imóvel.

Dispensável o preparo (art. 511, § 1º, CPC).

Contrarrazões ofertadas (f. 107/108).

Sem a oitiva da d. PGJ/MG (Súmula nº 189 do STJ).

Fiel ao breve, dou por relatado.

Não obstante ser o apelo admissível, reputo-o improcedente.

Cuidam os autos de execução fiscal ajuizada pela Fazenda Pública de Belo Horizonte em face de André de Loreto Melo, na qual a autora sustentou ser credora do réu em face do não recolhimento de IPTU no exercício de 2001, no montante de R$ 3.536,16, valor atualizado até novembro de 2004.

Tem-se no caso em apreço que a decisão proferida no Juízo singular se encontra em perfeita consonância com o entendimento sumulado pelo Superior Tribunal de Justiça (Súmula nº 392/STJ), firmado no sentido de se admitir apenas emenda ou substituição da certidão da dívida ativa quando se constate a existência de erro material ou formal; não sendo possível, portanto, a alteração do sujeito passivo da obrigação tributária.

Ora, intenta a apelante se desvencilhar equivocadamente da aplicação da referida súmula, uma vez que, ao pretender que seja feita a inclusão das atuais proprietárias enquanto devedoras do tributo, haverá inevitavelmente necessidade de alteração e substituição da CDA no que tange ao sujeito passivo, o que inaceitável.

Nesse sentido, assim já decidiu o Tribunal da Cidadania:

> Processual civil e tributário. Agravo regimental. IPTU. Substituição de CDA. Não ocorrência de erro formal ou material. Modificação do próprio sujeito passivo. Impossibilidade. Precedentes. 1. Agravo regimental contra decisão que negou provimento a agravo de instrumento. 2. O acórdão *a quo* extinguiu execução fiscal, com base no art. 267, VI, do

CPC, ao entendimento de que a emenda ou substituição de certidão de dívida ativa 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. 3. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça entende que é possível a substituição da CDA, em face da ocorrência de erro material ou formal, antes da prolação da sentença. 4. No entanto, *in casu*, não se trata de mero erro material, mas de pedido de alteração do sujeito passivo da obrigação tributária após o exequente reconhecer a ilegitimidade passiva acionada para figurar na lide. 5. Impossibilidade de substituição de título executivo quando não se tratar de mera correção de erro material ou formal e, sim, de modificação do próprio sujeito passivo, o que não possui tutela na Lei nº 6.830/80 e no CTN. 6. Agravo regimental não provido (AgRg no Ag nº 732402/BA - 1ª T/STJ - Rel. Min. José Delgado - *DJ* de 28.04.2006).

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 a 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 nº 1076065/BA - 2ª T/STJ - Rel.ª Min.ª Eliana Calmon - *DJ* de 09.12.2008).

Não é outro o pensamento deste Tribunal; confira-se:

Apelação cível. Execução fiscal. Ilegitimidade passiva. IPTU. Alienação do imóvel. Sujeição passiva do proprietário. Vício da CDA. Impossibilidade de emenda ou substituição. Extinção da execução. - Ressalvadas as exceções contempladas no art. 568 do CPC, é parte legítima para figurar no polo passivo da ação de execução aquele que consta no título executivo como sendo devedor. - Constatado que a pessoa indicada como contribuinte na certidão de dívida ativa não responde pelo débito tributário, por não ser mais proprietária do imóvel, deve ser extinta a execução. - Descabe nessa hipótese a substituição processual pelo atual proprietário do imóvel, pois esse não foi indicado na certidão de dívida ativa, sendo impossível o saneamento do vício, necessária a instauração de procedimento administrativo para a constituição do crédito tributário, com as correções necessárias, e extração de nova certidão. - Recurso não provido (AC nº 1.0024.01.074736-8/001 - 7ª CCív/TJMG - Rel.ª Des.ª Heloísa Combat - *DJ* de 06.02.2007).

Dessarte, considerando a imprescindibilidade de que a parte executada figure como devedora no título executivo que serve de lastro à execução fiscal (a CDA), e, consoante a vedação presente na Súmula nº 392 do STJ, incensurável a decisão do Juízo *a quo*, impondo-se a manutenção da sentença.

Mediante tais considerações, nego provimento à apelação, mantendo a sentença *in totum*.

Sem custas recursais (Lei nº 14.939/03).

É como voto.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES OLIVEIRA FIRMO e WASHINGTON FERREIRA.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

...

Ação de cobrança - Contrato de seguro de veículo - Acidente de trânsito - Embriaguez - Agravamento do risco - Exclusão de cobertura

Ementa: Apelação cível. Ação de cobrança. Seguro. Embriaguez. Agravamento do risco. Exclusão de cobertura. Sentença mantida.

- Goza de presunção de veracidade a afirmação feita pela autoridade policial no boletim de ocorrência, no sentido de que o envolvido em acidente apresenta sintomas de embriaguez.

- A recusa de fornecimento de material para o exame de sangue reforça a presunção de que o envolvido no acidente estava conduzindo veículo sob os efeitos da ingestão de bebida alcoólica.

- Comprovado o estado de embriaguez do condutor do veículo segurado quando do acidente, fica caracterizado o agravamento do risco, que decorre do dolo eventual de quem se dispõe a conduzir um veículo, mesmo estando legalmente impedido de fazê-lo (art. 276 do CTB).

- Fica excluída a responsabilidade da seguradora, quando comprovado que o agravamento do dano (art. 768 do CCB), além de provocado pelo próprio segurado, foi causa determinante do sinistro.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.08.997404-2/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Ética Informática e Engenharia Ltda. - Apelada: AGF Brasil Seguros S.A. - Relator: DES. FRANCISCO KUPIDLOWSKI

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 13ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, à unanimidade, EM NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 26 de abril de 2012. - *Francisco Kupidlowski* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. FRANCISCO KUPIDLOWSKI - Pressupostos presentes. Conheço do recurso.

Contra sentença que, na Comarca de Belo Horizonte - 26ª Vara Cível -, julgou improcedente o pedido de cobrança de indenização de sinistro coberto por contrato de seguro, por entender que o condutor do veículo sinistrado estava sob influência de bebida alcoólica, surge o presente apelo interposto pela autora - Ética Informática e Engenharia Ltda. -, alegando que os diversos elementos de prova constantes dos autos autorizam conclusão diversa daquela que foi adotada na sentença.

Ressalta que o exame de corpo de delito (f. 29) concluiu pela inexistência dos sintomas de embriaguez declarados pela autoridade policial responsável pela lavratura do boletim de ocorrência; afirma não ter contribuído para o atraso na realização do exame e que a recusa de fornecimento de material sanguíneo foi por orientação de advogado.

Destaca trechos dos depoimentos testemunhais que dão conta da inexistência de cheiro de bebida alcoólica e dúvida sobre o que havia provocado o estado de desorientação apresentado pelo condutor do veículo.

Defende a tese de que as apólices de seguro sujeitam-se às regras do Código de Defesa do Consumidor, o que impõe a observância do princípio da boa-fé objetiva; alega que entregou as chaves a condutor sóbrio e devidamente habilitado, não tendo contribuído de forma direta com o agravamento de risco apontado como causa da negativa de pagamento da indenização, pelo que espera o provimento do recurso.

A indenização foi negada, com apoio na seguinte disposição do contrato de seguro, *verbis*:

> 5. Perdas de Direitos
> Além dos casos previstos em lei, a Seguradora ficará isenta de qualquer obrigação decorrente deste contrato se:
> [...]
> d) quando o veículo estiver sendo dirigido por pessoa que não possua habilitação legal apropriada para conduzi-lo ou quando o exame médico estiver vencido ou não puder ser renovado ou que esteja sob a ação de álcool, de drogas entorpecentes de uso fortuito, ocasional ou habitual, quando da ocorrência do sinistro. Esta hipótese de perda de direitos aplica-se em qualquer situação, abrangendo não só os atos praticados diretamente pelo Segurado, mas também os praticados por toda e qualquer pessoa que estiver dirigindo o veículo, com ou sem consentimento do segurado.

Entendo abusiva a disposição quando institui a perda de direito nos casos em que nenhuma conduta de agravamento de risco seja atribuída ao segurado, de forma que não tomo a expressão "sem consentimento do segurado" como válida para determinar a exclusão de cobertura, senão na hipótese de que lhe possa ser atribuída culpa *in eligendo* ou *in vigilando*.

Ora, se possível a interpretação da disposição contratual no sentido de admitir a perda de direitos independentemente de qualquer conduta de agravamento do risco atribuível ao segurado, poderíamos deparar com casos em que, tomado o veículo de assalto por um meliante, sob efeito de álcool ou entorpecente, a negativa de cobertura estaria por ela autorizada. Absurdo que se é de evitar, seja pela correta interpretação da disposição contratual, que é de se fazer de forma mais favorável ao consumidor (art. 47, CDC), com o mesmo efeito de declarar nula a exclusão objetiva da cobertura, conforme sugere a interpretação da apelada.

Pois bem. Interpreto a disposição contratual em destaque no sentido de que, quando praticados por terceiros, a conduta prevista como causa da perda de direitos deve de alguma forma ser atribuída ao segurado, seja por dolo ou por culpa *in eligendo* ou *in vigilando*.

Assim definido, cuido de verificar se a hipótese dos autos contempla a aplicação da cláusula 5 do Manual do Segurado, de forma a determinar a perda dos direitos que decorrem da apólice de seguro.

A tese de agravamento do risco como responsabilidade do apelante foi deduzida como fato obstativo ao direito postulado na inicial, razão pela qual é da apelada o ônus probatório correspondente (art. 333, II, CPC).

No caso, a tese deduzida é de culpa *in eligendo*, que decorre da entrega do veículo sem referências seguras sobre a conduta do motorista. Da leitura que fiz do termo de declarações de f. 83, chego à conclusão de que a apelante é responsável direta pelo agravamento do risco, pois confiou a condução do veículo a pessoa que não tinha vínculo de emprego com ela, nem tinha o costume de prestar tais serviços, de forma a indicar total desconhecimento sobre seus hábitos e conduta ao volante.

A propósito do estado de embriaguez do condutor do veículo, faço observar que goza de presunção de veracidade a afirmação feita pela autoridade policial no boletim de ocorrência, no sentido de que o envolvido em acidente apresenta sintomas de embriaguez. A recusa de fornecimento de material para o exame de sangue reforça a presunção de que o envolvido no acidente estava conduzindo veículo sob os efeitos da ingestão de bebida alcoólica.

Pelas mesmas razões declinadas na sentença, descarto o resultado do exame de corpo de delito como elemento de desfazimento da presunção de veracidade da constatação feita pela autoridade policial, pois ainda que a demora na sua realização não possa ser imputada ao condutor do veículo, a sua recusa de oferecer material sanguíneo para demonstrar que não estava sob efeito de bebida alcoólica apenas reforça o convencimento de que esse era o seu estado.

Assim, comprovado o estado de embriaguez do condutor do veículo segurado quando do acidente, fica caracterizado o agravamento do risco, que decorre do dolo eventual de quem se dispõe a conduzir um veículo, mesmo estando legalmente impedido de fazê-lo (art. 276 do CTB).

Dessa forma, considero ter ocorrido agravamento do risco, mas descarto o simples fato de estar o condutor do veículo alcoolizado como causa de exclusão

da cobertura do seguro, tanto por aplicação do próprio contrato como da disposição do art. 768 do Código Civil.

De acordo com o Código Civil (art. 768), "o segurado perderá o direito à garantia se agravar intencionalmente o risco objeto do contrato".

Portanto, para que a cobertura do sinistro seja excluída, é indispensável a demonstração de que o agravamento do risco foi condição determinante do sinistro.

A jurisprudência do colendo Superior Tribunal de Justiça é firme nesse sentido, *v.g.*:

> Agravo regimental. Ação de cobrança. Contrato de seguro de veículo. Acidente de trânsito. Embriaguez comprovada. Reexame de prova. Descabimento. Súmula STJ/7.
> I - É firme a jurisprudência desta Corte no sentido de que a embriaguez do segurado, por si só, não enseja a exclusão da responsabilidade da seguradora prevista no contrato, ficando condicionada a perda da cobertura à efetiva constatação de que o agravamento de risco foi condição determinante para a ocorrência do sinistro. Precedentes.
> II - Analisando o conjunto probatório dos autos, concluiu o Tribunal de origem que o agravamento do risco decorrente do estado etílico do condutor do veículo, influiu, decisivamente, na ocorrência do acidente, não podendo a questão ser revista em âmbito de recurso especial, ante o óbice da Súmula 7 desta Corte.
> III. A agravante não trouxe qualquer argumento capaz de modificar a conclusão alvitrada, a qual se mantém por seus próprios fundamentos.
> Agravo improvido (STJ - AgRg no Ag 1084509/SP - Rel. Ministro Sidnei Beneti - *DJe* de 13.05.2009).

No caso dos autos, o depoimento testemunhal de f. 72 é esclarecedor a propósito do nexo de causalidade entre o estado de embriaguez do condutor do veículo e o acidente, dando conta de que

> o motorista do veículo Tracker veio subindo a rua, em alta velocidade, dirigindo igual a um doido, tendo o carro derrapado, vindo a bater na parede da tornearia que fica em frente à empresa em que o depoente trabalha.

Portanto, fica excluída a responsabilidade da seguradora, comprovado que o agravamento do dano (art. 768, CCB), além de provocado pelo próprio segurado, foi causa determinante do sinistro.

Em casos assemelhados, pelas circunstâncias do acidente e da constatação de embriaguez do segurado, os precedentes deste egrégio Tribunal estão no mesmo sentido:

> Cobrança. Seguro. Estado de embriaguez comprovado. Agravamento do risco. Negativa de pagamento da indenização securitária. Legalidade. Comprovada a embriaguez do condutor do veículo segurado por avaliação neurológica do condutor do veículo, constata-se o agravamento do risco previsto no art. 768 do Código Civil (TJMG - AC nº 1.0024.08.138083-4/001 - Rel. Desembargador Mota e Silva - *DJ* de 10.09.2009).

E mais:

> Ação de cobrança. Acidente de trânsito. Condutor do veículo segurado em estado de embriaguez comprovado. Agravamento do risco. Negativa de pagamento da indenização securitária. Legalidade. - Comprovada a embriaguez do condutor do veículo segurado por boletim de ocorrência, o qual goza de presunção *juris tantum* de veracidade, corroborado por depoimentos de testemunhas do acidente, constata-se o agravamento do risco previsto no art. 768 do Código Civil. Assim, não afastado por provas robustas o nexo de causalidade entre o estado de embriaguez do condutor e o acidente, legítimo se mostra o afastamento da cobertura (TJMG - AC nº 1.0672.07.274156-0/001 - Rel. Desembargador Duarte de Paula - *DJ* de 08.06.2009).

Excluída a cobertura do seguro, está correta a sentença quando julga improcedentes os pedidos formulados pela autora contra a seguradora ré, que em tais circunstâncias não está obrigada a pagar a indenização correspondente ao sinistro.

Com o exposto, nego provimento à apelação.

Custas do recurso, pela apelante.

DES. CLÁUDIA MAIA - A exclusão da indenização securitária, tal como prevista no contrato de seguro, torna indispensável a demonstração do nexo de causalidade entre o estado de embriaguez do condutor e o evento que provocou os danos.

Assim, já me manifestei em outros julgamentos de casos semelhantes.

Nesse sentido, a jurisprudência vigente no STJ:

> Agravo no agravo em recurso especial. Acidente de trânsito. Seguro. Responsabilidade. Embriaguez do segurado. Agravamento do risco por parte do segurado. Afastamento.
> - A embriaguez do segurado, por si só, não exime o segurador do pagamento de indenização prevista em contrato de seguro de vida, sendo necessária a prova de que o agravamento de risco dela decorrente influiu decisivamente na ocorrência do sinistro.
> - Agravo não provido (AgRg no AREsp nº 57.290/RS - Rel.ª Min.ª Nancy Andrighi - *DJe* de 09.12.2011).

> Agravo regimental. Recurso especial. Ação de cobrança. Contrato de seguro de veículo. Violação ao art. 535 do CPC. Inocorrência. Acidente de trânsito. Embriaguez comprovada. Reexame de prova. Impossibilidade. Súmula 7/STJ. Dissídio jurisprudencial não comprovado. Decisão agravada mantida por seus próprios fundamentos.
> 1. Não se verifica a suscitada violação ao art. 535 do CPC, porquanto as questões submetidas ao Tribunal de origem foram suficientes e adequadamente delineadas com abordagem integral do tema e fundamentação compatível.
> 2. É firme a jurisprudência desta Corte no sentido de que a embriaguez do segurado, por si só, não enseja a exclusão da responsabilidade da seguradora prevista no contrato, ficando condicionada a perda da cobertura à efetiva constatação de que o agravamento de risco foi condição determinante para a ocorrência do sinistro. Precedentes.
> [...].
> 5. Agravo regimental desprovido (AgRg no REsp 1024723/SP - Rel. Ministro Fernando Gonçalves - *DJe* de 31.08.2009).

> Agravo regimental. Ação de cobrança. Contrato de seguro de veículo. Acidente de trânsito. Embriaguez comprovada. Reexame de prova. Descabimento. Súmula STJ/7.

I - É firme a jurisprudência desta Corte no sentido de que a embriaguez do segurado, por si só, não enseja a exclusão da responsabilidade da seguradora prevista no contrato, ficando condicionada a perda da cobertura à efetiva constatação de que o agravamento de risco foi condição determinante para a ocorrência do sinistro. Precedentes.

[...].

Agravo improvido (AgRg no Ag 1084509/SP - Rel. Ministro Sidnei Beneti - Terceira Turma - julgado em 28.04.2009 - *DJe* de 13.05.2009).

No caso em tela, as circunstâncias do acidente, aliadas às provas produzidas nos autos, evidenciam o nexo de causalidade entre a ingestão de bebida alcoólica por parte do motorista do veículo da autora e o acidente. Assim, mostra-se legítima a incidência das cláusulas excludentes da responsabilidade civil da seguradora.

Com tais considerações, ponho-me de acordo com o em. Des. Relator.

DES. ALBERTO HENRIQUE - De acordo com o Relator.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Revisão anual de vencimentos - Art. 37, inciso X, da CF/88 - Eficácia limitada - Lei específica - Exigibilidade - Iniciativa privativa do Chefe do Poder Executivo - Princípio da separação dos Poderes - Pedido de indenização - Indeferimento

Ementa: Constitucional e administrativo. Indenização por falta de revisão geral anual de proventos de servidores públicos do Município de Teófilo Otoni. Declaração incidental de inconstitucionalidade por omissão. Carência de ação. Mora não constituída. Art. 37, inciso X, da Constituição da República. Norma de eficácia contida. Princípio da separação dos Poderes.

- A declaração incidental de inconstitucionalidade por omissão dá-se apenas no controle abstrato e concentrado, nos termos do artigo 103, § 2º, da CF.

- A norma inserta no art. 37, inciso X, da Constituição da República é de eficácia contida, razão pela qual a revisão anual geral da remuneração dos servidores nela prevista depende de lei nesse sentido, cuja iniciativa compete, privativamente, ao chefe do Poder Executivo.

- Para se pleitear indenização por omissão legislativa, imprescindível estar o órgão competente constituído em mora.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0686.11.016904-8/001 - Comarca de Teófilo Otoni - Apelante: Levi Lopes da Silva - Apelado: Município de Teófilo Otoni - 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.

Belo Horizonte, 5 de junho de 2012. - *Raimundo Messias Júnior* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. RAIMUNDO MESSIAS JÚNIOR (Relator) - Trata-se de recurso de apelação cível interposto por Levi Lopes da Silva contra a sentença proferida nos autos da ação ordinária ajuizada contra o Município de Teófilo Otoni - Minas Gerais, que julgou improcedentes os pedidos iniciais.

Em suas razões recursais de f. 123/156 ponderou que o Município de Teófilo Otoni vem descumprindo o art. 37, X, da Constituição Federal, estando os servidores com reais prejuízos salariais, em razão da defasagem pela não aplicação de índices inflacionários, referentes aos anos de 2006 até junho de 2011.

Descreveu a forma e os índices de correção aplicados pela Lei 5.949/2009, as perdas acumuladas em razão da não observância dos índices inflacionários no período 2007/2009, e a falta de qualquer reajuste, ou revisão geral de seus vencimentos, a partir de 2009.

Afirmou que, em decorrência da omissão legislativa, viu-se privado do direito de reajuste de seus vencimentos, o que gerou para o Município a obrigação de indenizá-lo pelos danos sofridos.

Teceu considerações sobre a distinção entre aumento e reajuste, sobre a responsabilidade civil do Estado pela omissão, sobre os princípios constitucionais da periodicidade, da irredutibilidade e da eficácia.

Pleiteou a declaração incidental de inconstitucionalidade por omissão do Município pela ausência da revisão anual da remuneração de seus servidores prevista no art. 37, X, da Constituição Federal da República de 1988 e, em consequência, a condenação do apelado a indenizá-lo, a título de reposição das perdas salariais, no montante de 18,91%, incidentes sobre sua remuneração, com repercussão nas demais verbas salariais, acrescidas de correção monetária e juros.

Sem contrarrazões.

Conheço do apelo, uma vez que preenchidos os requisitos de sua admissibilidade.

Insta esclarecer, de início, que, não obstante ter havido o pedido de declaração de inconstitucionalidade incidental por omissão, desnecessário submeter a questão

ao órgão especial, em razão de ser o apelante carecedor de ação nesse tema.

Ocorre que não existe previsão legal para apreciação incidental de inconstitucionalidade por omissão municipal em face da Constituição Federal.

Ademais, a declaração incidental de inconstitucionalidade por omissão dá-se apenas no controle abstrato e concentrado, nos termos do artigo 103, § 2º, da CF, e a consequência de seu acatamento é a declaração da mora do órgão e a determinação de elaboração da norma regulamentadora.

Por fim, os legitimados para sua propositura são apenas os enumerados dos incisos I a IX do art. 103 da Constituição Federal, dentre os quais não se enquadra o apelante.

Dessa forma, deixo de encaminhar o feito à Corte Superior deste Sodalício.

Em relação ao mérito, pleiteia o servidor indenização decorrente da falta de revisão anual de seus vencimentos, prevista no art. 37, inciso X, da Constituição da República, que assim estabelece:

> 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:
> [...]
> X - a remuneração dos servidores públicos e o subsídio de que trata o § 4º do art. 39 somente poderão ser fixados ou alterados por lei específica, observada a iniciativa privativa em cada caso, assegurada revisão geral anual, sempre na mesma data e sem distinção de índices.

Do mesmo modo, estabelece o art. 24 da Carta Mineira:

> Art. 24. A revisão geral da remuneração do servidor público, sem distinção de índices entre servidor público civil e militar, se fará sempre na mesma data.

Portanto, a revisão geral anual da remuneração dos servidores públicos é garantia constitucional.

No entanto, os dispositivos constitucionais citados têm eficácia limitada, a depender de lei específica, observada a competência privativa para cada ente da federação.

Na lição de José dos Santos Carvalho Filho, a revisão anual da remuneração dos servidores públicos pressupõe os seguintes requisitos:

> O primeiro é o requisito formal, segundo o qual é exigível lei específica para sua efetivação. Depois, temos o requisito da generalidade, indicativo de que a revisão deve ser geral, processando-se de forma ampla, em ordem a alcançar o universo integral dos servidores, incluindo-se aí os servidores do Poder Legislativo, do Judiciário e do Ministério Público. Pelo requisito da anualidade, a revisão deverá ter periodicidade de um ano. Em relação a este requisito, cabe a cada ente federativo fixar o momento dentro do ano em que se dará a revisão. A anualidade é a periodicidade mínima, de onde se infere que nada obsta a que a periodicidade seja menor. Finalmente, impõe-se a presença do requisito isonômico, pelo qual se exige que sejam idênticos os índices revisionais (in *Manual de direito administrativo*. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2003, p. 569).

As normas constitucionais de eficácia limitada, conforme salienta Pedro Lanza:

> São aquelas normas que, de imediato, no momento em que a Constituição é promulgada, não têm o condão de produzir todos os efeitos, precisando de uma lei integrativa infraconstitucional. São, portanto, de aplicabilidade mediata e reduzida, ou, segundo alguns autores, aplicabilidade diferida (in *Direito constitucional esquematizado*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.137).

Mostra-se indispensável para a concessão de revisão remuneratória ao funcionalismo dos municípios a edição de lei infraconstitucional, na forma prevista em cada lei orgânica.

Observado o princípio da simetria, a iniciativa de lei para a revisão de salários dos servidores públicos do Município de Teófilo Otoni é do chefe do Executivo, *in verbis*:

> Art. 52. São de iniciativa do Prefeito as leis que disponham sobre:
> I - criação de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta, autárquica e fundamental, e fixação ou aumento de remuneração dos servidores.

A falta de iniciativa do chefe do Executivo não autoriza o Poder Judiciário a intervir e suprir a ausência de regulamentação, determinando a revisão geral, sob pena de violação ao princípio da separação dos Poderes, conforme corrobora a jurisprudência desta Corte de Justiça:

> Ementa: Administrativo - Ação de cobrança - Município de Itaúna - Servidores públicos - Revisão geral anual - Norma de eficácia contida - Inteligência do art. 37, X, da Constituição Federal - Indenização - Manutenção do benefício do vale-transporte - Danos morais - Pedidos julgados procedentes - Juros de mora e correção monetária - Reforma parcial da sentença em reexame necessário. - A norma constitucional que determina o reajuste geral anual nos vencimentos dos servidores públicos é de eficácia contida, somente surtindo efeitos depois de regulamentada por lei ordinária, observada a iniciativa privativa em cada caso. Descabe ao Poder Judiciário determinar tais reajustes, sob pena de exercer função própria do Poder Legislativo, nos termos do precedente sumular. Incabível pedido de indenização em virtude da inexistência de tais reajustes. - O que se observa do ordenamento legal municipal, o abono concedido indistintamente a todos os servidores do Município de Itaúna não pode ser considerado como se fosse revisão geral anual, uma vez que a sua incorporação aos vencimentos dos servidores não caracterizou uma recomposição do poder aquisitivo da remuneração daqueles, mas sim traduziu verdadeiro acréscimo aos valores percebidos. - O ato administrativo de suspensão de concessão do vale-transporte ao requerente, além de ferir o direito daquele à ampla defesa e ao contraditório, ofendeu o espírito constante da Lei Federal

nº 7.418/85. - Com base no entendimento mais atualizado da Corte Superior do STJ (Embargos de Divergência no REsp nº 1.207.197), as normas que dispõem sobre os juros moratórios possuem natureza eminentemente processual, incidindo, portanto, a taxa prevista na lei vigente à época do vencimento das parcelas salariais reclamadas, inclusive naqueles processos iniciados antes da entrada em vigor da Lei nº 11.960/09. (Apelação Cível 1.0338.08.069844-6/001(1), Des. Edivaldo George dos Santos, julgado em 17.01.2012.)

Constitucional - Revisão geral anual de proventos de servidores públicos do Município de Teófilo Otoni - Art. 37, inciso X, da Constituição da República - Norma de eficácia contida - Existência de lei específica - Interpretação da norma - Observância da *mens legis* - Princípio da separação dos Poderes. - A norma inserta no art. 37, inciso X, da Constituição da República é de eficácia contida, razão pela qual a revisão anual geral da remuneração dos servidores nela prevista depende de lei nesse sentido, conforme, aliás, já decidido pelo Supremo Tribunal Federal, cuja iniciativa compete, privativamente, ao chefe do Poder Executivo. A revisão geral anual da remuneração dos servidores públicos do Município de Teófilo Otoni relativa aos anos de 2007 e 2008 deve ser implementada segundos os preceitos contidos na Lei Municipal nº 5.949/09 que regulamenta a matéria, não podendo a parte ou o Poder Judiciário conferir interpretação diversa do real sentido disposto na norma municipal, sob pena de afronta ao princípio da separação de Poderes. (Apelação Cível 1.0686.09.245.351-9/001(1), Des. Dídimo Inocência de Paula, julgamento em 08.07.2010.)

Apelação cível - Constitucional - Administrativo - Servidor público municipal - Revisão geral anual - Artigo 37, inciso X, da CF/88 - Necessidade de legislação específica - Requisito formal - Indenização judicial em razão da omissão do Poder Público - Impossibilidade - Reajustes concedidos a determinados setores - Extensão aos servidores não contemplados - Inaplicabilidade - Inocorrência de violação ao princípio da isonomia - Recurso desprovido. - O reajuste anual e geral aos servidores de determinada categoria, que tem previsão constitucional no artigo 37, inciso X, da CF/88, não pode prescindir da existência de lei municipal específica que o regulamente, sendo incabível sua concessão por meio de ação ordinária, sob pena de afronta ao princípio constitucional da harmonia e independência dos Poderes, e ofensa à Súmula nº 339 do STF. Consoante orientação dos Tribunais Superiores, a concessão de reajustes diferenciados a determinadas categorias da Administração não importa em violação ao princípio constitucional da isonomia (Apelação Cível 1.0024.04.501093-1/001(1), Des. Armando Freire, julgado em 28.11.06).

A pretensão do requerente é de extrair do Poder Judiciário, ainda que de forma indireta, decisão que o transformaria em legislador positivo, em matéria de iniciativa privativa do Prefeito, ferindo o preceito da separação de Poderes (art. 60, § 4º, III, da CF).

Por essa razão, deve ser obstado pelo Judiciário o pedido de indenização pelo valor correspondente à revisão.

Isso porque, a pretensão posta em juízo, não obstante ter sido apresentada como pleito de indenização, tem por fundamento, e consequente óbice, o disposto no art. 37, inciso X, da CF/88, porquanto corresponde a quitação retroativa das diferenças decorrentes de revisão geral anual de remunerações não concedida.

Por fim, para se pleitear a indenização, necessário estar o órgão competente constituído em mora, que não ocorre *ipsu factum*, mas da inércia, após a determinação do Poder Judicário para tomar as medidas necessárias.

Nesse sentido, confere-se trecho do voto proferido pelo e. Ministro Carlos Velloso, por ocasião do julgamento do MI nº 562-9/RS:

A diferença entre mandado de injunção e ação direta de inconstitucionalidade por omissão, lembrei no trabalho que escrevi a respeito e que está linhas atrás mencionado, está justamente nisto: na ação de inconstitucionalidade por omissão, que se inscreve no contencioso jurisdicional genérico, de competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal, a matéria é versada apenas em abstrato e, declarada a inconstitucionalidade por omissão, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providencias necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo no prazo de trinta dias (CF, art. 103, § 2º). No mandado de injunção, reconhecendo o juiz ou tribunal, em concreto, que o direito que a Constituição concede é ineficaz ou inviável, em razão da ausência de norma infraconstitucional, fará ele, juiz ou tribunal, por força do próprio mandado de injunção, a integração do direito à ordem jurídica, assim tornando-o eficaz e exercitável (CF, art. 5º, LXXI).

Da mesma maneira já se manifestou este Tribunal:

Ação de revisão geral anual - Servidor público estadual - Indenização - Inexistência de lei específica - Mandado de injunção. - Inexistindo lei específica para a revisão geral anual dos servidores públicos estaduais, não há como deferir o pleito exordial, visto que, em assim ocorrendo, estaria o Poder Judiciário adentrando em competência que não lhe pertence, ferindo cláusula pétrea da Constituição da República. A pretensão de suprir omissão da Administração na edição da lei para a revisão geral anual das remunerações dos servidores públicos deve ser buscada através do mandado de injunção. Apelação Cível 1.0024.09.647.950-6/001(1).

Constitucional - Administrativo - Ação ordinária - Servidores estaduais - Revisão geral anual - Ausência de lei - Inteligência do art. 37, inciso X, da CR/88 - Constituição em mora - Ausência - direito subjetivo - Inocorrência. 1 - Em virtude de não ter sido editada, no Estado de Minas Gerais, lei instituidora da revisão geral anual referida no art. 37, inciso X, da Constituição da República, é cabível pretensão indenizatória em face da pessoa jurídica de direito público omissa, desde que haja a constituição, no caso concreto, do direito indenizatório individualizado, por meio da impetração do mandado de injunção. 2 - A teor da Súmula nº 339 do STF, não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, majorar vencimentos de servidor com fundamento no princípio da isonomia, sob pena de malferimento do princípio da harmonia e independência dos Poderes. 3 - Os reajustes concedidos pelo Estado de Minas Gerais em favor de determinadas categorias de servidores não configuram revisão geral que justifique a extensão de benefício legal não dirigido à generalidade dos servidores públicos estaduais. 4 - Preliminar rejeitada e recurso não-provido (Apelação Cível 1.0024.04.465702-1/001(1), Des. Edgard Penna Amorim, julgado em 30.11.06).

Não tendo sido manejado pela parte o remédio constitucional competente para caracterização da mora *inter partes*, concretizadora da pretensão subjetiva, não há que se acolher o pedido de indenização.

Com essas considerações, nego provimento ao recurso.

Custas recursais, pelo apelante, suspensa a cobrança porque litigou sob o pálio da justiça gratuita.

DES. BRANDÃO TEIXEIRA (Revisor) - De acordo com o Relator.

DES.ª HILDA MARIA PÔRTO DE PAULA TEIXEIRA DA COSTA - De acordo com o Relator.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

...

Despejo compulsório - *Shopping* popular - Aluguel de *box* - Contrato - Legislação locatícia - Desrespeito - Situação vexatória - Dano moral - Indenização - Cabimento

Ementa: Apelação. *Shopping* popular. *Box*. Aluguel. Despejo compulsório. Dano moral.

- A prática de ato de despejo compulsório pela empresa locadora de *box* em *shopping* popular, em efetivo desrespeito ao contrato, bem como à legislação locatícia, impõe o dever de indenizar por dano moral, em face da abusividade do ato, em detrimento do direito do locatário, que efetivamente é submetido a situação vexatória.

Apelo não provido.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.06.308542-7/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Sheik Brinquedos Papéis Ltda. - Apelada: Maria dos Anjos Alves Lino - Litisconsorte: *Shopping* Popular Caetés - 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 RECURSO.

Belo Horizonte, 27 de junho de 2012. - *Nilo Lacerda* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. NILO LACERDA (Relator) - Trata-se de recurso de apelação interposto contra a sentença de f. 189/195, que julgou parcialmente procedente a ação ordinária proposta por Maria dos Anjos Alves Lino, contra o *Shopping* Popular Caetés e Sheik dos Brinquedos e Papéis Ltda., condenando a parte requerida ao pagamento de indenização, por danos morais, no valor de sete mil reais (R$7.000,00), com juros e correção monetária.

Em face da sucumbência recíproca, a autora restou condenada ao pagamento de 30% das custas e dos honorários advocatícios, estes, em 15% da condenação, ficando a cargo da parte ré o percentual restante, ficando suspensa a exigibilidade das verbas atinentes à autora, ante o deferimento da gratuidade de justiça.

A apelante, pelo arrazoado de f. 196/199, pede a modificação da sentença, à improcedência da ação, afirmando não ter cometido qualquer ilícito, uma vez que o fechamento do *box* que a autora utilizava se deu em razão de normatização interna do *shopping* e porque a autora se encontrava inadimplente.

Pede, alternativamente, a redução da verba indenizatória, por entender exacerbada, requerendo, ainda, que os ônus de sucumbência sejam suportados pela autora, por ter decaído de maior parte de seus pedidos.

Preparo à f. 200, certificado à f. 209.

Contrarrazões às f. 204/206.

Conheço do recurso, já que presentes os pressupostos de sua admissibilidade.

Cuida-se de recurso de apelação interposto contra sentença que julgou parcialmente procedente a ação ordinária proposta por Maria dos Anjos Alves Lino, contra o *Shopping* Popular Caetés e Sheik dos Brinquedos e Papéis Ltda., condenando a parte requerida ao pagamento de indenização, por danos morais, no valor de sete mil reais (R$7.000,00), com juros e correção monetária.

Resulta importante salientar, inicialmente, que as partes indicadas como rés se confundem, conforme se verifica do documento de f. 163/165, "*Shopping* Popular Caetés" é o nome da fantasia da empresa "Sheik dos Brinquedos e Papéis Ltda."

Dessa forma, conforme pontuado pelo MM. Juiz primevo, a parte passiva dos autos é composta de apenas um réu.

Feita essa breve consideração e passando ao exame do mérito da demanda, constato que inexiste divergência no que diz respeito ao fato dos autos, ou seja, de que a autora foi despejada, compulsoriamente, por preposto da requerida, do *box* de nº 103 do 3º piso do denominado *Shopping* Popular Caetés, situado na Av. Santos Dumont, 461, nesta Capital, conforme inclusive admitiu a ré, à f. 158, ao afirmar que o administrador do *shopping*, o Sr. Wilton dos Santos, foi quem teria praticado o ato inquinado de ilegal.

Ora, o despejo compulsório, da forma como foi realizado pelo preposto da requerida, que simplesmente arrombou o *box* alugado para a autora e do mesmo se apossou, em absoluta afronta ao contrato de f. 34/36 e, principalmente, à vigente legislação de locação, caracteriza o ilícito reclamado, de forma a justificar, pelo menos em parte, o pleito indenizatório deduzido na inicial.

Com efeito, embora a autora tenha pretendido alcançar indenização por danos materiais, não fez ela qualquer prova quanto a tanto, pelo que o seu deferimento restou prejudicado.

Todavia, quanto ao dano moral, dúvida inexiste de que o mesmo se tenha caracterizado, em face do despejo compulsório da autora, que restou desalojada do espaço em que exercia suas atividades, não obstante estivesse em inadimplência.

Como bem salientado pelo MM. Juiz primevo, o ato praticado pela ré implicou a desvalorização do trabalho, com restrição à livre iniciativa da autora, em face do abuso de direito praticado pela ré, do que decorre inegável direito indenizatório.

Nesse âmbito, entendo que a fixação da indenização no valor de sete mil reais reflete modesta reparação do dano, pequena punição à requerida, que deve se abster da prática de atos tais como o descrito nos autos, pois a ninguém é dado fazer justiça com suas próprias mãos, como buscou fazer o apelado.

Por fim, no que diz respeito aos ônus da sucumbência, tenho que nenhuma censura se pode fazer à sentença, visto que criteriosamente estabelecido nos termos do art. 21 do CPC, considerando-se que a autora decaiu de parte de seu pedido, enquanto que a ré sucumbiu em maior parte do mesmo.

Em face de tais considerações, nego provimento ao recurso, para manter incólume a sentença questionada.

Custas recursais, pela apelante.

DES. ALVIMAR DE ÁVILA (Revisor) - De acordo com o Relator.

DES. SALDANHA DA FONSECA - De acordo com o Relator.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Lesão corporal - Violência doméstica - Autoria - Materialidade - Prova - Declaração da vítima - Testemunhas - Desclassificação do crime - Contravenção penal - Vias de fato - Possibilidade - Custas - Isenção - Cabimento

Ementa: Apelação criminal. Crime previsto no art. 129, § 9º, do Código Penal. Absolvição. Impossibilidade. Desclassificação para a contravenção penal de vias de fato. Necessidade. Ausência de lesões corporais. Isenção de custas. Cabimento. Recurso provido em parte.

- No presente caso, as provas constantes dos autos são insuficientes para comprovar a materialidade do delito de lesões corporais. Destarte, imperiosa a desclassificação da conduta para a contravenção penal prevista no art. 21 do Decreto-lei nº 3.688/41.

- Considerando a situação de hipossuficiência do apelante, concedo-lhe a isenção do pagamento das custas processuais, nos termos do art. 10, inciso II, da Lei nº 14.939/03.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0287.10.001727-9/001 - Comarca de Guaxupé - Apelante: Tiago Marques Fagundes - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Relator: DES. HERBERT CARNEIRO

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 4ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sob a Presidência do Desembargador Delmival de Almeida Campos, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM PROVER EM PARTE O RECURSO.

Belo Horizonte, 24 de abril de 2012. - *Herbert Carneiro* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. HERBERT CARNEIRO - Trata-se de apelação criminal interposta por Tiago Marques Fagundes, inconformado com a r. sentença de f. 110/112, que o condenou nas sanções do art. 129, § 9º, do Código Penal, às penas de 3 (três) meses de detenção, em regime aberto, substituída a pena privativa de liberdade por uma restritiva de direitos, consistente em prestação pecuniária.

Narra a denúncia que, no dia 10 de outubro de 2009, por volta de 2h5min, na Avenida José Silvério Sobrinho, no Município de São Pedro da União, na Comarca de Guaxupé/MG, Tiago Marques Fagundes ofendeu a integridade corporal da vítima Monik Emiliana Pereira Florêncio, sua ex-esposa.

Consta da exordial que o apelante, após desferir socos e chutes contra a vítima, arremessou-lhe uma cadeira, razão pela qual fora denunciado pela prática do delito de lesões corporais, perpetrado no contexto de violência doméstica.

Após regular instrução, o d. Sentenciante julgou procedente a inicial acusatória para condenar o réu nas iras do art. 129, § 9º, do CP.

Pleiteia a defesa, termo de interposição do recurso à f. 119 e razões às f. 126/130, a absolvição, por insuficiência de provas. Pugna, ainda, pela concessão da isenção do pagamento das custas processuais.

Contrarrazões ministeriais às f. 132/137, manifestando-se pela manutenção integral do *decisum*.

A d. Procuradoria-Geral de Justiça, f. 149/153, opina pelo desprovimento do apelo.

É o relatório.

Conheço do recurso, visto que presentes os requisitos de admissibilidade e processamento.

Não há questões preliminares aventadas pelas partes, nem mesmo conhecíveis de ofício.

Quanto ao mérito, o apelo defensivo merece parcial provimento.

Pugna a defesa pela absolvição, em face da ausência de provas sobre a materialidade delitiva. Aduz que a vítima não sofreu qualquer lesão corporal, razão pela qual não pode ser imputada ao réu a prática do crime previsto no art. 129, § 9º, do CP.

Inicialmente, com relação à materialidade delitiva, é necessário ressaltar que, conforme dispõe o art. 158 do Código de Processo Penal, quando a infração deixar vestígios, o exame de corpo de delito, direto ou indireto, torna-se indispensável, não podendo ser suprido pela prova testemunhal.

Todavia, tal regra é excepcionada nos delitos perpetrados com violência doméstica e familiar contra a mulher. Nesses casos, o exame de corpo de delito é prescindível, podendo ser suprido por outros meios de prova, como laudos ou prontuários médicos, conforme disposto no art. 12, § 3º, da Lei nº 11.340/06, *in verbis*:

> Art. 12. Em todos os casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, feito o registro da ocorrência, deverá a autoridade policial adotar, de imediato, os seguintes procedimentos, sem prejuízo daqueles previstos no Código de Processo Penal:
> [...]
> § 3º Serão admitidos como meios de prova os laudos ou prontuários médicos fornecidos por hospitais e postos de saúde.

No caso em comento, apelante e vítima mantiveram união conjugal por mais de 2 (dois) anos, sendo que, na data dos fatos, os envolvidos estavam separados há aproximadamente 1 (um) mês. Portanto, não resta dúvida de que se trata de relação doméstica e familiar, razão pela

qual devem ser aplicadas as disposições constantes da Lei nº 11.340/06.

Nesse contexto, verifica-se que a autoria é inconteste, uma vez que o próprio réu confessou, perante a autoridade policial, ter arremessado uma cadeira contra sua ex-esposa, *in verbis*:

> [...] no dia 10/10/09, por volta de 02:05 hs estava na festa beneficente realizada pelo Asilo São Vicente de Paula, nesta cidade e que notou que sua ex-mulher Monik dançava com outro homem e se exibia e sentiu ciúmes de tal atitude dela e jogou uma cadeira de ferro que estava no recinto da festa contra o corpo dela, atingindo as costas de Monik; que foi segurado por Elivelton e por outros que estavam no recinto e não é verdade que tenha agredido Elivelton; [...] (Tiago Marques Fagundes, f. 14)

A testemunha Elivelton Mário Marcelino, em juízo, f. 83, confirmou os fatos narrados na exordial. Nessa oportunidade, Elivelton enfatizou que estava trabalhando como segurança em uma festa realizada no Município de São Pedro da União quando percebeu que Tiago Marques Fagundes estava agredindo sua ex-esposa. Acrescentou, ainda, que o réu, o qual estava bastante alterado emocionalmente, "continuou na festa, arremessando cadeiras e derrubando mesas", f. 83.

A vítima Monik Emiliana Pereira Florêncio, tanto na fase inquisitorial quanto em juízo, f. 13 e 79, afirmou ter sido agredida pelo acusado, que lhe atirou uma cadeira. Todavia, na fase do contraditório, Monik aduziu não ter sofrido lesões aparentes:

> [...] que no dia dos fatos narrados na denúncia estava em uma festa acompanhada de amigas, local onde também se encontrava o acusado, quando, em determinado momento, recebeu uma cadeirada nas costas, sendo que o agressor era o acusado; que o acusado também lhe deu socos e pontapés, causando-lhe lesões corporais; que em virtude disso teve que receber atendimento médico; [...] que em razão da agressão ficou com dores no ombro por aproximadamente uma semana; que portanto não houve lesão aparente; [...] (Monik Emiliana Pereira Florêncio, f. 79).

Embora o exame de corpo de delito seja dispensável para a configuração da materialidade delitiva nos crimes perpetrados no ambiente doméstico e familiar, verifica-se que, no presente caso, inexistem outras provas capazes de comprovar as lesões corporais sofridas pela vítima.

Nesse aspecto, cabe ressaltar que o laudo médico acostado à f. 11 atesta, apenas, que a vítima apresentava quadro de choro compulsivo, bem como relatava "dor em ombro D e região da cabeça", nada mencionando sobre possíveis lesões corporais.

As testemunhas, embora confirmem as agressões perpetradas pelo acusado contra a vítima, não souberam especificar quais lesões a ofendida teria sofrido na data dos fatos.

Dessarte, forçoso concluir que, conforme bem asseverado pela defesa, não é possível atribuir ao réu a prática do crime previsto no art. 129, § 9º, do CP.

Todavia, embora as lesões corporais não se tenham configurado, não resta dúvida de que o réu agrediu a vítima, sendo imperiosa, nesse caso, a desclassificação da conduta para a contravenção penal de vias de fato.

Nesse aspecto, cabe ressaltar, inicialmente, que, para se comprovar a materialidade em relação à contravenção prevista no art. 21 do Decreto-lei nº 3.688/41, o exame de corpo de delito é prescindível, uma vez que essa não deixa vestígios.

Nessa esteira de entendimento, observe-se o seguinte julgado deste egrégio Tribunal:

> Vias de fato - Art. 21 da Lei das Contravenções Penais - Materialidade e autoria comprovadas - Suficiência probatória - Palavra da vítima, que encontra conforto nos elementos de convicção dos autos, em contraposição à solteira negativa do réu - Absolvição em primeira instância - Recurso ministerial - Reforma da sentença - Necessidade. - A contravenção penal de vias de fato prevista no art. 21 do Decreto-lei nº 3.688/41, pela sua natureza, não chega a ofender a integridade física da pessoa, sendo dispensável perícia, ante a ausência de lesões corporais, constituindo a palavra da ofendida importante elemento de prova, mormente na espécie, que trata de contravenção praticada em contexto de violência doméstica, sem a presença de testemunhas presenciais. Recurso provido. (Apelação Criminal nº 1.0637.08.057541-7/001, Relator Desembargador Judimar Biber, julgado em 29.09.2009 e publicado em 03.12.2009.)

Pelas provas constantes dos autos, vê-se que o réu agiu de forma agressiva, desferindo socos e pontapés contra sua ex-esposa, bem como arremessou uma cadeira em sua direção, não deixando dúvidas acerca da configuração da contravenção penal prevista no art. 21 da LCP.

Dessarte, procedo à desclassificação do delito previsto no art. 129, § 9º, do Código Penal para a conduta prevista no art. 21 do Decreto-lei nº 3.688/41.

Passo à dosagem da pena.

Atento à análise das circunstâncias judiciais procedida pelo d. Magistrado, f. 112, e considerando serem elas amplamente favoráveis ao acusado, estabeleço a pena-base em 15 (quinze) dias de prisão simples.

Inexistem circunstâncias agravantes ou atenuantes, bem como causas de aumento ou de diminuição, razão pela qual torno definitivas as penas de Tiago Marques Fagundes em 15 (quinze) dias de prisão simples, em regime aberto.

Por fim, verifica-se que o MM. Juízo *a quo* substituiu a pena privativa de liberdade por uma pena restritiva de direitos, consistente em prestação pecuniária, a qual foi fixada em 1 (um) salário mínimo.

Todavia, o ato praticado pelo apelante enquadra-se nas normas previstas na Lei nº 11.340/06, que trata da violência doméstica e familiar contra a mulher e que traz, em seu art. 17, vedação expressa à aplicação de sanções de cunho meramente pecuniário, *in verbis*:

> Art. 17. É vedada a aplicação, nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, de penas de cesta básica ou

outras de prestação pecuniária, bem como a substituição de pena que implique o pagamento isolado de multa.

No presente caso, tendo em vista a ausência de recurso ministerial, mantenho a substituição da pena privativa de liberdade por uma restritiva de direitos (prestação pecuniária), tal como adotada na sentença, a fim de não incorrer em *reformatio in pejus*.

Por fim, pugna a defesa pela concessão da isenção do pagamento das custas processuais.

Não obstante o acusado tenha sido assistido por defensor constituído, vê-se que o réu é pobre no sentido legal, conforme qualificação constante à f. 84 dos presentes autos. Em seu interrogatório, Tiago Marques Fagundes afirmou exercer a atividade de lavrador, percebendo aproximadamente R$ 510,00 (quinhentos e dez reais) por mês. Ademais, o nobre defensor declarou que o acusado é pobre, f. 51, não podendo arcar com as despesas processuais sem prejuízo de seu sustento ou de sua família.

Dessarte, concedo-lhe a isenção do pagamento das custas, nos termos do disposto no art. 10, inciso II, da Lei nº 14.939/03.

Ante o exposto, dou parcial provimento ao recurso defensivo, nos termos supramencionados.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES DELMIVAL DE ALMEIDA CAMPOS e EDUARDO BRUM.

Súmula - RECURSO PROVIDO EM PARTE.

...

Crime contra a fé pública - Adulteração de sinal identificador de veículo automotor - Fita isolante na placa - Falsificação grosseira - Absoluta impropriedade do meio - Atipicidade - Absolvição - Infração administrativa

Ementa: Apelação criminal. Adulteração de sinal identificador de veículo automotor. Fé pública não afrontada. Falsidade facilmente perceptível. Impropriedade do meio. Absolvição sumária mantida. Recurso não provido.

- A punição de mera infração administrativa com a sanção criminal prevista no tipo descrito no artigo 311 do Código Penal desafia a razoabilidade e a proporcionalidade, porquanto a fé pública permaneceu incólume e, à míngua de lesividade ao bem jurídico tutelado, a conduta praticada pelo recorrido é atípica.

- Se a aposição de fita isolante na placa da motocicleta mostrou-se facilmente perceptível, o delito de falsidade torna-se impossível, por absoluta impropriedade do meio utilizado.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0045.11.001846-7/001 - Comarca de Caeté - Apelante: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Apelado: Luiz Carlos da Silva - Relator: DES. EDUARDO BRUM

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 4ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sob a Presidência do Desembargador Delmival de Almeida Campos, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NÃO PROVER O RECURSO.

Belo Horizonte, 27 de junho de 2012. - *Eduardo Brum* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. EDUARDO BRUM - Luiz Carlos da Silva, já qualificado nos autos, foi denunciado na Comarca de Caeté como incurso nas sanções do artigo 311 do Código Penal.

Conforme a peça vestibular, no dia 03.04.2011, por volta das 17h, na Travessa Contorno, nº 583, no Distrito de Roças Novas, na referida Comarca, o réu adulterou sinal de veículo automotor.

O réu é proprietário da motocicleta Honda CG 125 FAN, 2005/2005, placa MEF-4339, a qual conduzia, no dia do ocorrido, pelo Distrito de Roças Novas. Com o intuito de esquivar-se de eventual fiscalização policial, tendo em vista que não era habilitado para dirigir o veículo, o réu adulterou o sinal alfanumérico da placa da sua moto, utilizando uma fita isolante e modificando o último algoritmo, passando, então, de 9 (nove) para 8 (oito).

A denúncia foi oferecida e recebida (f. 45), tendo o réu apresentado defesa escrita (f. 46/51).

A MM. Juíza, então, decidiu pela absolvição sumária do acusado, nos termos do art. 397, III, do Código de Processo Penal, entendendo que não houve prática de crime, mas somente uma infração administrativa (f. 58/60).

O réu foi intimado pessoalmente da r. sentença (f. 62).

Irresignado, interpôs o *Parquet* recurso de apelação, pugnando pelo prosseguimento do feito, ao argumento de comprovadas autoria e materialidade do crime do art. 311 do Código Penal (f. 65/69).

A defesa apresentou suas contrarrazões (f. 71/80).

Nesta instância, a douta Procuradoria-Geral de Justiça opina pelo conhecimento e provimento do recurso (f. 87/92).

Conheço do recurso, presentes os pressupostos objetivos e subjetivos de admissibilidade.

Embora não possa aquiescer com um dos argumentos expostos no corpo da r. sentença, não há o que reformar na decisão do primeiro grau.

Inicialmente, urge frisar que o fato de a adulteração não ser permanente - ou seja, ser temporária - não tem o condão de, por si só, elidir a configuração do crime do art. 311 do Código Penal.

Contudo, a adulteração grosseira da placa da motocicleta apreendida pela Polícia Militar, sem dúvida, permite a mesma prudente conclusão esposada na origem.

Conforme se infere do APFD, o sargento Nilson Lemes da Silva (f. 05) afirmou que a motocicleta pelo acusado conduzida estava com uma tinta preta - uma fita isolante, ao que tudo indica -, alterando o último dígito da placa, de 9 (nove) para 8 (oito).

As fotos de f. 26 indicam como estava a adulteração.

O réu, ouvido na mesma assentada, afinal, foi preso em flagrante delito, confirmou que a placa estava adulterada, dizendo, inclusive, ter feito isso para tentar evitar a aplicação de multas (f. 09).

Malgrado respeitar posicionamentos contrários, entendo que o legislador pretendeu, com o dispositivo do art. 311 do Código Penal, coibir a criminalidade organizada, principalmente a receptação de peças advindas de desmanches clandestinos e ocultação de bens objeto de crimes patrimoniais.

O crime é contra a fé pública, e não vislumbro, no caso dos autos, que esta foi atingida.

A colocação da fita isolante para alterar o último número da placa de identificação foi perceptível a olho nu, basta analisar a fotografia colacionada.

Se o chamado homem médio tem perfeitas condições de identificar a falsidade, ou seja, ela, de tão grosseira, não consegue iludir ninguém, não há falar-se em crime do art. 311 do Código Penal. Sendo a fraude grotesca, não é atingida a fé pública.

Como dito, o objetivo do réu era se livrar de multas, até porque, como visto, realizava manobras indevidas com sua motocicleta, chamando a atenção de transeuntes e, posteriormente, de policiais. Se pretendia tão somente obstar eventual recebimento de multas, não houve ofensa ao bem jurídico tutelado pelo artigo em questão.

Nesse diapasão, em julgado muito semelhante, decidiu o augusto STJ:

> Recurso especial. Adulteração de sinal identificador de veículo automotor. Aposição de fita isolante na placa. Falsificação grosseira. Absoluta impropriedade do meio utilizado. Fé pública que permanece incólume. Nenhuma lesividade ao bem jurídico tutelado. Atipicidade da conduta.
> 1. A aposição de fita isolante na placa de veículo automotor é facilmente perceptível, o que torna o crime de falsidade impossível, por absoluta impropriedade do meio utilizado.
> 2. O delito descrito no artigo 311 do Código Penal prevê no seu preceito secundário pena severa de 3 (três) a 6 (seis) anos de reclusão e multa. Dentro desse contexto, não se pode perder de vista o bem jurídico tutelado pelo tipo penal incriminador, qual seja, a fé pública e, especialmente, a proteção da propriedade e da segurança no registro de automóvel.
> 3. No caso concreto, observa-se que a colocação de fita isolante para alterar letra da placa de identificação do veículo é perceptível a olho nu. O meio empregado para a adulteração não se presta à ocultação de veículo objeto de crime contra o patrimônio. Qualquer cidadão, por mais incauto que seja, tem condições de identificar a falsidade que, de tão grosseira, a ninguém pode iludir. Em suma, a fraude é risível, grotesca. Logo, a fé pública não é sequer atingida
> 4. Extrai-se da conduta do denunciado a intenção de ludibriar a fiscalização eletrônica - radar com dispositivo fotográfico, também chamado de pardal - e obstar, assim, o recebimento de multas por infrações administrativas. Contudo, o direito penal tem caráter fragmentário não devendo se ocupar de condutas que não danificam o bem jurídico penalmente protegido.
> 5. Não se está a defender a atipicidade em razão de suposta bagatela. A crença na veracidade dos sinais públicos merece proteção penal mesmo se minimamente arranhada. Porém, a situação é outra. Verifica-se atipicidade da conduta praticada porquanto o meio utilizado é absolutamente inócuo ao delito de adulteração de veículo automotor.
> 6. A punição de mera infração administrativa com a sanção criminal prevista tipo descrito no artigo 311 do Diploma Penal desafia a razoabilidade e proporcionalidade, porquanto a fé pública permaneceu incólume e, à míngua de lesividade ao bem jurídico tutelado, a conduta praticada pelo recorrido é atípica. Não é possível que se dê a uma molecagem - que merece sanção administrativa - o mesmo tratamento dispensado à criminalidade organizada.
> 7. Recurso especial ao qual se nega provimento (REsp 503960/SP/2003/0004872-8 - Relator Ministro Celso Limongi (Desembargador convocado do TJSP 8175) - Sexta Turma - j. em 16.03.2010 - p. no *DJe* de 19/04/2010 - *RSTJ* vol. 218, p. 677).

A jurisprudência de outros tribunais, em especial deste eg. TJMG, também é neste sentido:

> Tipifica a conduta prevista no artigo 311 do Código Penal a adulteração ou remarcação das placas dianteira e traseira do veículo, pelas quais ele é identificado externamente. Contudo, o uso de fita adesiva removível sobre a letra, configurando uma mudança temporária ou esporádica, não definitiva, e perpetrada apenas para livrar o dono do veículo das multas, vem a caracterizar, na verdade, uma singela infração administrativa. O legislador tinha em mente reprimir os roubos de carros, muitas vezes praticados sob o uso de violência e acompanhados por corrupção, criminalidade organizada, receptação de peças em desmanches clandestinos ou comércio exterior de veículos subtraídos. Deve-se ter em conta, também, que o crime de falso só existe quando levado a efeito com eficiência e com aptidão para causar prejuízo de outrem ou levar ao erro pessoa de mediana perspicácia (2ª Câmara - Ap. 295.579-3/0 - Rel. Canguçu de Almeida - 26.05.2003, v.u - *Jubi* 97/04).

> Apelação - Adulteração da placa de motocicleta - Absolvição - Necessidade - Mera infração administrativa. - Não havendo alteração definitiva da placa, ausente ainda o dolo do agente em praticar este crime, já que demonstrou sua intenção de única e exclusivamente se ver livre de multas que poderiam lhe ser aplicadas, por ausência de capacete, tenho que tal conduta não passa de mera infração administrativa, sendo sua conduta atípica (TJMG - 5ª Câmara Criminal - Ap. nº 1.0433.02.054884-1/001 - Rel.ª Des.ª Maria Celeste Porto - j. em 20.05.2008 - p. em 07.06.2008).

> A falsificação detectada a olho nu por qualquer pessoa que com ela tome contato, considera-se grosseira e, portanto, não caracteriza o crime do artigo 311 do Código Penal (TJMG - 3ª Câmara Criminal - Ap. 1.0223.08.243863-9/000 - Rel.ª Des.ª Jane Silva - j. em 25.06.2009 - p. em 31.07.2009).

Portanto, se a aposição de fita isolante na placa da motocicleta se mostrou facilmente perceptível, torna-se o delito de falsidade impossível, por absoluta impropriedade do meio utilizado.

Isso posto, nego provimento ao recurso, mantendo, na íntegra, a r. sentença.

Custas, na forma da lei.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES JÚLIO CEZAR GUTTIERREZ e HERBERT CARNEIRO.

Súmula - RECURSO NÃO PROVIDO.

...

Desobediência - Ordem emanada de autoridade de trânsito - Infração administrativa - Crime não caracterizado - Desacato - Resistência - Absorção - Princípio da consunção - Aplicabilidade - Crime de dano - Dolo genérico - Configuração do delito - Condenação - Sentença - Requisitos do art. 381 do Código de Processo Penal - Observância - Nulidade - Não ocorrência

Ementa: Apelação criminal. Preliminar de nulidade da sentença. Rejeitada. Resistência. Desacato. Dano qualificado e dirigir sem habilitação. Absolvição. Impossibilidade. Autoria e materialidade comprovadas. Desobediência. Absolvição. Necessidade. Atipicidade da conduta. Desacato e resistência. Princípio da consunção. Prática simultânea. Delito subsumido pelo mais grave. Recurso parcialmente provido.

- Observados os requisitos previstos no art. 381 do CPP, não há que se falar em nulidade da sentença.

- Emergindo do coeso conjunto probatório carreado aos autos prova da materialidade e da autoria dos delitos, é de rigor a manutenção do decreto condenatório.

- Desobedecer ordem de agente de trânsito configura somente infração administrativa, e não infração penal.

- Tendo os delitos de desacato e resistência ocorridos em um mesmo contexto, este fica subsumido por aquele.

- Para a configuração do delito de dano, basta o dolo genérico, ou seja, a vontade e consciência de destruir, inutilizar ou deteriorar o que é alheio, pois quem pratica tais atos tem plena consciência de que eles causam prejuízo.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0499.10.002507-5/001 - Comarca de Perdões - Apelante: Márcio Heleno Venâncio - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Corréu: Ronaldo Marciano da Silva - 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 REJEITAR A PRELIMINAR DEFENSIVA E, NO MÉRITO, DAR PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 26 de junho de 2012. - *Eduardo Machado* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. EDUARDO MACHADO (Relator) - Trata-se de apelação criminal interposta contra a r. sentença de f. 199-215, que, julgando parcialmente procedente a denúncia, condenou o apelante pela prática dos crimes previstos nos arts. 163, parágrafo único, III, 329, 330 e 331, todos do CP e art. 309 do CTB, à pena de 1 (um) ano, 8 (oito) meses e 15 (quinze) dias de detenção, em regime aberto, e mais 20 dias-multa. Substituída a pena privativa de liberdade por uma restritiva de direitos.

Nas razões recursais, às f. 229-245, busca o apelante preliminarmente, a nulidade da sentença, ao argumento de que a mesma

> não preenche os requisitos exigidos no art. 381 do CPP, pois, ao condenar o denunciado, o MM. Juiz, não especificou o fato utilizado para lastrear cada delito, fato que prejudica a apresentação do presente recurso.

No mérito, pugna pela absolvição, alegando insuficiência probatória e a ocorrência da consunção em face dos delitos de desobediência, desacato e resistência.

Contrarrazões recursais, às f. 132-138.

Manifesta-se a douta Procuradoria de Justiça, às f. 260-266, pelo conhecimento e parcial provimento do recurso.

É, em síntese, o relatório.

Presentes seus pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

Preliminar de nulidade.

Inicialmente, suscita a defesa preliminar de nulidade da sentença, ao argumento de que a mesma "não preenche os requisitos exigidos no art. 381 do CPP, pois, ao condenar o denunciado, o MM. Juiz, não especificou o fato utilizado para lastrear cada delito, fato que prejudica a apresentação do presente recurso".

No entanto, da leitura da peça decisória, pode-se verificar que a mesma atende aos requisitos previstos no

art. 381 do CPP, expondo o fato criminoso, com suas circunstâncias, e individualizando, satisfatoriamente, cada conduta atribuída ao acusado, permitindo que o mesmo apresentasse o devido recurso.

Assim, ao contrário do sustentado pela defesa, não ocorreu qualquer ofensa à formalidade da sentença capaz de anulá-la.

Rejeito, pois, tal preliminar e passo ao exame do mérito recursal.

Mérito.

Narra a denúncia de f. 02-04 que, no dia 28 de abril de 2010, por volta das 22 horas, na Rua Nova Brasília, 219, Bairro Nova Brasília, no Município de Cana Verde-MG, o indigitado Márcio conduzia veículo automotor, em via pública, sem a devida permissão ou habilitação, gerando perigo de dano, desacatou funcionário público no exercício da função, desobedeceu a ordem legal de funcionário público e opôs-se à execução de ato legal, mediante violência a funcionário competente para executá-lo, causando-lhes ferimentos, além de ter deteriorado coisa alheia pertencente ao Estado de Minas Gerais.

Após regular instrução, conforme relatado, restou o apelante condenado como incurso nas sanções dos arts. 163, parágrafo único, III, 329, 330 e 331, todos do CP, e art. 309 do CTB, motivando o presente recurso, por meio do qual espera sua absolvição, sustentando, em síntese, insuficiência probatória e a ocorrência da consunção em face dos delitos de desobediência, desacato e resistência.

A materialidade dos delitos está plenamente demonstrada diante do boletim de ocorrência de f. 07-10; 12-14; 16-17; auto de resistência de f. 15; laudo médico de f. 18; bem como pela prova oral produzida.

Quanto ao delito de resistência, verifica-se que a autoria sobressai induvidosa, visto que, quando da abordagem dos policiais militares, o acusado correu do local, sendo inerente ao ser humano o desejo da fuga. Todavia, quando os policiais exerceram o uso da força, houve reação por parte do acusado, resistindo à conduta dos policiais.

Segundo o depoimento do próprio acusado, ele assume que agiu com violência, assim afirmando: "que é verdade que resistiu à prisão [...] que correu em direção à sua casa e os policiais correram atrás [...] que lutou para entrar dentro de casa [...]" f. 173.

No mesmo sentido o depoimento do irmão do acusado, Élcio de Souza Venâncio, f. 170.

E, corroborando as declarações acima, tem-se o laudo médico juntado aos autos, atestando as escoriações sofridas pelo policial militar Alisson Simão, o que confirma e atesta a violência com que se deu a resistência do acusado.

Assim, correto o reconhecimento do crime de resistência.

Lado outro, quanto ao delito de desobediência, tenho que não restou caracterizado o delito.

De acordo com o art. 195 do CTN, "desobedecer às ordens emanadas da autoridade competente de trânsito ou de seus agentes" caracteriza infração administrativa grave, punida com multa. Portanto, não configurado o crime de desobediência pelo agir do acusado.

Conforme entendimento de Paulo José da Costa Junior (in *Direito penal objetivo*. 1989, p. 669/670), mesmo sendo mera atividade de trânsito, o descumprimento de ordem de parada não se caracteriza como delito de desobediência, mas como infração administrativa de "desobedecer às ordens emanadas da autoridade competente de trânsito ou de seus agentes".

Dessa forma, havendo penalidade administrativa prevista para a conduta praticada pelo réu, não há espaço para a interferência do Direito Penal, impossibilitando a manutenção da condenação do acusado no caso concreto.

Nesse sentido, a jurisprudência:

> Processual penal. Trancamento da ação. Infração de trânsito. - O não acatamento a um sinal de policial militar a fim de parar o veículo não constitui crime de desobediência, mas infração de natureza administrativa e, como tal, punida pelo CNT. (R*HC* 3.707/SP, Rel. Ministro Jesus Costa Lima, Quinta Turma, julgado em 15.06.1994, *DJ* de 1°.08.1994, p. 18.664.)

> [...] Inocorre o delito de desobediência na conduta de motorista que, desatendendo à ordem de parada emanada de policial militar, prossegue com seu veículo em bloqueio de fiscalização de trânsito, uma vez que há cominação de penalidade administrativa para tal hipótese, prevendo o art. 195 da Lei n° 9.503/97 pena de multa (*RJTACRIM* 54/74).

Assim, tem-se que o descumprimento, pelo condutor, da ordem emanada por policiais militares no exercício da função de trânsito, de parar o veículo e identificar-se, com a entrega de documentos, caracteriza infração administrativa, e não a infração penal prevista no artigo 195 do CBT (Desobedecer às ordens emanadas da autoridade competente de trânsito ou de seus agentes. Infração - grave. Penalidade - multa), o que afasta o tipo penal e conduz à absolvição do acusado em relação a este delito, por atipicidade da conduta.

Já no que tange ao crime de desacato pelo qual também fora condenado o apelante, em que pese o esforço do ilustre advogado que patrocina a sua defesa, a meu ver, nenhuma razão lhe assiste em sua pretensão absolutória.

O policial militar Alisson Simão Josefa declarou, em juízo (f. 126), de conformidade com o que restou narrado nos boletins de ocorrência:

> [...] que saíram em perseguição ao denunciado; que o denunciado disse aos policiais 'Vocês são um bando de merda, quero ver me pegarem, vai tomar no cu [...]'.

Assim, verifica-se que restou cabalmente comprovado o desrespeito ao funcionário público no exercício de

suas funções de policial militar, tendo o acusado agido dolosamente com o intuito de menosprezá-lo.

Sobre o tema, esta é a orientação jurisprudencial deste egrégio Tribunal:

> Apelação criminal. Desacato. Desrespeito a policiais militares no exercício da função. Delito caracterizado. Condenação mantida. - Configura-se o crime de desacato quando, em público, o agente utiliza palavras de baixo calão contra policiais no exercício de suas funções, com intuito de depreciá-los e ultrajá-los, sendo irrelevante, para a caracterização do delito, o seu alegado estado colérico. (Apelação Criminal 1.0461.00.000365-1/001, Rel. Des. Eduardo Brum, j. em 29.08.06.)

Dessa forma, a simples conduta de o acusado insultar o policial militar, com o intuito de ultrajá-lo no exercício de suas funções, por si só, subsume ao tipo penal previsto no art. 331 do Código Penal, sendo, portanto, diante da prova inconteste de autoria e materialidade, incabível o acolhimento da tese absolutória.

Contudo, a resistência e o desacato ocorreram em um mesmo contexto temporal, em progressão criminosa, devendo ser aplicado o princípio da consunção: prática do delito de resistência subsumida pelo delito de desacato.

Nesse sentido, também já decidiu este Tribunal:

> Ementa: Apelação criminal. Furto. Ausência de dolo. *Animus furandi* não comprovado. Absolvição imperativa. Dano qualificado. Destruição de patrimônio público. Dolo específico demonstrado. Condenação mantida. Resistência e desacato. Crimes praticados em um mesmo contexto. Aplicação do princípio da consunção. Isenção das custas processuais. Matéria afeta ao juízo da execução. Recurso parcialmente provido. - Para configuração do crime de furto, exige-se a comprovação do ânimo, fundamental componente da conduta típica, que é assenhorear-se de coisa alheia. - O agente que, após a sua prisão, desfere chutes contra o vidro da viatura policial, vindo a quebrá-lo, em um nítido ato de rebeldia e indignação, deve responder pelos danos causados. - O crime de desacato, quando praticado em um mesmo episódio que o delito de resistência, e demonstrado que a real intenção do agente era apenas a de se opor à sua prisão, deve ser por este absorvido. - A condenação nas custas é uma consequência natural da sentença penal condenatória, conforme reza o art. 804 do CPP, sendo que eventual pedido de isenção (pela impossibilidade do pagamento) deverá ser analisado pelo juízo da execução. (Apelação Criminal 1.0056.08.184510-1/001(1), Data de julgamento: 09.02.2010.)

Assim, mantenho a condenação do acusado pela prática do crime de resistência, absolvendo-o do crime de desacato, pela aplicação do princípio da consunção, já que tal delito restou absorvido pelo crime de resistência.

Prosseguindo, quanto ao delito de dano, não há que se falar em absolvição.

O próprio acusado confessou que cerrou uma das algemas (f. 173):

> [...] que confessa que serrou uma algema [...] f. 173

E, a despeito das controvérsias sobre a matéria, entendo como dispensável o dolo específico de causar prejuízo a outrem para a configuração do delito de dano, bastando o dolo genérico, ou seja, a vontade e consciência de destruir, inutilizar ou deteriorar o que é alheio, pois quem pratica tais atos tem plena consciência de que eles causam prejuízo. Nesse sentido, trago à colação:

> Penal. Processo penal. Apelação criminal. Dano qualificado. Confissão extrajudicial. Testemunha presencial. Dolo específico. Desnecessidade. Condenação. Princípio da insignificância. Inaplicabilidade. - A confissão extrajudicial do réu, ainda que retratada em juízo, se amparada pelo acervo probatório produzido, torna certa a autoria do delito. Dispensável o dolo específico para a configuração do crime de dano, porque a noção de prejudicar é intrínseca da própria ideia e ato de causar o dano. O princípio da insignificância não foi acolhido pelo ordenamento jurídico brasileiro, sendo, portanto, incabível a sua aplicação pelo Judiciário, sob pena de violação dos princípios constitucionais da reserva legal e da independência dos Poderes. (TJMG, 4º C.Crim., Ap. nº 1.0145.05.249161-3/001(1), Rel. Des. Eli Lucas de Mendonça, j. em 04.07.2007; in *DOMG* de 18.07.2007.)

> Dano qualificado. Preso que serra a grade da cela da cadeia pública local. Configuração. - Tipifica o crime de dano qualificado a conduta do preso que serra a cela da cadeia pública, pois, para a integração do art. 163, parágrafo único, III, do Código Penal, basta que a intenção do agente seja voltada a destruir o patrimônio público, não lhe eximindo a intenção de fuga. Recurso a que se nega provimento. (TJMG, 1ª C.Crim., Ap. nº 1.0525.07.118410-1/001(1), Rel. Des. Judimar Biber, j. em 16.09.2008; in *DOMG* de 26.09.2008.)

Dessarte, diante das provas amealhadas, não há dúvida de que o acusado incorreu na conduta tipificada no art. 163, parágrafo único, III, do CP, sendo de rigor a manutenção de sua condenação.

Da mesma forma, restou devidamente comprovado o delito do art. 309 do CTB, uma vez que o próprio acusado confessa que não possuía carteira de habilitação e as testemunhas confirmam o perigo de dano em decorrência da direção perigosa do acusado.

Assim, correta a condenação primeva nas sanções do artigo acima.

Dessarte, nos termos das considerações acima, decoto da condenação as penas referentes aos crimes de desacato e desobediência e mantenho as penas fixadas pelos delitos de dano qualificado, resistência e dirigir sem habilitação, mantendo os demais termos da r. sentença vergastada.

Feitas tais considerações, rejeito a preliminar defensiva e no mérito, dou parcial provimento ao recurso para absolver o apelante da prática dos delitos previstos nos arts. 330 e 331 do Código Penal, mantendo quanto ao mais intacta a sentença recorrida.

Custas, na forma da lei.

É como voto.

DES. JÚLIO CÉSAR LORENS (Revisor) - De acordo com o Relator.

DES. ALEXANDRE VICTOR DE CARVALHO - De acordo com o Relator.

Súmula - REJEITARAM A PRELIMINAR DEFENSIVA E, NO MÉRITO, DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Tribunal do Júri - Homicídio qualificado - Legítima defesa da honra - Requisitos - Ausência - Decisão contrária à prova dos autos - Cassação do julgamento

Ementa: Júri. Homicídio qualificado. Absolvição. Legítima defesa da honra. Requisitos não satisfeitos. Decisão contrária à prova dos autos. Cassação do julgamento. Recurso provido.

- A soberania do Tribunal do Júri esbarra na plausibilidade do conteúdo decisório, o que significa dizer que nem toda decisão proferida pelo Conselho de Sentença pode ser admitida validamente. O veredicto do Tribunal Popular deve ser acatado apenas quando respaldado em uma versão que reflita, em si, uma interpretação plausível dos fatos a partir de critérios racionais.

- Ainda que se aceite, privilegiando a versão do réu, que a vítima lhe ofendeu a honra ao insultar e provocar sua esposa, admitir a reação violenta do agente que esfaqueia o ofendido pelas costas como uma resposta válida a essa conduta (legítima defesa da honra) seria compactuar com a involução dos costumes, em descrédito à pretensão, atualmente consolidada, da construção de uma sociedade amparada pelo respeito aos valores e direitos fundamentais do ser humano.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0143.03.004836-5/001 - Comarca de Carmo do Paranaíba - Apelante: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Apelado: Hudson Lopes Couto - Relator: DES. JÚLIO CEZAR GUTTIERREZ

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 4º Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sob a Presidência do Desembargador Delmival de Almeida Campos, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM PROVER O RECURSO.

Belo Horizonte, 27 de junho de 2012. - *Júlio Cezar Guttierrez* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. JÚLIO CEZAR GUTTIERREZ - Hudson Lopes Couto, qualificado nos autos, foi denunciado como incurso nas sanções do art. 121, § 2º, II e IV, do Código Penal, porque, em 31.09.03, na Praça Tote Barcelos, centro do Distrito de Quintinos, cidade de Carmo do Paranaíba, agindo com *animus necandi*, por motivo fútil e à traição, desferiu golpes de faca contra a vítima Armando Marques de Oliveira, provocando-lhe as lesões que foram a causa eficiente de sua morte.

Pronunciado nos termos da denúncia (f. 169/172), o réu foi julgado pelo Tribunal do Júri da Comarca de Carmo do Paranaíba, que houve por bem em absolvê-lo, sobrevindo a sentença de f. 252/253 exprimindo a vontade do Conselho de Sentença.

Inconformado, o Ministério Público recorreu, com fulcro no art. 593, III, *d*, do CPP, alegando ser a decisão manifestamente contrária à prova dos autos, pelo que pede a cassação do julgamento para submissão do réu a novo Júri (f. 265/274).

Contrarrazoando, a defesa se bate pelo conhecimento e não provimento do apelo (f. 281/285).

O parecer da douta Procuradoria-Geral de Justiça, da lavra do ilustre Procurador Marco Antônio Lopes de Almeida, é pelo conhecimento e provimento do apelo ministerial (f. 291/296).

É o relatório, em síntese.

Preliminarmente, conheço do recurso, presentes os pressupostos de admissibilidade.

Não há preliminares a serem enfrentadas, pelo que passo ao exame do mérito.

Cuida-se de apelação criminal interposta pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais em face da sentença proferida pelo Tribunal do Júri da Comarca de Carmo do Paranaíba, que, ao responderem afirmativamente ao quesito absolutório ("Os Jurados absolvem o réu Hudson Lopes Couto?"), acolheram a tese da legítima defesa da honra sustentada em plenário pela defesa.

O apelante sustenta que a decisão dos jurados é manifestamente contrária à prova dos autos, porquanto do acervo desponta, sem sombra de dúvidas, segundo alega, que a vítima não empregou violência contra o agente, limitando-se à prolação de impropérios verbais, e, ainda que se considere essa conduta como uma forma de agressão, ele não se utilizou de meios moderados para repeli-la, falecendo os requisitos para a caracterização da legítima defesa.

Consta da exordial acusatória que, no dia 21 de setembro de 2003, o apelado estava em um *trailer* de sanduíches com sua esposa Maria Belchiolina e, no momento em que se levantou para pagar a conta, a vítima Armando Marques de Oliveira se aproximou e conversou com Maria, despertando os ciúmes do réu, que, instantes após deixar o local em companhia da esposa, ali retornou empunhando uma faca e a utilizou para alvejar a vítima pelas costas, causando-lhe a morte.

A materialidade está comprovada no boletim de ocorrência (f. 07/09) e no laudo de necropsia (f. 19/20).

O apelado confessou o crime em todos os interrogatórios, aduzindo, contudo, que a vítima insultou sua esposa com palavras de baixo calão e jogou cerveja em seu rosto, como descreve em juízo:

> [...] que não se tratou de apenas uma conversa entre a vítima e a esposa do interrogando; que a vítima usou palavras de baixo calão dirigidas à esposa do interrogando, porque este se recusou a aceitar a carona que a vítima lhes oferecera; que não é verdade que o interrogando tenha saído de perto da vítima e voltado instantes depois, pois se afastou da mesma por apenas cinco metros; que a vítima tentou agarrar a esposa do depoente, a qual correu; que se sentiu humilhado; que afastou a distância de cinco metros para tentar proteger sua esposa; que, esclarecendo a dinâmica dos fatos, pode dizer que a vítima se levantou para tentar agarrar a esposa do depoente e esta saiu correndo, momento em que o depoente, para protegê-la, também se levantou e foi atrás da mesma, tendo, no entanto, se distanciado apenas uns cinco metros, momento em que a vítima parou e que o depoente retornou; que a vítima sentou-se então ao lado de um colega; que então avistou uma faca em cima de um balcão ao lado do *trailer*, apanhou-a e se dirigiu à vítima, frente a frente; que então desferiu-lhe apenas um golpe de faca atingindo-lhe as costas, na altura do ombro (f. 71/74).

Conquanto corroboradas pelo depoimento de sua esposa, Maria Belchiolina (f. 13/14 e 148), as declarações do apelado não foram confirmadas pelas testemunhas Milene Silva Pimenta (f. 33/34 e 111), Tácio José da Silva (f. 31/32 e 112) ou por Tarcísio Carlos de Souza (f. 28/29 e 141), todos apontados pelo casal como testemunhas presenciais do entrevero.

Mesmo aceitando-se que os jurados possam ter acolhido as declarações do réu como uma versão disponível nas provas dos autos, é temerária a caracterização dos requisitos da legítima defesa (art. 25 do CP).

A teor do art. 25 do CP, a legítima defesa exige a satisfação, concomitantemente, dos seguintes requisitos: a) injusta agressão a direito seu ou de outrem; b) agressão atual e eminente; c) utilização de meios necessários; d) moderação dos meios; e e) vontade de se defender (ânimo do agente).

Ora, ainda que se aceite que a vítima ofendeu a honra do apelado por meio de insultos, cantadas e provocações dirigidas à sua esposa, admitir a reação violenta do agente como uma resposta válida a essa conduta seria compactuar com a involução dos costumes, em sentindo contrário à pretensão, atualmente consolidada, da construção de uma sociedade amparada pelo respeito aos valores e direitos fundamentais do ser humano.

Ademais, o agente não teria se valido de meios moderados para repelir a injusta provocação da vítima, mesmo porque se armou com uma faca e desferiu 02 (dois) golpes pelas costas (laudo de f. 19/20), colhendo-a assentada em uma mesa de bar. Observe-se que nessas condições a vítima não oferecia qualquer perigo que justificasse a atuação extremamente agressiva do réu.

Pontue-se, derradeiramente, que o réu se afastou do local em que a vítima estava - por cerca de 15 (quinze) minutos, segundo a testemunha José Augusto de Oliveira (f. 22/23; confirmação em juízo à f. 129) - e retornou de posse do instrumento do crime, colhendo a vítima de forma desprevenida, condições que põem em cheque os requisitos da atualidade da agressão e da moderação no uso dos meios.

A soberania do Tribunal do Júri esbarra na plausibilidade do conteúdo decisório, o que significa dizer que nem toda decisão proferida pelo Conselho de Sentença pode ser admitida validamente. O veredicto do Tribunal Popular deve ser acatado não apenas quando respaldado em uma das versões apresentadas, mas também quando esta reflita, em si, uma interpretação plausível dos fatos a partir de critérios racionais.

Assim, ao acolher a tese da legítima defesa da honra, como uma interpretação válida da versão oferecida pelo réu, entendo que a opção dos jurados extrapola os limites da razoabilidade, não podendo ser aceita como uma interpretação juridicamente plausível.

Portanto, após muito compulsar os autos, a partir dos elementos de convicção ora apresentados, recebo a decisão do Júri com perplexidade. É certo que os jurados votam os quesitos soberanamente, de acordo com a sua própria consciência, na avaliação subjetiva que fazem dos debates e das provas apresentadas. Todavia, para que seja legítima, a decisão deve filiar-se à versão contida nas provas dos autos, o que não ocorreu no caso vertente.

Já se decidiu a respeito, em casos semelhantes:

> Tratando-se da prática de homicídio, o excessivo número de tiros desferidos contra a vítima, sendo um, inclusive, pelas costas, bem como a perseguição empreendida pelo agente ao seu suposto agressor, afastam a configuração da descriminante putativa da legítima defesa, pois inocorrente o uso moderado dos meios necessários para repelir injusta, atual ou iminente agressão a direito próprio ou de outrem (TJCE - *RT* 773/622) (In (MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Código Penal interpretado*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 234).

> Homicídio simples. Absolvição pelo reconhecimento da excludente da legítima defesa própria. Recurso do Ministério Público. Decisão que contraria de forma manifesta a prova dos autos. Excesso caracterizado. Imoderação na repulsa. Apelação provida. Decisão cassada. Novo julgamento determinado (TJMG - Apelação Criminal nº 1.0344.01.000272-5/002 - Relator: Des. Herculano Rodrigues - Data do julgamento: 14.04.2005. Data da publicação: 07.05.2005).

> Júri. Homicídio simples. Decisão manifestamente contrária às provas dos autos. Caso concreto. Absolvição do acusado. Acolhimento da tese de legítima defesa própria, sem amparo no conjunto probatório. Cassação do veredicto popular. Necessidade. - Deve ser cassada, por manifestamente contrária à evidência dos autos, a decisão popular que absolve o réu, acolhendo a tese defensiva da legítima defesa própria, que é contrariada pelas demais provas e indícios coligidos no processo. - Recurso ministerial conhecido e provido (TJMG - Apelação Criminal nº 1.0016.03.027000-9/001 - Relator: Des. Gudesteu Biber - Data do julgamento: 23.05.2006. Data da publicação: 31.05.2006).

> Cabe ao Conselho de Sentença optar pela versão que entender ser a correta, mas, se a versão acolhida tem apoio tão somente na palavra do réu, que diverge nos seus próprios interrogatórios e que, por sua vez, não encontra apoio nas demais provas dos autos, sem dúvida, estas foram contrariadas pela decisão (TJMT - AC - Rel. Milton Figueiredo Ferreira Mendes - *RT* 540/343) (In MARREY, Adriano e outros. *Teoria e prática do júri*. São Paulo: RT, 1997, p. 587).

Dessarte, verificando que o Júri decidiu em dissonância com o conjunto probatório colacionado aos autos, não vislumbro outra solução senão cassar o julgamento.

Por essas razões, dou provimento ao recurso, para cassar o julgamento, com fulcro no art. 593, III, *d*, § 3º, do CPP, determinando a submissão do réu a novo Júri.

Custas, na forma da lei.

É como voto.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES HERBERT CARNEIRO e DELMIVAL DE ALMEIDA CAMPOS.

Súmula - RECURSO PROVIDO.

...

Crime de perigo comum - Incêndio em residência - Autoria - Materialidade - Prova - Desclassificação para crime de dano - Inadmissibilidade

Ementa: Apelação criminal. Crime de perigo comum. Incêndio em residência. Preliminar de intempestividade. Rejeição. Autoria e materialidade comprovadas. Pedido de desclassificação para crime de dano. Inadmissibilidade.

- Iniciar incêndio em área habitada, com residências ao redor, é antever, perfeitamente, a possibilidade de dano concreto e a própria existência de perigo comum, devidamente comprovado no caso, não concretizados maiores prejuízos diante da intervenção de terceiros que conseguiram debelar o fogo.

- Caracterizado o crime previsto no art. 250 do CP, na forma qualificada no § 1º, inciso II, alínea *a*, não há que se falar em desclassificação para o crime de dano descrito no art. 163 do CP.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0549.06.004895-2/001 - Comarca de Rio Casca - Apelante: Alysson Mendonça Fontes - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - 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 REJEITAR A PRELIMINAR E NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 5 de junho de 2012. - *Silas Rodrigues Vieira* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. SILAS RODRIGUES VIEIRA (Relator) - Trata-se de recurso de apelação interposto contra a r. sentença de f. 105/110 nos autos da denúncia oferecida pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais em face de Alysson Mendonça Fontes, através da qual o MM. Juiz julgou procedente o pedido contido na denúncia para condenar o réu como incurso nas sanções do art. 250, § 1º, II, alínea *a*, do CP. A pena aplicada foi de 4 (quatro) anos de reclusão e 13 (treze) dias-multa. Concedida a substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direito, consistentes de prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária.

Nas razões de f. 113/128, Alysson Mendonça Fontes sustenta que não foi comprovada a autoria e que o fogo pode ter sido provocado por vela acesa dentro da residência. Roga pela desclassificação para o crime de dano previsto no art. 163 do CP "e ou para o incêndio culposo".

Contrarrazões às f. 134/142

A douta Procuradoria-Geral de justiça opinou pelo desprovimento do recurso (f. 147/153).

É o relatório.

Conheço dos recursos, presentes os pressupostos de sua admissibilidade.

Preliminar: intempestividade

Analiso inicialmente a preliminar de intempestividade suscitada pelo Ministério Público em contrarrazões.

Conforme dispõe o inciso I do art. 593 do Código de Processo Penal, o prazo para interposição do recurso de apelação em face da sentença condenatória proferida por juiz singular é de 5 (cinco) dias, contados da data da última intimação.

Verifica-se dos autos que o douto advogado foi intimado pessoalmente da r. sentença em 18.11.2011 (f. 111-v.), tendo sido o réu, ora apelante, também intimado pessoalmente em 19.12.2011 (f. 130-v.), devendo o prazo recursal iniciar-se a partir da última intimação, ocorrida na referida data. Considerando que o recesso forense se iniciou em 20 de dezembro de 2011, o recurso de apelação interposto em 26.12.2011 é tempestivo, ainda que o réu não tenha manifestado desejo de recorrer quando da sua intimação.

Rejeito a preliminar e adentro o mérito recursal.

Segundo consta na denúncia, no dia 31 de dezembro, por volta das 20h, na Rua Dr. Galba Miranda Chaves, nº 13, Bairro Centro, em Rio Casca/MG, Alysson Mendonça Fontes se encontrava na residência de sua genitora, juntamente com sua irmã Maíra Mendonça Fontes. Em dado momento, começaram a discutir e

entraram em luta corporal, sendo que a última conseguiu fugir para acionar a Polícia. Em seguida, Alysson ateou fogo na casa, danificando-a e expondo a perigo o patrimônio alheio, pois as chamas só não atingiram os imóveis vizinhos pela ação da comunidade, que encaminhou caminhão-pipa ao local. Por tal razão, foi denunciado como incurso nas sanções do art. 250, § 1°, II, alínea *a*, do CP.

Após a apresentação da defesa e a realização da instrução processual, o MM. Juiz julgou procedente o pedido contido na denúncia para condenar o réu como incurso nas sanções do art. 250, § 1°, II, alínea *a*, do CP. A pena aplicada foi de 4 (quatro) anos de reclusão e 13 (treze) dias-multa. Concedida a substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direito, consistentes na prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária.

A tese apresentada pela defesa é de que não foi comprovado que o réu ateou fogo na residência de sua genitora, o que não procede, como fundamentação a seguir.

A materialidade foi devidamente comprovada através do boletim de ocorrência de f. 15/16 e laudo pericial de f. 44/57.

A testemunha Hélcio Caldas Silveira, ouvida perante a autoridade policial, afirmou:

> [...] Que de posse do endereço o depoente foi até o local e deparou com a casa n. 13 da Rua Dr. Galba Miranda Chaves, em chamas; que, na tentativa de apagar o incêndio, o depoente permaneceu no local, sendo que a vítima Maíra Mendonça Fontes, irmã do conduzido, chegou ao local e informou ao depoente que o autor daquele incêndio era seu irmão, que após agredi-la ateou fogo no imóvel e evadiu-se do local; que os fatos foram confirmados pela pessoa de João Teixeira Neto, que também se encontrava no local (f. 05).

O depoimento foi confirmado em juízo, à f. 79.

O irmão do réu, Anderson Mendonça Fontes, informou à autoridade policial que não presenciou os fatos, mas que se encontrou com Alysson logo após o incidente e que tiveram uma discussão que os levou às vias de fato, como consta às f. 06/07.

Já a testemunha João Teixeira Neto declarou, em juízo, que é proprietário do bar que se situa abaixo da residência incendiada e que, naquele dia, Alysson havia ingerido bebida alcoólica (f. 80). Tal assertiva foi corroborada pelas declarações da irmã do réu, Maíra Mendonça Fontes, que narrou que antes do incêndio o apelante adentrou a casa embriagado, discutindo, e que a teria agredido, como a seguir:

> [...] a depoente estava assentada na sala de sua casa vendo televisão quando chegou o acusado embriagado, dizendo que o valor do aluguel do bar seria para pagar as suas contas do boteco; [...] Durante o mês inteiro o acusado ameaçou a depoente e sua mãe de colocar veneno na comida e fogo na casa (f. 81).

Pelo contexto, o que se percebe é que o recorrido, alterado pela ingestão de bebida alcoólica e buscando criar problemas familiares, entendeu por bem atear fogo na casa de sua mãe, como retaliação aos conflitos.

O laudo pericial de f. 44/57 não descartou a possibilidade de o incêndio ter sido cometido de forma proposital, sendo encontrados alguns objetos que poderiam ser a causa do incêndio.

Além disso, impõe-se registrar que os danos só não foram maiores devido à ação dos vizinhos, que impediu que o fogo se alastrasse, com a chegada de um caminhão-pipa.

A figura típica prevista no art. 250 do Código Penal não exige a produção do dano ou que o incêndio alcance grandes proporções, bastando a simples exposição a perigo, o que, frise-se, restou presente no caso em debate.

Nas palavras de Cezar Roberto Bittencourt:

> Bem jurídico protegido é a incolumidade pública, particularmente o perigo comum que pode decorrer das chamas provenientes de um incêndio. A simples exposição a perigo justifica a proteção penal, uma vez que a eventual produção de dano é irrelevante para a caracterização do crime.
> O tipo penal previsto no art. 250 do CP pressupõe a exposição a perigo comum, sendo a incolumidade pública o bem jurídico tutelado pela norma. Tendo sido o crime praticado em local ermo, afastado de outras casas, e não apresentando riscos à incolumidade pública, não ocorre delito de incêndio, mas de dano qualificado (art. 163, parágrafo único, II). Sem a existência de perigo à vida, à integridade física ou ao patrimônio de outrem, não se configura o crime de incêndio (BITENCOURT, César Roberto. *Tratado de direito penal*. Parte Especial. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, v. 4, p. 177).

Certo é que iniciar incêndio em área habitada, com residências ao redor, é antever, perfeitamente, a possibilidade de dano concreto e a própria existência de perigo comum, devidamente comprovado no caso; não foram concretizados maiores prejuízos diante da intervenção de terceiros, que conseguiram debelar o fogo. Caracterizado o crime previsto no art. 250 do CP, na forma qualificada no § 1°, inciso II, alínea *a*, não há que se falar em desclassificação para o crime de dano descrito no art. 163 do CP.

Com referência à dosimetria da pena, embora não seja objeto do recurso, cumpre aqui ressaltar que foi observado rigorosamente o critério trifásico disposto no art. 68 do Código Penal, considerando o julgador especificamente todas as circunstâncias judiciais, não havendo qualquer alteração a ser procedida, afigurando-se a reprimenda imposta justa e suficiente para os fins a que se destina.

Quanto às custas processuais, entendo que o título condenatório deve abarcar o encargo, por expressa disposição legal (art. 804 do Código de Processo Penal), relegando-se à fase de execução eventual pretensão de isenção do ônus (Súmula 58, Câmaras Criminais do egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais).

Com tais considerações, nego provimento ao recurso.

Custas, *ex lege*.

É como voto.

DES. ALBERTO DEODATO NETO (Revisor) - De acordo com o Relator.

DES. FLÁVIO BATISTA LEITE - De acordo com o Relator.

Súmula - RECURSO NÃO PROVIDO.

...

Furto qualificado - Crime tentado - Veículo - Ligação direta - Furto de uso - Não caracterização - Ausência de devolução espontânea do bem - Danificação no veículo - Apreensão do veículo pela polícia militar - Embriaguez voluntária - Excludente de culpabilidade - Não ocorrência - Concurso de pessoas - Configuração

Ementa: Apelação criminal. Art. 155, § 4º, IV, c/c art. 14, II, ambos do CP. Absolvição. Furto de uso. Inadmissibilidade. Decote da qualificadora do concurso de agentes. Impossibilidade. Recurso desprovido.

- Para configuração do furto de uso, é indispensável o uso momentâneo do bem e sua devolução à vítima no estado original, sem danificações. *In casu*, deve ser afastado seu reconhecimento, ausentes os requisitos.

- Sendo a ação delitiva permeada em coautoria, em razão da nítida divisão de tarefas entre os acusados, impõe-se a manutenção da qualificadora prevista no inciso IV, § 4º, do art. 155 do CP.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0701.11.005478-3/001 - Comarca de Uberaba - Apelante: Rodnei Araújo Rodrigues da Silva - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - 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 negar provimento ao recurso.

Belo Horizonte, 28 de junho de 2012. - *Matheus Chaves Jardim* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. MATHEUS CHAVES JARDIM (Relator) - Trata-se de apelação criminal interposta por Rodnei Araújo Rodrigues da Silva, na qual se insurge contra a sentença de f. 227/233, a lhe impor a reprimenda de 8 (oito) meses de reclusão, em regime aberto, com ulterior substituição por uma pena restritiva de direitos, e pagamento de 3 (três) dias-multa, em valor mínimo unitário, pela prática do delito compendiado no art. 155, § 4º, IV, c/c art. 14, II, ambos do CP.

A teor da tese exposta em recurso, não concorrem na espécie dos autos os elementos subjetivos e objetivos para configuração do delito narrado em denúncia, impondo-se o reconhecimento do furto de uso, pois o recorrente apenas adentrara no veículo em razão de estar alcoolizado, não estando imbuído de *animus furandi*.

Pugna pela edição de decreto absolutório e, alternativamente, pelo decote da qualificadora do concurso de agentes (f. 244/247).

Contrarrazões às f. 250/256 propugnando o MP pela manutenção da decisão impugnada.

A ilustrada Procuradoria-Geral de Justiça, às f. 262/265, manifestou-se pelo improvimento do apelo.

É o sucinto relatório. Passa-se à decisão.

Diversamente do alegado pela ciosa defesa, a autoria e materialidade delitiva exsurgem incontroversas dos autos, extraindo-se dos depoimentos das testemunhas subsídios probatórios a evidenciarem a perpetração da infração imputada ao recorrente, pois os meliantes foram surpreendidos por policiais tentando subtrair o veículo:

> [...] são verdadeiros os fatos narrados na denúncia que foi lida, os quais se deram ao tempo, modo e local mencionados; que havia três agentes quando a Polícia os abordou; que um dentro do carro e dois empurravam o carro pelo lado de fora; que um dos agentes tentou fugir, mas foi alcançado pela Polícia; que os agentes não assumiram a princípio que praticavam a subtração ilegal, apenas disseram que o carro estava com defeito; que somente depois de fazerem levantamento do dono do carro na Delegacia é que tiveram contato com a vítima e se esclareceu a situação delituosa; [...] que os agentes já estavam dois ou três quarteirões distantes da residência da vítima [...] (Luís Henrique Carrijo Montes, f. 111).

> [...] são verdadeiros os fatos narrados na denúncia que foi lida, os quais se deram ao tempo, modo e local mencionados [...] (Jorge Roldão de Oliveira, f. 112).

Convergentes a tais pronunciamentos, têm-se as declarações da vítima Francisco da Cunha Pinheiro Neto, a qual confirmara ter encontrado o automóvel em local diverso daquele em que havia estacionado:

> [...] são verdadeiros os fatos da denúncia; [...] não viu os réus levando o veículo; que todavia o carro já estava deslocado de onde havia sido parado quando foi recuperado; que foram os policiais que deram a notícia do furto pela ação suspeita dos agentes [...] (f. 216)

Por outro lado, a alegação do apelante de ter praticado o fato em razão de estar alcoolizado não autoriza a edição de decreto absolutório, porquanto a embriaguez voluntária ou culposa, como a do caso dos autos, não

exclui a imputabilidade penal, não isentando, portanto, o agente de pena, devendo este ser responsabilizado pelos atos praticados, nos termos do art. 28, II, do CP.

Traz-se à colação, ao ensejo:

> Apelação criminal. Roubo qualificado. Preliminar. Ausência de apreciação de tese defensiva. Inocorrência. Mérito. Autoria e materialidade comprovadas. Confissão judicial. Palavra da vítima. Desclassificação para furto ou constrangimento ilegal. Impossibilidade. Princípios da insignificância e da irrelevância penal do fato. Descabimento. Embriaguez voluntária. Artigo 28, §§ 1° e 2°, do *Codex*. Aplicação inviável. Dosimetria. Circunstâncias judiciais. Análise deficiente. Pena-base. Redução imposta. Regime prisional. Manutenção do semiaberto. - Não há que se falar em nulidade da sentença por ausência de apreciação de tese defensiva quando o juízo *a quo* adota posicionamento incompatível com a pretensão deduzida, que fica implicitamente rechaçada. - Restando comprovado que o agente, visando à subtração patrimonial, empregou grave ameaça contra a vítima, resulta inviável a desclassificação do roubo para furto ou mesmo para o delito de constrangimento ilegal. - Inviável a aplicação do princípio da insignificância ao delito de roubo, uma vez que a violência e a grave ameaça contidas no tipo penal não podem ser consideradas de menor importância. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça. - Não havendo notícia de qualquer fato posterior que tenha tornado irrelevante o delito, torna-se descabida a excepcional incidência do princípio da irrelevância penal do fato. - Somente a embriaguez proveniente de caso fortuito ou força maior enseja a aplicação do disposto no artigo 28, §§ 1° e 2°, do Código Penal. - A análise deficiente das circunstâncias judiciais enseja a correção pela instância revisora e consequente redução da pena-base imposta ao réu. - Ainda que favoráveis as circunstâncias judiciais, se a pena carcerária suplanta o patamar de quatro anos, resulta inviável a fixação do regime aberto. Inteligência do artigo 33, § 2°, *b*, do Código Penal. (TJMG, Apelação Criminal n° 1.0471.09.109187-9/002, Rel. Renato Martins Jacob, *DJ* de 06.09.2011.)

Da mesma forma, não deve ser acolhido o pleito defensivo de reconhecimento do furto de uso, pois para sua configuração é indispensável o uso momentâneo do bem e a sua restituição *in loco et integro*, circunstância não verificada na espécie, tendo-se contatado, inclusive, danos na rede elétrica do automóvel em razão da tentativa de "ligação direta" (f. 165). Anote-se em relação ao tema:

> Penal - Furto de uso - Inadmissibilidade - Não ocorrência de devolução do bem, que nem sequer foi retirado da vítima, uma vez que tentado - Danificações no veículo - Princípio da insignificância - Falta de previsão legal - Inadmissibilidade - Furto qualificado - Concurso de pessoas - Reconhecimento do privilégio - Impossibilidade - Tentativa - Redução grau máximo - Possibilidade - Menor aproximação do resultado - Reduzir pena-base - De ofício - Circunstâncias judiciais favoráveis - Prescrição retroativa - Entre a data do recebimento da denúncia e a publicação da sentença - Reconhecimento de ofício - Extinção da punibilidade - Provimento parcial. - Não configura furto de uso a ausência de devolução da *res*, que nem sequer foi retirada da esfera da vítima, visto se tratar de furto tentado, ainda mais em se considerando os danos realizados pelo agente no bem. Não cabe ao Poder Judiciário a aplicação do princípio da insignificância, porquanto constitui função do Poder Legislativo selecionar os critérios da tutela penal dos bens jurídicos. Tratando-se de furto qualificado por concurso de pessoas, impossível a aplicação do privilégio determinado pelo artigo 155, § 2°, do Código Penal. Impõe-se a redução pela tentativa no seu grau máximo em razão da menor aproximação do resultado. Se a pena é fixada de forma desproporcional às circunstâncias judiciais, necessária é sua redução. Decorrido o lapso prescricional entre a data de recebimento da denúncia e a publicação da sentença condenatória recorrível, declara-se de ofício extinta a punibilidade da pretensão punitiva, na modalidade retroativa. (TJMG, Apelação Criminal n° 1.0433.03.070282-6/001, Rel. Des. Pedro Vergara, *DJ* de 24.11.2006.)

> Apelação - Furto - Confissão - Furto de uso - Impossibilidade - Desistência voluntária - Não ocorrência - Desclassificação do delito para a forma tentada - Inadmissibilidade - Circunstâncias judiciais favoráveis - Redução da reprimenda - Recurso provido em parte. I - Para que se reconheça o furto de uso, é indispensável que reste demonstrada a predisposição do agente de restituir a *res furtiva* ao proprietário em perfeito estado de conservação, não sendo suficientes meras alegações do agente. II - Evidenciada a consumação do crime de furto e não restando demonstrada qualquer intenção do agente em interromper a prática criminosa, não há que se falar em desistência voluntária ou em desclassificação do delito para a forma tentada. III - Sendo favoráveis ao réu as circunstâncias judiciais, a reestruturação e redução da reprimenda é medida que se impõe. (TJMG, Apelação Criminal n ° 1.0151.09.030254-9/001, Rel. Des. Júlio César Lorens, *DJ* de 07.10.2010.)

Não há se falar, ainda, em decote da majorante do concurso de agentes, pois a ação delitiva fora permeada em coautoria, em razão da nítida divisão de tarefas entre os acusados. O corréu Cleverson estava do lado de dentro do veículo enquanto o recorrente e o outro comparsa estavam do lado de fora, empurrando-o para saírem do local, momento em que foram surpreendidos pelos milicianos. Atente-se ao magistério de Cezar Roberto Bitencourt:

> A resolução comum de executar o fato é o vínculo que converte as diferentes partes em um todo único. Todos participam da realização do comportamento típico, sendo desnecessário que todos pratiquem o mesmo ato executivo. Basta que cada um contribua efetivamente na realização da figura típica e que essa contribuição possa ser considerada importante no aperfeiçoamento do crime. [...] Na coautoria não há relação de acessoriedade, mas a imediata imputação recíproca, visto que cada um desempenha uma função fundamental na consecução do objetivo comum. (*Tratado de direito penal*. Parte Geral. 12. ed. São Paulo: Saraiva, v. 1, 2008.)

Por derradeiro, nenhuma modificação há de ser feita em relação à dosimetria empreendida. As penas-base foram fixadas no mínimo legal e reduzidas, em terceira fase, na fração máxima, sendo a sanção corporal substituída por uma pena restritiva de direitos, nos moldes do art. 44 do CP.

Isso posto, nego provimento ao recurso para manter incólume a r. sentença hostilizada.

Custas, *ex lege*.

DES. JOSÉ ANTONINO BAÍA BORGES (Revisor) - De acordo com o Relator.

DES.ª BEATRIZ PINHEIRO CAIRES - De acordo com o Relator.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Roubo - *Iter criminis* esgotado - Crime tentado - Não configuração - Circunstância atenuante - Pena - Redução aquém do mínimo legal - Impossibilidade

Ementa: Apelação criminal. Roubo. Tentativa. Não reconhecimento. *Iter criminis* esgotado. Pedido de redução da pena para abaixo do mínimo legal em razão de atenuante. Impossibilidade. Recurso desprovido.

- Subtraída a coisa mediante emprego de arma e em concurso de pessoas, consumado está o crime de roubo majorado, ainda que os agentes tenham tido breve posse da coisa, não havendo que se falar em desclassificação para a figura tentada.

- As atenuantes não podem conduzir a pena para abaixo do limite mínimo previsto no tipo penal infringido.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0183.11.006612-7/001 - Comarca de Conselheiro Lafaiete - Apelante: Cassiano Barbosa Domingos - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Relator: DES. JOSÉ ANTONINO BAÍA BORGES

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sob a Presidência do Desembargador José Antonino Baía Borges, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 26 de abril de 2012. - *José Antonino Baía Borges* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. JOSÉ ANTONINO BAÍA BORGES - A r. sentença de f. 103/107 condenou Cassiano Barbosa Domingos como incurso nas sanções do art. 157 do Código Penal, o primeiro à pena de 4 (quatro) anos de reclusão em regime aberto e ao pagamento de 10 (dez) dias-multa.

A defesa interpôs recurso de apelação alegando que o crime não chegou a se consumar e pedindo o reconhecimento da tentativa. Requer ainda a aplicação das atenuantes da confissão espontânea e da menoridade (f. 122/127).

Contrarrazões às f. 129/131.

A d. Procuradoria opinou pelo desprovimento do recurso (f. 142/146).

Nos termos do art. 593 do CPP, o prazo para interpor recurso de apelação é de 5 (cinco) dias.

O réu foi intimado em 15.8.2011 (f. 118/119), sendo que o recurso já havia sido interposto em 8.8.2011 (f. 113). Portanto, tempestivo.

Conheço do recurso.

Consta da denúncia que, em 7.4.2011, por volta das 17h30min, em uma trilha localizada nas proximidades do Motel Las Vegas, em Conselheiro Lafaiete, o ora apelante subtraiu para si, mediante violência contra a vítima Eva da Silva Baeta, uma bolsa contendo R$ 1.800,00 (mil e oitocentos reais), dois celulares e vários documentos pessoais.

Como dito, pede a defesa que se reconheça o crime na forma tentada.

Após examinar atentamente os autos, estou a concluir que, apesar ter sido preso pouco depois do evento ilícito, deva ser reconhecido o delito de roubo consumado, e não na forma tentada, como quer a defesa.

Conforme narrado pelo condutor do flagrante (f. 5/6 e 67) e pela vítima (f. 9/10 e 65), o apelante teve a posse da *res furtiva*, ainda que por breve espaço de tempo.

Frise-se que o apelante teve tempo suficiente para distribuir parte dos bens, uma vez que deu R$ 300,00 (trezentos reais) para sua amásia, pagou uma dívida de drogas no valor de R$ 758,00 (setecentos e cinquenta e oito reais) e vendeu um dos celulares (f. 16 e 69).

Assim, é certo que os objetos saíram da esfera de vigilância da vítima e entraram na livre disposição do autor, caracterizando o roubo na forma consumada.

Conforme entendimento dos Tribunais Superiores, a perseguição contínua ao agente e a efetuação de sua prisão pouco tempo depois do cometimento do delito não levam à incidência da regra do artigo 14, inciso II, do Estatuto Penal, não se exigindo que a coisa subtraída tenha entrado na esfera de disponibilidade do agente.

Sobre a polêmica consumação do delito do art. 157, o Plenário da Suprema Corte já decidiu que:

> O roubo está consumado se o ladrão é preso em decorrência de perseguição imediatamente após a subtração da coisa, não importando assim que tenha, ou não, posse tranquila desta (*RTJ* 135/161) (STF - *HC* 74481/SP - Rel. Min. Sydney Sanches).

Nesse sentido, esclarecedores também se afiguram os julgados do STJ:

> Penal. Recurso especial. Roubo. Consumação e tentativa.
> I - O delito de roubo se consuma no momento em que o agente se torna possuidor da *res* subtraída mediante grave ameaça ou violência.
> II - Para que o agente se torne possuidor, é prescindível que ele saia da esfera da vigilância do antigo possuidor, bastando que cesse a clandestinidade ou a violência (precedente do colendo Supremo Tribunal Federal - *RTJ* 135/161-192, sessão plenária) (STJ - 5ª Turma - REsp nº 274539/SP - Rel. Min. Félix Fisher - j. em 06.02.2001 - *DJ* de 19.03.2001).

> Recurso especial. Penal. Roubo. Consumação. Posse tranquila da *res furtiva*. Desnecessidade. - Assentada jurisprudência desta Corte e do Colendo STF no sentido de que o crime de roubo se consuma com a mera posse, ainda que por curto período de tempo, da coisa alheia móvel subtraída mediante violência ou grave ameaça. Não se exige, para a consumação do delito, a posse tranqüila da *res furtiva*. Recurso conhecido e provido (STJ - 5ª Turma - REsp nº 267206/SP - Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca - j. em 15.03.2001 - *DJ* de 04.06.2001).

> O crime de roubo está consumado se o agente, ainda que por breve momento, tem, após o desapossamento violento, a disponibilidade dos objetos. Não é exigível a posse tranquila da *res furtiva*, bastando que cesse a violência ou a clandestinidade. Precedentes deste STJ e do STF. (STJ - 5ª Turma - *HC* nº 14787/SP - Rel. Min. Edson Vidigal - j. em 27.03.2001 - *DJ* de 07.05.2001).

Diante disso, a sentença merece confirmação.

A defesa pede ainda a aplicação das atenuantes da confissão espontânea e menoridade e a consequente redução da pena.

Cabe ressaltar que, apesar dos entendimentos contrários, tenho que as atenuantes não podem reduzir a pena aquém do mínimo legal.

As atenuantes não fazem parte do tipo penal, mas cuidam, apenas, de circunstância pessoal do agente que não afeta a estrutura típica do delito.

Assim, quando há atenuante, fica o juiz adstrito ao limite mínimo da pena cominada para o crime em questão.

Bem ao contrário, o montante da redução pela causa de diminuição de pena vem expresso na lei.

Sendo assim, quando há causa de diminuição de pena, que, ao contrário da atenuante, faz parte da estrutura típica do delito, pode a pena-base ser reduzida para baixo do mínimo legal previsto no tipo penal, mas, aí, é o próprio legislador, e não o juiz, que prevê essa redução da pena cominada para o crime.

Veja-se que, como o montante da diminuição referente ao reconhecimento da atenuante fica a critério do juiz, ao se admitir que a atenuante pudesse trazer a pena-base para baixo do mínimo legal, não se teria limite algum para a fixação da pena pelo magistrado, o que não se pode aceitar, dada a própria insegurança jurídica que isso geraria na aplicação da pena.

Nesse sentido é a autorizada lição de Cezar Roberto Bitencourt:

> As atenuantes e as agravantes não podem conduzir a pena para fora dos limites, mínimo e máximo, previstos no tipo penal infringido (in *Tratado de direito penal*. 8. ed. Editora Saraiva, 2003, p. 559).

Por fim, esse entendimento está sedimentado não apenas na Súmula nº 231 do Superior Tribunal de Justiça, mas também na Súmula nº 43 deste Tribunal de Justiça, que possui o seguinte teor:

> Nenhuma circunstância atenuante pode reduzir a pena aquém do mínimo legal, como nenhuma agravante pode aumentá-la além do máximo cominado.

Por todo o exposto, nego provimento ao recurso.

Custas, na forma da lei.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES BEATRIZ PINHEIRO CAIRES e RENATO MARTINS JACOB.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

...

Crime societário - Dano ao meio ambiente - Poluição - Art. 54 da Lei 9.605/98 - Responsabilidade penal objetiva - Inadmissibilidade - Princípios constitucionais da culpabilidade e da presunção de inocência - Princípio *societas delinquere non potest* - Insuficiência de prova - Absolvição

Ementa: Apelação. Crime ambiental. Responsabilidade penal objetiva. Inadmissibilidade. Insuficiência de provas. Absolvição.

- Nos denominados crimes societários, é imprescindível que o arcabouço probatório revele quem efetivamente praticou o delito ou ordenou que praticassem, apontando as provas que suportem determinada conclusão.

- Os princípios constitucionais da culpabilidade e da presunção de inocência impõem a produção probatória acerca do elemento subjetivo do injusto e da efetiva participação no fato punível da pessoa física relacionada com a empresa, vigente, ainda que de forma mitigada, o princípio *societas delinquere non potest*.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0051.03.006809-5/002 - Comarca de Bambuí - Apelante: Assistente do Ministério Público - Apelados: Ari Antônio de Carvalho, Adonilho Lemos de Oliveira, José Carlos Machado, Jociel Vieira de Lima, Rúbio de Freitas Severo - Corréu: Eugênio Carvalho Alzamora - Relator: DES. ALEXANDRE VICTOR DE CARVALHO

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 5ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sob

a Presidência do Desembargador Alexandre Victor de Carvalho, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM REJEITAR PRELIMINARES DO ASSISTENTE DO MINISTÉRIO PÚBLICO E, NO MÉRITO, NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 26 de junho de 2012. - *Alexandre Victor de Carvalho* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. PRESIDENTE - O julgamento deste feito foi retirado de pauta, na sessão do dia 19.06.2012, pelo Des. Relator, para cadastramento do advogado.

DES. ALEXANDRE VICTOR DE CARVALHO - 1 - Relatório.

O assistente de acusação, inconformado com a sentença oriunda da Comarca de Bambuí, que absolveu os apelados do crime descrito no art. 54 da Lei 9.605/98, dela recorreu.

Narrou a denúncia que, no ano de 2003, em horário não apurado, na Rua Santos Dumont, nº 1.420-B, Bairro Nossa Senhora de Fátima, os acusados Jociel Viera de Lima, José Carlos Machado, Ari Antônio de Carvalho, Adonilho Lemos de Oliveira, Rúbio de Freitas Severo e Eugênio Carvalho Alzamora, membros do Conselho Administrativo da Cooperativa Agropastoril e Industrial de Bambuí Ltda., mediante a instalação de um silo graneleiro para processamento e armazenamento de grãos, causaram poluição em níveis capazes de resultar em danos à saúde humana.

A denúncia foi recebida em 29 de setembro de 2006 (f. 349).

À exceção de Eugênio, citados, os acusados não aceitaram a proposta de suspensão condicional do processo (f. 351/354 e 356).

O feito foi desmembrado em relação ao corréu Eugênio (f. 439).

Os interrogatórios aconteceram às f. 366/373.

Ao longo da instrução, testemunhas foram ouvidas (f. 416/418 e 454/457).

As alegações finais foram apresentadas (f. 493/498, 500/504, 511/512).

Foi proferida sentença na qual restaram os apelados absolvidos (f. 513/520).

O apelante recorreu pleiteando, em preliminar, a nulidade do feito com a inclusão da cooperativa no polo passivo e a anulação da decisão que desmembrou o feito em relação ao corréu Eugênio Carvalho Alzamora; no mérito, busca a condenação dos apelados (f. 530/536).

O Magistrado *a quo*, entendendo não haver legitimidade para o assistente de acusação, não recebeu o recurso (f. 546/547).

Houve interposição de recurso em sentido estrito, que, contra-arrazoado, foi julgado procedente nesse aspecto (f. 554/557, 560/564, 566, 567/570 e 583/588).

O parecer ministerial e as contrarrazões à apelação foram apostos (f. 593/599, 602 e 617/622).

A Procuradoria-Geral de Justiça opinou pela rejeição das preliminares e pelo desprovimento do recurso (f. 607/613).

É o relatório.

2 - Conhecimento.

Conheço do recurso em face de seu ajuste legal.

3 - Preliminar.

Instaura o apelante duas preliminares: a primeira, referente à não inclusão da Cooperativa Agropastoril e Industrial de Bambuí Ltda., pessoa jurídica, no polo passivo da acusação; e a segunda, referente à incorreção da decisão que desmembrou o feito em relação ao corréu Eugênio Carvalho Alzamora.

Após atenta e criteriosa análise dos autos, *data venia*, entendo que em nenhuma das duas preliminares assiste razão ao recorrente. A primeira se torna absolutamente inócua diante do sistema processual penal adotado, o acusatório, que, precipuamente, separa as funções de julgamento, de defesa e de acusação, atribuindo a esta última, em caso de ação penal pública, como nos autos, exclusividade ao Ministério Público. Em sendo assim, diante da inércia pontual do órgão legitimado, não pode o julgador, ainda mais em sede recursal, impor a sua atuação, devendo, ao revés, analisar o feito da forma como lhe for apresentado.

O desmembramento questionado (f. 439), da mesma forma, foi absolutamente legal, pois embasado na necessidade de se evitar demora e, via de consequência, prejuízo à instrução, motivo, entendo, absolutamente relevante - art. 80 do CPP.

Rejeito, então, as duas preliminares.

4 - Mérito.

Busca o apelante, no mérito, a condenação dos apelados pelo crime descrito no art. 54 da Lei 9.605/98. Argumenta, para tanto, que os apelados eram integrantes do Conselho de Administração da Cooperativa Agropastoril e Industrial de Bambuí Ltda. - Capib -, e, por isso, em havendo comprovado dano ambiental, devem ser responsabilizados.

Após atenta e criteriosa análise dos autos, *data venia*, nos termos proferidos em primeiro grau e, também, do parecer da cúpula ministerial, entendo ser imperiosa a manutenção da absolvição dos apelados.

Concluiu o Magistrado *a quo*, após breves considerações sobre o conceito analítico de crime, mas detidamente acerca do fato típico, e pontuou, com todo o acerto, que não se deve confundir a responsabilização da pessoa física com a da pessoa jurídica, visto não existir prova concreta e evidente de que a conduta dos apelados, integrantes do conselho de administração da cooperativa, teria vinculação direta com o resultado lesivo supostamente provocado pela pessoa jurídica em destaque.

Transcrevo, dada a qualidade de sua argumentação, trechos da sentença:

> Não se pode equiparar, a qualquer custo, os atos de pessoas jurídicas e atos de seus diretores ou membros de conselho administrativo. Isto não exclui a responsabilidade criminal dos diretores de pessoa jurídica em relação aos crimes ambientais praticados no exercício da função, mas, para a apuração destes crimes, é necessário um cuidado maior, sob pena de infringir os princípios basilares do direito penal.
> Acreditar que qualquer dano ambiental, provocado pela Capib, representa um ato criminoso por parte dos membros de seu Conselho Administrativo, representa, no mínimo, um excesso - f. 519.

Realmente, há muito foi alijada do Direito Penal pátrio a responsabilidade penal objetiva.

Para que alguém seja condenado criminalmente, é imprescindível a prova do dolo ou da culpa, nos termos dos arts. 18 e 19 do Código Penal.

Denunciados por crime ambiental na sua forma dolosa, a prova que se requer para a condenação dos réus é relativa à prática do delito de maneira intencional.

In casu, entretanto, não se encontra qualquer elemento de convicção, contundente, nesse sentido.

Importante destacar que uma prática comum no dia a dia forense é a formulação de denúncia, em delitos relacionados com empresa, com fulcro no contrato social da corporação.

Muitas vezes, não há investigação minuciosa acerca do fato delituoso para colheita de provas daqueles que, direta e pessoalmente, contribuíram para o crime.

Contenta-se a autoridade policial em relacionar determinada infração penal a uma atividade empresarial, decorrendo daí lógica imputação do ilícito aos sócios-gerentes do empreendimento.

Todavia, em matéria penal, tal ligação é pouco para alicerçar uma condenação.

É imprescindível que o arcabouço probatório revele quem efetivamente praticou o delito ou ordenou que praticassem, apontado as provas que suportem determinada conclusão.

É que os princípios constitucionais da culpabilidade e da presunção de inocência impõem a produção probatória acerca do elemento subjetivo do injusto e da efetiva participação no fato punível da pessoa física relacionada com a empresa, vigente, ainda que de forma mitigada, o princípio *societas delinquere non potest*.

In casu, a investigação iniciou-se com a requisição do Promotor de Justiça, motivado por um abaixo-assinado de moradores, acerca da instalação no Município de um silo graneleiro de propriedade da Cooperativa Agropastoril e Industrial de Bambuí Ltda. - Capib, cujos integrantes do conselho administrativo, à época, eram os apelados.

Após inspeção da Polícia Militar, elaborou-se o laudo de f. 492, comprovando o elevado nível de poluição sonora produzido pelo silo graneleiro.

A Capib, por sua vez, comprovou a existência de alvará de funcionamento regular junto ao Município, desde 1991 (f. 46 e 48).

Os recorridos, em juízo, ou disseram nada saber sobre o caso (Ari Antônio de Carvalho), ou disseram não ter tido qualquer poder de decisão acerca da instalação do silo (José Carlos Machado), ou confirmaram a condição de diretor conselheiro, dizendo, entretanto, que a cooperativa tinha autorização da Feam para o regular funcionamento do silo e que foi cumprida a determinação da Feam para a colocação de um filtro, e que o acordo judicial, para amenizar a poluição, determinava o plantio de árvores ao redor da propriedade, nada dizendo, entretanto, sobre o real poder de decisão que tinham (Adonilho Lemos de Oliveira, Rúbio de Freitas Severo e Jociel Vieira de Lima) - f. 366/373, 378/379.

As testemunhas ouvidas às f. 452/157 narraram os danos ambientais causados. Rawlison Castoril chegou, inclusive, a dizer que a autorização para a construção do silo partiu do corréu, não apelado, Eugênio.

Do exposto, pode-se dizer que as provas não indicam, com clareza, a real conduta de cada apelado na tomada de decisão acerca dos limites de funcionamento da cooperativa.

Registro que a ata da reunião ordinária do Conselho Administrativo da Cooperativa, ao contrário do que foi pontuado pela assistência da acusação, não registra qualquer atuação decisiva dos recorridos na tomada de decisão da empresa, mas apenas e tão somente reafirma a eleição da chapa, composta pelos acusados, para o conselho (f. 189).

Várias possibilidades, é verdade, surgem nesse frágil conjunto probatório, inclusive que o dano ambiental (poluição sonora) tenha sido praticado por autorização exclusiva do corréu Eugênio, então presidente da cooperativa.

Reafirmo que o só fato de serem os acusados conselheiros da Capib não enseja a conclusão compulsória de que seriam responsáveis por danos por ela causados.

Parece ser esse o raciocínio equivocado que o apelante pretende ver consagrado neste julgamento e que deve ser rechaçado com veemência.

O resguardo do princípio da culpabilidade tem sido uma constante nos julgamentos do Superior Tribunal de Justiça, principalmente nos casos dos denominados crimes societários, ou seja, relacionados com atividades empresariais. Assim:

> Penal. Processual penal. *Habeas corpus*. 1. Inépcia da denúncia. Descrição insuficiente dos fatos. Nulidade absoluta. Ocorrência. Prejuízo à ampla defesa flagrante. 2. Crimes societários. Mera qualidade de sócio. Não demonstração de nexo de causalidade mínimo. Impossibilidade. Responsabilidade objetiva. 3. Ordem concedida. 1. Não tendo sido expostos os fatos imputados à paciente de forma suficiente, em atendimento aos requisitos do art. 41 do Código de Processo Penal, e causando flagrante prejuízo à ampla defesa, é de se reconhecer a nulidade absoluta da

denúncia. 2. Mesmo em se tratando de crimes societários, é indispensável a indicação de uma conduta que se ligue minimamente ao resultado, não bastando a referência à condição de sócio, sob pena de responsabilização de caráter objetivo. 3. Ordem concedida para anular o processo, desde a denúncia, dando oportunidade para que outra seja proferida, com a adequada exposição do fato (STJ - *HC* 50804 - Relatora: Ministra Maria Thereza).

Por todo o exposto, não comprovada conduta criminosa dolosa realizada pelos apelados, a manutenção da absolvição é a medida que se impõe.

5 - Conclusão.

Com essas considerações, nego provimento ao recurso.

É como voto.

Sem custas.

DES. PEDRO VERGARA - De acordo.

DES. EDUARDO MACHADO - De acordo.

Súmula - REJEITARAM PRELIMINARES DO ASSISTENTE DO MINISTÉRIO PÚBLICO E, NO MÉRITO, NEGARAM PROVIMENTO.

...

Crime de trânsito - Homicídio culposo - Autoria - Materialidade - Imprudência - Caracterização - Vítima sogro do acusado - Perdão judicial - Admissibilidade - Extinção da punibilidade

Ementa: Apelação criminal. Crime de trânsito. Homicídio culposo. Autoria e materialidade comprovadas. Perdão judicial. Cabimento. Extinção da punibilidade. Possibilidade. Recurso não provido.

- Presentes os elementos do crime culposo, demonstrados pelas provas colacionadas, impõe-se a condenação do acusado.

- É cabível a concessão do perdão judicial se os desdobramentos do delito atingiram o acusado de maneira tão grave que a pena se mostra despicienda, e, consequentemente, da mesma forma, possível a extinção da punibilidade.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0284.08.008139-1/001 - Comarca de Guarani - Apelante: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Apelado: Silvano Figueiredo de Paula - Relator: DES. JAUBERT CARNEIRO JAQUES

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 6ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sob a Presidência do Desembargador Furtado de Mendonça, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NÃO PROVER O RECURSO.

Belo Horizonte, 29 de maio de 2012. - *Jaubert Carneiro Jaques* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. JAUBERT CARNEIRO JAQUES - Silvano Figueiredo de Paula, devidamente qualificado e representado nos autos, foi denunciado pela prática do delito previsto no art. 302 do Código de Trânsito Brasileiro, porque, no dia 19 de janeiro de 2008, por volta das 23h30min, na Rodovia MG 265, na altura do km 104, zona rural de Piraúba/MG, conduzindo uma motocicleta Honda/CG 150 Titan KS, ano de fabricação 2005, placa HVB-6704, com a vítima Laércio Paulo Costa na garupa, na porção final do trecho retilíneo e início de curva acentuada à direita, invade sua contramão direcional, vindo a interceptar a trajetória oposta empreendida por um ônibus, causando no passageiro as lesões que foram a causa de sua morte.

Narra a denúncia ainda que o sinistro ocorreu em decorrência da falta de cuidado objetivo esperado do denunciado, que agiu com imprudência ao conduzir seu veículo sem a atenção devida e os cuidados indispensáveis à segurança do trânsito (f. 02/04).

A denúncia foi recebida no dia 15 de outubro de 2009 (f. 80/81). A defesa preliminar foi apresentada (f. 103/105), com instrução processual e interrogatório (f. 128/129), oitiva de testemunhas (f. 124/127, 144/146 e 154/156) e alegações finais das partes (f. 164/174 e 175/190). O MM. Juiz sentenciante, julgando procedente a peça acusatória, condenou o acusado, como incurso na sanção do art. 302 da Lei 9.503/1997, à pena total de dois (02) anos de detenção, em regime aberto, sendo-lhe deferida a substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, consistindo em prestação de serviços à comunidade, pelo mesmo tempo da pena aplicada, e prestação pecuniária de cinco (05) salários mínimos, bem como a suspensão do direito de dirigir por dois (02) meses. Por fim, concedeu o perdão judicial, julgando extinta a punibilidade (f. 191/196).

Inconformado com a decisão, o *Parquet* recorreu, sustentando que a materialidade e autoria restaram devidamente comprovadas nos autos. Alega que o réu não faz jus ao perdão judicial, uma vez que o acidente se deu por sua culpa, e diz que não há se falar em extinção da punibilidade (f. 199/209).

Contrarrazões defensivas à f. 210/212, nas quais o recorrido pugna pela manutenção da sentença ora guerreada.

A d. Procuradoria-Geral de Justiça manifestou pelo provimento do recurso ministerial. (f. 226/230)

É o relatório.

Conheço do recurso, visto que presentes os pressupostos de admissibilidade e processamento.

Não há preliminares a serem decididas nem nulidades a serem declaradas.

Sustenta o *Parquet*, em suas razões recursais, que a materialidade e autoria restaram devidamente comprovadas nos autos. Alega que o réu não faz jus ao perdão judicial, uma vez que o acidente se deu por sua culpa, e diz que não há se falar em extinção da punibilidade.

A materialidade delitiva encontra-se suficientemente comprovada pelo boletim de ocorrência de f. 08/15, auto de corpo delito de f. 16, laudo pericial de f. 63/75.

Quanto à autoria, há provas contundentes de que é o apelado o autor do delito apurado, apesar de afirmar que o referido acidente teria sido causado pelo motorista do ônibus.

Analisando-se o laudo pericial acostado aos autos à f. 61/68, extrai-se:

> [...]
> Conclusão
> Os elementos colhidos no local e veículos, expostos e analisados no presente laudo, embasam o parecer da perícia que o acidente em tela foi motivado pela invasão da contramão direcional por parte do condutor da motocicleta, inclusive, com perda do controle direcional da unidade, vindo interceptar a trajetória empreendida pelo ônibus. A exiguidade de tempo e espaço impossibilitou o êxito diante da tentativa de se evitar ou minorar as proporções do acidente, por parte do condutor do segundo veículo, ao desviar à direita [...] (laudo da perícia criminal de l. 67).

Soma-se a ele a prova oral colhida:

> [...] que são verdadeiros em parte os fatos narrados na denúncia, a qual foi lida no presente ato; [...] (interrogatório de f. 128/129).

> [...] que era passageiro do ônibus envolvido no acidente; que estava sentado no banco atrás do motorista; que presenciou o momento do acidente; que na hora do acidente chovia; que o acidente ocorreu dentro da curva, em frente à escola municipal, vindo a motocicleta colidir de frente com o ônibus; que a motocicleta saiu de trás do caminhão para entrar na referida estrada de terra, vindo a colidir de frente com o ônibus, que saiu pelo acostamento; que a motocicleta convergiu sem observar as condições da estrada, para entrar em uma estrada de terra [...] (depoimento de Lulivelton de Souza Silva, f. 144).

> [...] que era o condutor do ônibus envolvido no acidente; que a motocicleta trafegava atrás de um caminhão, sentido Tocantins/ Rio Pomba; que do lado direito do ônibus que o depoente conduzia em sentido Rio Pomba/Tocantins, havia uma estrada de terra na curva da rodovia; que o acusado saiu de trás do caminhão para entrar na referida estrada de terra, vindo a colidir de frente com o ônibus: que saiu pelo acostamento; que no dia dos fatos estava caindo uma neblina; [...] (depoimento de testemunha Jeferson de Freitas, f. 145).

> [...] que era passageiro do ônibus envolvido no acidente; que estava sentado no banco da frente do ônibus; que presenciou o momento do acidente; que na hora do acidente chovia muito forte; que o acidente ocorreu dentro da curva, vindo a motocicleta a colidir de frente com o ônibus; que não havia nenhum outro veículo na hora do acidente; que a motocicleta convergiu sem observar as condições da estrada, para entrar na referida estrada de terra que saia em Piraúba. [...] (depoimento de Sebastião Dias de Melo, f. 146).

Assim, no meu entendimento, incontestes a materialidade e autoria.

Presentes, ainda, as elementares da culpa, senão vejamos:

> Culpa, na sua conceituação clássica, 'é a conduta voluntária (ação ou omissão) que produz um resultado (evento) antijurídico não querido, mas previsível e excepcionalmente previsto, que podia, com a devida atenção, ser evitado (Maggiore, cit. por Costa e Silva, ob. cit., p. 117) (FRANCO, Alberto Silva e outros. *Código Penal e sua interpretação jurisprudencial*. Parte Geral. 7. ed. Ed. Revista dos Tribunais, v. 1, p. 316).

> O fato culposo pode ser decomposto nos seguintes elementos: a) um ato inicial voluntário, praticado com imprudência, negligência ou imperícia; b) um resultado de dano ou de perigo, definido na lei como crime; c) ausência de vontade e mesmo de previsão desse resultado; d) possibilidade de prevê-lo (Aníbal Bruno, ob. cit., v. II/85) (obra citada, p. 317).

A imprudência do apelado emerge cristalinamente das provas carreadas aos autos.

Extrai-se, do conjunto probatório, que este dirigia de forma a não observar os deveres de cuidado, agindo imprudentemente ao proceder à ultrapassagem do ônibus para entrar numa estrada de terra, ocasionando o acidente que resultou no óbito de Laércio Paulo Costa.

Verifica-se do laudo pericial que o mesmo foi preciso ao afirmar que o acidente decorreu pela invasão da contramão direcional pela motocicleta dirigida pelo recorrido, perdendo o controle direcional dela.

Cumpre ressaltar que, ainda que o condutor do ônibus tenha visto a motocicleta invadir a sua mão da via e concorrido de alguma forma para a ocorrência do resultado, a conduta deste não tem o condão de excluir a tipicidade da ação praticada pelo apelado, porquanto não se admite na seara penal a compensação de culpas.

Nesse sentido, leciona Guilherme de Souza Nucci:

> [...] compensação de culpas: não se admite no direito penal, pois infrações penais não são débitos que se compensem, sob pena de retornarmos ao regime do talião. Assim, se um motorista atropela um pedestre, ambos agindo sem cautela, responderá o condutor do veículo, ainda que se alegue ter incidido o passante em imprudência ao atravessar a rua [...] (*Código Penal comentado*. 10. ed. ver., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010).

A culpa do apelado, como é de se concluir, é inconteste.

Compulsando os autos, verifico que o apelado tinha a possibilidade de antever o resultado danoso e evitá-lo. Entretanto, em face da não observância dos cuidados e cautelas essenciais para o caso, não foi evitada a colisão e a morte de uma pessoa.

Evidente se encontra, pois, a existência do nexo de causalidade. E, apesar de presentes todos os elementos do crime culposo, entendo que deve ser desprovido

o recurso ministerial, mantendo-se a condenação do apelante como incurso nas sanções do art. 302, *caput,* da Lei 9.503/97, bem como a concessão do perdão judicial.

A respeito da matéria, o professor Guilherme de Souza Nucci diz:

> Perdão judicial: é a clemência do Estado, que deixa de aplicar a pena prevista para determinados delitos, em hipóteses expressamente previstas em lei. Esta é uma das situações que autoriza a concessão do perdão. Somente ao autor de homicídio culposo - anotando-se que a introdução do perdão nesse contexto deveu-se aos crimes de trânsito -, com inspiração no Código Penal alemão, pode-se aplicar a clemência desde que ele tenha sofrido com o crime praticado uma consequência tão séria e grave que a sanção penal se torne desnecessária. Baseia-se no fato de que a pena tem o caráter aflitivo, preventivo e reeducativo, não sendo cabível a sua aplicação para quem já foi punido pela própria natureza, recebendo, com isso, uma reeducação pela vivência própria do mal que causou (*Código Penal comentado*. 10. ed. Editora TR, p. 622).

Portanto, a meu ver, existe prova cabal a demonstrar o alegado relacionamento sustentado pelo apelado com a vítima, já que era o pai de sua esposa, motivo pelo qual perfeitamente cabível a concessão do perdão judicial aplicado.

Por fim, verifica-se que as penas impostas estão condizentes com o escopo de reprovação e prevenção do crime e em observância das diretrizes legais dos arts. 59 e 68, ambos do Código Penal, conforme devidamente analisados às f. 191/196, não merecendo reforma a sentença atacada.

Correta também, a meu ver, a suspensão da habilitação para dirigir pelo período de dois (02) meses, diante da pena aplicada ao recorrente.

Observa-se, ainda, que o douto Juízo *a quo* aplicou corretamente a substituição da pena privativa de liberdade pelas restritivas de direito, sendo elas uma na modalidade de prestação de serviços à comunidade, a ser definida no juízo da execução, e outra de prestação pecuniária no valor de cinco (05) salários mínimos em favor da família da vítima.

Por fim, entendo que cabível o perdão judicial aplicado ao caso, nos termos do art. 121, § 5º, do CP, bem como a extinção da punibilidade, nos termos do art. 107, IX, do CP.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso ministerial, mantendo incólume a sentença proferida.

É como voto.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES FURTADO DE MENDONÇA e CATTA PRETA.

Súmula - RECURSO NÃO PROVIDO.

...

Roubo - Autoria - Materialidade - Prova - Dolo - Ausência - Mendicância - Atipicidade - Absolvição

Ementa: Apelação criminal. Roubo. Demonstrada a ausência de dolo de subtrair. Mera mendicância. Atipicidade da conduta. Absolvição necessária. Recurso provido.

- Inexistindo na espécie o dolo específico (de subtrair) para a configuração do delito de roubo, podendo-se constatar, inclusive, que o comportamento praticado pelo acusado mais se aproxima daquele descrito no art. 60 do Decreto-lei nº 3.688/1941 (mendicância) - que foi revogado pela Lei nº 11.983, de 17 de julho de 2009 - deve, então, ser reconhecida a atipicidade de sua conduta, não constituindo ela infração penal.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0153.11.008768-8/001 - Comarca de Cataguases - Apelante: Elias Gomes de Paula - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Vítima: Silmara Oliveira Lima - 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, 10 de maio de 2012. - *Cássio Salomé* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. CÁSSIO SALOMÉ - Recurso de apelação interposto por Elias Gomes de Paula contra a sentença de f. 111/120, que o condenou como incurso nas sanções do art. 157, *caput*, do CP, às penas definitivas de 04 anos e 08 meses de reclusão, regime fechado, e 11 dias-multa, no valor mínimo legal de 1/30 do salário mínimo.

A denúncia narra que, no dia 23.09.11, por volta das 9h58min, na Loja Marabela, situada na Rua Nogueira Neves, nº 29, Loja A, Centro, na Comarca de Cataguases, o apelante, de forma livre e consciente, subtraiu a quantia de R$ 7,00, para si, mediante grave ameaça exercida contra a vítima Eliésse Ferreira Gouvêa.

Apurou-se que o recorrente se dirigiu até o referido estabelecimento comercial e, ao ser atendido pela funcionária Eliésse, apresentou-se como ex-presidiário e disse que precisava da quantia de R$ 7,00 para inteirar uma passagem até Juiz de Fora, momento em que a ameaçou, afirmando que estaria com uma arma de fogo na sacola plástica.

A vítima ficou bastante amedrontada e entregou o dinheiro ao apelante, que deixou o local, em seguida.

Intimações regulares, f. 125.

Pleiteia o apelante, razões de f. 127/134, a absolvição, em face da alegada ausência de dolo. Subsidiariamente, requer a desclassificação da conduta para o delito de furto, ao argumento de que a vítima não foi intimidada, e a isenção do pagamento das custas processuais.

Contrarrazões às f. 136/146, em que o *Parquet* pugna pelo desprovimento do recurso.

A d. Procuradoria-Geral de Justiça, f. 136/156, opinou pelo parcial provimento do recurso, apenas para que seja concedida ao apelante a isenção do pagamento das custas processuais.

É o relatório.

Conheço do recurso, presentes os pressupostos de admissibilidade e processamento.

Ausentes preliminares, arguidas ou apreciáveis de ofício.

Materialidade e autoria incontestes, centrando-se o apelo em postular a absolvição, em face da alegada ausência de dolo de subtrair.

Assiste razão à defesa

É que, para a caracterização do delito de roubo, é necessária a configuração do "dolo específico", qual seja a vontade livre e consciente de o agente subtrair para si ou para outrem coisa móvel alheia, mediante grave ameaça ou violência à pessoa, ou depois de havê-la, por qualquer meio, reduzido à impossibilidade de resistência.

In casu, conforme os relatos da própria vítima, tanto na fase inquisitorial, f. 03, quanto em juízo, f. 85, na ocasião dos fatos, o apelante chegou bastante agitado na loja, parecendo ter feito uso de drogas. Dirigiu-se a ela dizendo ser ex-presidiário (qualidade, inclusive, confirmada pela CAC de f. 35/39), e que precisava da quantia de R$ 7,00 para inteirar uma passagem para viajar até a Cidade de Juiz de Fora. Salientou, inclusive, que "preferia pedir do que roubar".

Segundo Eliésse, o recorrente ainda disse que estaria com uma arma de fogo dentro de uma sacola plástica, porém, em momento algum, a teria mostrado ou apontado para ela, que, "com medo", entregou a quantia exata de R$ 7,00.

Ela, por fim, afirmou que havia mais dinheiro no caixa da loja e que pôde ver que dentro da sacola trazida pelo recorrente havia uma blusa de frio.

Ressalte-se que, em nenhum momento, a vítima narra a prática de subtração, ou mesmo de grave ameaça, em tese, realizada por parte do apelante, observando que, por ameaça, entende-se, na lição de Júlio Fabbrini Mirabete: "a promessa da prática de um mal a alguém, dependente da vontade do agente, perturbando-lhe a liberdade psíquica" (*Código Penal interpretado*. 7. ed. Atlas, p. 995).

Ora, se o caixa do estabelecimento tinha mais dinheiro, por qual motivo o apelante não subtraiu uma quantia maior, se queria mesmo roubar o lugar? Se era sua intenção ameaçar gravemente a vítima, a fim de subtrair o dinheiro, por que não lhe apontou a arma ou mesmo anunciou um assalto?

Não é só. A versão apresentada pela "vítima" foi confirmada pela dona da loja, que ainda esclareceu "que sua funcionária relatou que naquele dia uma pessoa compareceu na loja pedindo dinheiro", f. 84.

No mesmo sentido, foram os relatos do apelante, f. 05 e 88/88-v., esclarecendo que resolveu entrar na loja de roupas e pedir dinheiro a uma funcionária.

Ora, *in casu*, ficou claro que o recorrente, sem dinheiro, adentrou no estabelecimento comercial em que trabalhava a "vítima" e pediu-lhe a pequena quantia de R$ 7,00 (sete reais) para que pudesse viajar, esclarecendo, inclusive, que, apesar de ser ex-presidiário, preferia pedir a roubar.

Ainda, o "medo" sentido por Eliésse, que a fez entregar os sete reais a Elias, a meu ver, não pode ser atribuído a nenhuma conduta praticada pelo recorrente, mas sim a sua própria qualificação pessoal no momento em que se apresentou à vendedora.

Como visto, inexistindo na espécie o dolo específico (de subtrair) para a configuração do delito, podendo-se constatar, inclusive, que a conduta praticada mais se aproxima daquela descrita no art. 60 do Decreto-lei nº 3.688/1941 (mendicância) - que foi revogado pela Lei nº 11.983, de 17 de julho de 2009 - deve, então, ser reconhecida a atipicidade da conduta do acusado, não constituindo ela infração penal.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso para absolver o recorrente Elias Gomes de Paula da imputação da prática do delito do art. 157, *caput*, do Código Penal, com fundamento no art. 386, III, do Código de Processo Penal.

Prevalente este voto, expeça-se, imediatamente, alvará de soltura, nos termos do art. 386, parágrafo único, I, do CPP.

Custas, pelo Estado.

DES. AGOSTINHO GOMES DE AZEVEDO (Revisor) - De acordo com o Relator.

DES. DUARTE DE PAULA - De acordo com o Relator.

Súmula - DERAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Corrupção ativa - Promessa de vantagem indevida a funcionário público - Multa de trânsito - Autoria - Materialidade - Prova - Crime formal - Depoimento de policial militar - Validade

Ementa: Apelação criminal. Delito de corrupção ativa. Art. 333 do CP. Delito formal. De mera conduta. Provas. Critério de valoração. Autoria e materialidade. Comprovação satisfatória. Depoimento de policiais. Validade. Ausência de demonstração de que os servidores públicos ouvidos tinham interesse de incriminar pessoa que sabiam ser inocente. Validade. Condenação imposta que se apresenta acertada.

- Ao se comprovar que o denunciado simplesmente ofereceu ou prometeu a servidores públicos determinada quantia em dinheiro, para que deixassem de praticar algo inerente a suas atribuições funcionais, resta caracterizado o crime de corrupção ativa, art. 333 do CP, delito formal de mera conduta que é.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0517.08.008972-8/001 - Comarca de Poço Fundo - Apelante: Luiz Antonio Soares - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - 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, sob a Presidência do Desembargador Delmival de Almeida Campos, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NÃO PROVER O RECURSO.

Belo Horizonte, 30 de maio de 2012. - *Delmival de Almeida Campos* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. DELMIVAL DE ALMEIDA CAMPOS - O Promotor de Justiça que atua junto à secretaria de juízo da Comarca de Poço Fundo ofereceu denúncia em desfavor do nacional Luiz Antônio Soares, tendo-o como incurso nas sanções do art. 333 do CP.

Ao final, através da sentença de f. 94/98, os pedidos iniciais foram julgados procedentes, e o réu Luis Antônio Soares foi condenado pelo crime do art. 333 do CP, à pena de 2 (dois) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa, em regime aberto. A pena privativa de liberdade foi substituída por duas penas restritivas de direitos: prestação de serviços comunitários e prestação pecuniária no valor equivalente a 2 (dois) salários mínimos, em favor de entidade pública ou privada com destinação social.

Inconformado, recorre o réu Luis Antônio Soares, termo de f. 104 e razões de f. 105/106, ocasião em que alega que a sentença merece reforma.

Sustenta que não existem nos autos provas da autoria e materialidade.

Anota que os depoimentos dos policiais e testemunhas residentes na Comarca dos fatos são contraditórios com os depoimentos dos policiais da Comarca de Machado/MG.

Pugna por sua absolvição.

Requer que seja dado provimento ao presente recurso.

Contrarrazões às f. 108/110.

Parecer ministerial às f. 118/123, opinando pelo conhecimento e desprovimento do apelo.

Este é o relatório do essencial. Decido.

Conheço do recurso.

A materialidade delitiva se comprova por intermédio do boletim de ocorrência de f. 07/10; auto de apreensão de f. 11; termo de restituição de f. 11/13, sem prejuízo da farta prova oral produzida.

Em relação à autoria, o réu, quando dos fatos, alegou que uma nota de vinte reais saiu de seu bolso quando foi retirar seus documentos, sendo que todo o restante do numerário caiu no chão, f. 16/17. Em juízo o réu não compareceu, f. 67, verso.

Porém, em contrariedade a tal versão defensiva, múltiplos são os depoimentos em que restou comprovado que o apelante tentou "comprar" policiais, f. 15, 24, 23, 32, 33 e 83. Destacou-se inclusive que o réu ao avistar uma viatura policial tentou empreender fuga, porém foi abordado mais adiante, ocasião em que tentou se livrar de dita abordagem oferecendo dinheiro.

Ora, mesmo que dentre os depoentes existam policiais militares, tal fato não invalida tais depoimentos, na medida em que os depoimentos dos policiais estão em total consonância com os fatos descritos na denúncia, portanto são provas hábeis para ensejar a condenação do acusado.

A respeito da idoneidade de testemunhos de policiais, registre-se que a jurisprudência já se posicionou no sentido de serem eles válidos:

> O valor do depoimento testemunhal de servidores policiais, especialmente quando prestados em juízo, sob a garantia do contraditório - reveste-se de inquestionável eficácia probatória, não se podendo desqualificá-lo pelo só fato de emanar de agentes estatais incumbidos, pelo dever de ofício, da repressão penal. O depoimento testemunhal de agente policial só não terá valor quando se evidenciar que esse servidor do Estado, por interesse particular na investigação penal, age facciosamente ou quando se demonstrar - tal como ocorre com as demais testemunhas - que as suas declarações não encontram suporte e nem se harmonizam com outros elementos probatórios idôneos (STF, *HC* 73.518-5, Relator o Ministro Celso de Mello, *DJU* de 19.10.96, p. 38.846).

Nos dizeres da i. Sentenciante é de se notar que:

> Na hipótese *sub judice*, o réu Luiz Antônio Soares, por meio de gestos (jogou a carteira em cima da viatura) e palavras (disse que 'queria o acerto'), ofereceu dinheiro a policiais militares

que lavravam ocorrência de trânsito. Estes policiais, especialmente Emerson Bilac Palma e Reginaldo de Almeida Neves, imediatamente tomaram conhecimento da oferta e lavraram a ocorrência, não tendo dúvida na identificação do réu.
Destarte, considerando-se que a autoria foi provada pelos depoimentos dos policiais Emerson Bilac Palma e Reginaldo de Almeida Neves, as demais testemunhas, embora não afirmem o nome do autor do fato, corroboram sua existência, gerando um conjunto probatório coeso (f. 496).

E mais adiante arremata a d. Julgadora, *verbis*:

Nessa ordem de idéias, a prova testemunhal é uníssona quanto à existência do fato, sendo que as testemunhas Emerson Bilac Palma e Reginaldo de Almeida Neves afirmam com convicção a autoria, sendo inaplicável o princípio *in dubio pro reo* (f. 497).

Em situações análogas, assim já se decidiu:

Ementa: Apelação criminal - Corrupção ativa - Depoimento policial - Validade - Crime formal, que se aperfeiçoa com o ato da oferta - Inteligência do art. 333 do Código Penal - Prova segura de que a oferta tinha por objetivo evitar que a autoridade cumprisse ato de seu ofício - Presença de dolo - Delito caracterizado. Recurso ministerial conhecido e, no mérito, provido. [...] Considerando que o oferecimento foi feito quando o acusado foi abordado na *blitz*, não há falar que os policiais já tinham praticado o ato de ofício. (TJMG - 1ª C - Ap. Crim. 1.0000.00.318803-4/000 - Rel.ª Des.ª Márcia Milanez - p. em 07.11.2003.)

Ementa: Corrupção ativa. Oferta a policial militar de quantia em dinheiro para não receber multa de trânsito - Prova segura de que a oferta tinha por objetivo evitar que a autoridade cumprisse ato de seu ofício. Crime formal que se aperfeiçoa com o ato da oferta. Inteligência do art. 333 do Código Penal - Extinção da punibilidade pela prescrição da contravenção, de ofício. (TJMG - 3ª C - Ap. Crim. 1.0342.01.018161-4/001 - Rel. Des. Kelsen Carneiro - p. em 19.01.2006.)

Pelo exposto, correta a condenação imposta na sentença atacada.

As penas foram aplicadas corretamente (inclusive, no mínimo legal), bem como o regime aberto, sendo ainda substituída a reprimenda privativa de liberdade por duas restritivas de direitos.

Por todo o exposto, nego provimento ao recurso, mantendo intactas as penas e demais disposições da sentença.

Custas, na forma da lei, observando-se o fato de que o réu foi agraciado pelas benesses da gratuidade de justiça, f. 498.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES EDUARDO BRUM e JÚLIO CEZAR GUTTIERREZ.

Súmula - RECURSO NÃO PROVIDO.

...

Crime contra o meio ambiente - Crime contra a flora - Destruição ou danificação - Floresta - Área de preservação permanente - Materialidade - Insuficiência de provas - Absolvição

Ementa: Crime ambiental. Destruição ou danificação de floresta em área de preservação permanente. Absolvição. Insuficiência de provas.

- A prolação de sentença condenatória pressupõe produção de prova firme e robusta, sem o que se impõe a absolvição do agente.

- O crime do artigo 38 da Lei 9.605/98 possui como objeto material florestas de preservação permanente, formadas ou ainda em formação, circunstância que, não restando comprovada, impede a condenação.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0388.07.015388-6/001 - Comarca de Luz - Apelante: Iramar Caetano da Silva - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Relatora: DES.ª MARIA LUÍZA DE MARILAC

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sob a Presidência do Desembargador Antônio Carlos Cruvinel, incorporando neste o relatório de f., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM PROVER O RECURSO.

Belo Horizonte, 17 de abril de 2012. - *Maria Luíza de Marilac* - Relatora.

Notas taquigráficas

DES.ª MARIA LUÍZA DE MARILAC - Iramar Caetano da Silva, inconformado com a sentença (f. 95-100), que o condenou à pena de 1 (um) ano de detenção e 10 (dez) dias-multa, fixou o regime aberto e substituiu a pena corporal por uma restritiva de direitos, pela prática do crime do artigo 38 da Lei 9.605/98, interpôs, através de advogado constituído, o presente recurso de apelação (f. 106-111), requerendo a absolvição por insuficiência de provas.

Contrarrazões do Ministério Público, pelo conhecimento e desprovimento do recurso (f. 114-119).

Quanto aos fatos, narra a denúncia que, no mês de julho de 2006, na propriedade rural denominada "Fazenda Palha", localizada na zona rural da Comarca de Luz, Iramar Caetano da Silva danificou floresta em formação considerada de preservação permanente, mediante construção de um canal no "Córrego do Palha", com remoção de solo e supressão de vegetação rasteira, bem como exploração de floresta a corte raso e destoca de árvores de espécies diversas de maneira esparsa em área de pastagem. Segundo consta, Iramar interveio em

área de preservação permanente mediante a construção de um canal e desvio de água do "Córrego da Palha". Além disso, naquela ocasião, Iramar efetuou desmate em floresta, destocando árvores de espécies diversas, não podendo ser quantificado o rendimento do material lenhoso, tendo em vista sua retirada do local.

Denúncia recebida em 02.07.2008 (f. 25) e a sentença publicada em 24.02.2011 (f. 100-v.).

O processo transcorreu nos termos da sentença, que ora adoto, tendo sido o apelante devidamente intimado por mandado (f. 102).

A d. Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo provimento do recurso, para que seja o réu absolvido, por deficiência de prova da materialidade do delito (f. 125-129).

Vistos e relatados, passo ao voto.

Conheço do recurso, pois previsto em lei, cabível, adequado e presente o interesse recursal, bem como foram obedecidas as formalidades devidas à sua admissibilidade e ao seu processamento.

Compulsando os autos, verifico que não se implementou nenhum prazo prescricional. Também não vislumbro qualquer nulidade que deva ser declarada, de ofício, bem como não há preliminares a serem enfrentadas. Assim, passo ao exame do mérito.

Analisei as razões da apelação, confrontando-as com a sentença atacada e com as provas coligidas aos autos, e vejo que o apelo deve ser provido.

Imputa-se ao apelante a prática do crime previsto no artigo 38 da Lei 9.605/98, que dispõe:

> Destruir ou danificar floresta considerada de preservação permanente, mesmo que em formação, ou utilizá-la com infringência das normas de proteção:
> Pena - detenção, de um a três anos, ou multa, ou ambas as penas cumulativamente. Parágrafo único. Se o crime for culposo, a pena será reduzida à metade.

Acerca desse tipo penal, Luiz Flávio Gomes e Silvio Maciel ensinam:

> São três as condutas puníveis: destruir (aniquilar, fazer desaparecer); danificar (causar danos) e utilizar com infringência das normas de proteção (fazer uso indevido). As normas de proteção constam de leis e de atos normativos (federais, estaduais, municipais e distritais). Mesmo que não houver finalidade lucrativa, haverá o crime, pois o que se protege no tipo é a preservação do meio ambiente, cuja degradação ocorrerá independentemente da obtenção de vantagem econômica auferida com a infração. O objeto material da conduta são as florestas de preservação permanente, formadas ou ainda em formação. Florestas são grandes extensões de área constituídas (encobertas) por árvores de grande porte. Estão excluídas do conceito as vegetações rasteiras ou constituídas de arbustos ou árvores de pequeno porte. [...] Não são protegidas neste tipo penal todas as florestas, mas somente as florestas de preservação permanente. As florestas de preservação permanente são espécies do gênero áreas de preservação permanente (APPs) que estão previstas nos arts. 2º e 3º da Lei 4.771/62 (Código Florestal) [...] (*Legislação criminal especial*, Coleção Ciências Criminais. vol. 6, 2. ed., Revista dos Tribunais, 2010, p. 892-893).

A Lei 4.771/65 (Código Florestal), por sua vez, disciplina, em seu artigo 2º, o que se considera "área de preservação permanente":

> Consideram-se de preservação permanente, pelo só efeito desta Lei, as florestas e demais formas de vegetação natural situadas:
> a) ao longo dos rios ou de qualquer curso d'água desde o seu nível mais alto em faixa marginal cuja largura mínima será: 1 - de 30 (trinta) metros para os cursos d'água de menos de 10 (dez) metros de largura; 2 - de 50 (cinquenta) metros para os cursos d'água que tenham de 10 (dez) a 50 (cinquenta) metros de largura; 3 - de 100 (cem) metros para os cursos d'água que tenham de 50 (cinquenta) a 200 (duzentos) metros de largura; 4 - de 200 (duzentos) metros para os cursos d'água que tenham de 200 (duzentos) a 600 (seiscentos) metros de largura; 5 - de 500 (quinhentos) metros para os cursos d'água que tenham largura superior a 600 (seiscentos) metros;
> b) ao redor das lagoas, lagos ou reservatórios d'água naturais ou artificiais;
> c) nas nascentes, ainda que intermitentes e nos chamados 'olhos d'água', qualquer que seja a sua situação topográfica, num raio mínimo de 50 (cinquenta) metros de largura;
> d) no topo de morros, montes, montanhas e serras;
> e) nas encostas ou partes destas, com declividade superior a 45°, equivalente a 100% na linha de maior declive;
> f) nas restingas, como fixadoras de dunas ou estabilizadoras de mangues;
> g) nas bordas dos tabuleiros ou chapadas, a partir da linha de ruptura do relevo, em faixa nunca inferior a 100 (cem) metros em projeções horizontais;
> h) em altitude superior a 1.800 (mil e oitocentos) metros, qualquer que seja a vegetação.

In casu, narra a denúncia que Iramar Caetano da Silva "[...] interveio em área de preservação permanente mediante a construção de um canal e desvio de água do "Córrego da Palha". Além disso, naquela ocasião, o denunciado efetuou desmate de floresta, destocando árvores de espécies diversas [...]" (f. 03).

O apelante, quando interrogado em juízo (f. 81), negou haver feito desmate de floresta:

> [...] nega os fatos narrados na denúncia; que confirma suas declarações prestadas na delegacia às f. 10/10-v., que ora lhe foi lida; que colocou as pontes para travessia de gado; que os paus da ponte eram de madeira ruim, madeira branca; que referida ponte apodrecia e caía na vala do dreno; que o declarante vendeu o terreno tendo em vista o problema que as chuvas lhe causavam; que o novo proprietário passará pelas terras do 'Fazinho'; que o declarante não tinha acesso nas propriedades de 'Fazinho' a não ser pela ponte; que o declarante não fez nenhuma destoca...

A negativa do apelante não foi afastada pelo restante do conjunto probatório.

O policial militar Rômulo Cardoso Silva, sob o crivo do contraditório (f. 78), declarou:

> [...] que o depoente já conhecia o local dos fatos ocorridos na denúncia; que depois que compareceram no local, devido a denúncia, foram à casa do denunciado; que foram à casa do denunciado uns dias após os fatos; que o local é uma área próxima a um açude; que a madeira constante à f. 09, na terceira foto, é antiga, porém a destoca era recente, não sabendo a quem pertence o referido local, tendo em vista que foi herança e estavam dividindo a referida herança, porém, na época, a responsabilidade do referido local era do denunciado; que na área de preservação permanente não houve corte de árvores; que no local onde foi construído o dreno não tinha ponte [...]

A testemunha José Batista Júnior também declarou em juízo (f. 79):

> [...] que conhece a Fazenda denominada 'Palha', que pertencia ao Sr. Geraldo Caetano da Silva; que o Sr. Geraldo faleceu há quatro anos; que referido terreno fica na parte do lado do córrego e outra parte do outro lado do mesmo córrego; que, antes do falecimento do Sr. Geraldo, que é pai do denunciado, Iramar já mexia em um pedaço de terra no local; que no local existiam duas pontes para travessia de gado; que conhece referida fazenda há quarenta anos, sendo que as pontes já existiam no local; que tem mais ou menos um ano que acabaram com as pontes; que na época da chuva era preciso levantar as pontes para a travessia do gado; que uma ponte é no leito do córrego e a outra é 'ponte seca' ou 'ladrão de açude'; que, quando chove muito, se não limpar, pode acontecer até de arrombar o açude; que o denunciado herdou referido pedaço de terra, tendo o mesmo vendido devido a estes problemas com a chuva; que não houve nenhuma destoca no local que seja ilegal, após a morte do Sr. Geraldo; que o depoente é vizinho do terreno e conhece o mesmo muito bem [...]

Do mesmo modo, Geraldo José de Carvalho relatou em juízo (f. 80):

> [...] que o depoente conhece o referido local desde o ano de 1955; [...] que a referida fazenda tem uma parte que fica de um lado do córrego e a outra parte do outro lado; que existia uma pequena ponte no local para travessia de gado; que referida ponte não existe mais no local; que na época da chuva era preciso levantar a ponte para a travessia do gado; que tem aproximadamente um ano que não existe mais a ponte no referido local; que após a morte do pai do denunciado ficou com os dois pedaços de terrenos existentes ao lado do córrego, ou seja, um de um lado e o outro do outro lado do córrego; que o denunciado vendeu referido terreno devido ao problema de que na época da chuva o mesmo não tinha como atravessar o gado; que o gado não atravessava, chegava a atolar [...]

Não foi realizada prova pericial a fim de se comprovar que o apelante tenha destruído ou danificado floresta considerada de preservação permanente. Do mesmo modo, a prova oral colhida não comprova o desmatamento, sendo oportuno frisar que o próprio policial militar responsável pela operação policial, afirmou, em juízo, que "na área de preservação permanente não houve corte de árvores" (f. 78).

Além disso, conforme visto na legislação acima transcrita, para que a área seja considerada de "preservação permanente", é necessário que apresente as características previstas em lei. No caso destes autos, inexiste qualquer elemento hábil a comprovar que o local mencionado na denúncia fosse área de floresta de preservação permanente.

Tratando-se do leito de um córrego, seria necessário haver nos autos prova de que este se situe "ao longo dos rios ou de qualquer curso d'água desde o seu nível mais alto em faixa marginal cuja largura mínima será: 1 - de 30 (trinta) metros para os cursos d'água de menos de 10 (dez) metros de largura; 2 - de 50 (cinquenta) metros para os cursos d'água que tenham de 10 (dez) a 50 (cinquenta) metros de largura; 3 - de 100 (cem) metros para os cursos d'água que tenham de 50 (cinquenta) a 200 (duzentos) metros de largura", não sendo produzida qualquer prova a esse respeito.

Repita-se: não há nos autos nenhum indício de que o córrego que passava pela propriedade do apelante possuísse algumas dessas características. Acerca da necessidade do laudo pericial no crime em apreço a lição de Guilherme de Souza Nucci:

> Exigência de perícia: nos termos do art. 158 do Código de Processo Penal, para as infrações penais que deixarem vestígios materiais (rastros visíveis, após a consumação), deve-se formar a materialidade (prova da existência do crime) por intermédio do exame pericial, direto ou indireto. (*Lei penais e processuais penais comentadas*. 5. ed. RT, 2010, p. 975).

Assim, além de não haver nos autos provas seguras de que o apelante realmente efetuou o corte de árvores, também não há comprovação de que tais árvores estavam em área de preservação permanente, impondo-se a absolvição.

Nesse sentido:

> Se não apurada pericialmente a destruição ou danificação de floresta formada ou em formação, e se o art. 38 da Lei 9605/1998, limita sua proteção às florestas consideradas de preservação permanente, mesmo as em estágio de formação, evidencia-se a atipicidade do fato fundado naquele dispositivo legal (art. 38). (TJMG - Ap. Criminal 1.0081.05.001374-7/001 - Rel. Des. Hyparco Immesi - 24.10.2008.)

> O crime previsto no art. 38 da Lei 9.605/98 exige que a área destruída, danificada ou utilizada com infringência das normas de proteção seja de floresta de preservação permanente, mesmo que em formação. Nem toda área de preservação permanente pode ser tida como floresta, devendo o aplicador do Direito Penal fazer uma interpretação restritiva do termo, sob pena de violação ao princípio da legalidade. Apelo provido. (TJMG - Ap. Criminal 1.0461.07.041286-5/001. Rel. Des. Ediwal José de Morais, j. em 22.06.2011.)

> Não sendo o laudo pericial conclusivo quanto à destruição ou dano a floresta considerada de preservação permanente, ainda que em formação, ou de seu uso com infringência das normas de proteção, como exige o tipo penal descrito no art. 38, da Lei 9.605/98, impõe-se a manutenção da

absolvição (TJMG - Ap. Criminal 1.0701.09.287726-8/001 - Rel. Des. Eduardo Machado, j. em 28.11.2011.)

Cabe consignar, por fim, que a alegação da i. Juíza sentenciante de que "o réu admitiu que colocou 35 carrinhos de terra na ponte no leito do Córrego da Palha, fazendo isso porque a água estava pegando a ponte usada na travessia do gado, a qual acaba sendo levada junto com a água da enchente, sem autorização do órgão competente" não pode levar à condenação do apelante, porque não tipificada no tipo legal em apreço.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso para absolver Iramar Caetano da Silva da imputação que lhe foi feita na denúncia, com fulcro no artigo 386, VII, do Código de Processo Penal.

Deixo de determinar a expedição de alvará de soltura, uma vez que o apelante se encontra solto.

Custas, pelo Estado.

Votaram de acordo com a Relatora os DESEMBARGADORES ANTÔNIO CARLOS CRUVINEL e PAULO CÉZAR DIAS.

Súmula - RECURSO PROVIDO.

...

Restituição de coisas apreendidas - Propriedade e posse - Ausência de prova - Ilegitimidade ativa

Ementa: Apelação criminal. Pedido de restituição de bem apreendido. Propriedade e posse não comprovadas. Ilegitimidade ativa. Preliminar acolhida. Recurso não conhecido.

- O art. 118 do CPP prevê a possibilidade de restituição de bem apreendido caso ele não interesse ao processo. O art. 120 do CPP, por sua vez, dispõe que os bens podem ser restituídos desde que não exista dúvida quanto ao direito do reclamante.

- Não havendo prova da propriedade ou posse dos bens, não é o requerente legitimado a propor a presente ação.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0223.11.023234-3/001 - Comarca de Divinópolis - Apelante: Renato Fernandes Mendonça - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - 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 ACOLHER A PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE ATIVA E NÃO CONHECER DO RECURSO DE APELAÇÃO.

Belo Horizonte, 26 de junho de 2012. - *Reinaldo Portanova* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. REINALDO PORTANOVA - Trata-se de recurso de apelação interposto pela defesa de Renato Fernandes Mendonça à sentença de f. 18, que indeferiu o pedido de restituição de bem apreendido formulado por Renato na inicial (f. 2/3).

O apelante requereu a restituição dos documentos apreendidos no momento de sua prisão em flagrante, quais sejam 1 peça de metal de aproximadamente 18x5 cm, 5 placas alfa-numéricas e 9 certificados de registro de veículos.

Em suas razões recursais (f. 19/23), pleiteia o apelante a restituição dos citados bens, visto que estão preenchidos os requisitos dos artigos 118 e 119 do CPP. Afirma que não existe motivação para mantê-los apreendidos sendo que eles não se relacionam com o crime investigado.

Ainda, aduz que, ao contrário do que o Juiz de primeira instância e o representante do Ministério Público afirmaram, ele não é o proprietário do estabelecimento dentro do qual foi preso, sendo somente funcionário (conforme documento de f. 24).

O MP apresentou contrarrazões nas f. 26/30, levantou preliminar de ilegitimidade ativa, sendo que, conforme o apelante demonstrou, ele não é o proprietário do estabelecimento, assim carece de legitimidade para requerer a restituição sendo que os bens foram localizados e apreendidos no local.

Ainda, não há nos autos nenhum documento que vincule o requerente aos objetos apreendidos no interior do ferro velho, onde ele seria funcionário.

No mérito, opina pelo improvimento do recurso.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo não conhecimento do recurso pela ilegitimidade ativa do apelante (f. 36/38).

É o relatório.

Decido.

Preliminar de ilegitimidade ativa.

O Ministério Público em suas contrarrazões recursais (f. 26/30) arguiu preliminar de ilegitimidade ativa.

Diante da afirmação do apelante de que não é o proprietário do Ferro Velho em que foram localizados e apreendidos os bens objeto desse pedido de restituição, o MP afirma que não seria o apelante parte legítima para requerer a restituição, pois não teria interesse no pedido já que não há nenhum documento que o vincule aos objetos.

Merece acolhida a preliminar.

Como se vê, o apelante provou na f. 24 que o estabelecimento está registrado em nome de Ademir Fernandes Vieira, e não em seu nome. Assim, a legitimidade do apelante passou a ser questionada.

Isso porque, sendo o apelante apenas funcionário do ferro velho, como ele afirma na f. 20, não há nada que o ligue aos documentos que pretende ver restituídos. Não há prova de que eles sejam de sua propriedade. E também não estavam em sua posse.

Segundo os autos, os documentos estavam no interior do estabelecimento, interessando somente ao proprietário (f. 24).

Nos termos do parecer da Procuradoria-Geral de Justiça:

> A despeito de toda a argumentação defensiva, o feito não merece mesmo ser conhecido, já que, como o próprio apelante afirmou e comprovou, não é o proprietário do estabelecimento comercial, faltando-lhe, assim, legitimidade para postulação do pedido (f. 37).

Assim, acolho a preliminar de ilegitimidade ativa e declaro extinto o feito, haja vista a ausência de uma das condições da ação. Recurso de apelação não conhecido.

DES. WALTER LUIZ DE MELO - De acordo com o Relator.

DES. ALBERTO DEODATO NETO - De acordo com o Relator.

Súmula - ACOLHO A PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE ATIVA DO APELANTE E NÃO CONHEÇO DO RECURSO DE APELAÇÃO.

...

Falsificação de documento público - Cópia reprográfica sem autenticação - Atipicidade - Absolvição

Ementa: Penal. Falsificação de documento público. Absolvição. Necessidade. Cópia reprográfica sem autenticação. Atipicidade da conduta. Recurso conhecido e provido.

- A cópia reprográfica de documento público sem autenticação não pode ser objeto material do delito do art. 297 do Código Penal.

Recurso provido.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0071.07.033742-4/001 - Comarca de Boa Esperança - Apelante: José Francisco de Souza - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Relator: DES. PEDRO VERGARA

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 5º Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sob a Presidência do Desembargador Alexandre Victor de Carvalho, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM DAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 5 de junho de 2012. - *Pedro Vergara* - Relator.

Notas taquigráficas

Proferiu sustentação, pelo apelante, o Dr. Francisco Galvão de Carvalho.

DES. PEDRO VERGARA - Relatório.

Cuida-se de ação penal pública promovida pelo Ministério Público contra José Francisco de Souza como incurso nas sanções do art. 297 do Código Penal.

Narra a denúncia que, no dia 8 de maio de 2007, por volta das 15 horas, no local denominado Rua Antônio Rodrigues, nº 114, Bairro Centenário, na Comarca de Boa Esperança, o apelante falsificou em parte documento público, tudo conforme consta do anexo inquérito policial (f. 02-03).

Recebida a denúncia, o apelante foi citado e apresentou a defesa preliminar de f. 62-64 (f. 60 e 61).

As testemunhas arroladas foram ouvidas, interrogando-se o apelante, nada requerendo as partes em diligência (f. 76-79 e 80).

O Órgão Ministerial pede, nas alegações finais, a condenação, rogando a defesa a absolvição nos termos do art. 386, inciso III, do CPP (f. 99-101 e 102-104).

Proferida a sentença, o apelante foi condenado nas sanções do art. 297 do Código Penal à pena de 2 (dois) anos e 8 (oito) meses de reclusão e ao pagamento de 25 (vinte e cinco) dias-multa sobre 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época do fato no regime aberto, substituída a sanção corporal por duas restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária (f. 109-115).

Inconformado com a decisão, recorreu o apelante, pretendendo a absolvição nos termos do art. 386, inciso III, do CPP, rogando o *Parquet* o provimento do pleito, manifestando-se a Procuradoria-Geral de Justiça de igual forma (f. 121-128, 129-130 e 136-138).

É o breve relato.

I - Da admissibilidade.

Conheço do recurso, já que presentes estão os pressupostos para sua admissão.

II - Das preliminares.

Inexiste na espécie qualquer nulidade, tampouco causa de extinção da punibilidade.

III - Do mérito.

Cuida-se de delito de falsificação de documento público, cuja norma penal incriminadora se encontra insculpida no art. 297 do Código Penal.

Resume-se a questão à análise da possibilidade de absolvição.

Do pedido de absolvição.

A defesa pede a absolvição por atipicidade da conduta.

Sustenta o apelante que a adulteração foi realizada em cópia reprográfica de certidão de nascimento sem autenticação, que não constitui documento público ou privado.

Razão assiste ao acusado.

A utilização de cópia reprográfica - xerox - não autenticada de documento público não configura o delito previsto no art. 297 do Código Penal.

O crime de falsificação de documento público se consuma com a potencialidade de dano à fé pública, ainda que nenhum prejuízo efetivo decorra da falsificação.

Esse é o entendimento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal:

> [...] Constitui interpretação razoável a exigência de potencialidade de dano para que se configure crime de falsidade documental (STF - Relator Ministro Francisco Rezek - *RT* 575/472).

O objeto jurídico do delito do art. 297 do Código Penal é a fé pública, especificamente a autenticidade dos documentos, que não está presente nas cópias reprográficas sem autenticação.

Guilherme de Souza Nucci leciona sobre o tema:

> [...] 31. Fotocópias sem autenticação: não podem ser consideradas documentos públicos para os efeitos deste artigo (*Código penal comentado*. 10. ed. rev., atual, e ampl. São Paulo: Editora RT, 2010, nota 31 referente ao delito do art. 297 do CP, p. 297).

A cópia de certidão de nascimento sem autenticação não tem o condão de ofender a fé pública, excluindo a possibilidade de configuração do crime de falsificação de documento público.

A jurisprudência do STJ é nesse sentido:

> R*HC*. Penal. Documento falso. Cópia reprográfica. Utilização sem autenticação. Conduta atípica. Trancamento da ação penal. 1. A utilização de cópia reprográfica não autenticada não configura ação com potencial de causar dano à fé pública, objeto tutelado pelo art. 304 do Código Penal. 2. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça. 3. Recurso Provido (STJ - R*HC* 101824-2 - Relator Min. Hamilton Carvalhido - Sexta Turma - *DJ* de 05.09.2000).

Ante o exposto dou provimento ao recurso, absolvendo o apelante nos termos do art. 386, inciso III, do Código de Processo Penal.

É como voto.

DES. ADILSON LAMOUNIER - De acordo.

DES. EDUARDO MACHADO - De acordo.

Súmula - DERAM PROVIMENTO.

...

Habeas corpus - Tráfico de drogas - Prisão preventiva - Paciente com filho de 9 (nove) meses, em fase de amamentação - Substituição por prisão domiciliar - Possibilidade - Concessão da ordem

Ementa: *Habeas corpus*. Tráfico de drogas. Prisão em flagrante convertida em prisão preventiva. Teses defensivas: paciente lactante. Prisão domiciliar. Comprovação nos autos. Excepcionalidade evidenciada. Substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar. Possibilidade. Ordem concedida.

- Comprovado que a paciente possui um filho de 9 (nove) meses em fase de amamentação, mostra-se necessária a substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar.

- Inteligência do art. 318 e seu inciso III do Código de Processo Penal.

***HABEAS CORPUS* Nº 1.0000.12.053248-6/000 - Comarca de Montes Claros - Paciente: Ana Cláudia de Castro Moreira - Autoridade coatora: Juiz de Direito da 1ª Vara Criminal e de Execuções Penais da Comarca de Montes Claros - Interessados: André Anderson Durães Damasceno, Vilson Pereira Lima - 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 CONCEDER A ORDEM, COM RECOMENDAÇÃO.

Belo Horizonte, 26 de junho de 2012. - *Walter Luiz de Melo* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. WALTER LUIZ DE MELO (Relator) - A advogada Dr.ª Rejane Cardoso Lopes, constituída nos autos, impetrou ordem de *habeas corpus* com pedido liminar em favor de Ana Cláudia de Castro Moreira, presa em flagrante delito em 30 de dezembro de 2011 pela prática, em tese, do delito tipificado no art. 33, *caput*, da Lei 11.343/2006.

Alega a impetrante, em síntese, que o MM. Juiz de Direito da 2ª vara da Comarca de Montes Claros indeferiu o pedido de prisão domiciliar da paciente; que o art. 318, inciso III, não foi observado; que os princípios da proporcionalidade e da prioridade absoluta dos interesses das crianças e adolescentes não foram observados; que a paciente é primária, possui residência fixa, ocupação lícita, não oferece risco à instrução criminal ou ameaça à ordem pública, fazendo jus inclusive à liberdade provisória.

Requer o deferimento do pedido, liminarmente, a fim de que se conceda à paciente o direito à prisão domiciliar e, no mérito a procedência do presente pedido, confirmando a liminar eventualmente concedida.

O pedido liminar foi indeferido, f. 17/19.

Informações da autoridade apontada como coatora, f. 24/25, seguidas de documentos, f. 46/51.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, através de parecer do Procurador de Justiça Dr. Luís Carlos Martins Costa, opina pelo não conhecimento do presente *habeas corpus* e, no mérito, pela denegação da ordem, f. 27/30.

É o relatório.

Passo a proferir o voto:

Sustenta a impetrante que a paciente possui um filho pequeno, que necessita dos seus cuidados, já que ainda está em fase de amamentação, sendo a presença da paciente junto a ele fundamental para seu desenvolvimento.

Requer a concessão do benefício da prisão domiciliar, já que a paciente, sendo primária, possuindo residência fixa, ocupação lícita, não oferecendo risco à instrução criminal ou ameaçando a ordem pública, faria jus inclusive à liberdade provisória.

Quanto à concessão de liberdade provisória, entendo que no caso em apreço se verifica a presença dos requisitos do art. 312 do CPP, sendo correto seu indeferimento.

Como se sabe, para a manutenção da medida coativa, deve revelar-se no caso concreto uma das quatro finalidades expressas pela lei: a garantia da ordem pública, da ordem econômica, a conveniência da instrução criminal ou o asseguramento da aplicação da lei penal.

Além do mais, deve estar presente pelo menos uma das hipóteses estabelecidas no art. 313, incisos e parágrafo único, do mesmo diploma legal.

Ora, foi a paciente presa e autuada em flagrante delito, com o que, como incursa nas penas do delito de tráfico de drogas, sendo tal prisão convertida em preventiva pela autoridade coatora em razão da presença dos requisitos previstos no art. 312 do CPP.

Analisando a decisão que converteu a prisão em flagrante da paciente em preventiva, verifica-se a existência de fundamentos idôneos a sustentá-la, já que proferida levando em consideração as circunstâncias do caso concreto, destacando a necessidade de garantia da ordem pública, vejamos, f. 40:

> [...] presentes os requisitos da prisão preventiva, as condições pessoais do autor do crime, tais como primariedade, residência fixa e ocupação laboral habitual não obstam a prisão cautelar. Este não fere o princípio constitucional da presunção de não culpabilidade, pois a decisão pela qual se decreta a prisão cautelar não impilca a aferição de culpa, mas tão somente de que a liberdade do suposto autor do crime põe em risco a correta tramitação do processo ou subverte a ordem pública (limito-me a esses requisitos) [...].

No entanto, entendo que, quanto ao benefício da prisão domiciliar, à luz do que preconiza o art. 318, III, do Código de Processo Penal, somente é compatível em casos excepcionais, em que o paciente seja imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência.

Tenho certo que a medida excepcional deve ser aplicada, no caso em tela, de vez que comprovado que a paciente possui um filho de 9 (nove) meses de idade, que, evidentemente, necessita dos cuidados da mãe.

Este Tribunal, através da 7ª Câmara Criminal, teve a oportunidade de decidir fatos semelhantes aos do presente *HC*, portanto, pela beleza das colocações, o lúcido acórdão pode e deve ser destacado, em parte:

> *Habeas corpus*. Associação para o tráfico de drogas. Organização criminosa. Conversão da prisão preventiva em prisão domiciliar. Necessidade. Paciente mãe de bebê recém-nascido em estágio de amamentação. Princípio da adequação e da necessidade. Inteligência do art. 318, IV, do CPP, com redação dada pela Lei 12.403/11. Ordem concedida. Feita recomendação. - 1. Embora estejam presentes os requisitos fáticos (art. 312 do CPP) e instrumentais (art. 313 do CPP) para a manutenção da prisão preventiva, sendo recomendável, no caso em concreto, a substituição da constrição cautelar, deve a mesma ser concedida. 2. No caso de a paciente ser mãe de bebê recém-nascido, sendo imprescindível para o bom desenvolvimento da criança a proximidade com a genitora, tendo em vista o estágio de amamentação, em respeito ao princípio da proporcionalidade, previsto de forma expressa no art. 282 do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei 12.304/2011, necessária se faz a conversão da prisão preventiva em prisão domiciliar, nos termos do art. 318, inciso IV, do aludido diploma legal. 3. Ordem concedida, com recomendação. (TJMG. *HC* nº 10000.057658-4/000. Relator Des. Marcílio Eustáquio Santos. *DJ*: 20.10.2011.)

Assim é que, considerando as condições peculiares da paciente, ainda, em atenção ao binômio necessidade/adequação das medidas cautelares e em homenagem ao princípio da proporcionalidade, resguardando o interesse prioritário da criança, atento a precedente deste Tribunal de Justiça, deve ser concedido o pleito contido na inicial.

A Lei nº 12.403/11, que entrou em vigor no dia 5.7.2011, deu nova redação aos diversos artigos do Código de Processo Penal, com destaque para os arts. 312 e 313. Depreende-se que a referida lei, fundamentalmente, procura evitar que pessoas permaneçam presas antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, para tal estabelecendo regras.

Analisando as circunstâncias do caso particular, verifica-se a necessidade de imposição de algumas das medidas cautelares previstas na legislação, vejamos.

Estabelece o art. 282, inciso I e §§ 1º e 2º, do mesmo diploma legal, que:

> Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a:
> [...]
> II - adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado;
> [...].

Logo, observados os critérios constantes do supracitado art. 282, inciso II, do Código de Processo Penal, com nova redação introduzida pela Lei 12.403/11, presente, na espécie, o segundo caráter das novas medidas cautelares, qual seja a adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado, portanto, devem ser impostas.

Ressalte-se, a propósito, que, consoante o disposto nos §§ 1°, 2° e 5° do mencionado art. 282 do Código de Processo Penal:

> Art. 282. (*omissis*)
> § 1° As medidas cautelares poderão ser aplicadas isolada ou cumulativamente.
> § 2° As medidas cautelares serão decretadas pelo juiz, de ofício ou a requerimento das partes ou, quando no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público.
> [...]
> § 5° O juiz poderá revogar a medida cautelar ou substituí-la quando verificar a falta de motivo para que subsista, bem como voltar a decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem.

No caso em tela, frente à argumentação apresentada pelos impetrantes, verifica-se que estão presentes os pressupostos autorizadores da prisão domiciliar requerida, conforme dispõem os arts. 317 e 318 do CPP:

> Art. 317. A prisão domiciliar consiste no recolhimento do indiciado ou acusado em sua residência, só podendo dela ausentar-se com autorização judicial. (NR)
> Art. 318. Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for:
> [...]
> III - imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência; [...].

Conforme sabido, preconiza o art. 227 da CR/88 que é dever não só da família, mas da sociedade e do Estado, assegurar à criança, com absoluta prioridade, o direito à saúde, alimentação e convivência familiar.

Portanto, mesmo que, em tese, presente uma das hipóteses previstas no art. 313 do Código de Processo Penal, e diante das especificidades do caso concreto, atento ao caráter da necessidade, consubstanciado no resguardo da integridade física e psicológica da criança, entendo ser necessária a concessão do benefício da prisão domiciliar.

Ora, entendo devam ser sopesados tanto o rigor da lei como a prioridade absoluta dos interesses da criança, constitucionalmente previstos, devendo o julgador decidir com o bom senso e a sensibilidade que se esperam, sem ater-se ao formalismo excessivo ou ao rigorismo exacerbado.

Diante dos princípios gerais do Direito, pode e deve ser colocada em relevo a lúcida observação do saudoso civilista Clóvis Beviláqua, constante da obra *Teoria geral do direito civil*:

> [...] embora a intenção da lei seja um ponto importante para o intérprete, o essencial é escolher, dentre os pensamentos possíveis da lei, o sentido mais racional, mais salutar e de efeito mais benéfico. Por isso mesmo, a lei admite mais de uma interpretação no decurso de tempo. Supor que há somente uma interpretação exata, desde que a lei é publicada até aos seus últimos instantes, é desconhecer o fim da lei, que não é um objeto de conhecimento, mas 'um instrumento para se alcançarem os fins humanos, para fomentar a cultura, conter os elementos antissociais e desenvolver as energias da nação. Em conclusão, na interpretação da lei, deve atender-se, antes de tudo, ao que é razoável, depois às conseqüências sistemáticas, e, por fim, ao desenvolvimento histórico da civilização. (BEVILÁQUA, Clóvis. 2. ed. Rio de Janeiro, 1945.)

Brilhante. O jurista, já nominado um dos maiores deste País, ensina, em outras palavras: "É um erro supor que existe, apenas, uma interpretação exata desde que a lei é publicada".

In casu, como dito, há comprovação de que a paciente possui um filho de 9 (nove) meses em fase de amamentação, que, por óbvio, necessita dos cuidados da mãe.

Pelo exposto, concedo a ordem de *habeas corpus*, com o que substituo a prisão preventiva da paciente por prisão domiciliar, nos termos do art. 318, inciso III, do CPP, com redação alterada pela Lei n° 12.403/2011.

Expeça-se alvará de soltura, devendo ser restituída a liberdade à paciente, se por outro motivo não estiver presa.

Recomendo ao douto Juízo *a quo* que realize audiência admonitória, com a presença da paciente e de seu advogado, para determinação das condições de cumprimento e fiscalização da medida cautelar, oficiando-se, urgente, no apontado sentido.

Envie-se, imediatamente, cópia desta decisão para ser juntada ao respectivo processo (art. 391 do RITJMG).

Sem custas.

DES. ALBERTO DEODATO NETO - De acordo com o Relator.

DES. FLÁVIO BATISTA LEITE - De acordo com o Relator.

Súmula - HABEAS CORPUS CONCEDIDO.

...

Conflito de jurisdição - Suscitação pelo Ministério Público - Ação penal não instaurada - Conflito de atribuições entre Promotores - Solução - Competência - Procuradoria-Geral de Justiça - Conflito não conhecido

Ementa: Conflito de jurisdição suscitado pelo Ministério Público. Inexistência de ação penal instaurada. Mero conflito de atribuições entre representantes do Órgão Ministerial. Competência da Procuradoria-Geral de Justiça. Conflito não conhecido.

- Em se tratando de conflito entre promotores, acerca da competência para oferecimento da denúncia, não há que se falar em conflito de jurisdição.

- O Procurador-Geral de Justiça é o competente para dirimir conflito de atribuição existente entre membros do Ministério Público.

CONFLITO DE JURISDIÇÃO Nº 1.0000.12.059281-1/000 - Comarca de Belo Horizonte - Suscitante: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Suscitados: Juiz de Direito da 3ª Vara Criminal da Comarca de Belo Horizonte, Juiz de Direito do Juizado Especial Criminal de Belo Horizonte - Interessado: Ronaldo Adriano dos Santos - 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 NÃO CONHECER DO CONFLITO.

Belo Horizonte, 28 de junho de 2012. - *Nelson Missias de Morais* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. NELSON MISSIAS DE MORAIS (Relator) - Trata-se de conflito negativo de jurisdição suscitado pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais, atuante na 3ª Vara Criminal da Comarca de Belo Horizonte, que alega que aquele juízo não tem competência para processar e julgar delitos de menor potencial ofensivo (f. 38/40).

Argumenta o suscitante, em suma, que os delitos apurados no termo circunstanciado de ocorrência são apenas o de resistência e desobediência, não se visando apurar possível delito de furto, conforme faz crer o Órgão Ministerial atuante no Juizado Especial Criminal.

Assevera, ainda, que não é necessário que se proceda ao cúmulo material ou exasperação para delimitar a competência dos juizados criminais, uma vez que se deve verificar a pena *in abstrato* do crime isoladamente, não perdendo este a característica de "menor potencial ofensivo" simplesmente por haver um acréscimo na pena abstratamente (f. 41).

Em discordância, às f. 34/35, o suscitado alega que, em ocorrendo hipóteses de concurso de crimes, deve-se realizar o procedimento de cúmulo material ou de exasperação, conforme a modalidade de concurso, para fixar a competência do juízo das infrações de menor potencial ofensivo segundo os parâmetros legais, conforme entendimento jurisprudencial (f. 36).

A douta Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se pelo não conhecimento do conflito suscitado (f. 48/51).

É o relatório.

Compulsando detidamente os autos, tenho por bem acolher o parecer do il. Procurador de Justiça e não conhecer do presente conflito.

Verifica-se que o d. Promotor de Justiça que oficia perante o Juizado Especial Criminal da Comarca de Belo Horizonte, ao verificar que o investigado Ronaldo Adriano dos Santos teria cometido, em tese, os delitos tipificados nos arts. 155, 329 e 331 do CP, apresentou parecer ao Magistrado de origem pela incompetência daquele juízo para processar e julgar o caso concreto.

Foram os autos remetidos à Justiça comum, mais especificamente à 3ª Vara Criminal da Comarca de Belo Horizonte.

Todavia, o Órgão Ministerial atuante naquele juízo entendeu que o processamento e julgamento daquele feito deveria ser realizado pelo Juizado Especial Criminal, tendo em vista que o termo circunstanciado de ocorrência noticiaria apenas a prática dos crimes de resistência e ameaça.

Contudo, não houve sequer oferecimento da denúncia por parte do Ministério Público. O procedimento investigatório teve seu regular trâmite interrompido pela suscitação do presente conflito.

Portanto, existe tão somente a fase pré-processual do inquérito policial em andamento, que, como é sabido, tem natureza administrativa, para a colheita de elementos mínimos de convencimento para que se possa deflagrar a ação penal contra o indiciado.

Se não há ação penal oferecida, tampouco é possível que se fale em jurisdição, sendo que ambos são pressupostos de existência do processo.

Frise-se, por fim, que o próprio suscitante, à f. 37, requereu, primariamente, que o fosse deflagrado o conflito de atribuições, e não o de jurisdição.

Feitas essas considerações e analisando o presente caso, percebe-se nitidamente o conflito de atribuições entre membros do Ministério Público, que deve ser dirimido pelo Procurador-Geral de Justiça, a teor do art. 10, X, da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei nº 8.625/93) e art. 18, XXII, da Lei de Organização do Ministério Público Estadual (LC 34/94), que tem a mesma redação:

> Compete ao Procurador-Geral de Justiça: dirimir conflitos de atribuições entre membros do Ministério Público, designando quem deva oficiar no feito;

A jurisprudência deste Tribunal é senão no mesmo norte. Vejamos:

> Conflito de jurisdição - Juizado Especial Criminal e Justiça Comum - Ausência de oferecimento da denúncia - Procedimento na fase pré-processual - Capitulação da conduta - Competência do Ministério Público - Conflito de atribuições - Questão a ser dirimida pelo Procurador-Geral de Justiça. Conflito não conhecido. - Se inexiste denúncia, em razão de divergência sobre a capitulação da conduta praticada, e, sendo o Ministério Público o órgão competente para exercer a *persecutio criminis in judicio*, uma vez que é o titular da ação penal pública, trata-se de conflito de atribuições, devendo a questão ser dirimida pelo Procurador-Geral de Justiça, a teor do art. 28 do CPP, aplicado por analogia, além do art. 10, inciso X, da Lei nº 8.625/93 e art. 18, inciso XXII, da Lei Complementar Estadual nº 34/94. (TJMG - Conflito de Jurisdição 1.0000.11.027319-0/000 Relator: Des. Herbert Carneiro. Publicação: 13.07.2011.)

> Conflito de competência - Denúncia não oferecida - Conflito de atribuições - Não conhecimento - Remessa ao Procurador-Geral de Justiça. - Quando membros do Ministério Público oficiantes perante juízos distintos se consideram carecedores de atribuição para oferecer denúncia, há conflito de atribuições que deverá ser dirimido pelo Procurador-Geral de Justiça, nos termos do art. 10, inciso X, da Lei Federal nº 8.625/93 e art. 18, XXII, da Lei Complementar nº 34/94. (TJMG - Conflito de Jurisdição 1.0000.11.013696-7/000 Relator: Des. Eduardo Machado Publicação: 06.06.2011.)

> Ante o exposto, não conheço do presente conflito.
> Custas, *ex lege*.
> É como voto.

DES. MATHEUS CHAVES JARDIM - De acordo com o Relator.

DES. JOSÉ ANTONINO BAÍA BORGES - De acordo com o Relator.

Súmula - NÃO CONHECERAM DO CONFLITO.

...

Uso de documento falso - Carteira nacional de habilitação - Apreensão por autoridade policial - Crime impossível - Falsificação grosseira - Não ocorrência - Erro de proibição - Não configuração - Tipicidade

Ementa: Apelação criminal. Uso de documento falso. Falsificação grosseira. Crime impossível. Não caracterização. Reconhecimento da causa de diminuição referente ao erro de proibição evitável. Impossibilidade. Recurso não provido.

- Para que seja configurada a falsificação grosseira, é necessário que a falsidade seja perceptível ao homem comum, sem conhecimento técnico específico, o que não se estende ao policial militar, o qual é treinado para suspeitar da idoneidade de um documento, além de se tratar de fato corriqueiro de sua atividade.

- Sendo insubsistente a alegação de desconhecimento da falsidade do documento, não há que se falar em erro de proibição evitável.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0480.09.133811-5/001 - Comarca de Patos de Minas - Apelante: José Rubens de Sousa Soares - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - 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 NÃO PROVER O RECURSO.

Belo Horizonte, 24 de abril de 2012. - *Júlio César Lorens* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. JÚLIO CÉSAR LORENS (Relator) - 1 - Relatório.

Perante o Juízo da Vara Criminal e de Acidentes de Trabalho da Comarca de Patos de Minas/MG, o Ministério Público do Estado de Minas Gerais ofereceu denúncia contra José Rubens de Sousa Soares, pela prática do delito capitulado no art. 304 do CP, noticiando que, no dia 3 de julho de 2009, o denunciado fez uso de documento público falso, qual seja uma carteira nacional de habilitação.

Após o regular trâmite, o MM. Juiz proferiu sentença (f. 85/95), para condenar o réu como incurso nas sanções do art. 304 c/c art. 65, inciso III, ambos do CP, às penas de 2 (dois) anos de reclusão, em regime aberto, e 10 (dez) dias-multa, substituindo a pena privativa de liberdade por duas penas restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária, no valor de 1 (um) salário mínimo.

Inconformado, o denunciado interpôs recurso de apelação (f. 98/106), requerendo a sua absolvição, ao argumento de que se trata de crime impossível, pois a falsificação era grosseira, ou, alternativamente, o reconhecimento da causa de diminuição, referente ao erro de proibição evitável.

Em contrarrazões de f. 114/119, o *Parquet* pugnou pelo desprovimento do recurso, ao que aquiesceu a douta Procuradoria-Geral de Justiça, no parecer de f. 126/131.

É o relatório.

2 - Juízo de admissibilidade.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

3 - Fundamentação.

Inexistindo questionamentos preliminares e não vislumbrando nos autos qualquer irregularidade ou nulidade que deva ser declarada de ofício, passo à análise do mérito do recurso.

Examinando os autos, têm-se como inquestionáveis a autoria e a materialidade, até porque nenhuma das partes contra elas se insurgiu.

Pretende a defesa, através do recurso interposto, a absolvição do apelante, ao argumento de que se trata de crime impossível, pois a falsificação era grosseira. Contudo, tenho que razão não lhe assiste.

Conforme se depreende da análise dos autos, o réu foi abordado em operação policial, momento em que lhe foi solicitada a apresentação de sua CNH, e, tendo o policial militar suspeitado da autenticidade do documento apresentado, consultou o sistema, constatando a inexistência de prontuário (f. 22), sendo, posteriormente, a falsidade atestada por exame pericial (f. 20/21).

Certo é que, para que seja configurada a falsificação grosseira, é necessário que a falsidade seja perceptível ao homem comum, sem conhecimento técnico específico, o que não se estende ao policial militar, o qual é treinado para suspeitar da idoneidade de um documento, além de se tratar de fato corriqueiro de sua atividade.

No presente caso, houve apenas suspeita da autenticidade do documento, sendo que a desconfiança somente se tornou certeza pela inexistência de prontuário e, ainda, pela realização de perícia.

Também é certo que o documento apresentado, diversamente do esposado pela defesa, é apto a iludir o homem comum, sem conhecimento técnico, consoante se vislumbra da visualização do documento constante da f. 16.

Assim, não se tratando de falsificação grosseira, a qual era imperceptível ao homem comum, tendo a certeza do falso apenas advindo da realização de perícia, não há que se falar em crime impossível, sendo a conduta apta a lesar a fé pública, merecendo, assim, punição.

Nesse sentido:

> Ementa: Apelação criminal. Uso de documento público falso. Absolvição. Impossibilidade. Dolo comprovado. Demonstração do conhecimento acerca da falsidade. Falsificação grosseira. Inocorrência [...]. - Para ocorrência de falsificação grosseira da carteira de habilitação apta a configurar a hipótese de crime impossível, a adulteração deve ser percebida pelo homem comum, sem conhecimento técnico específico, não se incluindo como tal o policial militar, que é treinado e capacitado para tanto [...]. (TJMG, Ap. Crim. 1.0148.07.047080-9/001, Rel. Des. Marcílio Eustáquio Santos, j.: 13.01.11.)

Pretende ainda a defesa o reconhecimento da causa de diminuição referente ao erro de proibição evitável. Contudo, razão não lhe assiste.

No caso, verifica-se que o próprio apelante confessou que foi abordado por um rapaz, que lhe ofereceu uma carteira de habilitação pelo valor de R$400,00 (quatrocentos reais), tendo recebido o documento em sua residência, após pagar a referida quantia e assinar alguns papéis (f. 75/76).

Ora, a ilicitude da conduta do apelante é notória, sendo de conhecimento público a necessidade de se submeter a exames legais para a obtenção de carteira nacional de habilitação, a qual somente é expedida pelas autoridades de trânsito.

Além disso, certo é que, ao contrário do que alega a defesa, o réu tinha plenas condições de conhecer e entender o caráter ilícito da conduta por ele praticada.

Diante disso, tenho que a alegação de desconhecimento da falsidade do documento pelo apelante é insubsistente, não havendo, portanto, que se falar em erro de proibição evitável.

Quanto ao mais, verifica-se que as penas, o regime inicial de cumprimento e a substituição da pena corporal restaram bem aplicados, não havendo que se falar na sua alteração.

4 - Dispositivo.

Com tais considerações, nego provimento ao recurso, para manter inalterada a r. sentença vergastada.

Custas, *ex lege*.

DES. ALEXANDRE VICTOR DE CARVALHO (Revisor) - De acordo com o Relator.

DES. EDUARDO MACHADO - De acordo com o Relator.

Súmula - À UNANIMIDADE, NÃO PROVERAM O RECURSO.

...

Acidente de trânsito - Homicídio culposo - Autoria e materialidade - Prova - Culpa concorrente - Inadmissibilidade

Ementa: Apelação criminal. Homicídio culposo no trânsito. Autoria e materialidade comprovadas. Concorrência de culpas. Inocorrência e irrelevância.

- Em sede penal não há compensação de culpas. Assim, em se tratando de acidente de trânsito, ainda que a vítima tenha concorrido para a eclosão do evento danoso, o autor não se exonera de responsabilidade, se também agiu culposamente, ao realizar ultrapassagem de ciclista sem observar os cuidados necessários.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0701.07.186573-0/001 - Comarca de Uberaba - Apelante: Antônio Alberto Florentino - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Relatora: DES.ª BEATRIZ PINHEIRO CAIRES

Acórdão

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

Belo Horizonte, 28 de junho de 2012. - *Beatriz Pinheiro Caires* - Relatora.

Notas taquigráficas

DES.ª BEATRIZ PINHEIRO CAIRES (Relatora) - Antônio Alberto Florentino foi denunciado e condenado pela prática do delito previsto no artigo 302 da Lei 9.503/97 (CTB) à pena de 2 (dois) anos de detenção, a ser cumprida em regime aberto, c/c suspensão da carteira nacional de habilitação pelo prazo de 90 (noventa) dias, com a substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos (f. 283/290).

Inconformado, apela o sentenciado, pretendendo a absolvição, sob o fundamento de que não agiu com imprudência. Alega que o acidente ocorreu por culpa preponderante da vítima, que trafegava em sua bicicleta sem as mãos no guidom, desequilibrando-se e caindo sob as rodas do caminhão conduzido pelo acusado (f. 299/302).

Contrariado o recurso (f. 304/311), subiram os autos e, nesta instância, a douta Procuradoria de Justiça opinou pelo seu desprovimento (f. 317/321).

É o relatório.

Conheço do recurso, presentes os requisitos legais de admissibilidade.

Segundo relato contido na exordial acusatória, em 4 de dezembro de 2006, por volta das 9h20min, o acusado, ora apelante, agindo com imprudência, na condução do veículo caminhão "Mercedes Benz" 1113, placa GXM-2565, pela Avenida Guilherme Ferreira, próximo ao nº 1.073, Bairro São Benedito, em Uberaba/MG, atropelou G.H.S.C., que conduzia uma bicicleta naquela via, na mesma mão de direção.

Conforme apurado, no dia dos fatos, o acusado conduzia o citado caminhão pela Av. Guilherme Ferreira, havendo intenso trânsito de carros e motos no local. O acusado seguia com seu caminhão pela faixa da direita, quando avistou a vítima, que, naquele instante, conduzia uma bicicleta, na mesma faixa, mantendo suas mãos soltas do guidom.

Ato contínuo, o acusado ultrapassou a vítima sem, entretanto, reduzir a velocidade de seu veículo, que, segundo informa a testemunha, era incompatível com o local.

Ademais, o acusado não teria guardado a distância mínima da borda lateral direita da pista, que seria de 1,5 metro.

Naquele momento, enquanto o acusado realizava a ultrapassagem sem observar as normas de segurança pertinentes à circulação de veículos no local, a vítima desequilibrou-se, chocando sua bicicleta em uma motocicleta que se encontrava estacionada no acostamento da via, vindo a cair no solo. Como o caminhão conduzido pelo acusado estava muito próximo ao local em que a vítima caiu, ele acabou por atropelá-la, tendo as rodas traseiras direitas do caminhão passado por sobre a caixa craniana da vítima, causando-lhe lesões que deram causa à sua morte.

A irresignação recursal não merece guarida.

Ao contrário do alegado pela defesa, não há qualquer indício nos autos a corroborar sua versão, no sentido de que a culpa da vítima foi preponderante para justificar o resultado lesivo.

Depreende-se do exame da prova colhida que o acusado, ora apelante, agiu com evidente imprudência, ao ultrapassar a bicicleta conduzida pela vítima, sem guardar a necessária distância entre ela e seu caminhão, como demonstra, claramente, o laudo pericial de f. 23/33. Senão, veja-se:

> Juntando-se as considerações anteriores, pode se inferir que a lateral direita do Veículo 01 (Caminhão), quando da ultrapassagem do Veículo 02 (Bicicleta), encontra-se a no máximo 65 cm (sessenta e cinco centímetros) da lateral esquerda do mesmo.
> [...]
> Estaria o menino G., condutor do Veículo 02 (Bicicleta), conduzindo-o sem as mãos, o que causou perda de controle direcional de seu veículo com choque contra o veículo 03 (motocicleta), e consequente projeção do corpo do condutor para baixo das rodas traseiras do Veículo 01 (caminhão).
> Salienta-se, entretanto, que dispõe o art. 201 do vigente CTB que deixar de guardar a distância lateral de um metro e cinquenta centímetros ao passar ou ultrapassar bicicleta constitui infração.
> Assim, o condutor do veículo 01, para estar completamente desprovido de culpabilidade no episódio em estudo, deveria ter guardado a distância de 1,5 m (um metro e cinquenta centímetros) ao passar ou ultrapassar a bicicleta, sendo constatado no local que a distância guardada pelo caminhão ao realizar tal manobra foi bem inferior à obrigatória (f. 26/27).

A despeito de o laudo pericial não ter sido explícito ao reconhecer a imprudência com que teria agido o apelante, os peritos também não excluíram sua culpa pelo evento fatal. Ao contrário, afirmaram que o acusado deixou de guardar a distância lateral de 1,50 m ao passar ou ultrapassar bicicleta, cometendo a infração prevista no artigo 201 do Código de Trânsito Brasileiro e, obviamente, colocando em risco a segurança do ciclista, em razão de sua manobra.

Vale salientar o depoimento prestado por Juraci Davi de Melo, v. "Baixinho", que trabalhava junto com o acusado, no dia dos fatos, afirmando que era possível ao apelante evitar o acidente, se tivesse feito a ultrapassagem da bicicleta mais à esquerda, e não tão próximo à pista de parada e estacionamento.

Nesse sentido foi seu depoimento, à f. 223, confirmado em juízo, à f. 250:

> [...] o depoente confirmou que estava junto das pessoas de Belchior e Antonio Alberto, o qual conduzia o caminhão, esclarecendo que na época eram contratados da Prefeitura Municipal local; [...] lembra-se de ter visto um garoto aparentando ter uns 12 anos em uma bicicleta, tendo ele logo em seguida ultrapassado o caminhão tomando a frente; que, logo visto o garoto com as mãos soltas do guidom da bicicleta próximo ao meio fio, estando ali várias motocicletas estacionadas; que, segundo o depoente, o caminhão em que estavam já tinha quase emparelhado com o garoto, acreditando ele que o mesmo tenha se assustado e se desequilibrado vindo a bater numa das rodas das motocicletas, e que neste momento o garoto caiu entre as duas rodas traseira do caminhão; [...] que ele (o acusado) naquele dia sempre estava dando preferência para quem estava ultrapassando a sua esquerda; inquirido o depoente se Antonio Alberto naquele dia seria capaz de evitar o acidente, respondeu que sim, caso ele estivesse mais a esquerda da via, do lado do canteiro central, e acredita que Antonio Alberto não tenha visto o momento em que o garoto se desequilibrou com a presença do caminhão, vindo a bater na motocicleta e cair ao solo (f. 223).

Embora o apelante tenha alegado, às f. 254/255, que havia espaço suficiente para a manobra de ultrapassagem da bicicleta conduzida pela vítima, mais de um metro e meio (1,50m), tal versão não possui qualquer respaldo probatório, sobretudo tendo em vista o teor do próprio laudo pericial, que foi categórico ao afirmar que

> [...] o mesmo (o réu) ao ultrapassar o Veículo 02 (Bicicleta), encontrava-se com sua lateral direita a no máximo 65 cm (sessenta e cinco centímetros) da faixa alternada separadora da região de parada e estacionamento.
> Considerando a largura total de 2,30 m (dois metros e trinta centímetros) da região de parada e estacionamento, e que no mínimo 1,80 m (um metro e oitenta centímetros) desta largura eram ocupados pelos veículos estacionados, restariam apenas 50 cm (cinqüenta centímetros) livres até a faixa seccionada separadora da fileira de tráfego, valendo salientar ser esta a medida aproximada de um guidão de bicicleta.
> Mesmo que o Veículo 02 (Bicicleta), conseguisse, anteriormente ao acidente, trafegar dentro da faixa de parada e estacionamento, o que seria muito dificultoso devido à presença de veículos estacionados, este teria sua lateral esquerda (guidão) praticamente alinhado com a faixa seccionada separadora da fileira de tráfego.
> Juntando-se as considerações anteriores, pode-se inferir que a lateral direita do Veículo 01 (Caminhão), quando da ultrapassagem do Veículo 02 (Bicicleta), encontra-se a no máximo 65 cm (sessenta e cinco centímetros) da lateral esquerda do mesmo (f. 26).

Desse modo, conclui-se que o apelante não agiu com o dever de cuidado objetivo, dando causa, assim, à morte da vítima, uma criança que contava 11 (onze) anos de idade à época dos fatos.

É verdade que a vítima pode ter se desequilibrado por ter retirado suas mãos do guidom ou por ter se assustado com a proximidade do caminhão. É possível, também, que, em razão desse desequilíbrio, a vítima tenha caído na pista de rolamento.

Todavia, é sabido que, na esfera penal, não há compensação de culpas. Assim, em se tratando de acidente de trânsito, ainda que a vítima tenha concorrido para o resultado lesivo, o autor não se exonera de responsabilidade, se também agiu culposamente, ao realizar manobra (ultrapassagem) sem observar os cuidados de segurança exigíveis.

Portanto, a condenação havida em primeira instância deve ser confirmada, não merecendo a sentença qualquer reparo.

Com esses fundamentos, nego provimento ao recurso.

Custas, na forma da lei.

DES. RENATO MARTINS JACOB (Revisor) - De acordo com o Relator.

DES. NELSON MISSIAS DE MORAIS - De acordo com o Relator.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

...

Roubo - Materialidade - Autoria - Prova - Confissão - Palavra da vítima - Reconhecimento informal do acusado - Validade - Art. 226 do Código de Processo Penal - Formalidade não observada - Irrelevância - Valoração da prova - Livre convencimento motivado - Condenação - Recurso - Direito de apelar - Renúncia do acusado - Conflito de vontades entre defensor e réu - Defesa técnica - Interesse em recorrer - Prevalência - Regime de cumprimento da pena - Pena superior a quatro anos - Réu reincidente - Regime inicial semiaberto - Admissibilidade - Súmula 269 do STJ - Assistência judiciária - Concessão - Custas do processo penal - Isenção

Ementa: Apelação criminal. Delito de roubo. Preliminar ministerial. Conflito de vontades entre réu e defensor. Prevalência da vontade de quem tem interesse em recorrer. Preliminar rejeitada. Prova da materialidade e da autoria. Confissão e palavra da vítima. Reconhecimento informal do acusado. Validade. Sistema do livre convencimento motivado. Absolvição. Impossibilidade. Pena inferior a quatro anos. Réu reincidente. Regime prisional inicial semiaberto. Súmula 269 do STJ. Concessão dos benefícios da justiça gratuita. Recurso conhecido e parcialmente provido.

- Havendo conflito de vontades entre o acusado que renunciou ao direito de apelar e o seu defensor, deverá prevalecer a vontade de quem tem interesse em recorrer.

- A confissão do acusado corroborada pelas declarações seguras da vítima, a qual reconheceu categoricamente o acusado como o autor do delito, é suficiente à manutenção da sentença condenatória.

- Considerando ter o nosso Código de Processo Penal adotado o sistema do livre convencimento motivado para a valoração da prova, não se pode desqualificar o reconhecimento informal do acusado, feito pela vítima, apenas por inobservância do procedimento previsto no art. 226 daquele estatuto.

- "É admissível a adoção do regime prisional semiaberto aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a 4 (quatro) anos se favoráveis as circunstâncias judiciais" (Súmula 269 do STJ).

- Se o réu requer a concessão da gratuidade de justiça por não ter capacidade financeira para custear o processo, faz jus ao benefício e, consequentemente, à isenção do pagamento das custas processuais (art. 10, II, da Lei Estadual nº 12.427/1996).

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0024.10.196435-1/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Diego Vital de Moura - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Vítima: Lúcio Flávio Pereira - 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, por maioria, EM REJEITAR A PRELIMINAR MINISTERIAL E DAR PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO DEFENSIVO.

Belo Horizonte, 15 de maio de 2012. - *Adilson Lamounier* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. ADILSON LAMOUNIER (Relator) - Trata-se de apelação criminal interposta por Diego Vital de Moura em face da sentença de f. 116/117-v., por meio da qual o MM. Juiz de Direito da 11ª Vara Criminal da Comarca de Belo Horizonte julgou parcialmente procedente a denúncia e o condenou como incurso nas sanções do art. 157, *caput*, do Código Penal, às penas de 4 (quatro) anos de reclusão, a ser cumprida no regime fechado, e pagamento de 10 (dez) dias-multa, calculado o dia-multa à razão de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época do fato.

Em suas razões recursais às f. 133/136, sustenta a defesa que não há provas da autoria e materialidade do crime, razão pela qual pugna pela absolvição do apelante. Alternativamente, requer a declaração da nulidade da sentença, ao argumento de que não foram obedecidas as formalidades previstas no art. 226 do Código de Processo Penal no reconhecimento do acusado. Requer, ainda, a fixação do regime aberto e a concessão da suspensão da exigibilidade das custas processuais.

Contrarrazões do Ministério Público, às f. 140/146, opinando preliminarmente pelo não conhecimento do recurso e, no mérito, pelo seu desprovimento.

Parecer da d. Procuradoria-Geral de Justiça, às f. 162/165, pela rejeição da preliminar ministerial e desprovimento do apelo defensivo.

O réu foi intimado pessoalmente da sentença às f. 128/129.

É o relatório.

Preliminar suscitada pelo Ministério Público.

Alega o *Parquet*, em sede preliminar, a impossibilidade de interposição do recurso pelo defensor do acusado, diante da manifestação deste em não recorrer da sentença, estando assente com a condenação.

Data venia, a prefacial não merece prosperar.

Sobre o tema, importa trazer à baila a lição de Norberto Avena sobre o direito de desistência ou renúncia de interpor recurso, vejamos:

> Em relação à defesa, considera-se possível a desistência, condicionada esta, contudo, a que não haja oposição do advogado e do próprio réu. Assim, se o advogado, mesmo que lhe tenha sido outorgada procuração com poderes especiais neste sentido, desistir do recurso interposto ou renunciar ao direito de recorrer, deverá o magistrado determinar a intimação pessoal do réu, fixando-lhe prazo para que se manifeste caso não concorde com o procedimento do defensor. Por outro lado, efetivada a desistência ou a renúncia pelo próprio réu, seu advogado deverá ser intimado quanto a esta atitude do acusado. Na oposição de um ou outro, prevalecerá a vontade de quem deseja prosseguir ou intentar o recurso, até mesmo porque o tribunal veda a *reformatio in pejus*, não poderá agravar a situação do condenado diante do recurso exclusivo da defesa. (In *Processo penal esquematizado*. São Paulo: Ed. Método, 2009, p. 999.)

É cediço que a titularidade do direito de recorrer não cabe apenas ao condenado, mas também ao seu defensor, consoante disposto no art. 577 do Código de Processo Penal.

Dessa forma, não merece prevalecer a desistência recursal manifestada pelo recorrente à f. 129, isso porque, em prol dos princípios constitucionais da ampla defesa e contraditório, havendo divergência entre o acusado e o seu defensor, deverá sobrelevar a vontade quem tem interesse em recorrer.

Tal entendimento encontra respaldo na Súmula 705 do Supremo Tribunal Federal:

> A renúncia do réu ao direito de apelação, manifestada sem a assistência do defensor, não impede o conhecimento da apelação por este interposta.

Nesse contexto, colaciono os seguintes julgados do Superior Tribunal de Justiça, vejamos:

> As doutas Cortes Superiores do País (STF e STJ) já assentaram, em inúmeros precedentes, que, no caso de divergência entre o réu e seu defensor quanto à conveniência da interposição do recurso de apelação, deve prevalecer a vontade da defesa técnica, tendo em vista que, em tese, está melhor preparada para avaliar a necessidade da impugnação (Súmula 705 do STF). Precedentes do STJ. (*HC* 110.941/RS, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Quinta Turma, julgado em 27.11.2008, *DJe* de 02.03.2009.)

> Havendo divergência entre o réu e o seu defensor quanto à eventual interposição de recurso, deve prevalecer o entendimento da defesa técnica, porquanto, sendo profissional especializado, o defensor tem condições de melhor analisar a situação processual do acusado e, portanto, garantir-lhe o pleno exercício do direito de defesa. Inteligência do enunciado nº 705 da Súmula do Supremo Tribunal Federal. Precedentes do STJ. (*HC* 96.001/SP, Rel.ª Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 26.02.008, *DJe* de 24.03.2008.)

Por tais considerações, deve ser conhecida a insurgência defensiva pelo advogado do recorrente, razão pela qual rejeito a preliminar.

Mérito.

Conheço do recurso, visto que presentes os seus pressupostos objetivos e subjetivos de admissibilidade.

Narra a denúncia que, em 14.08.2010, por volta das 9h10min, na Rua Felicíssimo, esquina com a Rua Benjamim Flores, Bairro Betânia, nesta Capital, o denunciado Diego Vital de Moura, ora apelante, subtraiu, mediante grave ameaça exercida com emprego de arma, coisa alheia móvel pertencente à vítima Lúcio Flávio Pereira.

Segundo consta, na data referida a vítima transitava pela cidade em busca de passageiros para o seu táxi, quando foi abordada pelo denunciado na Rua Curitiba, esquina com a Rua Tamoios, no Centro da Capital. O denunciado, contudo, não informou o seu destino, limitando-se a ordenar o ofendido que virasse à esquerda ou à direita.

Ao chegarem ao local supracitado, o acusado deu ordem de parada à vítima e anunciou o assalto, deixando entrever, sob as mangas da blusa comprida que vestia a lâmina de uma faca. Ato contínuo, exigiu que a vítima lhe entregasse todo o dinheiro que trazia consigo.

O ofendido obedeceu aos mandamentos do agente e entregou-lhe a quantia de R$135,00 (cento e trinta e cinco reais). Na sequência, o denunciado empreendeu fuga, sendo, contudo, encontrado nas redondezas por policiais militares, que realizaram diligente rastreamento.

Conforme já relatado, o d. Magistrado *a quo* julgou a denúncia procedente em parte para condenar o apelante como incurso nas sanções do art. 157, *caput*, do Código Penal, o que motivou o presente recurso.

Examinando detidamente os autos, constato que o pedido absolutório não procede, já que o juízo condenatório se apresenta absolutamente inequívoco, tendo o d. Julgador esmiuçado toda a prova colhida durante o processo, devendo a condenação ser mantida por seus próprios e jurídicos fundamentos.

A materialidade delitiva está devidamente confirmada pelo auto de prisão em flagrante delito de f. 05/12, auto de apreensão de f. 17, boletim de ocorrência de f. 18/25, bem como pela prova oral colhida.

Quanto à autoria, constata-se que o apelante, em ambas as oportunidades em que foi ouvido, confessou a prática do crime pelo qual foi condenado, vejamos:

> [...] O declarante confirma o roubo e relata que estaria sendo ameaçado de morte, por traficantes da região, devido a dívida de drogas; que teria adquirido droga em data anterior [...] Que o declarante na hora que anunciou o assalto ao taxista, não estava com nenhuma arma, apenas fez a famosa 'sujesta', colocando dedo por debaixo da camisa e fazendo ameaças como se estivesse armado. Que a faca arrecadada pela PM é de seu pai e não foi usada no assalto... (f. 12/12-v.)

> [...] que é verdadeira a acusação que lhe é feita pela denúncia, porém agiu sob efeito de droga (crack) (f. 88).

A confissão do acusado foi corroborada pelo relato da vítima em sede policial, que narrou de forma detalhada a dinâmica dos fatos, *in verbis*:

> [...] embarcou no táxi um rapaz que pediu ao declarante para seguir para a av. Tereza Cristina, não informando qual seria o destino final; Que o declarante seguiu pela av. Amazonas e acabou por acessar a av. Tereza Cristina no Bairro Gameleira; Que seguiu por esta avenida até a entrada do bairro Nova Cintra, momento em que o passageiro mandou que o declarante entrasse da rua que dava acesso a este bairro; Que, ao entrar no bairro, o rapaz mandou que o declarante virasse em algumas ruas e quando chegaram a uma rua sem saída, o declarante parou o carro; Que então o rapaz anunciou o roubo, dizendo 'você perdeu veio... passa o dinheiro aí'; Que o rapaz estava com uma blusa de frio e por dentro da manga direita havia uma faca, que estava com parte da lâmina para fora e foi apontada para o declarante no mesmo momento em que a ameaça verbal era feita; Que, diante da efetiva ameaça contra a sua integridade física, o declarante retirou o dinheiro do bolso; que havia conseguido com o seu trabalho até então, que totalizava R$135,00 (cento e trinta e cinco reais), e entregou ao autor; Que, após isso, o ladrão desceu do carro e fugiu; Que o declarante começou a passar mal e foi auxiliado por populares; Que mesmo assim conseguiu acionar policiais militares, através do 190; Que os PMs chegaram rapidamente ao local, conversaram com o declarante e saíram à procura do autor; Que o declarante foi para a Companhia da PM, localizada no Bairro Palmeiras, para fazer o registro do fato; Que aproximadamente uns quarenta minutos depois, o declarante foi solicitado a comparecer no local onde havia um suspeito detido, ainda no bairro Palmeiras, numa rua cujo nome o declarante não se recorda; Que o declarante foi ao endereço e lá prontamente reconheceu o suspeito preso como sendo o rapaz que o havia roubado, isso sem qualquer dúvida [...] (f. 10/10-v.)

Tais declarações também foram ratificadas pelo testemunho dos policiais militares Carlos Alberto Gomes e Paulo Cesar Oliveira Pimentel (f. 05/06), responsáveis pela prisão em flagrante do acusado.

Cumpre esclarecer que, embora os depoimentos anteriormente citados não tenham sido confirmados em juízo, não há qualquer impedimento de consideração no decreto condenatório dos elementos colhidos na fase inquisitorial, mas tão somente destes em sustentar, por si sós, a condenação, o que, como visto, não ocorreu no presente caso, ora em julgamento.

Diante de todas essas circunstâncias, conclui-se que os elementos carreados aos autos são sérios e veementes, legitimando a condenação, não havendo que se falar em aplicação do princípio do *in dubio pro reo*.

Com essas considerações, tenho por suficientemente comprovadas a materialidade e a autoria do crime em questão, em desfavor do apelante. Ademais, é pacífico o entendimento jurisprudencial no sentido de que a palavra da vítima nos crimes cometidos na clandestinidade tem especial importância para a formação do convencimento do magistrado, especialmente quando descreve com riqueza de detalhes e firmeza o *modus operandi* e reconhece, do mesmo modo, o agente que praticou a ação criminosa.

A propósito, vejamos o seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça:

> [...] Depoimento das vítimas. Crime cometido na clandestinidade. Meio de prova idôneo. Princípio do livre convencimento. Absolvição. [...] Embora existam críticas acerca do valor das declarações prestadas pelo ofendido da ação criminosa, é certo que tal elemento de prova é admitido para embasar o édito condenatório, mormente em casos nos quais a conduta delituosa é praticada na clandestinidade, desde que sopesada a credibilidade do depoimento, conforme se verifica ter ocorrido na hipótese. [...] (*HC* 162.913/SP, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 05.04.2011, *DJe* de 04.05.2011.)

Contudo, sustenta a combativa defesa que não foram obedecidas as formalidades previstas no art. 226 do Código de Processo Penal, ensejando a nulidade da sentença condenatória.

Verifico que, de fato, não foi feita a diligência de reconhecimento formal do réu, tendo a vítima apenas consignado em suas declarações na fase de inquérito que reconheceu o acusado como autor do crime de roubo.

Entretanto, vê-se que a vítima reconheceu o apelante, de forma categórica, não se mostrando sequer minimamente razoável desconsiderar tal reconhecimento por afronta ao art. 226 do CPP e, conquanto o ofendido não tenha feito o reconhecimento em juízo em virtude da sua ausência na audiência de instrução criminal, o certo é que o reconhecimento feito por ela na fase policial vem corroborado pelos demais elementos de prova.

Nesse sentido já decidiu o eg. STF:

> Ementa: *Habeas corpus*. Penal. Processo penal. Álibi. Representação. Oitiva de testemunhas. Reconhecimento de pessoas. Formalidades. Reexame da prova. [...]. 4. O reconhecimento de pessoas, feito perante o juiz em audiência, é válido como meio de prova. Prescinde das formalidades previstas no CPP, art. 226, eis que ocorrido sob o princípio do contraditório. Ao contrário do que ocorre na fase pré-processual. No inquérito policial sim, deve ser obedecido o disposto no CPP, art. 226, com a lavratura do auto de reconhecimento. 5. O *habeas* não é meio para a revisão do processo penal. Inviável o reexame de prova no rito especial e sumário que o caracteriza. *Habeas corpus* indeferido. (STF - *HC* 77576/RS - Rel.: Min. Nelson Jobim, julg.: 02.02.1999, 2ª T., *DJ* 01.06.2001, PP-077, EMENT VOL-02033-03 PP-00473.)

Sobre o tema, assenta Júlio Fabbrini Mirabete:

> Não sendo obedecidas as formalidades legais, o reconhecimento, mesmo assim, não perde todo o seu valor, valendo como elemento de convicção do julgador, de acordo com os princípios aceitos em nossa legislação sobre o livre convencimento [cita o autor, em nota de rodapé: *RT* 666/379, 723/610; *RJDTACRIM* 25/234, 32/288; *JTACrSP* 38/273, 47/55, 59/52, 76/36]. Por isso, já se tem decidido que a inobservância dos procedimentos fixados na lei só pode ser causa de ineficácia do reconhecimento pessoal quando este não for confirmado por outras provas. (*Processo penal*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 309.)

Desse modo, o fato de o reconhecimento do acusado não ter observado a forma exigida pelo art. 226 do Código de Processo Penal (CPP) em nada desqualifica as provas que embasaram a condenação, no sistema do livre convencimento motivado.

A ausência de observância da forma prevista no artigo em epígrafe, no presente caso, é compreensível diante do reconhecimento informal do acusado já no momento de sua prisão, relevando que tal reconhecimento foi feito de forma categórica e encontra-se confirmado por prova testemunhal, não podendo sobre tal conjunto probatório prevalecer a tese de absolvição trazida pela defesa.

Não se pode olvidar ainda que, a teor do disposto no inciso II do art. 226 do CPP, o reconhecimento formal somente se justifica quando há dúvida em relação ao autor do delito e há, por via de consequência, necessidade de reconhecê-lo por parte da vítima.

Com essas considerações, tendo por suficientemente comprovado o crime em questão, não havendo que se falar em aplicação do princípio do *in dubio pro reo* para absolvê-lo.

Quanto ao pleito de abrandamento do regime, nesse ponto, o recurso merece prosperar.

Isso porque, a meu ver, o réu tem direito subjetivo ao regime inicial semiaberto nos estritos termos da Súmula 269 do STJ, que assim assevera:

> é admissível a adoção do regime prisional semiaberto aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a quatro anos se favoráveis as circunstâncias judiciais.

Por fim, verifico que a defesa do réu requereu a isenção do pagamento das custas processuais.

O pleito merece deferimento.

É que as pessoas físicas fazem jus à assistência judiciária mediante a simples declaração de que dela necessitam, por força do disposto no art. 4°, *caput* e § 1°, da

Lei nº 1.060/1950. Dessarte, independentemente de o réu estar sendo defendido por advogado constituído, entendo que deve ser concedido ao mesmo o benefício da assistência judiciária ante a afirmação de necessidade, ficando, portanto, isento do pagamento das custas processuais.

Ressalta-se que o art. 10, II, da Lei Estadual nº 12.427/1996 isenta de tal obrigação "os que provarem insuficiência de recursos e os beneficiários da assistência judiciária".

Por todo o exposto, rejeito a preliminar ministerial e dou parcial provimento ao recurso defensivo, para fixar ao apelante o regime semiaberto para cumprimento de pena e isentá-lo do pagamento das custas processuais, mantendo os demais termos da sentença recorrida.

DES. EDUARDO MACHADO (Revisor) - Apelação criminal. Isenção de custas. Impossibilidade. Defesa patrocinada por advogado constituído. Não comprovação da insuficiência de recursos.

- Tendo o acusado sido acompanhado por advogado ao longo de todo o processo, não logrando, ainda, comprovar sua insuficiência de recursos, é de rigor o indeferimento do pedido de isenção das custas, não bastando a mera alegação de que não possuem condições de arcar com as despesas processuais.

Peço vênia ao il. Desembargador Relator para discordar, em parte, do seu judicioso voto no que diz respeito à concessão da isenção das custas processuais ao acusado.

Sabe-se que o benefício pleiteado deve ser concedido somente nos casos previstos no art. 10, inciso II, da Lei Estadual 14.939/03, o qual dispõe:

> Art. 10 - São isentos do pagamento de custas: [...] II - os que provarem insuficiência de recursos e os beneficiários da assistência judiciária [...].

Assim, tendo o acusado sido acompanhado por advogado ao longo de todo o processo, não logrando, ainda, comprovar sua insuficiência de recursos, é de rigor o indeferimento do pedido de isenção das custas, não bastando, a meu ver, a mera alegação de que não possui condições de arcar com as despesas processuais.

Antes tais considerações, dou parcial provimento à apelação, tão somente para fixar ao apelante o regime semiaberto para cumprimento de pena, divergindo, contudo, em relação à concessão da isenção das custas processuais.

DES. ALEXANDRE VICTOR DE CARVALHO - De acordo com o Relator.

Súmula - REJEITARAM A PRELIMINAR MINISTERIAL E DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO DEFENSIVO.

...

Furto qualificado - Concurso de pessoas - Crime tentado - Vigilância durante todo o *iter criminis* - Ineficácia do meio empregado - Crime impossível - Absolvição

Ementa: Apelações criminais. Tentativa de furto qualificado mediante concurso de duas ou mais pessoas. Intempestividade recursal. Inocorrência. Apelo defensivo: absolvição. Necessidade. Vigilância durante todo o *iter criminis*. Crime impossível. Recurso ministerial: aumento das penas dos réus pela aplicação da fração mínima relativa à tentativa. Prejudicado. Recursos defensivo provido e ministerial prejudicado.

- Como a ação dos acusados foi vigiada desde o início, tendo sido acompanhado todo o *iter criminis* pelo fiscal do estabelecimento comercial, está evidenciada a total ineficácia do meio empregado à subtração.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0024.09.499891-1/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: 1º) Ministério Público do Estado de Minas Gerais, 2ª) Regina da Piedade de Souza, 3º) Edmar Lourenço Rodrigues - Apelados: Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Regina da Piedade de Souza, Edmar Lourenço Rodrigues - Relator: DES. FLÁVIO LEITE

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sob a Presidência do Desembargador Alberto Deodato Neto, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, EM PROVER O RECURSO DEFENSIVO E JULGAR PREJUDICADO O MINISTERIAL.

Belo Horizonte, 29 de maio de 2012. - *Flávio Leite* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. FLÁVIO LEITE - Trata-se de apelações interpostas pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais, por Regina da Piedade de Souza e por Edmar Lourenço Rodrigues, estes denunciados como incursos nas iras do art. 155, § 4º, IV, c/c art. 14, II, ambos do CP (tentativa de furto qualificado mediante concurso de duas ou mais pessoas).

Narra a denúncia que, em 5 de junho de 2008, por volta das 22h30min, na Avenida Cristiano Machado, 4.000, Bairro União, nesta Capital, os denunciados, agindo com unidade de desígnios, tentaram subtrair diversos objetos (roupas, calçados, produtos alimentícios e de higiene) do Hipermercado Extra.

Consta ainda na peça de ingresso que, no local e na data dos fatos, os denunciados entraram no

estabelecimento comercial e de lá subtraíram várias mercadorias que colocaram dentro da bolsa da denunciada.

De acordo com o Órgão Ministerial, os denunciados efetuaram o pagamento de alguns produtos no caixa, mas foram levados à sala de prevenção para serem submetidos à busca, em virtude de suas condutas terem sido notadas pelo fiscal da loja.

Finda a instrução criminal, a Juíza *a quo* julgou procedente a denúncia e condenou os acusados a 8 meses de reclusão, no regime aberto, e pagamento de 3 dias-multa, no mínimo legal, pelo delito de tentativa de furto qualificado mediante concurso de duas ou mais pessoas (art. 155, § 4º, IV, c/c art. 14, II, ambos do CP).

Intimações regulares (f. 140, 144, 147, verso, 161 e 165).

Inconformado, o Ministério Público apelou e requereu o aumento das penas dos réus com base na aplicação da fração mínima relativa à tentativa.

Irresignadas também, as defesas apelaram e requereram a absolvição dos acusados sob o fundamento de crime impossível.

Contrarrazões às f. 184/185 e 197/204, em que as defesas e o *Parquet* pugnam pela improcedência do recurso aviado pela parte contrária.

A Procuradoria-Geral de Justiça alegou que o recurso defensivo é intempestivo, motivo pelo qual requereu seu não conhecimento. No mérito, opinou pelo desprovimento do recurso das defesas, bem como pelo provimento do apelo ministerial (f. 205/212).

Esse é, em síntese, o relatório.

Passo ao voto.

Inicialmente, não vejo como acatar a tese de intempestividade da apelação sustentada pelo douto Procurador de Justiça.

Nos termos do art. 593, I, do CPP, caberá apelação no prazo de cinco dias da sentença definitiva de condenação ou absolvição proferida por juiz singular. O prazo se inicia com a intimação pessoal do réu e de seu defensor (art. 392 do CPP), o que se der por último.

No caso em tela, os réus foram intimados da sentença em 21.3.11 (Regina - f. 161) e em 28.3.11 (Edmar - f. 165). Porém, sua defesa técnica não, pois os defensores dativos nomeados pelo Juízo não foram intimados pessoalmente, nem o advogado constituído posteriormente à prolação da sentença, o que afronta o princípio da ampla defesa.

Assim, em 15.4.11, quando foi interposta a apelação pelo novo patrono dos acusados, o prazo recursal nem se havia iniciado, motivo pelo qual não há que se falar em intempestividade do recurso defensivo.

Presentes os pressupostos de admissibilidade e processamento, conheço dos recursos.

Busca o Ministério Público o aumento da pena dos réus pela aplicação da fração mínima relativa à tentativa, ao passo que a defesa pleiteia a absolvição dos acusados pelo reconhecimento do crime impossível.

Com razão a defesa, *data venia*.

A teor do art. 17 do CP, considera-se crime impossível aquele que por ineficácia absoluta do meio ou por absoluta impropriedade do objeto jamais poderia ser consumado.

Embora eu entenda que, havendo alguma possibilidade, mesmo que mínima, de eficácia do meio empregado, existe a tipicidade da conduta, já que o agente poderia ou não alcançar seu objetivo, no presente caso não há essa possibilidade. Logo, trata-se de conduta atípica.

Conforme depoimento do fiscal do local do crime, desde o momento da entrada dos réus na loja até a saída do estabelecimento, eles foram monitorados e vigiados pelo funcionário. É o que relata judicialmente Marcelo Martins Marcelino:

> [...] que confirma o seu depoimento prestado às f. 15 e 15-v. dos autos; [...] que teria presenciado através do monitoramento da loja o momento em que os acusados subtraíram os bens; que os acusados foram monitorados todo o tempo em que estiveram na loja (f. 102).

O que define a ineficácia absoluta ou relativa do objeto é critério objetivo, devendo-se observar se houve risco de lesão para o bem jurídico tutelado ou não.

E, no presente caso, em nenhum momento o patrimônio da vítima esteve desprotegido, pois durante todo o *iter criminis* os réus foram vigiados pessoal e ininterruptamente pelo fiscal da loja, e nunca lograriam êxito na empreitada.

Embora ainda não haja decisão definitiva das Cortes Superiores sobre a matéria, os tribunais pátrios têm decidido pela absolvição, conforme os julgados a seguir transcritos:

> Inocorre tentativa de furto na hipótese em que o agente desperta a desconfiança dos seguranças do estabelecimento-vítima, permanecendo vigiado, de forma contínua e ininterrupta, pois em nenhum momento o patrimônio esteve desprotegido, não sendo possível ao acusado se apossar dos objetos, eis que o meio empregado foi absolutamente ineficaz, fazendo com que o agente se torne penalmente impunível, nos termos do art. 17 do CP (TACRIM-SP - Ap. Rel.ª Angélica de Almeida - *RJTACRIM* 41/166).

> A tutela jurídica visa proteger os bens do patrimônio da vítima. Se a *res* esteve sob a vigilância de segurança, que percebeu a ação do suspeito, e a qualquer tempo poderia evitar a prática delituosa, o bem juridicamente tutelado não esteve sob o risco de expropriação, tratando-se de crime impossível (TARS - Rel. Aramis Nassif - *RT* 750/721).

> Crime contra o patrimônio. Tentativa de furto de um frasco de *shampoo*, um litro de uísque e três frascos de desodorantes, avaliados conjuntamente em R$ 42,90. Ação do acusado monitorada, desde o início, pela segurança do estabelecimento comercial. Crime impossível (art. 17, CP) configurado. Mantida a decisão de rejeição da denúncia. Apelo ministerial desprovido. Unânime (Apelação Crime 70028605624, 5º Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luís Gonzaga da Silva Moura, julgado em 29.04.2009).

Furto. Crime impossível. Absolvição. - A constante vigilância do segurança do supermercado sobre a acusada, que fora vista subtraindo as barras de chocolate e a pronta abordagem da ré antes de sair do estabelecimento comercial evidencia a total ineficácia do meio utilizado à subtração, caracterizando o crime impossível. Absolvição calcada no inciso III do art. 386 do Código de Processo Penal mantida. Apelo ministerial improvido (Apelação Crime 70032375271, Quinta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Genaceia da Silva Alberton, julgado em 26.05.2010).

Posto isso, dou provimento ao recurso e absolvo Regina da Piedade de Souza e Edmar Lourenço Rodrigues, com fundamento no art. 17 do CP c/c art. 386, III, do CPP, da prática do delito previsto no art. 155, § 4°, IV, c/c art. 14, II, ambos do CP. Consequentemente, julgo prejudicado o recurso ministerial.

Sem custas.

Se este voto for vencedor, expeçam-se alvarás de soltura, se por outro motivo os apelantes não estiverem presos.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES REINALDO PORTANOVA e SILAS VIEIRA.

Súmula - PROVIDO O RECURSO DEFENSIVO E JULGADO PREJUDICADO O MINISTERIAL.

...

Furto majorado - Repouso noturno - Fixação da pena - Agravante e atenuante - Circunstâncias de caráter subjetivo - Reincidência e confissão espontânea - Compensação - Art. 67 do Código Penal - Regime de cumprimento da pena - Réu reincidente - Pena inferior a quatro anos de reclusão - Regime semiaberto

Ementa: Apelação criminal. Furto majorado pelo repouso noturno. Preponderância da atenuante da confissão espontânea sobre a agravante da reincidência. Não cabimento. Circunstâncias igualmente preponderantes. Regime prisional. Abrandamento necessário. Recurso provido em parte.

- Em conformidade com o disposto no art. 67 do CP, devem a agravante da reincidência e a atenuante da confissão espontânea se compensar, pois circunstâncias preponderantes, ambas de caráter subjetivo, merecendo, assim, a mesma valoração (uma favorável e outra contrária ao apelado) quando da fixação das penas.

- Nos crimes de furto, quando as circunstâncias reais do delito conduzirem à fixação da pena privativa de liberdade em patamar inferior a quatro anos, tratando-se de réu reincidente, o regime carcerário poderá ser o semiaberto, pois condizente com a conduta incriminada.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0145.09.544758-0/001 - Comarca de Juiz de Fora - Apelante: José Alfredo Vieira de Abreu - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Corréu: David Batista de Oliveira - Relator: DES. ALBERTO DEODATO NETO

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sob a Presidência do Desembargador Alberto Deodato Neto, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM PROVER EM PARTE O RECURSO.

Belo Horizonte, 8 de maio de 2012. - *Alberto Deodato Neto* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. ALBERTO DEODATO NETO - Trata-se de recurso de apelação interposto por José Alfredo Vieira de Abreu, contra a sentença de f. 175/181, que o condenou, como incurso nas sanções do art. 155, § 1°, do CP, às penas de 2 (dois) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e 24 (vinte e quatro) dias-multa, no valor unitário mínimo, denegado o apelo em liberdade.

Denúncia às f. 02/03.

Intimações regulares, f. 182, 186-v., 188, 189-v., 191-v. e 193.

Pleiteia o apelante, nas razões de f. 249/254, o reconhecimento da preponderância da atenuante da confissão espontânea sobre a agravante da reincidência, com a consequente minoração de suas penas, e o abrandamento do regime prisional para a modalidade aberta.

Contrarrazões às f. 257/263, em que o *Parquet* pugna pelo não provimento do apelo, ao que aquiesce a d. Procuradoria-Geral de Justiça, no parecer de f. 268/271.

É o relatório.

Conheço o recurso, pois presentes os pressupostos de admissibilidade e processamento.

Ausentes preliminares, arguidas ou apreciáveis de ofício, passo à análise do mérito.

Materialidade e autoria incontestes.

Centra-se o apelo, inicialmente, em postular o reconhecimento da preponderância da atenuante da confissão espontânea sobre a agravante da reincidência.

Todavia, sem razão.

É que, na conformidade do previsto no art. 67 do CP, devem a agravante da reincidência e a atenuante da confissão espontânea se compensar, pois são circunstâncias igualmente preponderantes, ambas de caráter subjetivo, merecendo, assim, a mesma valoração (uma favorável e outra contrária ao apelado).

Nesse sentido:

> Penal. Pena. Concurso de circunstâncias atenuantes e agravantes. Compensação. CP, art. 67. - Não merece censura, por não violação às normas de direito penal pertinentes, decisão que realiza a compensação entre atenuantes e agravantes, atendidas as prescrições inscritas no art. 67, CP. - Recurso especial conhecido e desprovido (STJ, 6ª Turma, REsp nº 70626/SP, Rel. Min. Vicente Leal, j. em 14.10.1996; *DJU* de 09.12.1996).

> Penal e processual penal. Apelação. Porte ilegal de arma. Agravante da reincidência e atenuante da confissão espontânea. Compensação. - Incidindo concomitantemente a agravante da reincidência e a atenuante da confissão espontânea, devem-se compensar haja vista que ambas são de natureza subjetiva (TJDF, 2ª T. Crim., Ap. nº 2001.09.1.000249-2, Rel. Des. Silvio Barbosa, j. em 27.6.2002; *DJU* de 11.9.2002, p. 84).

Melhor sorte assiste à defesa quando clama pelo abrandamento do regime prisional.

Isso porque, de fato, cabe ao magistrado, quando da estipulação do regime carcerário, examinar as peculiaridades de cada caso, sob pena de ofensa ao princípio da individualização, e também as disposições dos §§ 2º e 3º do art. 33 do CP, que, na hipótese dos autos, orientam a modalidade semiaberta para o cumprimento da pena - réu reincidente, condenado a pena inferior a 4 (quatro) anos de reclusão.

Nesse ponto, convém ressaltar que a alínea c do §2º do art. 33 do CP veda expressamente a fixação do regime inicial aberto para o reincidente condenado a pena igual ou inferior a 4 (quatro) anos de privação da liberdade.

Diante do exposto, dou parcial provimento ao recurso, apenas para abrandar o regime carcerário para a modalidade semiaberta, mantendo inalteradas as demais disposições da r. sentença penal condenatória.

Em razão do parcial provimento do apelo, isento o réu do pagamento das custas processuais recursais.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES FLÁVIO LEITE e WALTER LUIZ.

Súmula - PROVIDO EM PARTE.

...

Explosão - Arremesso de artefato explosivo - Estádio de futebol - Crime de perigo comum - Exposição de terceiros a perigo concreto - Caracterização do delito - Desclassificação do crime para modalidade culposa - Impossibilidade

Ementa: Apelação criminal. Explosão. Estádio de futebol. Perigo concreto. Crime caracterizado. - A conduta consciente e voluntária do agente de arremessar um artefato explosivo em direção aos torcedores que estavam no estádio de futebol cria uma efetiva situação de perigo à vida ou à integridade física de terceiros, caracterizando o crime de explosão.

Nega-se provimento ao recurso.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0024.09.699227-6/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Wilson Carlos Leal Júnior - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Relator: DES. ANTÔNIO ARMANDO DOS ANJOS

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sob a Presidência do Desembargador Antônio Carlos Cruvinel, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NÃO PROVER O RECURSO.

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

Notas taquigráficas

DES. ANTÔNIO ARMANDO DOS ANJOS - Perante o Juízo da 7ª Vara Criminal da Comarca de Belo Horizonte, Wilson Carlos Leal Júnior, alhures qualificado, foi denunciado como incurso nas sanções do art. 251, § 1º e § 2º, e art. 250, § 1º, inciso II, alínea *b*, ambos do Código Penal.

Quanto aos fatos, narra a denúncia de f. 02-03 que, no dia 3.10.2009, por volta das 18h,

> na Avenida Abraão Caram, nº 1.002, Bairro São Luiz, neste município, no estádio Governador Magalhães Pinto, 'Mineirão', o denunciado, mediante explosão de artefatos, expôs a perigo a vida e a integridade física de outrem.

Regularmente processado, ao final sobreveio a r. sentença de f. 71-82, julgando procedente a pretensão punitiva estatal, condenando-o pela prática do delito previsto no do art. 251, § 1º e § 2º, e art. 250, § 1º, inciso II, alínea *b*, ambos do Código Penal, às penas de 1 (um) ano e 4 (quatro) meses de reclusão e 13 (treze) dias-multa, no mínimo legal, sendo a reprimenda corporal substituída por duas restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviços à comunidade.

Inconformado com a r. sentença, a tempo e modo, interpôs o réu recurso de apelação (f. 86). Em suas razões recursais (f. 87-95), almeja a sua absolvição ante a atipicidade de sua conduta, subsidiariamente requer a desclassificação para o delito previsto no art. 251, § 3º, do CP. Por fim, requer a isenção do pagamento das custas processuais.

O Ministério Público apresentou suas contrarrazões (f. 98-103), pugnando pelo seu desprovimento.

Nesta instância, a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra da Dr. Cláudio Emanuel da Cunha (f. 112-114), il. Procurador de Justiça, opina pelo desprovimento do recurso.

É, no essencial, o relatório.

Presentes os pressupostos de admissibilidade e processamento, conheço do recurso apresentado.

Não foram arguidos questionamentos preliminares, e, não vislumbrando qualquer nulidade ou irregularidade que deva ser sanada de ofício, passo ao exame do mérito do recurso.

De pronto, cumpre ressaltar que, pelas provas colacionadas aos autos, assim como pelas próprias razões recursais, dúvidas não há quanto à autoria e materialidade do delito, tanto que o apelante pleiteia sua absolvição, alegando a atipicidade de sua conduta, visto não ter exposto a risco a incolumidade física e o patrimônio de terceiros.

Em que pese o hercúleo esforço do denodado defensor público que assiste o ora apelante, com a devida vênia, não há como acolher o pleito absolutório, pois, ao contrário do sustentado, as provas amealhadas ao longo da instrução são suficientes para ensejar a condenação que lhe foi imposta.

A propósito, dispõe o art. 251 do CP:

> Explosão
> Art. 251. Expor a perigo a vida, a integridade física ou o patrimônio de outrem, mediante explosão, arremesso ou simples colocação de engenho de dinamite ou de substância de efeitos análogos:
> Pena - reclusão, de três a seis anos, e multa.
> § 1º Se a substância utilizada não é dinamite ou explosivo de efeitos análogos:
> Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa.

O bem jurídico tutelado é a incolumidade pública, em razão do perigo comum que pode decorrer da explosão, expondo a perigo a vida, a integridade física ou o patrimônio de terceiros, determinados ou não, sendo irrelevante para a sua caracterização e existência de um dano para terceiro.

Ademais, deve-se perquirir o elemento subjetivo do injusto consistente na vontade consciente e específica de causar um risco a terceiro, com poder de destruição, e de causar prejuízos.

Na espécie, concluíram os peritos que elaboraram laudo pericial de f. 20-23, *verbis*:

> Finalizados os exames os peritos concluem que os materiais encaminhados para exames são artefatos explosivos pirotécnicos à base de pólvora cloratada, com eficiência positiva e capazes de ofender a integridade física de outrem.

Ora, pela análise das provas colhidas no decorrer da instrução criminal, constata-se que o acusado, conscientemente, expôs terceiros a um risco grave e eminente, pois provocou uma explosão em estádio de futebol, o que poderia ter gerado uma tragédia.

A propósito, sobre a ocorrência de perigo concreto, bem ressaltou o Procurador de Justiça, *in verbis*:

> Ora, os artefatos explosivos foram utilizados pelo apelante em meio a uma partida de futebol, com expressiva aglomeração de pessoas, restando, assim, evidenciado o perigo concreto à integridade física dos torcedores.
> E não é preciso ser *expert* para concluir que a explosão desse tipo de artefato pode causar ofensa à integridade física da pessoa atingida por meio de queimaduras ou distúrbios auditivos (f. 113-114).

Dessa feita, restando devidamente comprovado que, mediante uma ação consciente e voluntária, o agente provocou uma explosão em estádio, durante uma partida de futebol, causando uma situação de perigo concreto, verifica-se que sua conduta se amolda perfeitamente àquela tipificada no art. 251 do Código Penal, restando incabível, pois, a sua absolvição.

Melhor sorte não socorre a defesa quanto ao pedido de desclassificação para o delito previsto no art. 251, § 3º, do CP. Diante dos depoimentos prestados e das provas colhidas, não há que se falar em desclassificação para a modalidade culposa, pois este se configura quando o agente dá causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia; quando, por inobservância do dever de cuidado que lhe incumbe, provoca o resultado lesivo, sendo certo que poderia evitá-lo, se tivesse agido com maior cuidado.

Sobre este assunto, doutrina Cezar Roberto Bitencourt:

> A estrutura do tipo culposo é diferente da do tipo doloso: neste, é punida a conduta dirigida a um fim ilícito, enquanto no injusto culposo pune-se a conduta mal dirigida, normalmente destinada a um fim penalmente irrelevante, quase sempre lícito. O núcleo do tipo de injusto nos delitos culposos consiste na divergência entre a ação efetivamente praticada e a que devia realmente ter sido realizada, em virtude da observância do dever objetivo de cuidado. [...] (BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. Parte Especial. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006, v. 2, p. 79-80.)

Da análise dos autos, podemos perceber que a conduta do agente não visava a um fim lícito, característico da infração culposa, mas sim um ilícito, qual seja o de expor terceiros a perigo. Portanto, não há que se falar em desclassificação para a modalidade culposa do delito.

Por fim, no que concerne ao pleito de isenção do pagamento das custas processuais, com a devida vênia, penso que a defesa se equivocou, pois a douta Sentenciante concedeu-lhe a isenção das custas processuais na r. sentença, sem que a acusação se tenha insurgido contra esse deferimento, transitando livremente em julgado nessa parte.

Fiel a essas considerações e a tudo mais que dos autos consta, meu voto é no sentido de se negar provimento ao recurso, mantendo, no mais, a r. sentença condenatória por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Isento de custas.
É como voto.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES FORTUNA GRION e MARIA LUÍZA DE MARILAC.

Súmula - RECURSO NÃO PROVIDO.

...

Falsificação de documento público - Intermediação de aquisição e venda de carteira nacional de habilitação falsa - Autoria - Materialidade - Prova - Teoria monista - Coautoria - Caracterização

Ementa: Apelação criminal. Crime de falsificação de documento público. Intermediação na venda de CNH falsa. Aplicação da regra do art. 29 do CP. Prova suficiente. Condenação mantida.

- Aquele que intermedeia a venda de documento público falsificado responde pela prática do crime previsto no art. 297 do Código Penal, independentemente de tal ação não estar descrita no tipo penal. De acordo com a teoria monista adotada pelo ordenamento jurídico pátrio, ''quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade'', conforme dispõe o art. 29 do CP.

- Existindo provas suficientes de que o acusado intermediava a venda de carteira nacional de habilitação falsa, a condenação pela prática do delito descrito no art. 297 do CP é medida que se impõe.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0686.10.000110-2/001 - Comarca de Teófilo Otoni - Apelante: Joselito dos Santos - 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, sob a Presidência do Desembargador Catta Preta, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NÃO PROVER O RECURSO.

Belo Horizonte, 5 de junho de 2012. - *Catta Preta* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. CATTA PRETA - Trata-se de recurso de apelação criminal, interposto por Joselito dos Santos, contra a r. sentença (f. 181/185), proferida pelo MM. Juiz de Direito, que julgou procedente a pretensão punitiva estatal, e condenou o réu pela prática do crime descrito no art. 297 do Código Penal, às penas de 3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, e 26 (vinte e seis) dias-multa à razão de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos.

Inconformado com o r. *decisum*, em suas razões recursais, pugna o apelante pela reforma da sentença recorrida, para que seja absolvido, ao argumento de que não restou comprovada a sua culpabilidade, uma vez que apenas intermediou a venda da CNH (f. 193/194).

Em contrarrazões apresentadas, o Ministério Público pleiteou a manutenção da sentença vergastada e o não provimento do recurso, afirmando que a autoria e a materialidade foram satisfatoriamente comprovadas nos autos (f. 196/202).

Em seu parecer, a d. Procuradoria de Justiça opina pelo conhecimento e não provimento do recurso (f. 209/212).

É o relatório.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conhece-se do recurso interposto.

Sem preliminares, passa-se ao exame do mérito.

Narra a denúncia que em 2006 o apelante alterou documento público verdadeiro (carteira nacional de habilitação) e o vendeu a terceira pessoa.

O acusado alterou o impresso autêntico nº 696807798, que deu origem à carteira nacional de habilitação com o registro nº 02211583362, inserindo naquele os dados falsos de Juliano Dantas Schweighofer, que o adquiriu mediante o pagamento da quantia de R$1.500,00 (mil e quinhentos).

Posteriormente, o adquirente foi abordado por policiais militares que, em fiscalização rotineira de trânsito, solicitaram-lhe a apresentação dos documentos do veículo e da habilitação. Ao examinarem a carteira de habilitação apresentada, os policiais suspeitaram da sua autenticidade, razão pela qual a apreenderam e, após a realização do exame documentoscópico, constatou-se alteração na CNH.

O pleito absolutório não merece prosperar, uma vez que o conjunto probatório dos autos é coeso, idôneo e capaz de comprovar a autoria e a materialidade do crime descrito na exordial.

A materialidade está devidamente comprovada por meio do auto de apreensão (f. 24), laudo pericial (f. 55) e provas produzidas em juízo, em sede de audiência, indicativas da ação criminosa.

O laudo pericial comprovou que a carteira de habilitação comercializada pelo apelante foi objeto de alteração documental. Veja-se:

> [...] foi possível constatar que os campos de preenchimento e os dados variáveis neles inseridos, bem como a fotografia digitalizada, o tipo de impressão, dentre outros, divergem em relação aos documentos regularmente expedidos pelo órgão

competente (Detran). A constatação do elemento retrocitado é tecnicamente suficiente para que os peritos concluam que o impresso de CNH nº 696807798 foi alvo de alteração documental (f. 55).

A autoria, por sua vez, embora tenha sido parcialmente negada pelo apelante, resta comprovada por meio das provas produzidas nos autos.

Em juízo, o réu afirmou que intermediava a venda dos documentos alterados, porém negou ser o responsável pela falsificação:

> [...] fabricou carteiras falsas no ano de 1996 e foram só 'uma meia dúzia'; que na verdade não era o declarante quem falsificava as carteiras, era um intermediário de nome Adriano; que Adriano trabalhava em comércio de pedras preciosas e faz ponto na Praça Sete em Belo Horizonte, mas atualmente Adriano se encontra preso pelo mesmo crime, ou seja, falsificação de documento público [...] que como intermediário o declarante pegava os papéis e mandava para Adriano, que devolvia de volta as carteiras já confeccionadas, e o declarante as entregava aos compradores; que vendiam as carteiras por um mil e quinhentos reais e repassava a Adriano um mil e duzentos reais, ficando com trezentos reais (Joselito dos Santos - f. 145/145-verso).

Juliano Dantas Schweighofer, comprador da CNH alterada, em audiência de instrução e julgamento, afirmou que o apelante lhe vendeu o documento público falsificado, ao relatar que "são verdadeiros os fatos narrados da denúncia de f. 0/03 que lhe foi lida neste ato" (f. 147).

Dessa forma, embora o apelante negue ter falsificado as carteiras de habilitação, confessou que intermediava a venda destas, fato comprovado pelo depoimento de Juliano Dantas.

Salienta-se que, apesar de a ação praticada pelo acusado não estar inserida no tipo penal descrito no art. 297 do CP (falsificar, no todo ou em parte, documento público, ou alterar documento público verdadeiro), no ordenamento jurídico pátrio, entende-se que "quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade", conforme dispõe o art. 29 do CP.

Com base na teoria monista, adotada pelo Código Penal Brasileiro, pode-se afirmar que o acusado cometeu o crime de falsificação de documento público, ainda que não tenha realizado a alteração no documento. Ao intermediar a venda da carteira de habilitação falsificada, o apelante participou da prática delituosa, o que demonstra a sua posição de coautor no desenvolvimento e consumação do crime.

Assim, de acordo com aquela teoria, quem participa da empreitada criminosa responde pela prática do mesmo crime, juntamente com os demais coautores. Esse entendimento é apresentado por Cezar Roberto Bitencourt:

> Essa teoria não faz qualquer distinção entre autor e partícipe, instigação e cumplicidade. Todo aquele que concorre para o crime causa-o em sua totalidade e por ele responde integralmente. Embora o crime seja praticado por diversas pessoas, permanece único e indivisível. O crime é resultado da conduta de cada um e de todos, indistintamente. Essa concepção parte da teoria da equivalência das condições necessária à produção de resultado. No entanto, o fundamento maior dessa teoria é político-criminal, que prefere punir igualmente a todos os participantes de uma mesma infração penal. (*Tratado de direito penal*. Parte geral. 13. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva. 2008, v. 1, p. 416).

Desse modo, observa-se que o apelante participou ativamente da prática delituosa, uma vez que oferecia o produto falsificado aos interessados, bem como agregava novos compradores e repassava os pedidos de falsificação e o dinheiro da venda ao coautor do delito, ficando com parte dos lucros, como afirmou em seu interrogatório.

Nesse sentido é o posicionamento deste Tribunal:

> Crimes contra a fé pública. Falsificação de documento público. Art. 297 do CP. Carteira nacional de habilitação. Absolvição. Impossibilidade. Coautoria entre quem compra e quem vende. Aquele que compra carteira nacional de habilitação das mãos de terceiro por preço combinado, sem dúvida é coautor da ação de falsificação, ainda que não realize um só ato material de falsificação, recebendo o documento falsificado de terceiro, na forma do art. 29 do Código Penal. Intermediador na aquisição de CNH falsa. Pretensa absolvição por atipicidade. Impossibilidade. Aplicação do art. 29 do CP. - Estando demonstrado que o réu agia como intermediador na venda da carteira de habilitação falsa apreendida, a condenação pelo delito tipificado no art. 297 do Código Penal é medida que se impõe, por força do art. 29 do Código Penal. Prestação pecuniária substitutiva. Valor. Critérios. A determinação do valor da prestação pecuniária substitutiva, resguardado o seu caráter reparatório, não se desvincula do princípio geral da culpabilidade e deve ser fixada segundo a situação econômico-financeira do réu. Erro material no resultado do cálculo da pena superior. Modificação de ofício. Possibilidade. - Constatado erro material no resultado do cálculo da pena em que haja constatação maléfica, deve ser ele corrigido de ofício para reduzir a pena à operação aritmética determinada na sentença. Recurso não provido para, de ofício, corrigir erro material diminuindo a pena (TJMG - Ap. Crim. nº 1.0611.07.022802-2/001 - 1ª C. Crim. - Rel. Des. Judimar Biber - *DJMG* de 07.04.2009).

> Apelação criminal. Intermediar aquisição de CNH falsa. Prova da autoria. Condenação mantida. Pena exacerbada. Reestruturação. Possibilidade. 01. Aquele que intermedeia a venda de CNH falsificada pratica o delito previsto no art. 297 do CP, devendo ser punido como coautor, por força do que dispõe o art. 29 do mesmo codex, visto que, apesar de não praticar atos executórios do injusto, mantinha domínio sobre o resultado, já que distribuía, na sociedade, o documento público falsificado. 02. Verificando-se que a pena imposta foi exacerbada, necessária sua reestruturação, de molde a ajustá-la ao fim a que se destina: prevenção e reprovação ao crime (TJMG - Ap. Crim. nº 1.0123.02.001345-4/001 - 3ª C. Crim. - Rel. Des. Fortuna Grion - *DJMG* de 25.08.2009).

Nesse diapasão, verifica-se que a tese defensiva de que não foi comprovada a culpabilidade do apelante se encontra isolada nos autos, mesmo porque a própria defesa não demonstrou qualquer excludente de culpabilidade. De acordo com as provas carreadas aos autos, a

conduta desenvolvida pelo acusado é culpável, tendo em vista que ele é imputável, tinha consciência da ilicitude do fato e poderia adotar postura diversa daquela assumiu.

Diante do exposto, com respaldo nos princípios do livre convencimento motivado e da fundamentação dos atos jurisdicionais, nega-se provimento ao recurso, mantendo-se na íntegra a sentença recorrida.

Custas, *ex lege*.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES JAUBERT CARNEIRO JAQUES e DENISE PINHO DA COSTA VAL.

Súmula - RECURSO NÃO PROVIDO.

...

Crime contra o idoso - Art. 102 da Lei 10.741/03 - Apropriação de rendimentos - Vítima maior de 60 anos - Prova documental - Ausência - Delito não configurado - Nova definição jurídica - Apropriação indébita - Privilégio - Reconhecimento

Ementa: Apelação criminal. Estatuto do Idoso. Apropriação de valores monetários. Vítima maior de 60 anos. Ausência de comprovação da idade. Nova definição jurídica. Apropriação indébita. Autoria e materialidade comprovadas. Privilégio. Reconhecimento.

- Pratica o delito previsto no art. 102 da Lei 10.741/03 o agente que se apropria ou desvia bens ou rendimentos de pessoa maior de 60 anos.

- Inexistindo prova documental atestando a idade da vítima, o elemento constitutivo do tipo especial não se perfaz, impondo-se o reconhecimento de nova definição jurídica do fato para o crime de apropriação indébita, previsto na norma penal geral.

- Sendo o agente primário e de pequeno valor a coisa apropriada, é de se reconhecer o benefício do privilégio insculpido no art. 170 do Código Penal.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0343.07.000640-2/001 - Comarca de Itumirim - Apelante: Sílvio de Souza - 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 PROVER EM PARTE O RECURSO.

Belo Horizonte, 10 de abril de 2012. - *Fortuna Grion* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. FORTUNA GRION - O Ministério Público denunciou Sílvio de Souza, devidamente qualificado nos autos, como incurso nas iras do art. 102 da Lei nº 10.741/2003, isto porque teria ele, em 02.01.2007, na Rua Crispim Andrade Leite, Bairro do Rosário, em Itutinga/MG, se apropriado indevidamente de rendimentos da vítima Nazaré Cândida da Silva, já idosa.

Narra a denúncia que a ofendida Nazaré pediu a Sílvio que recebesse em seu nome o benefício do bolsa-família, entregando-lhe o cartão e a respectiva senha. Todavia, em que pese haver efetuado o saque, o denunciado não repassou à ofendida o montante correspondente ao aludido benefício.

Com a denúncia, ofereceu o Ministério Público proposta de suspensão condicional do processo pelo prazo de dois anos e mediante o cumprimento das condições especificadas em f. 17, não tendo sido implementada a despenalização, de tal arte que o réu não foi localizado para a audiência preliminar.

Ante a ausência do acusado, foram a tramitação do processo e o curso do prazo prescricional suspensos, tendo sido decretada sua prisão preventiva. Com o comparecimento do réu, cinco meses após a suspensão, foi a ação penal retomada e a custódia preventiva revogada pelo Juiz.

Após a instrução probatória, foi o réu condenado como incurso nas iras do art. 102 da Lei 10.741/03, tendo sido submetido às penas: privativa de liberdade de 01 ano de reclusão, a ser cumprida no regime inicial aberto, substituída por uma restritiva de direito, nas modalidades de prestação pecuniária, e pecuniária de 10 dias-multa de valor unitário mínimo legal.

Inconformada, apelou a defesa, buscando, em suas razões recursais (f. 97-100), a redução das penas-base para o mínimo legal cominado para o delito, bem como a fixação da pena restritiva de direitos de prestação pecuniária no valor de metade do salário mínimo.

Em contrarrazões (f. 101-105), o Ministério Público manifestou-se pelo desprovimento do recurso e manutenção da sentença combatida.

Nesta instância, a douta Procuradoria de Justiça, em parecer de f. 115-117, também opinou pelo desprovimento do apelo.

É, no essencial, o relatório.

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

Ausentes preliminares, passo à análise do mérito.

Inquirido perante a autoridade policial, o recorrente Sílvio confessou haver sacado e se apropriado dos

proventos oriundos do programa "Bolsa Família", a que a vítima Nazaré tinha direito.

> [...] que o declarante esclarece que recebeu o dinheiro de Nazaré, na cidade de Nazareno, a qual Nazaré tinha pedido para receber dando o cartão e a senha para o declarante; que o declarante de posse do cartão e senha de Nazaré recebeu o dinheiro e o gastou pagando e comprando coisas para si próprio; que o declarante ficou de devolver o dinheiro para Nazaré, mas até hoje não o fez; que o declarante tinha guardado o dinheiro para devolver a Nazaré e como não a viu mais o declarante gastou o dinheiro; que a quantia é R$ 65,00; que o declarante no momento não tem o dinheiro para devolver para Nazaré, porém começou a trabalhar e a partir do dia 20 terá como pagá-la. [...] (Sílvio de Souza - acusado - f. 08-09).

A ofendida Nazaré, por sua vez, também confirmou ao juízo haver fornecido seu cartão e senha para que o recorrente Sílvio sacasse o benefício do bolsa-família e lhe repassasse.

> [...]que foi a primeira vez que entregou o cartão e a senha ao réu; que procurou várias vezes o réu para que lhe devolvesse o valor, tendo este sempre se negado a devolver; que confirma integralmente as declarações prestadas às f. 10/11, que lhe foram lidas nessa oportunidade; que confirma o fato de ter entregue o cartão e a senha para que o acusado sacasse o benefício, o qual disse que não tinha feito, todavia no dia seguinte veio a saber da agência de Lavras que o benefício havia sido sacado; que entregou sua senha e cartão ao réu porque não sabe mexer com essas coisas de informática; que o réu é amigo da declarante (Nazaré Cândida da Silva - vítima - f. 69).

Assim, dúvida não há de que o recorrente Sílvio se apoderou da quantia de R$ 65,00 referente ao pagamento de um benefício social a que fazia jus a vítima Nazaré.

A materialidade do crime não restou comprovada nos autos, de sorte que o dinheiro não foi recuperado, encontrando-se, todavia, suprida pela prova testemunhal confirmando a ocorrência do injusto, bem como pela confissão do réu admitindo a autoria delitiva, aplicando-se, portanto, à espécie, o disposto no art. 167 do CPP.

Contudo, ao contrário do que entendeu o Sentenciante, penso que a conduta perpetrada pelo acusado não se amolda àquela tipificada no art. 102 da Lei 10.741/03, senão mesmo àquela prevista no art. 168 do CP, qual seja apropriação indébita.

Vejamos o porquê.

O art. 102 do Estatuto do Idoso prevê:

> Art. 102. Apropriar-se de ou desviar bens, proventos, pensão ou qualquer outro rendimento do idoso, dando-lhes aplicação diversa da de sua finalidade:
> Pena - reclusão de 1 (um) a 4 (quatro) anos e multa.

Logo, para a configuração do delito previsto na lei específica, não basta que o agente pratique a conduta de apropriar ou desviar bens, sendo necessário que tal ação seja perpetrada contra o idoso.

E o próprio estatuto define que idoso é aquela pessoa com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos.

No entanto, tal circunstância elementar do tipo penal - crime praticado contra idoso - não restou posta nos autos, visto que, a teor do parágrafo único do art. 155 do CPP, inexiste prova documental nos autos de que a vítima, à época dos fatos, contasse 60 anos de idade.

Tratando-se, pois, de circunstância elementar que diz respeito ao estado da pessoa, impõe-se prová-la por meio do disposto na lei civil, ou seja, através de certidão de nascimento, documento de identidade ou equivalente.

Portanto, não comprovado elemento constitutivo do tipo penal, não se reconhece a existência do delito previsto no art. 102 do Estatuto do Idoso.

Lado outro, como alhures fundamentado, restou satisfatoriamente demonstrado nos autos que o acusado Sílvio se apropriou de coisa alheia móvel de que tinha detenção.

Assim, penso que a conduta do increpado melhor se amolda ao injusto previsto no art. 168 do Código Penal.

Posto isso, considerando que a denúncia descreveu, *quantum satis*, que o apelante se apropriou de coisa alheia móvel; considerando, ademais, que o réu se defende dos fatos descritos na exordial acusatória, opero a *emendatio libelli*, com fundamento no art. 383 do CPP, para dar nova definição jurídica ao fato descrito na denúncia e, em consequência, para condenar o recorrente Sílvio como incurso nas iras do art. 168 do CP.

O crime de apropriação indébita restou praticado na forma consumada, de molde que Sílvio efetivamente se apropriou de coisa alheia móvel de que tinha a posse, tendo, inclusive, utilizado a importância apropriada para quitar suas dívidas e comprar bens.

Outrossim, o valor da *res* objeto da apropriação - R$ 65,00 - não ultrapassava o do salário mínimo, que, à época dos fatos, era de R$ 350,00, razão pela qual deve ser considerado de pequeno valor.

Ademais, o réu era primário, como faz certo a FAC de f. 13, eis porque faz jus ao benefício do privilégio.

Como deduzido na sentença, é mesmo de se reconhecer em favor do acusado Sílvio a circunstância atenuante da confissão espontânea.

Dada nova definição jurídica ao fato, passo à aplicação das penas.

Na primeira fase da operação de dosimetria preconizada no art. 68 do CP e considerando que:

- a culpabilidade do recorrente não extrapolou aquela inerente ao próprio tipo penal;

- a conduta social do agente não pode ser avaliada, pois que nos autos inexistem elementos seguros a demonstrar seu comportamento na família e na sociedade;

- a personalidade do increpado também não há como ser avaliada através da suma documental

emergente dos autos, que não reúne elementos para a averiguação do conjunto somatopsíquico do réu;

- os motivos para o cometimento do delito foram desarrazoados, visto que o acusado é jovem e hígido, podendo, se quisesse, sustentar-se licitamente;

- as circunstâncias em que cometido o delito foram aquelas comuns aos crimes dessa natureza;

- as consequências do ilícito foram graves, já que a *res* apropriada pelo apelante não foi restituída à vítima;

- o comportamento da vítima em nada facilitou ou incentivou a prática do crime.

Assim, por serem as circunstâncias judiciais majoritariamente favoráveis ao réu, fixo-lhe as penas-base em 01 ano de reclusão e 10 dias-multa.

Na segunda fase, concernente ao exame das circunstâncias, deixo de reduzir as reprimendas em virtude da atenuante da confissão espontânea, uma vez que já aplicadas as básicas no mínimo legal (súmula 231 do STJ).

Não há agravante há ser considerada.

Na terceira fase, concernente ao exame das causas, em virtude do privilégio (art. 170 do CP), reduzo as penas de dois terços, tendo em vista o valor da *res* (R$ 65,00), encontrando, assim, 04 meses de reclusão e 03 dias-multa, reprimendas que defino, à míngua de causas, gerais ou especiais, de aumento de pena.

Considerando a incipiente condição econômica do recorrente, que é armador, fixo o valor unitário do dia-multa no mínimo legal de um trigésimo do salário mínimo vigente à época dos fatos.

A pena privativa de liberdade será cumprida no regime inicial aberto, com âncora no disposto no art. 33, § 2º, *c*, do estatuto aflitivo.

Substituo a pena privativa de liberdade aplicada por uma restritiva de direitos, na modalidade de prestação pecuniária, no valor de um salário mínimo, em favor de entidade pública com destinação social a ser definida pelo Juízo da execução.

Mercê de tais considerações, dou parcial provimento ao apelo para dar nova definição jurídica ao fato e condenar o réu como incurso nas iras do art. 168 do CP, submetendo-o às penas: privativa de liberdade em 04 meses de reclusão, a ser cumprida no regime inicial aberto, substituída por uma restritiva de direitos, na modalidade de prestação pecuniária, e pecuniária em 03 dias-multa de valor unitário mínimo legal.

Por fim, transitada em julgado a presente para a acusação, fica desde já declarada a extinção da punibilidade do recorrente, Sílvio de Souza, pela prescrição da pretensão punitiva do Estado, tendo em vista o tempo decorrido entre o recebimento da denúncia (13.04.2007 - f. 18) e a publicação da sentença condenatória (21.10.2010 - f. 88), retroativamente, mesmo descontado o período em que permaneceu suspenso o processo e o curso do prazo prescricional (05.02.2009 a 28.07.2009) com fundamento no disposto nos arts. 107, IV, primeira figura; 109, VI; 110, § 1º e 117, todos do CP.

Custas, *ex lege*.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES MARIA LUÍZA DE MARILAC e PAULO CÉZAR DIAS.

Súmula - RECURSO PROVIDO EM PARTE.

...

Tráfico de drogas - Associação para o tráfico - Desclassificação do crime - Posse de droga para consumo pessoal - Possibilidade - Depoimento de policiais militares - Denúncias anônimas - Indícios e presunções - Ausência de prova da finalidade mercantil da droga - Alvará de soltura - Prestação de serviços à comunidade - Custas - Isenção - Impossibilidade - Suspensão do pagamento

Ementa: Apelação criminal. Tráfico de drogas. Desclassificação para uso próprio. Necessidade. Ausência de provas sobre a finalidade da droga. Associação ao tráfico. Não configuração. Absolvição decretada.

- Havendo dúvidas quanto à destinação da droga, se seria ou não para entrega a terceiros, impõe-se a desclassificação para o crime do art. 28 da Lei nº 11.343/06.

- Absolvendo-se os acusados do crime de tráfico de drogas e não estando configurados os requisitos do crime de associação ao tráfico, deve a absolvição ser decretada também quanto a este delito.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0481.11.000680-8/001 - Comarca de Patrocínio - Apelantes: 1º) Wellington Amorim Ferreira, 2º) Michel Higor Fernandes de Lima - Apelado: 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, sob a Presidência do Desembargador Rubens Gabriel Soares, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM DAR PROVIMENTO PARCIAL AOS RECURSOS.

Belo Horizonte, 12 de junho de 2012. - *Denise Pinho da Costa Val* - Relatora.

Notas taquigráficas

DES.ª DENISE PINHO DA COSTA VAL - Trata-se de apelações criminais interpostas por Wellington Amorim Ferreira e Michel Higor Fernandes de Lima contra a sentença de f. 183/217, que julgou procedente a denúncia e os condenou nas sanções dos arts. 33 e 35 da Lei nº 11.343/06, fixando-lhes as penas respectivas de 11 (onze) anos de reclusão, em regime fechado, e 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa, e 9 (nove) anos de reclusão, em regime fechado, e 1.300 (mil e trezentos) dias-multa, no valor mínimo legal.

Narra a denúncia que, no dia 26 de dezembro de 2010, por volta das 19h30min horas, na Av. Adão Ferreira Camargo, nº 1.285, próximo ao cemitério, no Distrito de Brejo Bonito, Município de Cruzeiro da Fortaleza, Comarca de Patrocínio/MG, os denunciados Wellington e Michel, agindo em conjunto, foram surpreendidos trazendo consigo e transportando 4,78g (quatro gramas e setenta e oito centigramas) de cocaína e 50,0g (cinquenta gramas) de maconha, em desacordo com determinação legal e regulamentar.

Consta que, no dia e hora mencionados, policiais militares estavam em patrulhamento quando avistaram os denunciados, em uma motocicleta, em atitude suspeita.

Ao realizarem a abordagem dos denunciados, foi realizada busca pessoal, sendo encontrada com Michel parte da droga apreendida, consistente em uma pedra de *crack* e uma porção de maconha e, no interior da cueca de Wellington, o restante da droga, qual seja uma pedra de *crack* e uma porção de maconha.

Assim, Wellington e Michel foram denunciados pelo crime de tráfico e associação ao tráfico de drogas, nos termos dos arts. 33 e 35 da Lei nº 11.343/06.

A denúncia foi recebida em 06.04.2011, à f. 105, a sentença publicada em 24.08.2011 (f. 219-v.) e os réus dela intimados pessoalmente, às f. 230 e 263.

Inconformados, os réus interpuseram recursos de apelação às f. 220/221, pugnando o recorrente Michel, em suas razões de f. 222/226, pela absolvição por total carência de provas, uma vez que a droga foi apreendida com Wellington e este assumiu que a droga era sua e para seu consumo, excluindo qualquer eventual participação de Michel.

A defesa de Wellington também requer, às f. 266/284, sua absolvição do art. 35 da Lei 11.343/06, por insuficiência probatória, alegando contradição e parcialidade nos depoimentos dos policiais, devendo, dessarte, ser a conduta do art. 33 desclassificada para a do art. 28 da citada lei.

Por fim, pugnou pela concessão da assistência gratuita, nos termos da Lei Estadual nº 14.939/03.

Contrarrazões do Ministério Público, às f. 235/247 e 285/304, pugnando pelo não provimento dos apelos.

Com vista dos autos, a d. Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do em. Procurador Leonel Cavanellas, manifestou-se pelo desprovimento dos recursos (f. 315/319).

É o breve relatório.

Conheço dos recursos, porquanto presentes os pressupostos de sua admissibilidade.

Não foram suscitadas preliminares e não há qualquer nulidade que possa ser decretada de ofício.

Ao exame dos autos, verifico que a materialidade delitiva se encontra devidamente comprovada pelo auto de apreensão, f. 26, laudo de constatação preliminar da droga, f. 29, e laudo definitivo, f. 71.

Igualmente, existem robustas provas em relação à autoria imputada aos apelantes, porquanto as drogas foram apreendidas em poder deles. No entanto, não restou devidamente delineada nos autos a finalidade de fornecimento a terceiros da droga apreendida.

Os apelantes Michel Higor e Wellington Amorim, ao serem ouvidos na fase policial, confirmaram que estavam na posse da droga, mas negaram que tivessem a droga com fim de entrega a terceiros:

> que o declarante informa que é usuário de maconha e que foi apreendido com o mesmo uma bucha de maconha; que o declarante informa que Wellinton também é usuário de maconha e pedra; que foi apreendido com Wellinton pedras de *crack* e maconha que não sabe informar a quantidade [...]; que o declarante informa que não vende drogas somente usa (Michel Higor Fernandes Lima, f. 12).

> que o declarante informa que é usuário de pedra e maconha; que foi apreendido com o declarante pedras e maconha; que não sabe informar a quantidade; que adquiriu a droga na cidade de Patos de Minas para o mesmo usar; que não sabe informar de quem compra (Wellington Amorim Fernandes Ferreira, f. 14).

Em juízo, Michel negou os fatos, inclusive afirmou que não foi apreendida droga em seu poder e que não sabia que Wellington portava drogas (f. 123/125).

Wellington, por sua vez, ratificou suas declarações prestadas na fase policial, afirmando que realmente estava na posse de drogas e que estas eram para seu consumo e que Michel não portava drogas. Esclareceu, ainda, que pegou carona com Michel e decidiram passar pelo vilarejo Brejo Bonito, onde Michel já morou (f. 126/128).

Não obstante a versão trazida pelo réu Michel de que não foi apreendida droga em seu poder, não há como lhe dar credibilidade. É que restou evidenciado que parte da droga lhe pertencia e foi apreendida em seu poder, conforme relato dos policiais.

O policial Carlos Alberto de Oliveira Cruz, ao ser ouvido em juízo, ratificou seu depoimento prestado na fase policial, quando confirmou que houve apreensão da droga em poder dos dois acusados, afirmando, ainda, que ambos assumiram a posse da droga encontrada com cada um deles:

> que inicialmente o acusado Wellington negou peremptoriamente envolvimento com droga, mas no decorrer das buscas acabou sendo encontrada em sua posse a droga na forma já mencionada; que os acusados não admitiram o tráfico, sendo que apenas o de nome Wellington alegou que a droga

> era para uso próprio; que ambos os acusados admitiram a propriedade das drogas encontradas (f. 121).

No mesmo sentido o depoimento do policial Evair José Gonçalves Dias, à f. 122, quando declarou que "cada qual dos acusados assumiu a propriedade da droga encontrada consigo".

Certo é que foram encontradas drogas com os dois acusados, caindo por terra a versão do apelante Michel, dada em juízo, de que nada foi apreendido em seu poder, porquanto sua confissão inicial, bem como os depoimentos dos policiais, são provas suficientes no que tange à autoria.

Ocorre que não ficou comprovada qual seria a finalidade dessa droga, se realmente era para fornecimento a terceiros. A acusação não logrou êxito em provar que "Michel é o principal fornecedor de drogas naquela cidade, utilizando-se da motocicleta para transporte de substâncias entorpecentes" (f. 03).

É sabido que o crime do art. 33 da Lei nº 11.343/06 é de ação múltipla, pois composto de dezoito condutas típicas. Basta que o agente pratique uma delas para configuração do crime, ou, se praticar mais de uma conduta em uma mesma situação fática caracteriza crime único.

Porém, é necessário que em cada uma das condutas citadas no art. 33 da referida lei haja a finalidade de fornecimento da droga a terceiros, mesmo que de forma gratuita. Não é suficiente, por exemplo, para que se configure o crime de tráfico, que o agente apenas guarde a droga; é imprescindível que a guarde para outro, ou com a finalidade de entrega a outrem.

Este o magistério de Sérgio Ricardo de Souza:

> O legislador não perdeu a oportunidade de corrigir uma gritante situação de afronta ao princípio da proporcionalidade, consistente em equiparar condutas que caracterizam a mercancia da droga, em seus vários sentidos, com a conduta de 'fornecer drogas, ainda que gratuitamente'.
> [...]
> 'Guardar' diz respeito à preservação, manutenção ou conservação precária da substância entorpecente, deixando entrever que é para um terceiro (SOUZA, Ricardo Sérgio de. *A nova Lei Antidrogas*, comentários e jurisprudência. 2. ed. Impetus, 2007, p. 42/43).

No presente caso, essa finalidade não ficou devidamente comprovada nos autos, seja em relação a Michel, seja em relação a Wellington.

Além da negativa dos acusados, a prova testemunhal se resume a informar que a droga foi apreendida em poder dos acusados e que somente os abordaram por estarem em atitude suspeita, nada esclarecendo sobre um eventual fornecimento a terceiro. Ademais, o simples fato de alegarem os policiais que já tinham denúncias anônimas quanto a Michel não é, por si só, suficiente para caracterizar o crime de tráfico de drogas, mormente quando não vieram aos autos provas da existência dessa denúncia.

O agente responsável pela apreensão da droga, Carlos Alberto de Oliveira Cruz, ratificou em juízo seu depoimento prestado na primeira fase da persecução criminal e, ali, relatou:

> que em patrulhamento suspeitamos e abordamos os autores que estavam na motocicleta citada nestes Reds, e ao realizarmos busca pessoal nos autores, foi encontrado na mão do autor Wellington a quantidade de entorpecente citada no campo próprio, e com o autor Michel foi encontrada no interior da cueca a quantidade de entorpecente citado no campo próprio neste Reds; [...] que no distrito de Brejo Bonito há diversas denúncias anônimas de que o autor Michel é o principal fornecedor de drogas naquela localidade [...] (f. 06).

Em juízo, porém, foi incisivo ao dizer que

> não havia terceiros nas imediações dos acusados no momento da abordagem; que não visualizou nenhum dos acusados vendendo ou repassando drogas para terceiros (f. 121).

Como se vê, nenhuma prova foi feita no sentido de que a droga tinha destinação a terceiros, seja de forma onerosa ou gratuita.

Assim, os acusados não podem ser condenados simplesmente por denúncias anônimas, que não restaram cabalmente comprovadas, ou por já terem, no passado, envolvimento com o referido crime, porquanto as provas de que as drogas se destinavam a entrega a terceiros devem ser produzidas nestes autos e, quanto a isto, não logrou êxito a acusação.

Vale consignar, ainda, que a droga apreendida em poder dos acusados, consistente em 44,93 g de maconha e 4,78g de cocaína, além de não ser uma quantidade expressiva, não estava embalada de forma fracionada, não havendo, assim, indicativos de que seria para revenda.

Dessa forma, impõe-se a desclassificação para o crime do art. 28 da Lei nº 11.343/06, por ausência de provas da finalidade mercantil da droga apreendida em poder dos acusados.

Este é o entendimento da jurisprudência:

> Apelação criminal. Tráfico. Mérito. Ausência de provas seguras. Palavras dos policiais. Única prova. Meros indícios e presunções. Insuficiência. Desclassificação para o delito de posse para uso próprio. Possibilidade. Confissão do agente como usuário. Coerência. Extinção da punibilidade verificada pelo cumprimento da pena, de ofício. Recurso provido. - Sendo os depoimentos dos Policiais Militares responsáveis pela prisão do acusado e apreensão da droga em seu poder as únicas provas, não havendo confirmação idônea em sede judicial não se prestam para embasar o r. decreto condenatório, principalmente quando o acusado afirma ser apenas usuário de entorpecentes. - Condenado o agente à pena de 4 meses de prestação de serviços e verificado que se encontra preso há período superior, há que extinguir-lhe a punibilidade pelo cumprimento da pena, de ofício. (TJMG - Ap. 0319646-13.2010.8.13.0105, Rel. Des. Nelson Missias de Morais, pub. 31.08.2011.)

> Apelação criminal. Tráfico de drogas. Desclassificação para uso operada. Posse de maconha exclusivamente para consumo próprio. Dúvida quanto aos demais fatos narrados. Associação para o tráfico. Absolvição. Insuficiência da delação da corré. Inconsistências. Prejuízo para a formação da convicção do julgador que não se assenta em presunções. 1. Não há elemento outro, independente das declarações da corré, que informe a autoria do tráfico de drogas pelo apelante. Tal exclusividade torna absolutamente temerária a condenação, mormente quando existe raciocínio lógico e bastante plausível acerca da possibilidade de narrativa inverídica com intuito de afastamento de sua própria responsabilização penal. 2. Condenação pelo único fato devidamente comprovado (posse de droga para consumo próprio). 3. Recurso da defesa provido. (TJMG - Ap. 0001824-93.2010.8.13.0005, Rel. Des. Alexandre Victor de Carvalho, pub. em 30.05.2011.)

E, operando-se a desclassificação do crime de tráfico de drogas para posse para consumo próprio, devem ser os apelantes absolvidos também do crime de associação ao tráfico, porquanto não presentes seus requisitos caracterizadores, quais sejam associação de forma estável e permanente com o fim de praticar o tráfico de drogas.

Isso posto, passo a fixar a pena aos apelantes pela prática do crime do art. 28 da Lei nº 11.343/06 e, levando-se em consideração que ambos são reincidentes, aplico a medida de prestação de serviços à comunidade pelo prazo de dez meses para Wellington e Michel.

Ante a não comprovação do crime de tráfico de drogas, determino a devolução aos acusados dos valores apreendidos em seu poder.

Quanto ao pedido de isenção do pagamento das custas feito pelo apelante Wellington, entendo que razão em parte lhe assiste.

Entendo que os beneficiários da justiça gratuita, como os assistidos pela Defensoria Pública, por Defensores Dativos e os que se declaram hipossuficientes, embora patrocinados por advogado particular, não ficam imunes ao pagamento das custas, mas sua exigibilidade fica suspensa pelo prazo de cinco anos.

Ao exame dos arts. 2º, 10 e 12 da Lei nº 1.060/50, constata-se que a justiça gratuita será deferida aos hipossuficientes para a interposição de ações, recursos e demais atos necessários para o exercício da ampla defesa e do contraditório, isentando-os do pagamento inicial dessas despesas.

Cumpre registrar, no entanto, que o legislador usou indevidamente a palavra "isenção", pois, na verdade, o que ocorre é a dispensa da antecipação das custas de todos os atos processuais.

É que a mesma lei, em seu art. 12, é clara ao dizer que, mesmo beneficiada com a "isenção inicial", a parte poderá, no prazo de cinco anos, vir a ser obrigada a pagar as custas, se houver mudança em sua situação econômica, ocorrendo, assim, na verdade, uma suspensão da cobrança do pagamento daquelas custas.

A citada lei federal é taxativa ao "imunizar" os beneficiários da justiça gratuita, ou seja, aqueles que não têm condições de arcar com as custas do processo, apenas no início do processo, não exigindo deles o pagamento prévio dessas custas. No entanto, se no período de cinco anos essa parte tiver condições econômicas de efetuar esse pagamento, deverá fazê-lo.

Yussef Said Cahali, ao discorrer sobre o tema in *Honorários advocatícios*, 2. ed., nº 61, p.155, nos ensina:

> O benefício de gratuidade não consiste na isenção absoluta das custas e honorários, mas na desobrigação de pagá-las enquanto persistir o estado de carência, durante o qual ficará suspensa a exigibilidade do crédito até a fluência do prazo de cinco anos, a contar da sentença final, se até lá não houver alteração na situação de necessidade ficará extinta a obrigação (art. 11, § 3º e 12 da Lei 1.060/50).

Em se tratando de processo penal, cuja ação seja pública, não há cobrança de custas iniciais; haverá, ao final do processo, contudo, caso haja condenação, a suspensão da execução das custas, pelo quinquídio legal, em relação aos que gozam da justiça gratuita, sejam eles assistidos pela Defensoria Pública, por defensor dativo ou que se declarem hipossuficientes, embora patrocinados por advogado particular.

O art. 804 do Código de Processo Penal é claro ao dispor que: "A sentença ou o acórdão, que julga a ação, qualquer incidente ou recurso, condenará nas custas o vencido".

Com efeito, as custas do processo penal constituem consequência da condenação e, assim sendo, não se pode isentar o réu de seu pagamento dentro do prazo quinquenal estabelecido pelo art. 12 da Lei nº 1.060/50.

O condenado, assistido pela Defensoria Pública, por defensor dativo ou o hipossuficiente, embora representado por advogado particular, tem sobrestado o pagamento das custas processuais enquanto perdurar o seu estado de pobreza, pelo prazo de cinco anos.

Dessa forma, os beneficiários da justiça gratuita ficam apenas isentos do pagamento das custas processuais iniciais - quando houver; porém, nada impede a sua condenação nessas custas, nos termos do art. 804 do CPP, ficando suspensa a sua exigibilidade nos termos do art.12 da Lei 1.060/50, pelo período de cinco anos, o que é o caso do apelante Wellington, por estar sendo assistido por Defensora Pública.

Vale consignar, por fim, que a Lei Estadual nº 14.939/03 deverá ser aplicada, se for o caso, na fase de execução.

Ante o exposto, dou parcial provimento aos recursos, para absolver os apelantes Wellington Amorim Ferreira e Michel Higor Fernandes de Lima do crime do art. 35 da Lei 11.343/06 e desclassificar suas condutas do crime do art. 33 para a do art. 28 da citada lei, aplicando-lhes a medida de prestação de serviços à comunidade pelo prazo de dez meses, suspendendo, por fim, a cobrança das custas, pelo prazo de cinco anos, em relação ao acusado Wellington.

Expeça-se alvará de soltura em favor dos acusados, se por outro motivo não estiverem presos.

Custas, na forma da lei, suspensas, todavia, em relação a Wellington, pois ele está assistido pela Defensoria Pública.

É como voto.

Votaram de acordo com a Relatora os DESEMBARGADORES RUBENS GABRIEL SOARES e FURTADO DE MENDONÇA.

Súmula - DERAM PROVIMENTO PARCIAL AOS RECURSOS.

...

Apropriação indébita - Empréstimo - Intenção de restituição - Declaração da vítima - Testemunha - Crime consumado - Pena restritiva de direitos - Prestação de serviços à comunidade - Prestação pecuniária - Condições econômicas - Isenção do pagamento - Inadmissibilidade

Ementa: Apelação criminal. Penal e processual penal. Apropriação indébita. Conjunto probatório suficiente. Condenação mantida. Decote das penas restritivas impostas. Impossibilidade.

- Comete a infração prevista no art. 168 do CPB, o agente que toma a coisa por empréstimo, não a restituindo, passando a agir como se dono fosse.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0692.09.008557-6/001 - Comarca de Tombos - Apelante: Gastão Nunes de Carvalho - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Relator: DES. FURTADO DE MENDONÇA

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 6ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sob a Presidência do Desembargador Rubens Gabriel Soares, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NÃO PROVER O RECURSO.

Belo Horizonte, 3 de abril de 2012. - *Furtado de Mendonça* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. FURTADO DE MENDONÇA - Trata-se de apelação interposta por Gastão Nunes de Carvalho, inconformado com a r. sentença de f. 89/96, que o condenou como incurso nas sanções do art. 168, § 1º, inciso III, do Código Penal, às penas definitivas de 1 (um) ano e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime aberto, e 13 (treze) dias/multa, à razão mínima. A pena corporal foi substituída por duas restritivas de direitos.

Acerca dos fatos, narra a denúncia (f. 02/03) que, no decorrer do ano de 2008, o apelante, no regular exercício de suas atividades profissionais, na qualidade de trabalhador rural da fazenda do Batatal - zona rural da Comarca de Tombos/MG -, livre e conscientemente, com *animus rem sibi habendi*, apropriou-se de vários objetos (uma corrente de carro de boi, cavadeira, sela de cavalo e uma canga de boi) pertencentes à vítima Luiz Adolfo Soares Gigliotti.

Intimações regulares - f. 98 e 102.

Em suas razões recursais (f. 105/109), a il. defesa sustenta a absolvição do acusado, ao argumento de que sua conduta seria atípica. Subsidiariamente, pleiteia pela isenção das penas restritivas de direitos em face da precária condição financeira do recorrente.

Apelo contrariado pelo *Parquet* (f. 115/121).

Parecer da d. Procuradoria-Geral de Justiça juntado aos autos - f. 130/131.

É o breve relatório.

Conheço do recurso, porque presentes os pressupostos de admissibilidade e processamento.

Não há preliminares.

E, no mérito, sustenta o apelante a absolvição, ao argumento de que não teve a intenção de se apropriar dos mencionados objetos, asseverando que

> [...] o que realmente aconteceu foi um desentendimento entre o patrão Luiz Adolfo e o acusado, por conta de uma multa que o acusado recebeu, quando trabalhava nas terras de Luiz Adolfo limpando os pastos a mando dele [...] (f. 105/109).

A afirmativa, *data venia*, não obstante o esforço da il. defesa, não convence. É que, da análise das provas colacionadas, em que pese a alegada ausência do *animus rem sibi habendi*, entendo que a tipicidade do delito restou evidenciada. Vejamos:

Ouvida na fase pré-processual, a vítima Luiz Adolfo Soares Gigliotti asseverou que

> [...] Gastão Nunes de Carvalho havia deixado uma junta de bois na propriedade do declarante e se apoderou de uma corrente de boi, uma cavadeira, uma sela e uma canga de boi [...] (f. 10/10-v.).

Em juízo, sob as iras do contraditório, o ofendido, confirmando suas primeiras palavras, deixou consignado que

> [...] o denunciado tinha a posse do material de propriedade do declarante, para os afazeres da fazenda, sendo que se apoderou do referido material e não devolveu [...] (f. 62).

A corroborar estes depoimentos, temos as declarações da testemunha Luciano Beber da Costa, *verbis*:

> que a sela era de propriedade da fazenda, e o depoente emprestou por sua para o denunciado; [...]; que a fazenda empresta para o denunciado objetos para seu trabalho,

> entre eles corrente de carro de boi, cavadeira; que a sela de propriedade do patrão do depoente ainda não foi devolvida pelo denunciado [...] (f. 64/65).

De outra senda, conforme se percebe da simples leitura das declarações prestadas pelo réu (f. 15/15-v. e interrogatório de f. 70/72), este não nega integralmente a ocorrência dos fatos, admitindo, ao menos, a apropriação da sela, anote-se:

> [...] que o declarante admite que se apoderou apenas de uma sela velha, mas está guardada na casa do declarante [...] (f. 15/15-v.).
>
> [...] que confirma o inteiro teor das declarações de f. 15/15-v., lidas nesta oportunidade; que na Depol o interrogando tentou devolver a sela a Luiz Adolfo, mas este não aceitou e, inclusive, rasgou o depoimento dele; que não é verdade que tenha ficado com uma corrente de carro de boi, não sabendo nada a respeito daquele material; que também não se apoderou da cavadeira, a qual sequer utilizava; que a canga de boi ficou dentro do cocho em perfeito estado de conservação [...] (f. 70/72).

É sabido que a figura da apropriação indébita pressupõe o dolo específico, ou seja, a inversão da posse de forma desautorizada, estando o detentor a utilizar o bem como se fosse o proprietário, o que se verifica *in casu*.

Sustenta a il. defesa que o apelante tentou entregar a aludida sela, não tendo sido aceita pela vítima a devolução, contudo tal fato não possui o condão de desconfigurar o crime. Nesse sentido a jurisprudência:

> Em tema de apropriação indébita, o pagamento ou devolução da coisa antes do oferecimento da denúncia não basta, por si só, para desnaturar o delito e elidir a responsabilidade penal do agente (*JTACRIM* 49/128-9).

Ao contrário, a alegada tentativa de restituição do bem, por si só, confirma a efetiva consumação do delito, não se prestando a isentá-lo de pena, nem a excluir a tipicidade do crime de apropriação indébita. Além disso, por certo, o apelante somente tentou restituir a *res* porque a vítima notificou a polícia, se dessa forma não tivesse agido, provavelmente, o réu não teria se manifestado, continuando com a posse ilícita do bem.

Assim, evidenciado que o apelante passou usar ao menos um dos bens da vítima, que lhe fora dado por empréstimo em razão de seu ofício, como se dele fosse, caracterizado está o crime previsto no art. 168, § 1°, III, do CPB. Impossível, pois, a absolvição pretendida.

Certo é que a r. sentença encontra-se amplamente amparada pelos elementos de prova carreados aos autos, afigurando-se absolutamente acertada no que tange ao juízo de culpabilidade firmado em desfavor do apelante, não estando a merecer reparo algum.

Pleiteia a il. defesa, subsidiariamente, que seja concedida ao acusado a isenção do cumprimento das penas restritivas de direito que lhe foram impostas, para tanto, alega ser precária a condição financeira deste. Mais uma vez, melhor sorte não o socorre, sendo o pedido completamente descabido e sem amparo legal. Efetivamente, o il. Juiz sentenciante, atento às peculiaridades do caso e às condições econômicas do réu, procedeu à correta substituição da pena corporal por duas restritivas de direitos consistentes em prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas, e uma prestação pecuniária no importe de um (01) salário mínimo vigente à época dos fatos - valor mínimo.

Quanto à pena de prestação de serviços à comunidade, aliás, o Magistrado *a quo* bem salientou que

> [...] a prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas consistirá na atribuição de tarefas gratuitas ao réu, pelo mesmo tempo da pena privativa de liberdade, devendo ser cumpridas à razão de uma hora de tarefa por dia de condenação, de modo a não prejudicar a jornada normal de trabalho [...] (f. 95).

Obviamente, as prestações substitutivas estabelecidas constituem sanção ao autor do delito, não podendo, portanto, ser fixadas em valor irrisório. Não obstante devam também ser sanção passível de ser cumprida, o que de fato foi observado pelo MM. Juiz da instância *a quo*, que até mesmo fixou a pena pecuniária em patamar mínimo. Neste viés,

> A pena restritiva de direitos consistente no pagamento de prestação pecuniária deve ser arbitrada de modo a não tornar a prestação em pecúnia tão diminuta a ponto de mostrar-se inócua, nem tão excessiva de maneira a inviabilizar seu cumprimento, mostrando-se suficiente à prevenção e reprovação do crime praticado, atentando-se, ainda, para a situação econômica do condenado e a extensão dos danos decorrentes do ilícito praticado. Ementa parcial. (TRF 4ª R. - ACrim 2001.71.07.001952-3 - RS - 7ª T. - Rel. Des. Fed. Tadaaqui Hirose - *DOU* de 21.07.2004 - p. 826).

Além do mais não é cabível na hipótese dos autos a concessão do *sursis*. É que a legislação pátria, nos artigos 44 e 77, inciso III, ambos do Código Penal, determina que o *sursis* só será aplicado aos casos em que o acusado não fizer jus à substituição da sanção corporal por pena restritiva de direitos.

Por tudo isso, mantenho a r. sentença hostilizada em sua integralidade.

Assim, nego provimento ao apelo.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES CATTA PRETA e JAUBERT CARNEIRO JAQUES.

Súmula - RECURSO NÃO PROVIDO.

...

Roubo majorado - Concurso de agentes - Arma de fogo - Apreensão e perícia - Inexistência - Majorante - Não incidência - Grave ameaça contra pessoa - Ação única - Vítimas distintas - Patrimônios diversos - Concurso formal - Crime único - Inexistência - Pena-base - Redução - Prática de novo crime antes do trânsito em julgado de sentença - Reincidência - Não configuração - Regime de cumprimento de pena - Fixação - Regime semiaberto

Ementa: Criminal. Roubo majorado. Concurso de agentes devidamente caracterizado. Arma de fogo não apreendida e não periciada. Decote da majorante. Crime único. Não ocorrência. Concurso formal caracterizado. Penas-bases exacerbadas. Reduções. Reincidência não constatada. Decote. Regime carcerário.

- No crime de roubo, a presença de dois agentes para o cometimento do delito é suficiente para caracterizar a majorante do concurso de pessoas.

- Quanto à arma de fogo utilizada na empreitada criminosa, inexistindo apreensão e perícia, e não havendo outros meios para aferir a sua real potencialidade ofensiva à integridade física das vítimas, não há como incidir a referida majorante, por falta de comprovação de que é arma verdadeira, impondo-se, como consequência, o seu decote.

- Não há falar em crime único quando uma única ação imprime grave ameaça em vítimas distintas e atinge patrimônios diversos, resultando, sem dúvida, na prática de dois crimes que configuram o concurso formal.

- As penas-bases fixadas de forma exacerbada devem ser reduzidas.

- Praticado o novo crime antes do trânsito em julgado de sentença condenatória por crime anterior, não se configura a reincidência, devendo a agravante ser decotada, retificando-se as penalidades.

- Mostra-se suficiente para a prevenção e repressão do crime perpetrado pelos apelantes a fixação do regime para o cumprimento das penas privativas de liberdade no semiaberto.

Provimento parcial aos recursos que se impõe.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0145.10.028165-1/001 - Comarca de Juiz de Fora - Apelantes: 1º) Dalmir Climaco da Silva, 2º) Adalberto Aparecido Meles - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Relator: DES. ANTÔNIO CARLOS CRUVINEL

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sob a Presidência do Desembargador Antônio Carlos Cruvinel, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM PROVER EM PARTE OS RECURSOS.

Belo Horizonte, 8 de maio de 2012. - *Antônio Carlos Cruvinel* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. ANTÔNIO CARLOS CRUVINEL - Presentes os pressupostos de admissibilidade, conhece-se dos recursos.

Pela sentença de f.186/210, Adalberto Aparecido Meles, vulgo "Bebeto", e Dalmir Climaco da Silva restaram condenados nas sanções do artigo 157, § 2º, I e II, c/c artigo 70, ambos do Código Penal, sendo o primeiro às penas de 7 (sete) anos, 9 (nove) meses e 10 (dez) dias de reclusão, em regime fechado, e pagamento de 66 (sessenta e seis) dias-multa, fixado o valor do dia-multa em 2/30 (dois trinta avos) do salário mínimo vigente à época dos fatos; e o segundo às sanções definitivas de 6 (seis) anos, 7 (sete) meses e 10 (dez) dias de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento de 35 (trinta e cinco) dias-multa, fixado o valor unitário em 2/30 (dois trinta avos) do salário mínimo vigente à época dos fatos.

Inconformados, interpõem o presente recurso.

Nas razões de f. 233/239, o primeiro apelante, Dalmir Climaco da Silva, pleiteia a exclusão da majorante do emprego da arma de fogo, porquanto não comprovada a sua capacidade lesiva.

Pugna, ainda, pela alteração do regime prisional para o semiaberto, argumentando ser primário, bem como por ter sido a pena fixada em patamar inferior a oito anos de reclusão.

O segundo apelante, Adalberto Aparecido Meles, nas razões de f. 224/229, pede o decote das majorantes de concurso de agentes e emprego de arma de fogo, sustentando que não teria havido a participação efetiva de Dalmir, bem como que não teria sido comprovado o poder vulnerante da arma de fogo.

Pleiteia também a desconsideração do concurso formal, sob alegação de que a hipótese se configuraria crime único.

Requer, ainda, a diminuição das penas, inclusive com o reconhecimento e preponderância da confissão espontânea sobre a agravante da reincidência.

Segundo consta da denúncia, no dia 08.03.2010, Adalberto Aparecido Meles e Dalmir Climaco da Silva, mediante grave ameaça exercida com emprego de arma de fogo e prévio ajuste de vontades, teriam comparecido ao estabelecimento comercial denominado "Casa Lotérica Rei dos Prêmios", situada na Av. Darcy Vargas, nº 394, Bairro Ipiranga, em Juiz de Fora, MG, e subtraído

a importância de R$ 10.800,00 (dez mil e oitocentos reais), pertencentes ao estabelecimento, além de cerca de R$ 200,00 (duzentos reais) a R$ 300,00 (trezentos reais) de um cliente que se encontrava no interior da loja.

Registra-se que os recursos serão examinados em conjunto, porém identificando-se as particularidades de cada um.

Os apelantes não se irresignaram quanto às condenações lançadas, mesmo porque a autoria e materialidade estão devidamente comprovadas.

Com efeito, a materialidade está demonstrada pelo auto de apreensão de f. 25.

Já a autoria é confessa por ambos os réus (f. 13/14 e 162/163, Dalmir, e f. 36/37 e 160/161, Adalberto).

Além disso, as testemunhas e a vítima confirmaram a prática dos delitos, tal como narrados na denúncia (f. 16/17, 38/47, 131/134, 155/159).

Em relação à majorante de concurso de agentes, deve ser observado que a presença de dois agentes para o cometimento do delito é suficiente para caracterizar a majorante do concurso de pessoas.

Nesse sentido, reparem-se nos seguintes relatos:

> [...] que, em dado momento, entraram dois rapazes na lotérica, sendo que os dois estavam usando capacete e um deles estava armado e com arma em punho; que os dois rapazes entraram na lotérica anunciando o assalto [...] (vítima Márcio Rodrigues Rezende, f. 38/39, confirmação às f. 131).

> [...] Os réus entraram armados e usando capacetes de motoqueiros. Um dos réus apontou a arma para o depoente e o outro pediu dinheiro [...] (Douglas Emanuel Lima da Silva, f. 155).

> [...] Adalberto compareceu a 99ª Cia e de forma espontânea confessou o crime ora narrado, dizendo que o evento também teve a participação de Dalmir [...] (Fabiano Alves Bretas de Almeida, f. 134).

> Que, sobre os fatos ora em apuração, declara a esta Autoridade Policial que o mesmo, juntamente com a pessoa de Dalmir é que foram responsáveis pelo assalto ocorrido no mês de março deste ano na casa lotérica denominada Rei dos Prêmios [...] (Adalberto Aparecido Meles, f. 36/37, confirmação às f. 160/161).

> [...] Adalberto chamou o interrogando para praticar o assalto, dizendo que 'tinha uma boa para pegar' e resolveria o problema [...] Adalberto estava armado e disse isso para o interrogando na rua. Encontrou com Adalberto quando o dia já amanhecia. Os dois juntos foram para a Rua Darcy Vargas para a lotérica. Entraram na loteria quando já estava com as portas abertas [...] (Dalmir Climaco da Silva, f. 162/163).

Observe-se, ainda, que o produto subtraído foi dividido entre os comparsas, reforçando, assim, a existência do ajuste de vontades entre os agentes:

> [...] O fruto do assalto foi dez mil e oitocentos reais. Desse valor deu quinhentos reais para Dalmir [...] (Adalberto Aparecido Meles, f. 160/161).

> [...] Afirma que o fruto do roubo foi quinhentos reais. Fizeram a divisão do dinheiro uma semana depois [...] (Dalmir Climaco da Silva, f. 162/163).

Melhor sorte assiste aos apelantes quanto ao pedido de decote da majorante do emprego de arma de fogo.

Compulsando os autos do processo, verifica-se que a arma possivelmente utilizada, além de não ter sido apreendida, por óbvio, não foi periciada com o fim de comprovar a real potencialidade lesiva do artefato.

Malgrado este Relator, num primeiro momento, tenha adotado posicionamento diverso, no sentido de que bastava a palavra da vítima afirmando que o delito foi praticado com o emprego de arma de fogo para que fosse mantida a aludida majorante, ultimamente, passou a adotar o posicionamento diverso, uma vez que o emprego da arma sem que tenha sido apreendida serve como elemento configurador da grave ameaça a justificar o apenamento pela prática do delito de roubo simples, pois, se não houvesse a grave ameaça por qualquer forma, a condenação seria nos moldes do delito patrimonial de furto.

Sendo assim, para confirmar a incidência da causa especial de aumento de penas pelo emprego de arma de fogo, necessária se faz a apreensão e perícia do artefato para comprovar a sua real potencialidade.

Nesses moldes, eis o ensinamento da melhor doutrina apresentada pelo ilustre Desembargador Marco Antônio R. Nahum, in *Boletim IBCRIM* nº 166, 14, ano 2006:

> [...] O uso da arma de fogo constitui uma causa de aumento de pena, porque decorre do perigo real e maior que a vítima vem a sofrer com a ação do agente, praticada de maneira a trazer um risco concreto à vida e integridade física do sujeito passivo. Este perigo real e maior sofrido pela vítima é que faz a conduta do agente distinta daquela do artigo 157, *caput*, do CP (para este basta a grave ameaça, ou temor eficaz), e justifica o acréscimo da pena inserido no artigo 157, § 2º, inciso I, do CP (postulado da proporcionalidade). Se na descrição contida na denúncia o Ministério Público afirma que o acusado usou arma de fogo para praticar o roubo e tipifica a conduta no art. 157, § 2º, inciso I, do CP, a acusação tem que provar a eficácia da arma, para que fique demonstrado o perigo maior e real sofrido pela vítima, o que configura a majorante, e a distingue do roubo simples.

De igual maneira é a orientação dos Tribunais Superiores:

> Agravo regimental. Ordem concedida monocraticamente. *Habeas corpus*. Roubo circunstanciado. Emprego de arma de fogo. Apreensão e perícia. Necessidade. 1. A necessidade de apreensão da arma de fogo para a implementação da causa de aumento de pena do inciso I do § 2º do art. 157 do Código Penal tem a mesma raiz exegética presente na revogação da Súmula nº 174, deste Sodalício. 2. Sem a apreensão e perícia na arma, não há como se apurar a sua lesividade e, portanto, o maior risco para o bem jurídico 'integridade física'. 3. Ausentes a apreensão e a perícia da arma utilizada no roubo, não deve incidir a causa de aumento. 4. Agravo desprovido. (STJ, 6ª Turma, AgRg no *HC* 128519/

SP, Rel.ª Ministra Maria Thereza de Assis Moura, v.u., j. em 25.06.2009, pub. no *DJe* de 17.08.09.)

Dessa feita, é de se decotar da condenação do apelante a majorante prevista no inciso I do § 2º do artigo 157 do Código Penal.

Relativamente à tese de existência de crime único, contida nas razões de recurso de Adalberto, observa-se que razão não assiste à defesa, uma vez que, embora os acusados tenham praticado uma única ação, eles atingiram vítimas distintas, tendo cada uma delas sofrido a grave ameaça exercida pelo emprego de arma de fogo.

A propósito:

> [...] além do dinheiro da lotérica também foi roubado o dinheiro de um cliente que estava na casa lotérica no momento dos fatos [...] (Márcio Rodrigues Rezende, f. 38/39, confirmação à f. 131).
>
> [...] Um senhor, cliente da lotérica, também foi assaltado (Márcio Rodrigues Rezende, f. 131).
>
> [...] Foram levados dez mil e oitocentos reais da lotérica além do dinheiro de um cliente. Não sabe o nome do cliente. Acredita que levaram desse cliente em torno de trezentos reais [...] (Douglas Emanuel Lima da Silva, f. 155).
>
> [...] esclarece que na filmagem mostra Dalmir tomando dinheiro de um cliente que estava no caixa e colocando no bolso traseiro da calça [...] (João Batista Brito Gouvea, f. 43/44).

Note-se que os apelantes se apropriaram de patrimônios diversos, resultando, sem dúvida, na prática de dois crimes, mediante uma única ação, ocasionando o concurso formal perfeito de crimes, descrito na 1ª parte do artigo 70 do Código Penal.

Nesse sentido, apresenta-se o entendimento do festejado doutrinador Damásio de Jesus:

> Responde por roubos em concurso formal o sujeito que, num só contexto de fato, pratica violência ou grave ameaça contra várias pessoas, produzindo multiplicidade de violações possessórias. Ocorrendo multiplicidade de violência ou grave ameaça e de violações patrimoniais, cremos inadmissível a tese do delito único. [...] A cada uma das vítimas correspondem violência ou grave ameaça e lesão patrimonial. Não se pode dizer, então, que o todo constitui delito único. A hipótese configura um concurso formal de delitos [...]. Entendemos hoje que o agente, assaltando duas ou mais pessoas num só contexto temporal, empregando violência ou grave ameaça e subtraindo bens de cada uma, realiza um só comportamento. Entretanto, a unidade de conduta, em face de a multiplicidade de atos dirigir-se contra o patrimônio de cada uma das vítimas, constitui pluralidade de crimes (JESUS, Damásio E. de. *Direito penal*. Parte Especial. Editora Saraiva, 2º volume, p. 350).

De igual forma vem-se posicionando a jurisprudência:

> Na compreensão do art. 70, *caput*, do Código Penal, consubstancia concurso formal a atuação criminosa do assaltante que, com uso de arma de fogo, rende duas pessoas e lhes subtrai seus pertences, pois, embora seja uma única ação, ocorre pluralidade de eventos e de resultados (STJ, 6ª Turma, REsp nº 214966/SP, Rel. Min. Vicente Leal, *in DJU* de 05.03.2001, p. 245).

Relativamente ao pedido de reconhecimento da preponderância da atenuante da confissão espontânea sobre a agravante da reincidência, formulado pelo segundo apelante, é de se notar que se encontra prejudicado, pois a referida agravante haverá que ser decotada nesta instância.

De fato, não há que se falar em reincidência, pois o trânsito em julgado da condenação que ensejaria o reconhecimento da agravante se deu em data posterior ao delito narrado nestes autos.

De acordo com a sentença de primeiro grau, ocorreu o trânsito em julgado do crime anterior que ensejaria a reincidência em 21.09.2010, conforme consta na CAC de f. 183/184.

Ocorre que o crime narrado nestes autos foi cometido em data anterior ao trânsito em julgado, isto é, em 08.03.2010, consoante narrado na denúncia e demais relatos do inquérito.

Dessa maneira, não se verifica a reincidência, nos moldes do disposto no art. 63 do Código Penal, devendo a referida agravante ser decotada das penas fixadas a Adalberto.

De outra banda, na dosimetria das penas dos apelantes não laborou a MM. Juíza de primeiro grau com acerto, analisando equivocadamente algumas circunstâncias judiciais elencadas no artigo 59 do Código Penal, acabando por fixar as penas-base acima dos mínimos legais.

Embora os apelantes sejam tecnicamente primários, possuidores da maioria das circunstâncias judiciais favoráveis, as penas-base foram fixadas exacerbadamente, devendo ser reduzidas em observância à melhor prevenção e repressão do crime, bem como para a reeducação do infrator.

Registre-se que o apelante Adalberto possui uma condenação pelo delito roubo simples na forma tentada, com trânsito em julgado para a defesa em 21.09.2010 (CAC de f. 183/184), o que configura maus antecedentes.

Sobreleva acrescer que se mostra suficiente para a prevenção e repressão do crime perpetrado pelos apelantes a fixação do regime para o cumprimento da pena privativa de liberdade no semiaberto.

Portanto, passa-se à nova análise das circunstâncias judiciais para a readequação das penas.

Adalberto Aparecido Meles.

Delito de roubo majorado, artigo 157, § 2º, inciso II, do CP, que vitimou a casa lotérica:

As circunstâncias judiciais da culpabilidade, circunstâncias, consequências e motivos do crime, da personalidade do agente e do comportamento da vítima não podem ser valoradas negativamente, tendo em vista que a culpabilidade é própria do tipo penal, as circunstâncias

são as geralmente aferidas no tipo, o motivo está ligado ao lucro fácil, a personalidade não pode ser considerada desfavorável, por ausência de elementos para aferi-la, e o comportamento da vítima não pode ser valorado em desfavor do réu. Além disso, as consequências não foram tão graves, porque a quantia subtraída da vítima foi quase totalmente ressarcida à casa lotérica. A conduta social deve ser presumida boa, como destacado na sentença.

Assim, somente os antecedentes devem ser considerados desabonadores, motivo pelo qual se fixam as penas-base em 4 (quatro) anos e 3 (três) meses de reclusão e 12 (doze) dias-multa.

Em razão da atenuante da confissão espontânea, diminuem-se as penas em 3 (três) meses de reclusão e 2 (dois) dias-multa.

Inexistem agravantes a serem consideradas.

Em face da causa de aumento prevista no art. 157, § 2º, II, do CP, aumento as sanções básicas em 1/3 (um terço), concretizando-as em 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão e pagamento de 13 (treze) dias-multa, fixado o valor do dia-multa em seu mínimo.

Delito de roubo majorado, artigo 157, § 2º, inciso II, do CP, que vitimou o cliente da casa lotérica:

As circunstâncias judiciais da culpabilidade, circunstâncias, consequências e motivos do crime, da personalidade do agente e do comportamento da vítima não podem ser valoradas negativamente, tendo em vista que a culpabilidade é própria do tipo penal, as circunstâncias são as geralmente aferidas no tipo, o motivo está ligado ao lucro fácil, a personalidade não pode ser considerada desfavorável, por ausência de elementos para aferi-la, e o comportamento da vítima não pode ser valorado em desfavor do réu. Além disso,as consequências não foram graves, porque a quantia subtraída da vítima não identificada não é exorbitante. A conduta social deve ser presumida boa, como destacado na sentença.

Assim, somente os antecedentes devem ser considerados desabonadores, motivo pelo qual se fixam as penas-base em 4 (quatro) anos e 3 (três) meses de reclusão e 12 (doze) dias-multa.

Em razão da atenuante da confissão espontânea, diminuem-se as penas em 3 (três) meses de reclusão e 2 (dois) dias-multa.

Inexistem agravantes a serem consideradas.

Em face da causa de aumento prevista no art. 157, § 2º, II, do CP, aumento as sanções básicas em 1/3 (um terço), concretizando-as em 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão e pagamento de 13 (treze) dias-multa, fixado o valor do dia-multa em seu mínimo.

Em decorrência da regra prevista no art. 70, 1ª parte, do CP, aplica-se ao réu uma só das penas, visto que iguais, acrescida do aumento de 1/6 (um sexto), por serem dois os delitos cometidos em concurso formal, totalizando-as em 6 (seis) anos, 2 (dois) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, e pagamento de 26 (vinte e seis) dias-multa (art. 72 do CP), fixado o valor do dia-multa em seu mínimo.

O regime fixado para o cumprimento inicial da pena privativa de liberdade imposta será o semiaberto, com âncora no disposto no art. 33, § 2º, *b*, do CP.

Dalmir Climaco da Silva.

Delito de roubo majorado, artigo 157, § 2º, inciso II, do CP, que vitimou a casa lotérica:

As circunstâncias judiciais da culpabilidade, circunstâncias, consequências e motivos do crime, e do comportamento da vítima não podem ser valoradas negativamente, tendo em vista que a culpabilidade é própria do tipo penal, as circunstâncias são as geralmente aferidas no tipo, o motivo está ligado ao lucro fácil, e o comportamento da vítima não pode ser valorado em desfavor do réu. Além disso, as consequências não foram tão graves, porque a quantia subtraída da vítima foi quase totalmente ressarcida à casa lotérica. A conduta social e a personalidade devem ser consideradas boas, como destacado na sentença, além de ser o réu portador de bons antecedentes.

Assim, fixam-se as penas-base no mínimo legal, isto é, 4 (quatro) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa; motivo pelo qual não serão consideradas quaisquer atenuantes para redução das mesmas, nos termos da Súmula 231 do STJ.

Inexistem agravantes a serem consideradas.

Em face da causa de aumento prevista no art. 157, § 2º, II, do CP, aumento as sanções básicas em 1/3 (um terço), concretizando-as em 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão e pagamento de 13 (treze) dias-multa, fixado o valor do dia-multa em seu mínimo.

Delito de roubo majorado, artigo 157, § 2º, inciso II, do CP, que vitimou o cliente da casa lotérica:

As circunstâncias judiciais da culpabilidade, circunstâncias, consequências e motivos do crime, e do comportamento da vítima, não podem ser valoradas negativamente, tendo em vista que a culpabilidade é própria do tipo penal, as circunstâncias são as geralmente aferidas no tipo, o motivo está ligado ao lucro fácil e o comportamento da vítima não pode ser valorado em desfavor do réu. Além disso, as consequências não foram graves, porque a quantia subtraída da vítima não identificada não é exorbitante. A conduta social e a personalidade devem ser consideradas boas, como destacado na sentença, além de ser o réu portador de bons antecedentes.

Assim, fixam-se as penas-base no mínimo legal, isto é, 4 (quatro) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa; motivo pelo qual não serão consideradas quaisquer atenuantes para redução das mesmas, nos termos da Súmula 231 do STJ.

Inexistem agravantes a serem consideradas.

Em face da causa de aumento prevista no art. 157, § 2º, II, do CP, aumento as sanções básicas em 1/3 (um terço), concretizando-as em 5 (cinco) anos e 4 (quatro)

meses de reclusão e pagamento de 13 (treze) dias-multa, fixado o valor do dia-multa em seu mínimo.

Em decorrência da regra prevista no art. 70, 1ª parte, do CP, aplica-se ao réu uma só das penas, visto que iguais, acrescida do aumento de 1/6 (um sexto), por serem dois os delitos cometidos em concurso formal, totalizando-as em 6 (seis) anos, 2 (dois) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, e pagamento de 26 (vinte e seis) dias-multa, fixado o valor do dia-multa em seu mínimo.

O regime fixado para o cumprimento inicial da pena privativa de liberdade imposta será o semiaberto, com âncora no disposto no art. 33, § 2º, *b*, do CP.

Pelo exposto, dá-se parcial provimento aos recursos, nos termos deste voto.

Custas, na forma da lei.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES PAULO CÉZAR DIAS e ANTÔNIO ARMANDO DOS ANJOS.

Súmula - PROVIDOS EM PARTE OS RECURSOS.

...

Roubo - Desclassificação do crime - Furto - Inadmissibilidade - Grave ameaça contra a pessoa - Intimidação da vítima - Simulação de arma de fogo - Prova - Declaração da vítima - Validade - Condenação - Isenção de custas - Pedido deferido no Juízo *a quo* - Improvimento

Ementa: Apelação criminal. Roubo. Desclassificação para o delito de furto. Inviabilidade. Simulação de estar portando arma. Grave ameaça comprovada pelo firme conjunto probatório. Isenção de custas. Pleito já deferido na instância primeva. Recurso não provido.

- Comprovado o emprego de grave ameaça (simulação de estar portando arma) para a consecução do ilícito, impossível a desclassificação para o crime de furto.

- Não tem real cabimento o pedido de isenção de custas nesta Instância Revisora, se já deferido no Juízo de origem.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0024.07.584897-8/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Warlley da Conceição Santos - 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, sob a Presidência do Desembargador Rubens Gabriel Soares, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NÃO PROVER O RECURSO.

Belo Horizonte, 3 de abril de 2012. - *Rubens Gabriel Soares* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. RUBENS GABRIEL SOARES - Warley da Conceição Santos, devidamente qualificado e representado nos autos, foi denunciado como incurso nas sanções do art. 157, *caput,* do Código Penal, porque, segundo narra a denúncia, no dia 09.01.2007, por volta das 5h45min, na Rua Fernando Lobo, 647, Bairro Santa Efigênia, nesta Capital, mediante grave ameaça consistente em simular estar armado e determinar que Sintia Soares Barbosa ficasse quieta, subtraiu para si a bolsa da vítima (f. 02/03).

Recebida a denúncia em 26.08.2008 (f. 34), a defesa prévia foi apresentada às f. 39/40. Após instrução criminal, com oitiva de testemunhas (f. 55/56), revelia do acusado (f. 54) e alegações finais das partes (f. 62/66, 67/73 e 81-v.), o MM. Juiz Sentenciante, julgando procedente a denúncia, condenou o acusado nas iras do art. 157, *caput*, do Código Penal à pena de quatro (04) anos de reclusão em regime aberto, mais pagamento de dez (10) dias-multa, à razão mínima (f. 83/89).

Inconformada, a defesa recorre (f. 93-v.). Em suas razões, requer a desclassificação para o crime de furto, sustentando, para tanto, que não houve emprego de grave ameaça. Desclassificado o crime, requer o reconhecimento do privilégio, ao argumento de que estão presentes os requisitos da primariedade e do pequeno valor a coisa subtraída, devendo, assim, ser aplicada apenas a pena de multa ou, alternativamente, reduzida a sanção em dois terços (2/3). Ao final, pleiteia ainda a isenção das custas processuais (f. 95/105).

Contrarrazões ministeriais às f. 106/108, pela manutenção do *decisum* hostilizado.

Instada a se manifestar, a douta Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo improvimento do recurso (f. 115/118).

É o relatório.

Conheço do recurso, presentes os pressupostos de admissibilidade e processamento.

Não há preliminares arguidas pelas partes ou que devam ser declaradas de ofício.

Busca o apelante a desclassificação para o crime de furto, sustentando, para tanto, que não houve emprego de grave ameaça na consecução do ilícito. Desclassificado o delito, requer o reconhecimento do privilégio, ao argumento de que estão presentes os requisitos da primariedade e do pequeno valor da coisa subtraída, devendo, assim, ser aplicada apenas a pena de multa ou, alternativamente, reduzida a pena em dois terços (2/3). Ao final, pleiteia ainda a isenção das custas processuais.

Inicialmente, importante consignar que a materialidade delitiva se encontra evidenciada pelo do boletim de ocorrência policial (f. 08/10), auto de apreensão (f. 15) e termo de restituição (f. 16).

A autoria, do mesmo modo, resta inconteste, tendo em vista a confissão do acusado (f. 19), encontrando ainda respaldo nas palavras da vítima (f. 12/14 e 55), tanto que a defesa nesse aspecto nem mesmo se insurgiu.

Quanto à desclassificação para o delito do art. 155 do Código Penal, razão não assiste ao apelante.

Cediço que, para a configuração do delito de roubo, mister a ocorrência da violência à pessoa ou da grave ameaça.

In casu, resta comprovado o uso de grave ameaça na consecução do intento pelo réu, senão vejamos.

A vítima, ainda no calor dos acontecimentos, confirmou que, no momento em que foi abordada pelo réu, este estava com as duas (02) mãos dentro da blusa, simulando estar portando algo:

> [...] foi abordada por aquela pessoa do sexo masculino que transitava por suas costas, determinando que parasse e ficasse quieta [...]; que estava com as duas mãos por debaixo da blusa, aparentando estar portando algo [...]; que a declarante pediu para deixar retirar sua carteira de identidade e seu documento, mas o autor não deixou 'partindo furioso para cima da declarante' [...] (f. 12/14).

Em juízo, da mesma forma, asseverou:

> [...] que o acusado vinha atrás de mim, que ele parecia ter alguma coisa na mão, que ele colocou as duas mãos debaixo da camisa e falou que eu parasse se não ele me matava, que ele pediu a minha bolsa e eu pedi para ele me entregar meus documentos, que ele veio correndo para cima de mim e eu soltei a bolsa no chão [...] (f. 55).

Indubitavelmente, em sede de crimes patrimoniais, cometidos normalmente na clandestinidade, é pacífico que a palavra do ofendido é de extrema relevância probatória à demonstração das circunstâncias em que ocorreu a subtração, mormente como no caso concreto.

O próprio Superior Tribunal de Justiça não deixa margem de dúvida sobre o tema, se não, vejamos:

> A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça é pacífica no sentido de se admitir a palavra da vítima como fundamento suficiente a ensejar a condenação, especialmente em crimes praticados às escondidas. Precedentes (Ementa parcial) (STJ - AgRg no Ag 660408/MG - 6ª T. - Rel. Min. Hamilton Carvalhido - *DJU* de 06.02.2006).

A propósito, este egrégio Sodalício também já decidiu:

> Roubo majorado pelo concurso de pessoas. Prova. Palavra da vítima. Validade. Materialidade e autoria cabalmente comprovadas. Reconhecimento procedido pelo ofendido. Condenação mantida. A palavra da vítima de crime de roubo é, talvez, a mais valiosa peça de convicção judicial. Esteve em contato frontal com o agente e, ao se dispor a reconhecê-lo, ostenta condição qualificada a contribuir com o juízo na realização do justo concreto. Pagamento das custas processuais. Isenção. Impossibilidade. Condições e prazos estabelecidos na Lei nº 1.060/50. Recurso conhecido e desprovido (TJMG - Ap. Crim. 1.0074.03.013952-6/001 - 1ª C. Crim. - Rel. Des. Gudesteu Biber - *DJMG* de 27.04.2006).

> Roubo qualificado tentado. Negativa de autoria. Palavra da vítima. Princípio da insignificância. Desclassificação para constrangimento ilegal. Impossibilidade. - 1. Tratando-se de crime de roubo, rotineiramente praticado de forma clandestina, a palavra da vítima prevalece sobre a negativa do agente, ainda mais quando esta se apresenta firme e coerente com a dinâmica dos fatos e com os demais elementos de prova. 2. A violência e a grave ameaça empregadas na prática do crime de roubo impedem a aplicação do princípio da insignificância e a consequente desclassificação para constrangimento ilegal, mesmo ante a ausência de lesão patrimonial, visto que a alta censurabilidade da conduta impede a aplicação desse princípio, pois, sendo um crime complexo, além do patrimônio são também tuteladas a integridade e liberdade da vítima, numa só unidade jurídica. 3. Recurso desprovido (TJMG - Ap. Crim. 1.0027.05.065371-9/001 - 2º C. Crim. - Rel. Des. Antônio Armando dos Anjos - *DJMG* de 23.11.2007).

> Apelação. Roubo qualificado. Concurso de pessoas. Restrição à liberdade da vítima. Autoria e materialidade comprovadas. Absolvição. Impossibilidade. Palavra da vítima como elemento de prova. Condenação confirmada. - Tratando-se de delito praticado na clandestinidade, como o roubo, é se de dar especial relevância às palavras da vítima, como elemento de prova, desde que não destoem do conjunto probatório e que não se encontrem, nos autos, indícios ou provas de que ela pretenda incriminar pessoas inocentes. Impossível a absolvição do agente quando as provas não deixam dúvidas quanto à ocorrência do delito de roubo qualificado (TJMG - Ap.Crim. 1.0702.05.220999-7/001 - 3ª C. Crim. - Rel. Des. Paulo Cézar Dias - *DJMG* de 14.11.2007).

Dessa feita, a simulação de estar portando arma, derivada dos gestos feitos pelo agente (mãos debaixo da camisa), constitui elemento mais do que suficiente para incutir na vítima temor a caracterizar a grave ameaça exigida pelo tipo penal do art. 157 do Código Penal.

Sobre o tema, o posicionamento jurisprudencial:

> Apelação criminal. Roubo. Autoria e materialidade comprovadas. Delito configurado. Palavra da vítima. Valiosa peça de convicção. Desclassificação. Furto. Impossibilidade. Majorante relativa ao emprego de arma. Reconhecimento. - Tratando-se de delito praticado na clandestinidade como o roubo, é de se dar especial relevância às palavras das vítimas como elemento de prova, desde que não destoem do conjunto probatório e que não se encontrem nos autos indícios ou provas de que elas pretendam incriminar pessoas inocentes. Configura-se o roubo mediante o exercício de violência ou grave ameaça. Esta se caracteriza por gestos, atitudes ou palavras idôneas capazes de incutir medo na vítima. Comprovado que o agente empregou grave ameaça contra a pessoa para subtrair a coisa, impossível a desclassificação para o delito de furto. Para a configuração do uso de grave ameaça mediante emprego de arma contra o ofendido, basta a existência de prova testemunhal apta a relatar o uso de tal objeto, sendo dispensáveis a apreensão e a perícia da mesma (TJMG - Ap. Crim. 1.0024.04.354000-4/001, Des. Paulo César Dias, Data da publicação: 14.11.2008).

Outro não foi o entendimento da d. Procuradoria-Geral de Justiça:

> [...] Ao contrário do que afirma a douta defesa, os depoimentos da vítima prestados em juízo e perante a autoridade policial não são contraditórios. Pelo contrário, são harmônicos e coerentes, espancando qualquer dúvida sobre o emprego de grave ameaça pelo acusado no momento da prática delitiva [...] (f. 116).

Dessa forma, restando plenamente comprovado o emprego de grave ameaça, entende-se como devido o reconhecimento da configuração do delito previsto no art. 157 do Código Penal, razão pela qual não merece acolhimento a desclassificação para o delito de furto e, via de consequência, a aplicação do privilégio do § 2º do art. 155 do Código Penal.

Impende consignar que a pena-base foi bem sopesada pelo Magistrado, com a devida aplicação das disposições insertas no art. 59 do Código Penal, até porque fixada no mínimo legal de quatro (4) anos de reclusão e dez (10) dias-multa e mantida na segunda-fase neste patamar, mesmo diante do reconhecimento da atenuante da confissão espontânea, em atenção à Súmula 231 do STJ.

O regime de cumprimento de pena arbitrado foi o mais brando (aberto).

Não há possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por outras restritivas de direito, tampouco de suspensão condicional do cumprimento da pena pelo não preenchimento dos requisitos objetivos e subjetivos para tais benefícios (arts. 44 e 77 do Código Penal).

Quanto à isenção de custas processuais, percebe-se que já foi deferida pelo MM. Juiz de primeiro grau, consoante se vê à f. 88.

Diante do exposto, nego provimento ao recurso, mantendo incólume a decisão de primeiro grau.

Custas, isentas.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES FURTADO DE MENDONÇA e CATTA PRETA.

Súmula - RECURSO NÃO PROVIDO.

...

Lesão corporal gravíssima - Agressão recíproca - Provas - *In dubio pro reo* - Utilização dos meios necessários para defesa própria - Excludente de ilicitude - Legítima defesa - Caracterização - Absolvição

Ementa: Apelação criminal. Lesão corporal grave. Agressão recíproca. Legítima defesa. Uso dos meios que estavam a seu alcance. Negado provimento ao recurso.

- A excludente de legítima defesa deve ser reconhecida quando o agente usa de meios que estão ao seu alcance para se defender, em razão de agressão mútua entre acusado e vítima.

- A "necessidade" prevista para o reconhecimento da excludente de ilicitude da legítima defesa se determina de acordo com a força real da agressão, sendo certo que o "meio necessário" é aquele de que dispõe o agente no momento em que rechaça a violência sofrida, podendo ser até mesmo desproporcional ao utilizado no ataque, desde que seja o único à sua disposição.

- Uma vez demonstrados os requisitos necessários ao reconhecimento da descriminante da legítima defesa, imperiosa a absolvição do agente, nos termos do art. 386, inciso VII, do CPP.

Negado provimento ao recurso ministerial.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0024.07.799910-0/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Apelado: Rafael Paulino de Aguiar Coelho - Vítima: Mauro da Silva Gusmão - 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, 17 de maio de 2012. - *Marcílio Eustáquio Santos* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. MARCÍLIO EUSTÁQUIO SANTOS (Relator) - Cuida-se de ação penal pública promovida pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais contra Rafael Paulino de Aguiar Coelho, já devidamente qualificado, como incurso nas sanções do art. 129, § 2º, inciso IV, c/c art. 61, inciso II, letra *a*, ambos do Código Penal Brasileiro.

Narra a denúncia (f. 02/03), de forma sucinta, que, no dia 22 de setembro de 2007, por volta das 4h30min, na Av. Raja Gabaglia, nº 3.080, Bairro Estoril, nesta Capital, o acusado ofendeu a integridade física da vítima Mauro da Silva Gusmão, causando-lhe lesões corporais de natureza grave, consistente na incapacidade para as ocupações habituais por mais de 30 (trinta) dias, conforme exame de corpo de delito juntado aos autos.

Segundo a peça de ingresso, na data e local citados, o acusado e a vítima participavam de uma festa de formatura, no Buffet Catarina, ocasião em que, já perto do fim da festa, foram tocados hinos de times de futebol, o que gerou uma pequena confusão entre o irmão do acusado, de nome Bráulio Paulino de Aguiar Coelho, e a namorada

da vítima, chamada Joana D'Arc Geraime, confusão que foi contida pelos seguranças do local.

Ainda conforme constante da exordial, momentos depois, aconteceu nova discussão, dessa vez entre Joana D'Arc e Renata Mara Nascimento, namorada do irmão do acusado, vindo Bráulio a intervir, sendo o mesmo colocado para fora da festa juntamente com sua namorada. Em razão da expulsão de seu irmão, o acusado dirigiu-se até Joana D'Arc e a vítima Mauro da Silva Gusmão, iniciando-se nova discussão, oportunidade em que houve empurrões entre as partes, além de socos, vindo o acusado a desferir um soco no rosto da vítima, acertando-lhe o olho esquerdo, que ocasionou ruptura do globo ocular esquerdo.

A denúncia foi recebida aos 22 de julho de 2008 (f. 73).

O Ministério Público ofertou ao acusado o benefício da suspensão condicional do processo (f. 77), oportunidade em que a vítima requereu sua habilitação como assistente da acusação (f. 82/83), alegando não haver que se falar em suspensão condicional do processo, em virtude das graves lesões sofridas, requerendo realização de exame de corpo de delito complementar.

Referido pleito foi deferido pelo d. Magistrado *a quo* (f. 93), sendo o laudo complementar juntado aos autos (f. 112).

O d. Representante do Ministério Público ofereceu aditamento à denúncia, ao fundamento de que a lesão corporal sofrida pela vítima resultou em deformidade de natureza permanente e irreversível, devendo o acusado ser denunciado como incurso nas sanções do art. 129, § 2º, inciso IV, c/c art. 61, inciso II, letra *a*, ambos do Código Penal.

O aditamento à denúncia foi recebido aos 28 de maio de 2009 (f. 119).

Devidamente processado, foi proferida a sentença (f. 227/244), julgando improcedente a pretensão punitiva, para absolver o acusado Rafael Paulino de Aguiar Coelho, com fulcro no art. 386, inciso VII, do Código de Processo Penal.

Inconformado com a r. sentença, o d. Representante do Ministério Público interpôs recurso de apelação (f. 246). Em suas razões recursais (f. 249/259), pugna o Órgão Acusatório, basicamente, pela condenação do acusado, nos termos constantes no aditamento à denúncia.

Em contrarrazões (f. 263/272), pugna a defesa do réu pelo desprovimento do recurso interposto pelo Órgão Ministerial.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do il. Procurador de Justiça Dr. Gilvan Alves Franco (f. 285/288), opina, basicamente, pelo provimento do recurso ministerial, com a condenação do ora apelado, Rafael Paulino de Aguiar Coelho, nas sanções previstas no art. 129, § 2º, inciso IV, c/c art. 61, inciso II, letra *a*, ambos do Código Penal.

É, no essencial, o relatório.

Presentes os pressupostos de admissibilidade e processamento, conheço do recurso.

Inexistindo preliminares e não vislumbrando qualquer nulidade ou irregularidade que deva ser sanada de ofício, passo ao exame do mérito do recurso.

Analisei atentamente as razões recursais do Órgão Acusatório, as contrarrazões da defesa, as provas dos autos e o indispensável parecer da ilustre Procuradoria-Geral de Justiça e tenho que o recurso não merece provimento, pelos motivos que declino:

Conforme se vê dos autos, busca o apelante a condenação do ora apelado nas iras do crime previsto no art. 129, § 2º, inciso IV, c/c art. 61, inciso II, letra *a*, ambos do Código Penal.

Conquanto a existência do crime esteja comprovada pelo laudo pericial de exame de corpo de delito (f. 46/47) e pelos laudos complementares (f. 49/50, 67 e 112), bem como que a autoria seja da mesma forma induvidosa, porquanto confessada pelo próprio acusado quando ouvido em juízo (182/183), a acusação não se desincumbiu adequadamente do ônus de provar a não aplicação, ao presente caso, da excludente de legítima defesa.

Isso porque, tal qual a d. Magistrada sentenciante, entendo que, no presente caso, as diversas versões apresentadas tanto pelas partes quanto pelas testemunhas ouvidas tornam o contexto probatório frágil para sustentar um decreto condenatório.

O acusado, na fase judicial, afirmou (f. 182/183):

> [...] que agrediu a vítima porque foi agredido por ela primeiro e agiu no instinto de defesa; que a vítima agrediu o interrogado porque este insultou a namorada dele; que o interrogado viu o Mauro (vítima) falar para os seguranças tirarem o Bráulio da festa e neste momento o interrogado disse ao Mauro que 'tudo estava acontecendo por causa da piranha da sua mulher'; que neste momento Mauro (vítima) lhe agrediu com um soco; que os seguranças chegaram e seguraram o interrogado, mas este se soltou e deu soco no Mauro; [...].

Por outro lado, a vítima Mauro da Silva Gusmão, sob o crivo do contraditório, informou que o acusado o agrediu gratuitamente, veja-se:

> [...] que o declarante não conhecia o Bráulio e nem Rafael, mas conhecia Joana D'Arc; que o declarante não presenciou Joana D'Arc e Bráulio discutindo, tendo tomado conhecimento deste fato após; [...] que, quando o declarante estava atravessando o salão, deparou com o segurança carregando o irmão do Rafael, o qual, segundo o declarante soube, foi o que procurou a confusão; que o declarante foi até a portaria e quando estava retornando para a mesa, onde estava Joana, a filha dela e todos os convidados, Rafael, no meio do salão, lhe deu um tapa no peito dizendo 'você está com um bando de piranhas, que está caçando confusão no meio do salão', e também lhe disse palavrões; que o declarante já teria motivos para revidar a agressão, mas preferiu virar as costas e chamar os seguranças; que vieram dois seguranças, sendo que o acusado ficou em pé no mesmo lugar onde estava; que o declarante disse para os seguranças 'é este aqui que quer brigar comigo'; que assim que disse isto o acusado lhe

> deu um soco no olho, sendo que parecia que ele estava com um anel; que quando o declarante foi para reagir os seguranças o seguraram; que, mesmo já estando seguro pelos braços, pelos seguranças, o acusado ainda lhe desferiu uns oito socos; [...]

Dessarte, vale transcrever, ainda, as declarações prestadas pelas testemunhas oculares dos fatos ocorridos, *in verbis*:

> [...] que na noite dos fatos o depoente se encontrava na pista do salão Buffet Catarina, precisamente perto do palco, trabalhando como segurança quando visualizou uma confusão próxima a portaria, cerca de 250 metros e dirigiu-se para lá; que deparou com duas pessoas em vias de fato, se agredindo um ao outro; que o depoente entrou para separar a briga; que o acusado e vítima estavam atracados um ao outro, não tendo o depoente visto o momento em que a vítima foi atingida no olho; [...] (f. 173 - Evandro Marques Soares).

> [...] que o depoente presenciou o momento da briga em que Mauro saiu machucado; que antes da briga em que Mauro saiu ferido o depoente viu o Mauro golpeando o Rafael; que quando viu o irmão do Rafael, Bráulio, sendo levado para fora do salão o Rafael foi até a porta, ressaltando que ele já estava perto da porta e neste momento o Rafael e Mauro começaram a discutir, ressaltando que não pode ouvir o teor da discussão, mas pode ver eles discutindo e aí o Mauro deu um soco na cara do Rafael; que vários seguranças seguraram o Rafael e, quando o Rafael foi se desvencilhar dos seguranças, a mão do Rafael com o copo acabou indo na cara do Mauro; [...] (f. 180/181 - Matheus Stancioli Hazan).

De registrar que as demais testemunhas ouvidas em juízo apresentaram versões variadas sobre os fatos, mas sempre de acordo com relatos de terceiros, vale dizer, não tendo efetivamente presenciado os fatos.

Assim, por todo o exposto, não me restam dúvidas de ter o ora apelado agido sob o pálio descriminante da legítima defesa, uma vez que, pelas provas produzidas, é de se concluir que Rafael Paulino de Aguiar Coelho e Mauro da Silva Gusmão se encontravam em embate físico, não tendo sido demonstrado com segurança e certeza quem agrediu ou foi agredido primeiro, devendo, por conseguinte ser aplicado o brocardo *in dubio pro reo*.

Ademais, tenho que restou demonstrado que o acusado, ora apelado, deu um único soco no rosto da vítima, golpe este que lhe atingiu o olho, o que evidencia haver o mesmo utilizado moderadamente dos meios de que dispunha para fazer cessar o embate físico entre os envolvidos, acusado e vítima.

Nesse ponto, ressalto que o Ministério Público se opôs ao reconhecimento da excludente invocada por identificar um suposto excesso na repulsa, ante a gravidade das lesões sofridas pela vítima.

Seu argumento, entretanto, não me convence.

Sobre o tema, convém trazer a lume as pertinentes lições de Júlio Fabbrini Mirabete, que em sua obra *Manual de direito penal* defende que a necessidade se determina de acordo com a força real da agressão, sendo certo que o "meio necessário" é aquele de que dispõe o agente no momento em que rechaça a violência que lhe é impingida, podendo ser até mesmo desproporcional ao utilizado no ataque, desde que seja o único à sua disposição. (São Paulo: Atlas, vol. 1, p. 185.)

No que tange à moderação, o referido autor ainda adverte:

> A legítima defesa, porém, é uma reação humana e não se pode medi-la com um transferidor, milimetricamente, quanto à proporcionalidade de defesa ao ataque sofrido pelo sujeito. Aquele que se defende não pode raciocinar friamente e pesar com perfeito e incomensurável critério essa proporcionalidade, pois no estado emocional em que se encontra não pode dispor de reflexão precisa para exercer sua defesa em equipolência completa com a agressão. Não se deve fazer, portanto, rígido confronto entre o mal sofrido e o mal causado pela reação, que pode ser sensivelmente superior ao primeiro, sem que por isso seja excluída a justificativa, e sim entre os meios defensivos que o agredido tinha a sua disposição e os meios empregados, devendo a reação ser aquilatada tendo em vista as circunstâncias do caso, a personalidade do agressor, o meio ambiente etc. A defesa exercita-se desde a simples atitude de não permitir a lesão até a ofensiva violenta, dependendo das circunstâncias do fato, em razão do bem jurídico defendido e do tipo de crime em que a repulsa se enquadraria (*ibidem*).

Ante o exposto, entendo estarem presentes os requisitos da excludente de ilicitude da legítima defesa, sendo necessária, assim, a manutenção da absolvição do ora apelado.

Isso posto, e por tudo mais que dos autos consta, nego provimento ao recurso, mantendo integralmente a bem-lançada sentença singular, para absolver o acusado Rafael Paulino de Aguiar Coelho, nos termos do art. 386, inciso VII, do Código de Processo Penal.

Custas, *ex lege*.

É como voto.

DES. CÁSSIO SALOMÉ (Revisor) - De acordo com o Relator.

DES. AGOSTINHO GOMES DE AZEVEDO - De acordo com o Relator.

Súmula - NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Latrocínio - Tentativa - Impossibilidade - Homicídio tentado e roubo majorado - Dolo - *Animus necandi* - Concurso material - Caracterização - Julgamento - Competência - Tribunal do Júri

Ementa: Apelação. Latrocínio. Tentativa. Incompatibilidade com o ordenamento jurídico. Recapitulação. Presença do *animus necandi*. Concurso de crimes. Roubo majorado e tentativa de homicídio. Competência do Tribunal do Júri.

- O crime de latrocínio não consubstancia tipo autônomo, razão pela qual não pode ocorrer na forma tentada. Precedentes do STF.

- Levando-se em conta a presença do dolo homicida dos agentes, caracteriza-se concurso material entre homicídio tentado e roubo majorado.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0133.10.001969-3/001 - Comarca de Carangola - Apelante: Alexandre Gomes da Fonseca - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Corréus: Emerson Jorge Leite, Delvan Henrique Coelho, Leidivan de Souza Coelho - Relator: DES. PAULO CÉZAR DIAS

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sob a Presidência do Desembargador Antônio Carlos Cruvinel, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM DE OFÍCIO, ANULAR O PROCESSO E DECLINAR DA COMPETÊNCIA PARA O TRIBUNAL DO JÚRI.

Belo Horizonte, 19 de junho de 2012. - *Paulo Cézar Dias* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. PAULO CÉZAR DIAS - O Ministério Público do Estado de Minas Gerais ofereceu denúncia em face de Emerson Jorge Leite, Delvan Henrique Coelho, Leonardo Vitoriano Eduardo e Alexandre Gomes da Fonseca, qualificados nos autos, como incursos no art. 157, § 3º, c/c art. 14 e art. 288, todos do Código Penal.

O feito foi desmembrado em relação aos acusados Emerson Jorge Leite, Delvan Henrique Coelho.

Após a instrução processual, foi a denúncia julgada parcialmente procedente para condenar o apelante nas iras do art. 157, § 3º, c/c art. 14, II, do Código Penal a uma pena de 15 (quinze) anos e 6 (seis) meses de reclusão e 12 (doze) dias multa em regime inicialmente fechado.

Inconformado, recorre o réu em razões de f. 710/711; requerendo absolvição por insuficiência de provas.

Contrarrazoado o apelo às f. 714/722, subiram os autos e, nesta instância, manifestou-se a douta Procuradoria de Justiça pelo seu desprovimento.

Conheço do recurso, pois presentes os requisitos legais de sua admissibilidade.

De acordo com a exordial acusatória, os denunciados ajustaram previamente a prática da infração e, de início, vigiaram a casa das vítimas, sondando horários e rotinas da família, visando a abordagem no momento propício para a execução do crime. Os acusados Leonardo, Alexandre e Emerson foram convidados pelos acusados Leidvan e Delvan para juntos praticarem o assalto às vítimas em epígrafe. Alexandre e Emerson obtiveram a posse do veículo GM Agile em um crime de roubo praticado na Comarca de Belo Horizonte/MG e, nesse carro, seguiram em direção ao Município de Fervedouro/MG, acompanhados de Leonardo que conduzia seu veículo Astra, para auxiliarem na prática do roubo previamente arquitetado.

Chegando a Fervedouro, Leonardo, Alexandre e Emerson se encontraram com os denunciados Delvan e Leidivan, rumando para a propriedade rural onde as vítimas residem. Neste local, antes da chegada das vítimas a casa, os denunciados adentraram na residência, quebrando os vidros de uma janela, e lá consumiram cerveja e outros alimentos. Quando as vítimas chegaram num Fiat Strada, dois denunciados, de posse de arma de fogo, renderam-nas por assalto, exigindo a entrega de dinheiro. Diante da afirmativa da vítima Fernando de que não possuía dinheiro, um dos denunciados que estava armado efetuou diversos disparos contra esta, atingindo-a na perna; enquanto isso, os denunciados ordenaram que a vítima Geane e seus filhos menores entrassem na residência, o que foi por esta atendido. Nesse momento, Fernando, que relutava atender às determinações dos assaltantes, foi atingido por uma coronhada de um dos assaltantes. Em seguida, o mesmo denunciado, com manifesto *animus necandi*, efetuou um disparo contra a cabeça de Fernando, o qual foi gravemente ferido e ficou caído no chão. No interior da residência estavam os demais denunciados, os quais retiraram os pertences das vítimas e colocaram no veículo Agile, evadindo em seguida do local.

A vítima Fernando foi socorrida rapidamente, haja vista ter a ofendida Geane conseguido ligar para sua cunhada e pedir socorro, sendo Fernando prontamente levado para o nosocômio e submetido a cirurgias que evitaram sua morte.

Da violência empregada resultaram lesões corporais graves.

Ab initio, necessário fazer certas considerações acerca do delito de latrocínio na forma tentada.

Apesar de já ter participado de outros julgamentos em que mantive a condenação do réu por crime de tentativa de latrocínio, após detida análise dos autos e tendo em vista a nova orientação do STF, hei por bem mudar meu posicionamento, filiando-me ao entendimento de que o crime de latrocínio, na forma tentada, é incompatível com o ordenamento jurídico.

Em situação semelhante, recentemente, esta Câmara julgou a Apelação Criminal nº 1.0313.09.275752-2/001, ocasião em que a Des.ª Jane Silva decotou a qualificadora prevista na segunda parte do § 3.º do art. 157 do CP, enquadrando a conduta do réu naquela prevista no referido artigo 157, § 2º, I, c/c art. 14, II, ambos do CP.

Como bem ressaltou a ilustre Desembargadora, a causa prevista na parte final do § 3º do artigo 157 do Código Penal (assim como aquela contida em sua parte inicial) não tipifica crime autônomo, mas apenas circunstância especial que, caso se mostre presente, qualifica o crime de roubo (elevando as penas mínima e máxima cominadas para o tipo simples contido em seu *caput*).

Com efeito, a circunstância de o § 3º, parte final, do art. 157 do CP encerrar a qualificadora do resultado morte para o delito de roubo, e não tipo autônomo, afasta a possibilidade da figura do latrocínio tentado. Há que se observar aqui o sistema constitucional de que não há crime sem lei que o defina nem pena sem previsão legal.

A propósito, vejamos o Informativo 520 do Supremo Tribunal Federal (15 a 19 de setembro de 2008) cujo enunciado dispõe:

> Adequação típica: Roubo Consumado e homicídio tentado - 1 A Turma deferiu, parcialmente, *habeas corpus* para cassar sentença de 1º grau que condenara o paciente por latrocínio tentado (CP, art. 157, § 3º, *in fine*, c/c art. 14, II). Na espécie, embora consumado o roubo, da violência praticada não resultara morte, mas lesão corporal de natureza grave numa das vítimas. A defesa reiterava a alegação de que a capitulação dada ao fato seria inadequada e pleiteava, por esse motivo, o ajuste da imputação para roubo qualificado pelo resultado de lesão corporal grave (CP, art. 157, § 3º, 1.ª parte). Inicialmente, adotou-se como premissa o cometimento do crime de roubo (CP, art. 157) e aduziu-se que a matéria discutida nos autos envolveria a adequação típica da conduta atribuída ao paciente. Asseverou-se que o latrocínio constitui delito complexo, em que o crime-fim é o roubo, não passando o homicídio de crime-meio. Desse modo, salientou-se que a doutrina divide-se quanto à correta tipificação dos fatos na hipótese de consumação do crime-fim (roubo) e de tentativa do crime-meio (homicídio), a saber: a) classificação como roubo qualificado pelo resultado, quando ocorra lesão corporal grave; b) classificação como latrocínio tentado; c) classificação como homicídio qualificado, na forma tentada, em concurso material com o roubo qualificado. Enfatizou-se, contudo, que tais situações seriam distintas daquela prevista no Enunciado 610 da Súmula do STF ("Há crime de latrocínio, quando o homicídio se consuma, ainda que não realize o agente a subtração de bens da vítima") e que as decisões impugnadas aderiram à tese de que as circunstâncias dos fatos evidenciaram o *animus necandi* dos agentes, caracterizando, por isso, tentativa de latrocínio. Esclareceu-se, ainda, que esta Corte possui entendimento no sentido de não ser possível punição por tentativa de latrocínio, quando o homicídio não se realiza, e que é necessário o exame sobre a existência de dolo homicida do agente, para, presente esse ânimo, dar-se por caracterizado concurso material entre homicídio tentado e roubo consumado. *HC* 91585/RJ, Rel. Min. Cezar Peluso, 16.9.2008 (*HC* 91585).

> Adequação típica: roubo consumado e homicídio tentado - 2 - Tendo em conta essas balizas, observou-se que, para a classificação da conduta imputada ao paciente, seria preciso identificar-se a finalidade dos agentes: a) se considerado ausente o *animus necandi* na violência praticada, incidiria o art. 157, § 3º, 1.ª parte, do CP; b) se definido que a intenção era de matar as vítimas, o tipo correspondente seria o do art. 121, § 2º, V, do CP, na forma tentada, em concurso material com o crime de roubo. Afirmou-se, entretanto, que, em sede de *habeas corpus* não se pode discutir o alcance da prova sobre a intenção do agente. Assim, reputou-se incontroverso que, consoante admitido pelo STJ, as indicações seriam no sentido de que o dolo era de matar e não de provocar lesão corporal. Esse o quadro, assentou-se que não restaria alternativa senão a da teórica tipificação do fato como homicídio, na forma tentada, em concurso material com o delito de roubo. Por conseguinte, ante o reconhecimento da competência do tribunal do júri, determinou-se que a ele sejam remetidos os autos, a fim de que se proceda a novo julgamento, limitando eventual condenação à pena aplicada na sentença ora anulada. Por fim, estendeu-se, de ofício, essa mesma ordem aos corréus (*HC* 91585/RJ, Rel. Min. Cezar Peluso, j. em 16.9.2008 (*HC* 91585).

Nesse prisma, mister consignar que a desclassificação do crime de tentativa de latrocínio para os delitos de roubo majorado consumado e tentativa de homicídio depende do estudo do elemento subjetivo finalístico.

No caso em apreço, analisando a situação dos autos, resta configurado em tese o dolo de matar a vítima para facilitar a subtração de seus pertences, pois ela estaria dificultando o resultado pretendido, de acordo com os depoimentos coligidos no caderno probatório.

Também, conforme laudo de f. 84, o ofendido sofreu traumatismo craniano, sendo certo que somente sobreviveu por ter sido prontamente socorrido.

Portando, não se faz possível a desclassificação do crime para roubo qualificado, sendo certo que a competência para julgamento do feito e maior incursão probatória acerca da autoria é constitucionalmente designada ao tribunal do júri.

Ante o exposto, anulo de ofício o processo, determinando a remessa dos autos ao Tribunal do Júri da Comarca de Carangola para novo processamento, permitida ratificação dos atos não decisórios, a cargo do Juízo competente, conforme preconizado pelo CPP, sendo vedada a fixação da pena além da determinada na sentença hostilizada, haja vista a proibição a *reformatio in pejus*, de acordo com os aludidos precedentes do pretório excelso a cujos posicionamentos expostos faço adesão.

Custas, na forma da lei.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES ANTÔNIO ARMANDO DOS ANJOS e FORTUNA GRION.

Súmula - DE OFÍCIO, ANULARAM O PROCESSO E DECLINARAM DA COMPETÊNCIA PARA O TRIBUNAL DO JÚRI.

...

Roubo majorado - Art. 157, § 2º, I, do Código Penal - Arma branca - Pontencialidade lesiva - Presunção - Exame pericial - Dispensabilidade

Ementa: Apelação criminal. Roubo. Emprego de arma branca. Faca. Ausência de apreensão e de exame pericial. Prescindibilidade. Potencialidade lesiva presumida.

- A potencialidade lesiva da arma branca é presumida, dispensando, pois, a realização de prova pericial para incidência da majorante do artigo 157, § 2º, I, do Código Penal, quando comprovado seu efetivo uso no delito.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0702.11.025505-7/001 - Comarca de Uberlândia - Apelante: Edinaldo Querino Alves - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Vítima: Célia Elias da Silva - Relator: DES. RENATO MARTINS JACOB

Acórdão

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

Belo Horizonte, 24 de maio de 2012. - *Renato Martins Jacob* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. RENATO MARTINS JACOB - Cuida-se de recurso de apelação interposto por Edinaldo Querino Alves em face da respeitável sentença de f. 79/89, que, nos autos da ação penal intentada pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais, julgou procedente a pretensão punitiva estatal para condená-lo nas iras do artigo 157, § 2º, I, do Código Penal, fixando-lhe a pena de 6 (seis) anos e 8 (oito) meses de reclusão, em regime fechado, e 20 (vinte) 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. 107.

Nas razões de f. 95/97, a douta defesa insurge-se tão somente contra o reconhecimento da causa de aumento de pena prevista no artigo 157, § 2º, I, do Código Penal, argumentando que a arma supostamente utilizada no delito não foi apreendida nem periciada, o que determina a exclusão da majorante.

Contrariedade deduzida às f. 102/104.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se às f. 114/120, opinando pelo desprovimento do apelo.

A denúncia foi recebida no dia 07.04.2011 (f. 51), tendo a sentença condenatória sido publicada em 30.06.2011 (f. 90).

Esse, resumidamente, é o relatório.

Não há preliminares nem se vislumbram nulidades a serem apreciadas de ofício.

Conheço do recurso, visto que presentes os pressupostos de admissibilidade.

O apelante foi denunciado e, posteriormente, condenado por infração ao artigo 157, § 2º, I, do Código Penal, porque no dia 01.03.2011, por volta das 20h10min, na Rua Higino Guerra, nº 20, Bairro Martins, Município de Uberlândia/MG, subtraiu para si, mediante grave ameaça exercida com emprego de arma, uma bolsa contendo diversos objetos pessoais pertencentes à vítima Célia Elias da Silva, evadindo-se em seguida.

Inicialmente, verifico que, pelo próprio teor das razões recursais, em consonância com o acervo probatório, a materialidade e a autoria do crime são incontestes, limitando-se a pretensão do apelante ao decote da causa de aumento esculpida no artigo 157, §2º, I, do Código Penal.

Analisando os argumentos recursais à luz dos elementos probatórios carreados para os autos, não me convenci de que a pretensão recursal comporta provimento, *venia concessa*.

Isso porque a expressão "emprego de arma" mencionada no artigo 157, § 2º, inciso I, do Código Penal, abrange não apenas a arma de fogo, mas, também, todo e qualquer objeto capaz de ofender a integridade física de outrem, ainda que por utilização indevida (*v.g.*, facas, canivetes, estiletes, espetos).

In casu, restou sobejamente comprovado que o acusado utilizou uma faca - devidamente apreendida, conforme consta à f. 23 - para atingir o intento criminoso. Vejamos:

> Quando desci no ponto o réu estava atrás de mim, enfiou a faca nas minhas costas e mandou passar o celular e a bolsa na hora, eu não entreguei e ele me deu uma gravata, puxou minha bolsa e saiu correndo (Célia Elias da Silva - f. 71).

Como se vê, o acusado utilizou uma faca na empreitada criminosa, objeto que é naturalmente dotado de potencialidade lesiva, cuja aferição dispensa prova pericial, perfeitamente suprível pela prova oral.

Sobre o tema, peço vênia para colacionar os seguintes julgados:

> Tratando-se a arma utilizada no roubo, seguido de estupro, de uma faca, mostra-se dispensável para o reconhecimento da causa de especial aumento de pena prevista no inciso I do § 2º do art. 157 do CP a sua apreensão e submissão à perícia para atestar a potencialidade lesiva, que no caso se presume, quando há depoimento firme e coerente da vítima dando conta de seu efetivo uso nos delitos (STJ - *HC* 96407/SP, Rel. Ministro Jorge Mussi, *DJe* de 04.08.2008).
>
> A falta de apreensão e perícia da arma branca utilizada para a prática do crime, suprida pela palavra da vítima e pelos demais elementos probatórios, autoriza a aplicação da majorante do art.157, § 2º, I, do CPB (TJMG - AC 1.0137.06.000932-1/001, Rel. Des. William Silvestrini, pub. em 11.07.2007).
>
> Restando comprovado que o roubo foi praticado com o emprego de uma faca, pouco importa que tal objeto não tenha sido apreendido e periciado para que se configure a

majorante prevista no inciso I do § 2º do art. 157 do CPB, se há nos autos provas de sua utilização, pois, ao contrário da arma de fogo, a faca prescinde de exame pericial, já que pela sua própria natureza é instrumento de inequívoca potencialidade lesiva que intimida a vítima, reduzindo a sua capacidade de resistência, podendo produzir, independentemente da sua forma anatômica, lesões à integridade física da pessoa humana (TJMG - AC 1.0702.05.219825-7/001, Rel.ª Des.ª Beatriz Pinheiro Caires, pub. em 19.08.2008).

Assim, havendo prova cabal do uso de arma branca na empreitada criminosa, prescindível a realização de exame pericial para a incidência da causa de aumento, na medida em que o objeto é naturalmente dotado de potencialidade lesiva.

Logo, não há margem para o decote da majorante prevista no artigo 157, § 2º, I, do Código Penal, como pretende a operosa defesa.

Registro, por fim, que o critério trifásico de fixação da reprimenda foi rigorosamente observado, as circunstâncias judiciais devidamente sopesadas, afigurando-se a reprimenda imposta ao recorrente justa e suficiente para reprovação e prevenção do delito, não havendo qualquer alteração a ser procedida, também, na segunda e terceira fases da dosimetria.

Outrossim, correta a fixação do regime fechado, bem como o indeferimento da substituição da reprimenda carcerária por restritivas de direitos, além da denegação do *sursis*, uma vez que o acusado não preenche os requisitos subjetivos e objetivos previstos em lei (art. 44, incisos I e II; e artigo 77, *caput*, c/c seu inciso I, ambos do Código Penal).

Incensurável, pois, a respeitável sentença hostilizada.

Em face do exposto, nego provimento ao recurso.

Custas, na forma do artigo 10, II, da Lei Estadual nº 14.939/03.

DES. NELSON MISSIAS DE MORAIS - De acordo com o Relator.

DES. MATHEUS CHAVES JARDIM - De acordo com o Relator.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Crime contra a ordem tributária - ISS - Lançamento a menor - Procedimento administrativo-tributário em curso - Não constituição definitiva do crédito tributário - Súmula 24 do STF - Efeito vinculante - Eficácia *erga omnes* - Ausência de justa causa - Atipicidade - Absolvição

Ementa: Crime contra a ordem tributária. Pendência de processo administrativo visando à constituição definitiva do crédito tributário. Súmula Vinculante 24. Atipicidade da conduta. Absolvição.

- Por força da Súmula Vinculante 24, publicada em 11.12.2009, "não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, incisos I a IV, da Lei nº 8.137/90, antes do lançamento definitivo do tributo", pelo que, pendente contra os acusados processo administrativo visando à constituição definitiva do crédito tributário, sua absolvição é medida que se impõe.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0521.05.046671-8/001 - Comarca de Ponte Nova - Apelante: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Apelados: Sérgio Moreira de Souza, José Luiz de Souza, Andrea Moreira de Souza, Alexandre Moreira de Souza, José Moreira de Souza Filho e outro, Celina Moreira de Souza - 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 NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 28 de junho de 2012. - *Duarte de Paula* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. DUARTE DE PAULA DUARTE DE PAULA - Ofereceu o Ministério Público do Estado de Minas Gerais, perante o Juízo de Direito da Comarca de Ponte Nova, denúncia contra José Moreira de Souza Filho, Alexandre Moreira de Souza, Celina Moreira de Souza, Sérgio Moreira de Souza, José Luiz de Souza e Andréa Moreira de Souza, visando à condenação destes no art. 1º, I, II, III, c/c o art. 11, ambos da Lei 8.137/90, na forma do art. 71 do CP.

Consta da denúncia que os denunciados, agindo em concurso de pessoas, de forma livre e consciente, com a intenção de fraudar a Administração Fazendária, no período compreendido entre agosto de 2003 e setembro de 2005, conseguiram reduzir o ISS (Imposto sobre Serviços) do Guarapiranga Pallace Hotel Ltda., através da prestação de declarações falsas à autoridade fazendária, mediante o calçamento de notas fiscais, prática que consiste em escriturar o valor real do serviço prestado na via que será entregue ao consumidor, mas no preenchimento das vias fixas que permanecem no talonário, com base nas quais serão escriturados os livros fiscais, usar valores inferiores aos da operação realizada.

Denúncia recebida à f. 221. Interrogatório de José Moreira, Alexandre, Celina, Sérgio e José Luiz, às f. 239/245. Resposta à acusação de Sérgio, Celina e José Moreira, Alexandre e José Luiz, respectivamente, às f. 249/250, 251/252 e 253/254. Interrogatório de

Andréa às f. 311/312. Resposta à acusação de Andréa às f. 313/314. Audiência de instrução às f. 432/456, na qual, além de serem ouvidas testemunhas, foi admitido como assistente da acusação o Município de Ponte Nova.

Em alegações finais, o órgão acusatório, afirmando terem sido comprovadas a autoria e a materialidade do delito em relação a todos os acusados, pugnou pela condenação destes, nos exatos termos da denúncia (f. 1.142/1.154).

A defesa de Sérgio, em alegações finais, sustentou que, nos termos do art. 83 da Lei 9.430/96, a representação fiscal, para fins penais, só poderá ser encaminhada pela autoridade da Administração Tributária ao Ministério Público após ser proferida decisão final sobre o crédito tributário na esfera administrativa, o que ainda não ocorreu na hipótese. Defendeu que o simples fato de o acusado constar como sócio no contrato social não é motivo suficiente para atribuir-lhe responsabilidade pelo suposto ato fraudulento, sem provas suficientes da prática por ele de qualquer conduta dolosa (f. 1.155/1.169).

A defesa de José Moreira, Alexandre, José Luiz e Andréa, por sua vez, em alegações finais sustentou ter sido comprovado que, à época dos fatos, os acusados nem sequer faziam parte do quadro societário da empresa. Aduziu que, ainda que assim não fosse, o simples fato de constarem como sócios de um contrato social não os torna, automaticamente, responsáveis por eventuais crimes tributários cometidos no interior da empresa. Defendeu que, não tendo sido realizado o necessário exame pericial nos documentos juntados aos autos, não podem estes ser tidos como prova, pois, sendo o delito em apuração daqueles que deixam vestígios, mostra-se imprescindível a realização do exame de corpo de delito (f. 1.201/1.209).

Por fim, a defesa de Celina, em alegações finais, aduziu não haver esta praticado qualquer ato de administração da empresa ligado aos fatos narrados como delituosos na denúncia. Afirmou que a doutrina e a jurisprudência já se firmaram no sentido de que o simples fato de o nome de alguém constar num contrato social como sócio não é motivo suficiente para atribuir-lhe responsabilidade pela prática de ato fraudulento ocorrido no interior da empresa. Sustentou que, não tendo sido realizada a necessária perícia técnica nos documentos juntados aos autos, encontra-se nulo todo o processado (f. 1.211/1.218).

Por sentença, o MM. Juiz *a quo* julgou improcedente a denúncia, a fim de absolver os acusados José Moreira de Souza Filho, Alexandre Moreira de Souza, Celina Moreira de Souza, Sérgio Moreira de Souza, José Luiz de Souza e Andréa Moreira de Souza da imputação que lhes é feita, com fulcro no art. 386, III, do CPP (f. 1.219/1.225).

Inconformado com esta r. decisão o órgão acusatório recorreu, mas em suas razões pugnou pelo improvimento do recurso (f. 1.245/1249).

Contrarrazões dos acusados, às f. 1.250/1.264.

Instada a se manifestar, a douta Procuradoria-Geral de Justiça, às f. 1.270/1.272, opinou pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

Conheço do recurso, presentes os pressupostos de sua admissibilidade.

Informa o recorrente, inicialmente, que, em virtude de haver decorrido quase três anos entre a interposição do apelo e a abertura de vista para o oferecimento de razões pelo MP, ocorreu um fato que alterou radicalmente a sorte do presente recurso, qual seja a edição da Súmula Vinculante 24 do Supremo Tribunal Federal. Afirma que, antes do julgamento do *Habeas Corpus* 81.611/DF, pela Corte Suprema, entendiam os tribunais que a instauração de crime do art. 1° da Lei 8.137/90 não estava subordinada ao procedimento administrativo fiscal, dada a autonomia entre as esferas de punibilidade, restando a matéria, inclusive, sumulada no âmbito do STF, através do verbete 609. Aduz, contudo, que, após o julgamento do referido remédio heróico, prevaleceu a tese de que o lançamento definitivo do tributo consistiria condição objetiva de punibilidade, pelo que o crime previsto no art. 1° da Lei 8.137/90 se consuma quando verificado o resultado decorrente das condutas de reduzir ou suprimir o tributo, mas o fato só se torna penalmente relevante após a constituição definitiva do crédito, ficando suspenso o curso do prazo prescricional enquanto pendente a discussão na via administrativa. Requer, assim, tendo em vista a ausência de decisão definitiva no PTA 26/2005, a aplicação da Súmula Vinculante 24 do STF ao caso presente, para que seja mantida a r. sentença recorrida.

Assiste razão ao órgão acusatório. Nos termos do art. 103-A da Constituição Federal, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, o Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provação, mediante decisão de dois terços de seus membros, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública direta e indireta.

A súmula vinculante, portanto, aprovada por dois terços dos membros do STF, tem o mesmo efeito de uma decisão proferida em ADI ou ADC, produzindo eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública direta e indireta, no âmbito das três esferas políticas, pelo que, ocorrendo sua publicação, fica o magistrado impedido de julgar contrariamente ao seu teor.

Especificamente quanto à Súmula Vinculante 24, esta trata sobre uma questão polêmica envolvendo crimes contra a ordem tributária. Como bem observado pelo recorrente, até a decisão pelo excelso Supremo Tribunal Federal do *HC* 81.611/DF, em 10.12.03, entendiam os tribunais, majoritariamente, que o procedimento administrativo de apuração de débitos tributários não constituía condição de procedibilidade para a instauração da ação penal visando à apuração de delito contra a ordem

tributária, tendo em vista a independência das instâncias. Ocorre que, com o julgamento do citado remédio heróico, foi alterado o entendimento jurisprudencial acerca do tema. Extrai-se da ementa do julgado:

> Crime material contra a ordem tributária (L. 8137/90, art. 1º): Lançamento do tributo pendente de decisão definitiva do processo administrativo: falta de justa causa para a ação penal, suspenso, porém, o curso da prescrição enquanto obstada a sua propositura pela falta do lançamento definitivo. 1. Embora não condicionada a denúncia à representação da autoridade fiscal (ADInMC 1.571), falta justa causa para a ação penal pela prática do crime tipificado no art. 1º da L. 8.137/90 - que é material ou de resultado -, enquanto não haja decisão definitiva do processo administrativo de lançamento, quer se considere o lançamento definitivo uma condição objetiva de punibilidade ou um elemento normativo de tipo. 2. Por outro lado, admitida por lei a extinção da punibilidade do crime pela satisfação do tributo devido, antes do recebimento da denúncia (L. 9.249/95, art. 34), princípios e garantias constitucionais eminentes não permitem que, pela antecipada propositura da ação penal, se subtraia do cidadão os meios que a lei mesma lhe propicia para questionar, perante o Fisco, a exatidão do lançamento provisório, ao qual se devesse submeter para fugir ao estigma e às agruras de toda sorte do processo criminal. 3. No entanto, enquanto dure, por iniciativa do contribuinte, o processo administrativo suspende o curso da prescrição da ação penal por crime contra a ordem tributária que dependa do lançamento definitivo (*HC* 81611 - Relator: Ministro Sepúlveda Pertence - Tribunal Pleno - *DJ* de 13.05.2005).

Após tal decisão, inúmeras outras vieram no mesmo sentido (*HC* 85.185, *HC* 86.120, *HC* 83.353, *HC* 85.463 e *HC* 85.428), o que fez com que, em 11.12.2009, a Corte Suprema decidisse publicar a Súmula Vinculante 24, segundo a qual "não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, incisos I a IV, da Lei no 8.137/90, antes do lançamento definitivo do tributo".

Para o melhor entendimento do assunto, vale trazer a baila manifestação de João Thiago Fillus, que, em artigo intitulado "O lançamento tributário como pressuposto para a consumação dos crimes contra a ordem tributária - posicionamento atual do Supremo Tribunal", assim dispõe:

> A instauração de processo-crime, ou mesmo de inquérito policial, quando no trato de crimes contra a ordem tributária a fim de persecução da possível ilegalidade na apuração fiscal pelo contribuinte, carece de, primeiramente, ter ocorrido a efetiva e indubitável constituição do crédito tributário. Isto reflete imposição do próprio Código Tributário Nacional, o qual define, em largas linhas, que o crédito só se torna exigível após a sua constituição, sendo que esta ocorre pelo instituto denominado de lançamento. De acordo com o art. 114 do CTN, a obrigação tributária é *ex lege* e tem seu surgimento com o fato jurídico tributário, ou seja, quando da perfeita subsunção do fato à norma, adequando-se aquele a um arquétipo de incidência de alguma exação. Sendo assim, o aspecto fenomênico da conversão do fato jurídico tributário a um crédito exequível exige uma apreciação de tempo e espaço, quando finalizadas as possibilidades para a modificação e/ou desconstituição do lançamento pelo contribuinte, com espeque nos arts. 142 e 145 do Código Tributário Nacional. A propositura de denúncia ou a mera instauração de processo investigatório pela autoridade competente, sem a real e efetiva constituição do crédito tributário pela Autoridade Fazendária, resulta em flagrante ilegalidade, haja vista estar-se utilizando da persecução criminal para impor uma sanção a um fato jurídico tributário ainda não devidamente constituído, podendo incorrer numa penalidade injusta quando o suposto montante se mostra inexigível ou até inexistente (quando presumida) (Disponível em: <http://www.idtl.com.br/artigos/181.pdf>. Acesso em: 9 abr. 2012).

Portanto, atualmente dúvidas não restam de que, antes da constituição definitiva do crédito tributário, o que só ocorre após o fim do procedimento administrativo de apuração de débitos tributários, inexiste justa causa para a ação penal.

Dessarte, *in casu*, tendo em vista que até o ajuizamento da presente ação penal não havia sido julgado definitivamente o Processo Administrativo Tributário 26/2005, agiu com acerto o Magistrado ao absolver os acusados, com fulcro no art. 386, III, do CPP, devido a atipicidade da conduta.

Pelo exposto, nego provimento ao recurso, a fim de manter por seus próprios e jurídicos fundamentos a r. sentença recorrida.

Custas, *ex lege*.

DES. MARCÍLIO EUSTÁQUIO SANTOS - De acordo com o Relator.

DES. CÁSSIO SALOMÉ - De acordo com o Relator.

Súmula - NEGAR PROVIMENTO.

...

Colaboração com grupo, organização ou associação destinados à produção ou tráfico de drogas - Informante - Alerta de único traficante sobre a aproximação de policiais - Atipicidade - Absolvição

Ementa: Apelação criminal. Art. 37 da Lei 11.343/06. Alertar grupo, organização ou associação destinados ao tráfico de drogas. Informante de traficante isolado. Atipicidade da conduta. Absolvição que se impõe. Recurso provido.

- Não comprovada a colaboração como informante para um grupo, associação ou organização voltada para o tráfico de drogas, mas sim para um traficante isolado, não há que se falar em configuração do delito previsto no art. 37 da Lei 11.343/06, sendo a absolvição da acusada medida que se impõe.

Recurso provido.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0024.10.245910-4/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Elizangela Fernandes de Jesus - 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 PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 24 de maio de 2012. - *Agostinho Gomes de Azevedo* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. AGOSTINHO GOMES DE AZEVEDO - Trata-se de recurso de apelação (f. 122/132) interposto pela acusada Elizangela Fernandes de Jesus em face da sentença de f. 102/109, que, julgando parcialmente procedente a denúncia, condenou-a nas sanções do art. 37, *caput*, da Lei nº 11.343/06, à pena de 2 (anos) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime semiaberto, e pagamento de 375 (trezentos e setenta e cinco) dias-multa, no valor unitário mínimo, absolvendo-a das sanções dos arts. 33 e 35, também da Lei 11.343/06, nos termos do art. 386, VII, do CPP.

Elizangela Fernandes de Jesus foi denunciada pelo Ministério Público às f. 02/03 como incursa nas sanções do art. 33, *caput*, e art. 35, ambos da Lei nº 11.343/06.

Narra a denúncia que, no dia 4 de outubro de 2010, por volta das 3h30min, no Beco Zé da Horta, esquina com Rua Marcazita, no Aglomerado Pedreira Prado Lopes, em Belo Horizonte/MG, a denunciada, ao avistar milicianos que se encontravam em patrulhamento de rotina pelo local, conhecido como ponto de venda de drogas, gritou a expressão "Galo Doido", comumente utilizada para avisar aos traficantes locais da chegada da Polícia Militar.

Ato contínuo, um indivíduo não identificado saiu do referido beco e empreendeu fuga, desfazendo-se de uma embalagem que continha 536 (quinhentos e trinta e seis) pedras de *crack* e mais 05 (cinco) porções da mesma substância.

Regularmente notificada em 29 de novembro de 2010 (f. 56/57), a acusada apresentou defesa prévia à f. 58, através da Defensoria Pública estadual.

A denúncia foi recebida em 14 de dezembro de 2010 (f. 59).

Audiência de instrução realizada em 16 de março de 2011, ocasião em que se procedeu ao interrogatório da acusada e à oitiva de 2 (duas) testemunhas. O *Parquet* apresentou alegações finais orais (f. 91/95).

A defesa apresentou memoriais às f. 96/101.

Sentença às f. 102/109, que, julgando parcialmente procedente a denúncia, absolveu a acusada Elizangela Fernandes de Jesus das sanções dos arts. 33 e 35 da Lei 11.343/06, nos termos do art. 386, VII, do CPP, e a condenou como incursa nas sanções do art. 37, *caput*, da Lei nº 11.343/06, à pena de 2 (anos) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime semiaberto, e pagamento de 375 (trezentos e setenta e cinco) dias-multa, no valor unitário mínimo.

Decisão publicada em 25 de abril de 2011, tendo as partes sido regularmente intimadas (f. 110/verso, 111/verso e 114/115).

Inconformada, a defesa apresentou apelação à f. 113, pretendendo, em suas razões de f. 122/132, a absolvição da acusada por ausência de provas ou pela atipicidade do fato, uma vez que não restou comprovada a existência de grupo ou associação voltada para o tráfico. Alternativamente, requereu a redução da pena imposta, fixando a pena-base em seu mínimo legal, e a isenção das custas processuais.

Em contrarrazões, o Ministério Público pugnou pelo conhecimento do recurso e, no mérito, pelo seu parcial provimento, apenas para isentar a acusada do pagamento das custas processuais (f. 133/137).

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, às f. 152/160, opinou pelo conhecimento e não provimento do recurso, mantendo-se na íntegra a r. sentença fustigada.

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.

Requer a defesa a absolvição da acusada por ausência de provas ou pela atipicidade do fato, uma vez que não restou comprovada a existência de grupo ou associação voltada para o tráfico. Alternativamente, requereu a redução da pena imposta, fixando a pena-base em seu mínimo legal, e a isenção das custas processuais.

Analisando os autos, observo que, de fato, a conduta praticada pela agente não se amolda ao tipo descrito no art. 37 da Lei 11.343/06.

Isso porque, *in casu*, não restou comprovada a existência de grupo, organização ou associação destinada ao tráfico de drogas, conforme determina o referido artigo, que dispõe *in verbis*:

> Art. 37. Colaborar, como informante, com grupo, organização ou associação destinados à prática de qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, *caput*, e § 1º, e 34 desta Lei:
> Pena - reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e pagamento de 300 (trezentos) a 700 (setecentos) dias-multa.

Da leitura do artigo transcrito alhures, extrai-se que a colaboração do informante deve servir a uma reunião

de pessoas cujo objetivo é a prática do tráfico de drogas, o que não ficou comprovado no caso em tela.

Não basta que o auxílio dado através da informação seja direcionado a apenas uma pessoa ou a agentes que não formem um grupo, organização ou associação destinados à prática do tráfico de entorpecentes.

In casu, dúvida não há de que a apelante, no momento dos fatos, colaborava como informante, todavia, não restou demonstrado nos autos que tal colaboração beneficiava grupo, organização ou associação destinada à prática do tráfico de drogas.

Pelo contrário, as provas colhidas demonstram que a colaboração se direcionava a uma única pessoa, que não foi encontrada pelos milicianos.

De acordo com a denúncia e com as provas constantes nos autos, a denunciada, ao avistar uma viatura da Polícia Militar, que se encontrava em patrulhamento de rotina pelo local, conhecido como ponto de venda de drogas, gritou a expressão "Galo Doido".

Sabe-se que tal expressão é comumente utilizada por informantes para avisar aos traficantes sobre chegada da Polícia Militar no local do tráfico.

Consta dos autos que um indivíduo não identificado saiu do referido beco e empreendeu fuga, desfazendo-se de uma embalagem que continha 536 (quinhentos e trinta e seis) pedras de *crack* e mais 5 (cinco) porções da mesma substância.

Dessa forma, restou demonstrado que a acusada foi informante de apenas um indivíduo, não podendo sua conduta ser enquadrada no tipo previsto no art. 37 da Lei 11.343/06.

Nesse sentido, foi o depoimento em juízo da testemunha Fernando Magri Netto, policial militar que atuou no flagrante, a saber:

> [...] que, no dia dos fatos, a guarnição do depoente estava fazendo patrulhamento de rotina na Pedreira Prado Lopes, e, em certa altura do Beco Zé da Horta, o depoente e o outro patrulheiro desembarcaram; que o depoente viu um rapaz correndo no Beco Zé da Horta e ouviu a denunciada gritando 'galo doido', somente a denunciada estava no beco junto com o rapaz que dispensou a sacola; quando o rapaz viu a viatura, evadiu, e, de imediato, a denunciada gritou 'galo doido'; [...] que a única pessoa que evadiu do local foi o rapaz que dispensou a sacola [...] (f. 94).

As declarações da própria acusada também demonstram que somente ela e uma outra pessoa estavam no local. Confira-se:

> [...] as pedras dispensadas não são minhas e sim do rapaz que as dispensou, mas eu não sei o nome do rapaz, mas ele estava vendendo droga no bar; que o rapaz dispensou a sacola e correu, e eu não conheço o rapaz; que eu estava no Beco Zé da Horta e este rapaz também estava no beco [...]; [...] que, no dia dos fatos, somente ela e esse rapaz estavam no beco [...] (f. 93).

Sobre o tema, coloca-se Guilherme de Souza Nucci:

> Análise do núcleo do tipo: colaborar (cooperar, prestar auxílio) é a conduta, cujo objeto é a prática de crime de tráfico ilícito de drogas, por grupo, organização ou associação. O tipo menciona o método: agindo como informante (pessoa que presta informes, vale dizer, passa dados a terceiro acerca de alguma coisa ou de alguém). É fundamental que a informação tenha algum relevo para a concretização dos delitos previstos nos art. 33 e 34, pois, do contrário, não há qualquer interesse penal (insignificância ou bagatela) (NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais processuais penais comentadas*. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 368).

Assim, para se configurar o crime previsto no art. 37 da Lei 11.343/06, é necessária a comprovação de que o acusado prestou serviço de informante, comumente conhecido como "olheiro do tráfico" ou "atividade", para grupo, organização ou associação criminosa, o que não ocorreu *in casu*.

Certo é que, existindo apenas um indivíduo como possível traficante, não há que se falar em configuração do delito do art. 37 da Lei 11.343/06, sendo a absolvição da apelante medida que se impõe.

Nesse sentido, é a jurisprudência deste eg. Tribunal de Justiça:

> Ementa: Apelação criminal. Art. 37 da Lei 11.343/06. Colaboração para o tráfico. Alertar traficante sobre a aproximação da polícia. Tipo penal que descreve a colaboração com grupo, associação ou organização, e não com traficante isolado. Atipicidade. Absolvição. - O tipo penal do art. 37 da Lei nº 11.343/06 descreve a colaboração com grupo, associação ou organização, e não com traficante isolado, impondo-se a absolvição por atipicidade da conduta. Recurso conhecido e provido (TJMG - Apelação Criminal nº 1.0024.09.511824-6/001 - Comarca de Belo Horizonte - Relatora: Des.ª Márcia Milanez - j. em 17.08.2010).

> Ementa: Colaboração para o tráfico. Conduta de alertar menor que portava drogas sobre a aproximação da polícia. Preliminar. Denúncia genérica. Réu que se defende dos fatos narrados, e não da capitulação. Rejeita-se. Tipo penal que descreve a colaboração com grupo, associação ou organização, e não com traficante isolado. Impossibilidade de interpretação extensiva. Atipicidade. Absolvição. - O tipo penal do art. 37 da Lei nº 11.343/06 descreve a colaboração com grupo, associação ou organização, e não com traficante isolado, que pode caracterizar associação criminosa ou coautoria, hipóteses não descritas na denúncia e não comprovadas, impondo-se a absolvição por atipicidade da conduta (TJMG - Apelação Criminal nº 1.0024.08.226993-7/001 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. Herculano Rodrigues - j. em 02.07.2009).

Mediante tais considerações, dou provimento ao recurso para absolver a apelante das sanções do art. 37 da Lei 11.343/06, tendo em vista a atipicidade da conduta.

Ficam prejudicados os demais termos trazidos nas razões de apelação.

Expeça-se alvará de soltura em favor da apelante Elizangela Fernandes de Jesus, se por al não estiver presa.

É como voto.

DES. DUARTE DE PAULA - De acordo com o Relator.

DES. MARCÍLIO EUSTÁQUIO SANTOS - De acordo com o Relator.

Súmula - DERAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Processual civil - Recurso especial - Ação civil pública - Termo de ajustamento de conduta - Não obrigatoriedade de o Ministério Público aceitá-lo ou de negociar suas cláusulas - Inexistência de direito subjetivo do particular

1. Tanto o art. 5º, § 6º, da LACP quanto o art. 211 do ECA dispõem que os legitimados para a propositura da ação civil pública "poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais".

2. Do mesmo modo que o MP não pode obrigar qualquer pessoa física ou jurídica a assinar termo de cessação de conduta, o *Parquet* também não é obrigado a aceitar a proposta de ajustamento formulada pelo particular. Precedente.

3. O compromisso de ajustamento de conduta é um acordo semelhante ao instituto da conciliação e, como tal, depende da convergência de vontades entre as partes.

4. Recurso especial a que se nega provimento.

RECURSO ESPECIAL Nº 596.764 - MG (2003/0177227-5) - Relator: MINISTRO ANTONIO CARLOS FERREIRA

Recorrente: Disque Amizade do Brasil Ltda. Advogados: José Anchieta da Silva e outro(s). Recorrido: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Recorrido: Movimento das Donas de Casa e Consumidores de Minas Gerais. Advogados: Délio de Jesus Malheiros e outro(s).

Acórdão

A Quarta Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Senhor Ministro Relator. Os Srs. Ministros Luis Felipe Salomão, Raul Araújo e Maria Isabel Gallotti votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Marco Buzzi.

Brasília (DF), 17 de maio de 2012 (data do julgamento) - Ministro *Antonio Carlos Ferreira* - Relator.

Relatório

O EXMO. SR. MINISTRO ANTONIO CARLOS FERREIRA (Relator): Cuida-se de recurso especial, fundado na alínea "a" do permissivo constitucional, interposto por Disque Amizade do Brasil Ltda. contra acórdão do TJMG.

Na origem, o Ministério Público do Estado de Minas Gerais ajuizou ação civil pública contra a ora recorrente, alegando o recebimento de diversas denúncias de consumidores em virtude de contas telefônicas com valores elevados decorrentes de ligações ao número 145, serviço conhecido como Disque Amizade. Aduziu violação ao CDC, bem como incentivo à participação de crianças e adolescentes "em conversas telefônicas múltiplas, nas quais o assunto versado é sempre sexo".

O *Parquet* mineiro requereu a interdição liminar do serviço, sob pena de multa diária de R$100.000,00 (cem mil reais) e, no mérito, a extinção do serviço Disque Amizade (f. 2/6).

A liminar foi deferida pelo Juízo da Vara da Infância e da Juventude de Belo Horizonte/MG (f. 90/95), para determinar à Telemar S.A. o bloqueio provisório do serviço, sob pena de multa diária de R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais).

Às f. 149/152, o Movimento das Donas de Casa e Consumidores de Minas Gerais requereu seu ingresso no feito como litisconsorte ativo. O Juízo o admitiu, na qualidade de assistente adesivo (f. 302).

A sentença julgou procedente o pedido, para determinar à Telemar a extinção do serviço Disque Amizade (f. 389/398), tendo sido rejeitados os respectivos embargos declaratórios (f. 409).

O TJMG negou provimento à apelação, em acórdão assim ementado:

> Extinção do serviço 'Disque Amizade'. Ação civil pública. ECA. Tutela dos interesses de crianças e adolescentes. Sentença de procedência. Recurso não provido.

Decidiu a Corte de Justiça mineira que o serviço Disque Amizade "representa uma afronta aos direitos da criança e do adolescente" e que "restou constatado que, na realidade, as conversas mantidas pelos usuários, muitos deles menores, são, com frequência sobre [...] assuntos impróprios para o desenvolvimento saudável das crianças e dos adolescentes" (f. 599/606).

Foi, então, interposto o presente recurso especial, em que se alega a violação dos arts. 211 do ECA e 5º, § 6º, da Lei n. 7.347/1985, por não ter sido concedido ao recorrente o direito de firmar o compromisso de ajustamento de conduta previsto nos citados diplomas legais.

Destaca o recorrente que propôs ao Ministério Público Estadual, logo no início do processo, a assinatura de termo de ajustamento de conduta, o qual fora rechaçado sem que o MP apresentasse as devidas exigências para sua viabilização (f. 609/624).

Sustenta que:

> Inquestionável, pois, que, desde que observados os requisitos legais, o 'Termo de Ajustamento de Conduta', eliminando-se a possibilidade de lesão aos direitos tutelados, haverá, obrigatoriamente, de ser celebrado pelo Ministério Público, sendo, em seguida, levado à homologação judicial.

Houve contrarrazões do *Parquet*, às f. 650/654, pela inadmissibilidade do especial, nos seguintes termos: "a utilização desse instrumento de solução rápida do conflito

envolve juízo de conveniência e oportunidade [...] Se não houver consenso, fica prejudicada sua celebração".

O juízo de admissibilidade foi negativo na origem (f. 661/663). Nos autos do Ag 482.478/MG, o eminente Ministro Aldir Passarinho Junior determinou a subida do recurso ao STJ (f. 678).

O Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento e improvimento do recurso (f. 684/687).

É o relatório.

Voto

O EXMO. SR. MINISTRO ANTONIO CARLOS FERREIRA (Relator): A controvérsia dos autos restringe-se a um único ponto: teria o recorrente o direito subjetivo de firmar o compromisso de ajustamento de conduta previsto no ECA e na Lei n. 7.347/1985 (Lei da Ação Civil Pública - LACP) ou dispõe o Ministério Público da faculdade de não assiná-lo sem sequer discutir suas cláusulas?

Para o recorrente, deveria o Ministério Público, caso não concordasse com o conteúdo do termo de ajustamento de conduta proposto, ter apresentado suas exigências para que fosse viabilizado o acordo.

O recurso não merece prosperar.

Com efeito, não se pode obrigar o Órgão Ministerial a aceitar uma proposta de acordo - ou mesmo exigir que ele apresente contrapropostas tantas vezes quantas necessárias - para que as partes possam compor seus interesses, sobretudo em situações como a presente, em que as posições eram absolutamente antagônicas e discutidas por meio de ação civil pública.

Dispõem tanto o art. 5º, § 6º, da LACP quanto o art. 211 do ECA que os órgãos públicos legitimados para a propositura da ação civil pública "poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais".

Até a interpretação gramatical dos dispositivos tidos por violados vai de encontro à pretensão da recorrente, pois eles prescrevem a mera possibilidade de ser firmado o compromisso de ajustamento de conduta.

Nem poderia ser diferente, pois, do mesmo modo que o MP não pode obrigar qualquer pessoa física ou jurídica a assinar um termo de cessação de conduta, não pode o *Parquet* ser obrigado a aceitar proposta apresentada pelo particular.

Segundo o magistério de Geisa de Assis Rodrigues:

> O ajuste de conduta é um instituto estabelecido em favor dos direitos transindividuais, ou seja, não é finalidade da norma favorecer o violador do direito. De conseguinte, não foi a regra concebida para assegurar um eventual direito do transgressor da norma, no sentido de poder em determinadas situações ensejar seu descumprimento" (CHAVES, Cristiano; ALVES, Leonardo B. Moreira; ROSENVALD, Nelson (Coords.). *Temas Atuais do Ministério Público* - A Atuação do *Parquet* nos 20 anos da Constituição Federal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010).

O compromisso de ajustamento é um acordo semelhante ao instituto da conciliação e, como tal, depende da convergência de vontades entre as partes. Não concordando qualquer das partes com o teor da proposta, o caminho possível e adequado é a propositura ou a continuidade da ação judicial cabível.

Hugo Nigro Mazzilli vai além, ao entender que o Ministério Público pode opor-se até mesmo a eventual ajustamento de conduta firmado entre qualquer outro legitimado para a ação civil pública e o particular:

> Mesmo agindo como órgão interveniente, pode opor-se à transigência, que atinge diretamente o próprio interesse material em litígio. Admitir o contrário seria maneira de burlar a lei: poder-se-ia forjar uma desistência indireta, de efeitos muito mais gravosos, porém (*Regime Jurídico do Ministério Público*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2007).

Pelo argumento lógico, quem pode o mais, pode o menos. Se ao MP é permitido inclusive vetar eventual ajustamento de conduta firmado por outro legitimado para a propositura de ação civil pública, não há como negar-lhe o direito de não aceitar a proposta ofertada pelo particular quando for ele - MP - o próprio autor da ação, especialmente, destaque-se, quando atua como garantidor dos direitos fundamentais infantojuvenis, como ocorre na espécie.

O tema já foi apreciado por este STJ, conforme se verifica do seguinte precedente:

> Processual civil e administrativo. CPC, art. 535. Violação não caracterizada. Ação civil pública. Defesa do patrimônio histórico. Imóvel tombado. Conservação e reparo. Responsabilidade. Proprietário. Litisconsórcio necessário com o causador do dano. Inexistência. Termo de ajustamento de conduta. Ausência de imposição legal. [...] 4. O ordenamento jurídico brasileiro não confere ao Termo de Ajustamento de Conduta caráter obrigatório, a ponto de exigir que o Ministério Público o proponha antes do ajuizamento da ação civil pública, em que pese a notória efetividade de tal instrumento. Ademais, julgada a ação há mais de quatro anos, não é razoável extingui-la sob a alegada ausência de prévio esgotamento, pelo *Parquet*, das medidas disponíveis na via administrativa. 5. Recurso especial não provido (REsp n. 895.443/RJ - Relatora: Ministra Eliana Calmon - Segunda Turma - julgado em 20.11.2008 - *DJ* de 17.12.2008).

Diante do exposto, nego provimento ao recurso.

É como voto.

Certidão

Certifico que a egrégia Quarta Turma, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Quarta Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Senhor Ministro Relator".

Os Srs. Ministros Luis Felipe Salomão, Raul Araújo e Maria Isabel Gallotti votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Marco Buzzi.

Brasília, 17 de maio de 2012. *Teresa Helena da Rocha Basevi* - Secretária.

(Publicado no *DJe* de 23.05.2012.)

...

Recurso especial - Civil e processual civil - Ação de prestação de contas - Contrato de mandato - Morte do mandante - Legitimidade dos herdeiros

1. Esta Corte já decidiu que o dever de prestar contas não se transmite aos herdeiros do mandatário, devido ao caráter personalíssimo do contrato de mandato (cf. REsp 1.055.819/SP, Rel. Ministro Massami Uyeda, Terceira Turma, *DJe* de 07.04.2010).

2. Essa orientação, porém, não pode ser estendida à hipótese de morte do mandante, porque as circunstâncias que impedem a transmissibilidade do dever de prestar contas aos herdeiros do mandatário não se verificam na hipótese inversa, relativa ao direito de os herdeiros do mandante exigirem a prestação de contas do mandatário.

3. Legitimidade dos herdeiros do mandante para ajuizarem ação de prestação de contas em desfavor do mandatário do *de cujus*. Doutrina sobre o tema.

4. Recurso especial provido.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.122.589 - MG (2009/0025242-8) - Relator: MINISTRO PAULO DE TARSO SANSEVERINO

Recorrentes: Moisés Caplum Bekerman e outro. Advogados: Natália Cristina Chaves e outro(s). Recorridos: Sima Bekerman Charnizon e outro. Advogado: Celso Pacheco.

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, em dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Ricardo Villas Bôas Cueva, Nancy Andrighi, Massami Uyeda e Sidnei Beneti votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 10 de abril 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 especial interposto por Moisés Caplum Bekerman e outro contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, assim ementado:

> Processual civil. Apelação cível. Ação de prestação de contas. Mandatários da avó dos apelantes. Venda de bens enquanto ainda vivia a mandante. Inexistência da obrigação de prestar contas aos herdeiros. Ilegitimidades ativa e passiva. Ausência de interesse processual. Carência da ação. Extinção. Art. 267, VI, CPC. - Os mandatários não estão obrigados a prestar contas aos herdeiros da mandante se, quando da alienação de seus bens, ainda se encontrava viva a representada. - Restando configurada, portanto, a não obrigatoriedade de os mandatários prestarem contas aos herdeiros, bem como a ilegitimidade destes últimos para requerê-las, trata-se de carência da ação, devendo o processo ser extinto sem julgamento do mérito, nos termos do art. 267, VI, do Código de Processo Civil (f. 286).

No recurso especial, interposto com fundamento na alínea *a* do permissivo constitucional, os recorrentes apontaram violação aos arts. 668 e 1.784 do Código Civil, sob o argumento de que os herdeiros do mandante teriam direito de exigir prestação de contas do mandatário do *de cujus*.

Sem contrarrazões.

É o relatório.

Voto

O EXMO. SR. MINISTRO PAULO DE TARSO SANSEVERINO (Relator) - Eminentes colegas, o recurso especial merece provimento.

A controvérsia diz respeito à possibilidade de os herdeiros do falecido mandante exigirem prestação de contas do mandatário constituído pelo *de cujus*.

O dever de prestar contas no contrato de mandato está previsto no art. 668 do Código Civil nos seguintes termos, *litteris*:

> Art. 668. O mandatário é obrigado a dar contas de sua gerência ao mandante, transferindo-lhe as vantagens provenientes do mandato, por qualquer título que seja.

Porém, esse contrato, por ser personalíssimo, extingue-se com a morte de alguma das partes, conforme se verifica no seguinte dispositivo:

> Art. 682. Cessa o mandato:
> [...]
> II - pela morte ou interdição de uma das partes; [...].

Daí a controvérsia acerca da subsistência, ou não, do dever de prestar contas após a morte de alguma das partes.

Relativamente à hipótese de morte do mandatário, esta Turma já teve oportunidade de afirmar que o espólio do mandatário não está obrigado a prestar contas ao mandante.

Eis a ementa do acórdão:

> Recurso especial. Ação de prestação de contas. Morte do mandatário. Transmissão da obrigação ao espólio.

> Inviabilidade. Ação de cunho personalíssimo. Extinção da ação sem o julgamento do mérito. Manutenção. Necessidade. Arts. 1.323 e 1.324 do CC/1916. Ausência de prequestionamento. Incidência do Enunciado n. 211 da Súmula/STJ. Recurso especial improvido. I - O mandato é contrato personalíssimo por excelência, tendo como uma das causas extintivas, nos termos do art. 682, II, do Código Civil de 2002, a morte do mandatário. II - Sendo o dever de prestar contas uma das obrigações do mandatário perante o mandante e tendo em vista a natureza personalíssima do contrato de mandato, por consectário lógico, a obrigação de prestar contas também tem natureza personalíssima. III - Desse modo, somente é legitimada passiva na ação de prestação de contas a pessoa a quem incumbia tal encargo, por lei ou contrato, sendo tal obrigação intransmissível ao espólio do mandatário, que constitui, na verdade, uma ficção jurídica. IV - Considerando-se, ainda, o fato de já ter sido homologada a partilha no inventário em favor dos herdeiros, impõe-se a manutenção da sentença que julgou extinto o feito sem resolução do mérito, por ilegitimidade passiva, ressalvada à recorrente a pretensão de direito material perante as vias ordinárias. V - As matérias relativas aos arts. 1.323 e 1.324 do Código Civil, de 1916, não foram objeto de prequestionamento, incidindo, na espécie, o teor do Enunciado n. 211 da Súmula/STJ. VI - Recurso especial improvido (REsp 1.055.819/SP - Relator: Ministro Massami Uyeda - Terceira Turma - *DJe* de 07.04.2010).

O Relator desse acórdão consignou em seu voto que a intransmissibilidade do dever de prestar contas "fundamenta-se na impossibilidade de obrigar-se terceiros a prestarem contas relativas a atos de gestão, dos quais não fizeram parte".

Efetivamente, não é possível presumir que os herdeiros tenham participado da execução do contrato de mandato ou que tenham tomado ciência dos atos praticados pelo *de cujus*, inviabilizando o reconhecimento de sua obrigação de prestar contas, sendo justificável, pois, dispensá-los desse dever.

Porém, na situação inversa, em que se questiona o direito de os herdeiros exigirem a prestação de contas do mandatário, não se vislumbra nenhum óbice ou circunstância fática que impossibilite o exercício desse direito.

No plano jurídico, poder-se-ia argumentar que a extinção do contrato pela morte do mandante extinguiria também a obrigação de prestar contas, entendimento trilhado pelo Tribunal *a quo* (cf. f. 286).

O dever de prestação de contas, porém, decorre diretamente da lei, não havendo qualquer vinculação à vigência do contrato.

Por isso, no caso de mandato para a alienação de imóvel (hipótese dos autos), o prazo prescricional da ação de prestação de contas somente se deflagra após a realização de seu objeto, conforme entendimento desta Corte, assim sintetizado em sua ementa:

> Processual civil. Civil. Recurso especial. Dissídio jurisprudencial. Comprovação. Acórdão recorrido. Fundamento inatacado. Reexame fático-probatório. Fundamentação insuficiente. Erro. Julgamento antecipado da lide. Saneamento do processo. Ação de prestação de contas. Mandato. Alienação de bem imóvel. Prescrição. - A prescrição da pretensão do mandante de exigir as contas do mandatário, para quem foram outorgados poderes específicos de alienar bem imóvel, somente começa a correr em momento ulterior à referida alienação. - Recurso especial não conhecido (REsp 474.983/RJ - Relatora: Ministra Nancy Andrighi - Terceira Turma - *DJ* de 04.08.2003).

Ora, se a prescrição somente começa a fluir após a extinção do mandato, é porque a obrigação de prestação de contas subsiste após o término da relação contratual.

Outro argumento encampado pelo Tribunal de origem foi o de que os herdeiros não possuiriam vínculo negocial com o mandatário (cf. f. 292), não podendo, pois, exigir prestação de contas.

Porém, não se pode olvidar que, pelo *droit de saisine* (art. 1.784 do Código Civil), os herdeiros ficam automaticamente investidos na titularidade de todo o acervo patrimonial do *de cujus*, no qual se inclui eventual crédito do falecido mandante contra o seu mandatário.

Portanto, o vínculo jurídico que se reputou inexistente, na verdade, surgira na data da abertura da sucessão, ou seja, no momento da morte da mandante.

Em sede doutrinária, a transmissibilidade do direito de exigir contas do mandatário é defendida por autores de escol, confira-se:

> Embora o exercício do mandato, por ser essencialmente *intuitu personae*, seja intransmissível, *causa mortis*, a obrigação de prestar contas transmite-se aos seus herdeiros e demais sucessores, assim como também são transferidos o direito de exigir a prestação de contas e o direito de obter as vantagens decorrentes do mandato. Tal entendimento assegura efetividade à prestação de contas. (TEPEDINO, Gustavo. *Comentários ao novo Código Civil*, v. X: das várias espécies de contrato, do mandato, da comissão, da agência e distribuição, da corretagem, do transporte. Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 116).

> O dever e a obrigação de prestar contas transmite-se aos herdeiros e demais sucessores do mandatário. O direito e a pretensão, aos herdeiros e sucessores do mandante. O fato de haver conta em banco, de que o mandante retire, por meio de cheques, ou por outro meio, o que foi depositado, não é quitação, nem aprovação dos atos do mandatário, mesmo se o mandatário faleceu [...] (MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. atualizada por Vilson Rodrigues, tomo XLIII).

Dessarte, com base nos fundamentos acima delineados, conclui-se que o direito de exigir prestação de contas do mandatário transmite-se aos herdeiros do mandante, sendo de rigor o acolhimento da pretensão recursal para afastar a extinção do processo, decretada nas instâncias ordinárias.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso especial para, afastadas as preliminares de ilegitimidade e de ausência de interesse recursal, determinar o retorno dos autos ao juízo de origem para o regular processamento da ação de prestação de contas.

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 especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Ricardo Villas Bôas Cueva, Nancy Andrighi, Massami Uyeda e Sidnei Beneti votaram com o Sr. Ministro Relator".

Brasília, 10 de abril de 2012. - *Maria Auxiliadora Ramalho da Rocha* - Secretária.

(Publicado no *DJe* de 19.04.2012.)

...

Habeas corpus - Emissão de cheque sem provisão de fundos (art. 171, *caput*, do Código Penal) - Dolo de obter vantagem ilícita demonstrado - Condenação transitada em julgado - Atipicidade da conduta - Reconhecimento - Impossibilidade - Reexame de matéria fático-probatória - Substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos - Descabimento - Circunstâncias judiciais desfavoráveis - *Habeas corpus* denegado

1. Inaplicável o entendimento do Superior Tribunal de Justiça sobre a inexistência de estelionato quando o cheque é emitido como forma de garantia de dívida, quando as instâncias ordinárias, soberanas na análise de matéria fático-probatória, consideram demonstrada a intenção de induzir a vítima em erro para obter vantagem ilícita, enquadrando a conduta no art. 171, *caput*, do Código Penal. Precedentes.

2. Sendo valoradas negativamente algumas das circunstâncias judiciais do caso concreto, mormente os maus antecedentes do réu, a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos não se mostra recomendável, à luz do disposto no art. 44, inciso III, do Código Penal.

3. *Habeas corpus* denegado.

HABEAS CORPUS Nº 169.305-MG (2010/0068188-1) - Relatora: MINISTRA LAURITA VAZ

Impetrantes: Ércio Quaresma Firpe e outro. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Paciente: Marcelo Bastos Paula. Advogados: Eduardo de Vilhena Toledo e outro.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, denegar a ordem. Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze e Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJRJ) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Gilson Dipp.

Brasília (DF), 15 de maio de 2012 (data do julgamento). - *Ministra Laurita Vaz* - Relatora.

Relatório

A EXM.ª SR.ª MINISTRA LAURITA VAZ - Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de Marcelo Bastos Paula, condenado à pena de 02 anos de reclusão, em regime aberto, como incurso no art. 171, *caput*, do Código Penal, em face de acórdão proferido, em sede de apelação, pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, assim ementado:

> Estelionato. Cheque pré-datado. Prejuízo da vítima. Ilícito civil. Impossibilidade. O artifício utilizado pelo estelionatário para manter a vítima em erro e obter a vantagem ilícita é o quanto basta para configuração do estelionato. Se o agente atua com dolo, ludibriando a vítima para conseguir vantagem ilícita, é certo que se trata de estelionato e não puro ilícito civil, como quer a defesa. O cheque pré-datado apenas não se presta à configuração do delito de estelionato na sua modalidade descrita no art. 171, § 2°, inc. VI, do CP, contudo é apto a qualificar o delito previsto no *caput* do citado artigo. Apelo desprovido (f. 36).

Defende o impetrante, de início, a "atipicidade da conduta imputada ao paciente, de vez que o cheque pré-datado dado para garantia de dívida não caracteriza o delito de estelionato" (f. 04).

De outra banda, aduz constrangimento ilegal porque "a mera existência de maus antecedentes" (f. 04) não impede a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito, nos termos do art. 44 do Código Penal.

Busca, assim, liminarmente, sejam suspensos os efeitos da condenação. No mérito, requer a cassação do decreto condenatório ou a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito ou *sursis*.

O pedido liminar foi indeferido, nos termos da decisão de f. 51.

As judiciosas informações foram prestadas às f. 72/83, com a juntada de peças processuais pertinentes à instrução do feito.

O Ministério Público Federal manifestou-se às f. 85/87, opinando pela denegação da ordem.

É o relatório.

Voto

A EXM.ª SR.ª MINISTRA LAURITA VAZ (Relatora) - Narram os autos que o paciente, então candidato a

prefeito de Oliveira/MG, foi condenado nas sanções do art. 171, *caput*, do Código Penal, porque, embora soubesse que a conta bancária nº 6.767-9 não possuía fundos, emitiu cheque para pagamento de despesa da campanha, pré-datando-o para o dia 11 de dezembro 2000. Consta, ainda, que recebeu de "troco" o cheque nº 000.427, do Banco Credioliva, no valor de R$ 300,00. Com essa cártula, quitou outro débito no posto de gasolina Curral de Minas. Apurou-se que a conta bancária do réu não tinha saldo no momento da emissão do cheque nem na ocasião do desconto.

O Juízo de Direito da Comarca de Oliveira/MG fixou a pena definitiva do paciente em 02 anos de reclusão, em regime aberto, sendo-lhe negado o benefício da substituição da privativa de liberdade.

A Corte de Justiça mineira, ao desprover o apelo defensivo, manteve a sentença condenatória com a seguinte fundamentação:

> Analisei detidamente as razões apresentadas pela defesa, comparando-as com a r. decisão ora hostilizada, e não vejo como acatar a pretensão absolutória do apelante.
> Num primeiro momento, poder-se-ia dizer que a hipótese dos autos retrata tão-somente um ilícito civil, cuja sede própria seria a seara executiva.
> Porém, analisando detidamente o conjunto probatório, tenho que as elementares constitutivas do delito de estelionato se fizeram presentes na ação do recorrente, não podendo sua conduta passar às margens do Direito Penal.
> A materialidade do delito está comprovada pela representação à f. 16, cópia do cheque à f. 21, original à f. 20, além dos depoimentos da vítima e testemunhas.
> O réu Marcelo Bastos de Paula confirma ter emitido o cheque para pagamento de dívida, contudo alega que tal cártula não pode ser descontada, pois receitas prometidas durante a campanha política não foram depositadas em sua conta.
> Assim, afirmou o réu, na fase policial:
> '[...] que confirma o preenchimento e o espécime de assinatura, contidos no cheque apresentado pela vítima, conforme exibido para o declarante em f. 07 dos autos, esclarecendo que partiram de seu próprio punho escritor; que, na data da emissão do título em questão, o declarante era candidato a prefeito pela Coligação 'Acorda e Avança Oliveira'; que, quando das campanhas políticas, várias pessoas e empresas doaram quantias para fazer frente às despesas, esclarecendo o declarante que havia ainda uma previsão de entrada de outras quantias em épocas oportunas; que, assim sendo, realizou despesas referentes à campanha, entretanto, com cheques na modalidade 'pré-datados', aguardando o declarante a entrada de outras receitas prometidas; que o declarante não foi eleito, tendo ficado algumas despesas a serem quitadas; que a quitação das despesas restantes ocorreriam tão logo entrasse dinheiro, coisa que não aconteceu, ficando assim o declarante em situação desconfortável para quitar as despesas restantes' (f. 34/35).
> Afirma ainda que já se encontra em situação mais equilibrada e pretende quitar a dívida com a vítima Raimundo Nonato da Silva (f. 34/35). Porém, quando procurado por Raimundo, prometeu que o reembolsaria oportunamente e, até a data do depoimento desta na delegacia, em 10.10.2002, frise-se, mais de 02 (dois) anos após a emissão do cheque, tal pagamento ainda não havia ocorrido (f. 43/44).
> Por outro lado, o cheque recebido de 'troco' pelo réu foi repassado imediatamente para o pagamento de outra dívida, causando ainda mais prejuízo à vítima, pois esta foi executada, tendo que arcar com a quantia de R$ 300,00 (trezentos reais).
> Assim afirmou a vítima em sede policial:
> '[...] Marcelo compareceu à oficina do declarante para 'fazer o acerto', dando em pagamento aos serviços prestados pelo declarante um cheque no valor de R$ 565,30 (quinhentos e sessenta e cinco reais e trinta centavos), da 'Coligação Acorda e Avança Oliveira'; que, como os serviços prestados pelo declarante ficaram em apenas R$ 265,00 (duzentos e sessenta e cinco reais), o declarante, como troco, entregou para Marcelo um cheque de sua titularidade (do declarante), no valor de R$ 300,00 (trezentos reais), cheque de número 000427, cuja cópia o declarante apresenta nesta oportunidade [...]; que, posteriormente, fez contatos com Marcelo; no entanto, este se esquivou de todas as formas, dizendo que ainda ia procurar o declarante para fazer o acerto; que, na realidade, o declarante não recebeu pelos serviços prestados a Marcelo, bem como ainda obteve um prejuízo no valor de R$ 300,00 (trezentos reais), referente ao troco, haja vista que Marcelo deu o cheque de titularidade do declarante em pagamento de combustível no 'Posto Curral de Minas', tendo o frentista do citado estabelecimento, posteriormente, ajuizado uma ação contra o declarante, uma vez que este havia sustado o pagamento do cheque no valor de R$ 300,00 (trezentos reais) tão logo obteve a notícia de que a conta corrente da mencionada coligação partidária estava encerrada (f. 17/18).
> Também na fase administrativa, a testemunha Elias Machado de Jesus Silva, frentista do posto de gasolina Curral de Minas, confirma ter sido ressarcido por Raimundo:
> 'Que o cheque apresentado ao sacado foi devolvido por estar com o pagamento sustado; que a firma para qual trabalhava (Autoposto Curral de Minas) devolveu o cheque para o depoente, tendo este, por sua vez, protestado o título, tendo sido ressarcido pelo Sr. Raimundo Nonato da Silva, salientando que também procurou Marcelo Bastos de Paula para receber o valor equivalente ao cheque; no entanto, não obteve êxito, razão pela qual obteve o protesto' (f. 42).
> Note-se, de acordo com os extratos bancários juntados (f. 56/61), que não havia saldo suficiente em sua conta no dia em que emitiu o cheque nem no prazo avençado, ou seja, na data da emissão da cártula (11.08.2000), o saldo de sua conta era de R$ 10,86 (dez reais e oitenta e seis centavos); já no dia em que se aprazou o desconto do título (11.09.2000), o saldo era de R$ 57,84 (cinquenta e sete reais e oitenta e quatro centavos).
> Ainda, pelos extratos bancários, constata-se que, no período de 1º.08.2000 até 03.10.2000, 20 (vinte) cártulas foram devolvidas pelo banco sacado por insuficiência de fundos, o que demonstra a má-fé do réu e sua intenção de obter para si vantagem ilícita em prejuízo alheio.
> Percebe-se que o agente agiu com dolo, ludibriando a vítima para conseguir vantagem ilícita, sendo certo que se trata de estelionato, e não de puro ilícito civil, como quer a defesa.
> Portanto, verificada a obtenção da vantagem ilícita, em prejuízo da vítima, induzida a erro por artifício, ardil ou fraude, os fatos se subsumem no tipo penal descrito no art. 171, *caput*, do CP, isto é, estelionato consumado.
> A propósito:
> 'Demonstrado, à saciedade, o dolo preordenado da apelante, meio apto a lograr o induzimento da vítima em erro, obtendo a vantagem ilícita, daí por que não ser possível cogitarmos de mero ilícito cível, como quer a apelante. Recurso negado'.

> Ementa parcial (TAMG, Apelação Criminal nº 303.227-9, 2ª Câmara Criminal, Relator Juiz Erony da Silva, j. em 21.08.2001).
> Assim, o cheque pré-datado apenas não se presta à configuração do delito de estelionato na sua modalidade descrita no art. 171, § 2º, inc. VI, do CP, contudo é apto a qualificar o crime previsto no *caput* do citado artigo (f. 38/42)

Da simples leitura do acórdão impugnado se vê que é inaplicável o entendimento do Superior Tribunal de Justiça sobre a inexistência de estelionato quando o cheque é emitido como forma de garantia de dívida.

No caso, o paciente emitiu um cheque que não possuía provisão de fundos no dia em que foi emitido nem no prazo avençado para o seu pagamento, que foi trocado por outra cártula da vítima, de menor valor, que foi utilizada para pagamento de dívida em outro estabelecimento comercial.

Tais fatos, consoante entendimento das instâncias ordinárias, soberanas na análise de matéria fático-probatória, demonstram a intenção do paciente de induzir a vítima em erro para obter vantagem ilícita. Por isso, o enquadramento da conduta no art. 171, *caput*, do Código Penal.

Desse modo, para se reconhecer a atipicidade da conduta do paciente, por ausência de dolo de obter vantagem ilícita, mormente após sentença condenatória, confirmada em sede de apelação e transitada em julgado, seria indispensável o reexame do conjunto fático-probatório dos autos, incabível na estreita via do *habeas corpus*.

No mesmo sentido, os seguintes precedentes:

> Emissão de cheque pré-datado. Apontada inidoneidade para configurar o crime de estelionato. Aventada atipicidade da conduta imputada ao paciente. Pagamento da cártula que teria sido frustrado em face de sustação fraudulenta, e não por insuficiência de fundos. Necessidade de revolvimento aprofundado de matéria fático-probatória para a alteração de tal entendimento. Impossibilidade na via estreita do *mandamus*. Constrangimento ilegal não evidenciado. Denegação da ordem.
> 1. Não se desconhece o entendimento doutrinário e jurisprudencial no sentido de que a frustração de pagamento de cheque pós-datado, que não é dado como ordem de pagamento à vista, constituindo garantia de dívida, não configura o crime de estelionato.
> 2. Contudo, este Superior Tribunal de Justiça já decidiu que 'a frustração no pagamento de cheque pós-datado, a depender do caso concreto, pode consubstanciar infração ao preceito proibitivo do art. 171, *caput*, desde que demonstrada na denúncia, e pelos elementos de cognição que a acompanham, a intenção deliberada de obtenção de vantagem ilícita por meio ardil ou o artifício' (*HC* 121.628/SC, Rel. Ministro Og Fernandes, Sexta Turma, julgado em 09.03.2010, *DJe* 29.03.2010).
> 3. Há na hipótese dos autos peculiaridade que impede o reconhecimento, de plano, da atipicidade da conduta atribuída ao paciente, já que o pagamento do cheque por ele emitido deixou de ser efetivado não por insuficiência de fundos, mas sim porque teria sido sustado em razão de notícia de furto não comprovada.
> 4. Para alterar tal entendimento, considerando-se atípica a conduta para a absolvição do paciente pelo crime previsto no art. 171, § 2º, inciso VI, do Código Penal, afastando-se a conclusão de que o cheque por ele emitido configuraria meio fraudulento apto à prática do ilícito em exame, seria necessário revolver matéria fático-probatória, o que não é admitido na via eleita.
> 5. Ordem denegada (*HC* 167.741/MG, 5ª Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, *DJe* de 28.10.2011).

> *Habeas corpus*. Estelionato. Emissão de cheques sem fundos e encerramento da conta bancária. Condutas descritas na denúncia que sugerem a existência de fraude. Art. 171, *caput*, do Código Penal. Trancamento de ação penal. Falta de justa causa não configurada. Ordem denegada.
> 1. Na hipótese, o denunciado, durante um curto período de tempo (entre os dias 28.03.1995 e 08.04.1995), emitiu cinco cheques (quatro pós-datados e um como ordem de pagamento à vista), em estabelecimentos comerciais diversos, evadindo-se da cidade antes que eles fossem apresentados à cobrança, oportunidade em que todos foram devolvidos por insuficiência de fundos e por se encontrar a conta encerrada.
> 2. A denúncia encontra-se escorreita quanto à tipificação delitiva, haja vista que enquadrou as condutas do paciente no *caput* do art. 171 do Código Penal, pois é certo que a emissão de cheques pós-datados, e não como ordem de pagamento à vista, exclui a conduta específica descrita no inciso VI do § 2º do art. 171 do Estatuto Repressivo (fraude no pagamento por meio de cheque), porém não afasta a fraude prevista no estelionato em sua forma fundamental.
> 3. Não há como reconhecer na hipótese a insignificância da conduta, seja porque o valor do prejuízo não se enquadra no conceito de ínfimo ou irrisório, seja porque as condutas apresentam um elo de continuidade (art. 71 do Código Penal).
> 4. Satisfazendo a peça acusatória os requisitos do art. 41 do Código de Processo Penal, a elucidação dos fatos, em tese delituosos, descritos na vestibular acusatória depende da regular instrução criminal, com o contraditório e a ampla defesa, uma vez que o trancamento da ação penal pela via do *habeas corpus* somente é possível quando verificadas, de plano, a atipicidade da conduta, a extinção da punibilidade ou a ausência de mínimos indícios de autoria e prova da materialidade.
> 5. Ordem denegada (*HC* 57.502/RS, 5ª Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, *DJ* de 23.10.2006).

De outro lado, o Juízo de Direito da Comarca de Oliveira/MG fixou a pena definitiva do paciente em 02 anos de reclusão, em regime aberto, sendo-lhe negado o benefício da substituição da privativa de liberdade, com a seguinte fundamentação:

> [...] considerando que vem para os autos com maus antecedentes, embora tecnicamente primário; considerando que teve culpabilidade acentuada, posto que agiu com dolo intenso, visando à obtenção de lucro fácil; considerando que evidencia personalidade sem vínculo com o trabalho honesto; considerando que a vítima arcou com grave prejuízo, em seu próprio trabalho; fixo a pena-base, nos termos do art. 171, *caput*, do Código Penal, em dois anos de reclusão; pena que torno concreta e definitiva, à falta de outros fatores que a modifiquem. O réu cumprirá a pena, inicialmente, em regime aberto, podendo recorrer em liberdade. Expeça-se o mandado de prisão, com o trânsito em julgado (f. 30).

Segundo as disposições do art. 44 do Código Penal, com a nova redação que lhe foi conferida pela Lei nº 9.714/98, somente poderá ser deferida a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos se o condenado não for reincidente, e a culpabilidade, a conduta social, a personalidade, os motivos e as circunstâncias do crime indicarem ser necessária e suficiente a medida.

As instâncias ordinárias, ao individualizar a reprimenda penal, reconheceram a presença de circunstâncias judiciais desfavoráveis ao condenado, mormente a presença de maus antecedentes, o que, à luz do disposto no art. 44, inciso III, do Código Penal, obsta a concessão do benefício.

No mesmo sentido:

> *Habeas corpus*. Apropriação indébita qualificada. Condenação. Pena-base fixada acima do mínimo legal. Circunstâncias judiciais desfavoráveis. Culpabilidade e consequências. Fundamentação concreta. Personalidade. Processo em curso. Ilegalidade. Regime prisional mais gravoso. substituição negada. Possibilidade. Trânsito em julgado. Pedido prejudicado. Ordem parcialmente concedida.
> [...].
> 4. Embora a reprimenda aplicada seja inferior a 4 (quatro) anos de reclusão, existindo circunstâncias judiciais desfavoráveis, que levaram à fixação da pena-base acima do mínimo legal, fica justificada a imposição de regime prisional mais severo, a teor do art. 33, § 3º, do Código Penal, e a negativa da substituição da pena, nos exatos termos do art. 44, III, do mesmo diploma legal.
> [...] (*HC* 83.569/SP, 6ª Turma, Rel.ª Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, *DJe* de 12.04.2010).

> *Habeas corpus*. Receptação qualificada. Incidente da execução não enfrentado pelo Tribunal de origem. Supressão de instância. Desclassificação e inocência. Dilação probatória. Inadequação da via eleita. Depoimento de policiais. Meio probatório válido. Esgotamento das instâncias ordinárias. Execução provisória da pena. Exasperação da pena-base, regime prisional mais gravoso e indeferimento da substituição da pena com base em circunstâncias judiciais desfavoráveis. Possibilidade. Ordem parcialmente conhecida e, nessa extensão, denegada.
> [...] 5. *A culpabilidade acentuada e a personalidade voltada à prática delituosa constituem fundamentação idônea para justificar a exasperação da pena-base, a fixação de regime prisional mais gravoso do que o previsto pela cominada in concreto e o indeferimento da substituição da pena. Aplicação dos arts. 33, § 3º, 44, inciso III, e 59, todos do Código Penal.*
> 6. Ordem parcialmente conhecida e, nessa extensão, denegada (*HC* 95.314/SP, 5ª Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, *DJ* de 02.06.2008 - grifei).

Ressalte-se que a fixação da pena-base acima do mínimo legal já foi impugnada nos autos do *HC* nº 172201/MG, no qual consignei que, não obstante a constatação de impropriedades na individualização da pena, vislumbra-se a existência de algumas circunstâncias judiciais desfavoráveis, o que determinou a devolução dos autos à origem com a finalidade de, nos termos do art. 93, inciso IX, da Constituição Federal, seja fixada a reprimenda proporcional e suficiente à reprovabilidade da conduta do agente.

Ademais, inviável a análise de eventual constrangimento ilegal pelo indevido reconhecimento dos maus antecedentes, uma vez que os autos foram deficientemente instruídos, deles não constando a folha penal do paciente, mesmo após os pedidos de informação ao Juízo monocrático e ao Tribunal apontado como coator.

Ante o exposto, denego a ordem de *habeas corpus*.

É o voto.

Certidão

Certifico que a egrégia Quinta Turma, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, denegou a ordem".

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze e Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJRJ) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Gilson Dipp.

Brasília (DF), 15 de maio de 2012. - *Lauro Rocha Reis* - Secretário.

(Publicado no *DJe* de 23.05.2012).

...

Habeas corpus - Execução penal - Apuração de falta disciplinar grave - Prescrição administrativa - Aplicação do art. 109 do Código Penal - Prazo de três anos - Ordem de *habeas corpus* denegada

1. Diante da inexistência de legislação específica quanto ao prazo prescricional para a aplicação de sanção disciplinar, deve-se utilizar o disposto no art. 109 do Código Penal, levando-se em consideração o menor lapso prescricional previsto, qual seja três anos, para os fatos ocorridos na vigência da Lei nº 12.234/2010, como na espécie. Precedentes desta Corte.

2. Ordem de *habeas corpus* denegada.

HABEAS CORPUS Nº 242.314 - MG (2012/0097661-7) - Relatora: MINISTRA LAURITA VAZ

Impetrante: Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais. Advogada: Maria Elizabeth Vitral Amaro - Defensora Pública. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Paciente: Leonel Felipe dos Santos (preso).

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas

taquigráficas a seguir, por unanimidade, denegar a ordem. Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze e Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJRJ) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Gilson Dipp.

Brasília (DF), 26 de junho de 2012 (data do julgamento). - *Ministra Laurita Vaz* - Relatora.

Relatório

A EXMA. SR.ª MINISTRA LAURITA VAZ - Trata-se de *habeas corpus*, sem pedido de liminar, impetrado em favor de Leonel Felipe dos Santos, em face de acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais.

Narra a impetrante que o paciente cometeu falta grave, no curso da execução. Ocorre que o juiz da execução houve por bem declarar prescrita a apuração das faltas graves, considerando o prazo prescricional de 01 ano.

Diante disso, o Ministério Público interpôs agravo em execução, ao argumento de que o prazo prescricional era bienal.

O Tribunal de origem houve por bem dar provimento ao recurso, entendendo que, inexistindo previsão legal nesse sentido, deveria ser adotado o prazo de 03 anos, menor dentre os previstos no art. 109 do Código Penal.

Alega, nas presentes razões, constrangimento ilegal, ao argumento de que "transcorreu lapso temporal superior a um ano entre a data do fato imputado ao paciente como prática de falta grave e a apreciação judicial desta imputação, operando-se, de fato, a prescrição" (f. 04).

Requer, assim, seja declarada prescrita a prática da falta grave imputada ao paciente.

Indeferida a liminar, foram dispensadas as informações do Tribunal *a quo*.

O Ministério Público Federal manifestou-se às f. 69/71, opinando pela denegação da ordem.

É o relatório.

Voto

A EXMA. SR.ª MINISTRA LAURITA VAZ (Relatora) - Objetiva a ora impetrante o restabelecimento da decisão do Juízo das Execuções Criminais que reconheceu a ocorrência de prescrição administrativa de Processo Administrativo Disciplinar instaurado em decorrência de suposta prática de falta disciplinar de natureza grave pelo ora paciente.

O Juízo das Execuções, ao analisar a petição ofertada pela Defensoria Pública, reconheceu a prescrição administrativa, diante da inexistência de previsão legal expressa, aplicando analogicamente o Decreto de Indulto, que prevê o lapso temporal de 01 ano para fins de concessão da benesse.

O Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais cassou a decisão agravada e afastou a prescrição administrativa. Eis a fundamentação quanto ao tema:

> Afere-se dos autos que atribuída falta grave ao agravado, eis que, em 10.07.2010, teria sido surpreendido de posse de uma porção de substância semelhante a droga, foi esta declarada prescrita, diante do transcurso do prazo prescricional de 1 (um) ano, em analogia ao previsto para a concessão do indulto, haja vista a ausência de previsão sobre o prazo prescricional de falta grave na Lei de Execução Penal.
> Cuidando-se, todavia, a prescrição de matéria de ordem pública e de interesse social, deve ser tratada por meio de lei em sentido estrito, e não de ato normativo infralegal, tomando-se como parâmetro o prazo do decreto de indulto, como na espécie.
> A par da inexistência de legislação específica quanto ao prazo prescricional para a aplicação da sanção disciplinar decorrente da falta grave, certo é que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça vem adotando menor prazo dentre os previstos no art. 109 do Código Penal, entendimento com o qual coaduno.
> [...].
> Assim, considerando que, à data da falta, a Lei nº 12.234, de 5 de maio de 2010, já estava em vigor, é de adotar o prazo prescricional de 3 (três) anos, impondo-se a reforma da decisão primeva (f. 48/57).

Passo à análise do pedido.

Como se sabe, o entendimento pacífico desta Corte Superior de Justiça é no sentido de que, diante da inexistência de legislação específica quanto ao prazo prescricional para a aplicação de sanção disciplinar, deve-se utilizar o disposto no art. 109 do Código Penal, levando-se em consideração o menor lapso prescricional previsto no mencionado dispositivo legal, qual seja três anos, para os fatos ocorridos na vigência da Lei nº 12.234/2010, e dois anos, para os ocorridos anteriormente.

Confiram-se os seguintes precedentes:

> *Habeas corpus*. Execução penal. Posse de entorpecente no interior de estabelecimento prisional. Conduta tipificada como crime doloso. Falta grave. Reconhecimento. Prescrição. Prazo regulado pelo lapso mínimo previsto no art. 109 do Código Penal.
> 1. Segundo preceitua a norma do art. 52 da Lei de Execuções Penais, a prática de fato previsto como crime doloso constitui falta grave.
> 2. Embora o art. 28 da Lei nº 11.343/06 não mais preveja a pena privativa de liberdade para esse delito, o fato continua sendo classificado como crime.
> 3. Na linha da jurisprudência pacífica desta Casa, a prescrição, nos casos de falta disciplinar de natureza grave, ocorre no prazo mínimo previsto no art. 109 do Código Penal.
> 4. Embora atualmente o prazo fixado nessa norma seja de 3 (três) anos - redação dada pela Lei nº 12.234, de 05.05.2010, à época dos fatos o lapso regulador era o de 2 (dois) anos.
> 5. De todo modo, da própria impetração ressai que decorreu período inferior a 1 (um) ano, não havendo falar em prescrição.
> 6. Com efeito, a falta imputada ao paciente teria sido praticada em 23.02.2008, enquanto a sua homologação se deu em 03.10.2008. Assim, inexiste constrangimento ilegal.
> 7. Ordem denegada (*HC* 166.458/SP, Rel. Ministro Og Fernandes, Sexta Turma, julgado em 07.02.2012, *DJe* de 29.02.2012).

Habeas corpus. Execução penal. Prática de falta grave (fuga). Prescrição da pretensão punitiva. Prazo bienal regulado pelo art. 109 do Código Penal. Regressão de regime e perda dos dias remidos. Possibilidade. Reinício do prazo para a obtenção de futuros benefícios. Ausência de previsão legal.

1. *Na linha da jurisprudência pacífica desta Casa, a prescrição, nos casos de falta disciplinar de natureza grave (exemplo: fuga), ocorre em 2 (dois) anos, a teor do que dispõe o art. 109 do Código Penal*.

2. No caso, descabe falar em prescrição, uma vez que, instaurado o Processo Administrativo Disciplinar - PAD em 24.06.08 (data da recaptura do paciente), ele foi concluído em 1º.09.08.

3. O cometimento de falta grave dá azo à regressão de regime prisional e à perda dos dias remidos, com esteio no que preceituam, respectivamente, os arts. 118 e 127 da Lei nº 7.210/84.

4. A partir do julgamento do *Habeas Corpus* nº 123.451/RS, prevalece, na Sexta Turma deste Tribunal, a orientação segundo o qual, por ausência de previsão legal, na hipótese de prática de falta grave não há a interrupção do lapso necessário para nova progressão de regime.

5. Ordem parcialmente concedida, tão somente a fim de que a falta grave não seja considerada como marco interruptivo da contagem dos prazos para obtenção dos benefícios da execução penal (*HC* 137.638/RS - 6ª Turma - Relator: Min. Og Fernandes - *DJe* de 14.12.2009) (Grifou-se).

Portanto, é o caso de se aplicar à espécie a jurisprudência pacífica desta Casa, que, ante a inexistência de legislação específica, entende que a prescrição, nos casos de falta disciplinar de natureza grave, ocorre em dois ou três anos, conforme os fatos tenham ocorrido ou não na vigência da Lei nº 12.234/2010, a teor do que dispõe o art. 109 do Código Penal, contados entre o cometimento da falta e a decisão judicial homologatória do processo disciplinar.

Desse modo, considerando-se a data da falta disciplinar, em 10.07.2010, e a data de conclusão do PAD, em 15.07.2010 (f. 13), não há que se falar em ocorrência de prescrição administrativa.

Ante o exposto, denego a ordem de *habeas corpus*.

É como voto.

Certidão

Certifico que a egrégia Quinta Turma, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, denegou a ordem".

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze e Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJRJ) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Gilson Dipp.

Brasília, 26 de junho de 2012. - *Lauro Rocha Reis* - Secretário.

(Publicado no *DJe* de 1º.08.2012.)

...

Direito constitucional e administrativo - Licitação e contratação pela administração pública municipal - Lei Orgânica do Município de Brumadinho-MG - Vedação de contratação com o município de parentes do prefeito, vice-prefeito, vereadores e ocupantes de cargos em comissão - Constitucionalidade - Competência suplementar dos municípios - Recurso extraordinário provido

- A Constituição Federal outorga à União a competência para editar normas gerais sobre licitação (art. 22, XXVII) e permite, portanto, que Estados e Municípios legislem para complementar as normas gerais e adaptá-las às suas realidades.

- O Supremo Tribunal Federal firmou orientação no sentido de que as normas locais sobre licitação devem observar o art. 37, XXI, da Constituição, assegurando "a igualdade de condições de todos os concorrentes". Precedentes.

- Dentro da permissão constitucional para legislar sobre normas específicas em matéria de licitação, é de se louvar a iniciativa do Município de Brumadinho-MG de tratar, em sua Lei Orgânica, de tema dos mais relevantes em nossa *polis*, que é a moralidade administrativa, princípio-guia de toda a atividade estatal, nos termos do art. 37, *caput*, da Constituição Federal.

- A proibição de contratação com o Município dos parentes, afins ou consanguíneos, do prefeito, do vice-prefeito, dos vereadores e dos ocupantes de cargo em comissão ou função de confiança, bem como dos servidores e empregador públicos municipais, até seis meses após o fim do exercício das respectivas funções, é norma que evidentemente homenageia os princípios da impessoalidade e da moralidade administrativa, prevenindo eventuais lesões ao interesse público e ao patrimônio do Município, sem restringir a competição entre os licitantes.

- Inexistência de ofensa ao princípio da legalidade ou de invasão da competência da União para legislar sobre normas gerais de licitação.

Recurso extraordinário provido.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 423.560 - MG - Relator: MINISTRO JOAQUIM BARBOSA

Recorrente: Câmara Municipal de Brumadinho. Advogado: Luiz Fernando Reis. Recorrido: Partido do Movimento Democrático Brasileiro - PMDB. Advogado: Wenceslau Moreira Magalhães.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Supremo Tribunal Federal, em Segunda Turma, sob a presidência do ministro Ricardo Lewandowski, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em dar provimento ao recurso extraordinário, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 29 de maio de 2012. - *Ministro Joaquim Barbosa* - Relator.

Relatório

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (Relator) - Trata-se de recurso extraordinário (art.102, III, *a*, da Constituição) interposto de acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, que, apreciando representação de inconstitucionalidade ajuizada pelo PMDB, declarou a inconstitucionalidade do art. 36 da Lei Orgânica do Município de Brumadinho, cuja redação é a seguinte:

> Art. 36. O Prefeito, o Vice-Prefeito, os Vereadores, os ocupantes de cargo em comissão ou função de confiança, as pessoas ligadas a qualquer deles por matrimônio ou parentesco, afim ou consanguíneo, até o 2º grau, ou por adoção e os servidores e empregados públicos municipais, não poderão contratar com o Município, subsistindo a proibição até seis meses após findas as respectivas funções.

O acórdão recorrido possui o seguinte teor:

> Parentesco. Contratação com Município. Proibição. É inconstitucional Lei Municipal que imponha restrições a parentes de Prefeito, Vice-Prefeito e Vereadores de contratar com Município, além daquelas previstas nos artigos 22, XVII e 37, XXI da CF, regulamentado pela Lei nº 8.666/93. V.v. ação direta. Lei municipal. Proibição de contratar com agentes políticos e pessoas a estes ligadas por matrimônio ou relações de parentesco e servidores públicos. Preservação do princípio constitucional da moralidade. Representação não acolhida. - Não é de se declarar como incompatível com a Constituição do Estado o dispositivo da Lei Orgânica do Município que estabelece proibição negocial ou contratual do Município com o prefeito, o vice-prefeito, vereadores ocupantes de cargo em comissão ou de função de confiança, as pessoas ligadas a estes por matrimônio ou parentesco, afim ou consanguíneo, até o segundo grau, ou por adoção, e os servidores públicos municipais, haja vista que, além de se tratar de matéria afeta à competência complementar do Município, harmonize-se a regra impugnada com o princípio da moralidade administrativa, de consagração constitucional.

A Câmara Municipal de Brumadinho, em seu recurso extraordinário, sustenta a constitucionalidade do dispositivo atacado, tendo em vista que a lei foi editada "dentro dos limites de sua competência, assegurada pelo art. 30, II da Constituição Federal e art. 171, II,

da Constituição Estadual, norma reguladora, de caráter suplementar, da eficácia restrita aos limites territoriais do Município e aplicável ao Prefeito, ao Vice-Prefeito, aos Vereadores, aos ocupantes de cargo em comissão ou função de confiança, às pessoas ligadas a qualquer deles por matrimônio ou parentesco, afim ou consaguíneo, até o 2º grau, ou por adoção e os servidores e empregados públicos Municipais" (f. 211).

Em outras palavras, a recorrente sustenta que se trata de norma de interesse local, razão por que não há ofensa à competência da União para legislar sobre normas gerais de licitação.

A recorrente alega, assim, que o acórdão recorrido afronta o art.30, II da Constituição Federal.

O Procurador-Geral da República, em parecer de fls. 277-280, manifesta-se pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

Voto

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (Relator) - A Constituição Federal outorga à União a competência para editar normas gerais sobre licitação (art. 22, XXVII) e permite que Estados e Municípios legislem para complementar as normas gerais e adaptá-las ás suas realidades.

Da generalidade da norma às particularidades de cada ente da Federação, pode-se afirmar que a Constituição deixa aberta a porta da discricionariedade existe para preservar um interesse público fundamental: a possibilidade de efetiva, real e isonômica competição. É a busca pela competição que justifica certa liberdade do legislador e do administrador (ADI 3059-MC, Rel. Min. Carlos Britto, *RTJ* 192/163; ADI 3.070, Rel. Min. Eros Grau, *DJ* 19.12.2007)

No julgamento da ADI 3.670, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJ* de 18.05.2007, a Corte retornou esse tema, assentando o seguinte:

> Ementa: Ação direta de inconstitucionalidade: L. Distrital 3.705, de 21.11.2005, que cria restrições a empresas que discriminarem na contratação de mão-de-obra: inconstitucionalidade declarada.
> 1. Ofensa á competência privativa da União para legislar sobre normas gerais de licitação e contratação administrativa, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autarquias e fundacionais de todos os entes da Federação (CF, art. 22, XXVII) e para dispor sobre Direito do Trabalho e inspeção do trabalho (CF, art. 21 XXIV e 22, I).
> 2. Afronta ao art. 37, XXI, da Constituição da República - norma de observância compulsória pelas ordens locais - segundo o qual *a disciplina legal das licitações há de assegurar a "igualdade de condições de todos os concorrentes"*, o que é incompatível com a proibição de licitar em função de um critério - o da discriminação de empregados inscritos em cadastros restritivos de credito -, que não tem pertinência com a exigência de garantia do cumprimento do contrato objeto do concurso [Grifei].

Assim, como se vê, no julgamento da citada ADI 3.670, o Supremo Tribunal Federal afirmou que as normas locais devem observar o art. 37, XXI da Constituição, assegurando "a igualdade de condições de todos os concorrentes".

É importante registrar que a Lei 8.666/1993 estabelece, em seu art. 9º, uma série de impedimento à participação nas licitações. No que interessa ao presente caso, o referido dispositivo determina que não poderá participar, direta ou indiretamente, da licitação ou da execução de obra ou serviço e do fornecimento de bens a eles necessários servidor ou dirigente de órgão ou entidade contratante ou responsável pela licitação. A lei federal considera, ainda, participação indireta a existência de qualquer vínculo de natureza técnica, comercial, econômica, financeira ou trabalhista entre o autor do projeto, pessoa física ou jurídica, e o licitante ou responsável pelos serviços, fornecidos e obras, incluindo-se os fornecimentos de bens e serviços a estes necessários (Art. 9º, III e § 3º).

É certo que o referido art. 9º não estabeleceu, expressamente, restrição à contratação com parentes dos administradores, razão por que há doutrinadores que sustentam, com fundamento no princípio da legalidade, que não se pode impedir a participação de parentes nos procedimentos licitatórios, se estiverem presentes os demais pressupostos legais, em particular a existência de vários interessados em disputar o certame (*v.g.* BULOS, Uadi Lamêgo. Licitação em caso de parentesco. In: *BLC*: *Boletim de licitação e contratos*, v.22, n. 3, p. 216-232, mar. 2009).

Não obstante, entendo que, em face da ausência de regra geral para este assunto, o que significa dizer que não há vedação ou permissão acerca do impedimento à participação em licitações em decorrência de parentesco, abre-se campo para a liberdade de atuação dos demais entes da federação, afim de que eles legislem de acordo com suas particularidades locais(no caso dos municípios, com fundamento no art. 30, II, da Constituição Federal), até que sobrevenha norma geral sobre o tema.

E dentro da permissão constitucional para legislar sobre normas específicas em matéria de licitação, é de se louvar a iniciativa do Município de Brumadinho-MG de tratar, em sua Lei Orgânica, de questão das mais relevantes em nossa polis, que é a moralidade administrativa, princípio-guia de toda a atividade estatal, nos termos do art. 37, *caput* da Constituição Federal.

A proibição de contratação com o Município dos parentes, afins ou consanguíneos, do prefeito, do vice-prefeito, dos vereadores e dos ocupantes de cargo em comissão ou função de confiança, bem como dos servidores e empregados públicos municipais, até seis meses após o fim do exercício das respectivas funções, é norma que evidentemente homenageia os princípios da impessoalidade e da moralidade administrativa, prevenindo eventuais lesões ao interesse público e ao patrimônio do Município, sem registrar a competição entre os licitantes.

Acrescento, ainda, que norma dessa natureza traz ínsita a garantia de possibilidade de efetiva, real a isonômica competição, pois impede favorecimentos e benefícios em razão do grau de parentesco com os agentes públicos.

Não é ocioso relembrar, embora não seja especificamente a hipótese dos autos, que esta Corte, no julgamento da ADC 12, Rel. Min. Ayres Britto, declarou a constitucionalidade da Resolução 07/2005 que veda o nepotismo no Poder Judiciário, o que demonstra o entendimento deste Tribunal no sentido de privilegiar o princípio da moralidade administrativa.

Com essas breves considerações, dou provimento ao recurso extraordinário, para reformar o acórdão recorrido e declarar a constitucionalidade do art. 36 da Lei Orgânica do Município de Brumadinho-MG.

Extrato de ata

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso extraordinário, nos termos do voto do Relator. Ausentes, justificadamente, os Senhores Ministros Celso de Mello e Gilmar Mendes. 2ª Turma, 29.05.2012.

Presidência do Senhor Ministro Ricardo Lewandowski. Presentes à sessão os Senhores Ministros Gilmar Mendes, Cezar Peluso e Joaquim Barbosa. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Celso de Mello.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Francisco de Assis Vieira Sanseverino.

Fabiane Duarte. Secretária.

(Publicado no *DJe* de 19.06.2012).

...

Subsídios - Prefeito e Vice-Prefeito

- Os subsídios do prefeito e do vice-prefeito devem ser fixados, de forma clara e invariável, mediante lei de iniciativa da Câmara Municipal.

- Não cabe a tomada de empréstimo do que percebido, em termos de remuneração - gênero -, por integrante da Assembléia Legislativa. Inteligência do disposto no artigo 29, inciso V, da Constituição Federal.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 434.278 - MG - Relator: MINISTRO MARCO AURÉLIO

Recorrente: Município de Belo Horizonte. Advogada: Cristiana Maria Fortini Pinto e Silva. Recorrido: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Procurador: Procurador-Geral de Justiça do Estado de Minas Gerais.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal em desprover o recurso extraordinário, nos termos do voto do relator e por unanimidade, em sessão presidida pelo Ministro Dias Toffoli, na conformidade da ata do julgamento e das respectivas notas taquigráficas.

Brasília, 12 de junho de 2012. - *Ministro Marco Aurélio* - Relator.

Relatório

O SR. MINISTRO MARCO AURÉLIO - Adoto, a título de relatório, as informações prestadas pela Assessoria:

> O Ministério Público ajuizou ação civil pública contra o Município de Belo Horizonte, pleiteando a suspensão dos efeitos da Resolução nº 2.021/96, da Câmara Municipal de Belo Horizonte, consoante a qual a remuneração de prefeito, vice-prefeito e vereadores do citado Município corresponderia a 75% do montante efetivamente recebido em espécie por deputado estadual. Sustentou que o subsídio deve ser equivalente ao valor estabelecido para os deputados, e não ao que realmente percebido, pois está sujeito a variação mês a mês, consideradas parcelas como jetons e outras que não podem repercutir nas remunerações, sob pena de conceder-se reajuste salarial mensal, em afronta aos princípios da legalidade e da moralidade.
>
> A ação foi julgada procedente, declarando-se a inconstitucionalidade da mencionada resolução (sentença à folha 261 a 271). O Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais confirmou o entendimento (acórdão à folha 318 a 323).
>
> No recurso extraordinário de folha 326 a 337, interposto com fundamento na alínea "a" do permissivo constitucional, o Município de Belo Horizonte alega a contrariedade aos artigos 29, inciso V, e 37 da Constituição Federal. Sustenta que a remuneração de prefeito, vice-prefeito e vereador, vinculada à de deputado estadual, "não está atrelada a qualquer parâmetro" (folha 329), mostrando-se descabida a limitação imposta. Requer a improcedência do pedido.
>
> O Ministério Público Federal opinou pelo desprovimento do recurso (parecer 3de folha 389 a 393).

É o relatório

Voto

O SR. MINISTRO MARCO AURÉLIO (Relator) - Na interposição deste recurso observaram-se os pressupostos gerais de recorribilidade. A peça, subscrita por procuradores municipais, foi protocolada no prazo dobrado a que tem jus o recorrente.

Consigno que o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais não contém abordagem da problemática alusiva a possível confusão entre a ação civil pública e a ação direta de inconstitucionalidade. O recurso, nessa parte, padece da ausência do indispensável prequestionamento, cuja razão não é outra senão ensejar o cotejo para que se diga enquadrado em um dos permissivos que lhe são próprios.

No mais, o recurso não está a merecer provimento. A Constituição Federal mostrou-se expressa ao revelar que subsídios de prefeito e de vice-prefeito bem como de secretários municipais serão estabelecidos por lei de iniciativa da Câmara Municipal - artigo29, inciso V, na redação existente à época em que determinados os

valores a serem percebidos, com disciplina idêntica no texto em vigor.

No caso, em vez de ocorrer a fixação preconizada pela Carta da República, veio a Câmara Municipal a adotar critério flexível, remetendo à remuneração dos integrantes da Assembléia Legislativa. Em síntese, abandonou a regra definida no Diploma Maior para seguir outra, que tornaria o que percebido por prefeito e vice-prefeito variável conforme a totalidade do que fosse recebido por deputado estadual. Implementou vinculação conflitante com a Carta de 1988. Abriu mesmo a possibilidade de haver a variação mês a mês, consoante o que percebido, no todo - e a isso remete o vocábulo remuneração -, por este ou aquele deputado.

Desprovejo o recurso interposto.

Extrato de ata

Decisão: A Turma negou provimento ao recurso extraordinário, nos termos do voto do Relator. Unânime. Presidência do Senhor Ministro Dias Toffoli. 1ª Turma, 12.06.2012.

Presidência do Senhor Ministro Dias Toffoli. Presentes à Sessão os Senhores Ministros Marco Aurélio, Cármen Lúcia, Luiz Fux e Rosa Weber.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Edson Oliveira de Almeida.

Carmen Lílian Oliveira de Souza - Secretária da Primeira Turma.

(Publicado no *DJe* de 28.06.2012.)

...

Habeas corpus - Crime de roubo - Emprego de violência - Vias de fato - Desclassificação para furto - Impossibilidade - Ordem denegada

- Configura-se o crime de roubo quando a subtração do bem é cometida mediante violência ou grave ameaça. Impossibilidade de desclassificação para o crime de furto.

- É desnecessário que a violência física perpetrada cause dano à integridade corporal da vítima, sendo suficiente, para a caracterização do roubo, imposição de força física, material ou simples vias de fato, capazes de minar a possibilidade de resistência à subtração do bem. Precedentes.

Habeas corpus denegado.

HABEAS CORPUS Nº 107.147 - MG - Relatora: MINISTRA ROSA WEBER

Paciente: Anderson Viana Martins. 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 do Supremo Tribunal Federal, em Primeira Turma, sob a Presidência do Senhor Ministro Dias Toffoli, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em denegar a ordem de *habeas corpus*, nos termos do voto da Relatora.

Brasília, 17 de abril de 2012. - *Rosa Weber* - Relatora.

Relatório

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER (Relatora) - Trata-se de *habeas corpus* impetrado pela Defensoria Pública da União em favor de Anderson Viana Martins contra acórdão da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, que deu provimento ao REsp nº 1.158.851/MG.

Consta dos autos que o paciente foi denunciado por ter subtraído, mediante violência, uma corrente usada no pescoço da vítima, Dulce Nunes Conrado. Os fatos ocorreram em uma rua do centro de Belo Horizonte/MG, onde estava parada a vítima, momento em que o denunciado avançou em seu pescoço apropriando-se do objeto.

Em razão desses fatos, o paciente foi condenado à pena de 04 (quatro) anos de reclusão, no regime aberto, e ao pagamento de 10 (dez) dias-multa, como incurso no delito previsto no art.157 do Código Penal.

O Tribunal de Justiça de Minas Gerais deu provimento à apelação defensiva e desclassificou o crime de roubo para furto, fixando a pena em 02 (dois) anos de reclusão, no regime aberto, mantendo a mesma pena de multa anteriormente estipulada.

Contra tal decisão, o Ministério Público de Minas Gerais manejou o Recurso Especial nº 1.158.851/MG, de relatoria da Ministra Laurita Vaz, julgado pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, a qual deu provimento ao recurso e restabeleceu a sentença do Juízo singular.

Neste *writ,* alega a impetrante, em síntese, que o paciente empregou violência somente contra a coisa, no caso a corrente que a vítima usava, vindo a pessoa a ser atingida apenas com o reflexo da conduta do recorrente.

Salienta, ainda, a inexistência de provas a configurar o delito de roubo e conclui que "o simples puxão empregado pelo impetrante para subtrair o objeto não configura, por si só, a violência necessária para tipificar o delito do roubo".

Requer a desclassificação do delito de roubo para o de furto.

Parecer do Ministério Público Federal, da lavra do Subprocurador-Geral da República Mario José Gisi, pela denegação da ordem.

É o relatório.

Voto

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER (Relatora) - A tese tratada neste *writ* diz respeito à possível desclassificação do crime de roubo para o de furto, nos casos em que a violência é empregada contra a coisa e repercute indiretamente sobre o corpo da vítima.

O Superior Tribunal de Justiça, ao verificar "o emprego de violência contra a vítima ainda que por meio das vias de fato", deu provimento ao Recurso Especial nº 1.158.851/MG nos termos da seguinte ementa:

> Recurso especial. Penal. Crime contra o patrimônio. Desclassificação do crime de roubo para furto. Emprego de violência. Configuração do crime de roubo. Recurso provido.
> 1. Configura-se o crime de roubo quando há o emprego de grave ameaça ou violência contra a vítima. Não se exige, para a caracterização do tipo penal, que a violência cause lesão corporal leve, restando tipificado o crime se houver vias de fato. Precedentes.
> 2. Recurso provido.

Oportuno transcrever os seguintes trechos da denúncia, que denotam o efetivo emprego de violência contra a vítima:

> Consta do incluso inquérito policial que, no dia 13 de julho de 2007, por volta das 14 horas, na Rua São Paulo, próximo à Av. Amazonas, Centro, nesta cidade, o denunciado subtraiu para si, mediante violência, uma correntinha da vítima Dulce Nunes Conrado.
> Consta que a vítima se encontrava parada no local, tendo o denunciado se aproximado da mesma e avançado em seu pescoço, arrancando com violência a correntinha que a vítima usava, inclusive ferindo o pescoço da vítima, evadindo-se o denunciado de posse do produto do roubo.

Ao condenar o paciente, o Juiz de Direito da 6ª Vara Criminal de Belo Horizonte corroborou a violência sofrida pela vítima, com destaque para os seguintes trechos da sentença:

> Autoria também inconteste, embora o acusado negue ter usado violência para cometer o delito [...]
> A vítima Dulce Nunes Conrado, às fls. 13/14, relata o ocorrido:
> '[...] que no dia de hoje, quando estava parada em frente a uma loja da Rua São Paulo, foi surpreendida no momento em que o conduzido presente veio pela frente e avançou em seu pescoço, puxando e arrancando sua correntinha, sendo que o autor evadiu-se em seguida; que, como o mesmo utilizou-se de muita força para arrancar a correntinha da declarante, esta veio a sentir dores no pescoço; que, momentos depois, foi abordada por policiais militares que disseram para a mesma que o sistema olho vivo filmara o momento em que ela sofreu o delito; que, então, conduziram a declarante até a Cia., onde reconheceu o conduzido presente como autor do delito, sendo que o mesmo não estava mais com sua correntinha, já que assumiu que havia vendido pelo valor de R$ 30,00 [...].'
> Do acurado exame de todo o elenco probatório a estes autos coligido, não se exsurge a existência de querelas entre o ofendido e o denunciado, ou seja, nada se arregimenta no sentido de se retirar o valor probante da palavra daquele que foi submetido à violência empregada [...].
> Restou devidamente comprovado que o denunciado, objetiva e subjetivamente, cometeu a conduta descrita no art. 157, *caput*, do CP, pois, presente a violência, não merece guarida a tese de desclassificação do delito de roubo para furto [...].

No caso, a violência foi idônea e suficiente para caracterizar o crime de roubo. A dinâmica dos fatos denota o efetivo emprego de violência com vias de fato, mediante uso da força física para a subtração do bem, ocasionando dores na região do pescoço da vítima.

É desnecessário que a violência física perpetrada cause dano à integridade corporal, sendo suficiente, para a caracterização do roubo, imposição de força física, material ou simples vias de fato capazes de minar a possibilidade de resistência à subtração do bem.

Como bem ponderou o Ministério Público Federal, para a configuração do crime de roubo

> deve ocorrer o constrangimento físico, ou mesmo psíquico, da vítima de modo a retirar-lhe os meios de defesa, para subtrair o bem. A rapidez da ação não desfigura a violência, antes revelando tão somente habilidade na prática do crime, em via pública, surpreendendo a vítima, também atingida, ainda que de modo reflexo, pela conduta do agente.

Assim, embora tenha agido com destreza, a violência com que o paciente surpreendeu a vítima causou-lhe impossibilidade de resistência.

Na exata lição de Guilherme de Souza Nucci,

> qualquer tipo de violência incidente sobre a pessoa humana, com a finalidade de levar-lhe os pertences, configura o roubo, e não um simples furto. Ainda que a violência seja exercida sobre a coisa, se de algum modo atingir a pessoa (lesionando-a ou não), existe roubo. O tipo penal do furto é bem claro, prevendo conduta livre de qualquer violência (uso de força ou coação) contra a pessoa humana, enquanto o tipo do roubo inclui tal figura [...]. A violência não tem graus ou espécies: estando presente, transforma o crime patrimonial do art. 155 para o previsto no art. 157 (NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal comentado*. 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 755).

A esse respeito, destaco os seguintes precedentes desta Suprema Corte:

> *Habeas corpus*. 2. Desclassificação do crime de roubo para o crime de furto. Impossibilidade. Emprego de violência. 3. Ordem denegada (*HC* 103.718, rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, *DJ* 15.10.2010).

> *Habeas corpus*. Crime de roubo. Pedido de desclassificação para furto qualificado. Impossibilidade. Certeza do emprego de violência. Pretensão à valoração de provas na via do *writ*. Ordem denegada. 1. O emprego da violência para a prática do crime contra o patrimônio impede a classificação da conduta como crime de furto, pretendida pelo impetrante. 2. A pretensão de análise e valoração de fatos e provas contidas nos autos da ação penal não é viável em *habeas corpus*. 3. Ordem denegada (*HC* 100.857, rel. Min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma, *DJ* 04.06.2010).

Habeas corpus. Furto e roubo: artigos 155 e 157 do Código Penal. 1. Furto é a subtração pura e simples de coisa móvel alheia, sem violência contra a pessoa, enquanto o roubo pressupõe o emprego de violência ou grave ameaça à pessoa. 2. Violência exercida contra a vítima atacada e derrubada por um trombadinha que lhe retira a bolsa das mãos: circunstância elementar que tipifica o crime de roubo. *Habeas corpus* conhecido, mas indeferido (*HC* 75.110, rel. Min. Marco Aurélio, rel. p. o acórdão Min. Maurício Corrêa, Segunda Turma, *DJ* 01.08.97).

Portanto, considero acertada a subsunção da conduta do paciente às penas do art. 157 do Código Penal, não havendo falar em desclassificação da conduta para o crime de furto, diante da violência sofrida pela vítima.

Agregue-se que a matéria é eminentemente infraconstitucional, devendo ser prestigiada a interpretação do Superior Tribunal de Justiça sobre ela.

Por fim, observo que as circunstâncias do caso tiveram reflexo na dosimetria da pena, sendo imposta ao paciente uma pena não exasperada, de quatro anos de reclusão em regime aberto.

Ante o exposto, denego o *habeas corpus*.

É como voto.

Extrato de ata

Decisão: A Turma denegou a ordem de *habeas corpus*, nos termos do voto da Relatora. Unânime. Não participou, justificadamente, deste julgamento, o Senhor Ministro Marco Aurélio. Ausente, justificadamente, a Senhora Ministra Cármen Lúcia. Presidência do Senhor Ministro Dias Toffoli. 1ª Turma, 17.04.2012.

Presidência do Senhor Ministro Dias Toffoli. Presentes à Sessão os Senhores Ministros Marco Aurélio, Luiz Fux e Rosa Weber. Ausente, justificadamente, a Senhora Ministra Cármen Lúcia.

Subprocurador-Geral da República, Dr.ª Cláudia Sampaio Marques.

Carmen Lílian Oliveira de Souza - Coordenadora.

(Publicado no *DJe* de 03.05.2012.)

...

Criminal - Impetração de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial - Admissibilidade - Peculiaridades do caso concreto - Concessão da ordem

- O eventual cabimento de recurso especial não constitui óbice à impetração de *habeas corpus*, desde que o direito-fim se identifique direta e imediatamente com a liberdade de locomoção física do paciente.

Habeas corpus concedido, para que o STJ conheça e aprecie o mérito do *HC* 165.768/MG.

HABEAS CORPUS 108.994 - MG - Relator: MINISTRO JOAQUIM BARBOSA

Paciente: Silvânia Márcia Duque. Paciente: Hamilton de Jesus. Paciente: Ricardo Batista Martins. Impetrante: Defensoria Pública da União. Advogado: Defensor Público-Geral Federal. Coator: Superior Tribunal de Justiça.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Segunda Turma, sob a presidência do Ministro Ricardo Lewandowski, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em conceder a ordem de *habeas corpus* para que o Superior Tribunal de Justiça conheça do *HC* nº 165.786/MG e se pronuncie sobre seu mérito, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 15 de maio de 2012. - *Ministro Joaquim Barbosa* - Relator.

Relatório

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (Relator) - Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de Hamilton de Jesus, Ricardo Batista Martins e Silvânia Márcia Duque, contra acórdão proferido pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, que, nos autos do *HC* nº 165.786/MG, não conheceu do *writ* por considerar "inadequada a utilização da garantia constitucional em substituição aos recursos ordinariamente previstos nas leis processuais", haja vista que seria hipótese de cabimento de recurso especial.

No presente *habeas corpus*, a impetrante alega que o acórdão impugnado, ao considerar ilegal a utilização de *habeas corpus* como sucedâneo de recurso especial, suprimiu o direito à utilização de uma garantia constitucional hábil a assegurar a liberdade de locomoção dos pacientes.

Ao final, requer a concessão da ordem para que o STJ aprecie o mérito do *HC* nº 165.786/MG.

Não foi formulado pedido liminar, e o Ministério Público Federal opinou pela denegação da ordem.

É o relatório.

Voto

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (Relator) - No *writ* impetrado ao STJ, a defesa pleiteou a aplicação da causa da diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06 em seu *quantum* máximo e a fixação do regime semiaberto para o cumprimento da reprimenda, sendo certo que tais alegações guardam relação com a liberdade de locomoção, sobretudo porque poderá alterar a dosimetria das penas impostas aos pacientes e o regime de cumprimento.

Desse modo, o *habeas corpus* é via processual idônea à apreciação das causas de pedir constantes do *writ* impetrado ao STJ.

Nesse contexto, entendo que o presente caso se amolda ao entendimento firmado por esta Segunda Turma no julgamento do *HC* 110.118/MS, do qual fui o redator do acórdão, cuja ementa possui a seguinte redação:

> Criminal. Impetração de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial. Admissibilidade. Peculiaridades do caso concreto. Concessão da ordem.
>
> O eventual cabimento de recurso especial não constitui óbice à impetração de *habeas corpus*, desde que o direito-fim se identifique direta e imediatamente com a liberdade de locomoção física do paciente.
>
> *Habeas corpus* concedido, para que o STJ aprecie o mérito do *HC* 184.872/'RR.

Por tal razão, voto pela concessão da ordem para que o Superior Tribunal de Justiça conheça do *HC* nº 165.786/MG e se pronuncie sobre o seu mérito.

Extrato de ata

Decisão: A Turma, por unanimidade, concedeu a ordem para que o Superior Tribunal de Justiça conheça do *HC* nº 165.786/MG e se pronuncie sobre o seu mérito, nos termos do voto do Relator. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Gilmar Mendes. 2ª Turma, 15.05.2012.

Presidência do Senhor Ministro Ricardo Lewandowski. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Gilmar Mendes, Cezar Peluso e Joaquim Barbosa.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Francisco de Assis Vieira Sanseverino.

p/*Fabiane Duarte* - Secretária.

(Publicado no *DJe* de 30.05.2012.)

...

ÍNDICE NUMÉRICO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Corte Superior

Número	Espécie	Comarca	Relator: Des.	Pág.
1.0000.07.450368-1/000	Ação Penal - Proc.Ord.	Montes Claros	Antônio Carlos Cruvinel	59
1.0000.09.495127-4/000	Ação Direta Inconst.	Belo Horizonte	Brandão Teixeira	54
1.0000.11.019723-3/000	Inquérito Policial	Gov. Valadares	Paulo Cézar Dias	57
1.0000.11.034546-9/000	Ação Direta Inconst.	Iguatama	Heloísa Combat	51

Jurisprudência Cível

Número	Espécie	Comarca	Relator: Des.	Pág.
1.0024.02.845059-1/001	Agr.Instr.Cível	Belo Horizonte	Washington Ferreira	201
1.0024.04.467403-4/001	Ap. Cível	Belo Horizonte	Peixoto Henriques	239
1.0024.04.472764-2/001	Agr.Instr.Cível	Belo Horizonte	Wander Marotta	199
1.0024.06.308542-7/001	Ap. Cível	Belo Horizonte	Nilo Lacerda	246
1.0024.07.686795-1/001	Agr.Instr.Cível	Belo Horizonte	Eduardo Mariné da Cunha	134
1.0024.08.228540-4/001	Ap. Cível	Belo Horizonte	João Cancio	169
1.0024.08.997404-2/001	Ap. Cível	Belo Horizonte	Francisco Kupidlowski	240
1.0024.09.645525-8/001	Ap. Cível	Belo Horizonte	Áurea Brasil	131
1.0024.09.692481-6/002	Reex.Nec.Cível	Belo Horizonte	Moreira Diniz	136
1.0024.09.694995-3/001	Ap. Cível/Reex.Nec	Belo Horizonte	Edivaldo George dos Santos	137
1.0024.09.695143-9/001	Ap. Cível	Belo Horizonte	Caetano Levi Lopes	182
1.0024.10.092139-4/001	Ap. Cível	Belo Horizonte	Guilherme Luciano Baeta Nunes	237
1.0024.10.157747-6/001	Agr.Instr.Cível	Belo Horizonte	Luciano Pinto	167
1.0024.10.167002-4/001	Ap. Cível	Belo Horizonte	Armando Freire	117
1.0024.10.244242-3/004	Ap. Cível	Belo Horizonte	Antônio Sérvulo	172
1.0024.11.005200-8/003	Ap. Cível	Belo Horizonte	Albergaria Costa	150
1.0024.11.069013-8/001	Agr.Instr.Cível	Belo Horizonte	Teresa Cristina da Cunha Peixoto	194
1.0024.11.117892-7/001	Agr.Instr.Cível	Belo Horizonte	Elpídio Donizetti	112
1.0024.11.125122-9/001	Agr.Instr.Cível	Belo Horizonte	Heloísa Combat	113
1.0024.11.186229-8/001	Ap. Cível	Belo Horizonte	Audebert Delage	125
1.0024.11.205840-9/001	Agr.Instr.Cível	Belo Horizonte	José Marcos Rodrigues Vieira	127
1.0024.11.275674-7/001	Agr.Instr.Cível	Belo Horizonte	Alberto Henrique	173
1.0024.12.037006-9/001	Ap. Cível	Belo Horizonte	Domingos Coelho	216
1.0024.88.519606-3/001	Agr.Instr.Cível	Belo Horizonte	Saldanha da Fonseca	235
1.0035.11.008571-5/001	Agr.Instr.Cível	Araguari	Maurício Barros	153
1.0056.11.007690-0/001	Ap. Cível/Reex.Nec..	Barbacena	Versiani Penna	76
1.0079.10.069494-6/001	Agr.Instr.Cível	Contagem	Dídimo Inocêncio de Paula	164
1.0086.10.000908-2/001	Ap. Cível	Brasília de Minas	José Flávio de Almeida	225
1.0106.10.003222-1/001	Ap. Cível	Cambuí	Geraldo Augusto	72
1.0114.08.092246-0/001	Ap. Cível	Ibirité	Tiago Pinto	220
1.0133.05.024474-7/001	Ap. Cível	Carangola	Paulo Roberto Pereira da Silva	192
1.0145.09.545540-1/002	Ap. Cível	Juiz de Fora	Sandra Fonseca	177
1.0145.10.052593-3/001	Ap. Cível	Juiz de Fora	Mariângela Meyer	218
1.0145.11.001114-8/001	Ap. Cível	Juiz de Fora	Fernando Caldeira Brant	145

1.0145.11.022514-4/001	Ap. Cível	Juiz de Fora	Wagner Wilson Ferreira.....231
1.0145.11.028479-4/001	Ap. Cível	Juiz de Fora	Cláudia Maia.....233
1.0155.09.025489-9/001	Ap. Cível	Caxambu	Alvimar de Ávila 101
1.0182.10.001008-7/001	Ap. Cível	Conquista	Hilda Teixeira da Costa 142
1.0183.08.153087-9/002	Ap. Cível	Cons.Lafaiete	Barros Levenhagen 115
1.0209.10.002952-6/001	Ap. Cível	Curvelo	Afrânio Vilela 67
1.0223.98.019976-2/002	Agr.Instr.Cível	Divinópolis	Mauro Soares 99
1.0240.07.000109-6/001	Ap. Cível	Ervália	Antônio de Pádua.....183
1.0243.11.001414-5/001	Ap. Cível	Espinosa	Álvares Cabral da Silva.....146
1.0273.11.000570-2/001	Agr.Instr.Cível	Galileia	Brandão Teixeira.....140
1.0287.01.000984-6/001	Agr.Instr.Cível	Guaxupé	Evandro Lopes da Costa Teixeira.....61
1.0313.07.234856-5/002	Emb.Infringentes	Ipatinga	Edilson Fernandes.....130
1.0317.09.109844-0/001	Reex.Nec.Cível	Itabira	Edgard Penna Amorim 109
1.0319.08.031855-7/001	Ap. Cível/Reex.Nec.	Itabirito	Vanessa Verdolim Hudson Andrade.....159
1.0331.09.009669-3/004	Ap. Cível	Itanhandu	Marcelo Rodrigues.....85
1.0334.10.000606-6/001	Ap. Cível	Itapajipe	Evangelina Castilho Duarte 185
1.0342.07.094131-1/001	Ap. Cível	Ituiutaba	Luiz Carlos Gomes da Mata 224
1.0362.08.087579-6/002	Agr.Instr.Cível	João Monlevade	Alberto Vilas Boas.....165
1.0362.11.003088-3/001	Ap. Cível	João Monlevade	Valdez Leite Machado 208
1.0382.10.013372-9/001	Ap. Cível	Lavras	Francisco Batista de Abreu 90
1.0388.03.003442-4/001	Agr.Instr.Cível	Luz	Gutemberg da Mota e Silva 226
1.0433.11.031866-7/001	Agr.Instr.Cível	Montes Claros	Mota e Silva.....161
1.0439.10.010417-3/001	Ap. Cível	Muriaé	Tibúrcio Marques.....210
1.0452.04.011909-4/001	Agr.Instr.Cível	Nova Serrana	Oliveira Firmo 212
1.0470.10.003955-6/001	Ap.Cível	Paracatu	Eduardo Andrade 74
1.0479.06.105827-3/001	Ap. Cível	Passos	Maurílio Gabriel.....196
1.0479.10.009517-9/001	Ap. Cível	Passos	Judimar Biber.....82
1.0499.09.013073-7/001	Ap. Cível	Perdões	Antônio Bispo.....213
1.0518.09.172431-1/001	Ap. Cível	Poços de Caldas	Elias Camilo Sobrinho.....121
1.0518.10.015677-8/001	Ap. Cível	Poços de Caldas	Márcia De Paoli Balbino 94
1.0521.10.003935-8/001	Ap. Cível	Ponte Nova	Manuel Saramago.....73
1.0525.11.001081-2/001	Ap. Cível/Reex.Nec.	Pouso Alegre	Vieira de Brito 186
1.0529.10.001715-9/001	Ap. Cível	Pratápolis	Bitencourt Marcondes 205
1.0559.07.002466-1/001	Ap. Cível	Rio Preto	Otávio de Abreu Portes 65
1.0568.10.001321-4/001	Ap. Cível	Sabinópolis	José Affonso da Costa Côrtes.....203
1.0598.09.019376-7/001	Ap. Cível	Santa Vitória	Corrêa Camargo.....230
1.0637.10.008537-1/001	Ap. Cível	São Lourenço	Dárcio Lopardi Mendes.....79
1.0647.10.006691-7/001	Ap. Cível	São Seb.do Paraíso	Luiz Artur Hilário.....187
1.0685.09.008147-0/001	Ap. Cível	Teixeiras	Rogério Medeiros 189
1.0686.10.015821-7/001	Ap. Cível	Teófilo Otoni	Belizário de Lacerda 156
1.0686.11.016904-8/001	Ap. Cível	Teófilo Otoni	Raimundo Messias Júnior 243
1.0686.11.018613-3/001	Ap. Cível	Teófilo Otoni	José de Carvalho Barbosa.....215
1.0701.10.035271-8/002	Ap. Cível	Uberaba	Almeida Melo 102
1.0701.11.013382-7/002	Ap. Cível	Uberaba	André Leite Praça.....91
1.0701.11.023029-2/001	Agr.Instr.Cível	Uberaba	Sebastião Pereira de Souza 98
1.0702.07.401550-5/001	Ap. Cível	Uberlândia	Kildare Carvalho 175
1.0702.10.007501-0/001	Agr.Instr.Cível	Uberlândia	Marcos Lincoln.....152
1.0702.10.086356-3/001	Ap. Cível	Uberlândia	Wanderley Paiva.....104
1.0702.11.032389-7/001	Agr.Instr.Cível	Uberlândia	Veiga de Oliveira.....163
1.0707.10.006803-0/001	Ap. Cível	Varginha	Pedro Bernardes 227
1.0710.09.020741-0/001	Ap. Cível	Vazante	Selma Marques 158
1.0713.09.092421-6/001	Ap. Cível	Viçosa	Estevão Lucchesi.....107
1.0713.10.003575-5/001	Ap. Cível	Viçosa	Arnaldo Maciel.....148

Jurisprudência Criminal

Número	Espécie	Comarca	Relator: Des.	Pág.
1.0000.12.053248-6/000	*HC*	Montes Claros	Walter Luiz de Melo	276
1.0000.12.059281-1/000	Confl.de Jurisd.	Belo Horizonte	Nelson Missias de Morais	279
1.0024.07.584897-8/001	Ap.Criminal	Belo Horizonte	Rubens Gabriel Soares	306
1.0024.07.799910-0/001	Ap.Criminal	Belo Horizonte	Marcílio Eustáquio Santos	308
1.0024.09.499891-1/001	Ap.Criminal	Belo Horizonte	Flávio Leite	287
1.0024.09.699227-6/001	Ap.Criminal	Belo Horizonte	Antônio Armando dos Anjos	290
1.0024.10.196435-1/001	Ap.Criminal	Belo Horizonte	Adilson Lamounier	283
1.0024.10.245910-4/001	Ap.Criminal	Belo Horizonte	Agostinho Gomes de Azevedo	316
1.0045.11.001846-7/001	Ap.Criminal	Caeté	Eduardo Brum	251
1.0051.03.006809-5/002	Ap.Criminal	Bambuí	Alexandre Victor de Carvalho	263
1.0071.07.033742-4/001	Ap.Criminal	Boa Esperança	Pedro Vergara	275
1.0133.10.001969-3/001	Ap.Criminal	Carangola	Paulo Cézar Dias	310
1.0143.03.004836-5/001	Ap.Criminal	Carmo do Paranaíba	Júlio Cezar Guttierrez	256
1.0145.09.544758-0/001	Ap.Criminal	Juiz de Fora	Alberto Deodato Neto	289
1.0145.10.028165-1/001	Ap.Criminal	Juiz de Fora	Antônio Carlos Cruvinel	302
1.0153.11.008768-8/001	Ap.Criminal	Cataguases	Cássio Salomé	268
1.0183.11.006612-7/001	Ap.Criminal	Cons. Lafaiete	José Antonino Baía Borges	262
1.0223.11.023234-3/001	Ap.Criminal	Divinópolis	Reinaldo Portanova	274
1.0284.08.008139-1/001	Ap.Criminal	Guarani	Jaubert Carneiro Jaques	266
1.0287.10.001727-9/001	Ap.Criminal	Guaxupé	Herbert Carneiro	249
1.0343.07.000640-2/001	Ap.Criminal	Itumirim	Fortuna Grion	294
1.0388.07.015388-6/001	Ap.Criminal	Luz	Maria Luíza de Marilac	271
1.0480.09.133811-5/001	Ap.Criminal	Patos de Minas	Júlio César Lorens	280
1.0481.11.000680-8/001	Ap.Criminal	Patrocínio	Denise Pinho da Costa Val	296
1.0499.10.002507-5/001	Ap.Criminal	Perdões	Eduardo Machado	253
1.0517.08.008972-8/001	Ap.Criminal	Poço Fundo	Delmival de Almeida Campos	270
1.0521.05.046671-8/001	Ap.Criminal	Ponte Nova	Duarte de Paula	314
1.0549.06.004895-2/001	Ap.Criminal	Rio Casca	Silas Rodrigues Vieira	258
1.0686.10.000110-2/001	Ap.Criminal	Teófilo Otoni	Catta Preta	292
1.0692.09.008557-6/001	Ap.Criminal	Tombos	Furtado de Mendonça	300
1.0701.07.186573-0/001	Ap.Criminal	Uberaba	Beatriz Pinheiro Caires	281
1.0701.11.005478-3/001	Ap.Criminal	Uberaba	Matheus Chaves Jardim	260
1.0702.11.025505-7/001	Ap.Criminal	Uberlândia	Renato Martins Jacob	313

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Número	Espécie	Relator: Min.	Pág.
596.764 - MG	Recurso Especial	Antonio Carlos Ferreira	321
1.122.589 - MG	Recurso Especial	Paulo de Tarso Sanseverino	323
169.305-MG	*Habeas Corpus*	Laurita Vaz	325
242.314 - MG	*Habeas Corpus*	Laurita Vaz	328

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Número	Espécie	Relator: Min.	Pág.
423.560 - MG	Recurso Extraordinário	Joaquim Barbosa	331
434.278 - MG	Recurso Extraordinário	Marco Aurélio	333
107.147 - MG	*Habeas Corpus*	Rosa Weber	334
108.994 - MG	*Habeas Corpus*	Joaquim Barbosa	336

ÍNDICE ALFABÉTICO E REMISSIVO

- A -

AÇÃO CIVIL PÚBLICA

Processual civil - Recurso especial - Ação civil pública - Termo de ajustamento de conduta - Não obrigatoriedade de o Ministério Público aceitá-lo ou de negociar suas cláusulas - Inexistência de direito subjetivo do particular (STJ) ... 321

AÇÃO DE COBRANÇA

Bombeiros militares - Plantão - Regime de revezamento - Gratificação por tempo integral - Adicional noturno - Parcela indevida 182

Contrato administrativo - Execução de obra - Modalidade - Empreitada por preço global - Inadimplência parcial - Prova da quitação - Ônus do devedor - Art. 333, inciso II, do Código de Processo Civil - Ausência 115

Contrato de seguro de veículo - Acidente de trânsito - Embriaguez - Agravamento do Risco - Exclusão de cobertura 240

Cooperativa de crédito - Rateio de prejuízos - Revelia 90

Servidor público - Exoneração - Estágio probatório não concluído - Estabilidade não adquirida - Verbas salariais - Previsão na CLT - Inaplicabilidade - Indenização - Ausência de direito 175

AÇÃO DE CONHECIMENTO

Averbação na matrícula do imóvel do réu - Possibilidade - Danos morais e materiais - Ineficiência de serviços advocatícios - Ação de ressarcimento - Poder geral de cautela - Art. 798 do CPC - Ausência de prejuízo ao proprietário - Interesse de terceiros - Princípio da publicidade 152

AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO

Indenização por dano moral - Cumulação de ações - Inscrição indevida no SPC - Defeito na prestação do serviço - Negócio jurídico celebrado por estelionatário - Negligência da empresa comercial - Excludente de responsabilidade afastada - Teoria do risco proveito - Súmula nº 385 do STJ - Inaplicabilidade - *Quantum* indenizatório - Princípios da razoabilidade e proporcionalidade 189

AÇÃO DEMOLITÓRIA

Direito de vizinhança - Construção de beiral - Prejuízo - Ausência 192

AÇÃO MONITÓRIA

Contratação de curso - Desistência informal - Inexistência de rescisão contratual - Serviços disponíveis - Cheques prescritos - Prova escrita - Ação monitória - Requisitos presentes - Inteligência do art. 1102 a do CPC - Embargos à monitória - Improcedência 231

AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE

Retificação de registro civil - Cumulação de ações - Paternidade biológica - DNA negativo - Vínculo socioafetivo consolidado entre as partes - Comprovação - Subsistência incólume dos laços de afetividade - Reconhecimento pelo próprio autor - Posse do estado de filho - Constituição de 1988 - Novos contornos da concepção de família 74

AÇÃO ORDINÁRIA

Responsabilidade obrigacional securitária - Litisconsórcio ativo facultativo - Possibilidade de limitação - Produção de provas - Rápida prestação jurisdicional - Presença de dificuldades para a defesa 98

AÇÃO POPULAR

Via eleita - Inadequação - Falta de interesse processual - Extinção do processo sem julgamento do mérito - Art. 267, VI, do CPC 208

ACIDENTE DE TRÂNSITO

Homicídio culposo - Autoria e materialidade - Prova - Culpa concorrente - Inadmissibilidade 281

ADOÇÃO DE CRIANÇA
Pedido - Detentor da guarda provisória - Vínculo afetivo - Melhor interesse do menor - Prevalência sobre a lista de cadastro de adotantes - Não vinculação do juiz à ordem de preferência - § 1º do art. 197-E do Estatuto da Criança e do Adolescente - Possibilidade 79

ADULTERAÇÃO DE SINAL IDENTIFICADOR DE VEÍCULO AUTOMOTOR
Crime contra a fé pública - Fita isolante na placa - Falsificação grosseira - Absoluta impropriedade do meio - Atipicidade - Absolvição - Infração administrativa 251

AGRAVO DE INSTRUMENTO
Ação proposta contra o condomínio - Construção supostamente indevida de depósito de gás em muro divisor - Denunciação da lide à construtora - Possibilidade 163

Intempestividade - Nulidade da decisão por ausência de fundamentação - Decisão concisa - Possibilidade - Cumprimento de sentença - Excesso de execução e de penhora - Não apreciação pelo juízo *a quo* - Supressão de instância - Sociedade empresarial integrante de grupo econômico das executadas - Identidade entre um dos sócios - Indícios de confusão patrimonial - Inclusão no polo passivo da execução de sentença - Possibilidade - Ilegitimidade passiva - Rejeição - Bloqueio de veículos - Renajud - Cerceamento de defesa - Inexistência - Poder geral de cautela - Previsão legal - Veículos alienados fiduciariamente - Impossibilidade - Limitação da restrição aos direitos do contrato - Impedimento à transferência, circulação e licenciamento - Medida drástica - Risco à paralisação das atividades da empresa - Limitação à transferência 61

AGRAVO RETIDO
Preliminares - Ausência de documento indispensável - Pedido juridicamente impossível - Ilegitimidade ativa - Preliminares rejeitadas - Negócio jurídico - Simulação - Comprovação - Contratos de mútuo e de arrendamento rural - Nulidade - Manutenção do negócio oculto - Real intenção das partes - Obrigação de fazer - Procedimento administrativo - Fixação do prazo 85

ALIMENTOS
Homologação de acordo rejeitada pelo juiz - Licitude de objeto - Capacidade das partes - Ausência de ilegalidade - Arts. 331, 447 e 448 do CPC - Princípios dispositivo e da adstrição - Arts. 128, 293 e 460 do CPC - Impossibilidade - Decisão *extra petita* - Sentença cassada 125

ALVARÁ DE LOCALIZAÇÃO
Município de Uberaba - Cadastro municipal - Lei do Plano Diretor - Diretrizes - Atividades geradoras de tráfego - Controle - Atendimento - Prestação de serviços - Inclusão superveniente - Aumento do fluxo de veículos e pessoas - Vagas de estacionamento - Exigência administrativa 102

ANVISA
Resolução nº 67/2007 - Exigência de receita médica para a comercialização de produtos de embelezamento - Existência de lei - Ausência de proibição - Excesso do poder regulamentar - *Fumus boni iuris* e *periculum in mora* - Presença - Liminar mantida 194

APOSENTADORIA
Servidor público estadual - Ingresso na Administração Pública em data anterior à EC 41/03 - Proventos de aposentadoria - Regras da EC 20/98 - Valor equivalente à remuneração - Desconto previdenciário - Verbas remuneratórias de natureza indenizatória - Impossibilidade 131

Supervisor pedagógico - Jornada de 40 horas semanais - Gratificação por regime especial de trabalho - Inclusão no cálculo dos proventos de aposentadoria - Acréscimo de 80 % - Possibilidade - Art. 72 da Lei 11.050/93 - Requisitos preenchidos - Presença do direito líquido e certo - Sentença confirmada 137

APROPRIAÇÃO INDÉBITA
Empréstimo - Intenção de restituição - Declaração da vítima - Testemunha - Crime consumado - Pena restritiva de direitos - Prestação de serviços à comunidade - Prestação pecuniária - Condições econômicas - Isenção do pagamento - Inadmissibilidade 300

Privilégio - Reconhecimento - Crime contra o idoso - Art. 102 da Lei 10.741/03 - Apropriação de rendimentos - Vítima maior de 60 anos - Prova documental - Ausência - Delito não configurado - Nova definição jurídica 294

ARRENDAMENTO MERCANTIL
Inadimplemento do arrendatário - Prévia notificação por carta para constituição em mora - Exigibilidade - Súmula 369 do STJ - Prescindibilidade de intimação pessoal do devedor - Inexigibilidade de forma especial prevista em lei - Art. 107 do Código Civil 227

Rescisão de contrato - Devolução do bem arrendado - Valor residual garantido (VRG) - Restituição - Possibilidade - Compensação com o débito remanescente 215

ARTIGO JURÍDICO
A extinção da paridade remuneratória para as pensões pós-Emenda 41: uma questão ainda controvertida no Judiciário Mineiro - Fernando Ferreira Calazans 25

A limitação do rol dos legitimados para a propositura das ações coletivas em contraposição ao princípio constitucional de amplo acesso ao Poder Judiciário - Patrícia Brandão Paoliello 33

O foro privilegiado nas ações de improbidade administrativa - reflexão sobre a jurisprudência dos Tribunais Superiores - Áurea Maria Brasil Santos Perez 21

Parcerias público-privadas: da inteligência do art. 12, inciso IV, da Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004, em face do princípio da isonomia - Juliana Ferreira Inhan 41

ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA
Concessão - Custas do processo penal - Isenção 283

- B -

BANCO
Ação direta de inconstitucionalidade - Lei Municipal 9.653/2008 - Município de Belo Horizonte - Obrigação de instalação de cabines nas agências bancárias - Atendimento aos clientes - Iniciativa da Câmara Municipal - Arts. 169 e 171, I, da CEMG e 30, I, da CR - Violação do princípio da separação dos Poderes - Arts. 6º e 173 da CEMG - Inexistência - Vício formal não configurado 54

Obrigatoriedade em contratar - Impossibilidade - Financiamento negado - Ausência de dano moral 224

BOLSA DE ESTUDOS
Perda em caso de ajuizamento de ação judicial contra o município - Ação direta de inconstitucionalidade - Lei Municipal nº 1.159/05 - Município de Iguatama - Impedimento ao direito de acesso à jurisdição - Ofensa ao art. 5º, XXXV, da Constituição Federal e arts. 2º, I e II; 4º, §§ 3º e 6º da Lei nº 1.159/05 - Inexistência de vínculo de interdependência com o art. 2º - Inconstitucionalidade por arrastamento afastada - Representação parcialmente procedente 51

BOMBEIRO MILITAR
Plantão - Regime de revezamento - Gratificação por tempo integral - Adicional noturno - Parcela indevida 182

- C -

CARGO ELETIVO
Vereador - Aprovação em concurso público - Cumulação de cargos - Compatibilidade de horários - Possibilidade - Art. 38, III, da CF/88 - Exceção à regra do âmbito estadual e do federal - Lei Orgânica Municipal - Correspondência com o modelo federal - Obrigatoriedade 205

CÉDULA RURAL PIGNORATÍCIA
Prescrição - Ação de cobrança - Prazo quinquenal 146

CHEQUE
Assinatura em branco - Título líquido, certo e exigível - Irregularidade do título - Não comprovação - Ônus do réu - Art. 333, II,do CPC 183

COAUTORIA
Falsificação de documento público - Intermediação de aquisição e venda de carteira nacional de habilitação falsa - Autoria - Materialidade - Prova - Teoria monista - Caracterização 292

COLABORAÇÃO COM GRUPO, ORGANIZAÇÃO OU ASSOCIAÇÃO DESTINADOS À PRODUÇÃO OU TRÁFICO DE DROGAS
Informante - Alerta de único traficante sobre a aproximação de policiais - Atipicidade - Absolvição 316

CONCORRÊNCIA DESLEAL
Agravo de instrumento - Concorrência desleal - laudos conflitantes - Prova inequívoca - Inexistência - Dilação probatória - Necessidade - Tutela antecipada indeferida 127

CONCURSO FORMAL
Roubo - Grave ameaça contra a pessoa - Ação única - Vítimas distintas - Patrimônios diversos - Crime único - Inexistência 302

CONCURSO PÚBLICO
Aprovação - Reavaliação de títulos - Redução da nota anteriormente atribuída - Reclassificação para posição inferior - Alegação de irregularidade - Desconsideração de documentação apresentada - Violação dos princípios da legalidade e impessoalidade - Ato unilateral da Administração - Decisão prejudicial ao candidato - Necessidade de instauração de procedimento administrativo - Garantia do contraditório e ampla defesa - Art. 5º, inciso LV, da Constituição da República - Regularidade dos títulos apresentados - Sentença confirmada 177

Deficiente físico - Aprovação - Exame pré-admissional realizado por médicos do trabalho - Inaptidão para o exercício da função - Ausência de motivação - Negativa de posse - Inobservância do art. 43 do Decreto 3.298/99 - Necessidade de avaliação de aptidão por equipe multifuncional durante o estágio probatório - Violação de direito líquido e certo - Segurança parcialmente concedida 76

Examinador de trânsito - Concurso público em andamento - Superveniência da Resolução nº. 358/10 do Contran - Exigência de novo requisito - Nível superior de escolaridade - Alteração do edital - Possibilidade - Adequação à nova legislação - Melhoria do serviço público - Apresentação do certificado de conclusão de curso superior - Momento da designação - Súmula 266 do STJ - Direito de participação das demais fases do certame - Recurso provido 172

CONFLITO DE JURISDIÇÃO
Suscitação pelo Ministério Público - Ação penal não instaurada - Conflito de atribuições entre Promotores - Solução - Competência - Procuradoria-Geral de Justiça - Conflito não conhecido 279

CONSELHO TUTELAR
Estrutura física e de pessoal insuficientes - Mau funcionamento - Responsabilidade do município - Previsão de recursos - Inclusão na lei orçamentária - Parágrafo único do art. 134 da Lei 8.069/90 - Controle judicial - Possibilidade - Inexistência de violação ao princípio da separação dos Poderes - Omissão da Administração Pública - Violação de direitos fundamentais da Criança e do Adolescente 130

CORRETAGEM
Comissão - Compromisso de compra e venda - Pacto de pagamento à vista - Descumprimento pela parte compradora - Aquisição de financiamento - Negócio não efetivado - Comissão não devida - Dano moral - Ausência de prova - Art. 333, I, da CPC - Não cabimento 104

CORRUPÇÃO ATIVA
Promessa de vantagem indevida a funcionário público - Multa de trânsito - Autoria - Materialidade - Prova - Crime formal - Depoimento de policial militar - Validade 270

CRIME AMBIENTAL
Poluição - Arts. 54 e 56, § 1°, da Lei 9.605/98 - Infração que deixa vestígio - Exame de corpo de delito - Necessidade - Laudo pericial - Inexistência - Materialidade - Ausência de prova - Procurador-Geral de Justiça - Inquérito policial - Pedido de arquivamento - Aplicação do art. 3°, I, da Lei 8.038/90 - Acolhimento 57

CRIME CONTRA A FÉ PÚBLICA
Adulteração de sinal identificador de veículo automotor - Fita isolante na placa - Falsificação grosseira - Absoluta impropriedade do meio - Atipicidade - Absolvição - Infração administrativa 251

CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA
ISS - Lançamento a menor - Procedimento administrativo-tributário em curso - Não constituição definitiva do crédito tributário - Súmula 24 do STF - Efeito vinculante - Eficácia *erga omnes* - Ausência de justa causa - Atipicidade - Absolvição 314

CRIME CONTRA O IDOSO
Art. 102 da Lei 10.741/03 - Apropriação de rendimentos - Vítima maior de 60 anos - Prova documental - Ausência - Delito não configurado - Nova definição jurídica - Apropriação indébita - Privilégio - Reconhecimento 294

CRIME CONTRA O MEIO AMBIENTE
Crime contra a flora - Destruição ou danificação - Floresta - Área de preservação permanente - Materialidade - Insuficiência de provas - Absolvição 271

Crime societário - Poluição - Art. 54 da Lei 9.605/98 - Responsabilidade penal objetiva - Inadmissibilidade - Princípios constitucionais da culpabilidade e da presunção de inocência - Princípio *societas delinquere non potest* - Insuficiência de prova - Absolvição 263

CRIME DE DANO
Dolo genérico - Configuração do delito - Condenação 253

CRIME DE PERIGO COMUM
Incêndio em residência - Autoria - Materialidade - Prova - Desclassificação para crime de dano - Inadmissibilidade 258

Explosão - Arremesso de artefato explosivo - Estádio de futebol - Exposição de terceiros a perigo concreto - Caracterização do delito - Desclassificação do crime para modalidade culposa - Impossibilidade 290

CRIME DE TRÂNSITO
Homicídio culposo - Autoria - Materialidade - Imprudência - Caracterização - Vítima sogro do acusado - Perdão judicial - Admissibilidade - Extinção da punibilidade 266

CRIME IMPOSSÍVEL
Furto qualificado - Concurso de pessoas - Crime tentado - Vigilância durante todo o *iter criminis* - Ineficácia do meio empregado - Absolvição 287

Uso de documento falso - Carteira nacional de habilitação - Apreensão por autoridade policial - Falsificação grosseira - Não ocorrência - Erro de proibição - Não configuração - Tipicidade 280

CRIME SOCIETÁRIO
Dano ao meio ambiente - Poluição - Art. 54 da Lei 9.605/98 - Responsabilidade penal objetiva - Inadmissibilidade - Princípios constitucionais da culpabilidade e da presunção de inocência - Princípio *societas delinquere non potest* - Insuficiência de prova - Absolvição 263

CURSO SUPERIOR
Aprovação e colação de grau - Posterior cassação da nota do trabalho de conclusão de curso - Ilegalidade - Alegação de plágio - Vícios - Prazo suficiente para análise antes da defesa da tese perante a banca examinadora - Danos morais - Configuração - Indenização devida 237

CUSTAS
Processo penal - Concessão de assistência judiciária - Isenção - Possibilidade 283

Tráfico de drogas - Isenção - Impossibilidade - Suspensão do pagamento 296

- D -

DANO AMBIENTAL
Dano ambiental - Ferrovia Centro Atlântica S.A. - Posto de abastecimento de combustíveis das locomotivas - Precariedade - Vazamento de resíduos oleosos - Contaminação do solo - Medidas de adequação às normas ambientais - Ineficácia - Suspensão total das atividades - Previsão de implantação de novo sistema de abastecimento - Redução da demanda do posto - Escoamento da produção agrícola - Interesse público relevante - Possibilidade de dano grave à sociedade - Instrução processual - Necessidade - Liminar indeferida 153

DEFICIENTE FÍSICO
Aprovação em concurso público - Exame pré-admissional realizado por médicos do trabalho - Inaptidão para o exercício da função - Ausência de motivação - Negativa de posse - Inobservância do art. 43 do Decreto 3.298/99 - Necessidade de avaliação de aptidão por equipe multifuncional durante o estágio probatório - Violação de direito líquido e certo - Segurança parcialmente concedida 76

DESACATO
Resistência - Absorção - Princípio da consunção - Aplicabilidade 253

DESAPROPRIAÇÃO
Fixação do valor da indenização - Trânsito em julgado da sentença - Art. 467 do CPC - Reavaliação do bem - Rediscussão do *quantum* indenizatório - Ação de desapropriação indireta - Relativização da coisa julgada - Possibilidade - Decurso de vários anos da avaliação judicial - Divergência gritante entre a quantia apurada pelo perito e valores de mercado - Garantia da justa indenização - Art. 5º, inciso XXIV, da Constituição Federal 99

DESAPROPRIAÇÃO POR INTERESSE PÚBLICO
Citação por edital - Nulidade - Acolhimento 159

DESCLASSIFICAÇÃO DO CRIME
Crime de perigo comum - Incêndio em residência - Desclassificação para crime de dano - Inadmissibilidade 258

Lesão corporal - Violência doméstica - Desclassificação do crime - Contravenção penal - Vias de fato - Possibilidade ... 249

DESOBEDIÊNCIA
Ordem emanada de autoridade de trânsito - Infração administrativa - Crime não caracterizado 253

DESPEJO COMPULSÓRIO
Shopping popular - Aluguel de *box* - Contrato - Legislação locatícia - Desrespeito - Situação vexatória - Dano moral - Indenização - Cabimento 246

DESPEJO POR FALTA DE PAGAMENTO
Ação de cobrança de aluguéis - Cumulação de ações - Concessão de liminar - Existência de fiança - Impossibilidade - Litisconsórcio necessário - Fiador - Citação - Obrigatoriedade 167

Cobrança - Cumulação de ações - Cerceamento de defesa - Inexistência - Entrega voluntária das chaves - Perda de objeto - Recurso prejudicado em parte - Cobrança de encargos vencidos - Valor correto 169

DIREITO À MORADIA
Auxílio-bolsa moradia - Requisitos - Ausência - Indícios de intento malicioso - Decisão mantida 112

DIREITO À SAÚDE
Art. 196 da CF/88 - Dever assegurado constitucionalmente - Falta do serviço por parte do SUS - Contratação de serviços particulares - Custeio próprio - Pretensa indenização por parte do Estado pelo não cumprimento do dever

constitucional - Descabimento - Existência de meios jurídicos para obter a prestação devida - Não utilização - Culpa exclusiva do próprio autor - Omissão que não conduz ao resultado de perda de parte do seu patrimônio - Indenização indevida 82

DIREITO DE IMAGEM
Violação - Direito personalíssimo - Art. 5º, inciso X, da CF/88 - Dano moral puro - Obrigação de indenizar - *Quantum* - Fixação em salários mínimos - Vedação - Transformação para quantia certa - Montante inferior ao postulado na inicial - Sucumbência recíproca - Não ocorrência - Súmula 326 do STJ 196

DOUTRINA - Vide: artigo jurídico

- E -

EMBARGOS À EXECUÇÃO
Excesso - Memória do cálculo - Não apresentação - Necessidade - Rejeição liminar - Inteligência do art. 739-A, § 5º, do CPC - Pagamento via RPV - Lei Municipal nº 5.848/08 - Teto - Quatro salários mínimos - Inaplicabilidade - Execução posterior à EC nº 62/2009 - Nova redação do art. 100, § 4º, da CF/88 - Modificação do valor mínimo 156

Sociedade de economia mista devedora - Município - Responsabilidade subsidiária - Inclusão, de ofício, de parte na lide - Impossibilidade 164

EMBARGOS DE TERCEIRO
Carência de ação - Não ocorrência - Reforma da sentença terminativa - Prova necessária - Ausência 94

Meação conjugal - Regime de comunhão universal - Execução - Título judicial - Semoventes oferecidos pelo devedor - Revelia - Presunção de veracidade - Relatividade - Princípio do livre convencimento 225

ERRO DE PROIBIÇÃO
Não configuração - Tipicidade - Uso de documento falso - Carteira nacional de habilitação - Apreensão por autoridade policial - Crime impossível - Falsificação grosseira - Não ocorrência 280

ESTELIONATO
Habeas corpus - Emissão de cheque sem provisão de fundos (art. 171, *caput*, do Código Penal) - Dolo de obter vantagem ilícita demonstrado - Condenação transitada em julgado - Atipicidade da conduta - Reconhecimento - Impossibilidade - Reexame de matéria fático-probatória - Substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos - Descabimento - Circunstâncias judiciais desfavoráveis - *Habeas corpus* denegado (STJ) 325

EXAMINADOR DE TRÂNSITO
Concurso público em andamento - Superveniência da Resolução nº 358/10 do Contran - Exigência de novo requisito - Nível superior de escolaridade - Alteração do edital - Possibilidade - Adequação à nova legislação - Melhoria do serviço público - Apresentação do certificado de conclusão de curso superior - Momento da designação - Súmula 266 do STJ - Direito de participação das demais fases do certame - Recurso provido 172

EXECUÇÃO
Suspensão de leilão - Propriedade do bem discutida em outro processo - Risco de dano ao executado 226

Contrato de empréstimo digitalizado - Exigência de apresentação do titulo original - Desnecessidade 216

Imóvel - Penhora - Termo - Averbação - Ausência - Hasta pública - Designação - Possibilidade 199

Notas promissórias - Agiotagem - Título - Nulidade - Não ocorrência - Enriquecimento ilícito do devedor - Dívida líquida, certa e exigível - Obrigação válida - Juros abusivos - Art. 406 do Código Civil c/c art. 161, §1º, do CTN - Percentual de 1% - Redução ao patamar legal - Decote dos valores excessivos 210

EXECUÇÃO FISCAL
Direito de cobrança - Confissão e parcelamento do débito após o transcurso de 5 anos - Renúncia à prescrição - Inocorrência - Precedentes do STJ - Crédito extinto pela prescrição intercorrente: art. 156, V, c/c art. 174 do CTN, c/c art. 269, IV, do CPC 117

Penhora de imóvel - Caráter residencial - Dúvida - Certidão de oficial de justiça - Fé pública 201

Pessoa jurídica - Encerramento irregular - Redirecionamento da execução fiscal aos sócios - Possibilidade 165

EXECUÇÃO PENAL
Habeas corpus - Execução penal - Apuração de falta disciplinar grave - Prescrição administrativa - Aplicação do art. 109 do Código Penal - Prazo de três anos - Ordem de *habeas corpus* denegada (STJ) 328

EXPLOSÃO
Arremesso de artefato explosivo - Estádio de futebol - Crime de perigo comum - Exposição de terceiros a perigo concreto - Caracterização do delito - Desclassificação do crime para modalidade culposa - Impossibilidade 290

- F -

FALÊNCIA
Devedor - Citação por carta precatória - Cópia do título executivo - Ausência - Documento essencial - Cerceamento de defesa - Requisitos legais 113

FALSIDADE DE DOCUMENTO
Falsidade de documento - Prova pericial não realizada - Outros elementos de prova - não apresentação - Ônus da parte que argui - Art. 389, I, do CPC - Documento com firma reconhecida - Presunção de veracidade não desconstituída ... 65

FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTO PÚBLICO
Intermediação de aquisição e venda de carteira nacional de habilitação falsa - Autoria - Materialidade - Prova - Teoria monista - Coautoria - Caracterização 292

Cópia reprográfica sem autenticação - Atipicidade - Absolvição 275

FGTS
Penhora do saldo das contas vinculadas - Deferimento - Medida excepcional - Pagamento de pensão alimentícia - Esgotamento dos meios possíveis para satisfação da dívida em atraso - Princípio da dignidade 212

FIXAÇÃO DA PENA
Agravante e atenuante - Circunstâncias de caráter subjetivo - Reincidência e confissão espontânea - Compensação - Art. 67 do CP 289

FURTO DE USO
Não caracterização - Ausência de devolução espontânea do bem - Danificação no veículo - Apreensão do veículo pela Polícia Militar - Furto qualificado - Crime tentado - Configuração 260

FURTO MAJORADO
Repouso noturno - Fixação da pena - Agravante e atenuante - Circunstâncias de caráter subjetivo - Reincidência e confissão espontânea - Compensação - Art. 67 do CP - Regime de cumprimento da pena - Réu reincidente - Pena inferior a quatro anos de reclusão - Regime semiaberto 289

FURTO QUALIFICADO
Concurso de pessoas - Crime tentado - Veículo - Ligação direta - Furto de uso - Não caracterização - Ausência de devolução espontânea do bem - Danificação no veículo - Apreensão do veículo pela polícia militar - Embriaguez voluntária - Excludente de culpabilidade - Não ocorrência - Concurso de pessoas - Configuração 260

Concurso de pessoas - Crime tentado - Vigilância durante todo o *iter criminis* - Ineficácia do meio empregado - Crime impossível - Absolvição 287

- H -

HABEAS CORPUS
Criminal - Impetração de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial - Admissibilidade - Peculiaridades do caso concreto - Concessão da ordem (STF) 336

Habeas corpus - Crime de roubo - Emprego de violência - Vias de fato - Desclassificação para furto - Impossibilidade - Ordem denegada (STF) 334

Habeas corpus - Emissão de cheque sem provisão de fundos (art. 171, *caput*, do Código Penal) - Dolo de obter vantagem ilícita demonstrado - Condenação transitada em julgado - Atipicidade da conduta - Reconhecimento - Impossibilidade - Reexame de matéria fático-probatória - Substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos - Descabimento - Circunstâncias judiciais desfavoráveis - *Habeas corpus* denegado (STJ) 325

Habeas corpus - Execução penal - Apuração de falta disciplinar grave - Prescrição administrativa - Aplicação do art. 109 do Código Penal - Prazo de três anos - Ordem de *habeas corpus* denegada (STJ) 328

Tráfico de drogas - Prisão preventiva - Paciente com filho de 9 (nove) meses, em fase de amamentação - Substituição por prisão domiciliar - Possibilidade - Concessão da ordem 276

HOMICÍDIO CULPOSO NO TRÂNSITO

Autoria e materialidade - Prova - Culpa concorrente - Inadmissibilidade 281

HOMICÍDIO QUALIFICADO

Legítima defesa da honra - Requisitos - Ausência -Tribunal do Júri - Decisão contrária à prova dos autos - Cassação do julgamento 256

- I -

ILEGALIDADE

Curso superior - Aprovação e colação de grau - Posterior cassação da nota do trabalho de conclusão de curso - Ilegalidade - Alegação de plágio - Vícios - Prazo suficiente para análise antes da defesa da tese perante a banca examinadora - Danos morais - Configuração - Indenização devida 237

ILEGITIMIDADE ATIVA DO ESPÓLIO

Seguro facultativo - Ação de cobrança - Espólio - Ilegitimidade ativa - Indenização fundada em direito obrigacional - Legitimidade dos herdeiros da vítima - Extinção da ação - Art. 267, VI, do CPC 158

IMISSÃO NA POSSE

Imóvel - Arrematação - Leilão extrajudicial - Propriedade comprovada - Art. 1.228 do Código Civil - Art. 37, § 2º, do Decreto-lei nº 70/66 - Taxa de ocupação - Possibilidade - Art. 38 do Decreto-lei 70/66 - Valor - Manutenção 91

INCÊNDIO

Residência - Autoria - Materialidade - Prova - Desclassificação para crime de dano - Inadmissibilidade 258

INCONSTITUCIONALIDADE

Ação direta de inconstitucionalidade - Lei Municipal nº 1.159/05 - Município de Iguatama - Bolsa de estudos - Perda em caso de ajuizamento de ação judicial contra o Município - Impedimento ao direito de acesso à jurisdição - Ofensa aos artigos 5º, XXXV, da Constituição Federal e arts. 2º, I e II; 4º, §§ 3º e 6º, da Lei nº 1.159/05 - Inexistência de vínculo de interdependência com o art. 2º - Inconstitucionalidade por arrastamento afastada - Representação parcialmente procedente 51

Ação direta de inconstitucionalidade - Lei Municipal 9.653/2008 - Município de Belo Horizonte - Obrigação de instalação de cabines nas agências bancárias - Atendimento aos clientes - Iniciativa da Câmara Municipal - Arts. 169 e 171, I, da CEMG e 30, I, da CR - Violação do princípio da separação dos Poderes - Arts. 6º e 173 da CEMG - Inexistência - Vício formal não configurado 54

Direito constitucional e administrativo - Licitação e contratação pela administração pública municipal - Lei Orgânica do Município de Brumadinho-MG - Vedação de contratação com o Município de parentes do prefeito, vice-prefeito, vereadores e ocupantes de cargos em comissão - Constitucionalidade - Competência suplementar dos municípios - Recurso extraordinário provido (STF) 331

Lei de Imprensa - Arts. 20 e 22 c/c o 23, II, da Lei nº 5.250/67 - Não recepção pela CF/88 - Julgamento da ADPF 130 pelo STF - Procedência - Exclusão da norma do ordenamento jurídico - Tipo penal - Delineação genérica - Impossibilidade - Denúncia alternativa - Vedação - Impossibilidade jurídica do pedido - Queixa-crime - Petição inicial - Indeferimento 59

Subsídios - Prefeito e Vice-Prefeito (STF) 333

INDENIZAÇÃO

Acidente de trânsito - *Airbag* - Não acionamento - Danos morais - Valor - Majoração - Lucros cessantes - Ausência de prova - Pagamento - Não cabimento 233

Anúncio de oferta - Internet - Preço desproporcional - Erro material escusável - Princípio da boa-fé - Devolução do valor desembolsado - Mora injustificada - Dano moral configurado - Dever de indenizar 145

Curso superior - Aprovação e colação de grau - Posterior cassação da nota do trabalho de conclusão de curso - Ilegalidade - Alegação de plágio - Vícios - Prazo suficiente para análise antes da defesa da tese perante a banca examinadora - Danos morais - Configuração - Indenização devida 237

Dano moral - Prisão ilegal - Cumprimento de mandado - Inexistência de "baixa" no sistema interno de informações policiais - Expedição judicial de contramandado de prisão por absolvição em processo criminal - Determinação não cadastrada - Falha do serviço administrativo - Ilegalidade - Responsabilidade civil do Estado - Configuração - Dever de indenizar - Juros - Correção monetária 142

Danos morais - Aquisição de piso residencial - Diferença de tonalidades - Colocação sem prévia conferência - Responsabilidade exclusiva dos adquirentes - Dever de indenizar - Ausência 101

Danos morais e materiais - Ineficiência de serviços advocatícios - Ação de ressarcimento - Averbação na matrícula do imóvel do réu - Possibilidade - Poder geral de cautela - Art. 798 do CPC - Ausência de prejuízo ao proprietário - Interesse de terceiros - Princípio da publicidade 152

Internet - *Site* de comparação de preços - Teoria do risco-proveito - Intermediação nas vendas ocorridas e cessão de espaços publicitários - Obtenção de lucro - Integrante da cadeia de fornecedores de serviço - Legitimidade passiva - Fraude - Ocorrência - Falha na prestação do serviço - Código de Defesa do Consumidor - Aplicabilidade - Responsabilidade configurada - Decisão mantida 107

Telefonia móvel - Promoções - Fidelização - Multa rescisória - Ilegalidade - Negativação - Dano moral devido - *Quantum* indenizatório 218

Violação ao direito de imagem - Direito personalíssimo - Art. 5º, inciso X, da CF/88 - Dano moral puro - Obrigação de indenizar - *Quantum* - Fixação em salários mínimos - Vedação - Transformação para quantia certa - Montante inferior ao postulado na inicial - Sucumbência recíproca - Não ocorrência - Súmula 326 do STJ 196

INQUÉRITO POLICIAL

Procurador-Geral de Justiça - Pedido de arquivamento - Aplicação do art. 3º, I, da Lei 8.038/90 Acolhimento - Crime ambiental - Poluição - Arts. 54 e 56, § 1º, da Lei 9.605/98 - Infração que deixa vestígio - Exame de corpo de delito - Necessidade - Laudo pericial - Inexistência - Materialidade - Ausência de prova 57

INSS

Aposentadoria por invalidez - Concessão - Arts. 42 e 59 da Lei nº 8.231/91 - Fato constitutivo - Incapacidade para o trabalho - Laudo pericial - Não comprovação - Art. 333 do CPC 187

INTERNET

Anúncio de oferta - Preço desproporcional - Erro material escusável - Princípio da boa-fé - Devolução do valor desembolsado - Mora injustificada - Dano moral configurado - Dever de indenizar 145

Site de comparação de preços - Teoria do risco-proveito - Intermediação nas vendas ocorridas e cessão de espaços publicitários - Obtenção de lucro - Integrante da cadeia de fornecedores de serviço - Legitimidade passiva - Fraude -

Ocorrência - Falha na prestação do serviço - Código de Defesa do Consumidor - Aplicabilidade - Responsabilidade configurada - Decisão mantida 107

INVENTÁRIO

Citação e representação processual de cônjuge de herdeiro nos autos - Ausência - Nulidade - Não ocorrência - Indivíduo que não detém a condição de herdeiro - Sistema das nulidades processuais - Princípio da finalidade/instrumentalidade - Arts. 244, 249, §1°, e 250, parágrafo único, todos do CPC - Primeiras declarações - Art. 993, IV, do CPC - Omissões - Impugnação - Art. 1.000 do CPC - Ações judiciais - Necessidade de inclusão - Retificação que se impõe 121

Penhora no rosto dos autos - Constrição que deve recair apenas sobre a quota ideal do herdeiro devedor - Art. 5º, inciso XXX, da CF/88 - Nulidade decretada 213

IPTU

Lançamento de ofício - Exceção de pré-executividade - Loteamento embargado - Ausência de registro no Cartório de Imóveis - Nulidade dos lançamentos - Art. 32 do Código Tributário Nacional - Descumprimento - Impossibilidade da cobrança 186

Não recolhimento - Venda do imóvel - Execução fiscal - Alteração de titularidade da CDA - Inadmissibilidade - Extinção da execução - Consonância com a Súmula 392 do STJ 239

- L -

LATROCÍNIO

Tentativa - Impossibilidade - Homicídio tentado e roubo majorado - Dolo - *Animus necandi* - Concurso material - Caracterização - Julgamento - Competência - Tribunal do Júri 310

LEGÍTIMA DEFESA

Caracterização - Lesão corporal gravíssima - Agressão recíproca - Provas - *In dubio pro reo* - Utilização dos meios necessários para defesa própria - Excludente de ilicitude - Absolvição 308

LEGÍTIMA DEFESA DA HONRA

Requisitos - Ausência - Homicídio qualificado - Tribunal do Júri - Decisão contrária à prova dos autos - Cassação do julgamento 256

LEI DE IMPRENSA

Arts. 20 e 22 c/c o 23, II, da Lei nº 5.250/67 - Não recepção pela CF/88 - Julgamento da ADPF 130 pelo STF - Procedência - Exclusão da norma do ordenamento jurídico - Tipo penal - Delineação genérica - Impossibilidade - Denúncia alternativa - Vedação - Impossibilidade jurídica do pedido - Queixa-crime - Petição inicial - Indeferimento 59

LESÃO CORPORAL

Violência doméstica - Autoria - Materialidade - Prova - Declaração da vítima - Testemunhas - Desclassificação do crime - Contravenção penal - Vias de fato - Possibilidade - Custas - Isenção - Cabimento 249

LESÃO CORPORAL GRAVÍSSIMA

Agressão recíproca - Provas - *In dubio pro reo* - Utilização dos meios necessários para defesa própria - Excludente de ilicitude - Legítima defesa - Caracterização - Absolvição 308

LICITAÇÃO

Concorrência pública - Inabilitação da impetrante - Garantia de seriedade da proposta - Apresentação no prazo estabelecido no edital - Posterior alteração da data da reunião de abertura das propostas - Comunicação da comissão processante aos concorrentes - Omissão quanto à necessidade de exibir nova garantia - Ofensa ao princípio da publicidade 109

Direito constitucional e administrativo - Licitação e contratação pela administração pública municipal - Lei Orgânica do Município de Brumadinho-MG - Vedação de contratação com o Município de parentes do prefeito, vice-prefeito, vereadores e ocupantes de cargos em comissão - Constitucionalidade - Competência suplementar dos municípios - Recurso extraordinário provido (STF) 331

LITISCONSÓRCIO ATIVO FACULTATIVO
Possibilidade de limitação - Ação ordinária de responsabilidade obrigacional securitária - Produção de provas - Rápida prestação jurisdicional - Presença de dificuldades para a defesa 98

- M -

MANDADO DE SEGURANÇA
Licitação - Pregão presencial - Melhor preço - Prestação de serviço comum - Caracterização - Possibilidade 150

MEDIDA CAUTELAR INOMINADA
Sociedade limitada - Inalienabilidade de patrimônio - Liminar - Requisitos - Existência - Manutenção da decisão agravada 161

MEMÓRIA DO JUDICIÁRIO MINEIRO
Nota biográfica - Desembargador William Romualdo da Silva... 15

Nota histórica - De sertão inóspito às Minas do Ouro 17

- N -

NOTA BIOGRÁFICA
Desembargador William Romualdo da Silva.. ..... .15

NOTA HISTÓRICA
De sertão inóspito às Minas do Ouro 17

NULIDADE
Não ocorrência - Sentença condenatória - Requisitos do art. 381 do Código de Processo Penal - Observância ... 253

- P -

PENHORA
Desconstituição - Inexistência de prova da apontada irregularidade processual - Intervenção no feito em que não é parte - Impossibilidade 235

PERDÃO JUDICIAL
Admissibilidade - Extinção da punibilidade - Homicídio culposo - Crime de trânsito - Vítima sogro do acusado ... 266

PODER FAMILIAR
Destituição - Estatuto da Criança e do Adolescente - Arts. 22 e 24 - Entrega dos filhos para adoção - Retratação - Estudo/laudo social - Instabilidade social, financeira e psicológica da requerente - Falta de comprometimento para com a prole - Perda do referencial materno - Defensor dativo - Honorários - Majoração - Descabimento - Decreto 45.898/2012 - Tabela - Observância - Sentença - Art. 199-B do Estatuto Infantil - Apelação - Efeito meramente devolutivo - Inscrição dos menores em lista de adoção - Óbice - Inexistência 67

PRESTAÇÃO DE CONTAS
Recurso especial - Civil e processual civil - Ação de prestação de contas - Contrato de mandato - Morte do mandante - Legitimidade dos herdeiros (STJ) 323

PRISÃO DOMICILIAR
Prisão preventiva - Substituição - Possibilidade - Tráfico de drogas - Paciente com filho de 9 (nove) meses, em fase de amamentação - Concessão da ordem 276

PROMESSA DE COMPRA E VENDA
Imóvel - Contrato - Prestações em atraso - Notificação judicial - Extinção do feito sem julgamento do mérito - Ausência de discriminação dos valores devidos - Sentença cassada - Apelação - Art. 515, § 3º, do CPC - Inadimplência -

Rescisão - Restituição de parcelas pagas pelos réus - Retenção do percentual de 10% - Legalidade - Arras - Retenção - Impossibilidade - *Bis in idem* - Fruição - Uso do imóvel demonstrado - Indenização devida à vendedora - Cálculo do percentual - Aluguéis praticados na região - Liquidação por arbitramento - Edificação de construções pelos compradores - Boa-fé - Laudo de avaliação - Indenização - Direito de retenção - Configuração 220

PROVA
Roubo - Autoria - Confissão - Palavra da vítima - Reconhecimento informal do acusado - Validade - Art. 226 do CPP - Formalidade não observada - Irrelevância - Valoração da prova - Livre convencimento motivado - Condenação 283

PROVENTOS
Equiparação - Servidor aposentado - Decreto Estadual 16.409/74 - Jornada de trabalho de oito horas diárias - Redução pelo Decreto Estadual 29.302/89 - Aposentadoria anterior - Decreto Estadual 36.737/95 - Servidores ativos - Opção pela antiga jornada - Reajuste salarial - Aposentado - Direito à paridade - Equiparação de proventos - Mandado de segurança - Concessão da ordem 136

Servidor público estadual - Ingresso na Administração Pública em data anterior à EC 41/03 - Proventos de aposentadoria - Regras da EC 20/98 - Valor equivalente à remuneração - Desconto previdenciário - Verbas remuneratórias de natureza indenizatória - Impossibilidade 131

Supervisor pedagógico - Jornada de 40 horas semanais - Gratificação por regime especial de trabalho - Inclusão no cálculo dos proventos de aposentadoria - Acréscimo de 80 % - Possibilidade - Art. 72 da Lei 11.050/93 - Requisitos preenchidos - Presença do direito líquido e certo - Sentença confirmada 137

- Q -

QUEIXA-CRIME
Lei de Imprensa - Arts. 20 e 22 c/c o 23, II, da Lei nº 5.250/67 - Não recepção pela CF/88 - Julgamento da ADPF 130 pelo STF - Procedência - Exclusão da norma do ordenamento jurídico - Tipo penal - Delineação genérica - Impossibilidade - Denúncia alternativa - Vedação - Impossibilidade jurídica do pedido - Petição inicial - Indeferimento 59

- R -

RECURSO
Direito de apelar - Renúncia do acusado - Conflito de vontades entre defensor e réu - Defesa técnica - Interesse em recorrer - Prevalência 284

REGIME DE CUMPRIMENTO DA PENA
Pena superior a quatro anos - Réu reincidente - Regime inicial semiaberto - Admissibilidade - Súmula 269 do STJ ... 283

Réu reincidente - Pena inferior a quatro anos de reclusão - Regime semiaberto 289

REINCIDÊNCIA
Não configuração - Prática de novo crime antes do trânsito em julgado de sentença 302

REINTEGRAÇÃO DE POSSE
Acordo entre as partes - Devolução do imóvel - Benfeitorias - Indenização - Depósito judicial - Destinação - Compra de imóvel - Descumprimento - Levantamento da quantia pelo depositante - Inadmissibilidade - Enriquecimento sem causa dos agravantes 134

Fazenda invadida por integrantes do MST - Existência de posseiros em área distinta há muitos anos - Desocupação restrita aos invasores atuais - Esbulho - Boletim de ocorrência - Defesa da posse - Requisitos atendidos - Liminar concedida - Cumprimento da função social - Prova - Desnecessidade - Questão a ser analisada quando do julgamento do mérito - Magistrado - Proximidade dos fatos e dos interesses em conflito - Decisão mantida 173

Imóvel municipal - Ocupação por particular como ponto de comércio - Vencimento de autorização - Não renovação - Demonstração de interesse público - Construção de centro cultural - Urgência - Liberação de recursos federais - Condicionamento à desocupação do imóvel - Notificação extrajudicial - Esbulho - Configuração 140

Sentença - Nulidade - Ausência de fundamentação - Não configuração - Bens objeto de comodato - Inexistência de prova efetiva de devolução - Ausência de condição modificativa, impeditiva ou extintiva do direito pretendido 148

RESERVA LEGAL
Averbação - Execução - Obrigação de fazer - Averbação de reserva legal - Imóvel rural - Matrícula única - Condomínio - Fração ideal inferior ao módulo rural - Indivisibilidade - Recusa do oficial do Cartório de Registro Imobiliário - Termo de ajustamento de conduta - Obrigação assumida exclusivamente por um condômino - Ausência de anuência dos demais - Título executivo extrajudicial - Exigibilidade - Descaracterização 73

RESISTÊNCIA
Desacato e resistência - Crimes ocorridos em um mesmo contexto temporal - Absorção - Princípio da consunção - Aplicabilidade 253

RESTITUIÇÃO DE COISAS APREENDIDAS
Propriedade e posse - Ausência de prova - Ilegitimidade ativa 274

ROUBO
Autoria - Materialidade - Prova - Dolo - Ausência - Mendicância - Atipicidade - Absolvição 268

Desclassificação do crime - Furto - Inadmissibilidade - Grave ameaça contra a pessoa - Intimidação da vítima - Simulação de arma de fogo - Prova - Declaração da vítima - Validade - Condenação - Isenção de custas - Pedido deferido no juízo *a quo* - Improvimento 306

Iter criminis esgotado - Crime tentado - Não configuração - Circunstância atenuante - Pena - Redução aquém do mínimo legal - Impossibilidade 262

Materialidade - Autoria - Prova - Confissão - Palavra da vítima - Reconhecimento informal do acusado - Validade - Art. 226 do CPP - Formalidade não observada - Irrelevância - Valoração da prova - Livre convencimento motivado - Condenação - Recurso - Direito de apelar - Renúncia do acusado - Conflito de vontades entre defensor e réu - Defesa técnica - Interesse em recorrer - Prevalência - Regime de cumprimento da pena - Pena superior a quatro anos - Réu reincidente - Regime inicial semiaberto - Admissibilidade - Súmula 269 do STJ - Assistência judiciária - Concessão - Custas do processo penal - Isenção 283

Habeas corpus - Crime de roubo - Emprego de violência - Vias de fato - Desclassificação para furto - Impossibilidade - Ordem denegada (STF) 334

ROUBO MAJORADO
Art. 157, § 2º, I, do Código Penal - Arma branca - Pontencialidade lesiva - Presunção - Exame pericial - Dispensabilidade 313

Concurso de agentes - Arma de fogo - Apreensão e perícia - Inexistência - Majorante - Não incidência - Grave ameaça contra pessoa - Ação única - Vítimas distintas - Patrimônios diversos - Concurso formal - Crime único - Inexistência - Pena-base - Redução - Prática de novo crime antes do trânsito em julgado de sentença - Reincidência - Não configuração - Regime de cumprimento de pena - Fixação - Regime semiaberto 302

- S -

SEGURO
Ação ordinária de responsabilidade obrigacional securitária - Litisconsórcio ativo facultativo - Possibilidade de limitação - Produção de provas - Rápida prestação jurisdicional - Presença de dificuldades para a defesa 98

Cobrança - Suicídio premeditado - Ausência de configuração - Carência - Súmula 105 do STF - Aplicabilidade . 185

SEGURO DPVAT
Indenização por morte - Seguro DPVAT - Base de cálculo - Salário mínimo da época da liquidação do sinistro - Lei 8.441/92 - Valor pago a menor - Diferença devida - Existência de outros herdeiros - Informação sonegada - Postulação em nome próprio de direito alheio - Interesse e legitimidade - Ausência - Matéria de ordem pública - Reconhecimento - Sentença reformada em parte 230

SENTENÇA CONDENATÓRIA
Requisitos do art. 381 do Código de Processo Penal - Observância - Nulidade - Não ocorrência 253

SERVIDOR PÚBLICO
Exoneração - Estágio probatório não concluído - Estabilidade não adquirida - Verbas salariais - Previsão na CLT - Inaplicabilidade - Indenização - Ausência de direito 175

SERVIDOR PÚBLICO APOSENTADO
Supervisor pedagógico - Jornada de 40 horas semanais - Gratificação por regime especial de trabalho - Inclusão no cálculo dos proventos de aposentadoria - Acréscimo de 80 % - Possibilidade - Art. 72 da Lei 11.050/93 - Requisitos preenchidos - Presença do direito líquido e certo - Sentença confirmada 137

SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL
Ingresso na Administração Pública em data anterior à EC 41/03 - Aposentadoria - Regras da EC 20/98 - Valor equivalente à remuneração - Desconto previdenciário - Verbas remuneratórias de natureza indenizatória - Impossibilidade ... 131

SUBSÍDIO
Prefeito e Vice-Prefeito (STF) 333

SUCESSÃO
Direito de preferência - Pretensão de cônjuge meeira do real herdeiro - Casamento em vigor - Ilegitimidade 72

SUPERVISOR PEDAGÓGICO
Jornada de 40 horas semanais - Gratificação por regime especial de trabalho - Inclusão no cálculo dos proventos de aposentadoria - Acréscimo de 80 % - Possibilidade - Art. 72 da Lei 11.050/93 - Requisitos preenchidos - Presença do direito líquido e certo - Sentença confirmada 137

- T -

TRÁFICO DE DROGAS
Associação para o tráfico - Desclassificação do crime - Posse de droga para consumo pessoal - Possibilidade - Depoimento de policiais militares - Denúncias anônimas - Indícios e presunções - Ausência de prova da finalidade mercantil da droga - Alvará de soltura - Prestação de serviços à comunidade - Custas - Isenção - Impossibilidade - Suspensão do pagamento 296

TRIBUNAL DO JÚRI
Homicídio qualificado - Legítima defesa da honra - Requisitos - Ausência - Decisão contrária à prova dos autos - Cassação do julgamento 256

- U -

UNIÃO ESTÁVEL
Imóvel - Composse - Aluguel por um dos cônjuges - Privação do outro à posse - Esbulho - Requisitos - Art. 927 do CPC - Demonstração - Reintegração de posse deferida 203

USO DE DOCUMENTO FALSO
Carteira nacional de habilitação - Apreensão por autoridade policial - Crime impossível - Falsificação grosseira - Não ocorrência - Erro de proibição - Não configuração - Tipicidade 280

- V -

VENCIMENTOS
Art. 37, inciso X, da CF/88 - Eficácia limitada - Lei específica - Exigibilidade - Iniciativa privativa do Chefe do Poder Executivo - Princípio da separação dos Poderes - Pedido de indenização - Indeferimento 243

VIOLÊNCIA DOMÉSTICA
Lesão corporal - Autoria - Materialidade - Prova - Declaração da vítima - Testemunhas - Desclassificação do crime - Contravenção penal - Vias de fato - Possibilidade 249

...