

Jurisprudência Mineira

Ano 67 - v. 217 - abril a junho de 2016



Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais

Jurisprudência Mineira

Órgão Oficial do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais

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

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

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

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

Escola Judicial Desembargador Edésio Fernandes

Superintendente

Des. Kildare Gonçalves Carvalho

Superintendente Adjunto

Des. José Geraldo Saldanha da Fonseca

Coordenador Pedagógico da EJEF

Des. José Fernandes Filho

Coordenador do Centro de Estudos Jurídicos Juiz Ronaldo Cunha Campos

Des. Tiago Pinto

Juiz Auxiliar da 2ª Vice-Presidência

Juiz de Direito Luiz Carlos Rezende e Santos

Diretora Executiva de Desenvolvimento de Pessoas

Mileny Reis Vilela Lisboa

Diretor Executivo de Gestão da Informação Documental

André Borges Ribeiro

Gerente de Jurisprudência e Publicações Técnicas

Rosane Brandão Bastos Sales

Coordenação de Publicação e Divulgação de Informação Técnica (CODIT)

Lúcia Maria de Oliveira Mudrik

Adriana Lucia Mendonça Doehler

Alexandre Silva Habib

Cecília Maria Alves Costa

Eliana Whately Moreira

Gilson Geraldo Soares de Oliveira

Leda Jussara Barbosa Andrade

Maria Célia da Silveira

Maria da Consolação Santos

Maria Helena Duarte

Maria Margareth Rodrigues Batista

Maurício Tobias de Lacerda

Tadeu Rodrigo Ribeiro

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

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

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

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

JURISPRUDÊNCIA MINEIRA, Ano 1 n° 1 1950-2016
Belo Horizonte, Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais

Trimestral.
ISSN 0447-1768

1. Direito - Jurisprudência. 2. Tribunal de Justiça. Periódico. I.
Minas Gerais. Tribunal de Justiça.

CDU 340.142 (815.1)

Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais

Presidente

Desembargador PEDRO CARLOS BITENCOURT MARCONDES

Primeiro Vice-Presidente

Desembargador FERNANDO CALDEIRA BRANT

Segundo Vice-Presidente

Desembargador KILDARE GONÇALVES CARVALHO

Terceiro Vice-Presidente

Desembargador WANDER PAULO MAROTTA MOREIRA

Corregedor-Geral de Justiça

Desembargador ANTÔNIO SÉRVULO DOS SANTOS

Tribunal Pleno

Desembargadores

(por ordem de antiguidade, em 16.06.2016)

Kildare Gonçalves **Carvalho**

Márcia Maria **Milanez**

Antônio Carlos **Cruvinel**

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

Geraldo **Augusto** de Almeida

Caetano **Levi** **Lopes**

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

Belizário Antônio de **Lacerda**

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

José Carlos **Moreira** **Diniz**

Paulo **César** **Dias**

Edilson Olímpio **Fernandes**

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

Armando **Freire**

Dárcio **Lopardi** **Mendes**

Valdez **Leite** **Machado**

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

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

Eduardo **Mariné** da **Cunha**

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

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

Geraldo **Domingos** **Coelho**

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

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

Elias **Camilo** **Sobrinho**

Pedro **Bernardes** de Oliveira

Antônio **Sérvulo** dos Santos

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

José **Flávio** de Almeida

Evangelina **Castilho** **Duarte**

Otávio de **Abreu** **Portes**

Luciano **Pinto**

Fernando **Caldeira** **Brant**

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

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

José **Afrânio** **Vilela**

Renato **Martins** **Jacob**

Maurílio **Gabriel** **Diniz**

Wagner **Wilson** **Ferreira**

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

Pedro **Coelho** **Vergara**

Marcelo **Guimarães** **Rodrigues**

Adilson **Lamounier**

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

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

Álvares **Cabral** da **Silva**

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

Marcos **Lincoln** dos Santos

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

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

Composição de Câmaras e Grupos (em 16.06.2016) - Dias de Sessão

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

* Presidente da Câmara

Quarta Câmara Cível Quintas-feiras	Quinta Câmara Cível Quintas-feiras	Sexta Câmara Cível Terças-feiras
Desembargadores José Carlos Moreira Diniz Dárcio Lopardi Mendes Heloísa Helena de Ruiz Combat * Ana Paula Nannetti Caixeta Renato Luís Dresch	Desembargadores Saulo Versiani Penna * Áurea Maria Brasil Santos Perez Moacyr Lobato de Campos Filho Luís Carlos Balbino Gambogi (...)	Desembargadores Luiz Audebert Delage Filho Edilson Olímpio Fernandes Sandra Alves de Santana e Fonseca * Yeda Monteiro Athias Ronaldo Claret de Moraes (Juiz convocado)

* Presidente da Câmara

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

* Presidente da Câmara

1ª Câmara de Uniformização de Jurisprudência Cível - Unidade Goiás	Turma Especializada da 1ª Câmara de Jurisprudência Cível
Toda terceira 4ª feira do mês, às 13h30min.	A periodicidade e o horário da sessão serão definidos pelo Presidente da Turma.
Desembargadores da 1ª à 8ª Câmaras Cíveis	Presidentes da 1ª à 8ª Câmaras Cíveis
Caetano Levi Lopes (Presidente) Teresa Cristina da Cunha Peixoto Alberto Vilas Boas Vieira de Souza Maria das Graças Silva Albergaria dos Santos Costa Vitor Inácio Peixoto Parreiras Henriques (até 29.01.2016) Ana Paula Nanetti Caixeta Luiz Carlos de Azevedo Corrêa Junior Luís Carlos Balbino Gambogi	Belizário Antônio de Lacerda Teresa Cristina da Cunha Peixoto Maria das Graças Silva Albergaria dos Santos Costa Heloísa Helena de Ruiz Combat José Afrânio Vilela Sandra Alves de Santana e Fonseca Saulo Versiani Penna

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

* Presidente da Câmara

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

* Presidente da Câmara

Décima Quinta Câmara Cível Quintas-feiras	Décima Sexta Câmara Cível Quartas-feiras	Décima Sétima Câmara Cível Quintas-feiras
Desembargadores Maurílio Gabriel Diniz* Tiago Pinto Antônio Carlos de Oliveira Bispo Mônica Libânio Rocha Bretas Carlos Henrique Perpétuo Braga	Desembargadores Otávio de Abreu Portes* Wagner Wilson Ferreira José Marcos Rodrigues Vieira Maria Aparecida de Oliveira Grossi Andrade Pedro Aleixo Neto	Desembargadores Eduardo Mariné da Cunha* Luciano Pinto André Leite Praça Evandro Lopes da Costa Teixeira Roberto Soares de Vasconcellos Paes

* Presidente da Câmara

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

* Presidente da Câmara

2ª Câmara de Uniformização de Jurisprudência Cível Unidade Raja Gabaglia
Toda quarta 2ª feira do mês, às 9h30min.
Desembargadores da 9ª à 18ª Câmaras Cíveis
Pedro Bernardes de Oliveira (até 07.01.2016) Álvares Cabral da Silva (Presidente) Alberto Henrique Costa de Oliveira Evandro Lopes da Costa Teixeira Estevão Lucchesi de Carvalho João Cancio de Mello Junior Luiz Arthur Hilário (a partir de 08.01.2016) Alexandre Santiago Carlos Henrique Perpétuo Braga Aparecida de Oliveira Grossi Andrade Juliana Campos Horta de Andrade

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

* Presidente da Câmara

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

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

* Presidente da Câmara

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

* Presidente da Câmara

Câmara de Uniformização de Jurisprudência Criminal
Toda quarta 2ª feira do mês, às 13h30min.
Desembargadores da 1ª à 7ª Câmaras Criminais
Alexandre Victor de Carvalho Maria Luíza de Marilac Alvarenga Araújo Luziene Medeiros do Nascimento Barbosa Lima (Juíza convocada) Agostinho Gomes de Azevedo Kárin Liliane de Lima Emmerich e Mendonça José Mauro Catta Preta Leal Eduardo Brum Vieira Chaves

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

Desembargadores

Pedro Carlos Bitencourt Marcondes
Presidente

Geraldo Domingos Coelho

Kildare Gonçalves Carvalho
Segundo Vice-Presidente

Maria das Graças Silva Albergaria dos Santos Costa

Wander Paulo Marotta Moreira
Terceiro Vice-Presidente

Elias Camilo Sobrinho

Alberto Vilas Boas Vieira de Souza

Antônio Sérvulo dos Santos
Corregedor-Geral de Justiça

José Geraldo Saldanha da Fonseca

Fernando Caldeira Brant
Primeiro Vice-Presidente

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

Desembargadores

Pedro Carlos Bitencourt Marcondes
Presidente

José Carlos Moreira Diniz

Paulo César Dias

Kildare Gonçalves Carvalho
Segundo Vice-Presidente

Edilson Olímpio Fernandes

Armando Freire

Márcia Maria Milanez

Pedro Bernardes de Oliveira

Antônio Sérvulo dos Santos
Corregedor-Geral de Justiça

Antônio Carlos Cruvinel

Fernando Caldeira Brant
Primeiro Vice-Presidente

Wander Paulo Marotta Moreira
Terceiro Vice-Presidente

Rogério Medeiros Garcia de Lima

Geraldo Augusto de Almeida

Eduardo Machado Costa

Caetano Levi Lopes

Evandro Lopes da Costa Teixeira

Agostinho Gomes de Azevedo

Luiz Audebert Delage Filho

Saulo Versiani Penna

Belizário Antônio de Lacerda

Jayme Silvestre Corrêa Camargo

Mariangela Meyer Pires Faleiro

José Edgard Penna Amorim Pereira

Luiz Carlos de Azevedo Corrêa Junior

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

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

Desembargadores

Kildare Gonçalves Carvalho

José Geraldo Saldanha da Fonseca

Heloísa Helena de Ruiz Combat

Maria Beatriz Madureira Pinheiro Costa Caires

Juiz de Direito

Genil Anacleto Rodrigues Filho

Diretora Executiva de Desenvolvimento de Pessoas

Mileny Reis Vilela Lisboa

Diretor Executivo de Gestão da Informação Documental

André Borges Ribeiro

Comissão de Divulgação da Jurisprudência

Desembargadores

Kildare Gonçalves Carvalho - Segundo Vice-Presidente

Armando Freire

José Washington Ferreira da Silva

José Flávio de Almeida

Áurea Maria Brasil Santos Perez

Rogério Medeiros Garcia de Lima

José de Carvalho Barbosa

Maria Beatriz Madureira Pinheiro Costa Caires

SUMÁRIO

MEMÓRIA DO JUDICIÁRIO MINEIRO

Desembargador Walter Luiz de Melo - Nota biográfica	15
A incorporação dos julgados de Araxá e Desemboque ao Estado de Minas Gerais: o mito de Dona Beja - Nota histórica	17

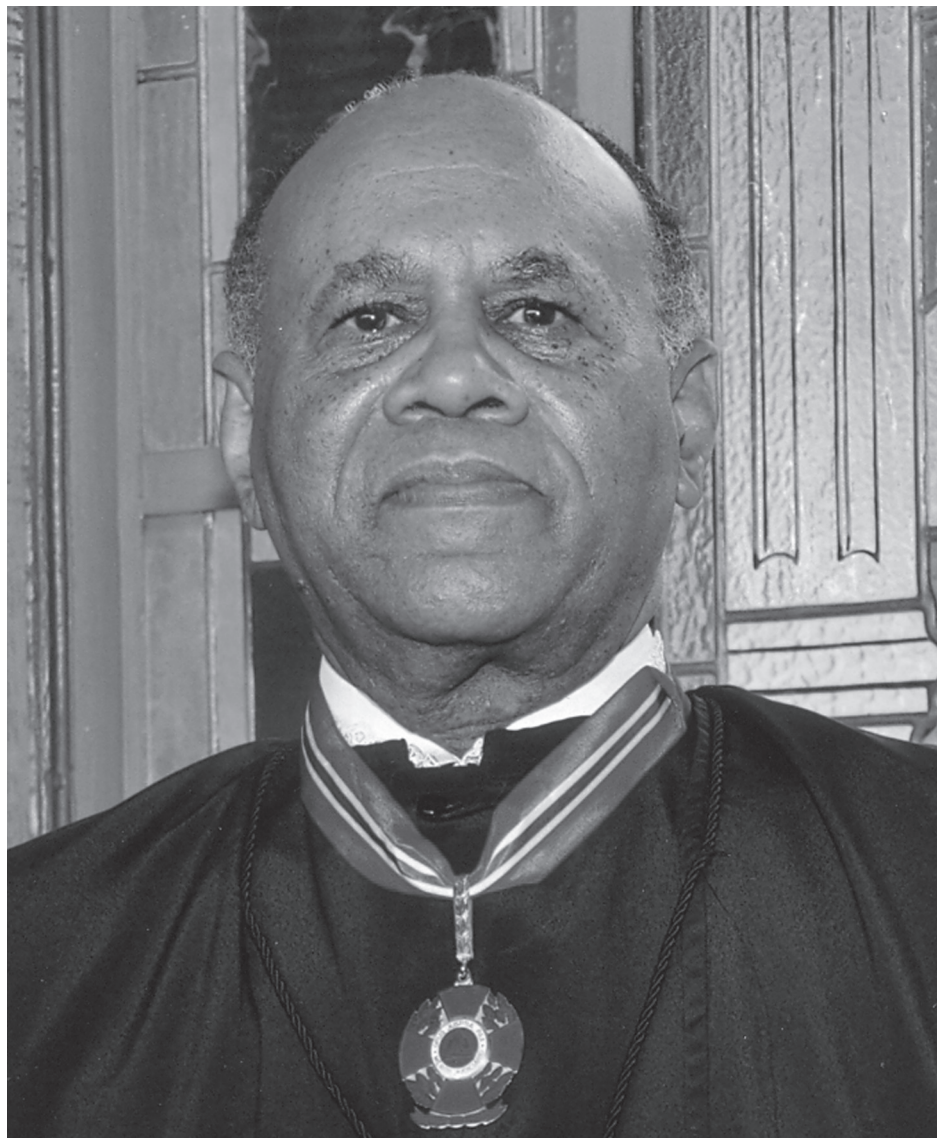
DOCTRINA

Exegese do art. 1.015 do Código de Processo Civil de 2015 - <i>José Marcos Rodrigues Vieira</i>	19
Do <i>periculum in mora</i> inverso (reverso) - <i>Reis Friede</i>	22
Relações jurídicas de massa e distribuição do ônus da prova - <i>Francisco Ricardo Sales Costa e Gabriela Nodari Fróes de Castro</i>	39

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Órgão Especial	47
Jurisprudência Cível	59
Jurisprudência Criminal	301

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.....	403
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	409
SÚMULAS DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS	415
ÍNDICE NUMÉRICO.....	417
ÍNDICE ALFABÉTICO E REMISSIVO	421



Desembargador WALTER LUIZ DE MELO

MEMÓRIA DO JUDICIÁRIO MINEIRO

NOTA BIOGRÁFICA*

Desembargador Walter Luiz de Melo

O Desembargador Walter Luiz de Melo nasceu em Barbacena, Minas Gerais, em 19 de agosto de 1947. Era filho de José Faustino e Geralda de Melo Faustino. Formado bacharel de Direito pela Faculdade de Direito de Conselheiro Lafaiete, em 1974, especializou-se em Direito Civil no Instituto de Educação Continuada (IEC) da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, atual PUC Minas.

Ingressou na Magistratura Mineira em 14 de outubro de 1988, tomando posse no cargo de Juiz de Direito da Comarca de Piranga em 21 de outubro. Entrou em exercício em 28 de outubro. Em 12 de agosto de 1989, foi promovido, por merecimento, à Comarca de Coromandel. Nessas duas comarcas, respondeu como Diretor do Foro e Juiz Eleitoral.

A promoção, por merecimento, à 1ª Vara Cível da Comarca de Muriaé ocorreu em 29 de agosto de 1991.

Em 20 de dezembro de 1996, o Magistrado Walter Luiz de Melo foi promovido, por antiguidade, à Comarca de Belo Horizonte, respondendo pela 5ª Vara da Fazenda Pública e Autarquias e 1ª Vara da Fazenda Pública e Autarquias.

O Magistrado exerceu o cargo de Juiz-Corregedor, de abril 1997 a setembro 1998 e de abril de 2000 a setembro de 2001. Foi também Juiz-Orientador do Juizado de Conciliação, com sede na Câmara de Vereadores de Belo Horizonte; componente da 1ª Turma Recursal Criminal do Juizado Especial Criminal de Belo Horizonte (2004 a 2008); membro da 3ª Turma Recursal Cível do Juizado Especial Cível de Belo Horizonte; Juiz Eleitoral da 35ª Zona eleitoral de Belo Horizonte (2006/2008) e Juiz Eleitoral da Comissão Fiscalizadora da Propaganda Eleitoral em Belo Horizonte, por designação do Tribunal Regional Eleitoral de Minas Gerais (2007/2008).

Em 31 de março de 2009, foi designado para atuar na 2ª Vara de Feitos Tributários do Estado de Minas Gerais.

Atuou como orientador de Curso de Formação Inicial de Juízes Substitutos e membro de comissão examinadora de concurso público para outorga de delegações de notas e de registro do Estado de Minas Gerais, promovidos pela Escola Judicial Desembargador

Edésio Fernandes (Ejef). Participou também de diversos Encontros Regionais de Estudos Jurídicos e palestras pela mesma escola.

O Juiz Walter Luiz de Melo foi promovido ao cargo de Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (TJMG) em 13 de abril de 2011. Entrou em exercício em 19 de abril, com assento na 6ª Câmara Criminal. Em 3 de novembro de 2011, foi removido, a pedido, para a 1ª Câmara Criminal.

Exerceu a Presidência da 1ª Câmara Criminal, de setembro 2014 a setembro de 2015, e integrou a Câmara de Uniformização de Jurisprudência e o 3º Grupo de Câmaras Criminais. Foi eleito, por aclamação, pelo Tribunal Pleno, para fazer parte do Órgão Especial do TJMG, de novembro de 2013 a novembro de 2015. Tomou posse como membro efetivo da Academia Barbacenense de Ciências Jurídicas, no dia 8 de agosto de 2015, ocupando a cadeira 26. O Desembargador Walter Luiz de Melo faleceu em 27 de fevereiro de 2016, no exercício das funções.

Referências

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS. Assessoria de Comunicação Institucional. *Magistrado toma posse na Academia Barbacenense de Ciências Jurídicas*. Publicado em 14.08.2015. Disponível em: <http://www.tjmg.jus.br/portal/imprensa/noticias/magistrado-toma-posse-na-academia-barbacenense-de-ciencias-juridicas-1.htm#.V7x-p_krKUK>. Acesso em 23 ago. 2016.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS. Gerência da Magistratura (Germag). Belo Horizonte, 2016.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS. *Lista de Desembargadores Aposentados*. Disponível em: <<http://www.tjmg.jus.br/portal/conheca-o-tjmg/magistratura/lista-de-desembargadores/menu-em-abas/aposentados/detalhe-aposentados-352.htm>>. Acesso em: 23 ago. 2016

...

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

A incorporação dos julgados de Araxá e Desemboque ao Estado de Minas Gerais: o mito de Dona Beja

A construção do mito de Anna Jacinta de São José, “Dona Beja”, está relacionada com o seu sequestro pelo então Ouvidor-Geral da Comarca de Paracatu, Joaquim Inácio Silveira da Mota, e com o retorno dos julgados de Araxá e Desemboque ao Estado de Minas Gerais, antes pertencentes ao Estado de Goiás.

Nascida na freguesia de Formiga, em 1800, Dona Beja viveu longos anos em Araxá.

Levando-se em consideração sua condição de mulher, solteira e mãe de duas filhas, fato incomum para os padrões morais vigentes, tudo indica que alcançou uma posição de destaque na sociedade local, pois conseguiu casar suas duas filhas com homens pertencentes às famílias mais ricas e influentes da época e assumiu atitudes atribuídas unicamente aos homens, como solicitar providências à administração pública, recorrer à justiça, comprar, vender e construir imóveis.

Conta-se que Dona Beja, em 1815, aos 15 anos, teria sido raptada sob as ordens do Ouvidor-Geral, Joaquim Inácio Silveira da Mota, e com ele vivido maritalmente por dois anos, em Paracatu. Mas, de acordo com Montandon (2002), não há comprovação de que Beja tenha sido sequestrada ou tenha estabelecido moradia em Paracatu, como representado na literatura. Na verdade, o registro que se tem é o de residir em um palacete por ela construído no centro da cidade.

Dona Beja tornou-se figura lendária em Minas Gerais. Embora fosse analfabeta, atribui-se a ela grande influência política em acontecimentos importantes da época em que viveu. Uma das lendas a seu respeito seria sua participação na reanexação do Triângulo Mineiro, sob jurisdição de Goiás, ao território mineiro, mas a documentação não confirma tal fato.

A primeira missa celebrada em 1788, no território de Araxá, marca a fundação da cidade, que, durante alguns anos, ficou subordinada ao controle político-administrativo de Goiás. Sua incorporação à Comarca de Paracatu, da Capitania de Minas Gerais, se dá através do Alvará de abril de 1816:

Alvará por que Vossa Majestade há por bem separar e desanexar da Capitania e Comarca de Goyaz os dois Julgados e Freguezias do Araxá e Desemboque, mandando que fiquem, de hoje em diante, pertencendo à Capitania de Minas Geraes e à Comarca de Piracatú, fazendo parte dos limites deste, como acima se declara.

Essa incorporação vai se revestir de aspectos curiosos, envolvendo, de forma objetiva, a figura de Dona Beja. Eduardo Frieiro, citado no livro de Leopoldo Correia, *Achegas à História do Oeste de Minas*, afirma que, estando em Araxá, o Ouvidor-Geral da Comarca de Paracatu, Joaquim Inácio Silveira da Mota, viu ele, “certa tarde, passar a jovem Anna Jacinta de São José, também conhecida como Dona Beja. Tomado de grande paixão pela moça, fê-la raptar, pelos seus lacaios, aquela mesma noite”. A partir desse evento, criou-se o mito de que o deslocamento da extensa área do Triângulo Mineiro, com a subordinação de São Domingos de Araxá à Vila de Paracatu, na Comarca de Minas Gerais, só foi possível, pois o Governador de Goiás, inimigo do então Ouvidor-Geral da Comarca de Paracatu, resolveu se livrar dessa situação e pediu ajuda a D. João VI para que os julgados de Araxá e Desemboque passassem para Minas, onde o Ouvidor-Geral seria julgado pelo crime de sequestro, com a devida importância, que não teria se estivesse em Goiás.

Araxá, em 1831, foi elevada à condição de Município, sendo desmembrada do Município de Paracatu. E, em 1850, Dona Beja transferiu-se para Bagagem (atualmente, Estrela do Sul), investindo grandes somas de dinheiro na extração de diamantes, onde faleceu em 1873. O inventário dos bens de Dona Anna Jacinta de São José, datado de 1874, na cidade de Bagagem, traz como herdeiros sua filha, Dona Joana de Deus São José, e seus netos, filhos de Dona Theresa Thomásia de Jesus, sua filha já falecida à época. Compõe-se de joias, objetos de prata, móveis, escravos e propriedades. Sua família ainda possui grande prestígio em Araxá e seu nome ainda é muito utilizado para o comércio local e o turismo.

Essa releitura sobre os fatos históricos da “memória de Araxá” fortalece-se mais ainda em 1916, época em que começavam os preparativos para as comemorações da reincorporação da região do Triângulo Mineiro a Minas Gerais, onde a figura de Dona Beja representava uma identidade regional, heroína do acontecimento. Na verdade, Goiás devolveu essa região por não conseguir cuidar - jurisdicionalmente, politicamente e economicamente - daquele território. A construção do mito legitimava uma parte do setor de classe média urbana que lutava por um espaço dentro de um sistema apoiado nas oligarquias agrárias, como afirma Montandon (2002), “o mito Dona Beja foi um produto do século XX; nasceu no seio de uma classe média em busca de seu reconhecimento e seu espaço, em uma região que vivia um processo de afirmação de sua identidade”.

Dona Beja é conhecida, na história popular, como uma cortesã de beleza ímpar, que se banhava nas fontes de águas naturais de Araxá, associada à imagem de

* Autoria de Andréa Vanessa da Costa Val, Shirley Ker Soares Carvalho e Amanda Luiza F. Gualberto sob a supervisão do Desembargador Lúcio Urbano Silva Martins.

heroína, que, após seu rapto, volta para sua cidade e passa a lutar em defesa dos interesses locais. Utilizando-se dessas qualidades, foi possível alavancar o turismo da região, que, hoje, é muito procurada por suas fontes hidrominerais, o maior tesouro de Araxá.

Referências bibliográficas

BRASIL. Câmara dos Deputados. Disponível em: <goo.gl/IW1mds>. Acesso em: 1º nov. 2016.

DESCUBRA MINAS.COM. *Anna Jacinta de São José*. Disponível em: <goo.gl/CLoS47>. Acesso em: 16 nov. 2016.

MONTANDON, Rosa Maria Spinoso. *Desfazendo as teias do mito*. 230f. 2002. Dissertação (Mestrado em História) - Universidade Federal de Uberlândia, Programa de Pós-Graduação em História, Uberlândia, Minas Gérias, 2002.

...

Exegese do art. 1.015 do Código de Processo Civil de 2015

José Marcos Rodrigues Vieira*

A doutrina brasileira tem apresentado duas teses acerca da inteligência da regra que passou a estabelecer o rol de hipóteses de cabimento de agravo de instrumento. Patente que o CPC de 2015 queira estancar a prática de sua interposição constante, a resultar em sobrecarga dos tribunais.

Uma das teses é a de descabimento do mandado de segurança, já que cabível recurso - imediato ou não, conforme a natureza da decisão, abrangida ou não na relação (taxativa) dos incisos do art. 1.015 do CPC de 2015 -, à qual se alinham várias obras publicadas após o início de vigência do novo CPC (THEODORO JÚNIOR, 2016, p. 1.026). Essa tese pode ser observada, também, na própria exposição de motivos do Ministro Fux, *in verbis*:

Ressalte-se que, na verdade, o que se modificou, nesse particular, foi o momento da impugnação, pois essas decisões, de que se recorria, no sistema anterior, por meio de agravo retido, só eram mesmo alteradas ou mantidas quando o agravo era julgado, como preliminar de apelação. Com o novo regime, o momento de julgamento será o mesmo; não o da impugnação (FUX, 2010).

Outra tese, a de interpretação extensiva dos incisos do art. 1.015:

As hipóteses de agravo de instrumento estão previstas em rol taxativo. A taxatividade não é, porém, incompatível com a interpretação extensiva. Embora taxativas as hipóteses de decisões agraváveis, é possível interpretação extensiva de cada um dos seus tipos.

Tradicionalmente, a interpretação pode ser literal, mas há, de igual modo, as interpretações corretivas e outras formas de reinterpretação substitutiva. A interpretação literal consiste numa das fases (a primeira, cronologicamente) da interpretação sistemática. O enunciado normativo é, num primeiro momento, interpretado em seu sentido literal para, então, ser examinado crítica e sistematicamente, a fim de se averiguar se a interpretação literal está de acordo com o sistema em que inserido (DIDIER JÚNIOR, 2016, p. 209).

Sobre a segunda tese, permito-me lembrar que o CPC de 1939 também alinhava hipóteses de cabimento de agravo de instrumento. Lopes da Costa, comentando a regra de seu art. 842, depois de proclamar que o respectivo rol era redundante e deficiente, procurava subsidiá-lo, apoiado na jurisprudência, quando, por exemplo, aludia às omissões, como a da sentença homologatória de

liquidação do imposto nos inventários com interessados incapazes (que teriam de prosseguir no processo de partilha), já que apelação não caberia, pois a sentença não era final. Dizia o mestre:

A jurisprudência tem procurado encaixar a espécie no erro de conta (art. 842, nº X). Nenhuma crítica formulava a tal atitude exegética, ainda que diante de sua afirmação acerca do agravo, de que sua admissibilidade é regulada por uma casuística positiva [e] a regra é, pois, que somente cabe agravo nos casos expressamente admitidos (COSTA, 1945, p. 224-225).

De qualquer forma, Lopes da Costa não adiantaria solução para o problema, embora já partisse de dubiedade interpretativa. Ao mestre voltarei, no curso desta exposição, por imperativo de justiça, à sua excelente obra.

Nenhuma das duas alternativas expostas, porém, resolve o problema de modo satisfatório: a primeira, porque não conjura a lesão de direito e faz por prolongá-la até o julgamento da apelação; a segunda, porque quebra o sistema da irrecorribilidade dos interlocutórios. De qualquer modo, a previsão legal de recurso, mesmo aquele a ser julgado em momento ulterior, tem sido considerada suficiente para afastar a cogitação do mandado de segurança.

Por outro lado, sem fundamentação coerente, a doutrina tem afastado o mandado de segurança - ao argumento de que o novo CPC não haveria de sancionar o velho sucedâneo recursal. Digo-o, porque a exposição de motivos de Buzaid, como é ressabido, aludindo ao praxe forense (que surgiu no CPC de 1939, ante a falta de bastante solução doutrinária, e que perdurou no CPC de 1973, ante a ausência de efeito suspensivo do agravo), jactava-se de havê-la eliminado, por generalizar o agravo como recurso cabível de todas as decisões interlocutórias. Dizia Buzaid, sobre o CPC de 1939:

Os recursos de agravo de instrumento e no auto do processo (arts. 842 e 851) se fundam num critério meramente casuístico, que não exaure a totalidade dos casos que se apresentam na vida cotidiana dos tribunais. Daí a razão por que o dinamismo da vida judiciária teve de suprir as lacunas da ordem jurídica positiva, concedendo dois sucedâneos de recurso, a saber, a correção parcial e o mandado de segurança.

A experiência demonstrou que esses dois remédios foram úteis corrigindo injustiças ou ilegalidades flagrantes, mas representavam uma grave deformação no sistema, pelo uso de expedientes estranhos ao quadro de recursos (BUZOID, 1972).

Não tem havido, porém, ao advento do CPC de 2015, a devida interpretação sistemática. Vou demonstrá-lo a partir de hipótese clássica de não

* Professor titular de Direito Processual Civil da FDUFG. Desembargador do TJMG.

cabimento de agravo, embora o prejuízo resultante. Por exemplo, o juiz indefere perícia imprescindível. Diante do fato probando, a depender do conhecimento especial de técnico, por insuprível (art. 464, § 1º, I, *a contrario sensu*), teria de ser deferida. Ilusão à parte, contar com a possibilidade do ganho de causa, sem se desincumbir - a modo - do ônus da prova que lhe incumbe.

Passo a expor a solução sistemática - não entrevista, ao que conste, por nenhum autor de processo e não abordada na exposição de motivos.

Cabem embargos declaratórios, no sistema do CPC de 2015, de qualquer decisão judicial (art. 1.022), para suprir omissão (parágrafo único), assim a consistente em violação do art. 489, § 1º, sobretudo de seu inciso IV, para efeito de se poder considerar fundamentado o provimento jurisdicional, seja sentença, seja decisão interlocutória, o julgador tem de enfrentar todos os argumentos hábeis a infirmar-lhe a conclusão adotada - sendo que a decisão não fundamentada é irremissivelmente nula (art. 11).

Embora cuide-se de nulidade, não será ela sempre absoluta; portanto, a regra de não preclusão do art. 1.009 do CPC de 2015 convive com a do art. 278 e seu parágrafo único, aí onde a distinção entre as nulidades cognoscíveis de ofício (as do parágrafo único referido) e as dependentes de provocação do interessado, sob pena de preclusão (as referidas no *caput*). E releva, portanto, a forma de arguição de nulidade, para a devolutividade como preliminar de apelação, à maneira do (extinto) agravo retido. Mas não só. A nulidade, se absoluta, erige a omissão de fundamentação, a teor do disposto no art. 489, § 1º, IV, do CPC de 2015, em pressuposto negativo de eficácia de julgado (sentença, decisão), dado que deve ser interpretado a partir da conjugação de todos os seus elementos (§ 3º do art. 489), como tais o relatório, os fundamentos (estes, sob atendimento ao § 1º, sob pena de ineficácia) e o dispositivo (incisos I, II e III do art. 489).

Só a insurgência da parte, todavia, quanto à omissão de fundamentos da sentença ou decisão, torna o provimento judicial ineficaz. Note-se que os embargos de declaração são o recurso para suprir omissões do julgado. Aliás, no sistema recursal do CPC de 2015, há nova destinação dos embargos declaratórios - que corrigem a sentença ou decisão omissa de fundamentação, função que não lhes oferecia o CPC de 1973 (em cujo regime a nulidade seria apenas objeto de apelação, com o efeito de cassação).

A recorribilidade das interlocutórias - relevante é constatá-lo - se dá, também (e antes), mediante embargos declaratórios. O art. 299 do CPC de 2015 vem a exame. E não se exaure no *caput* a norma respectiva. O § 1º merece transcrição: "Na ação de competência originária de tribunal e nos recursos, a tutela provisória será requerida ao órgão jurisdicional competente para apreciar o mérito."

Ora, a tutela provisória abriga a possibilidade de liminar. O § 1º do art. 299 do CPC de 2015 sanciona a suspensividade excepcional, vale dizer, a tutela antecipada recursal ou efeito ativo. Nos termos do art. 294 e seu parágrafo único, há a tutela provisória de urgência cautelar. Ademais, segundo o art. 299, "será requerida ao juízo da causa", e, conforme o art. 298, ao decidir, concedendo ou negando a tutela provisória, "o juiz motivará seu convencimento de modo claro e preciso".

Tollitur quaestio: a decisão de tutela provisória enseja agravo de instrumento, *ex vi* do disposto no inciso I do art. 1.015 do CPC de 2015 - como regra que oferece objeto à previsão do art. 995, parágrafo único, do próprio Código.

Se não acolhidos os embargos declaratórios (por omissão de fundamentação acerca do efeito processual infligido), advirá, necessariamente, o exame pelo Relator, no Tribunal, da liminar atinente à tutela provisória negada em primeiro grau. Relembre-se a regra do inciso I do art. 1.019, da possibilidade de atribuição de efeito suspensivo ou antecipação de tutela recursal, comunicada ao juízo de primeiro grau, a decisão.

Além da hipótese de os embargos declaratórios forrarem de preclusão o litigante, poderão regularmente servir a outra indispensável finalidade, a revelar a integridade e coerência do sistema do CPC de 2015 - que definitivamente baniu os sucedâneos recursais: os embargos declaratórios abrem a causa à recorribilidade em separado ou autônoma, para efeito de tutelas provisórias.

Assinale-se o efeito recursal injuntivo-inclusivo, próprio dos embargos declaratórios, quando fundados na omissão a que se refere o § 1º (com seus incisos, sobretudo o IV) do art. 489 do CPC de 2015. De tal efeito cuida o art. 1.025 do novo CPC. Tal artigo se refere ao suprimento automático do prequestionamento, dando por incluída a questão, para efeito de recurso às instâncias extraordinárias. Ora, à exaustão das vias ordinárias, é inerente ao prequestionamento, e é o que decorre do ônus de oposição de embargos declaratórios de injunção à abertura da recorribilidade em separado, via agravo de instrumento. Não se exaure, portanto, a recorribilidade ordinária - no tocante às hipóteses não abrigadas no rol do art. 1.015 do CPC de 2015 - na apelação com preliminar de reiteração de recurso subordinado (que o seria a arguição de nulidade, via embargos declaratórios, fora dos casos de tutela provisória).

Devo lembrar a análise de Lopes da Costa, que, se bem não ofereceu solução, indicou-lhe as premissas - aproveitadas no sistema recursal do CPC vigente:

Se o prejuízo que o despacho [hoje, dir-se-ia decisão] pode causar é 'possível', mas não certo, de modo que a sua existência somente se possa apreciar depois da sentença final de mérito, é racional que se unam os dois recursos: o do despacho interlocutório e o da sentença final, ficando aquele a este 'subordinado'.

Se, porém, o despacho [decisão] necessariamente influi sobre a decisão, sendo assim não mais possível, mas 'certo' o prejuízo, dele o recurso deve ser 'autônomo', imediato (COSTA, 1945, p. 225 e seguintes).

Por fim, mas não em último lugar, não se estranhe que a exposição de motivos não se refira a tal interação do sistema recursal - na distinção entre prejuízo certo e prejuízo possível, para o primeiro justificada a tutela provisória (que pode ser ampla e, no exemplo citado, ao início, do indeferimento de perícia, inarredável, dada a etiologia do fato probando, tutela provisória de urgência cautelar). A lei, uma vez iniciada a respectiva vigência, pode superar as intenções e até mesmo as antevisões de técnica legislativa, visto o pleno contato com a realidade fenomênica em que tenha de inserir-se e aplicar-se o texto normativo.

Referências

BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Brasília, Senado Federal, *Diário Oficial da União*, publicado em 17 jan. 1973 e repu-

blicado em 27 jul. 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm>.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Brasília, Senado Federal, *Diário Oficial da União*, 17 mar. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm>.

BUZAID, Alfredo. *Exposição de motivos do Código de Processo Civil - Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973*. Brasília, Senado Federal, 2 ago. 1972.

COSTA, Lopes da. *Direito processual civil brasileiro*. São Paulo: RT, 1945. v. 3.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil*. 13. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. v. 3.

FUX, Luiz. *Exposição de motivos do Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil*. Brasília, Senado Federal, Comissão de Juristas, 8 jun. 2010.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 47. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. v. 3.

...

Do periculum in mora inverso (reverso)

Reis Friede*

Sumário: 1 Introdução. 2 Requisitos para a concessão de medidas liminares. 2.1 Do periculum in mora. 2.2 Do fumus boni iuris. 2.3 Relevância do fundamento do pedido e possibilidade ampla de concessão ex officio da tutela cautelar em forma de liminar. 2.3.1 Relevância do fundamento do pedido, fumus boni iuris e periculum in mora. 2.4 Periculum in mora inverso. 2.4.1 Periculum in mora inverso e grave lesão à ordem pública. 2.4.2 Das divergências perceptivas sobre o periculum in mora inverso. 2.4.3 Cautela e contracautela. 3 Conclusões. Referências. Notas.

Resumo: O presente artigo analisa o conceito de *periculum in mora inverso* (reverso), examinando, primeiramente, os requisitos clássicos para a concessão de medidas liminares, quais sejam o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris*. Em seguida, aborda a relevância do fundamento do pedido e a possibilidade ampla de concessão ex officio da tutela cautelar em forma de liminar, ressaltando a identificação do fundamento do pedido com o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*. Posteriormente, passa ao estudo específico do *periculum in mora inverso*, analisando a relação deste conceito com a grave lesão à ordem pública. Por fim, aprecia a cautela e a contracautela.

Palavras-chave: Medidas liminares. *Periculum in mora*. *Fumus boni iuris*. *Periculum in mora reverso* ou *inverso*. Concessão ex officio da tutela cautelar. Grave lesão à ordem pública. Contracautela.

1 Introdução

Ao registrar, de forma inédita, na literatura jurídico-brasileira - quando da ocasião do lançamento da 1ª edição da nossa obra *Aspectos fundamentais das medidas liminares em mandado de segurança, ação cautelar, ação civil pública e ação popular* (Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1993. 106p.) -, a expressão *periculum in mora inverso* (reverso), não poderíamos imaginar, para nossa grata satisfação como pesquisadores da Ciência Processual, que ela não somente viesse a se tornar, com o passar dos anos, uma designação técnica consagrada pela academia nacional, mas, particularmente, objeto das mais variadas e amplas citações jurisprudenciais e doutrinárias em todo o País.

A ideia original, concebida há mais de 20 anos - numa época em que existiam poucos estudos mais aprofundados sobre o tema -, era de forjar, por imperiosa necessidade, uma concepção conceitual, com elevado rigor técnico, que traduzisse, com a almejada precisão, uma designação genérica a abranger as mais variadas (e diferentes) designações específicas (existentes à época) que buscavam nominar, naquele momento histórico de desenvolvimento do estudo da disciplina processual, o incontestável fenômeno dos efeitos inversos (ou reversos) do eventual deferimento das medidas liminares em mandado de segurança (art. 1º da Lei nº 191, de 1936; art. 1º da Lei nº 1.533, de 1951; art. 1º da Lei nº 12.016, de 2009), em ação popular (art. 5º, § 4º, da Lei nº 4.717, de 1965, com a redação ampliada pela Lei nº 6.513, de 1977) e em ação civil pública (art. 12 da Lei nº 7.347, de 1985), ou em ações cautelares das denominadas antecipações *in limine* (art. 804 do CPC/1973).

Ainda que reste evidente que tal efeito também se manifesta no eventual deferimento de outras medidas liminares (em ações específicas), com idêntica previsão cautelar implícita, é de se registrar, por dever de lealdade, que nossa análise originária foi conduzida exclusivamente sobre o comportamento restritivo das medidas liminares nas mencionadas ações, o que, entretanto, em necessário reforço ao já afirmado, não exclui a possibilidade de se conceder a necessária extensão conclusiva a todas as demais ações congêneres, inclusive ao posterior advento, em 1994 (Lei nº 8.952, de 13.12.1994), do instituto jurídico-processual da tutela antecipada.

2 Requisitos para a concessão de medidas liminares

Muito embora, nem sempre, na prática cotidiana, a decisão final pela concessão de medidas liminares implique plena e total observância, por parte do julgador, de específicos limites existentes para a prolação final do *decisum* - ou seja, os requisitos tradicionais do *periculum in mora*¹ e do *fumus boni iuris*² -, é cediço concluir que a legislação autorizadora do provimento liminar^{3,4}, em nenhuma hipótese, permite o excepcional⁵ deferimento do instituto sem a devida comprovação de seus pressupostos vinculantes positivos, além do seu requisito negativo implícito.

Em outras palavras, a existência efetiva da relevância dos motivos alegados pelo impetrante (no caso de mandado de segurança) ou pelo requerente (no caso de medida cautelar) deve ser sempre constatada em perfeita consonância com a efetiva presença do condicionante inafastável da não produção do denominado *periculum in mora inverso* (a concretização de grave risco

* Desembargador Federal. Vice-Presidente do TRF2. Ex-membro do Ministério Público. Professor adjunto da Escola de Direito da UFRJ. Professor emérito da Escola de Comando e Estado-Maior do Exército (ECEME). Professor de Direito Constitucional da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ). Ex-professor adjunto da UNIRIO. Mestre em Direito do Estado pela Universidade Gama Filho (UGF). Mestre e Doutor em Direito Público (UFRJ).

de ocorrência de dano irreparável ou de difícil reparação contra o impetrado ou requerido, como consequência direta da própria concessão da medida liminar deferida ao impetrante ou ao requerente).

Uma vez que o deferimento da medida liminar possui caráter meramente preservatório (de exclusivo objetivo de garantia da inteireza da sentença), cuja reconhecida função social é exatamente fazer cessar, em caráter temporário, o ato impugnado, até que - em face da indiscutibilidade do direito invocado e comprovado - possa o magistrado decidir, sem incorrer em *error in iudicando*, não pode, em nenhuma hipótese, por efeito, a concessão da medida pretendida produzir o que, há muito, se passou a denominar grave lesão à ordem pública, compreendendo nesse conceito a chamada ordem administrativa em geral, ou seja, o normal andamento da execução do serviço público, o regular prosseguimento das obras públicas e o devido exercício das funções da administração pelas autoridades constituídas (TFR - Suspensão da Segurança nº 4.405-SP - DJU de 07.12.1979, p. 9.221).

Em se tratando especificamente de medidas cautelares, de procedimento sumário, operacionalizadas através de ação autônoma e de processo próprio - mas com as características particulares de provisoriedade, instrumentabilidade e assessorabilidade (art. 796 do CPC/73 - art. 294, parágrafo único, do CPC/15) -, a concessão da medida liminar (na qualidade de simples antecipação da medida cautelar), além de necessitar da efetiva comprovação da presença dos requisitos indispensáveis do *periculum in mora*, do *fumus boni iuris* (requisitos positivos) e da não produção do denominado *periculum in mora inverso* (requisito negativo), incluindo o anterior conceito restritivo da "grave lesão à ordem pública", encontra-se irremediavelmente condicionada à observância adicional da especial restrição imposta pelo art. 804 c/c o art. 797, ambos do CPC/73 (art. 300, §§ 1º e 2º, do CPC/2015), que só permite o deferimento da antecipação cautelar (em forma de liminar), à guisa de sua própria excepcionalidade, nas comprovadas situações em que a citação do requerido possa vir a tornar a medida ineficaz, caso em que poderá o magistrado (e, nos casos de o requerido ser parte integrante da Fazenda Pública, deverá obrigatoriamente) determinar que o requerente preste caução real ou fidejussória, objetivando garantir o ressarcimento dos eventuais danos que o requerido possa vir a sofrer com o futuro julgamento pela improcedência do pedido cautelar definitivo (medida cautelar típica ou atípica).

Portanto, a concessão de liminar, tanto em mandado de segurança quanto na qualidade de antecipação da tutela cautelar (as denominadas antecipações *in limine*), é medida de absoluta excepcionalidade e, por consequência, tem nítida vinculação com a efetiva presença de todos os pressupostos indispensáveis - o que inclui, além dos requisitos tradicionais do *periculum in mora* e

do *fumus boni iuris* -, incluindo a concreta e indiscutível relevância dos motivos alegados, em combinação com a não produção do denominado *periculum in mora inverso* (incluindo nesse conceito a não produção da chamada "grave lesão à ordem pública"), além do requisito específico para a concessão de antecipações cautelares em forma de liminar, prevista no art. 804 do CPC/73 (art. 804 do CPC/15), sendo certo que, nesse diapasão analítico, ela jamais pode ser deferida - ainda que mediante caução - quando ausentes quaisquer dos requisitos apontados, que se encontram expressos ou implícitos na atual legislação constitucional e infraconstitucional em vigor, independentemente da vontade, imposição de ordem moral, senso de justiça ou qualquer outro condicionante subjetivo que possa estar adstrito ao magistrado no momento de seu julgamento^{6,7}.

2.1 Do *periculum in mora*

Sem a menor sombra de dúvida, o *periculum in mora*⁸ constitui-se no primeiro e mais importante dos requisitos indispensáveis para a concessão de medidas liminares em mandado de segurança ou como antecipação de cautela, no caso de medida cautelar em ação com idêntica designação.

[...] Indeterminado o perigo na demora, não há como subsistir decisão concessiva de liminar (TFR - 3ª Turma - 2ª Região - AI 90.02.24586/RJ - Relator: Des. Arnaldo Lima - RTRF nº 1).

Tendo-se como não configurado o pressuposto de existência de grave dano de incerta reparação, embora possam ser relevantes os fundamentos que dão base à ação, é de negar a medida cautelar (STF - ADI 33-1/DF - Relator: Ministro Aldir Passarinho - Adcoas BJA nº 126.439, p. 86, 1990).

O *periculum in mora* é, nesse contexto, sobremaneira, a condição necessária - porém não suficiente - para o eventual deferimento da medida liminar vindicada ou mesmo para a concessão *ex officio*, operada através do denominado poder cautelar genérico, inerente à própria função do magistrado, na qualidade de representante do Estado-Juiz.

Para a obtenção da medida liminar e, consequentemente, da tutela cautelar implícita, portanto, a parte requerente obrigatoriamente deverá demonstrar fundado temor de que, enquanto aguarda a tutela definitiva, venham a faltar as circunstâncias de fato favoráveis à própria tutela (LIEBMAN, 1968, p. 92). E isso somente pode ocorrer, conforme leciona Calvosa (1960, p. 66), quando haja efetivamente o risco de perecimento, destruição, desvio, deterioração ou qualquer tipo de alteração no estado das pessoas, bens ou provas necessários para a perfeita e eficiente atuação do provimento final de mérito.

Dois são os requisitos indispensáveis para a concessão da liminar em mandado de segurança, previstos no inc. I do art. 7º da Lei nº 1.531/51: 1) a relevância do fundamento (*fumus boni iuris*); 2) e perigo de um prejuízo, do ato impugnado

poder resultar a ineficácia da medida, caso seja deferida a segurança (*periculum in mora*). Concorrendo ambos, o juiz, em decisão fundamentada, concederá a liminar. Isso significa que, na falta de qualquer um dos requisitos, a providência liminar deve ser negada.

O professor e magistrado federal Reis Friede, lecionando sobre exame do *periculum in mora* que autoriza a concessão das liminares em geral, inclusive o mandado de segurança, ensina com precisão:

‘Para a obtenção da medida liminar e consequentemente da tutela cautelar implícita, portanto, a parte requerente obrigatoriamente deverá demonstrar fundado temor de que, enquanto aguarda a tutela definitiva, venham a faltar as circunstâncias de fato favoráveis à própria tutela. E isto somente pode ocorrer, conforme leciona Carlos Calvosa (Sequestro judiciário, *Novissimo Digesto Italiano*, vol. XVII, p. 66), quando haja efetivamente o risco do perecimento e destruição, desvio, deterioração ou qualquer tipo de alteração no estado das pessoas, bens ou provas necessárias para a perfeita e eficiente atuação do provimento final de mérito’ (*Aspectos fundamentais das medidas liminares em mandado de segurança, ação cautelar, ação civil pública e ação popular*. 2. ed. Forense Universitária, 1993, p. 97).

No caso, sem muito esforço, percebe-se ausência da probabilidade do dano irreparável ou de difícil reparação para o deferimento da liminar (TJMS - MS 38438-9 - Relator: Des. Helvécio Chaves Martins - DJ de 08.08.1994, p. 3.847).

A redação conceitual do instituto, como um dos pressupostos fundamentais para o deferimento da medida liminar - ou seja, fundado receio da existência de um dano jurídico (e não propriamente “fundado receio de dano ao direito de uma das partes”, como disciplina o art. 798 do CPC/1973 (art. 297 do CPC/15), considerando que, enquanto não acontecer o julgamento do mérito da chamada “questão de fundo”, com a solução da lide, não se pode, ainda, falar em efetivo direito da parte que, eventualmente, pode até não ser reconhecido em decisão terminativa (sentença) de difícil ou impossível reparação⁹ durante o curso da ação que contém o pedido meritório -, refere-se sempre ao interesse processual (e jamais material ou meritório) presente na busca permanente da obtenção de uma real garantia quanto à própria efetividade da solução final (prestação das tutelas jurisdicionais cognitiva e executiva) a ser ditada pelo Poder Judiciário, inspirado, em última análise, no que Sidou (1983, p. 255) entendeu por bem denominar “instituto cardeal de assegurar matéria à sentença a ser editada”.

A medida liminar não tem por objeto o mérito da causa, mas a garantia da eficácia do julgado caso favorável ao impetrante. [...] (STF - Pleno - MS 20900-3/DF - Relator: Ministro Rafael Mayer - JB n° 163, Ed. Jurúá, p. 90).

Para a concessão de medida cautelar, há necessidade de se demonstrar, *initio litis*, a ocorrência dos requisitos essenciais que configurem o temor de dano jurídico iminente e o interesse na preservação da situação de fato, enquanto não advém a solução de mérito, o que corresponde ao *fumus boni iuris* [...] (TJPR - 2ª Câmara - Agr. 6.458 - Relator: Des. Negi Calixto - j. em 16.08.1989 - *Adcoas* n° 126.185, 1989).

Processual civil. Liminar deferida, *inaudita altera pars*, em ação cautelar, reajustando aposentadoria previdenciária em 147,06%. Ilegalidade. Segurança concedida para atribuição de efeito suspensivo a agravo de instrumento. - A liminar, na hipótese, é *contra legem*, afrontando os arts. 797, 798 e 804 do CPC, visto que a lesão admite reparação futura, específica e plena, e o devedor é solvente. - O caráter alimentar dos proventos não justifica aumento de aposentadoria através de liminares. - Mandado de segurança deferido para atribuição de efeito suspensivo a agravo aviado contra a liminar (TRF - 1ª Região - MS 91.01.15810-4/MG - Relator: Juiz Hércules Quasimodo - DJ de 13.04.1992, Seção II, p. 9.098).

A apreciação da efetiva presença do *periculum in mora* é realizada, como ensina Liebman (*apud* VILLAR, 1971, p. 62), através de apenas um único julgamento valorativo denominado probabilidade sobre possibilidade do dano ao provável direito pedido em via principal. Por efeito, o dano deve ser aferido sempre pelo juízo de probabilidade e jamais pelo simples e genérico juízo amplo de possibilidade¹⁰.

O denominado receio de dano há, pois, que ser objetivamente fundado, calculado, de forma a mais precisa possível, pelo exame das causas já postas em evidência, capazes de realizar ou operar o efeito indesejado, que deve ser, por consequência, afastado. A comprovação de seu fundamento, não obstante não permitir, por sua própria natureza, a certeza, deve permitir, no mínimo, a plausibilidade (justificação), sem o que o juízo restritivo de probabilidade acabaria, no exercício da prática, transmutando-se no genérico e amplo juízo de possibilidade.

Ação direta de inconstitucionalidade. Pedágio. Rodovias federais. Medida liminar. Pedágio destinado à conservação das rodovias federais. Pedido de suspensão liminar. Ausência de *periculum in mora*, visto que não irreversível o desembolso (STF - Plenário - ADI n° 24-1/SP - Medida liminar - Relator: Ministro Francisco Rezek - DJe de 09.06.89, p. 10.095).

A avaliação da plausibilidade para a aferição do próprio juízo de probabilidade na apreciação da presença ou não do requisito em questão, não ensejando a certeza (prova irrefutável), evidentemente permite ao magistrado uma determinada margem de discricionariedade, mas jamais verdadeiro arbítrio que se constituiria através da utilização do referido juízo amplo da possibilidade de dano, que, assim, estaria apenas subjetivamente fundado, calculado de uma forma absolutamente imprecisa¹¹. Por outro lado, como adverte Reis (1985, p. 26), não faria sentido que o juiz, para efeito de certificação do direito à cautela, houvesse de realizar um exame tão longo e tão refletido como o que efetua no processo principal. A proceder de tal forma, o processo cautelar perderia sua razão de ser e mais valeria à parte esperar pela decisão definitiva.

A plausibilidade do dano é avaliada pelo juiz, segundo as regras do livre convencimento, de modo que não dispense a fundamentação ou motivação de seu conhecimento; mas isso dar-se-á com muito maior liberdade de ação do que

na formação de certeza que se exige no processo definitivo (THEODORO JR., 1976, p. 78).

De qualquer maneira, 'a decisão deve ser objetiva', isto é, 'deve atender aos fatos provados, dos quais resulte aquela plausibilidade' (COSTA *apud* THEODORO JR., 1976, p. 45).

É ponto tranquilo na doutrina, por outro lado, que o risco de dano deve corresponder sempre a fatos que venham a desequilibrar efetivamente uma situação preestabelecida entre as partes, de modo que o perigo preexistente ou coexistente, com o nascimento da pretensão, realmente justifique a tutela cautelar em forma de medida liminar¹².

A ineficácia da sentença que defere o mandado de segurança não ocorre apenas quando o dano decorrente do ato impugnado seja irreparável. Para que se possa afirmar tal ineficácia, basta que a sentença que defere o mandado de segurança não tenha a aptidão de, ela própria, corrigir a ilegalidade de modo útil, vale dizer, determinando desde logo a reparação do dano (MACHADO, Hugo de Brito. *Mandado de segurança em matéria tributária*. 4. ed. São Paulo: Dialética, 2000. p. 114).

Como bem lembra Coniglio (1976, p. 79), a insolvência iminente que justifica um arresto não é a mesma que preexistia e era conhecida do credor ao tempo da constituição da dívida. O perigo de se tornar inexecutível o crédito deve surgir após sua criação, como fato novo, que agrave as condições econômicas do devedor.

Nessa mesma ordem de ideias, Miranda (2000, p. 312) reafirma que as medidas cautelares supõem "superveniência dos fatos e necessidade de se afastar o óbice da antecedenção ou mesmo da coexistência do perigo de dano".

Acertada, pois, é a conclusão de Silva (1974), segundo a qual

o perigo de perda do interesse, ou de graves danos posteriores ao nascimento do próprio direito, ou deve corresponder, pelo menos, a um agravamento da situação perigosa preexistente, ou, finalmente, sendo anterior à constituição da pretensão, era de tal natureza que o pretendente à segurança não poderia razoavelmente conhecer (SILVA, 1974, p. 70-71).

2.2 Do *fumus boni iuris*

Logo em seguida ao exame da indispensável presença do requisito fundamental do *periculum in mora*, a comprovação da efetiva existência do pressuposto do *fumus boni iuris* faz-se mister para a conclusão final da primeira fase do exame de viabilidade da medida liminar (em mandado de segurança, *habeas corpus*, ação popular, ação civil pública, dentre outras, ou como antecipação de tutela na ação cautelar) vindicada ou derivada do poder cautelar genérico.

Conforme estabelece o nosso sistema jurídico, na ação cautelar para a concessão de liminar não basta, tão somente,

a afirmação de sua necessidade formulada pelo requerente, a qual, mais das vezes, constitui uma opinião puramente subjetiva, mas, principalmente, da *demonstração do requerente da existência dos requisitos específicos da tutela cautelar*, para que o juiz possa realizar a sua indispensável avaliação e se convencer ou não da necessidade de conceder a liminar requerida (TJAL - 1ª Câmara - Agr. 5.618 - Relator: Des. Paulo da Rocha Mendes - DJAL de 1º.09.89 - Adcoas nº 128.860, 1990) (grifos nossos).

Em temas de cautelar, não demonstrada satisfatoriamente a presença do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, escorreito o *decisum* de primeiro grau que dá pela sua improcedência (TJMS - 1ª Turma - Apelação Cível 263/89 - Relator: Des. Milton Malulei - j. em 1º.08.1989).

Segundo o pensamento de Calamandrei (1945), que teremos a oportunidade de expor neste trabalho, o objetivo último da providência cautelar, ínsito na medida liminar (seja nas ações de rito especial que a proveem, seja na ação de rito especial sumário, cautelar), é exatamente o de antecipar os efeitos da providência definitiva, com o propósito derradeiro de prevenir o dano que, em última instância, poderá advir com a demora natural da solução final do litígio ou até mesmo em decorrência de má-fé de uma das partes.

Dada a própria urgência da medida preventiva, evidentemente não é possível ao julgador o exame pleno do direito material invocado pelo interessado (mesmo porque isso é objetivo do julgamento de mérito na ação principal, e não do procedimento liminar), restando, apenas, uma rápida avaliação quanto a uma "provável (não simplesmente possível) existência de um direito" - a ser verificado pelo juízo próprio de plausibilidade -, que, em última análise, será oportunamente tutelado no momento da apreciação do pedido meritório principal, ou seja, quando do julgamento da segurança no *mandamus*, da sentença no *habeas corpus* na ação popular e na ação civil pública, entre outras ações que admitem liminar, ou, ainda, no julgamento do processo principal no caso da ação cautelar.

É exatamente isso, por efeito, que constitui o denominado *fumus boni iuris*, ou seja, "o juízo de probabilidade e verossimilhança do direito cautelar a ser acertado" (VILLAR, 1971, p. 59).

Fiel a seu entendimento de que a cautela é medida antecipatória da eficácia do provimento definitivo, ensina Calamandrei (1945 *apud* VILLAR, 1971, p. 59-60) que a declaração de certeza de existência do direito é função do processo principal: "para a providência cautelar, basta que, segundo um cálculo de probabilidades, possa-se prever que a providência principal declarará o direito em sentido favorável àquele que solicita a medida cautelar".

Mas esse não é, contudo, o único entendimento aceito pela moderna doutrina a respeito do tema. Segundo o pensamento de vários autores que seguem os ensinamentos de Carnelutti (1958, p. 356), não se deve ver na tutela cautelar qualquer tipo de acerto

da lide, nem mesmo provisório, mas, sim, “uma verdadeira tutela ao processo”, a fim de assegurar-lhe unicamente eficácia e utilidade práticas ou, em outras palavras, uma tutela específica que busca apenas e tão somente “evitar, no limite do possível, qualquer alteração no equilíbrio inicial das partes, que possa resultar da duração do processo” (CARNELUTTI, 1958, p. 356).

Comungamos, no entanto, com o ponto de vista de que a essência da verdade sobre tão complexa questão não esteja, *data maxima venia*, definitivamente firmada, de forma irredutível, nas posições extremadas de ambas as doutrinas sobre a matéria em epígrafe. Entendemos possuir a medida liminar, conforme anteriormente nos referimos, uma natureza jurídica tipicamente administrativo-cautelar, com conteúdo de julgamento discricionário, fundado na prudente valoração do magistrado (e não no simples arbítrio) em torno da oportunidade e da conveniência da decretação da medida, e com nítido objetivo de provisão cautelar, por excelência, garantidora, em última análise, da efetividade da sentença - sem almejar, por outro lado, tocar diretamente no seio do conflito, ainda que o faça, de forma limitada e por vias transversas -, em flagrante caráter excepcional, como antecipação parcial e provisória da própria decisão meritória (e, por consequência, não se constitui numa simples “tutela do processo”, desprovida de qualquer essência mais abrangente, como doutrina Carnelutti (1958), mas que, ao mesmo tempo e em nenhuma hipótese, pode ser confundida, em sua plenitude, com o mérito do pedido principal (como, em parte, defende Calamandrei, 1945), por corresponder exatamente a um conteúdo específico e particular, inerente à própria natureza da medida liminar, de forma ímpar e, portanto, dotada do atributo de exclusividade.

O *fumus boni iuris* consiste na probabilidade de existência do direito invocado pelo autor da ação cautelar. Direito a ser examinado aprofundadamente em termos de certeza, apenas no processo principal já existente, ou então a ser instaurado. A existência do direito acautelado é, no processo cautelar, aferida em termos de probabilidade e, por isso, seu exame é menos aprofundado, superficial mesmo - *sumaria cognitio* (TJSP - 15ª Câmara - Apelação Cível 144.007-2 - Relator: Des. Ruy Camilo - j. em 07.06.89 - RJTJSP 121/104) (grifos nossos).

A existência do direito acautelado é, no processo cautelar, aferida em termos de probabilidade e por isso seu exame é menos aprofundado, superficial mesmo - *sumaria cognitio*. Sobre o insucesso da ação principal, diga-se, em tese, que o Código admite, expressamente, a possibilidade de que alguém obtenha uma providência cautelar e, no entanto, venha depois a sucumbir no processo principal. Que mostra isso? Mostra exatamente que a concessão da providência cautelar não está condicionada à demonstração plena da existência do direito alegado pela parte. Pode acontecer que o juiz, diante dos elementos que lhe foram trazidos, suponha provável a existência desse direito, e, no entanto, mais tarde, através de investigação aprofundada que vai fazer sobre a matéria, chegue à convicção de que na realidade o suposto

direito não existia. Agora, é evidente que pelo menos tem de haver elementos capazes, *prima facie*, de tornar razoável, aos olhos do juiz, a suposição da existência do direito - o *fumus boni iuris* (TJSP - 18ª Câmara - Emb. 89.820-2 - Relator: Des. Benini Cabral - j. em 16.03.87 - Adcoas nº 115.982, 1987) (grifos nossos).

É exatamente sob essa ótica que o requisito do *fumus boni iuris* possui seu destaque, criando o verdadeiro liame subjetivo que associa o mérito do pedido principal (mérito primário) ao mérito da providência cautelar (mérito secundário), cuja absoluta coincidência - em casos flagrantemente excepcionais - pode vir, até mesmo (em situações limítrofes), a dar origem às chamadas medidas cautelares satisfativas.¹³

O *fumus boni iuris* - que corresponde exatamente a um juízo específico de exame de probabilidade de efetiva existência do direito material reclamado, e não, simplesmente, como deseja Campos (1974, p. 132), a “simples verificação de que a parte realmente dispõe do direito de ação”, que, em essência, se constitui numa garantia constitucional que nenhuma norma infraconstitucional poderia, *a priori*, restringir -, ao lado do *periculum in mora*, constitui-se, portanto, no próprio e específico conteúdo de fundo (coloquial e convencionalmente chamado de “meritório”) da providência cautelar e da ação cautelar, em especial¹⁴. Não pode ser entendido, em nenhuma hipótese, apenas como simples condição específica da ação instrumental autônoma cautelar ou de seu substrato liminar, salvo quando o juízo valorativo se dirige única e exclusivamente aos requisitos de concessão, e não ao seu conteúdo.^{15,16}

Tratando-se de medida cautelar, deverá ser a pretensão objetivamente razoável, dependendo da presença dos pressupostos especiais de *periculum in mora* e *fumus boni iuris*, sem o que faltará interesse para agir, impondo-se a extinção do processo por *carência de postulação* (TACivSP - 1ª Câmara - Apelação Cível 221.433-4 - Relator: Juiz Quaglia Barbosa - j. em 1º.06.1988 - JTACivSP 11/382) (grifos nossos).

[...] além das condições gerais, comuns a todas as ações - legitimidade de parte, possibilidade jurídica do pedido e interesse processual -, as medidas cautelares devem ter duas outras condições especiais, o *fumus boni iuris* situado no campo da possibilidade jurídica e o *periculum in mora* situado no campo do interesse processual. [...] considerados o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris* como condições especiais de admissibilidade da ação cautelar, ou como o próprio mérito desta, o que mais interessa é que não será tutela jurisdicional cautelar prestada, sem que tais requisitos estejam presentes (TJSP - 14ª Câmara Cível - Apelação Cível 112.879-2 - Relator: Des. Marcus Vinicius - j. em 29.12.1986 - RJTJSP 106/175) (grifos nossos).

2.3 Relevância do fundamento do pedido e possibilidade ampla de concessão ex officio da tutela cautelar em forma de liminar

O direito positivo vigente explicita, de forma peremptória, o duplo fundamento da providência cautelar

e, especificamente, os requisitos básicos da suspensão liminar do ato impugnado na ação mandamental, a saber: a) a relevância do fundamento do pedido ou a relevância dos motivos alegados (expressões sinônimas) e b) a irreparabilidade (ou, no mínimo, a extrema dificuldade de reparabilidade) futura do eventual dano produzido pelo ato impugnado, caso, mais tarde, fosse deferida a ordem (no julgamento da segurança vindicada), que seria, nesse caso, totalmente inócua (porque extemporânea), ineficaz e inidônea para restabelecer o *statu quo ante*.

Art. 7º Ao despachar a inicial, o juiz ordenará:

[...]

III - 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; [...] (Lei nº 12.016, de 07.08.2009, art. 7º, inc. III).

No mesmo sentido, as leis anteriores de 1936 e de 1939 punham em relevo as condições em que seria concedida a liminar:

Art. 8º A inicial será desde logo indeferida quando não for caso de mandado de segurança ou lhe faltar algum dos requisitos desta lei.

[...]

§ 9º Quando se evidenciar, desde logo, a relevância do fundamento do pedido, e decorrendo do ato impugnado lesão grave irreparável do direito do impetrante, poderá o juiz, a requerimento do mesmo impetrante, mandar; preliminarmente, sobrestar ou suspender o ato aludido (Lei nº 191, de 16.01.1936).

Art. 324. Findo o prazo para as informações e para a contestação, os autos serão conclusos ao juiz, que decidirá em cinco (5) dias.

[...]

§ 2º - Quando se evidenciar a relevância do fundamento do pedido e puder do ato impugnado resultar lesão grave ou irreparável ao direito do requerente, o juiz mandará desde logo suspender o ato (Lei nº 1.608, de 18.09.1939).¹⁷

A Lei nº 1.533, de 31 de dezembro de 1951, entretanto, afastou quaisquer dúvidas a respeito da possibilidade ampla de o magistrado proceder, *ex officio*, à prestação da tutela cautelar, em forma de liminar, afirmando simplesmente que, “ao despachar a inicial, o juiz ordenará que se suspenda o ato que deu motivo ao pedido, quando for relevante o fundamento e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida, caso seja deferida” (art. 7º, inc. II). A nova Lei nº 12.016, igualmente, em seu art. 7º, III, reforçou a mencionada tese jurídica.

É o magistrado, portanto, quem irá, em última análise, valorar o fundamento do pedido - como bem lembra Cretella Jr. (1980, p. 190) -, ao apreciar o caso, em concreto e julgar se o sobrestamento do ato impugnado é indispensável para que o deferimento extemporâneo da medida não se torne inócuo ou ineficaz. A

liminar não tem, portanto, de ser, necessariamente, objeto do pedido. Decorre da própria natureza do ato a ser desfeito. E quem decide isso é unicamente o juiz, *sponte sua*, dispensando a anterior necessidade inafastável de provocação pelo impetrante no *mandamus*.

O impetrante pode, como leciona Cretella Jr. (1980), muitas vezes, nem atinar com a necessidade da liminar. O impetrante dá os fatos, assinala, ao mesmo tempo, a natureza lesiva do ato impugnado. Prova, documentalmente, o alegado. O juiz decidirá, em última análise, se o socorro é urgentíssimo ou apenas urgente.¹⁸

Não tem razão, portanto, Santos (1973, p. 158), quando diz que “a suspensão liminar do ato depende de requerimento da parte a ser formulado com a inicial, ou em qualquer fase do processo”.

Muito pelo contrário, a razão está, certamente, com a doutrina de Nunes (1956), quando escreve que

a suspensão liminar está facultada ao juiz para que não se frustrasse o direito reclamado, quando bem fundado o pedido, considerando ser esta uma apreciação em que o juiz terá que se mover necessariamente com certa liberdade.¹⁹ Se for motivo de razoável receio que o mandado a ser ulteriormente concedido já se encontre irreparavelmente comprometido quanto ao direito reclamado - como no caso em que se desse posse ao funcionário nomeado, com preterição do impetrante -, é fato que a eventual irreparabilidade, ainda que relativa (porque menos atingido o impetrante do que o erário público que teria que suportar o ônus do pagamento dos funcionários) já seria razão suficiente para suspensão liminar (NUNES, 1956, p. 348).

No mesmo sentido, Sidou (1969, p. 347) esclarece que o fundamento é de ordem subjetiva, e não processual. Postule ou não o queixoso a suspensão do ato lesivo, o juiz diligenciará nesse sentido, sob pena de, não o fazendo, esbarrar em casos diante dos quais sua sentença não terá razão de ser. “Será um julgamento vazio”.

Por efeito conclusivo, a apreciação do fundamento relevante é *facultas* do magistrado, através de sua competência discricionária própria, que permite a livre apreciação de sua própria existência e, a partir daí, a sinérgica operacionalização de um móvel capaz de - em conjunto com os demais requisitos indispensáveis ao deferimento da medida liminar - fazer cessar, em caráter imediato, o ato que se supõe lesivo, inclusive *ex officio*, e, portanto, independentemente de qualquer provocação das partes interessadas, não deixando de ter em mente, por outro lado, os objetivos específicos da medida liminar, de natureza cautelar, que não se confundem, no seu conjunto, com a questão meritória central.

[...] A cautelar visa à segurança e não ao reconhecimento do direito (TJRJ - 7ª Câmara - Apelação Cível 36.501 - Relator: Des. Graccho Aurélio - j. em 21.05.1985 - RF 291/243).

A medida liminar é provimento cautelar de segurança, quando sejam relevantes os fundamentos da impetração e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da ordem judicial, se concedida ao final (art. 7º, inc. II). Para a concessão

da liminar, devem concorrer os dois requisitos legais, ou seja, a relevância dos motivos em que se assenta o pedido na inicial e a possibilidade da ocorrência de lesão irreparável ao direito do impetrante, se vier a ser reconhecido na decisão de mérito. 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 de ordem patrimonial, funcional ou moral, se mantido o ato coator até a apreciação definitiva da causa. Por isso mesmo, não importa em prejulgamento; não afirma direitos; nem nega poderes à administração. Preserva apenas o impetrante de lesão irreparável, sustando provisoriamente os efeitos do ato impugnando (MEIRELLES, 1988).

2.3.1 Relevância do fundamento do pedido, *fumus boni iuris* e *periculum in mora*

A doutrina majoritária tem entendido que os requisitos para a suspensão liminar do ato impugnado no *mandamus* se identificam perfeitamente com os pressupostos genéricos para a concessão da medida liminar, ou seja, o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, consoante o art. 7º, III, da Lei nº 12.016/09, *verbis*:

Art. 7º Ao despachar a inicial o juiz ordenará:
[...]

III - 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 (grifos nossos).

Como se depreende claramente da norma transcrita - art. 7º, inc. III, da Lei nº 12.016/2009 -, a providência liminar visa a “paralisar a prática de ato lesivo até o pronunciamento definitivo do Poder Judiciário” (TEMER, 1989, p. 76) ou “a incolumidade da sentença” (SIDOU, 1980, p. 31-42), assegurando, conseqüentemente, “a possibilidade de satisfação, a ser declarada em sentença, do direito do impetrante” (NUNES, 1956, p. 349), o que se constituiria, visivelmente, nos mesmos objetivos das medidas cautelares de modo geral (e, por efeito, seus requisitos seriam os mesmos).

O problema do relacionamento da providência cautelar com o mandado de segurança não é propriamente de compatibilidade. Que esta existe, não resta a menor dúvida, haja vista a natureza essencialmente cautelar nas liminares próprias do mandado. A liminar aí funciona como autêntica cautela inibitória atípica, de enorme importância e extensão, como imperativo mesmo de caráter constitucional da segurança, inserida, como é, no capítulo dos direitos e garantias individuais. Pode-se afirmar, pois, sem exagero, que a medida cautelar encontra no mandado de segurança o reconhecimento mais importante de sua imprescindibilidade, já que, na maioria dos casos, só através dela deixará de frustrar-se o direito subjetivo que a Constituição ampara com a ação de segurança contra os atos ilegais ou abusivos da autoridade pública (LIMA, 1986, p. 7).

Quanto ao fato de ter a medida liminar em mandado de segurança, pelas suas próprias características e finalidades, a mesma feição nítida de igual providência em ação cautelar - nominada ou inominada, com as vantagens e ônus decorrentes do próprio ato -, praticamente, ninguém tem qualquer dúvida.

A questão coloca-se exatamente em saber se o requisito da “relevância do fundamento do pedido” corresponde ou não exatamente ao *fumus boni iuris* - ou, até mesmo, em parte, ao *periculum in mora* - em qualquer medida liminar, presente indistintamente nos *writs* constitucionais ou mesmo na ação cautelar, na qualidade de antecipadora de tutela cautelar.

Embora estejamos - possivelmente pela primeira vez neste trabalho - em posição francamente minoritária, entendemos pela doutrina que a “relevância do fundamento do pedido”²⁰ constitui-se em um terceiro e autônomo requisito para o deferimento da medida liminar, tanto no mandado de segurança (disposição legal expressa) como na ação popular, na ação civil pública e na ação cautelar, perfazendo - em conjunto com o quarto requisito (a não produção do *periculum in mora* inverso) - a segunda fase do juízo próprio de admissibilidade da medida liminar.

2.4 *Periculum in mora* inverso

Durante a segunda fase do exame do juízo de admissibilidade da medida cautelar, em forma de liminar ou não - ao lado do requisito da “relevância do fundamento do pedido” e, necessariamente, após a comprovação dos requisitos do *periculum in mora* e do *fumus boni iuris* (relativos à primeira fase do exame do juízo de admissibilidade da medida) -, resta o imperativo e criterioso exame do requisito consubstanciado no denominado *periculum in mora* inverso ou, mais especificamente, na sua “não produção”, consistente, exatamente, no afastamento, por seu turno, da eventual concretização de grave risco de ocorrência de dano irreparável (ou de difícil reparação) contra o réu (impetrado ou requerido), como consequência direta da própria concessão da medida liminar eventualmente deferida ao autor (impetrante ou requerente).

[...] considero, na verdade, que o *periculum in mora* existente no mandado de segurança não é uma via de mão única. O *periculum in mora* é uma via de dupla mão de direção. Há que se atentar que, à medida que possa existir o perigo da demora ao direito do administrado, muitas vezes pode concorrer o *periculum in mora* ao direito de administração (BENZOS, 1986, p. 117-118).

Na concessão de liminar, pela ampla discricção com que age, deve o juiz redobrar de cautelas sopesando maduramente a gravidade e a extensão do prejuízo, alegado, que será imposto aos requeridos [...] (TJRS - 1ª Câmara - Agr. 584.044.135 - Relator: Des. Athos Gusmão Carneiro - j. em 26.02.1985 - RT 598/191).

Embora não se refira nominalmente ao *periculum in mora* inverso, sem a menor sombra de dúvida, salta aos olhos a competente afirmação assente com a doutrina - do Ex-Desembargador do TJRS e Ministro aposentado do STJ, Athos Gusmão Carneiro, a respeito do tema e que traduz, com absoluta fidelidade, a essência deste quarto e não menos importante requisito, ainda que sem a expressa alusão ao seu *nomen iuris*.

Vale colacionar no ensejo a norma do art. 401 do CPC de Portugal em que o juiz é aconselhado a, ocorrentes a plausibilidade do bom direito e do perigo na demora, conceder a liminar 'salvo se o prejuízo resultante da providência exceder o dano que com ela se quer evitar'. Em suma, por vezes a concessão da liminar poderá ser mais danosa ao réu, do que a não concessão ao autor. Portanto, tudo aconselha o magistrado prudentemente a perquirir sobre o *fumus boni iuris*, sobre o *periculum in mora* e também sobre a proporcionalidade entre o dano invocado pelo impetrante e o dano que poderá sofrer o impetrado (ou, de modo geral, o réu em ações cautelares) (CARNEIRO, 1992) (grifos nossos).

No mesmo sentido, relaciona Lacerda (1998), tratando do poder cautelar geral e afirmando a prudência com que deverá agir o juiz, no que tange à observação do requisito do *periculum in mora* inverso, "as exigências contrastantes das partes com o interesse da administração da justiça, sempre ínsito nas providências cautelares", devem ser sempre observadas bilateralmente, visto que se encontra diretamente em jogo "o bom nome e até a seriedade da justiça".

De forma inclusive mais contundente, adverte também Aragão (1990) que "há certas liminares que trazem resultados piores que aqueles que visavam evitar".

A não produção do denominado *periculum in mora* inverso, necessariamente implícito no próprio bom-senso do julgador, desponta, portanto, inegavelmente, como um pressuposto inafastável para a decisão final pela concessão da medida liminar - a ser sempre e obrigatoriamente verificado, de forma compulsória -, uma vez que em nenhuma hipótese poderia ser entendido como um procedimento lícito para a modificação de uma situação, de fato, perigosa para uma parte, mas tranquila para outra, por uma nova que apenas invertesse a equação original, salvaguardando os interesses de uma das partes em detrimento da outra e ao elevado custo da imposição de gravames (até então inexistentes e por vezes até mesmo insuportáveis²¹).

Ação cautelar. Liminar. Cassação, pois que o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora* militam, no caso, em favor da parte contrária. Se o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora* militam em favor do requerido, dá-se provimento ao agravo para cassar-se a liminar deferida em favor dos requerentes (TRF da 1ª Região - 2ª Turma - AI 91.01.06748-6/MG - Relator: Juiz Hércules Quasímodo - DJ de 13.04.92, Seção II, p. 9.112).

Por outro lado, a ausência de um estudo mais apurado sobre a efetiva presença dos principais requisitos autorizadores para o deferimento da medida liminar

vindicada (relativo ao que entendemos por bem denominar primeira fase, ou seja, *periculum in mora* e *fumus boni iuris*), além de um juízo reflexivo mais abrangente quanto à relevância do fundamento do pedido (relativo à chamada segunda fase ou fase subsequente da avaliação), pode ensejar, por parte do magistrado, uma indesejável análise superficial da questão, conduzindo-o a um eventual e leviano deferimento da medida (que sempre sustenta caráter de absoluta excepcionalidade, ou seja, em caso de dúvida, quanto à efetiva presença dos pressupostos, a não concessão da medida liminar deve ser a regra), em virtual prejuízo do próprio instituto cautelar, com flagrante resultado de desprestígio à justiça, em termos gerais, e ao Poder Judiciário, em particular, podendo até mesmo vir a constituir-se em instrumento capaz de produzir uma excepcional e teórica situação analógica de *periculum in mora* inverso contra a, em princípio, intangível acepção maior do Estado-Juiz²².

A concessão, indiscriminadamente transformada em verdadeira benesse, vem retirando a seriedade do denominado remédio heróico, enfraquecendo o *writ* como *remedium iuris* excepcional, em desprestígio da própria justiça enquanto instituição. E, não raras vezes, após a concessão da liminar, o mandado não é provido, mas o fato já se tornou irreversível e consumado. A concessão de liminar há, portanto, de ser precedida de criterioso estudo, só se concedendo em caso de iminente e irreparável lesão. A concessão de liminar há, portanto, de ser precedida de criterioso estudo, só se concedendo em caso de iminente e irreparável lesão. A concessão indiscriminada de medidas liminares poderá levar ao referendo de caprichos e procrastinações, às vezes irreversíveis, com desprestígio do próprio Poder Judiciário [...] (OLIVEIRA, 1988, p. 194) (grifos nossos).

2.4.1 *Periculum in mora* inverso e grave lesão à ordem pública

Não obstante ser considerada tradicional a nomenclatura grave lesão à ordem pública, consagrada pela redação do art. 4º da Lei nº 4.338/64, *verbis*:

Quando, a requerimento de pessoa jurídica de direito público interessada e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia pública, o presidente do tribunal, ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso, poderá suspender, em despacho fundamentado, a execução da liminar e da sentença; dessa decisão caberá agravo, sem efeito suspensivo, no prazo de 10 (dez) dias, contados da publicação do ato (Lei nº 4.338/1964) (grifos nossos).

É importante advertir que essa expressão não é absolutamente sinônima do termo *periculum in mora* inverso (na qualidade de pressuposto fundamental para a concessão da medida liminar), guardando, na verdade, em relação a este, uma íntima relação de espécie e gênero.

Por efeito, o requisito da não produção do denominado *periculum in mora* inverso abrange, em sua plenitude, o chamado risco de grave lesão à ordem pública

(incluindo, neste último, a ordem administrativa em geral²³), sem, no entanto, esgotar o instituto, uma vez que, reconhecidamente, pode também existir a hipótese em que o gravame (ou prejuízo efetivo irreparável ou de difícil reparação), derivado do eventual deferimento da medida liminar (sobretudo a antecipação de tutela cautelar na ação própria), venha a atingir apenas um particular e, por consequência, um interesse eminentemente privado.

A conclusão, portanto, é no sentido de que o pressuposto genérico da não produção do *periculum in mora* inverso (ou reverso) possui uma dimensão muito mais ampla, que, necessariamente, transcende o simples requisito, expresso em lei, da suspensão da medida liminar no *mandamus*, a exemplo de outras disposições normativas dotadas de nítida especificidade que, exatamente por essa razão, somente a qualificam como espécie do gênero maior.

2.4.2 Das divergências perceptivas sobre o *periculum in mora* inverso

Não obstante a mencionada consagração da expressão “*periculum in mora* inverso”, é importante ressaltar que muitos equívocos e certa incompreensão do novel requisito ainda continuam a existir no seio da nossa comunidade acadêmica.

Muito provavelmente, a confusão mais comum é exatamente a de não compreender que o *periculum in mora* inverso é precisamente a concepção reversa do mais importante pressuposto autorizativo para a concessão da tutela cautelar ou antecipatória, em forma de provimento liminar, ou seja, o *periculum in mora*.

Nesse sentido, alguns articulistas têm apontado, em evidente equívoco, que o requisito negativo consubstanciado no *periculum in mora* inverso se traduz pela previsão original ínsita no art. 273, § 2º, do CPC/73 (art. 300, § 3º, do CPC/2015). De acordo com Campos (2008), Chaves (2012) e Leme (2013), “Não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado”, ainda que, curiosamente, alguns autores aparentemente, em suas respectivas dissertações, compreender a natureza intrínseca do *periculum in mora* inverso na qualidade de verdadeiro contraponto ao requisito básico e fundamental do *periculum in mora*.

[...] situação em que há risco para ambas as partes, devendo o magistrado, nos moldes dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, aferir a *potencialidade ou intensidade* desses riscos para cada lado [...] (LEME, 2013, p. 5) (grifos nossos).

Oportuno ressaltar que o instituto da tutela antecipada, de forma diversa da tutela de segurança cautelar, possui - além do requisito do *periculum in mora* e do *fumus boni iuris* (ainda que com uma roupagem diversa²⁴) - a necessária reversibilidade dos efeitos²⁵ do provimento

antecipatório, ou, em outras palavras, o instituto da tutela antecipada, além de possuir o impedimento relativo²⁶ da não produção do denominado *periculum in mora* inverso, também possui, em adição, o impedimento absoluto²⁷ quanto à reversibilidade do provimento antecipatório, não se confundindo, portanto, o primeiro - simples contraponto do requisito básico do *periculum in mora* - com o segundo, requisito expresso e específico vocacionado para as hipóteses de tutela antecipada.

Em qualquer hipótese, a verdade é, acima de tudo, que o requisito negativo do *periculum in mora* inverso é anterior ao próprio advento do instituto da tutela antecipada e alude, genericamente, nas palavras de Ferraz (1996), ao simples fato de que “a liminar não deve ser concedida se o dano resultante do deferimento for superior ao que se deseja evitar” (FERRAZ, 1996, p. 143).

Havendo dúvidas objetivas sobre a localização efetiva da área ocupada, objeto de reintegração de posse, mais aconselha que se mantenha o *status* atual, afastando-se a demolição pretendida até que se ultimem as provas na ação de retomada, evitando o estabelecimento de *periculum in mora* inverso com a medida drástica referida (TJSC - 2ª Câmara - AI 222992/SC - 2011.022299-2 - Relator: Des. Gilberto Gomes de Oliveira - j. em 30.01.2012).

Restando ausente a demonstração, de plano, da prova inequívoca da verossimilhança da alegação, bem como presente o *periculum in mora* inverso, tendo em vista o caráter alimentar dos adicionais por serviços extraordinários devidos aos filiados ao sindicato-réu, deve ser mantida a decisão que indeferiu o pedido de tutela antecipada (STJ - 3ª Seção - AgRg na AR 4076/PE - 2008/0209876-0 - Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura - j. em 23.02.2011 - DJe de 03.03.2011).

[...] ‘O *periculum in mora* inverso e o princípio da proporcionalidade devem ser considerados, pois há liminares que trazem resultados piores que aqueles a que visam evitar’ (Egas Moniz de Aragão)’ (Des. Newton Trisotto) (TJSC - 3ª Câmara - AG 67784/SC - 2009.006778-4 - Relator: Des. Luiz César Medeiros - j. em 12.02.2010).

Nesse prisma analítico, sintetizou bem a noção conceitual de *periculum in mora* inverso Carpena (2003), quando preconiza, de forma resumida, que

[o] *periculum in mora* inverso nada mais é do que a verificação da possibilidade de deferimento da liminar causar mais dano à parte requerida do que visa evitar a requerente; [...] nenhum magistrado deferirá uma medida *initio litis* se averiguar que os efeitos de sua concessão poderá causar danos nefastos e deveras mais violentos do que visa evitar (CARPENA, 2003).

Em necessário reforço, o já citado Carneiro (1992) relembra, com emérita propriedade, que,

por vezes, a concessão de liminar poderá ser mais gravosa ao réu do que a não concessão ao autor. Portanto, tudo aconselha ao magistrado perquirir sobre o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora* e também sobre a proporcionalidade entre o dano invocado pelo impetrante e o dano que poderá sofrer o impetrado (CARNEIRO, 1992).

Igualmente, Dias (2005, p. 55) reconhece - inclusive citando Carneiro (1992) - que “há setores na doutrina, contudo, que apontam para a necessidade de não gerar a concessão um efeito mais gravoso do que o que se pretende evitar com a providência cautelar”.

E, continua o mencionado autor, afirmando que “essa posição se impõe, porque, em princípio, o que se busca tutelar é a eficácia da decisão de mérito, e não os interesses materiais das partes” (DIAS, 2005, p. 55).

Continua o mencionado autor:

O escopo último da tutela cautelar é garantir a higidez prática da decisão judicial meritória, sendo, em última instância, mais uma garantia assecuratória da efetividade jurisdicional que, por assim dizer, um modo de deferimento sumário e parcial da pretensão da parte. Embora não haja expressa previsão legal acerca do tema, a doutrina tem colocado em evidência que há a necessidade de garantia do tratamento isonômico das partes também no processo civil (DIAS, 2005, p. 55).

Em idêntico sentido, Martins (2003) pontua que:

O princípio da igualdade integra o princípio do devido processo legal, pois preconiza pela igualdade formal perante o Juiz que torna concreta a norma legal e pela igualdade processual no interior do processo. Este princípio realiza-se com o tratamento paritário dos litigantes no processo (MARTINS, 2003, p. 77).

Prossegue Dias (2005), ainda sobre o tema, que,

se de fato é assim, não há como se pensar em uma tutela cautelar que acabe por produzir um efeito lesivo mais grave que aquilo que pretende evitar ou que simplesmente transfere de uma parte a outra o ônus conservativo decorrente do acautelamento da situação litigiosa. A situação de produção de efeito de maior gravidade do que aquele que se pretende acautelar ou mera transferência constitui-se em inequívoca violação da isonomia das partes, sobretudo quando se leva em consideração que no âmbito cautelar não há espaço para a proteção dos direitos alegados pelas partes. Embora o fundamento constitucional seja evidente, não se deve deixar de considerar que o próprio sistema positivo estabeleceu meios de compensação dos riscos quando a decisão cautelar contiver risco de quebra da isonomia processual. Esses meios são desdobramentos do princípio da isonomia processual e que se convencionou chamar de procedimentos de contracautela (DIAS, 2005).

É, portanto, através do instituto da contracautela que é possível, pelo menos em tese, se estabelecer um mecanismo que, se, por um lado, não afasta por completo o *periculum in mora* inverso na qualidade de requisito impeditivo para a concessão de providências cautelares ou antecipatórias, em forma de medida liminar, por outro, ao menos minimiza seus efeitos.

Tais institutos autorizam que em determinadas hipóteses o juiz possa fixar um meio de garantia de não produção do risco, ou, pelo menos, criar um meio de minimização do perigo por meio de uma salvaguarda de cunho patrimonial (DIAS, 2005).

Antecipando algumas vezes o resultado final do processo, a medida cautelar, ao mesmo tempo em que afasta o *periculum in mora*, pode trazer o risco de prejuízo para a parte que deve sofrer os efeitos dessa antecipação. [...] Em tais hipóteses, como observa Calamandrei (1945), a caução funciona como cautela da cautela ou contracautela (MARQUES, 2000, p. 437) (grifos nossos).

Nesse sentido, o já citado Dias (2005) afirma também que,

do mesmo modo que está assente na mais moderna doutrina que não existe discricionariedade na oferta da proteção cautelar, quando verificar o juiz que a cautela ofertada induz a situação mais grave que a originariamente reclamada, estará obrigado a exigir a prestação de caução ou outro meio adequado. Não se trata de um requisito genérico que deve ser avaliado pelo juiz no momento da concessão da tutela cautelar, mas a inversão do risco, gerando situação mais grave que a acautelada demanda do juiz, com a finalidade de garantir a isonomia processual, a contracautela mais adequada. Admitir-se que possa o juiz determinar com a cautela ofertada situação mais grave ou apenas mero deslocamento subjetivo do risco importaria em reconhecer a insubsistência do princípio da isonomia processual e tanto quanto isso desconfiguraria o caráter conservativo das ações cautelares. O Superior Tribunal de Justiça já decidiu que as contracautelas típicas previstas no art. 804 do CPC/73 (art. 300, § 1º, do CPC/2015) são institutos relacionados ao processo cautelar, não se estendendo a ações especiais como, por exemplo, o mandado de segurança. Assim, por via de exclusão, fixou que essas medidas são pertinentes no âmbito cautelar sempre que verificados os seus pressupostos. Ainda mais especificamente quanto ao âmbito cautelar, contudo, o Superior Tribunal de Justiça assumiu posição de que, estando presente o efeito mais grave decorrente da concessão da proteção cautelar ou importando ela em mero deslocamento do risco, é de se exigir a contracautela, não sendo, assim, mera faculdade judicial. Assim, a contracautela é vinculante ao juízo quando evidenciada a situação de inversão do *periculum in mora* (DIAS, 2005, p. 55-56).

Tais institutos - as medidas cautelares e as contracautelas - representam duas faces da mesma moeda; elas se complementam de tal sorte que a compreensão dos limites e o alcance das medidas cautelares imbricam-se com a percepção das fronteiras e a extensão das contracautelas (CAVALCANTE *apud* DIAS, 2005, p. 54).

2.4.3 Cautela e contracautela

Muito embora as normas infraconstitucionais relativas às medidas cautelares, em termos gerais, e às medidas liminares, em termos particulares, disciplinem diversas sanções para os eventuais prejuízos provocados pelo deferimento da providência cautelar - desde que promovida de forma maliciosa ou por erro grosseiro pela parte vindicante -, nem sempre a indenização prevista na lei poderá alcançar a própria irreparabilidade de determinados danos importantes impostos ao requerido/impetrado (ou mesmo a terceiros) pela própria efetivação da medida.

A concessão de liminar, inúmeras vezes, causa danos a terceiros, atingidos pelos efeitos da medida, o que empenha a obrigação de indenizar, se o impetrante agiu com culpa ('A parte que, maliciosamente, ou por erro grosseiro, promover medida preventiva responderá também pelos prejuízos que causar' - CPC de 1939, art. 688, parágrafo único) (CRETELLA JR., 1980, p. 193).

Nesses casos - ou ainda nas situações em que os eventuais prejuízos não são indenizáveis por ausência dos requisitos para tanto -, nem mesmo a chamada caução em garantia ou contracautela, prevista em vários dispositivos da legislação infraconstitucional, especialmente o art. 804 do CPC/73 (art. 300, § 1º, do CPC/2015) e exigida ou não ao sabor do prudente arbítrio do juiz, pode ser indicada como efetiva solução ao problema que, por seu turno, somente poderá ser realmente evitado através da rigorosa observância do anteriormente mencionado requisito indispensável da não produção do *periculum in mora* inverso.

A contracautela não é *conditio sine qua non* do deferimento da medida liminar, e sim providência destinada a evitar o *periculum in mora* resultante da concessão imediata da providência cautelar. Do contrário, acabariam neutralizados os efeitos das medidas liminares, ou se dificultaria demasiadamente sua concessão [...] (MARQUES, 1976, p. 370) (grifos nossos).

É evidente, entretanto, que, em certas situações, a caução ou contracautela exigida pelo julgador perfaz providência suficientemente eficaz para afirmar, em última análise, o difícil e almejado equilíbrio cautelar no processo em discussão, garantindo a sua plena viabilidade no sentido da efetividade final do *decisum* meritório objetivado. Também é verdade que, em certos casos, o deferimento da medida liminar a uma das partes não possui o condão de impor qualquer ônus excepcional à outra parte, mantendo o desequilíbrio original que se buscava corrigir com a concessão da medida.

Por todas essas razões, é importante entendermos que a própria diversidade das situações não permite uma espécie de "regra geral" que vincule, de forma absoluta, o deferimento da medida liminar à apresentação de uma garantia ou, por outro lado, que a produção de uma contracautela necessariamente obrigue o magistrado à concessão da medida liminar vindicada.^{28,29,30}

Caução fidejussória ou real é condição que fica a critério do magistrado que concede a liminar, já que o art. 804 do CPC encerra norma meramente facultativa e não imperativa (TJPR - 1ª Câmara - Agr. 517/86 - Relator: Des. Oto Luiz Sponholz - j. em 10.03.1987 - Adcoas nº 116.596, 1988) (grifos nossos).

Pelo art. 804 do CPC, a prestação de caução é ato que fica a critério do juiz [...] (TJSC - 1ª Câmara - Agr. 4.724 - Relator: Des. Protásio Leal - j. em 08.11.1988 - *Jurisprudência Catari-nense* 62/204) (grifos nossos).

[...] O instituto da caução tem por finalidade evitar o risco de abusos nas medidas cautelares, cuja concessão pertence exclusivamente à discricção do juiz. Assim como a concessão de medida cautelar sem audiência da parte contrária é faculdade que a lei concede ao juiz, da mesma forma a exigência de caução, ou dispensa, para a respectiva concessão liminar, fica exclusivamente ao arbítrio do magistrado, sem que se possa ter como ofensiva ao direito do interessado uma ou outra solução escolhida pelo julgador. [...] Desde que consentizado da existência do bom direito em favor do autor e inexistindo risco de lesão grave e de difícil reparação, pode o juiz dispensar a caução, sem que sua decisão implique ofensa ao direito da parte contrária (TAMG - 3ª Câmara - Agr. 5.002 - Relator: Juiz Ney Paolinelli - j. em 25.11.1986 - RJTAMG 29/73).

A providência estabelecida no art. 804 do CPC, como contracautela eventual, representa mera faculdade atribuída ao julgador, a quem se reservam, no exame de cada caso concreto, prudência e discricção na avaliação da sua necessidade. O fato de o Código estabelecer a obrigação de indenizar por parte dos que sucumbirem nas medidas cautelares quando a execução destas possa causar prejuízo aos requeridos - art. 811 do CPC - não implica, necessariamente, o dever de o juiz sempre determinar a prestação de caução pelos respectivos requerentes (TACivSP - 4ª Câmara - Agr. 357/842 - Relator: Juiz José Bedran - j. em 08.05.1986 - JTACivSP 99/161).

3 Conclusões

A concessão da tutela de acautelamento, em forma de provimento liminar, tanto em mandado de segurança quanto nas demais ações que a admitem, como na qualidade de antecipação da tutela cautelar, é medida de absoluta excepcionalidade e de vinculação à presença de todos os pressupostos indispensáveis, o que inclui - além dos requisitos tradicionais do *periculum in mora* e do *fumus boni iuris* - a rigorosa observância quanto à não produção do denominado *periculum in mora* inverso (além do requisito específico para a concessão de antecipações cautelares em forma de liminar prevista no art. 804 do CPC), sendo certo que a mesma jamais pode ser deferida (ainda que mediante caução) quando ausentes quaisquer requisitos apontados, que se encontram expressos ou implícitos na atual legislação constitucional e infraconstitucional em vigor, independentemente da vontade, imposição de ordem moral, senso de justiça ou qualquer outro condicionante subjetivo que possa estar adstrito ao magistrado no momento de seu julgamento.

Outrossim, resta importante consignar que a apreciação dos pressupostos autorizadores do provimento cautelar é *facultas* do magistrado, através de sua competência discricionária própria, que permite a livre apreciação de sua própria existência e, a partir daí, a operacionalização de um móvel capaz de fazer cessar, em caráter imediato, o ato que se supõe lesivo, inclusive *ex officio* e, portanto, independentemente de qualquer provocação das partes interessadas, não deixando de ter em mente, por outro lado, os objetivos específicos da medida

liminar, de natureza cautelar, que não se confundem, no seu conjunto, com a questão meritória central.

Cumpra observar que o requisito genérico da não produção do *periculum in mora* inverso (ou reverso), nesse sentido, em necessário reforço argumentativo, possui uma dimensão muito mais ampla, que, necessariamente, transcende o simples requisito, expresso em lei, da suspensão da medida liminar no *mandamus*, a exemplo de outras disposições normativas dotadas de nítida especificidade que, exatamente por essa razão, somente a qualificam como espécie do gênero maior, o que importa concluir que a própria diversidade das situações não permite uma espécie de “regra geral” que vincule, de forma absoluta, o deferimento da medida liminar à apresentação de uma garantia, ou, por outro lado, que a produção de uma contracautela, necessariamente, obrigue o magistrado à concessão da medida liminar vindicada, uma vez que, não necessariamente, tal possibilidade afaste, de forma derradeira, o obstáculo desse novel requisito negativo à concessão da medida acautelatória, em forma ou não de provimento liminar.

Referências

- ARAGÃO, Egas Moniz de. *Revista de Direito da Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro, n. 42, 1990.
- BARBI, Celso Agrícola. *Do mandado de segurança*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.
- BEZNOS, Clóvis. A liminar em mandado de segurança, limites à discricionariedade do juiz. *Revista Brasileira de Direito Processual*, Uberaba, Forense, v. 31, 1982.
- BEZNOS, Clóvis. *Curso de mandado de segurança*. São Paulo: Ed. RT, 1986.
- CALAMANDREI, Piero. *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1945.
- CALVOSA, Carlo. Sequestro giudiziari. In: CALVOSA, Carlo. *Novissimo Digesto Italiano*. Torino: UTET, v. 17, 1960.
- CAMPOS, Cynthia Amaral. *Que se entende por periculum in mora inverso?* Rede de Ensino LFG, 2008. Disponível em: <http://ww3.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20081211174513359&mode=print>, Acesso em: 28 mar. 2014.
- CAMPOS, Ronaldo Cunha. *Estudos de direito processual*. Uberaba: Rio Grande Artes Gráficas, 1974.
- CARNEIRO, Athos Gusmão. Limitares na segurança individual e coletiva. *Revista da AJUFE*, Brasília, mar./jun. 1992.
- CARNELUTTI, Francesco. *Direito e processo*. Napoli: Morano, 1958.
- CARPENA, Márcio Louzada. Aspectos fundamentais das medidas liminares no processo cautelar. Academia Brasileira de Direito Processual Civil. 2003. Disponível em: <[http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/M%C3%A1rcio%20L%20Carpen%20\(4\)%20formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/M%C3%A1rcio%20L%20Carpen%20(4)%20formatado.pdf)>. Acesso em: 28 mar. 2013.
- CHAVES, Patrícia Mendes. *Concessão da tutela antecipada e da liminar na ação cautelar: observância do periculum in mora inverso*. Monografia (Especialização em Direito). AMV Faculdade Integrada. Rio de Janeiro, 2012. Disponível em: <http://www.avm.edu.br/docpdf/monografias_publicadas/K221116.pdf>. Acesso em: 28 mar. 2013.
- CRETELLA JR., José. *Comentários às leis do mandado de segurança*. São Paulo: Saraiva, 1980.
- DIAS, Jean Carlos. *Contracautela e periculum in mora inverso: a garantia da isonomia no processo cautelar*. *Repertório de Jurisprudência IOB*, São Paulo, IOB, n. 2, v. 3, 2005.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Malheiros, 1995.
- FALCÃO, Joaquim. Quem julga o Supremo? *O Globo*, Rio de Janeiro, 20 set. 1992, p. 7.
- FERRAZ, Sergio. *Mandado de segurança (individual e coletivo): aspectos polêmicos*. São Paulo: Malheiros, 1996.
- LACERDA, Galeno. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- LEME, Fábio Ferraz de Arruda. Diferenças entre requisitos para concessão liminar e da tutela definitiva no processo cautelar. *DireitoNet*. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/8152/Diferencas-entre-requisitos-para-concessao-liminar-e-da-tutela-definitiva-no-processo-cautelar>>. Acesso em: 28 mar. 2013.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manuale di diritto processuale civile*. Milano: Giuffrè, 1968.
- LIMA, Alcides de Mendonça. A eficácia temporal da medida liminar em mandado de segurança. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, v. 42, 1986.
- MACHADO, Hugo de Brito. *Mandado de segurança em matéria tributária*. 4. ed. São Paulo: Dialética, 2000. p. 114.
- MARQUES, José Frederico. *Instituições do direito processual civil*. Campinas: Millenium, 2000. v. 5.

MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1976. v. 4.

MARTINS, Juliano Schaefer. Princípio da isonomia e tratamento desigual às partes no processo civil. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, Ed. Dialética, v. 6, 2003.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Do mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção e habeas data*. São Paulo: Ed. RT, 1988.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Licitação*. São Paulo: Ed. RT, 1980.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de et al. *Curso de mandado de segurança*. São Paulo: Ed. RT, 1986.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Forense, 2000. v. 3.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. São Paulo: Ed. RT, 1992.

NUNES, José de Castro. *Do mandado de segurança e de outros meios de defesa contra atos do poder público*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1956.

OLIVEIRA, Francisco Antônio de. *Execução na Justiça do Trabalho*. São Paulo: Ed. RT, 1988.

REIS, José Alberto dos. *A figura do processo cautelar*. Porto Alegre: Ajuris, 1985.

SANTOS, Ulderico Pires dos. *O mandado de segurança na doutrina e jurisprudência*. Rio de Janeiro: Forense, 1973.

SIDOU, J. M. Othon. *Habeas corpus, mandado de segurança, mandado de injunção, habeas data, ação popular: as garantias ativas dos direitos coletivos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

SIDOU, J. M. Othon. Medida liminar em mandado de segurança. *Revista da Procuradoria do Estado do Ceará*, Fortaleza, n. 2, 1980.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. *As ações cautelares e o novo processo civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1974.

TEMER, Michel. Mandado de segurança: cabimento da medida liminar após a sua denegação. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, v. 14/15, 1989.

THEODORO JR., Humberto. *Processo cautelar*. São Paulo: LEUD, 1976.

VILLAR, Willard de Castro. *Ação cautelar inominada*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988.

VILLAR, Willard de Castro. *Medidas cautelares*. São Paulo: Ed. RT, 1971.

Notas

1. O conceito técnico de *periculum in mora* pode ser traduzido pelo fundado receio da existência de um dano jurídico, de difícil ou impossível reparação, durante o curso da ação cautelar e, por extensão, da ação principal (no caso de ações cautelares típicas ou atípicas), ou durante o curso do mandado de segurança e de outras ações que admitem o provimento liminar, aferido através do juízo próprio de probabilidade, com comprovada plausibilidade de existência de dano, justificado receio de lesão de direito e/ou existência de direito ameaçado -, e nunca no genérico juízo de possibilidade (que, pela extrema amplitude, não permite a imposição do princípio da segurança e do controle mínimo dos acontecimentos).

2. *Fumus boni juris* pode ser conceituado como a probabilidade plausível (e não mera e genérica possibilidade) de exercício presente ou futuro do direito de ação com provimento de mérito favorável, considerando que pequenas incertezas e eventuais imprecisões, a respeito do direito material do autor (requerente ou impetrante), não devem assumir a força de impedir-lhe o acesso à tutela cautelar.

“A tutela cautelar só é viável se a pretensão deduzida ou a ser deduzida no processo principal caracteriza-se como provável, não bastando que seja razoável e muito menos que seja simplesmente possível” (Aldo Magalhães, *JTACivSP* 99/267).

3. Caráter administrativo do provimento liminar.

De um modo geral, considera-se que o provimento liminar de conteúdo cautelar possui um incontestado caráter administrativo. De fato, embora caracterizado como providência determinada pelo órgão judicial - provimento com escopo de prevenção -, em muitos casos a medida é concedida independentemente da observância formal do princípio do contraditório. Assim o é tanto no mandado de segurança quanto nas demais ações que expressamente admitem a liminar, como também, de modo geral, nas medidas cautelares. Diante de certas situações de urgência e para evitar o periclitamento de direitos, a lei autoriza ao juiz a concessão de liminares, sem ouvir a parte contrária. Na concessão dessas medidas *inaudita altera pars*, ocorre, em grande medida, o que Nery Júnior denomina “limitação imanente à bilateralidade da audiência no processo civil e que se exterioriza quando a natureza e a finalidade do provimento jurisdicional almejado ensejarem a necessidade de concessão de medida liminar, *inaudita altera pars*, como é o caso do provimento cautelar, em forma ou não de liminares, em ação possessória, mandado de segurança, ação popular, ação coletiva (art. 81, parágrafo único, CDC) e ação civil pública” (NERY JÚNIOR, 1992, p. 133).

4. Liminar como “mera prevenção do direito”.

É importante salientar, por oportuno, que alguns autores - aparentemente confundindo o fato da inexistência de efetivo processo cautelar nos provimentos assecuratórios previstos, em forma de liminar, em algumas ações cognitivas (como, por exemplo, o *habeas corpus*, o mandado de segurança, a ação popular etc.), com a irrefutável natureza jurídica cautelar destes mesmos procedimentos - têm sugerido (confundindo, inclusive, os conceitos de processo e procedimento) a sinérgica inexistência de nítido procedimento de feição cautelar, exteriorizado por intermédio de medidas liminares nos *writs* constitucionais, insinuando, de maneira visivelmente equivocada, que, nestes casos, os respectivos provimentos liminares, expressamente previstos, se constituem em “meras prevenções do próprio direito”: “A liminar no mandado de segurança, na ação popular, na declaração de inconstitucionalidade de lei, é mera prevenção do próprio direito, em nada se caracterizando como uma medida

cautelar. Servem ao processo em que são proferidas, e não têm sequer procedimento cautelar, inseridas que estão no contexto da própria ação” (VILLAR, 1988, p. 79).

5. É importante registrar que o deferimento da medida liminar é sempre excepcional, até porque está umbilicalmente ligado à sinérgica demonstração quanto à efetiva presença de seus requisitos ensejadores, em decisão fundamentada pelo magistrado.

6. Ônus probatório quanto aos requisitos da medida liminar.

Deve ser assinalado - evitando-se qualquer dúvida a respeito - que o ônus da prova, quanto à efetiva presença, no caso concreto, dos requisitos autorizadores da providência cautelar (em forma ou não de liminar), é de exclusiva responsabilidade da parte requerente.

Cabe a ela, sob esse prisma, portanto, a inequívoca e compulsória comprovação de que se encontram sempre presentes, na hipótese trazida à colação, todos os pressupostos que viabilizam o legítimo deferimento da medida pretendida, ou seja, os requisitos positivos (que devem sempre estar presentes): *periculum in mora*, *fumus boni iuris* (e relevância do fundamento jurídico do pedido para quem entende se constituir o mesmo em pressuposto autônomo), e, no caso particular de antecipação, *in limine*, de medida cautelar, a condição especial consubstanciada no art. 804 do CPC, além do requisito negativo (que, ao contrário, deve sempre se encontrar ausente): não produção do denominado *periculum in mora* inverso ou, em outras palavras, a grave lesão à ordem pública (incluindo, nessa classificação, a lesão à ordem administrativa etc.).

Não comprovado qualquer um dos pressupostos permissivos da medida vindicada, deve o julgador proceder ao imediato indeferimento dela, considerando, sobretudo, o caráter excepcional que sempre reveste a concessão da segurança cautelar, exteriorizado ou não através da medida liminar. A regra, por efeito conclusivo, deve ser o indeferimento da providência cautelar, notadamente quando houver razoável dúvida quanto à prova (que deve ser relativamente insofismável) de seus requisitos autorizadores.

Essa é exatamente a razão pela qual é lícito ao juiz fundamentar sumariamente (“pela ausência de efetiva comprovação dos requisitos autorizados”) o pronunciamento judicial indeferitório da medida liminar, pois de outra forma ocorreria efetiva inversão do ônus probatório, ou seja, em lugar de a parte requerente ter de comprovar a presença de todos os requisitos autorizadores da medida liminar, restaria ao juiz demonstrar, de forma inequívoca, a ausência de pelo menos um dos pressupostos condicionantes do deferimento da providência cautelar requerida.

7. Deve ser consignado, por oportuno, que o constante deferimento de medidas liminares, em sinérgica afronta aos mandamentos legais restritivos do emprego do instituto (pressupostos de admissibilidade da proteção cautelar), tem contribuído, sobremaneira, para o desprestígio do Poder Judiciário, conforme amplo e constante noticiário crítico a respeito do tema, com destaque especial no caso da cassação do deputado Sérgio Naya:

“Compreende-se que os advogados do deputado Sérgio Naya usem toda sorte de artifício - até desaparecer de sessões da Comissão de Justiça - para impedir ou adiar a cassação de seu mandato.

São recursos de quem tem evidentes dificuldades para discutir a procedência da acusação.

É desalentador, por outro lado, que essa estratégia seja beneficiada pela facilidade com que a Justiça concede liminares. O próprio Ministro Ilmar Galvão, do Supremo Tribunal Federal, forneceu a prova de que não existia motivo para a medida que ele mesmo assinara quinta-feira: ouvindo argumentos de parlamentares, não demorou mais de 40 minutos para redigir segunda decisão, cancelando a primeira.

Fica o Ministro com o mérito de polidamente reconhecer o seu lapso. Seria melhor ainda se o episódio tivesse efeito pedagógico. O de convencer juízes e ministros que liminares - capazes de trancar procedimentos judiciais, às vezes por muito tempo, sem que seja discutido o mérito do caso - não podem ser concedidas apenas

porque alguém pediu e com base unicamente nas alegações do interessado”.

8. *Periculum in mora*.

Para alguns, como Villar (1988, p. 128), o perigo da mora não é um perigo genérico de dano jurídico, mas, especificamente, um perigo de dano posterior, derivante do retardamento da medida definitiva, ou, como disse Calamandrei (1945, p. 42), é a impossibilidade prática de acelerar a emanação da providência definitiva que faz surgir o interesse da emanação de uma medida provisória. É a mora dessa providência definitiva, considerada em si mesma como possível causa de dano ulterior, que trata de prevenir com uma medida cautelar que antecipe provisoriamente os efeitos da providência definitiva.

9. Dano jurídico de difícil ou impossível reparação.

Para a perfeita caracterização do dano jurídico de difícil ou impossível reparação, não é suficiente, apenas, a simples prova da eventual existência de um posterior dano jurídico no curso da lide, mas, além deste, a indubitável dificuldade ou mesmo impossibilidade de efetiva reparação se o mesmo vier a ocorrer:

“Sem que ocorrentes os pressupostos de aparência de bom direito e de perigo da demora da prestação jurisdicional, não se defere liminarmente medida cautelar, requerida no curso da lide, quando não evidenciada a irreparabilidade do dano” (ac. unân. de 1º T. do TFR, de 10.06.1988, no Agr. 56.647-PR, Rel. Min. Dias Trindade; RTFR 165/83).

“São requisitos específicos da tutela cautelar o risco objetivamente apurável, de não ser a ação principal útil ao interesse demonstrado pela parte - dano potencial - em razão do *periculum in mora*; e a plausibilidade do direito substancial invocado pelo pretendente à segurança, ou *fumus boni iuris*. Se o juiz, em face da prova, se convence da existência de fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, poderá causar ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação, deve conceder a tutela” (MELLO, 1980, p. 91).

10. Juízo de probabilidade de dano.

COSTA *apud* THEODORO JR., 1976, p. 77, lembra, com muita propriedade, que “o dano deve ser provável” e “não basta a possibilidade, a eventualidade”. E explica: “possível é tudo, na contingência das cousas criadas, sujeitas à interferência das forças naturais e da vontade dos homens. O possível abrange assim, até mesmo, o que rarissimamente acontece. Dentro dele cabem as mais abstratas e longínquas hipóteses. A probabilidade é o que, de regra, se consegue alcançar na previsão. Já não é um estado de consciência, vago, indeciso, entre afirmar e negar, indiferente. Já caminha na direção da certeza. Já para ela propende, apoiado nas regras da experiência comum ou da experiência técnica”.

11. Juízo de possibilidade de dano.

Não obstante o elogiável esforço da doutrina e da jurisprudência, nos últimos anos, no sentido de precisar a margem de discricionariedade dos julgados para a avaliação da presença ou não do requisito do *periculum in mora*, através especialmente do estabelecimento dos conceitos dos diferentes juízos de probabilidade e de possibilidade e, sobretudo, da questão da plausibilidade do fundamento invocado, uma parte extremamente minoritária e praticamente isolada, tanto na doutrina como na jurisprudência, ainda insiste na utilização da expressão genérica “possibilidade” para registrar a presença ou não de dano a que alude o *periculum in mora*.

“No âmbito da cautelar, cabe, apenas, ao julgador perquirir a possibilidade do dano grave consequente à ineficácia do processo principal *periculum in mora* e dos indícios de um possível direito *fumus boni iuris* a ser acautelados. Tais são as condições ou requisitos específicos da tutela cautelar” (ac. unân. da 8ª Câmara do TJRJ, de 22.10.85, no Agr. 9.476, Rel. Des. Eugênio Sigaud).

12. Deve ser assinalado, por oportuno, que o motivo determinante (objetivo finalístico) do deferimento da medida liminar em mandado de segurança (a exemplo de outras ações que admitem tal provimento administrativo-cautelar) é, sobretudo, o acautelamento

quanto à possibilidade (em verdade, probabilidade-plausível ou simplesmente plausibilidade) de o provimento final (meritório) tornar-se ineficaz ou, em outras palavras, uma garantia cautelar quanto à plena inteireza da sentença, afastando, dessa feita, o denominado dano processual de impossível reparação (irreparável) ou, no mínimo, de difícil reparação.

Por efeito - de forma diversa do que pode parecer à primeira vista -, o dano a que alude a legislação vertente para caracterizar o principal requisito de concessão da ordem liminar, necessariamente, concerne ao chamado dano processual, ou seja, dano à efetividade do provimento jurisdicional meritório que, a seu tempo, venha a reconhecer o direito autoral. Não se trata, pois, de dano à coisa ou às pessoas (hipótese excepcional presente apenas nas denominadas cautelares administrativas) e nem mesmo de dano necessariamente irreparável, bastando ser de difícil reparação, visto que o dano processual de fácil reparação permitiria a plena e adequada correção no momento imediatamente subsequente à prolação do pronunciamento judicial sentencial.

Por essa sorte de considerações, condenável, como bem adverte Hugo de Brito Machado (A medida liminar e o *solve et repute*, *Correio Brasiliense*, 14.05.2001), a decisão do TRF da 5ª R. (AI 25.660-PE, julg. 19.9.2000, *Boletim de Jurisprudência* nº 132/2001, p. 59), que concluiu que “a cobrança de tributos não configura dano irreparável, pois é franqueada ao contribuinte a via da ação de repetição de indébito, o que torna perfeitamente possível o retorno ao *statu quo ante*”, considerando que a exigência da lei, *in casu*, cinge-se apenas ao dano processual de difícil reparação e, igualmente, não à ampla possibilidade - e sim à plena e restrita plausibilidade - de completo retorno ao *statu quo ante*, o que, em muitas situações, resta improvável pela via do ajuizamento (posterior) da ação de repetição de indébito ou de qualquer outro processo cognitivo. Portanto, como bem já decidiram o STF (ADIn nº 567-DF, Rel. Min. Ilmar Galvão, julg. em 12.09.1991, DJ de 04.10.1991, p. 13.779; RTJ 138/60) e o próprio TRF da 5ª R. (MS 48.557-PE, julg. em 07.04.1995), o dano processual, caracterizador do pressuposto cautelar, é todo aquele cuja reparação não pode ser determinada plenamente (em sua efetiva inteireza) pela própria sentença proferida na sede da ação principal (mandamental ou de outra natureza, conforme o caso), traduzindo a sua necessária e sinérgica efetividade jurisdicional.

13. *Fumus boni iuris* como elemento de ligação entre o mérito cautelar e o mérito da ação principal.

É evidente que não estamos aqui a sustentar que o fundamento da pretensão cautelar seja exatamente o mesmo do fundamento material alegado pela parte. Mas, ao mesmo tempo, negar, por completo, qualquer relação entre os diversos fundamentos de ambas as pretensões (a principal e a cautelar), através do *fumus boni iuris* (liame subjetivo que incontestavelmente as une), como deseja Liebman (1968, p. 36), amparado na doutrina de Carnelutti - ao defender na providência cautelar a existência de uma “mera ação” à base de simples interesse, e não de autêntico direito subjetivo (especialmente no caso das ações cautelares) -, é permitir negar a própria existência do requisito em questão (o *fumus boni iuris*) nas ações cautelares, como chegou a defender Campos (1974, p. 128-132): “Se o processo cautelar tem por fim tutelar o processo, o que se acerta no seu decorrer é a existência de ameaça ao direito da parte ao processo, isto é, ao direito de ação, que não se confunde de forma alguma com o direito subjetivo material”.

14. Equivalência da sentença na ação cautelar à medida liminar nos *writs* constitucionais.

Na verdade, a medida liminar em mandado de segurança, ação popular e ação civil pública é muito mais aproximada, em termos de equivalência à medida cautelar, ínsita na ação cautelar, do que propriamente, como supõem os menos avisados, equivalente à medida liminar prevista no art. 804 do CPC, cuja natureza jurídica é de simples antecipação da própria medida cautelar.

Não obstante a medida liminar, nas ações de rito especial que a preveem, não estar associada a um processo autônomo - como a medida cautelar na ação com idêntica designação - a exemplo desta última, a medida liminar nos *writs* também possui um conteúdo meritório próprio e específico (cujo liame subjetivo que o associa com o mérito do pedido principal é exatamente o *fumus boni iuris*), considerando que, embora esteja inserida no mesmo processo e, por efeito, na mesma ação, possui, em qualquer hipótese, em seu procedimento peculiar, um relativo e elevado grau de autonomia.

15. *Periculum in mora* e *fumus boni iuris* como condições específicas da ação cautelar.

Em sentido contrário, no que tange especificamente às ações cautelares, temos, entretanto, as seguintes opiniões: “as cautelares sujeitam-se às condições comuns a toda ação e subordinam-se a requisitos específicos consubstanciados no *fumus boni iuris* e no *periculum in mora*, gerando carência de ação a inexistência destas condições, a serem examinados ao prudente arbítrio do juiz” (ac. unân. da 2ª Câmara do TAMG, de 21.12.1988, na Apelação 42.409, Rel. Juiz Garcia Leão; RJTAMG 34 e 37/340; *Adcoas*, 1989, no 125.490) (grifos nossos).

16. *Fumus boni iuris* como condição específica e particular da ação cautelar.

Digna de menção, entretanto, é a posição de Campos (defendida em parte por Theodoro Júnior) e assente com Villar (1971), para quem, “ao acertar o *fumus boni iuris*, o juiz acerta apenas a probabilidade e a verossimilhança do pedido cautelar, e não do pedido de fundo” (VILLAR, 1971, p. 61).

Em suma, o requisito da ação cautelar, tradicionalmente apontado como o *fumus boni iuris*, deve, na verdade, corresponder não propriamente à probabilidade de existência do direito material - pois qualquer exame a respeito só é próprio da ação principal -, mas sim à verificação efetiva de que, realmente, a parte dispõe do direito de ação, direto ao processo principal a ser tutelado (CAMPOS, 1974, p. 132).

É importante mencionar, a propósito, que, para estes autores, o *fumus boni iuris* é mera condição específica da ação cautelar, não se constituindo em mérito da mesma, o que nos remete a uma curiosa conclusão: a ação cautelar, embora possua pressupostos processuais e condições genéricas e específicas, não possui qualquer conteúdo meritório e, portanto, talvez nem “ação possa ser considerada”.

17. É importante ressaltar que, no regime de vigência da Lei nº 191, de 1936, a liminar era concedida tão somente mediante iniciativa do impetrante (arts. 8º e 9º), considerando-se decisão *ultra petita* aquela que ordenasse a suspensão do ato, sem aquela solicitação da parte. O Código de Processo Civil de 1939, é interessante notar, prestigiava esse modo de considerar as coisas, ao preceituar que “o juiz não pode pronunciar-se sobre o que não constitua objeto do pedido”.

18. O exemplo do mandado de segurança se aplica, por perfeita analogia, aos demais casos de ação popular, ação civil pública e ação cautelar, esta última, inclusive, por específica disposição legal do CPC, interpretada por extensão quanto ao seu alcance.

19. Concessão *ex officio* da tutela cautelar em forma ou não de medida liminar pelo juiz.

Essa posição doutrinária, flagrantemente majoritária, segundo a qual a tutela cautelar, em forma de medida liminar ou não, pode ser concedida *ex officio* pelo magistrado, independentemente de provocação pelas partes, é importante lembrar, já foi por nós exaustivamente abordada no capítulo específico que trata do poder cautelar geral e genérico.

20. Fundamento jurídico do pedido e fundamento relevante.

Bezons (1982) traça um interessante paralelo entre o fundamento relevante, como requisito da liminar, e o “fundamento jurídico do pedido”, como um dos requisitos preconizados pelo art. 282 do CPC. O autor afirma que o fundamento jurídico nada mais é que uma

relação de adequação lógica entre os fatos descritos e as consequências pedidas.

Quanto à relevância que se pode exigir desse fundamento jurídico, Bezanos entende que ela consiste apenas na viabilidade aparente (e daí a confusão com o requisito do *fumus boni iuris*) de que os fatos descritos possam redundar na consequência pedida no *mandamus*. Exigir mais do que isso seria impor um prejulgamento do mérito da segurança, para a outorga ou não da liminar. Arrematando: relevante será o fundamento possível dentro do ordenamento jurídico, capaz de levar à conclusão pedida pelo impetrante.

Por fim, alerta o ilustre articulista que, presente essa relação de adequação entre os fatos narrados e a providência pedida, deve o juiz atentar muito mais para o *periculum in mora*, sob pena de, em muitas circunstâncias, aniquilar o direito constitucional de defesa pelo *writ*.

21. Escolha na imposição do gravame à parte pelo julgador.

O próprio princípio da imparcialidade do julgador jamais poderia licitamente permitir a “escolha” consciente da imposição de qualquer gravame a uma das partes, até porque este não é o verdadeiro objetivo do processo cautelar autônomo ou do procedimento cautelar em forma de liminar que visa exatamente a encerrar a eventual situação de risco, garantindo a certeza da decisão final e, por consequência, a efetividade da sentença.

22. Condições fundamentais para a ampla aceitação do Judiciário pela sociedade.

Luhman (*apud* FALCÃO, 1992, p. 7) aponta três condições fundamentais para o Poder Judiciário ser aceito pela sociedade: a) produzir decisões (sentenças); b) implementar decisões; e c) solucionar ou minorar, de forma real, o conflito aparentemente resolvido na sentença.

Embora a primeira condição pareça óbvia porque todos, aparentemente, vão ao Judiciário para buscar uma decisão (na realidade fática), essa condição preliminar não só não é óbvia, como ainda é de difícil operacionalização, porquanto (talvez, até na maioria dos casos) os jurisdicionados não buscam no Poder Judiciário propriamente uma decisão e, sim, buscam, na maioria dos casos, evitar essa mesma decisão.

O aparente paradoxo, no entanto, é resolvido pela simples observação da prática judiciária do dia a dia. Por exemplo, quantas pessoas, de fato, preferem recorrer à Justiça, através de medidas cautelares (com previsão liminar), para, através de pseudogarantias de fiança bancária, deixar - ou pelo menos adiar *sine die* - de recolher importante volume de tributos ao fisco, sob os mais diversos argumentos que mais tarde - ou mesmo concomitantemente em processos equivalentes - serão julgados improcedentes ou, na verdade, não possuíam qualquer chance real de êxito? Quantos inquilinos, segundo o próprio exemplo de Falcão (1992), preferem recorrer ao Judiciário a pagar o aumento do aluguel contratado, apostando num eventual acordo com o proprietário premido pela lentidão de uma solução final (ou de uma eventual anistia fiscal, no primeiro caso)?

Portanto, nem mesmo podemos afirmar que a primeira condição para o Judiciário ser aceito pela sociedade se encontra, de forma plena e absoluta, satisfeita.

23. Ordem pública.

Interpretando construtivamente e com largueza a ordem pública, o então presidente do TFR e posteriormente Ministro do STF, José Neri da Silveira, explicitou que “Nesse conceito se compreende a ordem administrativa em geral, ou seja, a normal execução do serviço público, o regular andamento das obras públicas, o devido exercício das funções da administração pelas autoridades constituídas” (TFR, Suspensão de Segurança nº 4.405/SP, DJU de 07.12.1979, p. 9.221).

24. Muitas vezes têm sido confundidos os diferentes conceitos da verossimilhança da alegação (típico requisito autorizador para a concessão de tutela antecipatória) com o tradicional *fumus boni iuris*

(relativo ao pressuposto para o deferimento de tutela cautelar). Se é certo que os institutos processuais guardam suas indiscutíveis semelhanças, é igualmente correto afirmar que não são idênticos por outro prisma, não obstante algumas vozes discordantes nesse particular.

“Verossimilhança nada mais é do que o velho e conhecido requisito do *fumus boni iuris*” (Adriano Perácio).

Na verdade - através de uma arriscada simplificação -, seria razoável concluir que a verossimilhança da alegação (na qualidade de inconteste juízo de convencimento a ser procedido sobre o quadro fático apresentado pela parte) nada mais é do que um *fumus boni iuris* ampliado que melhor se traduz pela “semelhança ou aparência de verdade” do que propriamente pelo restrito conceito de “fumaça do bom direito”.

Essencialmente, trata-se de conceito menos abrangente do que o juízo amplo de possibilidade (veja a propósito maiores detalhes em nossa obra *Aspectos fundamentais das medidas liminares em mandado de segurança, ação cautelar, tutela antecipada e tutela específica*, 5. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002), porém mais elástico do que o juízo próprio de probabilidade plausível, inerente ao requisito cautelar do *fumus boni iuris*.

25. Segundo lições de Dinamarco (1995, p. 176-177), “as medidas inerentes à tutela antecipada, como já tivemos a oportunidade de consignar, têm nítido e deliberado caráter satisfativo, sendo impertinentes quanto a elas as restrições que se fazem à satisfatividade em matéria cautelar. Elas incidem sobre o próprio direito e não consistem em meios colaterais de ampará-los, como se dá com as cautelares. Nem por isso o exercício dos direitos antes do seu seguro reconhecimento em sentença deve ser liberado a ponto de criar situações danosas ao adversário, cuja razão na causa ainda não ficou descartada. É difícil conciliar o caráter satisfativo da antecipação e a norma que a condiciona à reversibilidade dos efeitos do ato concessivo (art. 273, § 2º). (Fala a lei em ‘irreversibilidade do provimento antecipado’, mas não é da irreversibilidade do provimento que se cogita. A superveniência da sentença final, ou eventual reconsideração pelo juiz, ou o julgamento de algum agravo, podem reverter o provimento, mas nem sempre eliminarão do mundo dos fatos e das relações entre as pessoas os efeitos já produzidos).

Some-se ainda a necessidade de preservar os efeitos da sentença que virá ao final, a qual ficará prejudicada quando não for possível restabelecer a situação primitiva.

Uma cautela contra a irreversibilidade reside na aplicação de regras inerentes à execução provisória das sentenças. O § 3º do art. 273 manda aplicá-las para impedir a alienação de bens do réu e para condicionar à prévia caução idônea o levantamento de dinheiro. Dita a reversão à situação anterior em caso de desfazimento do título executivo, aplicando-se também essa regra à execução antecipada. Mas, ao remeter-se somente aos incisos II e III do art. 588 do Código de Processo Civil, aquele § 3º exclui a exigência de caução para dar início à execução provisória. De todo o disposto no § 3º resulta, pois, que a execução provisória das decisões antecipatórias com caráter condenatório far-se-á sem prévia caução, mas não chegará à expropriação de bens penhorados e, propiciando, embora o levantamento de dinheiro, condiciona-o a caução (Nesses casos, estando assim satisfatoriamente garantida a reversibilidade, inexistem males a temer. A lei deixou de fora qualquer disposição sobre a responsabilidade civil do exequente, mas resulta das normas gerais de direito privado que, se prejuízos houver, por eles responderá quem se valeu da tutela antecipada e depois se positivou que não tinha direito).

Cautelas análogas o juiz adotará em relação a qualquer outro direito cujo gozo autorizar por antecipação. Determinando-se a entrega de bem móvel, exigirá caução idônea que assegure a devolução. Se for entregue bem imóvel, o risco é menor. O cumprimento das obrigações de não fazer poderá ser exigido desde logo quando a atividade vetada é contínua e assim for puramente pecuniário o possível prejuízo (exige-se caução, se for o caso).

Sendo necessário conciliar o caráter satisfativo da tutela antecipada com o veto a possíveis efeitos irreversíveis da decisão que as concede, cabe ao juiz, em cada caso, impor as medidas assecuratórias que sejam capazes de resguardar adequadamente a esfera de direitos do réu (cauções, etc.).

26. Necessário contraponto ao requisito do *periculum in mora* originário e, portanto, necessariamente adstrito aos efeitos colaterais que o mesmo possa vir a produzir.

27. Impedimento autônomo que alude à necessária reversibilidade da antecipação dos efeitos jurídicos de natureza meritória (direito material).

28. É oportuno registrar o fato de que o condicionamento compulsório da liminar à caução prévia existe no direito alemão (§§ 921 e 936 do ZPO) e no argentino (art. 199 do CPC).

29. É importante frisar que, embora o Código de 1939 não cogitasse da caução como contracautela, a jurisprudência, durante sua vigência, passou a exigí-la, principalmente como condição de deferimento liminar da medida inominada da sustação do protesto cambial. Como se lê em acórdão da 5ª Câmara do 1º Tribunal de Alçada Cível de São Paulo, datado de 16.05.1973, “o abuso dos pedidos de sustação, como meio de ganhar tempo para cobrir fundos bancários, insuficientes, prolongando a mora sem sanção, fez com que os magistrados passassem a exigir o depósito prévio da quantia objetivada, como meio de cortar os excessos” (RT 456/122).

30. Conforme salienta Lacerda (1998, p. 345-346), caução constitui meio genérico de garantia. O Código usa a expressão “caução real ou fidejussória”, já empregada pelo Código Civil nos arts. 419 e 729, para abranger as duas espécies destacadas pela doutrina.

Como exemplos de caução real, citam-se a hipoteca, o penhor, a anticrese e o depósito de títulos de crédito, equiparável a penhor pelos arts. 789 e segs. do Código Civil, bem como o de outros títulos e valores mercantis. Consideram-se também cauções reais os depósitos judiciais em garantia, feitos em dinheiro ou em outros bens móveis ou imóveis, embora não formalizados em penhor ou hipoteca. As cauções fidejussórias possuem natureza pessoal. Seu exemplo típico é a fiança, mas nelas incluem-se igualmente outros negócios jurídicos de garantia, como a cessão ou promessa de cessão condicional de créditos ou direitos de outra natureza.

Qualquer dessas modalidades serve à contracautela, apesar de serem mais comuns e usuais a fiança e o depósito em dinheiro. A jurisprudência tem admitido, também, o depósito de mercadorias e o penhor (RT 500/112 e 114).

Na caução do art. 804, deparamos com a interessante figura de cautela enxertada em cautela, por exigência de ofício do juiz (art. 797), sem audiência do requerido, de cujo interesse cuida-se. Não se confunde essa medida com as cauções do art. 799 e dos arts. 826 e segs. As primeiras resultam de providência inominada, não prevista em lei material, ao passo que as últimas constituem projeção processual das cauções prescritas ou autorizadas no direito material ou no contrato, como instrumentos de garantia em face de relações principais litigiosas. Por isso, bem andou o congresso de magistrados realizado em agosto de 1974 no Rio de Janeiro, quando se concluiu que a caução do art. 804, porque prestada direta e imediatamente por ordem judicial, sem citação do réu, nada tem a ver com o procedimento cautelar de caução tratado pelos arts. 826 a 838.

...

Relações jurídicas de massa e distribuição do ônus da prova

Francisco Ricardo Sales Costa*
Gabriela Nodari Fróes de Castro**

Sumário: 1 Introdução. 2 A vulnerabilidade do consumidor. 3 Contratos paritários e o advento do Código de Defesa do Consumidor. 4 Ônus da prova no processo civil. 5 A distribuição do ônus probatório à luz da Lei nº 9.099/1995. 6 Breves considerações sobre o ativismo judicial. 7 Conclusão. Referências.

1 Introdução

Os conflitos nas relações de consumo há muito estão presentes na história da sociedade, principalmente durante e após a época das Revoluções Industriais. No entanto, com a evolução dos meios de comunicação, da internet e da circulação da informação, esses conflitos têm tomado dimensões cada vez maiores, tanto que, como poderá ser observado no decorrer deste trabalho, o número de reclamações de consumidores acerca de produtos e serviços prestados pelas empresas tem aumentado consideravelmente ao longo dos anos.

Nesse sentido, é preciso enxergar esse tipo de conflito sob novo prisma, levando em consideração, sobretudo, como ocorre na prática a relação entre fornecedor e consumidor, a fim de garantir a consecução do direito do ponto de vista material e a harmonização da relação entre as partes. Para tanto, nos Juizados Especiais, pela aplicação da Lei nº 9.099/95 e com vistas a efetivar o acesso dos cidadãos à Justiça, abriu-se a possibilidade da adoção de uma postura mais ativa do juiz em relação às partes no processo, principalmente quanto à apreciação da prova.

Com base nisso, o presente trabalho realiza uma análise dos dados fornecidos pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) em pesquisa conjunta com o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), relacionando-os com a questão da vulnerabilidade do consumidor e a premente necessidade de se dispensar um tratamento cuidadoso durante o processo, visando à obtenção de uma decisão justa. O debate sobre esse tema deve ser desenvolvido tendo em vista dados práticos que apontem a fragilidade do usuário em relação ao fornecedor, pautando-se pela atual visão sobre o contrato, a teoria de distribuição da prova e o ativismo judicial, que também comporão a discussão do tema. Para a abordagem do ponto central do debate, utiliza-se principalmente dos estudos de Cláudia Lima Marques e Alexandre Freitas Câmara, desenvolvendo uma investigação

jurídico-compreensiva e um raciocínio dialético para analisar a questão em seus diversos aspectos (GUSTIN; DIAS, 2010).

2 A vulnerabilidade do consumidor

A Constituição Federal de 1988 inseriu no ordenamento jurídico brasileiro a proteção expressa ao consumidor, que passou a ser reconhecido como sujeito de direitos, ao determinar, no art. 5º, XXXII, e no art. 170, V, a promoção de sua defesa (BRASIL, 1988). O dispositivo constitucional refletiu uma necessidade social decorrente principalmente da vulnerabilidade do consumidor, que se tornou mais perceptível na medida em que houve a evolução do mercado e da economia, potencializada por meio da globalização. A mundialização e a despersonalização da produção, conjugadas à evolução do mundo digital, ao mesmo tempo em que modificaram os hábitos de consumo, facilitaram o trânsito de informações e a rapidez nas transações comerciais, agravaram os conflitos no próprio âmbito do consumo, trazendo desafios para a dogmática jurídica, tanto que se preocupou com uma tutela especial para esse sujeito (MARQUES; BENJAMIN; BESSA, 2010, p. 45-46).

Cláudia Lima Marques classifica a vulnerabilidade do consumidor em quatro categorias: a técnica, a jurídica, a fática e a informacional. A primeira pode ser entendida como o desconhecimento específico sobre o objeto ou o serviço que se adquiriu, podendo ser iludido quanto às suas características ou quanto à sua utilidade. Já a vulnerabilidade jurídica se refere à falta de conhecimentos jurídicos específicos, que se estendem para a contabilidade e a economia. A vulnerabilidade fática ou socioeconômica, por sua vez, se relaciona com a outra parte no negócio jurídico que, por ser fornecedor e ter uma posição de monopólio e grande poder econômico, impõe sua superioridade aos que com ele contratam. E, por fim, a vulnerabilidade informacional, que é básica do consumidor, se caracteriza pela deficiência na informação técnica sobre o produto, podendo mesmo ser incluída na vulnerabilidade técnica. No entanto, é preciso ressaltar sua importância, uma vez que, apesar de o consumidor se encontrar em um mundo cada vez mais veloz e global na transmissão de informações, contraditoriamente, se encontra desamparado perante os fornecedores que, como *experts*, são os verdadeiros detentores da informação (MARQUES; BENJAMIN; BESSA, 2010, p. 87-96).

Não é por acaso que as questões levantadas devem ser objeto de preocupação para os operadores do direito. O que foi demonstrado dessa teoria possui ampla repercussão social, antes mesmo de o problema ser levado ao Judiciário. Pesquisas do PROCON (Órgão

*Juiz de Direito do Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Professor Universitário e Professor da Escola Judicial Des. Edésio Fernandes.

**Graduada em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais.

de Proteção e Defesa do Consumidor), publicadas no site do Senado Federal, em 2011, mostram que as empresas de telefonia são as campeãs em mau atendimento ao consumidor, contando com mais de 50% das reclamações no órgão, entre serviços de telefonia fixa e móvel, seguidas por serviços de cartão de crédito, com 19,4% (TELES, 2011). Em 2013, relatório divulgado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), em pesquisa conjunta com o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), mostrou que mais da metade dos conflitos que chegam ao Judiciário através dos Juizados Especiais são provenientes de relações de consumo nos estados do Amapá, Ceará e Rio de Janeiro, que se dividem principalmente entre varejo, sistema financeiro e telecomunicações (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA; INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA, 2013, p. 20).

Esses dados demonstram os problemas que os consumidores encontram muito antes de baterem às portas do Judiciário, quando sua vulnerabilidade começa a se delinear mais claramente. Essas relações, que são travadas, cada vez mais, em um ambiente virtual, que patenteia a vulnerabilidade dos usuários dos serviços, resultam na formação de um vínculo desmaterializado entre consumidor e fornecedor, quase sempre sem a presença de um contrato físico que estabeleça os deveres e direitos das partes de forma clara e compreensível. A falta de informações necessárias ao estabelecimento e à condução da relação negocial para o consumidor é um fator condicionante que contribui para o quadro fático apresentado, gerando as inúmeras reclamações nos serviços de atendimento, cuja baixa eficiência determina a procura massiva pelos PROCONs e Juizados Especiais. Ao percorrerem esse longo caminho, além de passarem por aborrecimentos vários inerentes a esse tipo de situação, os consumidores permanecem sem o acesso às informações e aos documentos necessários para condução satisfatória desses conflitos, por isso ficam à mercê do monopólio dos fornecedores e prestadores de serviço sobre as ferramentas de equacionamento das demandas.

É nesse contexto que chegam os consumidores aos Juizados Especiais, sem informação, munidos de poucas provas documentais, além de estarem, em sua maioria, sem a representação de um advogado. Ressalte-se que o relatório realizado pelo CNJ apontou que, nos estados do Amapá e do Ceará, 60,16% e 44,04%, respectivamente, estão desassistidos por representantes legais, enquanto, no Rio de Janeiro, são 19,21%, que, apesar de ser uma porcentagem bem menor que nos demais, aponta também para uma parcela considerável dos cidadãos sem representante (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA; INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA, 2013, p. 10). Nesse sentido, o quadro apresentado requer dos demais operadores do direito e do magistrado, em especial, um olhar diferenciado e cuidadoso do conflito ao longo do processo, que passa por essa concepção da

relação contratual e do consumidor como principal ator perante o fornecedor/prestador de serviços.

3 Contratos paritários e o advento do Código de Defesa do Consumidor

A concepção tradicionalista de contrato fundamenta-se em um acordo de vontades entre dois parceiros em posição de igualdade perante o direito e a sociedade, no qual há discussão livre acerca de seu conteúdo, denominado de contrato paritário (MARQUES, 2006, p. 64). Cabe salientar que, desde os romanos, o contrato é considerado um meio para se ampliar o senso de eticidade no ser humano, que passa a obter seus desígnios não com violência, mas por meio de um instrumento que mantém a relação harmônica entre os indivíduos, a partir da observância de normas de comportamento. Tornou-se, a partir daí, um instrumento para a sobrevivência, tanto que, nos dizeres de Caio Mário, o mundo moderno pode ser considerado como o mundo do contrato, sem o qual haveria a estagnação da vida social e a regressão de uma relação civilizada entre os homens (PEREIRA, 2011, p. 10-11).

O contrato, em seu aspecto econômico e civilizador, acompanhou o desenvolvimento da sociedade, com o crescimento mais acelerado da economia de massa e o surgimento de um modelo de sociedade de consumo, em que houve uma crescente demanda por contratos de conteúdo mais homogêneo. Essa evolução deu origem a um novo tipo contratual: o contrato de adesão, que abarca grande número de relações entre consumidores e fornecedores. O surgimento dessa nova espécie de negócio jurídico ganhou espaço no cotidiano do cidadão, tendo em vista os benefícios referentes à economia, racionalização, praticidade e segurança trazidos às empresas de uma forma geral.

Nesse contexto, podemos utilizar o conceito de Claudia Lima Marques para definir o contrato de adesão, que se configura como “aquele [contrato] cujas cláusulas são preestabelecidas unilateralmente pelo parceiro contratual economicamente mais forte [fornecedor], *ne varietur*, isto é, sem que o outro parceiro [consumidor] possa discutir ou modificar substancialmente o conteúdo do contrato escrito” (MARQUES, 2006, p. 71). Em se comparando com a concepção tradicional, verifica-se que esse novo tipo difere bastante dos contratos paritários, já que não há liberdade contratual de ambas as partes, mas sim do fornecedor, que predispõe unilateralmente as cláusulas do negócio, enquanto cabe ao consumidor apenas aceitá-las ou não, mas não modificá-las de forma relevante, figurando como parte mais frágil dessa relação.

Já no século XX, o conceito tradicionalista das relações contratuais entrou em crise, uma vez que não compreendia a nova realidade evidenciada pelo advento da economia e sociedade de massa, evidenciado pelo surgimento do contrato de adesão. Contudo, os ideais

básicos de manutenção da civilidade e da harmonia nas relações entre os indivíduos não esmoreceram, pelo contrário, tomaram dimensões amplas, com a inserção da função social como aspecto intrínseco ao contrato, reconhecendo-o como instrumento de grande influência na vida dos cidadãos (PEREIRA, 2011, p. 12-13). No Brasil, essa nova realidade apenas foi efetivamente abarcada e trabalhada a partir da Constituição de 1988, que instituiu, no art. 5º, XXXII, que “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”, determinando a criação de um Código de Defesa do Consumidor, a fim de regular as relações protagonizadas por essa nova categoria de sujeitos de direito, no âmbito das relações de massa. Com efeito, a proteção legalmente instituída agiu com vistas a diminuir as disparidades existentes entre os dois polos da relação negocial, com o fim último de efetivar o equilíbrio social (DIÁRIO DO CONGRESSO NACIONAL, 1990).

A criação da Lei nº 8.078/1990 teve como inspiração central a vulnerabilidade do consumidor, consagrando, nas relações de consumo, a busca pela isonomia como princípio positivado pela Constituição Federal, já que esta trata desigualmente os desiguais na medida em que se desigalam, conforme a teoria aristotélica. Importante salientar que a fragilidade do consumidor perante o fornecedor decorre de aspectos básicos de ordem material: um de ordem técnica, referente aos meios de produção, cujo conhecimento é monopolizado pelo fornecedor, e outro de ordem econômica, pelo qual o fornecedor detém, em regra, maior capacidade econômica que o consumidor (NUNES, 2005, p. 116). Além dos dispositivos de conteúdo material que tratam da proteção ao consumidor, tais como o art. 6º, que institui como seus direitos básicos a proteção da vida, saúde e segurança, a divulgação e educação sobre o consumo adequado de serviços, a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, há ainda a facilitação da defesa de seus direitos. Inclusive, ressalta o inciso VIII desse artigo essa facilitação no aspecto processual, com a inversão do ônus da prova, quando verossímeis as alegações ou quando constatada a hipossuficiência, segundo as regras da experiência.

4 Ônus da prova no processo civil

Antes de discorrer acerca da questão da distribuição do ônus probatório relacionando-a com as relações jurídicas consumeristas, tema central deste trabalho, importante destacar como ocorre a distribuição clássica do ônus da prova no processo civil. Inicialmente, é importante relembrar os estudos introdutórios ao Direito Processual Civil a respeito da prova. Segundo Santos (2008, p. 341-342), o ato de provar é “convencer o espírito da verdade respeitante a alguma coisa”. Ainda de acordo com seus ensinamentos, na prova judiciária, o objeto são os fatos alegados pelas partes, na ação ou na exceção.

Já sua finalidade é formar a convicção sobre a existência desses fatos alegados destinada diretamente ao juiz, que a utilizará para proferir seu julgamento. Por seu turno, o ônus do qual trata o art. 333 do Código de Processo Civil pode ser conceituado como um encargo atribuído à parte, mas nunca uma obrigação. Isso quer dizer que, no caso de a parte não exercer o ônus, estará em desvantagem em relação à outra parte e diante do juiz para verificação de seu direito. Nesse sentido, esse dispositivo processual assinala:

Art. 333. O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor” (BRASIL, 1973).

Dessa forma, verifica-se que o preceito acima disposto se configura como uma regra de julgamento, ou seja, regra que orienta o juiz a respeito da forma como produzirá seu julgamento, contrariamente àquele que tinha o ônus de produzir a prova e dele não se desincumbiu, além de indicar às partes como se dará sua atividade probatória (DIDIER JÚNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2009, p. 76). Retrata o que a doutrina conceitua como distribuição estática do ônus da prova. Por ela, entende-se que compete a cada parte produzir prova das alegações dos fatos que apresentar. Nesse sentido, ao autor cabe fazer prova do fato constitutivo de seu direito. O fato constitutivo é o fato gerador do direito do autor em juízo. Conforme as lições de Fredie Didier Júnior, Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira: “Compõe um suporte fático que, enquadrado em dada hipótese normativa, constitui uma determinada situação jurídica, de que o autor afirma ser titular” (DIDIER JÚNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2009, p. 77). Por sua vez, ao réu compete a prova quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. Daí decorrem hipóteses acerca da situação do réu, que devem ser mencionadas: primeiro, pode o réu efetuar negação pura dos fatos alegados pelo autor, não lhe incumbindo nesse caso o ônus de provar, mas sim ao autor do fato constitutivo; segundo, em vez de simplesmente negar os fatos alegados pela outra parte, o réu pode afirmar fatos novos, capazes de retirar a eficácia do direito constitutivo do autor, extingui-los mesmo, como ocorre quando se alega o pagamento de uma dívida; terceiro, o réu também pode alegar fato impeditivo, que obsta que o fato constitutivo produza efeitos para que nasça o direito, como, por exemplo, a alegação de incapacidade ou de erro; por último, também pode ser alegada a existência de fato modificativo do direito, pelo qual se altera a existência de um direito que antes era certo, como no exemplo da novação.

Por essa distribuição estática, o ônus da prova já está implementado, *a priori*, pela lei, ou seja, mostra-se independente da apreciação do caso concreto pelo juiz. Assim, por meio desse dispositivo, apenas cabe ao juiz

verificar qual parte tinha o ônus de produzir a prova, para então direcionar seu julgamento.

No entanto, a complexidade e as especificidades das relações sociais acabaram por se mostrar incompatíveis com a adoção da distribuição tradicional do ônus probatório preconizada pelo nosso Código de Processo Civil. Iniciou-se uma mudança no pensamento acerca de todo o processo e principalmente da atuação do juiz, que passou de espectador para ter uma postura mais ativa diante das partes, quanto ao cenário probatório. Seu papel foi encorpado dentro do processo civil ordinário, cabendo-lhe impulsionar o andamento da causa, determinar as provas a serem produzidas, dialogar com as partes, dentre outros. Os arts. 130 e 131 expressam essa mudança, já que possibilitaram ao magistrado assumir a iniciativa na colheita das provas necessárias para esclarecimento dos fatos (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2011, p. 70-72).

Nesse contexto, passou a ganhar força a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, pela qual o encargo de produção da prova é distribuído de acordo com o caso concreto, e não de forma abstrata e apriorística, configurando uma distribuição dinâmica. Ademais, por essa teoria, pouco importa a posição assumida pela parte, se autor ou réu, além de também não ser relevante a natureza do fato a ser provado; o que se mostra determinante aqui é a parte que tem mais possibilidades de fazer a prova, o que deve ser analisado pelo juiz como gestor das provas necessárias à formação do seu convencimento. Apesar de não positivada no CPC, a doutrina acolhe a aplicação dessa teoria com base na força dos princípios constitucionais ou legais da igualdade, da boa-fé, da solidariedade com o órgão judicial, da busca da verdade real, do devido processo legal, bem como do acesso à justiça (DIDIER JÚNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2009, p. 93-95.). Entretanto, importante observar que, embora o Código de Processo Civil tenha ampliado significativamente os poderes instrutórios do magistrado e seu diálogo com as partes, as ferramentas obtidas de seus dispositivos, por si sós, não são suficientes ao julgador para lidar com a resolução do conflito quando se trata de matéria de consumo. Esse tipo de conflito, por todas as condições fáticas que nele se encerram, necessita de uma visão ampla e uma postura mais ativa do juiz, que deve trabalhar conjuntamente os mecanismos concedidos pela Lei nº 5.869/73 e pela Lei nº 9.099/95 para obtenção de um resultado mais justo e próximo à realidade do consumidor.

5 A distribuição do ônus probatório à luz da Lei nº 9.099/95

Levando a análise dessas teorias para o âmbito dos Juizados Especiais, cenário principal deste estudo, é relevante mencionar, primeiramente, alguns dados sobre a instituição, visualizados na pesquisa realizada pelo CNJ

em parceria com o IPEA, que resultou no relatório *Diagnóstico sobre os Juizados Especiais Cíveis*, publicado em 2013. Os resultados obtidos são de uma amostra realizada em três estados brasileiros utilizados como base para a pesquisa: Amapá, Ceará e Rio de Janeiro.

Inicialmente, ressalte-se que, sobre as pessoas que ingressam com ação nos Juizados, verificou-se que grande parte são pessoas físicas nos três estados, na maioria das vezes, sem representação legal, chegando à porcentagem de 97,11% no Rio de Janeiro. Nos três estados, é possível observar que a maioria esmagadora dos conflitos, nesses ambientes, é relacionada à matéria de consumo: 78,57% no Amapá; 51,38% no Ceará; e 92,89% no Rio de Janeiro, sendo que a especificação do conflito consumerista divide-se principalmente em três espécies: varejo, sistema financeiro e telecomunicações (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA; INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA, 2013, p. 19-20.).

Diante do cenário apresentado, no qual as relações consumeristas constituem ampla maioria, é possível chegar à convicção de que o cenário moderno e dinâmico de distribuição dos encargos probatórios coaduna-se melhor com a sua realidade do que a antiga acepção tradicionalista e abarcada pelo nosso Código de Processo Civil. Isso se deve ao próprio panorama de produção da prova que temos no Juizado, previsto pela Lei nº 9099/95, que se insere em um processo regido pelos princípios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, conforme art. 2º da lei, bem diferente do que ocorre na Justiça tradicional. A aplicação desses princípios resulta na aproximação do Estado-Juiz com as partes, na desburocratização do processo na busca de sua máxima efetividade, tendo sempre como fim a eficácia na realização do direito material.

Esse cenário normativo não prescinde de profundas alterações quanto à produção e apreciação da prova. O art. 33 da Lei nº 9.099, por exemplo, em uma clara correspondência aos princípios da oralidade, celeridade e simplicidade, dispõe que todas as provas serão produzidas em audiência de instrução e julgamento. Ou seja, apesar de haver três momentos para apreciação da prova, quais sejam sua postulação, deferimento e efetivamente sua produção, como no sistema do CPC, nos Juizados, esses três atos se concentram no momento da audiência de instrução (CÂMARA, 2009, p. 111-112), em que cabe ao juiz indeferir aqueles meios de prova que considerar excessivos, impertinentes ou protelatórios. Além disso, mostra-se compatível a produção de prova pericial, desde que não seja de grande complexidade, fundada no art. 35 da Lei nº 9.099, pelo qual é possibilitado ao juiz inquirir técnicos de sua confiança, bem como a apresentação pelas partes de assistente técnico. Da mesma forma, figura como meio relevante a inspeção judicial, a ser feita pelo juiz ou por pessoa de sua confiança, no curso da audiência, pouco utilizada, mas que, se bem aplicada, muito contribui para a

construção de uma decisão mais adequada e próxima da realidade das partes e, portanto, pode garantir resultados mais favoráveis à efetivação do direito material.

O Juizado Especial, pelo próprio tipo de conflito e atores do processo que nele se apresentam, requer uma postura mais ativa do juiz durante todo o trâmite, incluindo a avaliação das provas produzidas pelas partes. Não se defende aqui a ampliação desmedida do ativismo judicial, mas sim a utilização das ferramentas disponibilizadas pelo legislador para a solução dos conflitos. Com efeito, no quadro demonstrado, em que os autores, nos Juizados Especiais, figuram, em sua maioria, como partes, em relação de consumo, muitas vezes, desassistidos por advogados, advoga-se uma postura mais ativa do juiz, essencial para a obtenção de um julgamento sensível à situação de hipossuficiência do consumidor. Ressalte-se que não se quer atribuir uma carga excessiva aos poderes do juiz, contudo, é imprescindível, para o adequado exercício da atividade jurisdicional, sua sensibilidade com as questões sociais (DINAMARCO, 2013, p. 348).

Incluída nesse arcabouço de meios processuais orientados pelos princípios do art. 2º da Lei nº 9.099, que possibilita ao magistrado uma atuação mais ativa no processo, objetivando a máxima eficácia da decisão que garantirá ou não o direito às partes, deve ser realizada uma leitura dinâmica da distribuição do ônus da prova. Com efeito, o exercício da função jurisdicional, nos Juizados, referente à matéria de Direito do Consumidor, patenteia que essa interpretação se aplica melhor aos conflitos que nele têm curso. Como já assinalado neste artigo, a maioria dos processos tem, no polo ativo, pessoas físicas como autores, enquanto a maior parte dos réus é formada por pessoas jurídicas - chegando à maioria quase absoluta de 94,47% no estado do Rio de Janeiro (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA; INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA, 2013, p. 21-22), sendo que grande parte dos requerentes não se encontra assistida por representantes no início da demanda. A natural falta de capacidade técnica dos autores, nessas relações, notadamente, consumeristas, requer do juiz uma postura mais ativa durante todo o processo e, principalmente, no momento de avaliação das provas, caminho indesejável para o julgamento.

A estratégia proposta não se confunde com a inversão do ônus da prova preconizada pelo art. 6º do Código de Defesa do Consumidor, aplicável apenas nos casos em que verificadas a verossimilhança das alegações e a hipossuficiência probatória do consumidor. Na verdade, a hipossuficiência do consumidor deve ser analisada no conjunto, levando em consideração características econômicas, sociais e técnicas, o que, frequentemente, ocorre durante o processo. Em muitos casos, não há que se falar em inversão do ônus probatório em favor do consumidor, mas sim do ônus de comprovar um fato que sempre esteve sob o domínio das empresas, seja pelo monopólio dos meios de produção, ou mesmo pelo

monopólio da informação. Esse trajeto, caminho desejável para a obtenção de uma decisão justa, considera a disparidade entre consumidor e fornecedor, estabelecida mesmo antes do processo, durante os telefonemas ao SAC (Serviço de Atendimento ao Cliente) das empresas e também nas visitas aos PROCONs, pela falta de informação e de documentos hábeis a demonstrar os fatos. Sua adoção extingue ou ao menos minimiza essa desigualdade manifesta, quando há o reconhecimento de que a responsabilidade originária do ônus da prova pertence ao fornecedor, que detém a prova do fato, o que deveria possuí-la por disposição legal, como ocorre nos contratos verbais celebrados por telefone.

A adoção da teoria de distribuição dinâmica do ônus da prova deixa sem sentido uma discussão doutrinária e jurisprudencial antiga acerca do momento processual para que o juiz inverta o ônus da prova. Sobre esse assunto, houve grande discordância na Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), havendo entendimento de que seria possível a declaração pelo juiz de inversão do ônus da prova em favor do consumidor apenas até a audiência de instrução, enquanto outra parte entendeu que seria possível inverter o ônus da prova na sentença. Interessante comentar, de maneira especial, que um dos argumentos favoráveis à possibilidade de inverter o ônus da prova na audiência foi o de ser a inversão uma regra de julgamento, podendo o juiz dela se valer, ainda que, diante do conjunto, houvesse dúvida sobre a demanda, não havendo que se falar em surpresa do fornecedor, já que tinha ciência de que possui o material técnico para produzir a prova (BRASIL, 2007). Essa compreensão é razoável, não como inversão, pela qual o ônus que seria do autor foi transferido ao réu, mas sim porque, devido à própria conjuntura concreta, a prestadora de serviços/fornecedora sempre teve as condições de produzir a prova, donde a sua responsabilidade em produzi-la. A chancela altera naturalmente o eixo probatório, afastando a discussão acerca do momento processual de inversão, já que se trata de um ônus que sempre coube à empresa.

Nesse sentido, o que se defende é a utilização de uma teoria de distribuição do ônus probatório mais compatível com as relações jurídicas de massa, frente à manifesta hipossuficiência do consumidor, parte mais vulnerável da cadeia de consumo. Ademais, essa leitura mais dinâmica se harmoniza melhor com os princípios informadores dos Juizados Especiais, palco principal das lides consumeristas. Por óbvio, não se pretende desconsiderar a acepção clássica trazida pelo Código de Processo Civil ou a inversão preconizada pelo Código de Defesa do Consumidor, que devem ser utilizadas nas hipóteses cabíveis. Não obstante, a prática forense revela que essa interpretação mais moderna tem o condão de garantir maior efetividade às decisões judiciais, além de assegurar a realização eficaz do direito do consumidor.

6 Breves considerações sobre o ativismo judicial

Há de se ponderar que a aplicação dessa teoria de distribuição do ônus da prova, nas relações de consumo, no âmbito do Juizado Especial, naturalmente, requer do magistrado uma postura mais ativa no processo. Na verdade, a adoção desse tipo de conduta pelo juiz começou a tomar uma conotação mais ampla já no atual Código de Processo Civil, com o princípio da livre apreciação da prova. Com a Lei nº 9.099/95, a questão ganhou mais destaque em nome da simplicidade, celeridade, informalidade e demais princípios mencionados no art. 2º da lei.

De acordo com Barroso (2009), o ativismo judicial está relacionado a uma “participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais [...]”. De fato, ao se pensar novamente sobre a maior parte do público que procura os Juizados Especiais, composta por consumidores que também, em sua maioria, estão desacompanhados de representantes legais, visualiza-se ainda melhor a necessidade da postura mais ativa do juiz durante o processo, a fim de equilibrar e harmonizar as diferenças técnicas e de experiência entre as duas partes na relação jurídica, com o objetivo de dar aplicação efetiva à legislação consumerista. Com efeito, Mauro Cappelletti e Bryant Garth reconhecem a relevância da atitude ativa do juiz para a equalização das partes, bem como a priorização da justiça como tema central dos debates em detrimento das formalidades técnicas. Segundo os autores:

Os êxitos dessas novas soluções, as quais, como já assinalamos, podem ser usadas em conjunto com reformas que objetivem a proteção dos direitos dos consumidores enquanto classe, podem ter o resultado de alertar as pessoas a respeito de seus direitos e de convencer seus oponentes de que esses direitos não poderão mais ser ignorados (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 113).

Cabe salientar que a adoção dessa postura não reclama, por outro lado, o desprezo pelas normas legais e a imposição de verdades sem fundamento pelo magistrado. Pelo contrário, o respeito à norma técnica é necessário à contenção dos poderes do juiz e mesmo à garantia de uma decisão mais justa. É princípio republicano que a decisão a ser tomada pelo julgador deva ser fundamentada, norma básica que rege o ordenamento jurídico, e ainda contar com a participação das partes para a sua construção, já que são os seus principais destinatários. Nesse sentido, com a participação coexistencial e inclusiva de todos os atores do processo, o escopo da justiça material tem a possibilidade de ganhar contornos mais concretos e aptos a tornarem-se realidade (BODNAR; STAFFEN, 2012).

7 Conclusão

Os dados apresentados pelo jornal do Senado Federal, em 2011, e, mais recentemente, as informações

fornecidas pelo Conselho Nacional de Justiça demonstram um quadro de profunda insatisfação do usuário com o serviço de atendimento ao consumidor oferecido pelas empresas. As inúmeras reclamações acerca dos produtos e serviços prestados pelas empresas que, rotineiramente, chegam aos PROCONs e Juizados Especiais confirmam a vulnerabilidade do consumidor perante o fornecedor, restando-lhes procurar o Judiciário a fim de resolver os seus conflitos.

Por outro lado, o Direito é uma estrutura dinâmica, tanto do ponto de vista material quanto do processual, com o objetivo de proporcionar uma compreensão contemporânea acerca das relações contratuais e de dispensar uma visão mais dinâmica no processo, principalmente no quesito de produção de prova e atuação do juiz. A Lei nº 9.099/95 é mais ousada que o Código de Processo Civil no sentido de convidar o magistrado a buscar a solução mais justa, através de uma postura mais ativa. Busca-se um novo olhar sobre a distribuição do ônus da prova, considerando a responsabilidade originária dos fornecedores, que sempre detiveram o monopólio para a produção de determinadas provas, em detrimento do consumidor. Ressalte-se que a atuação do magistrado não deve ser desmedida e autoritária, mas sim pautada pelos princípios informadores da Lei nº 9.099/95 e da Lei nº 5.869/1973, que são amparados pela Constituição de 1988, além de contar com a cooperação das partes do processo. Frise-se, por oportuno, que a proposta de mudança em nada se relaciona com a defesa absoluta ou desmedida do usuário do serviço, e sim com a construção de uma decisão mais justa e que garanta a aplicação mais efetiva do direito do consumidor.

A tese perfilhada reclama postura mais ativa do juiz com um novo olhar direcionado à distribuição do ônus probatório, conduta imprescindível, a fim de garantir a harmonização da relação jurídica entre consumidor e fornecedor, com justiça.

Medidas como a apresentada têm o condão de minimizar e, porventura, equilibrar as diferenças de informação, técnica e experiência tão gritantes entre as partes. Poderiam, assim, abrir espaço para a modificação do desfecho dos processos, como ocorre no estado do Amapá, que chega a ter um número elevado de 40,66% de sentenças sem julgamento do mérito, enquanto no Ceará constata-se número muito baixo de decisões com procedência integral ou parcial (11,62% e 5,20%, respectivamente). Com efeito, um olhar mais dinâmico sobre a distribuição do ônus da prova apresentaria um quadro diverso, pautado na busca da aplicação mais efetiva do Direito do Consumidor e mais condizente com as demandas dos Juizados Especiais.

Referências

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Atualidades Jurídicas*, Revista

Eletrônica do Conselho Federal da OAB, n. 4, jan./fev. 2009. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 4 ago. 2014.

BODNAR, Zenildo; STAFFEN, Marcio Ricardo. Juizados especiais e ativismo judicial à luz de Luis Alberto Warat. *Sequência*, Florianópolis, n. 64, jul. 2012. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S2177-70552012000100006&script=sci_arttext>. Acesso em: 4 ago. 2014.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *Diário Oficial da União*. Brasília: Senado Federal, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 20 jul. 2014.

BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília: Senado Federal, 12 jan. 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869.htm>. Acesso em: 19 mar. 2014.

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília: Senado Federal, 11 set. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acesso em: 18 mar. 2014.

BRASIL. Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. *Diário Oficial da União*. Brasília: Senado Federal, 27 set. 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm>. Acesso em: 4 ago. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 422778/SP (2002/0032388-0 de 27/08/2007). Brasília, 19 jun. 2007. *Informativo* nº 0324. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/src=1.1.2&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=200200323880>. Acesso em: 15 abr. 2014.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Juizados especiais cíveis estaduais e federais: uma abordagem crítica*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA; INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. *Diagnóstico sobre os juizados especiais cíveis: relatório de pesquisa*. Brasília, 2013. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/chamadas-publicas/chamada-publica>>. Acesso em: 20 jul. 2014.

DIÁRIO DO CONGRESSO NACIONAL. Exposição de motivos da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Portaria nº 7, de 3 de jan. 1989, Brasília, maio 1989. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/main.asp?View={7E3E5AAE-317F-402F-B073CC4EF39D16DF}&BrowserType=IE&LangID=pt-br&params=itemID%3D{736B1897-0017-4E61-8C00-EF8DA589D98C}%3B&UIPartUID={2868BA3C-1C72-4347-BE11-A26F70F4CB26}>>. Acesso em: 19 mar. 2014.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil*. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2009. v. 2.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. *(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 5. ed. São Paulo: RT, 2006.

MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. 3. ed. São Paulo: RT, 2010.

NUNES, Rizzatto. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de direito civil*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. v. 3.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 2.

TELES estão entre as campeãs de reclamações no Procon. *Em discussão!* Revista de audiência pública do Senado Federal, a. 2, n. 6, fev. 2011. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/noticias/Jornal/emdiscussao/banda-larga/mercado-telecomunicacoes/reclamacoes-no-procon.aspx>>. Acesso em: 22 jul. 2014.

...

Incidente de inconstitucionalidade - Irrelevância - Art. 297, § 1º, IV, do Regimento Interno do TJMG - Dispositivo revogado - Manutenção - Princípios do *tempus regit actum* e da segurança jurídica - Debates em Sessão do Órgão Especial - Fundamento diverso - Não conhecimento do incidente - Falta de interesse processual

Ementa: Incidente de inconstitucionalidade. Irrelevância. Não conhecimento do incidente.

- Nos termos do art. 297, § 1º, IV, do Regimento Interno do TJMG, a arguição de inconstitucionalidade será tida como irrelevante quando o julgamento pelo órgão a que couber o conhecimento do processo em que se levantou a arguição puder ser feito independentemente da questão constitucional.

- Embora recentemente revogado, pelos princípios do *tempus regit actum* e da segurança jurídica, mostra-se prudente manter o dispositivo regimental que dá fundamento à decisão, até mesmo em respeito ao contraditório, já que as partes envolvidas no processo trabalharam seus argumentos à época de sua vigência, erigindo assim o referido inciso IV do § 1º do art. 297 do RITJMG.

- Após os debates, registrados pela taquigrafia, inseridos no corpo do aresto, manteve-se o não conhecimento, porém com fundamento diverso, qual seja a falta de interesse processual para a apreciação.

ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 1.0313.13.023933-5/002 - Comarca de Ipatinga - Requerente: Terceira Câmara Cível - Requerido: Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais - Interessados: Gleidson César de Araújo Souza, Município de Ipatinga - Relator: DES. CORRÊA CAMARGO

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, o Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em NÃO CONHECER DO INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE, NÃO PELA IRRELEVÂNCIA, MAS POR FALTA DE INTERESSE PROCESSUAL, JÁ QUE NÃO HÁ NECESSIDADE DE SE DECLARAR A INCONSTITUCIONALIDADE, POIS O FATO CONCRETO PODE SER RESOLVIDO NA ESFERA INFRACONSTITUCIONAL.

Belo Horizonte, 10 de junho de 2016. - Corrêa Camargo - Relator.

Notas taquigráficas

DES. CORRÊA CAMARGO - Pelo MM. Juiz de Direito da Vara da Fazenda Pública e Autarquias da Comarca de Ipatinga/MG, nos autos da Ação de Cobrança ajuizada por Gleidson César de Araújo, em face do Município de Ipatinga, foi proferida a r. sentença de f. 92-96, julgando procedente o pedido para afastar a aplicação do Decreto Municipal nº 7.247/2012, que autorizou a redução dos vencimentos dos cargos em comissão da Prefeitura de Ipatinga e condenou o Município a recompor ao autor a diferença do vencimento, durante todo o tempo em que recebeu a menor, ou seja, de julho de 2012 a dezembro de 2012.

O julgado ainda determinou que o 13º salário deve ser calculado sobre o vencimento não reduzido, assim como os dois dias de janeiro de 2013.

Foi ainda determinado que a verba rescisória deve ser calculada sobre o vencimento não reduzido, com pagamento das diferenças apuradas, e que, no valor da apuração da diferença, deve haver a incidência de juros aplicados à caderneta de poupança, nos termos do art. 1º, F, da Lei nº 9.494/97, e correção pelo índice da Corregedoria, a partir da sentença, sobre cada parcela.

Por fim, foi o réu condenado ao pagamento dos honorários advocatícios, estipulados em 15% sobre o valor da condenação.

A sentença foi submetida ao reexame necessário, tendo sido objeto, ainda, de recurso voluntário, interposto pelo Município de Ipatinga.

Relatado pelo eminente Des. Jair Varão, o feito foi levado a julgamento em 3 de dezembro de 2015, oportunidade em que foi suscitado o presente Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade do art. 1º do Decreto Municipal nº 7.247/12 de Ipatinga, distribuído à minha Relatoria.

Segundo a Egrégia 3ª Câmara Cível deste Tribunal, a inconstitucionalidade se daria por ofensa ao art. 37, XV, da CR/88, anotando ainda que o art. 23, §§ 1º e 2º, da Lei de Responsabilidade Fiscal, que dá estribo ao art. 1º do Decreto Municipal nº 7.247/12, de Ipatinga, estaria suspenso pelo STF, através da ADIN nº 2.238.

À f. 274, foi jungida informação da COPEQ - Coordenação de Pesquisa e Orientação Técnica - noticiando que não encontrou manifestação do Órgão Especial acerca da inconstitucionalidade do Decreto Municipal nº 7.247/12 de Ipatinga.

Atendendo ao disposto no art. 298, §1º, do Regimento Interno deste Tribunal, foram os autos enviados à Procuradoria-Geral de Justiça, que oficiou no feito,

emitindo parecer às f. 149-153, manifestando-se pelo não conhecimento do presente incidente.

É o relatório.

Passa-se à decisão:

A questão é por demais simples.

Pretende-se a declaração de inconstitucionalidade do art. 1º do Decreto nº 7.247/2012 do Município de Ipatinga, que assim dispõe:

Decreto n.º 7.247, de 29 de junho de 2012.

Dispõe sobre a redução de jornada de trabalho e vencimentos dos servidores comissionados e recrutamento amplo, no âmbito da Prefeitura Municipal de Ipatinga.

O Prefeito Municipal de Ipatinga, no uso de suas atribuições legais, e considerando o disposto na Lei Complementar nº 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal), que determina a redução de despesas com pessoal quando o limite prudencial é ultrapassado;

Considerando a queda de receita própria do Município e a necessidade imediata de redução e custos para adequação do orçamento,

Decreta:

Art. 1.º Fica reduzida em 25% (vinte e cinco por cento), excepcionalmente, a jornada de trabalho e os vencimentos dos servidores ocupantes de cargos comissionados de recrutamento amplo [...].

Embora valha o princípio do *tempus regit actum*, não é demasiado registrar que a norma em tela já não produz qualquer efeito no mundo jurídico, pois foi revogada pelo Decreto Municipal nº 7.375, de 25 de janeiro de 2013.

O art. 1º do Decreto nº 7.247/2012, na verdade, regulamenta o art. 23, §§ 1º e 2º, da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, que assim dispõe:

Art. 23. Se a despesa total com pessoal, do Poder ou órgão referido no art. 20, ultrapassar os limites definidos no mesmo artigo, sem prejuízo das medidas previstas no art. 22, o percentual excedente terá de ser eliminado nos dois quadrimestres seguintes, sendo pelo menos um terço no primeiro, adotando-se, entre outras, as providências previstas nos §§ 3º e 4º do art. 169 da Constituição.

§ 1º No caso do inciso I do § 3º do art. 169 da Constituição, o objetivo poderá ser alcançado tanto pela extinção de cargos e funções quanto pela redução dos valores a eles atribuídos.

§ 2º É facultada a redução temporária da jornada de trabalho com adequação dos vencimentos à nova carga horária.

Entretanto, consabido que o art. 23 da Lei de Responsabilidade Fiscal está com a sua eficácia suspensa pelo Supremo Tribunal Federal, desde 09.08.2007, quando se julgou a medida cautelar na ADI nº 2.238-5.

Desse modo, não cabe agora analisar a constitucionalidade de um Decreto Municipal revogado, que regulamentava dispositivos de Lei Complementar com eficácia suspensa, fazendo-o à luz do que dispõe o art. 37, XV, da CR/88.

Vale transcrever:

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: [...]

XV - o subsídio e os vencimentos dos ocupantes de cargos e empregos públicos são irredutíveis, ressalvado o disposto nos incisos XI e XIV deste artigo e nos arts. 39, § 4º, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I; [...].

Logo, *data venia*, razão assiste ao Des. Revisor da apelação, em seu voto divergente, às f. 132-133, ao consignar que:

O em. Des. Relator suscita incidente de inconstitucionalidade do Decreto nº 7.247/2012 do Município de Ipatinga, que reduziu em 25% a jornada de trabalho e, proporcionalmente, os vencimentos dos servidores comissionados de recrutamento amplo.

Acontece que o Regimento Interno deste Tribunal, em seu art. 297, § 1º, IV, dispõe que a arguição será considerada irrelevante quando “o julgamento, pelo órgão a que couber o conhecimento do processo em que se levantou a arguição, puder ser feito independentemente da questão constitucional”. E no caso configura-se tal hipótese.

A redução da jornada e vencimentos perpetrada pelo Município de Ipatinga foi fundamentada na Lei Complementar nº 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal), a qual estabelece:

‘Art. 23. Se a despesa total com pessoal, do Poder ou órgão referido no art. 20, ultrapassar os limites definidos no mesmo artigo, sem prejuízo das medidas previstas no art. 22, o percentual excedente terá de ser eliminado nos dois quadrimestres seguintes, sendo pelo menos um terço no primeiro, adotando-se, entre outras, as providências previstas nos §§ 3º e 4º do art. 169 da Constituição.

§ 1º No caso do inciso I do § 3º do art. 169 da Constituição, o objetivo poderá ser alcançado tanto pela extinção de cargos e funções quanto pela redução dos valores a eles atribuídos.

§ 2º É facultada a redução temporária da jornada de trabalho com adequação dos vencimentos à nova carga horária’.

Todavia, a constitucionalidade de alguns dispositivos da LC 101/00 está sendo discutida na ADI nº 2.238-5, na qual foi deferida medida cautelar para suspender a eficácia de parte do § 2º e da integralidade do § 1º do art. 23. A ementa do acórdão, na parte que interesse ao presente julgamento, assim dispõe:

‘Constitucional. Medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade. Lei complementar nº 101, de 4 de maio de 2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal). Medida provisória nº 1.980-22/2000. [...] - Art. 23, §§ 1º e 2º: a competência cometida à lei complementar pelo § 3º do art. 169 da Constituição Federal está limitada às providências nele indicadas, o que não foi observado, ocorrendo, inclusive, ofensa ao princípio da irredutibilidade de vencimentos. Medida cautelar deferida para suspender, no § 1º do art. 23, a expressão “quanto pela redução dos valores a eles atribuídos”, e, integralmente, a eficácia do § 2º do referido artigo. [...]’ (ADI 2238 MC, Relator Min. Ilmar Galvão, Tribunal Pleno, j. em 09.08.2007, DJe de 12.09.2008).

Dessa forma, estando suspensa a eficácia dos artigos que fundamentaram a edição do Decreto Municipal, não pode o ato normativo surtir efeitos até que a questão seja dirimida pelo STF, sendo impositivo o retorno ao estado anterior da situação funcional dos servidores atingidos.

Nesse contexto, considerando que o caso em análise pode ser resolvido independentemente da questão constitucional, nos termos do art. 297, § 1º, IV, do Regimento Interno, a arguição

não possui relevância que justifique a submissão ao julgamento do Órgão Especial.

Por isso, peço vênia ao eminente relator para dele divergir, afastando a necessidade de suscitação de incidente de inconstitucionalidade [...].

A Procuradoria-Geral de Justiça, na mesma linha adotada pelo d. Des. Revisor da apelação, concluiu pelo não conhecimento do presente incidente, já que possível julgar o feito independentemente da análise da constitucionalidade do art. 1º do Decreto nº 7.247/2012.

De fato, se a norma questionada de inconstitucionalidade está a regulamentar dispositivos de Lei Complementar com a eficácia suspensa pelo STF, suspensão esta anterior à publicação do próprio Decreto vergastado, a pretensão trazida na ação de cobrança deve ser resolvida pela 3ª Câmara Cível deste Egrégio Tribunal de Justiça, com base em outras normas de direito positivo, obviamente desconsiderando-se o Decreto Municipal nº 7.247/2012 e o art. 23 da Lei Complementar nº 101/2000.

Em remate, se a pretensão deduzida em juízo pode ser resolvida independentemente da questão constitucional, caracterizada está a excludente de relevância do incidente, nos termos do art. 297, § 1º, IV, do RITJMG.

Leia-se:

Art. 297. Submetida a questão da inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo do poder público ao órgão a que incumbe o conhecimento do processo, será a arguição levada ao julgamento do Órgão Especial, se reconhecida a sua relevância.

§ 1º A arguição será tida como irrelevante quando: [...]

IV - o julgamento, pelo órgão a que couber o conhecimento do processo em que se levantou a arguição, puder ser feito independentemente da questão constitucional.

Em sendo assim, não há de ser conhecido o incidente, tratando-se a hipótese de exclusão de relevância.

Ante o exposto, não se conhece do incidente de inconstitucionalidade.

Sem custas.

É como voto.

DES. EDGARD PENNA AMORIM - Ementa: Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade. Afetação pelo órgão fracionário não obstante a previsão do inciso IV do § 1º do art. 297 do Regimento Interno. Superveniente revogação deste dispositivo regimental. Teoria do isolamento das fases processuais. Aplicação. Conhecimento do incidente.

- Revogado pela Emenda Regimental nº 6, de 25.04.16, o dispositivo do Regimento Interno do TJMG que considerava irrelevante a arguição de inconstitucionalidade quando o julgamento, pelo órgão fracionário a que couber o conhecimento do processo em que se suscitou o incidente, puder ser feito independentemente da questão constitucional (art. 297, § 1º, IV), não é mais possível sua

invocação pelo Órgão Especial no início desta nova fase processual, cujo isolamento da anterior é medida que se impõe.

VOTO DIVERGENTE DO VOGAL - DES. EDGARD PENNA AMORIM - Com a devida vênia do em. Relator, entendo que, em face da Emenda Regimental nº 6, de 25.04.2016, o inciso IV do § 1º do art. 297 do RITJMG foi revogado, motivo por que, a meu aviso, não há como ser invocado para o não conhecimento do incidente.

Não me escapa que a aplicabilidade do dispositivo revogado para aferir-se a relevância da arguição tenha sido debatida pelo órgão fracionário, que concluiu, por maioria, pelo processamento do incidente. Entretanto, exatamente porque ali se afastou o óbice para afetar a arguição de inconstitucionalidade a este Órgão Especial é que não se há cogitar de desrespeito ao contraditório ou à segurança jurídica.

De acordo com a teoria do isolamento dos atos ou das fases processuais, tem-se que foi encerrada a fase preliminar de julgamento pelo órgão fracionário com a publicação do acórdão que afetou a questão constitucional a este Órgão Especial.

Inicia-se, agora, nova fase do julgamento, já na vigência da redação do RITJMG decorrente da sua adaptação ao CPC/2015, na qual o Plenário deste Sodalício optou por suprimir as hipóteses de não cabimento do incidente de inconstitucionalidade que não estavam expressas nos diplomas processuais, revogado e ora em vigor. Feita essa opção, não há como, *data venia*, no momento do início do julgamento da nova fase, invocar-se dispositivo regimental já não mais existente.

Por tudo isso, renovadas as vênias, rejeito a preliminar deduzida de ofício pelo em. Relator e conheço do incidente.

DES. CORRÊA CAMARGO - Sr. Presidente, pelo fato de ser irrelevante a matéria, não conheço do incidente.

DES. EDGARD PENNA AMORIM - Sr. Presidente, havia até trocado ideia com o eminente Relator, que, depois desse debate, manteve o seu entendimento, mas me vi na circunstância de lançar no sistema, no final da manhã, essa divergência, porque Sua Excelência está, de ofício, deixando de conhecer do incidente de arguição de inconstitucionalidade na consideração de que o Regimento Interno, art. 297, § 1º, IV, prevê como uma das hipóteses de irrelevância o fato de que a questão debatida pode ser resolvida no âmbito infraconstitucional ou no âmbito do conflito de legalidade. Ocorre que, especificamente, esse dispositivo foi objeto da Emenda Regimental nº 6 e por ela foi revogado.

O Regimento anterior, nesse ponto alterado, previa, de fato, essa hipótese. Particularmente, achava que deveria ser embutido, mas o plenário do Tribunal, ao aprovar a Emenda Regimental nº 6, retirou todas as outras hipóteses não previstas expressamente no novo

CPC quanto à irrelevância da arguição de inconstitucionalidade. Parece-me ser esse o primeiro momento em que o Órgão Especial enfrenta essa matéria.

E, por isso mesmo, ainda que *de lege ferenda* preferisse que ainda houvesse essa hipótese no nosso Regimento, o fato é que ela não mais existe. E a ponderação que me fez o eminente Relator, fora dos autos, no sentido de que essa questão fora debatida pelo órgão fracionário que suscitou o incidente, na verdade, ela foi, mas a mim me parece que, aqui, deveríamos aplicar a teoria do isolamento dos atos - aqui, vimos os atos processuais, mas a fase processual da suscitação do incidente no órgão fracionário é uma, distinta da fase processual em que este Órgão Especial aprecia a arguição de constitucionalidade. E, isoladas as fases, é nesse momento, sob o Regimento ora vigente, que me parece que devamos nos manifestar. E, à míngua dessa previsão regimental expressa ao contrário - ela foi suprimida expressamente pela Emenda Regimental nº 6, peço vênha novamente ao eminente Relator para rejeitar essa preliminar e conhecer do incidente.

DES. FERNANDO CALDEIRA BRANT - Sr. Presidente, pela ordem.

Desembargador Edgard Penna Amorim, a questão da irrelevância parece-me que passou para o art. 298.

DES. EDGARD PENNA AMORIM - Não nos termos que afetassem essa consideração.

DES. FERNANDO CALDEIRA BRANT - Que seria a arguição de irrelevância pelo Órgão Especial, não é isso?

DES. EDGARD PENNA AMORIM - Sim.

DES. FERNANDO CALDEIRA BRANT - É no § 1º do art. 298.

DES. EDGARD PENNA AMORIM - Sim. Vossa Excelência tem razão, mas remete ao § 1º do art. 297, que já não contém mais os incisos, entre eles, o inciso IV, referido no voto do Relator. Hoje, o § 1º se restringe à hipótese de um dos incisos do antigo § 1º do art. 297, que tem o teor seguinte:

Art. 297. [...]

§ 1º O órgão fracionário não submeterá ao Órgão Especial a arguição de inconstitucionalidade, quando já houver pronunciamento deste ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão.

Só nessa hipótese é que se considera adrede irrelevante.

DES. WANDER MAROTTA - Sr. Presidente, em termos doutrinários e para efeito exclusivamente deste julgamento, acho que essa hipótese de irrelevância do

Regimento anterior é, nada mais, nada menos, falta de interesse. É irrelevante por quê? Porque não há necessidade de que seja declarada a inconstitucionalidade para que se resolva o caso. Vou resolver com base em parâmetros diversos. Então, é falta de interesse para a declaração.

Assim, neste caso, embora haja, de fato, esse equívoco material da menção a um dispositivo revogado, a razão fundamental que está no voto do Relator é que não há interesse processual para que haja apreciação. Proporia que fosse entendido dessa forma, com possibilidade do julgamento neste ato.

DES. PRESIDENTE BITENCOURT MARCONDES - O argumento para o não conhecimento é porque ela é inequivocamente improcedente?

DES. WANDER MAROTTA - Não. Não é relevante.

DES. PRESIDENTE - Quando é que ela é irrelevante? Ela é irrelevante, no Regimento anterior, revogado.

Art. 297. [...]

§ 1º [...]

I - já houver sido decidida pelo Supremo Tribunal Federal;

II - já houver sido decidida pelo Órgão Especial;

III - for inequivocamente improcedente.

O novo dispositivo só manteve os dois primeiros e revogou "inequivocamente".

DES. EDGARD PENNA AMORIM - E o IV, também, ele revogou.

DES. PRESIDENTE - E o inciso IV.

Art. 297. [...]

§ 1º [...]

IV - o julgamento, pelo órgão a que couber o conhecimento do processo em que se levantou a arguição, puder ser feito independentemente da questão constitucional.

DES. EDGARD PENNA AMORIM - É com base nesse.

DES. PRESIDENTE - É com base nesse, Desembargador?

DES. CORRÊA CAMARGO - Sim. Agora, venho, aqui, juntar ao voto os acréscimos do Desembargador Wander Marotta nesse aspecto.

DES. PRESIDENTE - Mas o que o Desembargador Wander Marotta está a considerar, neste caso, aqui, especificamente, é que seria falta de interesse processual pela inadequação típica da irrelevância. É isso?

DES. CORRÊA CAMARGO - Exatamente.

DES. EDGARD PENNA AMORIM - Da arguição.

DES. PRESIDENTE - Sim, da arguição, ou seja, não haveria necessidade de suscitar o incidente.

Esclarecida a questão, que achei muito interessante, até pela questão levantada pelo Desembargador Edgard Penna Amorim, e pela manifestação do Desembargador Wander Marotta, seria o caso de não conhecimento.

DES.^a MARIANGÊLA MEYER - Sr. Presidente, de acordo com o Relator, com os acréscimos do Desembargador Wander Marotta.

DES. CORRÊA JUNIOR - Sr. Presidente, acompanho o Relator, com os acréscimos do eminente Desembargador Wander Marotta.

DES. PRESIDENTE - Também acompanho o Relator, com os acréscimos do Desembargador Wander Marotta. A mim me parece que o caso é de falta de interesse processual da própria arguição, do próprio incidente, ou seja, o incidente não é cabível, não é a via adequada, típica, para ser proposto, tendo em vista que ele pode ser julgado, independentemente da questão constitucional. Esse o voto do Desembargador Wander Marotta, que acompanho.

DES. KILDARE CARVALHO - Sr. Presidente, de acordo com o voto do Relator, com os acréscimos do Desembargador Wander Marotta.

DES. DOMINGOS COELHO - Sr. Presidente, de acordo com o Relator, com os aditamentos do ilustre Desembargador Wander Marotta.

DES. CAETANO LEVI LOPES - Sr. Presidente, se bem entendi, o eminente Relator fez o acréscimo das ponderações do Desembargador Wander Marotta.

Então, acompanho o voto do Relator e os acréscimos.

DES. AUDEBERT DELAGE - Sr. Presidente, de acordo com o Relator, com os acréscimos do ilustre Desembargador Wander Marotta.

DES. BELIZÁRIO DE LACERDA - Sr. Presidente, de acordo com o Relator, com os acréscimos aditados pelo eminente Desembargador Wander Marotta.

DES. PAULO CÉZAR DIAS - Sr. Presidente, o próprio Relator aderiu à manifestação e ao voto do Desembargador Wander Marotta. Por essa razão, acompanho, diretamente, o Relator.

DES. ARMANDO FREIRE - Com o Relator.

DES. PEDRO BERNARDES - Sr. Presidente, com o Relator e os acréscimos do Desembargador Wander Marotta.

DES. ANTÔNIO SÉRVULO - Com o Relator e seus acréscimos.

DES. FERNANDO CALDEIRA BRANT - Sr. Presidente, com o Relator, com a ressalva de que a ementa deve se adaptar ao que estamos julgando, uma vez que se amolda à hipótese o § 1º do art. 298, no acréscimo do Desembargador Wander Marotta.

DES. ROGÉRIO MEDEIROS - Sr. Presidente, acompanho o Relator, com os acréscimos do Desembargador Wander Marotta, mesmo pelo fato de não constar mais essa regra no Regimento. O Regimento é uma regra infralegal, é um regulamento processual, então, no caso, aqui, vemos a incidência de um princípio maior que rege todo o processo. Está explícito no Código de Processo Civil, mas ele está implícito no princípio constitucional do acesso à Justiça. Só vamos mobilizar a jurisdição, acionar, portanto, o aparelho estatal, em busca de um resultado múltiplo que seja do interesse de quem quer que seja. Então, não havendo esse interesse, o princípio afasta o cabimento da medida pleiteada, muda o procedimento instaurado. Assim, com esses esclarecimentos, acompanho o Relator, com os acréscimos do Desembargador Wander Marotta.

DES. EVANDRO LOPES DA COSTA TEIXEIRA - Sr. Presidente, acompanho o eminente Relator, com os acréscimos do Desembargador Wander Marotta e com a ressalva do Desembargador Fernando Caldeira Brant, de que é importante, talvez, retificar a ementa, porque consta um dispositivo equivocado.

DES. VERSIANI PENNA - Sr. Presidente, acompanho o eminente Relator, com a ressalva do Desembargador Wander Marotta, por entender que a questão está alinhada à necessidade ou não do incidente de arguição de inconstitucionalidade. Também acresço, em razão daquilo que foi colocado pelo eminente Desembargador Edgard Penna Amorim, com relação à questão dos atos processuais, que a questão relativa a regimento ou ato administrativo, incluindo ou excluindo o tipo de procedimento, não é absoluto, na questão de direito intertemporal, já que o próprio incidente se inicia no órgão fracionário. Portanto, há necessidade de ser julgado aqui para que se dê continuidade ao julgamento lá. Assim, não vejo que o incidente de arguição de inconstitucionalidade tem momento absolutamente distinto daquilo que foi objeto de julgamento no órgão fracionário, razão pela qual acho também que não haveria possibilidade de se arguir a questão, o término ou a impossibilidade de se julgar, de não considerar a regra do regimento anterior nessa hipótese.

Assim, não conheço da arguição de inconstitucionalidade.

DES.º BEATRIZ PINHEIRO CAIRES - Sr. Presidente, com o Relator, com os acréscimos do Desembargador Wander Marotta.

DES. DÁRCIO LOPARDI MENDES - Com o Relator.

DES. ALEXANDRE VICTOR DE CARVALHO - Sr. Presidente, acompanho o Relator, com os acréscimos do Desembargador Wander Marotta.

DES. EDUARDO MACHADO - Sr. Presidente, com o Relator e com os acréscimos do Desembargador Wander Marotta.

DES. SALDANHA DA FONSECA - Com o Relator.

DES. WANDERLEY PAIVA - Com o Relator e com as anotações feitas pelo eminente Desembargador Wander Marotta.

DES. EDGARD PENNA AMORIM - Sr. Presidente, pela ordem. Diante desse andamento, que considero bastante relevante e importante, afinal de contas, é a primeira vez que este Órgão Especial se manifesta sobre a questão, penso que se deva, na medida do possível, manter a coerência em situações como esta.

Portanto, sem prejuízo da revisão do entendimento, sugiro que seja publicado o acórdão, porque ele é significativo quanto a essa tomada de posição e, eventualmente, para quem quiser sugerir uma alteração regimental que sepultaria qualquer dúvida sobre a matéria que pudesse haver, embora reconheça que não seja necessário, a partir deste julgamento, sequer que se faça necessariamente essa alteração regimental.

DES. PRESIDENTE - Sugiro a publicação, porque a ementa não traduz o que aconteceu no voto, nessa decisão. Sugeriria ao Relator que adaptasse a ementa, apenas e tão somente a ementa, para que pudéssemos publicar o voto. Determina-se, após a remessa dos autos ao Relator para a adaptação da ementa do julgamento, que o acórdão seja publicado.

DES. WANDER MAROTTA - Sr. Presidente, pela ordem. Apenas acrescento que o voto do Desembargador Versiani Penna tem um detalhe que considero muito importante. Sua Excelência adotou, como linha de razão para o voto que proferiu, uma tese diversa da que foi levantada pelo eminente Desembargador Edgard Penna Amorim, que foi a de considerar não o isolamento dos atos processuais, mas o direito adquirido processual; haveria um direito adquirido processual a esse tipo de julgamento na data da arguição do incidente, quer dizer, o direito adquirido processual afasta o isolamento.

Então, acho que seria interessante também considerar que o Órgão Especial adotou a tese de que há um direito adquirido processual no momento.

DES. PRESIDENTE - Mas aí teríamos que indagar de cada um, até porque isso foi a motivação do voto.

DES. WANDER MAROTTA - Então, vou retirar.

DES. VERSIANI PENNA - Sr. Presidente, pela ordem. É porque esse posicionamento tem sido adotado, inclusive, pelos doutrinadores em relação à questão do direito intertemporal processual do Novo Código de Processo Civil. No momento, por exemplo, da publicação da sentença, observam-se as regras da data da publicação da sentença ou da ciência do julgamento para se observarem todos os demais atos processuais.

Não estou dizendo que é recurso; estou dizendo que a arguição de inconstitucionalidade ocorreu em momento, como bem disse o Desembargador Wander Marotta, em que vigia o Regimento anterior.

Desse modo, o julgamento agora não pode influenciar na posição que havia em relação ao momento em que houve a arguição. Vossa Excelência destaca justamente aquele momento em que houve o julgamento pelo órgão fracionário e, portanto, teria sido lavrado o acórdão; e, agora, no julgamento do incidente, há necessidade da continuação do julgamento no órgão fracionário.

Logo, não são coisas absolutamente distintas. Não há, portanto, no meu modo de ver, isolamento de ato processual aqui.

DES. PRESIDENTE - Sim, mas acho que o que foi decidido aqui, que tem relevância, inclusive, para futuras decisões, é que a predominância no procedimento foi a falta de interesse, ou seja, não se conhecer a questão. O fato do isolamento, a teoria do isolamento dos atos processuais não prevaleceu nesse caso, ou seja, ela não foi essencial para o conhecimento, como preconizado pelo Desembargador Edgard Penna Amorim, em razão da falta de interesse processual, da inadequação típica, não obstante ter sido revogada, pelo Regimento atual, a disposição anterior.

Então, essa discussão, que é interessante, seria essencial para saber se se aplica ou não a teoria do isolamento em questões tais.

Mas, para isso, tenho a impressão de que é necessário um amadurecimento e uma reflexão dos membros do Órgão Especial.

Vamos, então, colocar o acórdão nesse sentido. Todos de acordo?

DES. ARMANDO FREIRE - Sr. Presidente, pela ordem. O incidente está em função do julgamento da apelação?

DES. PRESIDENTE - Exatamente.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES MARIÂNGELA MEYER, CORRÊA JUNIOR, BITENCOURT MARCONDES, KILDARE CARVALHO, DOMINGOS COELHO, WANDER MAROTTA, CAETANO LEVI LOPES, AUDEBERT DELAGE, BELIZÁRIO DE LACERDA, PAULO CÉZAR DIAS, ARMANDO FREIRE, PEDRO BERNARDES, ANTÔNIO SÉRVULO, FERNANDO CALDEIRA BRANT, ROGÉRIO MEDEIROS, EVANDRO LOPES DA COSTA TEIXEIRA, VERSIANI PENNA, BEATRIZ PINHEIRO CAIRES, DÁRCIO LOPARDI MENDES, ALEXANDRE VICTOR DE CARVALHO, EDUARDO MACHADO, SALDANHA DA FONSECA e WANDERLEY PAIVA.

Súmula - NÃO CONHECERAM DO INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE, NÃO PELA IRRELEVÂNCIA, MAS POR FALTA DE INTERESSE PROCESSUAL, JÁ QUE NÃO HÁ NECESSIDADE DE SE DECLARAR A INCONSTITUCIONALIDADE, POIS O FATO CONCRETO PODE SER RESOLVIDO NA ESFERA INFRACONSTITUCIONAL.

...

Queixa-crime - Promotor de justiça - Calúnia - Vítimas - Desembargadores - Crime de corrupção passiva privilegiada - Ofensa irrogada em plenário - Dolo específico - *Animus caluniandi* - Comprovação - Ofensas - Limites da lide ultrapassados - Imunidade funcional - Art. 133, CF/88 - Inviolabilidade relativa - Crime de calúnia não alcançado - Precedentes do STF - Condenação decretada

Ementa: Ação penal originária. Queixa crime contra promotor de justiça. Calúnia. Ofensa irrogada em juízo. Dolo específico. *Animus caluniandi* demonstrado. Ofensas que excedem os limites da lide. Crime não alcançado pela imunidade funcional. Condenação decretada.

AÇÃO PENAL - ORDINÁRIO Nº 1.0000.11.037668-8/000 - Comarca de Belo Horizonte - Querelantes: H.V.A.F., Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, M.B.M.P.C.C., Desembargadora do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, A.F.P. - Querelado: H.P.S., Promotor de Justiça na Comarca de Teófilo Otoni - Relator: DES. PAULO CÉZAR DIAS

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, o Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em JULGAR PROCEDENTE A QUEIXA-CRIME.

Belo Horizonte, 27 de junho de 2016. - Paulo César Dias - Relator.

Notas taquigráficas

DES. PAULO CÉZAR DIAS - Cuidam os autos de queixa-crime proposta pela Des.ª M.B.M.P.C.C. e por H.V.A.F., em face do Promotor de Justiça da Comarca de Teófilo Otoni, H.P.S., imputando-lhe a prática do crime previsto nos arts. 138 e 141, incisos II e III, e art. 70, segunda parte, todos do Código Penal.

Relata a peça de ingresso que os fatos ocorreram na sessão do Júri de 11 de abril de 2011, na comarca de Teófilo Otoni/MG. Consta que a referida sessão de julgamento havia sido designada por ordem da 2ª Câmara Criminal deste eg. Tribunal, que, acolhendo o recurso de apelação interposto pelo Dr. A.P., cassou o julgamento por entender que o Conselho de Sentença decidiu contra a prova dos autos. O recurso contou com parecer favorável do Ministério Público, tendo sido acolhida a tese defensiva pelo Relator, Des. J.A.B.B., entendimento que foi seguido pela Des.ª M.B.P.C. e o então Des. H.V., revisora e vogal, respectivamente.

Sustenta a referida peça que, durante a mencionada sessão de julgamento, o querelado, investido nas funções de promotor de justiça, sem qualquer exacerbação de ânimo, em tom pausado e claro, proferiu dizeres que configuram ofensa à honra do querelante, e crime de calúnia. Consta da queixa que ele teria afirmado, falsamente e perante um número indeterminado de pessoas, que a 2ª Câmara Criminal deste eg. Sodalício exarou acórdão determinando que fosse realizado outro julgamento, em razão de nefasta e espúria influência exercida pelo querelante, Dr. A.F.P., advogado de defesa naquele julgamento perante o Júri, sobre o Procurador de Justiça C.H.F.C. e sobre os Desembargadores M.B.P.C. e H.V. Afirmou que referido causídico teria se valido de supostos vínculos de amizade íntima para corromper os querelantes, a fim de que se manifestassem a seu favor naquele feito. Alega que registrou oportunamente o protesto em ata relatando o ocorrido durante a sessão.

Destacou, ainda, a queixa que os fatos foram amplamente divulgados pela imprensa local, em razão de entrevista concedida pelo querelado à Rádio de Teófilo Otoni, que se baseou em matéria jornalística publicada pelo jornal *Visão dos Vales*.

Requerem a condenação do querelado nas sanções previstas no art. 138, c.c. art. 70, segunda parte, e art. 141, incisos II e III, todos do Código Penal.

Notificado, o querelado apresentou defesa preliminar às f. 56/72.

Às. f. 102/118, a queixa-crime foi recebida por unanimidade.

Em seguida, foram inquiridas testemunhas da acusação (f. 273/276 e 342/344) e da defesa (300/301).

O réu foi interrogado (f. 381/382).

Os querelantes apresentaram alegações finais (f. 415/431), requerendo a condenação do querelado

nos termos da inicial, pugnano pela aplicação do concurso formal impróprio, tendo em vista a presença de designios autônomos em relação à produção de cada resultado típico.

Às f. 454/475, o querelado ofertou alegações finais, sustentando, em síntese:

1 - que não há prova da materialidade do crime, pois o protesto foi lançado unilateralmente nos autos e que o fato de ter assinado a ata do Júri não significa que concordava com seus termos, até porque não havia para ele o ônus do contraditório naquela oportunidade, uma vez que a manifestação não seria objeto de deliberação judicial; que a cópia da matéria de jornal não pode ser considerada como prova da materialidade, visto que ali não se reproduziram os dizeres que lhe foram atribuídos na inicial;

2 - atipicidade por ausência de dolo específico de caluniar, impossibilidade de sustentar ânimo calmo e refletido na palavra do querelado. Incompatibilidade com o exigível *animus caluniandi*. Nesse tópico, afirma que apenas não concordou com os termos lançados na decisão que proveu o recurso, agindo apenas com a intenção de criticá-la. Alega que o caso tratava de violência no âmbito doméstico e que, no primeiro Júri, em razão da condenação decretada, foi declarada a perda do cargo do acusado, fato que gerou repercussão junto à vítima, que, no novo julgamento, passou a alterar a sua versão, não se sabe se por conveniência ou não, o que causou estresse no orador e clima tenso na sessão, com hostilidade entre ambas as partes, não sendo, nessas circunstâncias, possível sustentar ânimo calmo e refletido exigível para o delito de calúnia. Sustenta que as manifestações exaradas, no calor da discussão, foram movidas por *animus narrandi* e *criticandi*, e não pela vontade específica de ofender a honra dos querelantes;

3 - atipicidade, por ausência, na descrição na conduta imputada ao querelado, de circunstância elementar de fato previsto como crime. Afirma que as declarações do Juiz Flávio Prado Kretli evidenciam que o querelado não praticou a conduta descrita na ata da sessão do Júri, tendo esse afirmado expressamente, em juízo, que: “em momento algum o querelado chegou a dizer que o novo Júri ocorreria pelo fato de o Dr. H. ser amigo do Dr. P. ou do fato de o Dr. P. ter pedido aquela decisão ao Dr. H.”;

4 - que as palavras atribuídas ao querelado poderiam no máximo constituir difamação ou injúria, e, como foram proferidas, no debate da causa, em juízo, não são puníveis, em face da imunidade prevista no art. 142, I, do CP e na Lei nº 8.625/93. Sustenta que quis apenas comparar a atuação do defensor com a de um “lobista” que se vale mais de relacionamento interpessoal do que de técnica. Afirma que a acusação foi pautada pela legítima pretensão do Ministério Público de condenar o réu, para tanto tinha que afastar dúvidas sobre o acerto da primeira condenação, tendo a necessidade de desqualificar o trabalho feito pela defesa. Outrossim, houve necessidade de narrar e criticar as razões invocadas para

anular o primeiro julgamento do Júri. O fato caracterizou uma crítica ao orador adversário e ao êxito por ele obtido, expediente comum em debates exaltados perante o Tribunal do Júri;

5 - incidência do erro sobre a ilicitude (erro de proibição), discriminante putativa. Art. 20, § 1º, do CP. Erro sobre a existência e imunidade judiciária. Exclusão da culpabilidade. Alega que caso se entenda que não restou configurada a imunidade judiciária, “que é uma espécie de exercício regular do direito de argumentar, ao menos laborou em erro quanto a sua existência”. Assim, recaindo sobre os limites jurídicos de uma causa de justificação, configura-se erro de proibição indireto, com o condão de isentar de pena (erro inevitável) ou de reduzi-la, no caso de erro evitável;

6 - que o processo disciplinar instaurado foi concluído, sendo proferida a absolvição do querelado;

7 - e, finalmente, tece considerações sobre as referências pessoais e profissionais do querelado, que demonstrou serem irretocáveis. Afirma que a existência do processo em si já “trouxe expiação suficiente para o acusado, sendo desnecessária e injusta, sob o aspecto do fim das penas, qualquer pretensão condenatória”.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se pela improcedência da queixa, com absolvição do querelado com fulcro no art. 386, II, do CPP.

Verifica-se que a defesa requereu a absolvição, aduzindo, em síntese, que não há prova da materialidade, alegando que o protesto foi lançado unilateralmente na ata da sessão do Júri. Não sendo esse o entendimento, pleiteou a absolvição com base na atipicidade do fato, por ausência de elemento subjetivo do tipo, bem como inexistência de imputação de fato previsto como crime, e por se subsumir a conduta do querelado na imunidade judiciária prevista no art. 142, I, do CP, e na Lei nº 8.625/93. Subsidiariamente, sustentou o erro de proibição (art. 20, § 1º, do CP) incidente sobre a presença da imunidade judiciária.

Da materialidade do crime.

Do exame acurado dos autos verifica-se que, por ocasião do referido julgamento, patrocinava a defesa o Dr. A.F.P., e na acusação atuava o Promotor de Justiça H.P.S., ora querelado. Consta da ata de julgamento protesto feito pelo referido causídico, do seguinte teor:

Durante a exposição do Ministério Público o ilustre defensor pediu pela ordem a palavra para consignar o seu protesto em relação ao discurso proferido pelo orador, considerando a seu juízo ofensivo à sua pessoa [...] requerendo registro de sua manifestação nos seguintes termos: “Na abertura dos debates, o Promotor de Justiça afirmou ser verdadeiro que o defensor, ora reclamante, teria utilizado de influência nefasta junto ao Procurador de Justiça C.H.F.C., para que o mesmo lavrasse parecer pelo provimento do recurso que mandou o réu a novo Júri, e que, além disso, também creditou-lhe igual prática em relação aos eminentes desembargadores B.P.C. e H.V.A.F., dizendo que a influência do advogado se estenderia também a eles bem como em relação ao primeiro por influência de suposta amizade íntima, que essa manifestação influiu no ânimo dos jurados em razão de ser o promotor

de justiça bastante conhecido na comarca, e também por retratar a prática de ilícito supostamente envolvendo dignitários do Ministério Público do Poder (Judiciário) do Estado de Minas Gerais”.

O apelante alegou que o documento foi produzido unilateralmente, sendo insuficiente para demonstrar a materialidade do crime.

Contudo, nota-se que a ata foi assinada por todos que integraram a relação processual e que participaram da sessão de julgamento, inclusive o próprio querelado.

Em seu interrogatório (f. 383), o querelado confirmou ser sua a assinatura lançada na ata de julgamento, assegurando que somente assinou o documento depois de lê-lo. Portanto, suas declarações prestadas sob o juízo do contraditório valem como ratificação do inteiro teor da ata.

Não bastasse, o querelado, após a sessão de julgamento, deu entrevista à Rádio de Teófilo Otoni, que embasou a publicação da matéria veiculada no jornal *Visão dos Vales*, cujas declarações, em face do seu conteúdo, corroboram a assertiva feita pela acusação no sentido de que realmente houve imputação de fatos ofensivos à honra dos querelantes, dado o estado de espírito que o querelado se encontrava no momento. Na ocasião o querelado declarou que: “[...] Aqui em plenário eu tenho a imunidade para dizer o que eu quiser, sobre quem quiser, da forma que eu quiser, e não cometo crime”.

Assim, restando provada a materialidade, ou seja, que as palavras ofensivas foram realmente proferidas pelo querelado, cumpre examinar se o fato constitui delito de calúnia.

Da imunidade judiciária.

É certo que os membros do Ministério Público, assim como os advogados, são invioláveis por suas manifestações processuais (art. 106, V, da Lei Complementar nº 34/94 e art. 7º, § 2º, da Lei nº 8.906/94), porém, dentro dos limites da lei, segundo dicção do art. 133 da CR/88.

A inviolabilidade não é absoluta, cedendo em relação a manifestações que desbordem do exercício profissional, mesmo porque o princípio inverso também é verdadeiro, o de que toda e qualquer pessoa é inviolável em sua honra (art. 5º, X, CF).

In casu, não vejo como reconhecer a incidência da invocada imunidade judiciária do art. 142 do Código Penal, ou mesmo da prerrogativa funcional dos membros do Ministério Público, de modo a excluir o crime.

A uma, porque tal imunidade não abarca todos os crimes contra a honra, não alcançando o crime de calúnia, conforme entendimento já solidificado pelo STF.

Agravo regimental no recurso extraordinário. Penal. Calúnia. Crime não alcançado pela inviolabilidade prevista no art. 133 da Constituição Federal. Dolo. Matéria fático-probatória. Recurso desprovido. 1. A inviolabilidade do advogado por seus atos e manifestações no exercício da profissão, estabelecida pelo art. 133 da Constituição da República, é relativa,

não alcançando todo e qualquer crime contra a honra. 2. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é pacífica no sentido de que o crime de calúnia não é alcançado pela imunidade. Precedentes. 3. O trancamento da ação penal, pela via do *habeas corpus*, se dá excepcionalmente, quando evidente o constrangimento alegado. 4. Questão relativas ao dolo da prática criminosa remetem à análise aprofundada dos elementos fático-probatórios, não podendo ser conhecidos na via extraordinária. 5. Agravo regimental desprovido (RE 585901 AgR, Relator: Min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma, j. em 21.09.2010, DJe-190 divulg. 07.10.2010, public. 08.10.2010, Ement. vol-02418-07, p. 01514, RF v. 106, n. 412, 2010, p. 373-375).

A duas, porque a imunidade não é absoluta e somente se aplica quando a ofensa é “irrogada em juízo”, e na “discussão da causa”, pela “parte ou seu procurador”, devendo ser afastada quando o profissional ultrapassa os limites da razoabilidade e da lealdade processual, como ocorreu no caso.

Sobre o tema, a seguinte lição doutrinária:

A imunidade não é absoluta e nem ilimitada. Como seu fundamento é a necessidade de uma certa liberdade de discussão, só pode ser reconhecida se abrangida por seu fundamento, isto é, se tiver relação com o que se debate, se for necessária e útil ao julgamento. O que for estranho, o que não guardar qualquer relação, o que não for necessário e útil ao julgamento. O que for estranho, o que não guardar qualquer relação, o que não for necessário e nem útil, não estará acobertado pela imunidade estudada (ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. *Crimes contra a honra*. 3. ed. São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira, 2005).

Assim, não aplicável a imunidade judiciária, resta prejudicado o exame do pedido de reconhecimento do erro sobre os limites da referida excludente.

Da adequação típica.

O delito de calúnia consiste em atribuir a outrem a prática de um fato definido na legislação penal como crime, ciente o autor de que a imputação não corresponde à verdade. Não é imprescindível uma descrição detalhada, mas a conduta imputada deve se adequar a um fato típico.

Por outro lado, para configuração do elemento subjetivo, há a necessidade de que a ação esteja direcionada a um determinado fim de agir, consistente na intenção de ofender, de magoar, de macular a honra objetiva alheia.

O querelado afirmou que o Dr. A.P. influenciou os magistrados, ora querelantes, a decidirem em seu favor (cassando a decisão do Júri e remetendo o feito a um novo julgamento), valendo-se de íntima amizade supostamente existente entre o advogado e os referidos desembargadores.

As manifestações por parte do querelado excederam, em muito, o necessário à discussão da causa, imputando falsamente às vítimas a prática de conduta correspondente ao crime de corrupção passiva privilegiada, prevista no art. 317 do CP, *in verbis*:

Art. 317. [...]

§ 2º Se o funcionário pratica, deixa de praticar ou retarda ato de ofício, com infração de dever funcional, cedendo a pedido ou influência de outrem:

Pena: detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa.

As elementares do delito de corrupção estão presentes, ou seja: os querelantes teriam praticado ato de ofício (julgamento do recurso) com infração de dever funcional (beneficiando a pessoa do Dr. A.P.), em razão de influência exercida pelo advogado.

A intenção de caluniar é evidente, restando claro que o querelado elegeu os dois magistrados simplesmente por já terem integrado o Ministério Público, e também por ser o defensor Dr. A.P. ex-integrante da carreira, lançando acusações de que este teria corrompido aqueles usando de suposta amizade, ciente da falsidade de suas declarações, pois os magistrados, ora querelantes, sequer foram os autores do voto, que, segundo o querelado, beneficiou o acusado no processo do Júri, mas na condição de revisor e vogal apenas confirmaram a decisão do relator.

Vale ressaltar que as declarações do acusado eram mesmo desnecessárias, e sequer estavam inseridas no contexto da discussão da causa. Foi um argumento inoportuno, infeliz, palavras proferidas com a clara intenção de caluniar os aludidos magistrados, ainda que com o intuito de desqualificar a decisão, por entender o querelado ter em seu favor o benefício da imunidade.

A alegação da defesa de que o estado de exaltação do querelado exclui o delito não procede.

Conforme ressaltado alhures, os comentários enrijecedores da queixa ocorreram no início dos debates, momento em que os ânimos ainda não estavam irritados.

Por fim, a absolvição do querelado em sede administrativa não possui o condão de determinar o mesmo desfecho na seara criminal, em face da independência das instâncias.

Assim, restando caracterizada a intenção de caluniar, presente está o dolo específico, elemento subjetivo do tipo, e, portanto, a adequação jurídico-penal do fato como crime de calúnia.

Das causas de aumento de pena previstas no art. 141, incisos II e III, do CP.

As calúnias foram proferidas contra funcionários públicos (magistrados) e em razão da função judicante por eles exercida. Os crimes também foram praticados na presença de várias pessoas, impondo-se a aplicação da causa de aumento de pena prevista no art. 141, incisos II e III, do CP.

Do concurso formal impróprio.

Os querelantes pleitearam a aplicação do concurso formal impróprio.

Como se sabe, o concurso formal próprio ocorre quando o agente, mediante uma só conduta, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não. O concurso impróprio ocorre quando os vários eventos, embora provenientes de uma única ação, são desejados, impondo o Código, em tal caso, a aplicação das regras do concurso material de infrações.

Segundo leciona Camargo Aranha, na obra intitulada *Crimes contra a honra*, 3. ed., ed. Juarez de Oliveira: “Podemos falar na unidade de desígnios quando vários delitos se harmonizam numa mesma identidade-fim”.

Na hipótese em exame, ao nominar os desembargadores, atribuindo a cada um de per si conduta desonrosa, o querelado intentou atingir dupla finalidade, agindo com intenção dolosa autônoma, devendo-lhe ser aplicado o aumento de pena relativo ao concurso formal impróprio.

Ante o exposto, julgo procedente a queixa-crime e, por consequência, condeno o querelado H.P.S. como incurso nas sanções do art. 138, c.c art. 141, incisos II e III, na forma do art. 70, segunda parte, todos do CP.

Da dosimetria.

Passo, portanto, à aplicação da pena.

A culpabilidade do réu não extrapolou à própria da espécie, nem se mostrou acentuada, visto que o delito foi praticado no âmbito de sua atuação profissional e entendendo o querelado, ainda que equivocadamente, estar legalmente autorizado a agir; a sua conduta social é ilibada; seus antecedentes, irrepreensíveis; as circunstâncias do crime foram graves, pois atingiu a honra de magistrados da alta cúpula do Poder Judiciário mineiro, e, no caso da Des.^a M.B.C., as consequências foram danosas, pois se trata de pessoa e profissional íntegra, prova, de conduta ilibada, que se viu sem qualquer motivo envolvida em fatos da maior gravidade.

Assim sendo, na primeira fase, em face das circunstâncias judiciais analisadas, fixo para cada crime de calúnia a pena-base de 01 (um) ano de detenção e 20 (vinte) dias-multa. Na segunda fase, não existe agravante ou atenuante, razão por que a pena se mantém inalterada. Na terceira fase, presentes as causas especiais de aumento de pena previstas no art. 141, incisos II e III, do CP, aumento de 1/3 a pena, totalizando 01 (um) ano e 04 (quatro) meses de detenção e 26 (vinte e seis) dias-multa.

Em face do concurso formal impróprio, previsto na segunda parte do art. 70 do CP, somo as reprimendas, tornando-as definitivas em 02 (dois) anos e 08 (oito) meses de detenção, mais o pagamento de 52 (cinquenta e dois) dias-multa. Tendo em vista que o querelado dispõe de boa situação econômica, fixo cada dia-multa no valor de 02 (dois) salários mínimos.

Estabeleço o regime prisional aberto para o cumprimento da pena privativa de liberdade, nos moldes da regra prevista no art. 33, § 2º, alínea c, do Código Penal.

Por estarem presentes os requisitos do art. 44 do Código Penal, concedo ao querelado a substituição da pena privativa de liberdade por duas penas restritivas de direito, consistentes na prestação de serviços à comunidade pelo período da pena corporal e prestação pecuniária de 50 (cinquenta) salários mínimos, a serem definidas e regulamentadas pelo Juízo da Execução Penal.

Custas pelo querelado.

Após o trânsito em julgado, lance-lhe o nome no rol dos culpados.

Comunique-se ao Tribunal Regional Eleitoral para os fins preconizados no art. 15, inciso II, da CR/88.

Intimem-se as partes.

DES. EDUARDO MACHADO - De acordo com o Relator.

DES. AGOSTINHO GOMES DE AZEVEDO - Ementa: Ação penal. Prescrição da pretensão punitiva na modalidade retroativa. Ocorrência. Extinção da punibilidade. Necessidade. Decorrido o prazo prescricional entre a data do recebimento da denúncia e da publicação da sentença condenatória, impõe-se declarar a extinção da punibilidade do acusado, pela prescrição da pretensão punitiva estatal, na modalidade retroativa.

Voto divergente.

Trata-se de queixa-crime proposta contra o promotor H.P.S em razão da prática dos delitos previstos nos arts. 138 e 141, na forma do art. 70, segunda parte, todos do Código Penal, tendo como vítimas os Desembargadores M.B.M.P.C.C e H.V.A.F.

Acompanho o Relator para julgar procedente a inicial e condenar o promotor.

Contudo, peço vênia para divergir parcialmente, primeiramente em relação ao valor fixado para o dia-multa.

Na ação Penal nº 1.0000.14.001161-0/000, julgada por este colendo Órgão Especial, em 04.02.2016, o querelado D.C., Juiz de Direito, foi condenado nas sanções do art. 138, por nove vezes e art. 139, por oito vezes, c/c art. 141, II e II, todos do CP, em continuidade delitiva, à pena de 01 (um) ano, 05 (cinco) meses e 23 (vinte e três) dias de detenção, em regime aberto, e pagamento de 16 (dezesesseis) dias-multa para cada um dos delitos, somadas, nos termos do art. 72 do CP.

Naquele feito, o dia-multa para o Magistrado foi fixado em 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época do fato. Ressalte-se que a divergência apresentada pelo ilustre Desembargador P.C.D. se referiu apenas à prestação pecuniária, aumentada de um salário mínimo para 50 (cinquenta) salários mínimos, a qual acompanhei como vogal.

Pois bem.

Entendo ser necessário o mesmo tratamento no presente feito, até mesmo por questão de isonomia, ou seja, fixada a pena total de 02 (dois) anos e 08 (oito) meses de reclusão e pagamento de 52 (cinquenta e dois) dias-multa, fixo para o querelado, Promotor de Justiça, o dia-multa no valor de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época do fato, entendendo ser tal medida também proporcional, visto que, com a substituição da pena privativa de liberdade por prestação pecuniária elevada (mas justa, no caso, ante a boa condição financeira do inculpado), não se justifica a elevação acentuada do dia-multa, *in casu*.

Assim sendo, acompanho o voto condutor do eminente Desembargador, ainda, na substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direito, consistentes em prestação de serviços à comunidade pelo período da pena corporal e prestação pecuniária de 50 (cinquenta) salários mínimos.

Lado outro, apresento também divergência parcial quanto a outro aspecto, porquanto constato a ocorrência da prescrição retroativa da pretensão punitiva estatal, ressaltando-se que, tratando-se a prescrição de matéria de ordem pública, pode e deve ser ela declarada de ofício.

Afere-se do caderno processual que o fato ocorreu em 11 de abril de 2011, e a queixa-crime foi recebida em 11.04.2012.

A pena corporal imposta ao querelado na r. sentença para cada delito de calúnia foi de 01 (um) ano e 04 (quatro) meses de detenção e 26 (vinte e seis) dias-multa, que, nos termos do art. 109, V, do Código Penal, prescreve em 04 (quatro) anos.

Assim, transcorrido prazo superior a quatro anos entre o recebimento da denúncia e o presente julgamento, impõe-se o reconhecimento, de ofício, da prescrição da pretensão punitiva, na modalidade retroativa, pela pena *in concreto* aplicada.

Tratando-se de prescrição da pretensão punitiva, ficará o apelante isento das custas processuais e seu nome não poderá ser lançado no rol dos culpados, uma vez que a prescrição ora reconhecida equipara-se a uma absolvição.

Assim, peço vênia ao e. relator para divergir, reduzindo o valor do dia-multa e declarando a extinção da punibilidade do querelado H.P.S, pela prescrição da pretensão punitiva do Estado, na modalidade retroativa, nos termos do art. 107, IV c/c art. 109, V, ambos do Código Penal.

DES. EDGARD PENNA AMORIM - Voto divergente do vogal: *Data venia* do em. Relator, acompanho a divergência inaugurada pelo em. Des. Agostinho Gomes de Azevedo.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES EVANDRO LOPES DA COSTA TEIXEIRA, MARIÂNGELA MEYER, CORRÊA JUNIOR, CAETANO LEVI LOPES, AUDEBERT DELAGE, BELIZÁRIO DE LACERDA, ARMANDO FREIRE, PEDRO BERNARDES, SALDANHA DA FONSECA, DOMINGOS COELHO, ALBERGARIA COSTA, SANDRA FONSECA, WANDERLEY PAIVA e ALEXANDRE SANTIAGO.

Súmula - JULGARAM PROCEDENTE A QUEIXA-CRIME.

...

Transação judicial - Atos da parte - Efeitos imediatos - Art. 158 do Código de Processo Civil/73 - Sentença homologatória - Ato formal - Mera eficácia declarativa - Efeito de *semplique accertamento*

Ementa: Civil e processual civil. Transação judicial. Efeitos imediatos. Sentença homologatória. Ato formal.

- A sentença homologatória de transação judicial é ato formal que produz efeitos processuais, não interferindo na validade e na eficácia do conteúdo material do acordo.

- Eventual suspensão dos efeitos da sentença não atinge os atos estipulados, que produzem efeitos imediatamente, conforme regra prevista no art. 158 do Código de Processo Civil/73.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0331.13.000004-4/003 - Comarca de Itanhandu - Apelante: Gilberto Gonçalves Mendes - Apelado: Leôncio de Carvalho Moreira - Relator: DES. ESTEVÃO LUCCHESI

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 14ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em DAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 5 de maio de 2016. - *Estevão Lucchesi* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. ESTEVÃO LUCCHESI - Cuida-se de recurso de apelação interposto por Gilberto Gonçalves Mendes, contra sentença proferida em cumprimento de sentença proposto em desfavor de Leôncio de Carvalho Moreira, a qual considerou cumprida a transação de f. 73 e extinguiu o feito.

Em suas razões, o apelante sustentou que o agravo de instrumento foi julgado prejudicado e que, na decisão de recebimento da apelação, não foi mencionado sobre o efeito suspensivo, todavia, nos casos de homologação do acordo a apelação somente é recebida no efeito devolutivo. Defendeu que parte do acordo não foi cumprida, porquanto a entrega do bem somente ocorreu em 01.03.2015, sendo devida a multa diária lá pactuada. Sucessivamente, requereu seja reconhecido o atraso na entrega do bem a partir de 26.01.2015.

Em contrarrazões, o apelado desenvolveu argumentos em prol da manutenção da sentença, reiterando não ter havido atraso no cumprimento da obrigação porquanto a sentença que homologou o recurso se

encontrava suspensa até março de 2015, somente tendo transitado em julgado nesse mês.

Relatei.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

Analizando a situação fática da lide, verifica-se que as partes transacionaram quanto ao objeto da lide, restando decidido que o réu deixaria o imóvel até 06.12.2014, sob pena de multa de mil reais por dia de descumprimento.

A aludida transação foi homologada judicialmente, conforme se verifica à f. 73.

Ato posterior, o réu interpôs recurso de apelação contra a sentença homologatória do acordo, que não foi recebido pelo Juiz singular (f. 89-v.) ao fundamento de intempestividade.

Contra essa decisão interlocutória o réu aviou agravo de instrumento - pleiteando o recebimento da apelação (f. 92 e seguintes) - no qual se concedeu efeito suspensivo recursal (f. 98/99).

Todavia, o Magistrado singular exerceu juízo de retratação, ao reconhecer a tempestividade da apelação, recebendo-a (f. 103), razão pela qual o agravo de instrumento foi julgado prejudicado (f. 131/132).

A questão de fundo cinge-se a verificar se houve incidência de efeito suspensivo sobre a sentença homologatória da transação de f. 73, postergando a efetividade da pactuação relativa à data da entrega do bem; vale salientar que restou incontroverso que o réu somente desocupou o imóvel em 01.03.2015, conforme informado por ele mesmo à f. 134.

Pois bem.

Pontes de Miranda conceitua a transação como:

negócio jurídico bilateral, em que duas ou mais pessoas acordam em concessões recíprocas, com o propósito de pôr termo a controvérsia sobre determinada, ou determinadas relações jurídicas, seu conteúdo, extensão, validade, ou eficácia. Não importa o estado de gravidade em que se ache a discordância, ainda se é quanto à existência, ao conteúdo, à extensão, à validade ou à eficácia da relação jurídica; nem, ainda, a proveniência dessa, se de direito das coisas, ou de direito das obrigações, ou de direito de família, ou de direito das sucessões, ou de direito público (*Tratado de direito privado*, parte especial, tomo XXV. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, p. 117).

A transação judicial, por sua vez, segundo a técnica processual, é considerada como ato das partes, a exemplo dos atos de transação. Da doutrina, colhe-se:

Atos da parte

[...]

Atos de transação: representam atos bilaterais realizados pelas partes sob a forma de avenças ou acordos processuais. Podem se referir ao mérito da causa, quando se apresentam como forma de autocomposição da lide, como na

conciliação (arts. 334, § 11, e 359) e na transação (art. 487, III, b). Podem, outrossim, relacionar-se como questões meramente processuais, como na convenção para adiar audiência (art. 362, I) ou para abreviar ou aumentar prazos, e para, em geral, introduzir alterações no procedimento visando ajustá-lo às especificidades da causa (art. 190) (THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 56. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, v. I, p. 481).

Dispõe o art. 158 do Código de Processo Civil que “os atos das partes, consistentes em declarações unilaterais ou bilaterais de vontade, produzem imediatamente a constituição, a modificação ou a extinção de direitos processuais.”

De fato, “os efeitos do ato processual, salvo disposição em contrário, são imediatos e não dependem de redução a termo nem de homologação judicial” (obra cit., p. 481).

Vale dizer, o ato processual de transação nem sequer depende de homologação judicial para produzir efeitos ou ser eficaz (STJ, 1ª Turma, Ag 566.799. Rel. Min. Denise Arruda, 11.06.2004).

Isso se deve ao fato de que a sentença que homologou o acordo tem efeito de *semplique accertamento*, ou seja, uma mera eficácia declarativa, até mesmo porque é um simples ato formal, com o escopo de levar à extinção do feito, mas sem qualquer ingerência no conteúdo material transacionado.

Por conseguinte, o prazo indicado na transação para que o apelado deixasse o imóvel - livremente pactuado entre as partes - tornou-se eficaz a partir do momento em que o acordo foi concluído, razão pela qual eventual concessão de efeito suspensivo em qualquer recurso posteriormente interposto não interfere no direito material objeto do ajuste.

Nesse sentido, colha-se a lição do mestre Pontes de Miranda, citado por Maria Helena Diniz, em artigo específico sobre o assunto em tela, denominado “Efeitos da Transação Judicial”:

A sentença homologatória nada resolve, o negócio jurídico da transação é que lhe faz o fundo. A homologação apenas dá à transação o efeito extintivo da relação jurídico-processual. Tanto isso é verdade que, com a desconstituição ou rescisão da sentença homologatória, continua o processo, como se não tivesse havido o efeito extintivo, mas a transação feita não é considerada inválida, pois o direito material a considera perfeita e válida. A homologação apenas irradia a eficácia processual (Efeitos da Transação Judicial, *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, ano II, n. 7, setembro/outubro 2000, p. 16/22).

E prossegue acrescentando que “a homologação judicial da transação é um ato formal que visa à certeza, mas não a validade e a eficácia do ato estipulado” [...].

Carlos Roberto Gonçalves adverte que se dispensa a homologação da transação, “uma vez que sua eficácia, entre as partes, independe desse ato judicial, indispensável apenas para efeitos processuais, isto é, para extinção do feito”. E continua:

Homologar, segundo a lição de Ênio Zuliani, ‘significa aprovar a forma do ato e não julgar o mérito do negócio realizado. Mesmo sem homologação, transação adquire efeito de coisa julgada’ (RT 770/265); homologada encurta-se ou facilita-se caminho para a execução de título judicial; não homologada obriga o transigente à execução de obrigação de fazer (obrigar o outro a cumprir a transação, porque em sendo contrato não admite desistência unilateral) (*Direito civil brasileiro: contratos e atos unilaterais*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, v. 3.p. 546).

Nessa ordem de ideias, se a validade da transação não está condicionada à sentença homologatória (uma vez que essa apenas possui efeitos processuais), a validade e a eficácia do prazo estipulado também não estão e, conseqüentemente, eventual suspensão dos efeitos da sentença é irrelevante sobre o conteúdo material do acordo, que permanece válido e eficaz até que seja revogado/anulado judicialmente, o que não é o caso dos autos.

Dessa forma, é mesmo prescindível perquirir acerca dos efeitos conferidos ao agravo de instrumento ou à apelação interposta pelo réu, pois a transação realizada à f. 73, a partir do momento em que foi formalizada, passou a produzir todos os regulares efeitos, incluindo, por óbvio, a cláusula na qual o réu/apelado se comprometeu a deixar o imóvel até 06.12.2014.

Dessarte, incontroverso que a desocupação do imóvel ocorreu somente em momento posterior, resta pendente a execução da multa diária pelo descumprimento parcial do termo, não havendo falar em extinção do cumprimento de sentença.

Com esses fundamentos, dou provimento ao recurso para reconhecer a validade dos termos da transação, a partir da data em que foi pactuada, anular a sentença e determinar o retorno dos autos para o prosseguimento da execução.

Custas recursais, pelo apelado, suspensa a exigibilidade, nos termos da Lei 1.060/50.

É como voto.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES MARCO AURELIO FERENZINI e VALDEZ LEITE MACHADO.

Súmula - DERAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

**Inventário - Herdeiros menores -
Testamento - Ausência - Inventário judicial -
Opção da parte - Interesse de agir - Imposição
de realização extrajudicial - Não cabimento**

Ementa: Apelação cível. Inventário judicial. Imposição de realização extrajudicial do inventário. Não cabimento. Faculdade da parte interessada. Interesse de agir presente.

- A realização de inventário e partilha na via administrativa consiste em uma faculdade da parte postulante prevista pelo legislador, não podendo o Judiciário interpretar a lei de modo mais restritivo.

- Se a parte opta em proceder ao inventário judicial, presente o seu interesse de agir para o processo.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0003.16.000237-8/001 - Comarca de Abre-Campo - Apelante: Lúcia Freitas da Costa Acipreste - Interessados: Espólio de Nadir de Freitas Costa, Espólio de Raimundo Ferreira da Costa - Relator: DES. WILSON BENEVIDES

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 7ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em DAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 26 de abril de 2016. - *Wilson Benevides* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. WILSON BENEVIDES - Trata-se de recurso de apelação interposto contra a sentença de f. 12, prolatada pelo Juízo da 2ª Vara Cível, Criminal e de Execuções Penais da Comarca de Abre-Campo que, nos autos da ação de inventário proposta por Lúcia Freitas da Costa Acipreste, em razão do falecimento de seus genitores, Raimundo Ferreira da Costa e Nadir de Freitas Costa, julgou extinto o processo, sem resolução de mérito, nos termos do art. 267, VI, do CPC, ao fundamento de que, em se tratando de herdeiros maiores e não tendo os falecidos deixado testamento, a parte postulante não tem interesse de agir para a realização do inventário judicial.

A autora interpôs recurso de apelação às f. 15/23, alegando que com a inicial da sua ação apresentou toda a documentação necessária à abertura do inventário judicial. Argumenta que a realização de inventário extrajudicial constitui uma faculdade e não uma obrigatoriedade, ressaltando o teor do disposto no art. 982, do CPC e citando jurisprudência deste TJMG a corroborar com sua tese. Salienta que o direito de ação está garantido constitucionalmente. Pede a reforma da sentença para que seja determinado o regular prosseguimento do feito, com a abertura de inventário para posterior partilha dos bens deixados por seus genitores falecidos.

Sem contrarrazões, por se tratar de procedimento de jurisdição voluntária.

É o relatório.

Juízo de admissibilidade.

Conheço do recurso, presentes os pressupostos para sua admissibilidade, salientando que a apelação contou com o respectivo preparo de f. 24.

Mérito.

A apelante insurge contra a sentença que julgou extinto o processo de inventário, por falta de interesse de agir, ao fundamento de que, diante da inexistência de testamento e herdeiros menores, o inventário deveria ser realizado extrajudicialmente, por ser meio mais célere e eficaz.

Nas razões de seu recurso a apelante argumenta que não pode ser privada de seu direito de ação e que a realização de inventário extrajudicial consiste em mera faculdade do postulante e não em uma obrigação.

Razão assiste à apelante.

É que o art. 982 do CPC, com a redação dada pela Lei 11.441/2007, estabelece ser faculdade dos interessados a realização do inventário pela via administrativa.

Confira-se:

Art. 982. Havendo testamento ou interessado incapaz, proceder-se-á ao inventário judicial; se todos forem capazes e concordes, poderá fazer-se o inventário e a partilha por escritura pública, a qual constituirá título hábil para o registro imobiliário. (Redação dada pela Lei nº 11.441, de 2007).

§ 1º O tabelião somente lavrará a escritura pública se todas as partes interessadas estiverem assistidas por advogado comum ou advogados de cada uma delas ou por defensor público, cuja qualificação e assinatura constarão do ato notarial. (Renumerado do parágrafo único com nova redação, pela Lei nº 11.965, de 2009)

§ 2º A escritura e demais atos notariais serão gratuitos àqueles que se declararem pobres sob as penas da lei. (Incluído pela Lei nº 11.965, de 2009)

Nesse contexto, no caso dos autos, ainda que os herdeiros sejam maiores e capazes, e o de cujus não tenha deixado testamento, e ainda que o inventário seja consensual, optando a parte pelo inventário judicial, não há como lhe impor a via extrajudicial.

Neste sentido, tratando-se o interesse de agir no binômio necessidade-utilidade, tem-se que a lei, ao atribuir a faculdade de escolha aos interessados, suprime ao próprio Poder Judiciário interpretar a lei de modo mais restritivo.

Registre-se, demais disto, que a regra constitucional que consagra o direito de ação e o princípio da inafastabilidade da Jurisdição (art. 5º, XXXV, da CR/1988) não permite que o magistrado deixe de apreciar a questão posta em Juízo.

No caso, portanto, não há como desconsiderar a oportunidade do caminho judicial, não sendo possível obrigar a parte postulante que ingresse com o inventário na via administrativa, estando presente o seu interesse de agir para inventário judicial e partilha dos bens deixados pelos seus falecidos genitores.

Em casos semelhantes, já decidiu este TJMG:

Apelação cível. Direito sucessório. Inventário/arrolamento. Realização por escritura pública na via extrajudicial. Faculdade do interessado. Art. 982 do CPC com a redação dada pela 11.441/2007. Interesse de agir. Constatação. Cassação da sentença. Recurso a que se dá provimento. - A Lei Federal nº 11.441/07 apenas facultou a realização de inventário e

partilha perante Cartórios de Tabelionatos, na hipótese de as partes serem capazes e se apresentarem concordes com os termos da escritura pública. Isso significa que foi dada a opção para os interessados, entre procedimento extrajudicial e judicial, não se admitindo a imposição de um ou outro, conforme redação do artigo 982 do CPC. A realização do inventário/arrolamento pela via extrajudicial constitui faculdade da parte, não havendo óbice à sua efetivação mediante procedimento judicial, pelo que deve ser afastada a alegação de falta de interesse de agir, reconhecida em primeira instância (TJMG - Apelação Cível nº 1.0878.14.003053-6/001, Rel. Des. Belizário de Lacerda, 7ª Câmara Cível, j. em 02.02.2016, p. em 05.02.2016).

Apelação cível. Arrolamento sumário. Inventário e partilha. Via judicial. Faculdade das partes. Interesse de agir. Art. 982 do Código de Processo Civil. Justiça gratuita. Critérios. Julgador. Prova dos autos. Deferimento. Apelação à qual se dá provimento. 1. O art. 982, do Código de Processo Civil confere uma faculdade às partes na opção pelo inventário e partilha na via extrajudicial ou judicial. 2. O interesse de agir deriva da utilidade e necessidade de provimento judicial para satisfação de um direito, de acordo com a previsão da lei. 3. A mera declaração de miserabilidade pela parte requerente, sem uma demonstração da efetiva necessidade da assistência judiciária gratuita, não implica a imediata e automática concessão do benefício, cuja análise da pertinência é exclusiva do julgador (TJMG - Apelação Cível nº 1.0878.14.003052-8/001, Rel. Des. Marcelo Rodrigues, 2ª Câmara Cível, j. em 24.11.2015, p. em 09.12.2015).

Apelação cível. Ação de inventário. Art. 982 do CPC. Opção pelo procedimento judicial. Faculdade das partes. Interesse de agir presente. Recurso provido. 1. O interesse de agir consiste na imprescindibilidade de o autor vir a juízo para que o Estado decida a controvérsia existente entre as partes e, ainda, na utilidade que o provimento jurisdicional poderá proporcionar a elas. 2. De acordo com o art. 982 do CPC, com a redação dada pela Lei nº 11.441, de 2007, sendo os herdeiros maiores e capazes e havendo concordância entre eles, o inventário pode ser feito por escritura pública. Trata-se de uma faculdade das partes e não de imposição pelo procedimento extrajudicial. 3. Logo, optando os herdeiros pelo inventário judicial, está presente o interesse de agir. 4. Apelação cível conhecida e provida para cassar a sentença e determinar o regular prosseguimento do feito (TJMG - Apelação Cível nº 1.0105.09.310075-5/001, Rel. Des. Caetano Levi Lopes, 2ª Câmara Cível, j. em 27.10.2015, p. em 05.11.2015).

Apelação cível. Inventário. Herdeiros capazes e concordes. Opção pela via administrativa. Mera faculdade. Direito subjetivo. - A Lei 11.441/07 possibilitou (e não obrigou) a realização de inventário e partilha administrativamente, caso inexistia testamento e os interessados sejam capazes e concordes. - Embora inexistia litígio, deve ser regularmente processado o inventário judicial, em atenção ao princípio da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV, da CF/88). - Recurso provido. (TJMG - Apelação Cível nº 1.0686.13.015359-2/001, Rel.ª Des.ª Ana Paula Caixeta, 4ª Câmara Cível, j. em 08.05.2014, p. em 13.05.2014).

Com efeito, o inconformismo da autora tem pertinência e a sentença recorrida não pode prevalecer, cabendo o regular prosseguimento do feito.

Dispositivo: isso posto, dou provimento ao recurso para cassar a sentença e determinar o regular prosseguimento do processo. Custas recursais ao final, na forma da lei.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES ALICE BIRCHAL e BELIZÁRIO DE LACERDA.

Súmula - DERAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Autorização judicial para interrupção de gravidez - Má-formação fetal - Síndrome de Edwards - Aborto necessário - Risco iminente à vida da gestante - Ausência de prova - Gravidez de risco - Alegação insuficiente - Aborto eugênico - Direitos do nascituro - Direito à vida - Princípio da dignidade da pessoa humana - Gravidez em estágio avançado

Ementa: Apelação cível. CPC/73. Autorização judicial para interrupção de gravidez. Feto portador de Síndrome de Edwards. Ausência de demonstração de risco iminente à gestante. Gestação em estágio avançado. Improcedência. Sentença mantida.

- A interrupção de gravidez é tipificada no Código Penal, que estabelece, todavia, duas exceções, o aborto terapêutico ou necessário, quando há sério e grave perigo para a vida da gestante, e o aborto humanitário, quando a gravidez resulta de estupro.

- O aborto terapêutico somente tem cabimento quando necessário para salvar a vida da gestante, não sendo suficiente, para tanto, a existência de gravidez de risco.

- Afastada a hipótese de aborto necessário, ilegítimo o seu consentimento com base na tese do aborto eugenésico, porquanto o direito à vida é garantido constitucionalmente, não havendo permissivo legal para a interrupção da gestação, em caso de má-formação de nascituro.

- De acordo com a orientação médica, o aborto provocado só é recomendável até 18 semanas de gestação, o que não ocorre no presente caso.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0459.16.000396-6/001 - Comarca de Ouro Branco - Apelante: S.L.L. - 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, em NEGAR PROVIMENTO AO APELO.

Belo Horizonte, 17 de junho de 2016. - Luiz Artur Hilário - Relator.

Notas taquigráficas

DES. LUIZ ARTUR HILÁRIO - Trata-se de recurso de apelação interposto por S.L.L. em face da sentença de f. 44/46, que julgou improcedente o pedido de autorização judicial para interrupção de gravidez.

Em suas razões recursais encartadas às f. 51/62, alega a apelante, em síntese, que os relatórios médicos acostados aos autos demonstram malformações fetais decorrentes da denominada Síndrome de Edwards, as quais inviabilizam a sobrevivência do recém-nascido. Sustenta que, atestada a impossibilidade de vida extrauterina do feto, deve-se dirigir a atenção para o risco que a gravidez lhe acarreta. Salienta que o ordenamento jurídico admite o sacrifício da vida do feto em favor da gestante, não se podendo compeli-la a persistir em uma gestação de risco que, ao final, resultará em óbito do feto. Ressalta que exigir a iminência de morte para autorizar o procedimento médico é afrontar o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Tece considerações em abono à sua tese, requer a antecipação da tutela recursal e, ao final, o provimento do recurso.

Parecer da douta Procuradoria-Geral de Justiça, às f. 72/75-v.

Conheço do recurso, presentes os pressupostos de admissibilidade.

Consigno, inicialmente, que, tratando-se de recurso interposto em face de sentença publicada em cartório, sob a égide do CPC/73, seu julgamento será regido pela respectiva norma, a teor do que estabelece o Enunciado 54 deste Sodalício, v.g.: "A legislação processual que rege os recursos é aquela da data da publicação da decisão judicial, assim considerada sua publicação em cartório, secretaria ou inserção nos autos eletrônicos".

Colhe-se dos autos que a apelante ingressou em juízo com pedido de interrupção de gravidez, após ter seu feto diagnosticado como portador de Síndrome de Edwards, que eleva para 95% (noventa e cinco por cento) a chance de óbito após o parto e, em casos de sobrevivência, provoca graves sequelas. Sustentou seu pedido, ademais, no risco de morte que a manutenção da gestação lhe impõe, visto ser acometida por Síndrome de Sjögren, cujo tratamento é incompatível com a gestação, e, ainda, por hipertensão.

Pois bem.

Como cediço, a interrupção de gravidez é tipificada no Código Penal, que estabelece, todavia, duas exceções: o aborto terapêutico ou necessário, quando há sério e grave perigo para a vida da gestante - hipótese em que se funda o presente pedido judicial; e o aborto humanitário, quando a gravidez resulta de estupro. Alicerça-se o

primeiro na prevalência dada pelo ordenamento jurídico à vida da mãe, quando colocada em risco pela continuidade da gestação, e, o segundo, no princípio da dignidade da pessoa humana, que restaria violado, diante da obrigatoriedade da manutenção de uma gravidez proveniente de violência.

A situação versada nos autos perpassa, portanto, pela titularidade de direitos do nascituro e, sobretudo, do direito à vida.

No direito brasileiro, identificam-se, tradicionalmente, três correntes que tratam da personalidade jurídica do nascituro. Para a primeira, denominada natalista, a personalidade jurídica adquire-se a partir do nascimento com vida. Para a segunda, concepcionista, a personalidade jurídica é atributo de todo ser humano, verificando-se desde a concepção. Finalmente, para a teoria da personalidade condicional, a personalidade é reconhecida desde a concepção, mas condicionada ao nascimento com vida.

A despeito da ausência de consenso quanto ao momento em que se inicia a personalidade jurídica, o Código Civil, no seu art. 2º, estabeleceu que a personalidade civil começa do nascimento com vida, mas colocou a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro. Desse modo, embora, em princípio, pareça ter o legislador optado pela teoria natalista, o texto da lei evidencia que são resguardados, desde a concepção, os direitos do nascituro.

Ora, se a lei estabelece que o nascituro é titular de direitos, desde a concepção, uma de duas conclusões é necessária, como ensina Barbosa Moreira (MOREIRA, José Carlos Barbosa. O direito do nascituro à vida. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Direito fundamental à vida*. São Paulo: Quartier Latin, 2005): ou o intérprete aceita a possibilidade de ser titular de direitos um ser sem personalidade jurídica ou reconhece que o dispositivo do Código Civil apresenta contradição insolúvel, conclusão que não pode ser admitida na interpretação. Desse modo, não se pode negar, sem ignorar a legislação civil, que o ordenamento jurídico resguarda direitos à pessoa humana, desde a concepção.

E, como sabido, dentre os direitos reconhecidos ao nascituro, destaca-se, como o primeiro e mais fundamental, aquele à vida, pressuposto para o exercício de todos os demais.

Ressalte-se que a Constituição da República Federativa do Brasil, ao dispor sobre a inviolabilidade do direito à vida, não estabelece restrições. Se a vida humana existe desde a concepção, conforme nos ensina a medicina, é inviolável desde então.

Assim, por opção feita pelo legislador, após um processo legislativo constitucional e democrático, a interrupção da gravidez, com prejuízo à vida do nascituro, é cabível nas hipóteses em que, havendo colisão entre os bens jurídicos vida da mãe e vida do feto, privilegia-se o primeiro.

Tal situação, todavia, a meu sentir, não se evidencia nos autos.

De fato, da análise dos documentos apresentados pela autora, não é possível aferir risco real à vida da gestante.

O relatório médico acostado à f. 21 atesta que a autora sofre de hipertensão crônica e de Síndrome de Sjögren, cujo tratamento foi interrompido em razão da gravidez, acarretando desconforto e risco para a paciente, sem, todavia, elucidar o risco que menciona.

A médica reumatologista que acompanha a autora também não menciona, no laudo acostado à f. 22, a existência de qualquer risco a que esteja submetida, citando apenas o risco de que os filhos dela sofram de bloqueio cardíaco congênito.

Um terceiro relatório médico, jungido à f. 23, subscrito por médica nefrologista menciona ser a gravidez de alto risco, com probabilidade de complicações e chance mínima de sobrevivência fetal, mas não esclarece os riscos para a gestante.

Apenas o relatório médico de f. 29 menciona a existência de risco de vida decorrente de hipertensão, relatando, todavia, risco potencial, e não atual.

Dessa forma, considerando que, sem sombra de quaisquer dúvidas, a gravidez de risco somente justifica o aborto, quando houver grave e iminente risco para a vida da gestante, situação que não restou demonstrada, a manutenção da sentença é medida que se impõe.

O aborto terapêutico, com efeito, somente tem cabimento quando necessário para salvar a vida da gestante, não sendo suficiente, para tanto, a existência de gravidez de risco, dada a ausência, nessa hipótese, da colisão entre o direito da gestante e o do nascituro à vida.

E, como dito, os relatórios médicos não são específicos quanto à existência e à extensão do perigo para a vida da gestante, tratando apenas de um risco potencial decorrente de hipertensão.

Ademais, cumpre ressaltar que o único laudo, emitido pelo médico obstetra (f. 21), não é claro quanto à necessidade do aborto para salvaguardar a vida da autora.

Portanto, na linha do que restou decidido pelo Juízo singular e do parecer ofertado pelo Ministério Público, não há provas suficientes para autorizar o aborto nos termos pretendidos pela autora.

Quanto à alegação de ausência de possibilidade de vida extrauterina a ensejar a intervenção pretendida, melhor sorte não assiste à apelante.

Como se infere, sustenta a autora que, em razão do alto risco de morte logo após o nascimento, justifica-se o aborto eugênico, por ser desumano exigir a manutenção de uma gestação fadada ao insucesso.

Não se desconhece que, quando comprovado que o feto não terá chances de conhecer a vida fora do útero materno, a interrupção da gestação merece ser

autorizada judicialmente, tal como decidido nos autos da ADPF nº 54, pelo Pleno do STF.

Contudo, a hipótese dos autos não versa pedido de aborto de feto anencéfalo, cuja vida extrauterina é dada como inviável de forma unânime na literatura médica.

Apesar de ter sido demonstrado nos autos que o nascituro é portador de trissomia do cromossomo 18 (f. 20), anomalia cromossômica que, nos termos do laudo de f. 21, é, na maioria dos casos, incompatível com a vida, não se descartou a probabilidade de vida, ainda que remota.

Nesse contexto, a gravidade da síndrome que acomete o nascituro e a alta probabilidade de óbito após o nascimento não têm o condão de lhe retirar o direito à vida.

Com efeito, como ressaltado pelo órgão ministerial, no bem lançado parecer de f. 72/75-v., restringir a proteção do direito à vida apenas a quem tem saúde ou não apresenta enfermidade grave constitui forma de discriminação contra as pessoas portadoras de deficiência e doença crônica, o que não é admitido pelo ordenamento constitucional pátrio.

Não é a saúde ou a probabilidade de vida futura que garante a proteção dos direitos, mas a condição de ser humano, de que compartilham todos, saudáveis e doentes.

Admitir a supressão da vida do nascituro apenas porque é portador de síndrome grave, de provável letalidade após o nascimento, é afirmar que a vida de um nascituro deficiente tem menos valor e não deve ser protegida. E tal conclusão, à obviedade, ofende o princípio da dignidade da pessoa humana, não restando amparado pelo ordenamento jurídico.

Assim, conquanto se reconheça a situação de sofrimento psicológico da gestante e familiares, diante da situação vivenciada, não se pode perder de vista que, à luz do princípio da dignidade da pessoa humana, consagrado no texto constitucional, todo ser humano deve ser tratado com igual respeito e proteção, independentemente de suas características físicas ou psíquicas. E tal implicação reflete-se no tratamento dos nascituros que, como membros da espécie humana, também são dignos de proteção.

Cumpre salientar, ainda, que nem sequer a inviabilidade de vida após o nascimento está demonstrada. Consta da sentença referência a relato de caso, publicado pela Associação Médica Brasileira, na *Revista Científica Arquivos Catarinenses de Medicina*, noticiando que a sobrevivência medida dos pacientes portadores da Síndrome de Edwards é de 2 a 10 meses, raramente ultrapassando um ano de vida, mas que já foram relatados casos na literatura de pacientes com 13, 15 e até 18 anos.

Portanto, afastada a hipótese de aborto necessário, ilegítimo o seu consentimento com base na tese do aborto eugenésico, porquanto, repita-se, o direito à vida é garantido constitucionalmente, não havendo

permissivo legal para a interrupção da gestação, em caso de má-formação de nascituro.

Por fim, cumpre ressaltar que, do ponto de vista médico, incluindo-se neste a parte científica, recomenda-se o aborto para interrupção de gravidez até 18 (dezoito) semanas de gestação.

E, de acordo com o laudo de f. 64, a data prevista para o parto é 11.07.2016, de forma que o aborto, mesmo que realizado por médico e com toda a tecnologia disponível, a esta altura da gravidez colocaria muito mais em risco a gestante do que aguardar o tempo certo do nascimento.

Assim, considerando que, no caso *sub judice*, não há comprovado risco de dano iminente à saúde da gestante e que o estágio da gestação se encontra sobremaneira avançado, nego provimento ao apelo, mantendo incólume a bem lançada sentença recorrida.

Custas recursais, *ex lege*.

DES. AMORIM SIQUEIRA - Analisando detidamente os autos, acompanho o eminente Relator quanto à impossibilidade de interrupção da gravidez, notadamente por não estar evidenciado o risco de vida iminente para a gestante, bem como se encontrar a gestação em estado avançado.

DES. JOSÉ ARTHUR FILHO - De acordo com o Relator.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO APELO.

...

Aquisição de pedras para piso - Manchas - Avaria - Comprovação - Restituição do valor pago e devolução do piso - Status quo ante - Danos morais - Não configuração - Meros dissabores - Indenização não devida - Decote

Ementa: Apelação. Ação de indenização danos materiais e morais. Aquisição de pedras para piso. Granito. Manchas. Avarias. Restituição do valor pago e devolução do piso. Restabelecimento do *status quo ante*. Danos morais. Ausência. Meros dissabores. Decotar da condenação.

- Restou demonstrado e comprovado nos autos que as pedras adquiridas pela parte autora da ré de fato encontravam-se com avarias, razão pela qual deve ser mantida a sentença que determinou a devolução à parte autora do valor pago para a aquisição das pedras, bem como a restituição dos produtos à parte ré, restabelecendo o *status quo ante*.

- O que houve no presente caso foi um mero descumprimento contratual incapaz de gerar danos à honra,

à imagem, à personalidade da autora, a fim de lhe ocasionar indenização a título de danos morais, tratando-se de meros aborrecimentos cotidianos, os quais todos estamos propícios a vivenciar, devendo ser decotada da sentença a condenação da ré a tal título.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0106.14.000766-2/001 - Comarca de Cambuí - Apelante: Art Pedras Ltda. ME (microempresa) - Apelada: Rosalina Chagas da Rosa - Relator: DES. MOTA E SILVA

Acórdão

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

Belo Horizonte, 18 de maio de 2016. - Mota e Silva - Relator.

Notas taquigráficas

DES. MOTA E SILVA - Trata-se de recurso de apelação interposto por Art Pedras Ltda. ME em face da sentença de f. 68-73 em que o douto Juiz *a quo* Adriano Leopold Busse julgou procedente o pedido inicial para condenar a parte ré a restituir à parte autora a quantia de R\$8.800,00, bem como a pagar-lhe a quantia de R\$2.000,00 a título de danos morais.

Requer a parte apelante a reforma da sentença, alegando que não há nenhum vício aparente ou oculto nas peças de granito entregues à autora. Aduz que as características apresentadas nas fotos são naturais e surgiram no processo de formação da rocha. Assim, entende que inexistir qualquer vício redibitório nos produtos. Assim, pugna a parte ré pela reforma da sentença, com a improcedência dos pedidos iniciais (danos materiais e danos morais).

Preparo recursal às f. 86-87.

Contrarrazões às f. 93-96, sem preliminares, pelo desprovimento do recurso.

É o breve relato. Passo a decidir.

Trata-se, inicialmente, de ação ajuizada por Rosalina Chagas da Rosa em face da Empresa Art Pedras Ltda. - ME. Narra, na inicial, que, em setembro de 2013, adquiriu da ré pedras tipo granito, cor branco Dallas para sua residência, firmando contrato no valor de R\$8.800,00, referente a 40m², a serem entregues no prazo de 20 dias. Aduz que lhe foram entregues apenas 15,40m², após diversos meses, e com avarias. Assim, diante de tais fatos, entrega atrasada de apenas parte do produto e ainda assim com avarias, a parte autora desgostou do produto, não podendo finalizar a obra em sua residência, razão pela qual requer a condenação da parte ré em indenização por danos materiais e despesas com mão de obra, bem como indenização por danos morais.

Contestação às f. 23-28, pelo desprovemento do recurso.

Sentença às f. 68-73, julgando procedente o pedido autoral e condenando a ré ao pagamento de indenização por danos materiais e por danos morais.

Pelas provas produzidas nos autos, fotografias de f. 13-16 e provas orais de f. 60 e seguintes, pode-se perceber que de fato o granito adquirido pela parte autora possuía algumas manchas.

A testemunha Brendon Willians afirmou:

que é possível a ocorrência das manchas de f. 114 tendo em vista a oxidação da pedra: que isso foi avisado à requerente; [...] que é possível tirar as manchas com removedor; [...] que foi entregue toda a quantidade adquirida; que o pagamento foi feito na metade do valor total quando da compra e a outra metade quando foi entregue; que quando a requerente comprou as pedras, verificou que havia algumas pigmentações amareladas; que não tem conhecimento se as manchas aumentaram; [...] que a requerente aceitou as pedras mesmo com as pigmentações (f. 60).

O pedreiro que assentou as pedras na residência da autora, Sr. Adriano Roberto Ferreira, assim informou:

que as pedras já tinham um pouco de mancha; que, depois de assentadas, as manchas aumentaram muito; que acredita que foi devido à umidade; que com os trabalhos que tem feito não tem acontecido isso; que faz esse trabalho há cerca de 10 anos (f. 61).

Assim, tem-se que restou demonstrado e comprovado que as pedras adquiridas de fato encontravam-se com avarias, razão pela qual deve ser mantida a sentença que determinou a devolução à parte autora do valor pago para a aquisição das pedras, bem como a restituição dos produtos à parte ré, autorizando que a ré se dirija à residência da parte autora a fim de que resgate os produtos, restabelecendo o *status quo ante*.

Lado outro, em relação aos danos morais, tenho que a sentença merece reforma.

Quanto ao dever de indenizar, é sabido que se impõe a ocorrência de ato ilícito, nexos causal e dano, nos termos em que estatuídos nos arts. 927, 186 e 187 do CC/02, *verbis*:

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

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

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

In casu, não se pode negar que a hipótese não trata de dano *in re ipsa*, de modo que, para que se atribua responsabilidade à ré, há que se provar a existência dos danos alegados pela autora.

Assim, não existe nos autos qualquer prova dos alegados danos morais que a parte autora porventura possa ter sofrido, sendo certo que, não obstante a existência de aborrecimentos e chateações, estes não saíram da esfera dos meros dissabores, não ensejando indenização por danos morais.

Sabe-se que, para a configuração do dano moral, há de existir uma consequência mais grave em virtude do ato que, em tese, tenha violado o direito da personalidade, provocando dor, sofrimento, abalo psicológico ou humilhação consideráveis à pessoa, e não quaisquer dissabores da vida, como o que ocorreu na espécie.

O Superior Tribunal de Justiça assim já se manifestou:

Responsabilidade civil. Indenização. Falha. Veículo. Acionamento de *air bags*. Dano moral inexistente. Verba indenizatória afastada. - O mero dissabor não pode ser alçado ao patamar do dano moral, mas somente aquela agressão que exacerba a naturalidade dos fatos da vida, causando fundadas aflições ou angústias no espírito de quem ela se dirige. Recurso especial conhecido e provido, para restabelecer a r. sentença (REsp 898005/RN - Min. César Asfor Rocha - 4ª Turma - p. em 06.08.2007).

Recurso especial. Encerramento de conta corrente. Mero dissabor. Dano moral afastado com fulcro nas particularidades do caso. - Danos morais podem surgir em decorrência de uma conduta ilícita ou injusta que venha a causar sentimento negativo em qualquer pessoa de conhecimento médio, como vexame, humilhação, dor. Há de ser afastado, todavia, quando a análise do quadro fático apresentado pelas instâncias ordinárias leva a crer que não passaram da pessoa do autor, não afetando sua honorabilidade, cuidando-se, portanto, de mero dissabor. Recurso provido (REsp 668443/RJ - Min. Castro Filho - 3ª Turma - p. em 09.10.2006).

Desta feita, o que houve no presente caso foi um mero descumprimento contratual incapaz de gerar danos à honra, à imagem, à personalidade da autora, a fim de lhe ocasionar indenização a título de danos morais, tratando-se de meros aborrecimentos cotidianos, os quais todos estamos propícios a vivenciar.

Portanto, dou parcial provimento ao recurso para reformar parcialmente a sentença, a fim de afastar indenização por danos morais da condenação da parte ré.

Custas recursais, em 60% pela parte apelante e 40% pela parte apelada. Fica suspensa a exigibilidade em relação à parte apelada, uma vez que litiga sob o pálio da justiça gratuita.

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

Súmula - DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO.

...

**Servidor público aposentado pelo
RGPS - Cargo público - Vacância - Extinção do
vínculo - Dispensa - Legalidade - Proventos
de aposentadoria - Remuneração do cargo
público - Percepção simultânea - Vedação -
Direito líquido e certo - Inexistência**

Ementa: Apelação cível. Mandado de segurança. Servidora pública. Processo administrativo. Preliminares rejeitadas. Aposentadoria pelo regime geral de previdência social. Cargo. Vacância. Extinção do vínculo. Sentença mantida.

- Configurada a competência da Secretária Municipal de Administração e Fazenda de Ouro Branco para instauração do processo administrativo, aliada ao regular andamento, com efetivação do contraditório e da ampla defesa, rejeita-se a preliminar de nulidade.

- O mandado de segurança mostra-se via apropriada para as hipóteses de proteção a direito líquido e certo que tenha sido vilipendiado por ato praticado por autoridade coatora, segundo se conclui do panorama normativo de mencionada via mandamental, em especial o disposto no art. 5º, inciso LXIX, da Constituição da República, combinado com o art. 1º da Lei nº 12.016/09.

- O servidor público não faz jus à manutenção no serviço público depois de aposentado pelo Regime Geral da Previdência Social, em razão da vacância no seu cargo, diante da impossibilidade de percepção simultânea de proventos de aposentadoria com a remuneração do cargo público (art. 37, *caput*, e § 10, da Constituição da República), salvo mediante aprovação em concurso público.

**APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0459.15.000869-4/002 -
Comarca de Ouro Branco - Apelante: Fátima Maria
de Souza Santos - Apelado: Município de Ouro Branco
- Autoridades coatoras: Prefeito Municipal de Ouro
Branco, Secretária Municipal de Administração e Fazenda
de Ouro Branco - Relator: DES. MOACYR LOBATO**

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em REJEITAR PRELIMINAR E NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 5 de maio de 2016. - Moacyr Lobato - Relator.

Notas taquigráficas

DES. MOACYR LOBATO - Trata-se de apelação interposta por Fátima Maria de Souza Santos contra a sentença de f. 263/265, complementada às f. 274/276, proferida pelo MM. Juiz de Direito da Comarca de Ouro

Branco, que, nos autos do mandado de segurança impetrado contra ato supostamente ilegal praticado pelo Prefeito Municipal de Ouro Branco, denegou segurança, condenando o impetrante ao pagamento das custas, sem honorários advocatícios sucumbenciais.

Em suas razões (f. 278/292), a impetrante/apelante suscita preliminar de nulidade do processo administrativo, dada a sua abertura por autoridade incompetente, aliada à ausência das garantias do contraditório e da ampla defesa.

Meritoriamente, sustenta, em síntese, a necessidade de reforma da sentença, ao fundamento de que sua aposentadoria pelo Regime Geral da Previdência Social não acarreta a vacância do seu cargo público, e que o seu direito líquido e certo decorre da viabilidade de cumular proventos de aposentadoria do RGPS e vencimentos do cargo efetivo, enfatizando, ainda, que a Lei Municipal nº 2.078/15 assegura ao servidor, no exercício do cargo efetivo, o direito de continuar na ocupação da função exercida na Administração Pública, quando da sua aposentadoria por tempo de contribuição junto ao INSS. Ao final, pugna pelo provimento do recurso para que seja anulado o ato que reconheceu a vacância do cargo, com determinação de que a impetrante seja mantida no cargo com todos os benefícios.

Devidamente intimado, o apelado apresentou suas contrarrazões às f. 296/327.

Parecer da d. Procuradoria-Geral de Justiça, às f. 338/339, opinando pelo desprovimento do recurso.

Recurso próprio e tempestivo, estando devidamente preparado à f. 279.

Passo a decidir.

Colhe-se dos autos que a apelante impetrou mandado de segurança contra ato supostamente ilegal praticado pelo Prefeito Municipal de Ouro Branco, que teria determinado a vacância do cargo ocupado pela servidora impetrante, em razão da aposentadoria dela pelo Regime Geral da Previdência Social, razão pela qual pugnou pela concessão da ordem, para que fosse anulado o aludido ato, com determinação de que a servidora fosse mantida no cargo com todos os benefícios.

Prestadas as informações da autoridade apontada como coatora às f. 146/184, e apresentado o parecer do Ministério Público às f. 260/262, opinando pela denegação da segurança, foi proferida a sentença.

Esses os fatos.

Passo a decidir.

Preliminar.

A questão preambular se resume à verificação da regularidade do processo administrativo instaurado em face da impetrante que resultou em declaração de vacância do cargo público por ela ocupado, pelo fato de ter obtido aposentadoria voluntária no regime geral de previdência social, concedida pelo INSS.

Em primeiro lugar, observo que a competência da Secretária Municipal de Administração e Fazenda para

instaurar o processo administrativo mostra-se indubitosa, conforme previsão contida no art. 2º, II e III, do Decreto nº 5.906/09 (f. 206).

Noutro giro, tenha-se que a declaração de vacância do cargo em decorrência de aposentadoria, que representou o fundamento utilizado para a impetração do *mandamus*, é obrigação decorrente da lei (art. 65, IV, da Lei Municipal nº 1.530/2005), ou seja, trata-se de ato vinculado, em que não se busca sancionar ou retirar algum direito do servidor, cabendo ressaltar que a aposentadoria voluntária, como o próprio nome diz, depende de iniciativa deste.

Com efeito, verdadeiramente, o caso em comento sequer demanda situação passível de instauração de processo administrativo para a prática do ato, mesmo porque a aposentadoria voluntária foi requerida pela própria servidora.

Todavia, a municipalidade tratou de promover o processo administrativo, que, por sua vez, mereceu o regular andamento, tanto que a servidora apresentou sua defesa às f. 39/46, afastada a alegação de inobservância do contraditório e da ampla defesa.

Rejeito a preliminar.

Mérito.

Nos termos do que asseveram as normas de regência do mandado de segurança, em especial, o disposto no art. 5º, LXIX e LXX, da Constituição da República, bem como o art. 1º da Lei nº 12.016/09, o *writ* destina-se à proteção de direito individual ou coletivo, líquido e certo, lesado ou ameaçado de lesão por ato de autoridade coatora não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, independentemente da categoria ou da função.

De tal sorte, são requisitos fundamentais à impetração do mandado de segurança a explanação do direito líquido e certo que tenha sido lesado ou ameaçado de lesão praticada por autoridade coatora.

Mesmo que possa ser de cunho repressivo ou preventivo, indispensável a demonstração, pelo impetrante, de efetiva violação ou ameaça ao direito líquido e certo.

Assim é o entendimento de Hely Lopes Meireles:

O mandado de segurança normalmente é repressivo de uma ilegalidade já cometida, mas pode ser preventivo de uma ameaça de direito líquido e certo do impetrante. Não basta a suposição de um direito ameaçado; exige-se um ato concreto que possa pôr em risco direito do postulante.

Desse modo, qualquer que seja a natureza da segurança pretendida pelo impetrante, indispensável a demonstração de um ato concreto que ponha em risco direito líquido e certo do postulante.

Sobre o conceito de direito líquido e certo, vale citar Diogo de Figueiredo Moreira Neto:

[...] é direito líquido e certo não o direito aplicável, mas o direito subjetivo defendido que, na impetração, puder ser provado

de plano, documentalmente, sem necessidade de instrução probatória posterior, de modo que a eventual complexidade com que se apresentar este direito, por mais intrincada que se mostre, não descaracteriza o requisito de liquidez e certeza, para efeito de impetração do remédio (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. 13. ed. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 597/598).

No caso dos autos, infere-se que, tal como restou consubstanciado na sentença, não houve violação a direito líquido e certo da apelante de ser mantida como servidora do Município de Ouro Branco, por ter se aposentado pelo Regime Geral de Previdência Social.

Isso porque, da análise dos autos, verifica-se que a apelante foi aprovada em concurso público para ocupar o cargo efetivo de auxiliar de serviços I, tendo sido empossada em 08.03.2004 (f. 19), sendo tal servidora aposentada pelo INSS em maio de 2014, razão pela qual foi instaurado processo administrativo no qual lhe foram garantidos o contraditório e a ampla defesa (f. 21/75), culminando na declaração de vacância do cargo público por ela ocupado, por meio da Portaria Projur/SMA nº 079/2014.

Dessa forma, a aposentadoria da recorrente junto ao INSS ensejou a vacância do seu cargo, de modo que o fato de ter continuado a exercer as funções do seu cargo público culminou na instauração de processo administrativo o qual resultou em tal definição.

Destarte, verifica-se que, para a concessão do benefício de aposentadoria, a apelante utilizou-se do tempo de contribuição na esfera municipal, a fim de complementar o tempo de contribuição e fazer jus ao referido benefício previdenciário, eis que não há prova em sentido contrário, o que, frise-se, deveria ter sido produzido pela apelante, eis que, como já mencionado, o mandado de segurança não demanda dilação probatória, devendo a impetrante apresentar prova pré-constituída do seu direito líquido e certo.

E, tendo a apelante se valido do tempo de serviço prestado junto à Prefeitura Municipal de Ouro Branco para a concessão do benefício previdenciário, houve a vacância do cargo público por ela ocupado, como disposto no art. 65, inciso IV, da Lei Municipal nº 1.530/2005, que dispõe sobre o Estatuto dos Servidores Públicos Municipais de Ouro Branco, de modo que a apelante não poderia permanecer em tal cargo após a sua aposentadoria, salvo se tivesse sido aprovada em novo concurso público e optasse por receber apenas a remuneração da ativa.

Diante de tais considerações, entendo que não há impedimento para a confirmação da vacância do cargo, repercutindo em dispensa da recorrente, haja vista a concessão de sua aposentadoria pelo Regime Geral de Previdência Social.

Sobre o tema já se manifestou este Egrégio Tribunal:

Apelação cível. Servidor público do Município de Abaeté. Aposentadoria voluntária pelo Regime Geral de Previdência

Social. Exoneração do cargo público. Legalidade. Ausência de direito líquido e certo. Manutenção da sentença. - Nos termos do art. 35 da Lei Municipal nº 1.660/1997 (Estatuto dos Servidores Públicos Municipais de Abaeté), a aposentadoria acarreta a vacância do cargo público, razão pela qual não poderá o servidor nele permanecer após a aposentadoria espontânea, salvo se aprovada em novo concurso público e houver opção por receber apenas a remuneração da ativa (TJMG. 3ª Câmara Cível. Apelação nº 1.0002.14.000216-9/001. Rel. Des. Elias Camilo, DJe de 30.03.2015).

No mesmo sentido foi o posicionamento adotado por esta 5ª Câmara no seguinte julgado:

Apelação cível. Administrativo. Município de Itabira. Servidor público vinculado ao Regime Geral de Previdência Social para fins de aposentadoria. Recolhimento previdenciário para o INSS. Aposentadoria concedida. Contagem recíproca do tempo de serviço. Utilização do período trabalhado na esfera pública para cômputo do tempo de contribuição. Extinção do vínculo jurídico. Administrativo. Desligamento. Processo administrativo legítimo. Reintegração. Impossibilidade. Pedido julgado improcedente. Sentença mantida. - Como se sabe, a aposentadoria implica ruptura do vínculo jurídico existente entre servidor público e a Administração Municipal, de modo que a readmissão do inativo somente pode ocorrer após aprovação em novo concurso público e nas hipóteses em que se admite a percepção simultânea de proventos de aposentadoria com a remuneração de cargo público, nos termos do art. 37, *caput* e §º 10, da CR/88. - Tendo se valido do tempo de serviço prestado junto à Prefeitura Municipal para a concessão do benefício previdenciário (aposentadoria), é defeito à servidora permanecer ativa no serviço público, seja porque operada a vacância de seu cargo, seja porque não prestado concurso público visando à sua readmissão, pelo que seu desligamento é medida que se impõe. - Pedido de reintegração julgado improcedente. Manutenção da sentença (TJMG. 5ª Câmara Cível. Apelação Cível nº 1.0317.05.053240-5/001. Relator Desembargador Versiani Penna, j. em 21.03.2013, p. em 26.03.2013).

Acrescente-se, ainda, que não se justifica a aplicação da Lei Municipal nº 2.078/15 à espécie, na medida em que, verdadeiramente, a referida norma passou a assegurar ao servidor no exercício do cargo efetivo o direito de continuar na ocupação da função exercida na Administração Pública, quando da sua aposentadoria por tempo de contribuição junto ao INSS, desde que a aposentadoria pelo RGPS tenha se verificado em razão do exercício de atividades privadas, diferentemente do exercício das funções de seu cargo, como servidora pública municipal, tendo em vista a disposição constitucional de inviabilidade de percepção simultânea de proventos de aposentadoria com a remuneração do cargo público (art. 37, *caput* e § 10, da Constituição da República).

Assim, dada a impossibilidade de cumulação de aposentadoria concedida pelo RGPS com a remuneração de cargo público, bem como o disposto na Lei Municipal nº 1.530/2005 (que determina a extinção do vínculo com a aposentadoria), e, ainda, o fato de que parte das contribuições utilizadas como base de cálculo para a aposentadoria foram recolhidas em razão do exercício das funções

perante o município, o que permite inferir que a aposentadoria deu-se em razão do cargo/função, descabida a manutenção do vínculo laboral.

Mediante tais considerações, rejeito a preliminar e nego provimento ao recurso, mantendo incólume a sentença.

Custas recursais, pela apelante.

Votaram de acordo com o Relator o DESEMBARGADOR LUÍS CARLOS GAMBOGI e FERNANDO DE VASCONCELOS LINS (JUIZ DE DIREITO CONVOCADO).

Súmula - REJEITARAM A PRELIMINAR E NEGARAM PROVIMENTO.

...

Concurso público - Cadastro de reserva - Mera expectativa de direito - Candidato - Designação a título precário - Necessidade do serviço público - Carência de pessoal - Direito subjetivo à nomeação em caráter efetivo - Convolução

Ementa: Reexame necessário. Apelação cível. Nomeação. Concurso público. Cadastro de reserva. Mera expectativa de direito. Designação a título precário. Comprovação. Demonstração da necessidade do serviço público, bem como da carência de pessoal. Convolução da referida expectativa de direito em direito subjetivo à nomeação. Entendimento consolidado no Superior Tribunal de Justiça. Fixação de *astreintes*. Poder Público. Possibilidade. Sentença confirmada.

- Sobre o provimento de cargos por candidatos aprovados em concursos públicos, firmou-se o entendimento prevalecente na jurisprudência e doutrina atuais de que a aprovação em concurso público dentro do número de vagas constantes do edital gera direito subjetivo à nomeação, contudo, se tal aprovação se der fora do número dessas vagas ou, ainda, na hipótese de o edital ter previsto cadastro de reserva, não gerará direito subjetivo à nomeação ao candidato, mas apenas expectativa de direito.

- Contudo, consoante entendimento consolidado no STJ, tratando-se o concurso para provimento de cadastro de reserva e comprovado no seu prazo de validade a realização de contratação de pessoal, a título precário pela Administração Pública, ocorre a convolução da expectativa de direito daquele candidato em direito subjetivo à nomeação, observada a ordem classificatória.

- O STJ já firmou posicionamento sobre a possibilidade de fixação de *astreintes* contra o Poder Público, como meio coercitivo, com vistas ao cumprimento de obrigação de fazer.

APELAÇÃO CÍVEL/REEXAME NECESSÁRIO Nº 1.0281.14.001069-1/001 - Comarca de Guapé - Remetente: Juiz de Direito da Comarca de Guapé - Apelante: Estado de Minas Gerais - Apelada: Rogéria Faria Parula Silva - Relator: DES. AMAURI PINTO FERREIRA (JUIZ DE DIREITO CONVOCADO)

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em REEXAME NECESSÁRIO, CONFIRMAR A SENTENÇA, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

Belo Horizonte, 28 de abril de 2016. - *Amauri Pinto Ferreira* (Juiz de Direito convocado) - Relator.

Notas taquigráficas

DES. AMAURI PINTO FERREIRA (Juiz de Direito convocado) - Trata-se de reexame necessário e recurso de apelação interposto pelo Estado de Minas Gerais contra a sentença de f. 1.281/1.286, proferida pelo MM. Juiz da Vara Única da Comarca de Guapé, que, nos autos da ação ordinária ajuizada por Rogéria Faria Parula Silva em seu desfavor, julgou procedente o pedido inicial, para determinar ao réu que proceda à nomeação da autora para o cargo de oficial judiciário, outorgando-lhe posse no prazo de sessenta dias, sob pena de incorrer o demandado no pagamento de multa diária fixada em R\$1.000,00 (mil reais), limitada a R\$60.000,00 (sessenta mil reais). Condenou, ainda, o réu ao pagamento de honorários advocatícios ao patrono da autora, no importe de R\$3.000,00 (três mil reais), nos termos do art. 20, § 4º, do CPC.

Alega o apelante, em suas razões recursais, que o Edital nº 01/2009 foi destinado à formação de cadastro de reserva para provimento de cargos do Quadro de Pessoal da Justiça de Primeira Instância, inclusive para o cargo de oficial judiciário, da Comarca de Guapé/MG. Dessarte, quando da publicação do referido instrumento convocatório, não foram apontadas vagas para o cargo pretendido pela autora, uma vez que, à época, o Quadro de Pessoal do Tribunal de Justiça da Comarca de Guapé se encontrava completo. Saliencia-se que, para ocorrer a convalidação da expectativa de direito em direito subjetivo à nomeação, necessário se faz o preenchimento de requisito essencial, qual seja a existência de vaga.

Aduz o apelante que, no Município de Guapé, há, atualmente, a previsão legal de apenas uma vaga para o cargo de oficial judiciário D, a qual já se encontra provida, impossibilitando nova convocação.

Afirma, ainda, que o entendimento consolidado nos Tribunais é de que, surgindo a vaga no decorrer do prazo de validade do concurso e comprovada a necessidade

da Administração, haverá direito subjetivo à nomeação, o que não ocorreu no caso em comento.

Assevera que o quantitativo de cargos de provimento efetivo da Justiça de Primeiro Grau é previsto em lei, e a lotação, por comarca, foi definida na Resolução nº 405/2002, pelo que, estando a Administração Pública vinculada ao princípio da legalidade, não pode pretender a autora imputar-lhe ônus fora dos preceitos legais.

Ressalta que a autora tinha total ciência de que não existia vaga disponível no concurso que prestou, havendo na Comarca de Guapé apenas uma vaga para o cargo pretendido, a qual já foi devidamente preenchida com a nomeação da candidata aprovada em primeiro lugar.

Sustenta que a sentença combatida ofende diretamente os arts. 37, *caput* e § 2º, e 169, § 1º, I, da Constituição da República, na medida em que afronta os princípios da legalidade, da independência harmônica dos Poderes e da vedação de criação de despesas públicas sem a devida dotação orçamentária.

Registra a legalidade da sua contratação pelo Município de Guapé com a posterior cessão ao Poder Judiciário, diante do que dispõe a Constituição do Estado em seus arts. 14, § 13, e 181, bem como a Resolução nº 719/2013, em seus arts. 1º, 3º, 4º e 5º.

Afirma a necessidade do afastamento da multa diária aplicada em desfavor do ora apelante, por tratar-se de pessoa abstrata, pelo que tal multa acaba, em verdade, punindo toda a coletividade, eventualmente, na hipótese remota de sua manutenção, registra a necessidade da redução do seu valor diário, bem como do limite de sua incidência.

Por fim, ressalta a necessidade de redução dos honorários sucumbenciais, haja vista a sua fixação em quantia demasiadamente elevada, sob pena de enriquecimento sem causa.

Ao final, requer seja o presente recurso conhecido e provido para afastar a obrigação do Estado de Minas Gerais de nomear a autora para o cargo de oficial judiciário na Comarca de Guapé.

Devidamente intimada, a apelada apresentou contrarrazões às f. 1.307/1.331.

É o relatório.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do reexame necessário, bem como do recurso voluntário.

Cinge-se a controvérsia ora posta em exame à análise do direito subjetivo da autora à nomeação em concurso público realizado pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais, em 02.05.2010, para provimento do cargo de oficial judiciário da Comarca de Guapé, para o qual foi aprovada, sendo classificada em segundo lugar, haja vista prestar, atualmente, serviços no Fórum da Comarca local, na qualidade de servidora contratada pelo Município de Guapé, cedida ao Poder Judiciário.

Pois bem.

A Constituição Federal, em seu art. 37, inciso II, determinou que a regra para investidura em cargo ou emprego público será a aprovação prévia em concurso público de provas ou provas e títulos, estabelecendo, ainda, em seu inciso IV, que, durante o prazo de validade do concurso, previsto no edital, aquele candidato aprovado será convocado com prioridade sobre novos concursados para assumir cargo ou emprego, *verbis*:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

[...]

II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração;

[...]

IV - durante o prazo improrrogável previsto no edital de convocação, aquele aprovado em concurso público de provas ou de provas e títulos será convocado com prioridade sobre novos concursados para assumir cargo ou emprego, na carreira;

[...]

Assim, sobre o provimento de cargos por candidatos aprovados em concursos públicos, firmou-se o entendimento prevalecente na jurisprudência e doutrina atuais de que a aprovação em concurso público dentro do número de vagas constantes do edital gera direito subjetivo à nomeação; contudo, se tal aprovação se der fora do número dessas vagas ou, ainda, na hipótese de o edital ter previsto cadastro de reserva, não gerará direito subjetivo à nomeação ao candidato, mas apenas expectativa de direito.

Nesse sentido, inclusive, o excelso Supremo Tribunal Federal já se manifestou no julgamento do Recurso Extraordinário nº 598099/MS, submetido ao regime de repercussão geral, o qual restou assim ementado:

Recurso extraordinário. Repercussão geral. Concurso público. Previsão de vagas em edital. Direito à nomeação dos candidatos aprovados. I. Direito à nomeação. Candidato aprovado dentro do número de vagas previstas no edital. Dentro do prazo de validade do concurso, a Administração poderá escolher o momento no qual se realizará a nomeação, mas não poderá dispor sobre a própria nomeação, a qual, de acordo com o edital, passa a constituir um direito do concursando aprovado e, dessa forma, um dever imposto ao Poder Público. Uma vez publicado o edital do concurso com número específico de vagas, o ato da Administração que declara os candidatos aprovados no certame cria um dever de nomeação para a própria Administração e, portanto, um direito à nomeação titularizado pelo candidato aprovado dentro desse número de vagas. II. Administração Pública. Princípio da segurança jurídica. Boa-fé. Proteção à confiança. O dever de boa-fé da Administração Pública exige o respeito incondicional às regras do edital, inclusive quanto à previsão das vagas do concurso público. Isso igualmente decorre de

um necessário e incondicional respeito à segurança jurídica como princípio do Estado de Direito. Tem-se, aqui, o princípio da segurança jurídica como princípio de proteção à confiança. Quando a Administração torna público um edital de concurso, convocando todos os cidadãos a participarem de seleção para o preenchimento de determinadas vagas no serviço público, ela impreterivelmente gera uma expectativa quanto ao seu comportamento segundo as regras previstas nesse edital. Aqueles cidadãos que decidem se inscrever e participar do certame público depositam sua confiança no Estado administrador, que deve atuar de forma responsável quanto às normas do edital e observar o princípio da segurança jurídica como guia de comportamento. Isso quer dizer, em outros termos, que o comportamento da Administração Pública no decorrer do concurso público deve se pautar pela boa-fé, tanto no sentido objetivo quanto no aspecto subjetivo de respeito à confiança nela depositada por todos os cidadãos. III. Situações excepcionais. Necessidade de motivação. Controle pelo Poder Judiciário. Quando se afirma que a Administração Pública tem a obrigação de nomear os aprovados dentro do número de vagas previsto no edital, deve-se levar em consideração a possibilidade de situações excepcionais que justifiquem soluções diferenciadas, devidamente motivadas de acordo com o interesse público. Não se pode ignorar que determinadas situações excepcionais podem exigir a recusa da Administração Pública de nomear novos servidores. Para justificar o excepcionalíssimo não cumprimento do dever de nomeação por parte da Administração Pública, é necessário que a situação justificadora seja dotada das seguintes características: a) Superveniência: os eventuais fatos ensejadores de uma situação excepcional devem ser necessariamente posteriores à publicação do edital do certame público; b) Imprevisibilidade: a situação deve ser determinada por circunstâncias extraordinárias, imprevisíveis à época da publicação do edital; c) Gravidade: os acontecimentos extraordinários e imprevisíveis devem ser extremamente graves, implicando onerosidade excessiva, dificuldade ou mesmo impossibilidade de cumprimento efetivo das regras do edital; d) Necessidade: a solução drástica e excepcional de não cumprimento do dever de nomeação deve ser extremamente necessária, de forma que a Administração somente pode adotar tal medida quando absolutamente não existirem outros meios menos gravosos para lidar com a situação excepcional e imprevisível. De toda forma, a recusa de nomear candidato aprovado dentro do número de vagas deve ser devidamente motivada e, dessa forma, passível de controle pelo Poder Judiciário. IV. Força normativa do princípio do concurso público. Esse entendimento, na medida em que atesta a existência de um direito subjetivo à nomeação, reconhece e preserva da melhor forma a força normativa do princípio do concurso público, que vincula diretamente a Administração. É preciso reconhecer que a efetividade da exigência constitucional do concurso público, como uma incommensurável conquista da cidadania no Brasil, permanece condicionada à observância, pelo Poder Público, de normas de organização e procedimento e, principalmente, de garantias fundamentais que possibilitem o seu pleno exercício pelos cidadãos. O reconhecimento de um direito subjetivo à nomeação deve passar a impor limites à atuação da Administração Pública e dela exigir o estrito cumprimento das normas que regem os certames, com especial observância dos deveres de boa-fé e incondicional respeito à confiança dos cidadãos. O princípio constitucional do concurso público é fortalecido quando o Poder Público assegura e observa as garantias fundamentais que viabilizam a efetividade desse princípio. Ao lado das garantias de publicidade, isonomia,

transparência, impessoalidade, entre outras, o direito à nomeação representa também uma garantia fundamental da plena efetividade do princípio do concurso público. V. Negado provimento ao recurso extraordinário (RE 598099/MS, Relator Ministro Gilmar Mendes, DJ 10.08.2011).

Assim, cabe à Administração Pública, durante a validade do certame, de acordo com seu juízo de conveniência e oportunidade, nomear os candidatos aprovados no número de vagas constantes do edital, bem como aqueles necessários ao preenchimento de vagas cuja vacância se opere nesse período, sempre com a estrita observância da ordem classificatória.

Contudo, o caso posto em exame guarda peculiaridade. Isso porque, em que pese a candidata ter sido aprovada em segundo lugar no concurso realizado pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais para provimento de cadastro de reserva na Comarca de Guapé, ela demonstrou pela documentação acostada aos autos encontrar-se prestando serviços na secretaria do juízo da referida comarca há mais de duas décadas, atualmente, como servidora contratada do Município cedida ao Poder Judiciário.

Comprovou, ainda, por meio da sentença declaratória juntadas às f. 29/77, bem como do documento de f. 45, ter prestado serviços ao Poder Judiciário de 20.07.1990 a 22.08.2006, como designada para exercer função pública no cargo de Escrevente Judicial I, junto à Secretaria do Juízo da Comarca de Guapé, a partir de quando permaneceu prestando seus serviços na condição de terceirizada, tendo, em 10.09.2010, sido novamente designada, a título precário, até sua dispensa em 28.06.2011, quando passou a exercer as mesmas atividades pelo vínculo estabelecido por contratos temporários celebrados com o Município de Guapé, com sua cessão ao Poder Judiciário (f. 53/60).

Ora, diante das inúmeras designações da autora, a título precário, bem como posteriores contratações temporárias pelo Poder Judiciário e, ainda, pela sua atual contratação pelo Município de Guapé e cessão ao Poder Judiciário, evidenciada está a necessidade permanente de contratação de pessoal, a qual se prolonga há mais de duas décadas.

Indubitável, ainda, resta a ausência de funcionários para prestarem a atividade exercida pela autora na secretaria do juízo de Guapé, atividade esta inerente ao cargo de oficial judiciário, conforme se extrai das declarações apresentadas às f. 63/67, por serventuários daquela comarca, pelo promotor de justiça que nela atua, bem como por advogados militantes naquele Município, pelo que se apresenta premente sua contínua manutenção fática “no quadro de pessoal do Poder Judiciário” para realização do serviço afeto ao cargo para o qual ela prestou concurso e viu-se aprovada, estando na primeira colocação abaixo do candidato aprovado em primeiro lugar já, devidamente, nomeado.

A temática não é nova, já tendo sido analisada pelo colendo Superior Tribunal de Justiça, o qual firmou posicionamento no sentido de que a comprovação da necessidade de contratação de pessoal, a título precário, durante o prazo de validade do concurso, possui o condão de convalidar a mera expectativa de direito dos candidatos aprovados fora do número de vagas constantes no edital em direito subjetivo à sua nomeação, *verbis*:

Administrativo. Recurso ordinário em mandado de segurança. Professora. Aprovação em concurso público. Existência de vaga. Convocação de terceiros dentro do prazo de validade do certame. Contratação temporária. Impossibilidade. Direito líquido e certo à nomeação. 1 - A recorrente possui direito líquido e certo à sua nomeação no cargo de Professora da disciplina Geografia no Município de Jardim do Estado de Mato Grosso do Sul, em razão de sua aprovação em Concurso Público. Com efeito, não há como sustentar a inexistência de vaga para o referido cargo, pois a que deveria ter sido preenchida pela recorrente, aprovada em 1º lugar, está sendo exercida por terceiros contratados precariamente. Ressalte-se que tais contratações estão sendo realizadas dentro do prazo de validade do supracitado Concurso Público, cujo término está previsto somente para o dia 22.12.2003, de acordo com o Decreto nº 10.579/01. 2 - Precedentes (REsp nºs 476.234/SC, 263.071/RN; e MS nº 8.011/DF). 3 - Recurso conhecido e provido para, reformando *in totum* o v. acórdão de origem, conceder a ordem, nos termos em que pleiteada na inicial (RMS 16399/MS, Ministro Jorge Scartezini, DJ 20.11.2003).

Recurso ordinário. Mandado de segurança. Concurso público. Professor. Ensino médio. Aprovação em primeiro lugar. Reserva técnica de vagas. Preenchimento de vagas acima do número previsto no edital a título de cadastro-reserva. Convocação reiterada de outro professor para regime especial de trabalho. Necessidade do serviço demonstrada. Direito subjetivo à nomeação. 1. Tem direito líquido e certo à nomeação o candidato, aprovado dentro do número inicial de vagas previstas a título de reserva técnica em edital de concurso público, ante a ulterior nomeação de candidatos em número superior ao previsto no edital, e a reiterada convocação de professor do quadro efetivo para o exercício de carga horária adicional no cargo para o qual foi aprovado, que demonstram a efetiva necessidade do serviço. 2. Recurso ordinário provido (RMS 22908/RS, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJ 28.09.2010).

Administrativo. Recurso ordinário em mandado de segurança. Concurso público. Aprovação fora das vagas previstas no edital. Surgimento de novas vagas no decorrer do prazo de validade do certame. Cargos ocupados em caráter precário. Direito líquido e certo configurado no caso concreto. Precedentes do STF e STJ. Provimento do recurso ordinário. 1. O Supremo Tribunal Federal, em julgamento submetido ao regime de repercussão geral, estabeleceu os princípios constitucionais e os limites que regem a nomeação de candidatos aprovados em concurso público e a adequação da Administração Pública para a composição de seus quadros (RE 598.099/MS, Tribunal Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe de 03.10.2011). 2. No caso dos autos, a recorrente impetrou mandado de segurança contra ato do Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, o qual foi denegado por ausência de direito líquido e certo em razão da não comprovação de preterição na ordem de classificação de concurso público. 3. A orientação jurisprudencial

desta Corte Superior reconhece a existência de direito líquido e certo à nomeação de candidatos aprovados dentro do número de vagas previsto no edital. Por outro lado, eventuais vagas criadas/surgidas no decorrer da vigência do concurso público, por si sós, geram apenas mera expectativa de direito ao candidato aprovado em concurso público, pois o preenchimento das referidas vagas está submetido à discricionariedade da Administração Pública. 4. Entretanto, tal expectativa de direito é transformada em direito subjetivo à nomeação do candidato aprovado se, no decorrer do prazo de validade do edital, houver a contratação precária de terceiros para o exercício dos cargos vagos, salvo situações excepcionais plenamente justificadas pela Administração, de acordo com o interesse público. 5. Na hipótese examinada, a recorrente foi aprovada para o cargo de escrivão, fora do número de vagas previsto no edital, em regular concurso público realizado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Além disso, é incontroverso o surgimento de novas vagas para o referido cargo, no período de vigência do certame, as quais foram ocupadas, em caráter precário, por meio de designação de servidores do quadro funcional do Poder Judiciário Estadual. 6. Portanto, no caso concreto, é manifesto que a designação de servidores públicos de seus quadros, ocupantes de cargos diversos, para exercer a mesma função de candidatos aprovados em certame dentro do prazo de validade, transforma a mera expectativa em direito líquido e certo, em flagrante preterição a ordem de classificação dos candidatos aprovados em concurso público. 7. Sobre o tema, os seguintes precedentes do STF e STJ: RE 581.113/SC, 1ª Turma, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe 31.05.2011; EDcl no RMS 34.138/MT, 2ª Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe de 25.10.2011; RMS 22.908/RS, 6ª Turma, Rel.ª Min.ª Maria Thereza de Assis Moura, DJe 18.10.2010; RMS 32.105/DF, 2ª Turma, Rel.ª Min.ª Eliana Calmon, DJe 30.08.2010; RMS 20.565/MG, 5ª Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJ 21.05.2007; AgRg no REsp 652789/SC, 5ª Turma, Rel. Min. Felix Fischer DJ 1º.08.2006. 8. Recurso ordinário em mandado de segurança provido (RMS 31847/RS, Ministro Mauro Campbell Marques, DJ 22.11.2011).

Administrativo. Recurso especial. Concurso público. Candidato que participou de várias etapas eliminatórias do certame por força de liminares. Nomeação e posse. Impossibilidade. Situação precária. 1. Trata-se de recurso ordinário em mandado de segurança interposto contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul que entendeu que, em razão de o candidato-impetrante ter prosseguido no certame com base unicamente em liminares, é legítimo o ato de Governador de Estado que deixa de efetivar sua nomeação e posse após a finalização do certame. 2. Nas razões recursais, sustenta a parte recorrente que tem direito à nomeação e posse, porque regularmente aprovado em todas as etapas do concurso público. Alega, ainda, que a omissão do Poder Público carece de motivação oficial. 3. As efetivas nomeação e posse do candidato estão na pendência de duas liminares, versando sobre avaliação psicológica e investigação social, de maneira que garantir-lhe a nomeação e posse a esta altura, unicamente com base em provimentos precários, pode comprometer o interesse público, inclusive na perspectiva da segurança. 4. Recurso especial não provido (RMS 34556/RS, Ministro Mauro Campbell Marques, DJ 01.03.2012).

Evidenciado, pois, que a situação da autora se amolda ao posicionamento acima descrito, haja vista que o Poder Judiciário vem mantendo-a, por vias transversas, em seu quadro de pessoal há mais de duas décadas,

demonstrando, pois, claramente, a necessidade do serviço público, bem como a carência de pessoal, pelo que, sendo esta a próxima candidata na lista de aprovados do último concurso público prestado para o cargo de oficial judiciário da Comarca de Guapé, incontroverso apresenta-se o seu direito à nomeação.

Nesse sentido já se manifestou este egrégio Tribunal de Justiça:

Reexame necessário e apelação cível. Mandado de segurança. Administrativo. Candidato aprovado em concurso público fora do número de vagas previstas no edital. Inclusão no cadastro de reserva. Designação precária da própria impetrante por expressivo lapso temporal para exercer as funções do cargo para o qual fora aprovada. Evidência da necessidade de prover o cargo público. Primeira da fila de aprovados. Direito à imediata nomeação em caráter efetivo. Existência. - A aprovação de candidato além do limite de vagas oferecidas pelo ente contratante configura expectativa de direito à respectiva nomeação, visto que imperativa a observância da ordem classificatória. A contratação provisória da própria candidata aprovada no certame, para o exercício do cargo visado, por longo lapso temporal, durante o período de vigência do concurso, manifesta a existência de vaga a ser provida pelo ente público. Manifestada a necessidade do serviço público, convola-se em direito à nomeação da candidata que reiteradamente vem sendo contratada a título precário (Apelação Cível/Reexame Necessário nº 1.0433.14.026161-4/001, Relatora Des.ª Yeda Athias, DJ 03.11.2015).

Concurso público. Candidata aprovada. Contratação a título precário da impetrante para ocupação do cargo disputado no certame. Prazo de validade do concurso vigente. Demonstração de necessidade de preenchimento da vaga. Direito subjetivo à nomeação e posse. Segurança concedida. Sentença confirmada. - O candidato aprovado no concurso público não possui, em princípio, direito à imediata nomeação no cargo, mas apenas mera expectativa de ser nomeado e tomar posse. Tal direito, para ser concretizado, deve submeter-se aos critérios de conveniência e oportunidade por parte da Administração Pública, durante o prazo de vigência do concurso. No entanto, se a Administração Pública municipal, no prazo de vigência do concurso, contrata a impetrante, a título precário, para o exercício das funções inerentes ao mesmo cargo para o qual concorrera, fica evidente a necessidade do Município de preenchimento da vaga. Por conseguinte, o candidato aprovado que possuía apenas mera expectativa de direito passa, então, a dispor do direito subjetivo de ser imediatamente nomeado e de tomar posse, para exercer, enfim, as funções inerentes ao referido cargo. Manter a sentença, em reexame necessário (Reexame Necessário nº 1.0396.15.002650-3/001, Relator Des. Armando Freire, DJ de 09.06.2015).

Ademais, importante asseverar que o edital do concurso faz regra entre as partes, é a lei interna do concurso, vinculando tanto a Administração quanto o candidato que a ele se submeteu, como bem asseverado pelo Ministro Mauro Campbell, no voto vista prolatado no Mandado de Segurança nº 17413/DF, citado na sentença primeva, pelo competente e operoso Dr. Ricardo Acaçaba Vieira:

[...] se a Administração Pública resolve fazer um concurso para preenchimento de vagas e para formação de cadastro de reserva ou, ainda, exclusivamente para isto - como tem feito a Advocacia-Geral da União -, está incutindo nos aprovados que, em algum momento durante o prazo de validade do certame, o surgimento de novas vagas deve ocasionar a nomeação deles. É dizer, portanto, que não se pode cogitar outra finalidade ao concurso público para formação de cadastro de reserva: se a Administração Pública arregimenta cidadãos para que fiquem em cadastro de reserva, está a dizer-lhes que, naquele momento, não serão nomeados por falta de vagas, mas que, abrindo vacância no prazo de validade do certame, serão providos no cargo público ofertado. Repito, portanto, que não é possível, com todas as vênias, admitir outra finalidade e outra razão de ser para a formação de cadastro de reserva se não for para que, uma hora ou outra durante o prazo de validade do certame, os candidatos deixem de ser reservas e passem a ser titulares de cargos públicos assim que surgirem as vagas.

Desta feita, incontestável apresenta-se o direito subjetivo da autora à nomeação para o cargo de oficial judiciário, nos termos do Edital nº 01/2009, pelo que deve ser confirmada a sentença submetida ao reexame necessário.

No tocante às *astreintes* fixadas em desfavor do Estado de Minas Gerais, importante asseverar que o Superior Tribunal de Justiça já se manifestou pela sua possibilidade como meio coercitivo para cumprimento de obrigação de fazer, *verbis*:

Direito ambiental e processual civil. Ausência de violação do art. 53 do CP. Área de Proteção Ambiental da Baleia Franca. Elaboração do plano de manejo e gestão. Aspecto positivo do dever fundamental de proteção. Determinação para que a União tome providências no âmbito de sua competência. Legitimidade passiva. *Astreintes*. Possibilidade de cominação contra a Fazenda Pública. Valor fixado. Súmula 7/STJ. [...] 6. É pacífico na jurisprudência desta Corte Superior a possibilidade do cabimento de cominação de multa diária - *astreintes* - contra Fazenda Pública, como meio coercitivo para cumprimento de obrigação de fazer. 7. No caso concreto, afixação das *astreintes* não se mostra desarrazoada à primeira vista, motivo pelo qual não há como rever o entendimento da instância ordinária, em razão do óbice imposto pela Súmula 7/STJ. 8. Recurso especial do Ibama e da União improvidos (REsp 1.63.524/SC, Relator Ministro Humberto Martins, DJ 12.05.2011).

Processual civil e administrativo. Agravo regimental no recurso especial. Imposição de multa diária contra a Fazenda Pública por descumprimento de obrigação de fazer. Possibilidade. Demanda indenizatória contra o Poder Público. Agravo regimental desprovido. 1. É permitido ao Juízo da execução aplicar multa cominatória ao devedor pelo atraso no cumprimento da obrigação de fazer, ainda que se trate da Fazenda Pública. 2. Agravo Regimental do Incra desprovido (AgRg no REsp 1267251/PR, Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho).

Assim, verificado que o valor arbitrado pelo magistrado primevo não se demonstra excessivo, sua manutenção é medida que se impõe. No tocante aos honorários advocatícios imperioso asseverar que o novo Código

de Processo Civil estabeleceu, em seu art. 85, § 11, que o tribunal, ao julgar o recurso, majorará os honorários fixados anteriormente levando em conta o trabalho adicional realizado em grau recursal, *verbis*:

Art. 85. A sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor.

[...]

§ 11. O tribunal, ao julgar recurso, majorará os honorários fixados anteriormente levando em conta o trabalho adicional realizado em grau recursal, observando, conforme o caso, o disposto nos §§ 2º a 6º, sendo vedado ao tribunal, no cômputo geral da fixação de honorários devidos ao advogado do vencedor, ultrapassar os respectivos limites estabelecidos nos §§ 2º e 3º para a fase de conhecimento.

[...]

Assim, tratando-se tal matéria de norma de caráter processual, cuja aplicação, nos termos da jurisprudência consolidada, bem como do enunciado contido no art. 14 do NCPC, é imediata, imperiosa se apresentaria a sua majoração no caso ora posto.

Contudo, em estrita observância ao princípio da não surpresa, regramento norteador do novo ordenamento jurídico vigente, defeso apresenta-se impor à parte o agravamento de sua situação, em decorrência da confirmação da sentença, em sede de remessa necessária, prejudicado o seu recurso voluntário, com fulcro em dispositivo legal não vigente à época da prolação da sentença.

Assim, verificado que tais honorários foram fixados pelo Magistrado primevo no valor de R\$3.000,00 (três mil reais), em apreciação equitativa, considerando a realidade dos autos, bem como em consonância com o art. 20, § 4º, do CPC de 1973, sua manutenção é medida que se impõe.

Pelo exposto, em reexame necessário, confirmo a sentença primeva, prejudicado o recurso voluntário.

Custas, na forma da lei.

DES.^a ALBERGARIA COSTA (REVISORA) - Em juízo de revisão, conheço do reexame necessário e do recurso de apelação, uma vez que presentes os pressupostos de admissibilidade, ressaltando que a eles se aplicam os ditames da lei processual vigente à data da publicação da sentença recorrida (Enunciado nº 54 do TJMG e Enunciado Administrativo nº 02 do STJ).

O núcleo da controvérsia se refere à análise do direito da autora de ser nomeada no cargo de oficial judiciário, para a Comarca de Guapé/MG, no qual foi aprovada em 2º lugar em concurso público promovido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, Edital nº 01/2009, para fins de formação de cadastro de reserva (f. 78/107).

Sobre o assunto, a orientação atual e predominante da jurisprudência é no sentido de que o candidato aprovado em concurso público detém mera expectativa

de direito à nomeação, mas ocorre o reconhecimento do direito subjetivo em três hipóteses:

- (i) quando o candidato é aprovado dentro do número de vagas previstas no edital;
- (ii) quando o candidato é preterido na ordem de classificação (Súmula nº 15 do STF);
- (iii) quando a Administração Pública, havendo cargo vago apto a ser provido, insiste em contratar servidores temporários para exercer as mesmas funções inerentes ao cargo oferecido.

No caso dos autos, a autora fundou seu direito na terceira hipótese, alegando que se encontra na qualidade de contratada temporária há mais de 20 (vinte) anos, prestando serviços no Fórum da Comarca de Guapé.

Com efeito, a certidão de tempo de serviço juntada à f. 45 atesta que a autora exerceu a função de escrevente judicial no período de 20.07.1990 a 21.12.1991; oficial de apoio judicial de 01.01.1992 a 22.08.2006; e oficial judiciário desde 10.09.2010 até os dias atuais, ou seja, está há cerca de 6 (seis) anos exercendo as mesmas funções inerentes ao cargo em que foi aprovada em concurso público, havendo patente necessidade do serviço.

A alegação deduzida pelo Estado de Minas Gerais, no sentido de inexistir cargo vago na Comarca de Guapé, não se sustenta diante do art. 1º, inciso I, da Lei estadual nº 20.964/13, que criou 100 novas vagas de oficial judiciário no prazo de validade do certame e porque o próprio edital previu o “provimento das vagas que vierem a surgir após 10 de janeiro de 2010” (item 1 - f. 78).

Além disso, o Conselho Nacional de Justiça - CNJ, nos autos do Pedido de Providência nº 0004334-87.2012.2.00.0000, determinou que o TJMG nomeasse os candidatos aprovados para os cargos vagos, situação que se amolda perfeitamente à hipótese da autora.

Registre-se, nesse ponto, que o STF - embora ainda pendente de julgamento o RE nº 837311/PI, reconhecido como de repercussão geral - já sinalizou o entendimento de que o surgimento de novas vagas, no prazo de validade de concurso, gera direito à nomeação dos candidatos excedentes se houver arbítrios ou preterições (AI 804705 AgR/SP; ARE 757978 AgR/MG).

Na hipótese em exame, como visto, o arbítrio decorre do próprio desrespeito ao edital do certame e à determinação do CNJ, pois existem candidatos regularmente aprovados no concurso público e cargos vagos aptos a serem providos. A preterição, por sua vez, reside na manutenção da contratação da apelante, precariamente e por vários anos, para exercer as mesmas funções do cargo ofertado.

Nesse exato sentido já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

- 3. Já em relação aos candidatos aprovados fora do número de vagas estabelecido originariamente no edital, os quais integram o cadastro de reserva, o STJ entende não possuírem direito líquido e certo à nomeação, mas mera expectativa

de direito para o cargo a que concorreram. 4. Entretanto, a mera expectativa se convola em direito líquido e certo a partir do momento em que, dentro do prazo de validade do concurso, há contratação de pessoal, de forma precária, para o preenchimento de vagas existentes, em flagrante preferência àqueles que, aprovados em certame ainda válido, estariam aptos a ocupar o mesmo cargo ou função. 5. Se, durante o prazo de validade do concurso público, são abertas novas vagas, preenchidas por contratação temporária, é obrigatória a nomeação dos candidatos aprovados (EDcl no RMS nº 34138/MT).

Não fosse isso, é preciso ter em mente que os 20 (vinte) anos de prestação de serviços ao Judiciário Mineiro, com atuação comprovada em incontáveis processos (f. 188/1.093; 1.122/1.171) e menção de abono de autoridades, colegas de trabalho e advogados locais (f. 64/69; 1.251/1.262), fazem da autora uma servidora que atende ao interesse público, de tal forma que sua nomeação para o cargo de oficial judiciário em nada prejudica a Administração.

Sob esse ângulo, pode-se dizer que a nomeação da autora contempla, também, o princípio da eficiência do serviço público (art. 37 da CR/88). Afinal, as atividades prestadas pelo Estado devem ser desejáveis e eficientes, o que significa que o bem comum seja buscado de forma permanente e contínua. A eficiência também implica a observância dos aspectos da produtividade, economicidade, qualidade, celeridade e presteza, fatores que se coadunam com a experiência adquirida pela autora ao longo dos anos.

Some-se a isso a necessidade de resolver o quadro de extrema insegurança jurídica que permeia o estado funcional da autora, fruto de uma situação anômala, que encontrou termo na derradeira aprovação em concurso público, concomitante ao exercício precário das mesmas funções do cargo para o qual foi aprovada.

Com essas considerações, acompanho o eminente Relator para confirmar a sentença no reexame necessário e julgar prejudicado o recurso de apelação.

Custas recursais, pelo Estado, na forma da lei.
É como voto.

DES. ELIAS CAMILO SOBRINHO - De acordo com o Relator.

Súmula - EM REEXAME NECESSÁRIO, CONFIRMARAM A SENTENÇA, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

...

Honorários advocatícios - Nova fixação - Condição - Novos trabalhos executados - Não comprovação - Descabimento

Ementa: Apelação cível. Cumprimento de sentença. Honorários advocatícios de sucumbência. Fixação condi-

cionada à comprovação de que o profissional exerceu novos trabalhos capazes de justificar novo arbitramento da verba.

- A nova fixação de honorários advocatícios em fase de cumprimento de sentença apenas se revela cabível caso comprovado que o profissional teve que exercer novos trabalhos que, efetivamente, justifiquem o arbitramento da verba, situação não verificada quando a fase de cumprimento de sentença é prematuramente extinta, por inexistência de crédito exequível.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0479.10.001467-5/002 - Comarca de Passos - Apelante: Banco do Brasil S.A. - Apelado: Sebastião César Stockler Calixto - Relator: DES. ARNALDO MACIEL

Acórdão

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

Belo Horizonte, 18 de maio de 2016. - *Arnaldo Maciel* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. ARNALDO MACIEL - Trata-se de recurso de apelação interposto pelo Banco do Brasil S.A. contra a sentença de f. 175, proferida pelo MM. Juiz Flávio Barros Moreira, que julgou extinta e determinou o arquivamento do cumprimento de sentença apresentado nos autos da Ação de Cobrança ajuizada por Sebastião César Stockler Calixto, com fundamento na inexistência de direito do autor/exequente ao crédito decorrente da correção discutida nos autos, ante a comprovação da ausência de saldo em conta poupança na época reclamada, deixando de fixar honorários advocatícios de sucumbência.

Nas razões recursais de f. 178/181, sustenta o apelante a necessidade de fixação de honorários advocatícios de sucumbência em favor dos seus patronos, em valor justo e condizente com os termos do art. 20, § 3º, do CPC, ao argumento de que referida verba seria também devida na fase de cumprimento de sentença.

Preparo comprovado à f. 182 e recurso recebido à f. 183.

Contrarrazões apresentadas pelo apelado às f. 185/189, suscitando a preliminar de não conhecimento do recurso e, no mérito, pugnano pelo seu não provimento.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso e passo à sua análise.

Inicialmente, faço consignar que, a despeito da entrada em vigor do Novo Código de Processo Civil, de 2015, tenho que o julgamento do presente processo deverá se submeter às normas da lei revogada, qual seja

o Código de Processo Civil de 1973, considerando a data da publicação da decisão que motivou a interposição do recurso ora analisado e a regra insculpada no art. 14 da nova lei, que dispõe sobre o direito intertemporal, cuja transcrição segue abaixo:

Art. 14. A norma processual não retroagirá e será aplicável imediatamente aos processos em curso, respeitados os atos processuais praticados e as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da norma revogada.

Preliminar.

Não conhecimento do recurso.

Sustenta o apelado a impossibilidade de conhecimento do recurso em análise, ao argumento de que a decisão atacada não teria sido terminativa, mas possuiria mero caráter interlocutório e, como tal, não admitiria recurso de apelação.

Sem amparo a preliminar em questão.

Já de início, imperioso ressaltar que, consoante disposto no art. 162, §§ 1º e 2º do CPC, a sentença é ato do Juiz, que põe fim ao processo, resolvendo ou não o mérito, e contra a qual cabe o recurso de apelação, ao passo que a decisão interlocutória é a manifestação do Juiz, que resolve questões incidentes no feito, sendo impugnável por meio de agravo de instrumento.

Na hipótese examinada, a decisão de f. 175 possuiu visível cunho terminativo, na medida em que extinguiu o cumprimento de sentença apresentado pelo autor/apelado nos autos da presente ação, colocando um fim na sua pretensão de executar suposto crédito decorrente da não aplicação dos índices de correção que seriam devidos na época dos expurgos inflacionários.

De tal sorte, perfeitamente cabível o recurso de apelação interposto pelo ora apelante, pelo que rejeito a preliminar suscitada.

Mérito.

Cinge-se a controvérsia recursal em torno da possibilidade de fixação de honorários advocatícios de sucumbência, nesta fase de cumprimento de sentença, em favor dos patronos do apelante, considerando a ausência de fixação na decisão de 1º Grau, que extinguiu prematuramente referida fase executiva.

Primeiramente, cumpre esclarecer que a Lei nº 11.232/05 introduziu inúmeras alterações no procedimento concernente à execução de títulos executivos judiciais, alterações estas que envolveram inclusive a supressão do processo autônomo de execução de sentença e a sua transformação em mera fase processual, com o objetivo de garantir maior celeridade e efetividade à prestação jurisdicional. Contudo, não houve a expressa previsão de fixação de honorários advocatícios nessa fase.

Frente à ausência de expressa disposição legal relativa à incidência de honorários no cumprimento de sentença, este Relator adotou o entendimento de que se aplica a esta fase o disposto no art. 20, § 4º, do CPC, que

dispõe que, nas execuções, embargadas ou não, poderão ser arbitrados honorários pelo Julgador, uma vez que, conforme dispõe o art. 475-R do CPC, aplicam-se, subsidiariamente, ao cumprimento de sentença, as normas que regem o processo de execução por título extrajudicial.

Sabe-se que o cumprimento de sentença pode representar novo trabalho para o advogado, como na hipótese de resistência injustificada apresentada pela parte executada, caso em que a fixação de novos honorários advocatícios revela-se justa e necessária, nos termos acima explicitados, mas o mesmo não se pode dizer quando não verificada a necessidade de realização de novos e efetivos trabalhos por tal profissional.

De tal sorte, conclui-se que a fixação de novos honorários advocatícios de sucumbência, na fase de cumprimento de sentença, será cabível quando restar efetivamente demonstrado que o advogado exerceu considerável trabalho que justifique o novo arbitramento de tal verba.

Por oportuno:

Agravo de instrumento. Impugnação ao cumprimento de sentença. Novos honorários advocatícios. - Não cabe a fixação de novos honorários advocatícios no caso concreto, uma vez que, embora apresentada impugnação, contra esta não se opôs a parte credora, não havendo trabalho extraordinário dos advogados a ensejar nova remuneração. Agravo de instrumento improvido (Agravo de Instrumento nº 70043703321, 12ª Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Des. Orlando Heemann Júnior, j. em 22.09.2011).

Recurso de apelação. Cumprimento de sentença. Juros. Incidência. Decisão judicial. Determinação. Necessidade observância. Contadoria. Honorários. Cabimento. Sentença cassada. I - Tendo o contador judicial atestado a não incidência de juros de mora, em desconformidade com a decisão judicial, a sentença que extinguiu o feito, em fase de cumprimento de sentença, deve ser cassada. II - A fase de cumprimento de sentença, embora unificada ao processo de conhecimento, implica novo arbitramento de honorários advocatícios se não houver cumprimento espontâneo da condenação, devendo ser estipulados com observância do art. 20 da Lei Processual. Precedentes do STJ (TJMG - Apelação Cível nº 1.0024.11.275632-5/002, Relator: Des. Leite Praça, 17ª Câmara Cível, j. em 12.12.2013, p. em 19.12.2013).

No caso específico dos autos, não vejo pertinência na nova fixação da verba sucumbencial pretendida.

Isso porque, ainda que o advogado do banco apelante, réu e executado na presente ação, tenha chegado a intervir nos autos nesta fase executiva, fato é que a sua intervenção, por meio da petição de f. 162/163, apresentada juntamente com documentação fornecida pelo seu cliente, o ora apelante, não foi, nem de longe, suficiente para comprovar a efetiva realização de novos e consideráveis trabalhos que, realmente, justificassem novo arbitramento de honorários advocatícios.

Aliás, e como dantes salientado, o cumprimento da sentença em questão foi extinto prematuramente, por ter

o digno Juiz de 1º Grau concluído pela inexistência de direito do apelado a qualquer crédito consequente da correção monetária discutida na fase de conhecimento, ante a comprovação da ausência de saldo em conta poupança na época reclamada, situação que deixa ainda mais evidente que não houve necessidade de efetiva intervenção e atuação dos profissionais que representam o apelante.

Por todo o exposto, nego provimento ao recurso e mantenho a respeitável decisão hostilizada.

Custas recursais, pelo apelante.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES JOÃO CÂNCIO e SÉRGIO ANDRÉ DA FONSECA XAVIER.

Súmula - REJEITARAM A PRELIMINAR E NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Nota promissória - Falecimento do cônjuge emitente do título - Ausência de assinatura do cônjuge sobrevivente - Ilegitimidade passiva em ação de execução embasada nesse título

Ementa: Apelação cível. Embargos do devedor. Nota promissória. Ilegitimidade passiva do cônjuge que não se responsabilizou pelo pagamento da dívida.

- A mulher que não assina as notas promissórias exequendas como emitente ou avalista e não assina o contrato de reconhecimento e novação de dívida como devedora solidária é parte ilegítima para responder à ação de execução embasada nesses títulos de emissão do marido.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0051.12.001692-1/001 - Comarca de Bambuí - Apelante: Kelen Cristine de Melo Bahia - Apelada: Leila Vieira de Souza Silva - Relator: DES. JOSÉ FLÁVIO DE ALMEIDA

Acórdão

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

Belo Horizonte, 27 de abril de 2016. - José Flávio de Almeida - Relator.

Notas taquigráficas

DES. JOSÉ FLÁVIO DE ALMEIDA - Kelen Cristine de Melo Bahia apela da sentença (f. 77/78) destes autos de embargos do devedor ajuizados em desfavor de

Leila Vieira de Souza Silva, que julgou improcedentes os pedidos iniciais.

A apelante alega que:

a apelada pleiteia em nome próprio direito alheio, ao passo que a suposta dívida tem como credor o falecido Agnos Moraes Silva, tendo, inclusive, confirmado em sede de impugnação (f. 64/68). [...] É sabido que legitimação para o ajuizamento de ação significa o reconhecimento do autor e do réu, pelo ordenamento jurídico, 'como sendo as pessoas facultadas, respectivamente, a pedir e contestar a providência que é objeto da demanda' e, sendo condição da ação, não somente deve como pode ser conhecida a qualquer tempo e em qualquer grau de jurisdição. [...] Com o advento da morte, a sucessão se abre e surge a figura do espólio, o qual representa o conjunto de bens (ativo e passivo) deixados pelo *de cujus*. E, muito embora desprovido de personalidade jurídica, excepcionalmente, admite-se que o espólio figure em juízo, desde que representado pelo inventariante, nos termos do art. 12, inciso V, do Código de Processo Civil. Na presente hipótese, ainda que a apelada Leila Vieira de Souza Silva atue na condição de inventariante dos bens deixados pelo falecido Agnos Moraes Silva, ela não detém legitimidade para, em nome próprio, pleitear direitos eventualmente pertencentes ao espólio, frutos de negócios celebrados pelo *de cujus*. Aplica-se no caso, o disposto no artigo art. 6º do Código de Processo Civil, segundo o qual 'ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei'. Assim sendo, forçoso reconhecer a notória ilegitimidade ativa *ad causam* da apelada Leila Vieira de Souza Silva, com a consequente extinção do procedimento sem resolução do mérito, nos termos do art. 267, inciso VI, do Código de Processo Civil. [...] Sabe-se que a apelante em nada participou do suposto 'empréstimo', seja com o falecido Agnos Moraes da Silva, quiçá com a apelada Leila Vieira de Souza Silva. Contudo, foi acionada solidariamente, na qualidade de 'meeira' do pretendo débito em razão do regime de bens adotado pelo casal. [...] No caso, executam-se vinte e duas notas promissórias assinadas unicamente pelo marido da apelada. Portanto, forçoso afirmar que devedor é aquele que figura no título como tal, sem qualquer analogia ou extensão. [...] Da interpretação desses dispositivos, depreende-se que apenas são partilhadas as dívidas contraídas por um dos cônjuges/companheiros em benefício da família, não se comunicando os débitos contraídos em benefício próprio. Na hipótese, a suposta dívida não fora contraída para o benefício da família, mas única e exclusivamente em benefício do cônjuge Eduardo Silva Bahia. [...] Novamente, imperioso reconhecer ilegitimidade, neste caso, passiva da apelante Kelen Cristine de Melo Bahia, com a consequente extinção do procedimento sem resolução do mérito, nos termos do art. 267, inciso VI, do Código de Processo Civil. [...] Inexiste no art. 76 da LUG a possibilidade de a nota promissória constituir título executivo caso esteja ausente a data em que foi passada, motivo pelo qual o título perde o seu caráter cambial e, consequentemente, a sua força executiva. [...] Extraí-se dos autos que as notas promissórias carecem de tais requisitos, em especial aquela acostada à f. 33. Assim, a referida cártula é inválida, não prestando para embasar a presente ação de execução, devendo a mesma ser extinta diante da ausência de pressuposto [...]. Observa-se que os supostos títulos extrajudiciais não revestem de liquidez, imperando-se a incerteza quanto ao valor de débito a ser eventualmente adimplido, tendo em vista que a apelada sequer junta memória de cálculo atualizada. Com isso, impossibilita que a apelante acompanhe a evolução da dívida, logo, prejudicando o exercício da ampla

defesa. [...] Diante da impossibilidade de se aferir o montante efetivamente/eventualmente devido, culminando na impossibilidade de se oportunizar a ampla defesa da apelante, bem como no risco de enriquecimento ilícito da apelada, a extinção do procedimento de execução de Autos nº 0001923-51.2012.8.13.0051 pela manifesta nulidade, ante a inexistência de certeza e liquidez dos supostos títulos, é medida razoável [...].

Pede o provimento do recurso (f. 80/92). Sem preparo porquanto a apelante é beneficiária da justiça gratuita.

A apelada oferece contrarrazões em evidente infirmação e pede o desprovimento do recurso (f. 95/99), assim:

Em que pese o esmero do ilustre defensor da apelante, este laborou em equívoco, pois o objeto da presente execução são as notas promissórias e não o contrato. [...] Apesar da negativa da apelante, esta tem ciência de que a apelada é a legítima herdeira do *de cujus* Agnos Moraes Silva. Mas, para comprovar a legitimidade da apelada, consta às f. 69/75 cópia da escritura pública de inventário, onde consta a apelada como inventariante e, portanto, legitimada a representar o espólio de seu falecido marido ativa e passivamente. [...] No que se refere à legitimidade da apelante há de ressaltar que, conforme consta em documento nos autos da execução, os apelantes se casaram no regime de comunhão parcial de bens no dia 03.12.2005; levando-se em consideração que a dívida foi assumida pelo 1º executado em 19.12.2010, durante a constância da união do casal, a responsabilidade da 2º executada, advém da responsabilidade solidária vez que é casada com o 1º executado, o débito foi contraído na vigência da união conjugal e em prol desta. [...] A apelante, em sua tentativa de esquivar de suas obrigações, alega excesso na execução, sob o fundamento de que estão sendo cobrados 20% de honorários advocatícios. Tal fato é perfeitamente cabível nos presentes autos por duas razões: A uma porque a apelante firmou contrato de Confissão e Reconhecimento de Dívida onde estava prevista expressamente a cobrança de 20% do valor devido a título de honorários bem como vencimento antecipado das parcelas restantes em caso de atraso. A duas, pois conforme previsto no CPC bem como no Estatuto da OAB a cobrança de honorários advocatícios neste patamar. Portanto, na verdade, a apelante utiliza-se de todas as invenções possíveis para deixar de cumprir suas obrigações e obter vantagem ilícita, sendo suas alegações somente protelatórias e desmerecidas de qualquer crédito. [...] Ainda que fossem dotadas de alguma validade as declarações da apelante, esta não nega a validade dos títulos ou questiona sua assinatura nos mesmos, sendo portanto os presentes embargos apenas protelatórios. À f. 16, a apelante apresenta cálculo alegando ser aquela a importância devida. Mas há de se considerar que no curso da ação, todas as demais venceram. Importante ressaltar que o termo de confissão de dívida, previa o vencimento antecipado e a execução de todos os valores. Em uma remota hipótese de alguma das faveiras alegações da apelante ser acatada, fato é que não questiona em momento algum a inexistência, validade ou a sua assinatura nos títulos. Assim sendo, tomando-se por base a maneira como a apelante quer conduzir a execução, ao final desta, todos os títulos estarão vencidos e portanto devidos, haja vista que o único foco da apelante que por ventura tenha supedâneo legal seria o do vencimento antecipado dos títulos.

Satisfeitos os pressupostos de admissibilidade, conheço da apelação.

A apelada ajuizou ação de execução em desfavor da apelante e do seu marido, com fundamento em 21 (vinte e uma) notas promissórias no valor de R\$600,00 e uma no valor de R\$1.200,00, acompanhadas de “contrato de reconhecimento e novação de dívida”.

Na petição inicial dos embargos do devedor, a apelante defendeu a inexistência de título executivo extrajudicial, em razão de não estar assinado por duas testemunhas e não estar datado. Arguiu preliminar de ilegitimidade passiva, por entender que o fato de ser casada com Eduardo Silva Bahia não tem o efeito de obrigá-la solidariamente ao pagamento da dívida contraída pelo cônjuge. No mérito, afirmou que a nota promissória “foi paga ao Sr. Agnos Morais da Silva, pessoa estranha aos autos, e na relação contratual e até onde se sabe trata-se de pessoa falecida, portanto o certo para receber seria o espólio do mesmo, e não a embargada”. Apontou, também, excesso de execução.

O MM. Juiz de Direito rejeitou as preliminares e julgou improcedentes os pedidos iniciais sob os seguintes fundamentos:

A pretensão da embargante é a extinção da execução por ausência de título executivo. Entretanto, não assiste razões à embargante tendo em vista que as notas promissórias, como título executivo que são, estão aptas ao aparelhamento da ação de execução. As notas promissórias foram emitidas com vinculação ao contrato de confissão de dívida, que estabelece a possibilidade de vencimento antecipado caso o devedor deixe de pagar alguma parcela. Portanto, rejeito a tese de nulidade da execução por falta de título executivo. Em relação a preliminar de ilegitimidade passiva da embargante para figurar no polo passivo, nota-se que a dívida foi constituída por seu cônjuge Eduardo Silva Bahia, após a constância do casamento, o que atrai a responsabilidade solidária prevista no art. 1.644 do Código Civil. Não houve demonstração de que a dívida não foi revertida em favor da economia doméstica, sobretudo não houve comprovação das alegações da embargante sobre o fato de que a dívida se refere à empresa do seu cônjuge. Portanto, rejeito a preliminar de ilegitimidade passiva da executada/embargante. No mérito, verifico que a emissão dos títulos não foi negada. Os títulos preenchem todos os requisitos exigidos pela lei. A embargante não se desincumbiu do ônus da prova quanto aos fatos constitutivos do direito alegado nos embargos, conforme determina o art. 333, inciso I, do CPC, especialmente quanto à alegação de que houve pagamento parcial da dívida. Quanto à alegação de excesso de execução, esta não subsiste. O crédito que a exequente pretende ver satisfeito se refere aos valores estipulados no pacto havido entre as partes. Por força do *pacta sunt servanda*, deve prevalecer o vencimento antecipado da obrigação, bem como os acessórios estipulados entre as partes. Pelo exposto, julgo improcedente os embargos à execução interpostos por Kelen Cristine de Melo Bahia em face de Leila Vieira de Souza Silva, razão pela qual decreto a extinção do processo, nos termos do art. 269, I, do CPC. Condono a embargante no pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, que fixo em 10% do valor da causa, ficando suspensa a exigibilidade do pagamento, nos termos da Lei 1.060/50.

Com a devida vênia, os elementos de convicção produzidos nos autos não dão suporte à conclusão da sentença no que diz respeito à legitimidade passiva da apelante.

O art. 1.644 do Código Civil, que prevê a responsabilidade solidária entre cônjuges no regime da comunhão parcial de bens, funciona como complemento do art. 1.643, que, por sua vez, autoriza aos cônjuges “independentemente de autorização um do outro: I - comprar, ainda a crédito, as coisas necessárias à economia doméstica; II - obter, por empréstimo, as quantias que a aquisição dessas coisas possa exigir”.

Logo, para que se reconheça a solidariedade passiva do cônjuge, é preciso que a dívida tenha sido contraída com o objetivo de adquirir bens para o consumo da família, de modo que, nesses casos, presume-se o consentimento do cônjuge mesmo quando este não participa diretamente do negócio jurídico.

Pois bem. Com atenção ao contido nos autos, não se mostra admissível concluir pela responsabilidade solidária da apelante e, por via de consequência, que tenha legitimidade passiva para execução, pelo simples fato de ser casada como emitente dos títulos exequendos.

A apelante não assina as notas promissórias como emitente ou avalista. Também não assina o contrato de reconhecimento e novação de dívida como devedora solidária (f. 26/33 e 34/35).

A questão relativa à responsabilidade do patrimônio do casal pela dívida contraída por um dos cônjuges não se confunde com a legitimidade passiva para execução.

Nos termos do art. 568 do Código de Processo Civil de 1973,

são sujeitos passivos na execução: I - o devedor, reconhecido como tal no título executivo; II - o espólio, os herdeiros ou os sucessores do devedor; III - o novo devedor, que assumiu, com o consentimento do credor, a obrigação resultante do título executivo; IV - o fiador judicial; V - o responsável tributário, assim definido na legislação própria.

Nesse sentido a jurisprudência deste egrégio Tribunal de Justiça:

Embargos à execução. Notas promissórias. Dívida assumida pelo cônjuge/esposa. Parte ilegítima. Sentença mantida. - Na literalidade do art. 568, I, do Código de Processo Civil, sujeito passivo na execução é o devedor reconhecido como tal no título executivo. Na execução movida contra um dos cônjuges, por ser o único devedor do título, somente ele será parte no processo, nos termos do art. 568, inc. I, do CPC. A intimação do outro cônjuge não tem o condão de fazê-lo integrar a lide, só porque a penhora recaiu sobre bem imóvel do casal (TJMG - Apelação Cível 1.0105.08.265355-8/001, Rel. Des. Antônio de Pádua, 14ª Câmara Cível, j. em 27.05.2010, p. em 07.07.2010).

Embargos à execução. Recursos tempestivos. Pedido de nova decisão. Preliminares refutadas. Notas promissórias. Divergência de datas. Vício que não macula a executividade do título de crédito. Ilegitimidade passiva da esposa

do executado. 1- Tanto o apelo principal, quanto o adesivo, foram interpostos dentro do prazo recursal, portanto, rejeitadas ficam as preliminares suscitadas nas contrarrazões. 2- *Data venia*, no recurso principal, há pedido de reforma da sentença a fim de que seja declarada a nulidade da execução, portanto, infundada a preliminar de ausência de pedido. 3- A ausência ou diversidade em sua data de vencimento não pode ensejar em nulidade do título de crédito, uma vez que o art. 76 da Lei Uniforme diz que a nota promissória que não tiver a indicação da época do pagamento será considerável pagável à vista. 4- A não participação do cônjuge no endividamento no plano material lhe retira a legitimidade de figurar como executado em ação judicial (TJMG - Apelação Cível 1.0525.06.093708-9/001, Rel. Des. Francisco Kupidowski, 13ª Câmara Cível, j. em 15.01.2009, p. em 02.02.2009).

Ressalto que as alterações introduzidas pelo novo Código de Processo Civil não alteram essa conclusão (ver art. 779, incisos I a VI, do novo Código de Processo Civil).

Nesse quadro, com a devida e renovada vênua, deve ser reconhecida a ilegitimidade passiva da apelante para responder à ação de execução.

Diante do exposto, dou provimento à apelação para acolher a preliminar dos embargos do devedor e declarar a ilegitimidade passiva da apelante para responder pela Ação de Execução nº 0051.12.000192-3. Ficam prejudicadas demais matérias devolvidas com a apelação.

Condeno a apelada ao pagamento das custas processuais, incluídas as recursais, e honorários advocatícios que arbitro em 10% do valor atualizado da causa nos embargos, conforme art. 85, § 2º, do Código de Processo Civil, suspensa a exigibilidade nos termos do art. 98, § 3º, também do novo Código de Processo Civil.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES JOSÉ AUGUSTO LOURENÇO DOS SANTOS e JULIANA CAMPOS HORTA.

Súmula - DERAM PROVIMENTO À APELAÇÃO.

...

Embargos de terceiro - Nulidade de penhora - Benfeitorias realizadas no imóvel - Averbação e registro - Desnecessidade - Bem de família - Impenhorabilidade - Não ocorrência - Imóvel residencial e comercial - Dupla destinação - Divisibilidade do bem - Penhora da parte comercial - Parte residencial - Ausência de prejuízo

Ementa: Apelação cível. Embargos de terceiro. Nulidade da penhora. Averbação e registro de benfeitorias do imóvel. Desnecessidade. Impenhorabilidade de bem de família. Inocorrência. Imóvel com dupla destinação. Impossibilidade jurídica da alienação do imóvel.

Inventário. Impossibilidade de individualização do bem. Inocorrência.

- Sendo o bem penhorado um desmembramento de imóvel registrado, não há óbice à penhora.

- Em se tratando de imóvel com dupla destinação, quais sejam comercial e residencial, a penhora poderá recair sobre a parte não destinada à residência familiar, desde que reste demonstrada a divisibilidade do bem, de modo que não acarrete prejuízo ao domicílio familiar.

- A penhora operada antes do óbito do executado deve ser procedida regularmente.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0351.15.001718-1/001 - Comarca de Janaúba - Apelante: Espólio de Maria Ribeiro Dias, representado pelo inventariante, João de Deus Dias - Apelado: Espólio de Antônio Getúlio Rodrigues de Carvalho, representado pelo inventariante, Antônio Getúlio Rodrigues Júnior - Relatora: DES.ª MÔNICA LIBÂNIO ROCHA BRETAS

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 15ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em NEGAR PROVIMENTO À APELAÇÃO.

Belo Horizonte, 16 de junho de 2016. - Mônica Libânio Rocha Bretas - Relatora.

Notas taquigráficas

DES.ª MÔNICA LIBÂNIO ROCHA BRETAS - Trata-se de apelação interposta por Espólio de Maria Ribeiro Dias, representado pelo inventariante, João de Deus Dias, contra a r. sentença de f. 144/146, proferida nos autos da ação de embargos de terceiro, opostos em face de Espólio de Antônio Getúlio Rodrigues de Carvalho, representado pelo inventariante, Antônio Getúlio Rodrigues Júnior, em que a MM. Juíza de Direito da 2ª Vara Cível da Comarca de Janaúba, Dr.ª Solange Procópio Xavier, julgou a lide nos seguintes termos:

Assim, por todo o exposto, julgo improcedentes os embargos de terceiro e mantenho a penhora levada a efeito nos autos da execução. Custas, pelo embargante, assim como ao Procurador do embargado, que arbitro em R\$2.000,00 (dois mil reais), nos termos do art. 20, §4º, do Código de Processo Civil. Tais verbas, no entanto, ficam com sua exigibilidade suspensa em razão da justiça gratuita deferida ao embargante.

Em suas f. 150/152, pretende o apelante a reforma da r. sentença, alegando que foi procedida a penhora de um cômodo comercial reformado, com área de 16 (dezesesseis) metros quadrados, pertencente ao executado João de Deus, reservada a meação do cônjuge.

Aduz que o bem penhorado não tem registro junto da matrícula do imóvel, tendo em vista que, na certidão imobiliária, consta um imóvel com área de 250 metros quadrados, desmembrada de uma área maior, de modo que não há qualquer averbação da mencionada construção.

Afirma que a inexistência do registro do bem penhorado junto à matrícula do imóvel, no Serviço de Registro Imobiliário, torna a penhora nula.

Defende que o registro da penhora é elemento constitutivo dessa construção.

Salienta que, somente com a averbação ou registro no cartório competente, o direito real resta comprovado.

Assevera que os atos que a lei reputa formais devem ser realizados dessa forma, sob pena de nulidade.

Ressalta que a averbação e o registro de toda e qualquer benfeitoria ou de alienação do imóvel visam a gerar segurança para a sociedade.

Pugna pela impossibilidade jurídica da alienação do imóvel, visto que, com o falecimento da executada e a consequente abertura de seu inventário, o bem passou a pertencer aos herdeiros, não havendo como individualizá-lo.

Frisa que o bem objeto da penhora é objeto de processo de inventário e pertence aos herdeiros, de modo que não há, no registro imobiliário, a individualização do imóvel.

Argumenta que o crédito exequente deve ser habilitado nos autos do processo de inventário.

Afirma que o imóvel, objeto da lide, é o único bem da família, onde esta reside, e frisa que o executado possui mais de 80 anos de idade.

Requer a nulidade da penhora, em virtude da ausência de registro imobiliário, bem como a impossibilidade da alienação judicial do bem, visto a inexistência de individualização do imóvel penhorado em relação ao todo a que pertence, de modo que integra o imóvel residencial pertencente aos herdeiros.

Contrarrazões às f. 155/161.

É o relatório.

Decido.

Conheço do recurso, já que presentes os pressupostos de admissibilidade.

A controvérsia cinge-se à análise da possibilidade da penhora realizada nos autos da ação de execução, na qual o marido da falecida autora, o Sr. João de Deus Dias, teve seu imóvel penhorado, conforme se depreende do auto de penhora de f. 131.

No que tange à alegação de nulidade da penhora, em razão da inexistência do registro do bem penhorado junto à matrícula do imóvel, tenho que razão não assiste ao embargante, haja vista que não houve vício na penhora dos dezesseis metros quadrados do imóvel, objeto da lide.

Cumprе ressaltar que, conforme a certidão da Prefeitura Municipal de Janaúba de f. 79, o imóvel está averbado nos seguintes termos:

[...] que o Sr. João de Deus Dias possui cadastrado uma parte de terras situada dentro de perímetro urbano desta cidade [...]. A referida casa se encontra lançada no Cadastro Imobiliário para fins de cobrança de Imposto Predial e Territorial Urbano (IPTU), desde o ano de 1978. [...].

Desse modo, considerando que os dezesseis metros quadrados penhorados fazem parte do terreno averbado em questão, a penhora se revela possível.

Nesse contexto, considerando que o imóvel possui valor econômico e o leilão se dará sobre os direitos do embargante sobre esse bem, o arrematante poderá, oportunamente e a seu critério, averbá-lo ou não.

Cumprе registrar que a averbação e o registro de quaisquer benfeitorias e construções eventualmente existentes no imóvel constituem, somente, uma garantia de segurança dos terceiros de boa-fé, de modo que a ausência do registro não constitui óbice à penhora.

Nesse sentido, este egrégio Tribunal já se manifestou:

Civil e processual civil. Apelação. Embargos do devedor. Penhora de bem não averbado. Validade. Dívida reconhecida em acordo firmado em juízo. Liquidez, certeza e exigibilidade. Presença. Exceção do contrato não cumprido. Não aplicação. Decote de valores relativos a serviços não prestados e das parcelas pagas. Possibilidade. Recurso provido em parte. - É possível a penhora de construção não averbada no registro do imóvel, uma vez que esta constitui acessão ao terreno em que foi construída. - Havendo reconhecimento expresso do débito, não há se falar em ausência de certeza, liquidez e exigibilidade do título emitido em seu pagamento. - Não se aplica a teoria da exceção do contrato não cumprido se o devedor deu causa à interrupção da execução do contrato por ter se tornado inadimplente. - Devem ser decotados do título exequendo os valores relativos aos serviços não prestados e das parcelas pagas, sob pena de enriquecimento ilícito. - Recurso conhecido e parcialmente provido (TJMG - Apelação Cível 1.0685.09.007577-9/001, Rel.^a Des.^a Márcia De Paoli Balbino, 17^a Câmara Cível, j. em 23.09.2010, p. em 05.10.2010) (destaquei).

Quanto à alegada impenhorabilidade do bem, sob a alegação de que o imóvel em questão seria bem de família, tenho que razão não assiste ao embargante, como bem consignado na r. sentença.

Verifica-se que a MM. Juíza a quo afastou a tese de impenhorabilidade do imóvel, ao fundamento de que, em se tratando de imóvel com dupla destinação, qual seja residencial e comercial, não há obstrução à penhora sobre a parcela comercial do bem, desde que resguardada a área destinada à residência da família.

Cabe salientar que a parcela do imóvel sobre a qual recaiu a penhora é divisível em relação ao restante do bem, possuindo dois acessos independentes pelas duas vias públicas em que está localizado, como se extrai das fotografias de f. 173/175.

Nesse sentido, confira-se o entendimento do colendo Superior Tribunal de Justiça, que reconheceu a possibilidade da penhora parcial de imóvel que possui destinação dúplice, comercial e residencial, desde que reste comprovada a divisibilidade do imóvel, garantindo, pois, que o desmembramento não ocasione prejuízo à parcela residencial:

[...] Admite-se a penhora de parte do bem de família quando possível o seu desmembramento sem descaracterizar o imóvel, levando em consideração, com razoabilidade, as circunstância e peculiaridades de cada caso (RSTJ 128/388, RT 771/196, RF 353/288 e RTJE 176/229). No mesmo sentido: STJ-RT 804/184, RMD CPC 13/134.

A impenhorabilidade da Lei 8.009/90 'não abrange outras áreas da extensa edificação, quando esta é passível de desmembramento sem prejuízo da parte residencial' (STJ-RJ 204/54: 2ª Seção). No mesmo sentido: RT 759/281, Lex-JTA 152/32.

Confira-se, ainda, a manifestação deste egrégio Tribunal acerca do tema:

Ementa: Agravo de instrumento. Execução fiscal. Imóvel. Bem de família. Demonstrado. Impenhorabilidade. Uso misto. Comercial e residencial. Penhora da parte mercantil. Possibilidade. Divisibilidade. Não comprovação. Atividade empresarial. Não determinada. Conteúdo probatório deficiente. Recurso desprovido. - Quando resta comprovada nos autos a qualidade de imóvel familiar, deve o mesmo ser excluído da penhora de bens do executado por ser o bem impenhorável, nos termos da Lei 8.009/90. - *Caso o imóvel aludido tenha dupla destinação, isto é, comercial e residencial, pode a penhora recair sobre a parte não protegida pela Lei 8.009/90, desde que demonstrada a divisibilidade da propriedade e, por conseguinte, a inexistência de prejuízo ao domicílio familiar* (TJMG - Agravo de Instrumento Cível 1.0325.06.001775-4/001, Rel.º Des.º Hilda Teixeira da Costa, 2ª Câmara Cível, j. em 26.05.2015, p. em 02.06.2015) (destaquei).

Dessarte, considerando que a penhora recaiu sobre a parcela do imóvel que não está abrangida pela impenhorabilidade, tenho que esta é possível.

Em relação ao argumento da impossibilidade jurídica da alienação do imóvel, entendo que melhor sorte não assiste ao embargante.

Alega o embargante que, com a morte de Maria Ribeiro Dias, foi procedida a abertura de seu inventário, de modo que o referido bem pertenceria a seus herdeiros, não sendo passível de individualização.

Contudo, da detida análise dos autos, extrai-se que a penhora foi realizada em 09 de maio de 2001, conforme se depreende do auto de penhora de f. 131, de modo que este e sua falecida esposa tomaram ciência da realização da referida penhora, antes do falecimento daquela, ocorrido em 26 de abril de 2012, de acordo com atestado de óbito de f. 239.

Desse modo, tendo em vista que a penhora foi realizada aproximadamente onze anos antes do falecimento da esposa do executado, o que significa que incidiu sobre

bem que, à época, era individualizado, entendo que a penhora deve subsistir regularmente.

Ademais, ainda que a penhora houvesse sido procedida após o óbito, este egrégio Tribunal tem-se manifestado no sentido de que a penhora direta sobre bens do acervo hereditário é possível, garantindo a execução até a realização da partilha e a consequente individualização do quinhão hereditário, confira-se:

Ementa: Agravo de instrumento. Inventário. Cobrança. Penhora de direitos hereditários nos autos. Possibilidade. - Conforme o art. 674 do CPC, averbar-se-à no rosto dos autos a penhora que recair nele e na ação que lhe corresponder, a fim de se efetivar nos bens que forem adjudicados ou vierem a caber ao devedor. É válida a penhora de direitos hereditários do devedor, garantindo, assim, a execução até a ocorrência da partilha e individualização do quinhão hereditário (TJMG - Agravo de Instrumento Cível 1.0480.14.005820-1/001, Rel. Des. Jair Varão, 3ª Câmara Cível, j. em 12.11.2015, p. em 25.11.2015) (destaquei).

Ementa: Processo civil. Inventário. Requerimento de penhora. Obrigação solidária. Herdeiros no polo passivo da execução juntamente com o de cujus em tramitação no juízo cível. Penhora no rosto dos autos. Penhora direta de aluguéis apurados no juízo do inventário. Posição do STJ. Ex-exposa e viúva meeira. Separação sem a respectiva partilha de bens. Alegação de que possui quinhão dos imóveis que compõem o acervo hereditário. Direito à parte dos aluguéis. Controvérsia. Necessidade de apuração. Entrave à transferência do valor total dos aluguéis. Parcialmente provido. - Não há óbice a que ocorra a penhora direta sobre bens do acervo hereditário, a fim de que valores de aluguéis sejam transferidos do juízo do inventário para o juízo da execução aforada contra o de cujus e os herdeiros. - As tentativas de expropriação podem, à escolha do credor, direcionar-se a quaisquer dos devedores solidários que figuram como executados, haja vista que o ajuizamento da execução não importa na renúncia à solidariedade, tampouco na divisão da obrigação, nos termos do art. 275, caput e parágrafo único, do Código Civil. - A herança responde pelo pagamento das dívidas do falecido, conforme dispõe o art. 1.997 do Código Civil. - A alegação de ex-exposa de que teria direito à parte dos imóveis do falecido, bem como aos seus respectivos frutos civis constitui entrave à transferência imediata do total dos valores dos aluguéis dos imóveis apurados no juízo do inventário e por isso somente é possível encaminhar metade da referida quantia (TJMG - Agravo de Instrumento Cível 1.0024.01.093083-2/001, Rel. Des. Alberto Vilas Boas, 1ª Câmara Cível, j. em 25.08.2015, p. em 26.08.2015).

Diante do exposto, nego provimento ao recurso, mantendo *in totum* a r. sentença, por seus e por esses fundamentos.

Custas recursais, pelo embargante, observadas as disposições do art. 98, § 5º, do NCPC.

Votaram de acordo com a Relatora os DESEMBARGADORES CARLOS HENRIQUE PERPÉTUO BRAGA e MAURÍLIO GABRIEL.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

ISSQN - Serviços notariais e registrais - Inexigibilidade do tributo - Posterior declaração de constitucionalidade da cobrança pelo STF - Relação jurídica continuativa - Alteração do estado de direito - Superação da coisa julgada

Ementa: Direito processual civil. Agravo de instrumento. Ação declaratória. Tutela antecipada. Preliminar de litispendência e inadequação da via eleita. Questões não tratadas pela decisão agravada. Não conhecimento. ISS. Suspensão de exigibilidade de tributo. Serviços notariais. Sentença transitada em julgado, com declaração de inexistência de relação jurídico-tributária. Posterior reconhecimento da constitucionalidade da norma, pelo Supremo Tribunal Federal, em controle concentrado. Alteração da situação de direito. Art. 471, I, do Código de Processo Civil. Ausência de verossimilhança das alegações. Revogação da tutela antecipada. Recurso provido.

- O agravo de instrumento leva ao conhecimento do Tribunal a decisão interlocutória alvo da insurgência, e a tanto deve se limitar a decisão do recurso.

- Constatado que o Supremo Tribunal Federal firmou entendimento de que a sentença declaratória de inexistência de relação jurídico-tributária se submete às limitações impostas pelo art. 471, I, do Código de Processo Civil, e ante o entendimento de que a declaração de constitucionalidade de dispositivo em controle concentrado importa em modificação no estado de direito, possível a exigência do tributo, após a declaração de constitucionalidade da norma.

AGRAVO DE INSTRUMENTO CÍVEL Nº 1.0335.15.001834-9/001 - Comarca de Itapecerica - Agravante: Município de Itapecerica - Agravado: Leda Moraes Malachias de Castro - Relator: DES. MOREIRA DINIZ

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em NÃO CONHECER DAS PRELIMINARES E DAR PROVIMENTO AO AGRAVO, VENCIDO O PRIMEIRO VOGAL.

Belo Horizonte, 7 de abril de 2016. - *Moreira Diniz* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. MOREIRA DINIZ - Cuida-se de agravo de instrumento (f. 02/12), ajuizado pelo Município de Itapecerica contra decisão (f. 28/29), da MM. Juíza da Comarca de Itapecerica, que, nos autos de uma ação ordinária declaratória ajuizada por Leda Moraes Malachias de Castro, deferiu a antecipação de tutela, “para determinar a suspensão da exigibilidade do ISSQN referente

ao exercício de 2015 [...], sob pena de multa diária de R\$200,00 (duzentos reais), até o limite de R\$10.000,00 (dez mil reais)” (f. 48).

O agravante alega que, “em 2005, a agravada (Leda Moraes Malachias) e outros cartorários do Município de Itapecerica impetraram mandado de segurança contra os itens 20 e 21.1 da Lei Municipal nº 1.934/03 (f. 142 e seguintes), que regulamenta a cobrança de ISSQN sobre as atividades notariais e de registro naquela Municipalidade” (f. 03); que a segurança foi concedida, “ficando, por conseguinte, impedido qualquer lançamento do tributo relativo às atividades notariais e registrais mencionadas” (f. 03); que, após o trânsito em julgado da referida sentença, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a constitucionalidade da cobrança do ISSQN sobre serviços cartorários; que a agravada já havia impetrado mandado de segurança discutindo a mesma questão dos autos e cuja liminar foi cassada pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais; que a agravada desistiu do mandado de segurança, mas ainda não foi homologada a desistência; que nem sequer há prova da cobrança de qualquer tributo; que ao caso se aplica o art. 471, I, do Código de Processo Civil; que “a decisão do Eg. STF na ADI representa alteração no estado de direito suficiente para fazer cessar os efeitos da coisa julgada da sentença proferida no mandado de segurança anteriormente impetrado pelo recorrido” (f. 07); que há precedentes idênticos no Supremo Tribunal Federal, que, em sede reclamação, autorizou a exigência do ISSQN; e que a agravada pretende, por meio de via imprópria, a declaração de inconstitucionalidade em abstrato da Lei Municipal nº 1.934/2003. Pugna pelo provimento do recurso, para que seja reconhecida a litispendência e a impropriedade da via eleita, ou, alternativamente, para que seja revogada a liminar.

Indeferida a liminar recursal (f. 74), veio a contraminuta de f. 77/84. De início, observo que as preliminares deduzidas pelo agravante não podem ser examinadas, porque as questões não foram objeto da decisão agravada.

O agravo de instrumento leva ao conhecimento do Tribunal a decisão interlocutória alvo da insurgência, e a tanto se deve limitar o exame do recurso. Eventuais questões preliminares que possam gerar a extinção do processo devem ser deduzidas em primeiro grau, para que não haja supressão de instância e seja resguardado às partes o duplo grau de jurisdição.

Assim, não conheço das mencionadas preliminares.

No mais, embora a questão seja de alta indagação, ressalto que, conforme observado pelo recorrente, a matéria já foi objeto de reclamação.

Na Reclamação nº 17.665/MG, o Ministro Luiz Fux decidiu questão semelhante à destes autos nos seguintes termos:

Outrossim, quanto à alegação de imutabilidade da coisa julgada, anoto que estes autos versam relação originária de natureza continuativa, sobre a qual incide o preceito do art. 471 do CPC, que permite a alteração do que transitou em julgado em razão de modificação no estado de direito. Modificações fáticas e jurídicas permitem uma alteração dos efeitos da coisa julgada e podem acarretar a supressão de direitos reconhecidos judicialmente.

Assim, entende o Supremo Tribunal Federal que ao caso se aplica o art. 471, I, do Código de Processo Civil, visto que a exigência de ISSQN trata de relação jurídica continuativa e que a declaração de constitucionalidade de dispositivo em controle concentrado importa em modificação no estado de direito.

Portanto, ante o posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal em sede de reclamação, não pode este Tribunal decidir a questão em sentido contrário. Logo, verifica-se que não há verossimilhança nas alegações da agravada, motivo pelo qual deve a liminar ser revogada.

Ante o exposto, dou provimento ao agravo, para revogar a decisão agravada.

Custas, pela agravada.

DES. DÁRCIO LOPARDI MENDES - No tocante às preliminares, estou de acordo com o Relator. Contudo, no mérito, peço vênia ao ilustre Desembargador Relator, para divergir de seu posicionamento.

Verifica-se que, em 2005, através de mandado de segurança impetrado pela agravada contra os itens 20 e 21.1 da Lei Municipal nº 1.934/03, que regulamenta a cobrança de ISS das atividades notariais, restou determinado que a Municipalidade estaria impedida de lançar qualquer tributo relativo às atividades notariais e registrais.

Contudo, após o trânsito em julgado, o Supremo Tribunal Federal, em ADI, reconheceu a constitucionalidade da tributação sobre o exercício da atividade notarial, tendo em vista que não há diferenciação que justifique a tributação dos serviços públicos concedidos e a não tributação das atividades delegadas.

É cediço que, nos termos do CPC, denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença.

A coisa julgada material traz a estabilidade das decisões judiciais e decorre do princípio constitucional da segurança jurídica. Com a coisa julgada material, vem a eliminação dos conflitos de interesses e, por consequência, a pacificação social.

No caso dos autos, a Fazenda Municipal pretende a cobrança retroativa dos valores de ISS desde o momento em que o egrégio STF declarou a constitucionalidade da incidência do ISSQN sobre serviços de registros públicos, cartórios e notariais.

No entanto, tenho que a decisão do STF sobre a constitucionalidade de uma lei não tem o condão de desconstituir de forma automática todas as decisões já

transitadas em julgado, que foram contrárias ao entendimento da Suprema Corte.

Nesse sentido, confira-se o posicionamento do egrégio STJ:

O fato de o Supremo Tribunal Federal posteriormente manifestar-se em sentido oposto à decisão judicial transitada em julgado em nada pode alterar a relação jurídica estabilizada pela coisa julgada, sob pena de negar validade ao próprio controle difuso de constitucionalidade (REsp 1118893/MG, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Primeira Seção, j. em 23.03.2011, DJe de 06.04.2011).

No caso sob comento, a decisão *a quo* decidiu pela impossibilidade de incidência do ISS sobre os serviços notariais. Dessa forma, a coisa julgada material destruiu a relação jurídico-tributária existente entre o agravante e a agravada, o que torna impossível a cobrança do ISS em relação aos serviços prestados pela última.

Assim, para que o Município pudesse voltar a cobrar o ISS da recorrida, deveria necessariamente haver a desconstituição da coisa julgada ou a alteração da situação de fato ou ainda a modificação dos atos legislativos. Contudo, a cobrança não está sendo feita pela configuração de qualquer das hipóteses autorizativas.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso, para manter incólume a decisão agravada.

DES.ª HELOÍSA COMBAT - De acordo com o Relator.

Súmula - NÃO CONHECERAM DAS PRELIMINARES; E DERAM PROVIMENTO, VENCIDO O PRIMEIRO VOGAL.

...

Imissão de posse - Pretensão de reaver a posse de bem imóvel público - Matéria de defesa - Restrição à ineficácia do título - *Fumus boni iuris* e *periculum in mora* - Presença

Ementa: Agravo de instrumento. Ação de imissão de posse. Direito processual civil. Pretensão de reaver a posse de bem imóvel público. Matéria de defesa. Restrição à ineficácia do título. *Fumus boni iuris* e *periculum in mora*. Presença.

- Em ação de imissão de posse ajuizada pelo Município de Soledade de Minas a fim de reaver a posse de bem imóvel - cuja fruição se dava por particular por força de permissão de uso -, não se afigura viável ao réu deduzir pedido de exclusão do bem de leilão a ser realizado pela Administração Pública local com base em questões alheias à ineficácia do título de propriedade, por se tratar esta da única matéria de defesa admitida no bojo daquela ação.

AGRAVO DE INSTRUMENTO CÍVEL Nº 1.0637.15.001908-0/001 - Comarca de São Lourenço - Agravante: Município de Soledade de Minas - Agravado: Cleber Hueber dos Santos - 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 DAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 5 de maio de 2016. - *Edgard Penna Amorim* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. EDGARD PENNA AMORIM - Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo Município de Soledade de Minas, nos autos da ação de imissão na posse que move em face de Cleber Hueber dos Santos, contra a decisão da i. Juíza da 1ª Vara Cível da Comarca de São Lourenço, Cecília Natsuko Miahira Goya, que determinou a exclusão do imóvel, objeto da ação, da relação constante no edital do Leilão nº 01/2015, referente ao Processo Licitatório nº 33/2015 (f. 82-TJ).

Nas razões de f. 2/11-TJ, o agravante sustenta ser o legítimo proprietário do imóvel e, nessa condição, defende que possui direito de dispor da coisa. Alega que, embora tenha notificado o agravado para se manifestar sobre o direito de preferência para a aquisição do bem, ele se manteve inerte. Alega que a pretensa alienação foi antecedida por autorização legislativa, avaliação, observância do direito de preferência do possuidor e justificado interesse da Administração Pública, daí não se falar em qualquer ilegalidade na realização do leilão.

Recebido o recurso às f. 99/100-TJ, foi deferido o efeito suspensivo e determinada a intimação do agravado, o qual apresentou contraminuta às f. 106/111-TJ, oportunidade em que formulou pedido de reconsideração, indeferido nos termos da decisão de f. 129/129-v.-TJ.

Conheço do recurso, presentes os pressupostos de admissibilidade.

Como visto, o Município de Soledade de Minas ajuizou a ação de imissão de posse com vistas a obter a desocupação do imóvel descrito na inicial pelo possuidor-agravado.

De início, cumpre registrar que, conquanto a aludida ação não esteja expressamente disciplinada no diploma processual vigente, a doutrina a considera uma demanda de natureza petítória, pela qual o proprietário do imóvel busca haver a posse que jamais exerceu (cf. GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, v. 5, p. 176/177).

A partir disso, na esteira do asseverado por ocasião do despacho inaugural, não me convenço da possibilidade - ainda que à guisa de medida cautelar - de aquele

que é a parte contrária formular, no bojo da presente ação, um pedido que atinge ato administrativo alheio à discussão de propriedade do imóvel, a saber, o leilão de venda dos bens imóveis constantes do Anexo I do Edital nº 01/2015, dos quais pretende excluir o bem em foco (f. 85/90-TJ).

Com efeito, por não guardar similitude com as ações possessórias, a presente demanda carece da natureza dúplice típica daquelas. Dessa forma, a defesa do requerido é restrita e se resume a questões atinentes ao título de propriedade no qual se ampara o autor para deduzir sua pretensão de imissão na posse. A propósito, leciona Ovídio A. Baptista da Silva:

[...] Devemos, então, indicar em que consiste a sumariedade material da demanda, já que a tentativa do legislador de fazê-la desaparecer do sistema brasileiro com o seu silêncio mostrou-se frustrada.

A *sumariedade* da ação consiste em que a defesa só pode versar sobre a *ineficácia do título* em que se funda o demandante, e não, como erroneamente supunha o legislador de 39, sobre 'nulidade manifesta'.

Todas as defesas que não estejam ligadas a essa ineficácia devem ser repelidas. [...]. (*Ação de imissão de posse*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2001. p. 176; destaques do original.)

Conforme se vê da lição acima, não é dado ao réu, ora agravado, discutir o direito à posse em si e suscitar a inobservância do disposto no § 3º do art. 2º da Lei municipal nº 942/14, bem como da modalidade de licitação eleita pela Municipalidade para a alienação de bens imóveis, questões que, à primeira vista, devem ser deduzidas em ação própria.

Lado outro, em relação ao risco de danos não apenas ao requerido como a eventual adquirente do imóvel, não os identifique na dimensão feita pela cautelosa análise da decisão agravada.

De um lado, a inicial está lastreada, entre outros, nos documentos de f. 29/32-TJ, os quais revelam que o possuidor fora devidamente notificado acerca da pretensão do ente municipal de alienar o imóvel, além de lhe ter sido facultado exercer o direito de preferência na aquisição do bem, sobre o que se manteve inerte. Nesse contexto, resta minorado o *periculum in mora* quanto a ele, pois lhe teria sido assegurado defender sua posse por outros meios.

A propósito dessa questão, não se desconhece a alegação do agravado de a forma para pagamento do imóvel noticiada no Ofício nº 110/2014 (f. 113) ser distinta daquela estabelecida no mencionado § 3º do art. 2º da Lei municipal nº 942/14. Não obstante, como visto acima, a discussão sobre esse aspecto não se coaduna com a natureza da ação de imissão de posse e, portanto, deverá ser ventilada em outra via processual.

Ademais, verifico que a posse do réu está por ora garantida, sobretudo diante da ausência de apreciação, em primeiro grau, de medida urgente desfavorável a ele,

além de eventuais prejuízos decorrentes da revogação antecipada da permissão de uso poderem ser resolvidos em perdas e danos, sem afetar a transferência da propriedade em virtude da alienação em certame público.

No que tange ao resguardo do direito de terceiros, possíveis licitantes, embora ainda não convencido de que a previsão contida na cláusula primeira do mencionado edital seria suficiente para advertir os participantes do certame sobre pendências de demandas judiciais em relação aos bens postos a leilão, é certo que a Cláusula Terceira previu a possibilidade de visitação aos imóveis, a permitir a constatação da existência de benfeitoria no local, além de não ser crível que, no restrito ambiente da bucólica Soledade de Minas, não seja de conhecimento público a ocupação do imóvel pela parte ré.

Ao exposto, dou provimento ao recurso para reformar a decisão agravada e autorizar a manutenção do imóvel descrito na inicial na relação do Anexo I do Edital nº 01/2015 - Leilão nº 01/2015 -, referente ao Processo Licitatório nº 33/2015.

Custas recursais, ao final, pelo vencido.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES TERESA CRISTINA DA CUNHA PEIXOTO e PAULO BALBINO.

Súmula - DERAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

ICMS - Ação anulatória de débito tributário - Mercadoria alienada em um ente da federação - Emissão de nota fiscal em filial situada em outro ente federativo - Fato gerador - Configuração - Local de realização da operação - Multa tributária - Princípio da vedação ao confisco

Ementa: Apelação cível. Ação anulatória de débito tributário. ICMS. Concessionária de veículos. Alienação por estabelecimento sediado no Estado de Minas Gerais. Nota fiscal emitida por filial do Estado de São Paulo. Simulação. Apuração em processo tributário administrativo. Presunção de legalidade não desconstituída. Multa isolada e de revalidação. Natureza confiscatória. Redução para 75% do valor do débito. Princípio da vedação ao confisco. Inocorrência de violação à cláusula de reserva de plenário.

- O ICMS - Imposto Sobre Circulação de Mercadorias tem como fato gerador a circulação jurídica de mercadorias, e não somente a circulação física, encontrando previsão no art. 155, II, da Constituição da República, pelo qual compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre operações relativas à circulação de

mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação.

- Para fins de incidência do ICMS, prevalecerá a operação de alienação da mercadoria sujeita à tributação, pouco importando o local de onde saiu a mercadoria ou onde foi emitida a nota fiscal. O âmbito de incidência do ICMS é o local em que se deu a operação mercantil.

- A venda de veículo novo por estabelecimento localizado no Estado de Minas Gerais e amparado por documento fiscal emitido por estabelecimento localizado no Estado de São Paulo configura fato gerador do ICMS no Estado de Minas Gerais, nos termos do art. 6º, § 2º, inciso VI, da Lei estadual nº 6.763/75.

- Possui caráter confiscatório a aplicação de multa de revalidação em percentual igual ou superior a 100% do valor do débito tributário (STF - AI 838302 AgR/MG - Ag. Reg. no Agravo de instrumento - Relator: Min. Roberto Barroso - Órgão Julgador: Primeira Turma - DJe de 31.03.2014).

- Não importa violação à cláusula de reserva de plenário a análise da matéria constitucional já consolidada no âmbito do Supremo Tribunal Federal.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0518.13.002019-2/001 - Comarca de Poços de Caldas - Apelante: Novacar Comércio de Veículos, Peças e Serviços Ltda. - Apelado: Estado de Minas Gerais - Relator: DES. RENATO DRESCH

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, à unanimidade, em DAR PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 16 de junho de 2016. - Renato Dresch - Relator.

Notas taquigráficas

DES. RENATO DRESCH - Trata-se de ação anulatória de débito tributário proposta por Novacar Comércio de Veículos, Peças e Serviços Ltda. em face do Estado de Minas Gerais, pretendendo seja declarado nulo o lançamento fiscal consubstanciado no Auto de Infração nº 01.000173969-62 pela inocorrência do fato gerador ou, eventualmente, que sejam as multas de revalidação e isolada reduzidas ao patamar máximo de 50% do valor do imposto supostamente devido.

Em sentença de f. 266/272, publicada na vigência do CPC/1973, o Juiz Carlos Alberto Pereira da Silva, da 4ª Vara Cível da Comarca de Poços de Caldas, julgou improcedente o pedido inicial e condenou a requerente ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, fixados em 10% sobre o valor da inicial.

A autora apelou às f. 282/290, argumentando a não ocorrência do fato gerador do ICMS, uma vez que, nas vendas de veículos novos, a recorrente, concessionária Ford, é contribuinte substituída do ICMS, sendo que a parcela do ICMS devida ao Estado de destino da mercadoria é recolhido antecipadamente pelo fabricante do veículo, no caso a montadora Ford. Afirma que tinha estabelecimento matriz na cidade Poços de Caldas/MG e filial em Mococa/SP e, em razão da sistemática da substituição tributária do ICMS, a montadora Ford, quando faturava veículos novos para o estabelecimento mineiro, recolhia antecipadamente o ICMS/ST devido até o consumidor final mineiro; e, quando faturava o veículo para o estabelecimento paulista, recolhia o ICMS-ST até o consumidor final paulista. Que é comum em cidades fronteiriças a venda de veículos novos pelo estabelecimento mineiro a consumidores residentes no Estado de São Paulo e vice-versa, caso em que a parcela do imposto relativa à operação sujeita ao regime de substituição tributária será devida na unidade federada de localização da concessionária que fará a entrega do veículo ao consumidor, conforme Convênio do ICMS 51/00. Afirma que a destinação do ICMS-ST é definida em razão do local em que se situa a concessionária que faz a entrega do veículo, e não da residência do consumidor, não importando, ainda, o local em que o veículo foi adquirido, pois a intermediação feita pela agência de veículo não constitui fato gerador do ICMS. Requer seja julgado procedente o pedido inicial ou, eventualmente, que seja reconhecida a inconstitucionalidade das multas de 300% impostas.

Contrarrazões apresentadas às f. 298/311, pretendendo seja negado provimento ao recurso.

A Procuradoria-Geral de Justiça opinou pela prescindibilidade de sua intervenção no feito à f. 321.

É o relatório.

Conheço do recurso, diante da presença de seus pressupostos de admissibilidade.

Ocorrência do fato gerador do ICMS.

O ICMS - Imposto Sobre Circulação de Mercadorias tem como fato gerador a circulação jurídica de mercadorias, e não somente a circulação física, encontrando previsão no art. 155, II, da Constituição da República, pelo qual compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação.

Sobre o tema, Roque Antonio Carrazza discorre:

É bom também esclarecermos, desde logo, que tal 'operação relativa à circulação de mercadorias' só pode ser jurídica (e não meramente física), o que, evidentemente, pressupõe a transferência, de uma pessoa a outra pelos meios adequados, da titularidade de uma mercadoria - vale dizer, dos poderes de disponibilidade sobre ela. Sem esta mudança de titularidade não há falar em tributação válida por meio de ICMS. Aliás, a ideia, abonada pela melhor doutrina (Souto

Maior Borges, Geraldo Ataliba, Paulo de Barros Carvalho, Cléber Giardino, etc.), encontrou ressonância no próprio STF (CARRAZZA, Roque Antonio. ICMS. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 45).

O fato impositivo do ICMS se perfaz quando ocorre a transferência da titularidade da mercadoria; é a tradição que completa a operação de circulação.

O âmbito de incidência do ICMS deve ser analisado em razão do local em que ocorre a operação mercantil, não importando o local onde se encontra sediado o emitente ou o destinatário da mercadoria.

Há casos em que a venda da mercadoria é intermediada por estabelecimento comercial situado em determinado estado da Federação, no qual reside o consumidor e destinatário da mercadoria, embora esta tenha sido faturada em outro estado da Federação.

O Superior Tribunal de Justiça, ao analisar a operação de intermediação da venda de automóvel, consignou que não há fato impositivo do ICMS na operação de intermediação entre consumidor e agência que efetivou a venda do veículo, nestes termos:

Processual civil. Tributário. Omissão inexistente. Devido enfrentamento das questões recursais. ICMS. Fato impositivo. Circulação jurídica da mercadoria. Exegese do entendimento firmado no REsp 1.125.133/SP. Agência de automóvel. Consignação pelo proprietário. Fato gerador inexistente. Não incidência. 1. Inexiste violação do art. 535 do CPC quando a prestação jurisdicional é dada na medida da pretensão deduzida, com enfrentamento e resolução das questões abordadas no recurso. 2. Para a ocorrência do fato impositivo do ICMS, é imprescindível a circulação jurídica da mercadoria com a transferência da propriedade (REsp 1.125.133/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, julgado em 25.08.2010, DJe 10/09/2010 - submetido ao rito dos recursos repetitivos), hipótese não constatada pela Corte de origem, que reconheceu a mera existência de intermediação por parte da agência de automóveis com relação a vendedor e adquirente do bem. Tal hipótese não legitima a incidência do ICMS (REsp 1.321.681/DF, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Turma, j. em 26.02.2013, DJe de 05.03.2013). Recurso especial improvido (REsp 1420872/DF, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe de 19.02.2015).

Há casos em que a intermediação da venda ocorre de forma simulada, atuando a agência intermediadora como verdadeira alienante da mercadoria, procedendo a todos os atos desde a captação do cliente até efetivação da venda.

Caso se constate que a intermediação ocorreu de forma simulada, caberá ao Fisco apurar o tributo devido em razão da relação jurídico-tributária que espelhou a realidade.

Nesse sentido, confira-se precedente deste Tribunal de Justiça:

Apelação cível. Embargos do devedor. Execução fiscal. ICMS. Saída de veículos novos e usados. Intermediação. Ausência de comprovação. Imposto devido. Multa de revaliação e multa isolada. Legalidade. - Para ilidir a presunção

de liquidez e certeza da Certidão de Dívida Ativa, cabia à embargante apresentar provas contrárias aos fatos apurados pela Fazenda Pública estadual, de que as operações realizadas pela concessionária localizada no território mineiro constituíam-se de compra e venda, e não mera intermediação. Tendo a embargante vendido os veículos novos e usados sem a emissão do devido documento fiscal e retenção do ICMS, os impostos e as multas são devidos. As multas de revalidação e isolada possuem fundamentos diversos, sendo uma devida por falta de recolhimento do imposto na data do vencimento, e a outra por descumprimento de obrigações acessórias. A finalidade de tais penalidades é coagir os contribuintes a cumprirem suas obrigações tributárias, de modo que não possuem caráter confiscatório. Sentença reformada no reexame necessário conhecido de ofício, prejudicados os recursos voluntários (Apelação Cível nº 1.0024.10.148765-0/001, Rel. Des. Raimundo Messias Júnior, 2ª Câmara Cível, DJe de 19.08.2014).

Assim, para fins de incidência do ICMS, prevalecerá a operação de alienação da mercadoria sujeita à tributação, pouco importando o local de onde saiu a mercadoria ou onde foi emitida a nota fiscal. O âmbito de incidência do ICMS é o local em que se deu a operação mercantil.

Roque Antônio Carrazza adverte:

Na verdade, a saída da mercadoria é apenas o momento em que a lei considera nascida a obrigação de pagar o ICMS. Este tributo surge, como vimos, quando ocorre a operação mercantil. A 'saída' é uma simples decorrência da transmissão da titularidade da mercadoria. É quando se exterioriza tal transmissão (Op. cit., p. 181).

No caso destes autos, o Estado de Minas Gerais autuou a apelante em razão da saída de veículos novos desacobertos de documentos fiscais do estabelecimento, localizado na cidade de Poços de Caldas, para consumidores finais, localizados no Estado de Minas Gerais.

Para a apuração dos fatos, o Fisco mineiro utilizou-se de formulário padrão para a colheita de informações dos consumidores mineiros, sendo que, conforme se extrai do Acórdão 20.750/12/3º do Conselho de Contribuintes do Estado de Minas Gerais (f. 59/63), foi informado que as vendas investigadas ocorreram em simulação, à exceção de dois veículos:

As provas anexadas pelo Fisco comprovam, de maneira incontroversa, que as operações foram realizadas pela concessionária mineira; sem razão, portanto, a impugnante ao afirmar que a simples indicação de outro estabelecimento onde está o veículo, para aquisição, não significa a saída do mesmo pelo estabelecimento onde a indicação foi feita.

Como demonstram os documentos acostados aos autos, a sua atuação não ficou restrita à simples indicação de outro estabelecimento no qual se encontrava o veículo pretendido pelo cliente. Os elementos mais relevantes do negócio jurídico, ou seja, a celebração dos contratos de compra e venda, o pagamento das mercadorias, tendo recebido como parte, em alguns casos, veículos usados, e a entrega dos bens ocorreram exatamente em sua concessionária localizada em

Poços de Caldas, à exceção, como já citado, dos veículos de placas HJV-0987 e HJS-0866.

Estes fatos não foram desconstituídos pela apelante, inexistindo prova nestes autos a demonstrar que as vendas efetivamente ocorreram no Estado de São Paulo.

A expedição de notas fiscais não é prova suficiente do local em que ocorreram as vendas, mostrando-se insubsistente para a desconstituição do crédito tributário apurado nos autos do PTA 01.000173969-62.

A venda de veículo novo por estabelecimento localizado em Poços de Caldas/MG e amparado por documento fiscal emitido por estabelecimento localizado em Mococa/SP configura fato gerador do ICMS no Estado de Minas Gerais, nos termos do art. 6º, § 2º, inciso VI, da Lei estadual nº 6.763/75:

Art. 6º - Ocorre o fato gerador do imposto:

[...]

§ 2º - Para efeito desta lei, considera-se:

[...]

VI - saída do estabelecimento situado em território mineiro a mercadoria vendida a consumidor final e remetida diretamente para o comprador por estabelecimento do mesmo contribuinte localizado fora do Estado;

Apurado em processo tributário-administrativo que a venda se deu pelo estabelecimento mineiro e a nota fiscal da mercadoria foi emitida por estabelecimento localizado no Estado de São Paulo, caberia ao contribuinte do ICMS apresentar provas contrárias aos fatos apurados pela Fazenda Pública, o que não ocorreu.

Desse modo, presume-se a legalidade do ato administrativo que apurou o débito tributário.

Da multa de revalidação e multa isolada.

A Constituição Federal proíbe (art. 150, IV) a utilização do tributo com efeito confiscatório.

A jurisprudência entendia que a Lei Maior não estabelece limites para instituição de multas com a finalidade de desestimular a sonegação fiscal. Desse modo, havendo critérios legais objetivos, não cabia ao Poder Judiciário reconhecer abusividade das multas pela sonegação fiscal.

O STJ já se pronunciou sobre a matéria no sentido de que a vedação constitucional quanto à multa confiscatória se aplica tão somente aos tributos, e não às sanções administrativas e tributárias.

[...] c) a norma constitucional que proíbe o confisco não se aplica à multa, pois é direcionada aos tributos, e não às sanções, que têm o objetivo de dar eficácia à atividade fiscal (STJ - AGRESP 627315-RS - 1ª T. - Rel. Min. José Delgado - DJU de 09.08.2004 - p. 193).

Embora a multa constitua penalidade acessória pela ausência do pagamento de tributo, tanto pela sonegação como pela mora, isso não significa que não se sujeite ao controle do Poder Judiciário.

Ao longo dos anos, o STF vem firmando o entendimento de que se aplica a proibição do confisco também para as multas tributárias, pronunciando-se no sentido de que, “Se a multa for considerada confiscatória, pode ser reduzida pelo Poder Judiciário”. Nesse sentido também decidiu o STF no julgamento da ARE 637717 AgR/GO - Ag. Reg. no Recurso Extraordinário com Agravo. Relator: Min. Luiz Fux. Julgamento: 13.03.2012. Órgão julgador: Primeira Turma, que “O princípio da vedação do confisco, previsto no art. 150, IV, da Constituição Federal, também se aplica às multas. Precedentes: RE n. 523.471-AgR, Segunda Turma, Relator o Ministro Joaquim Barbosa, DJe de 23.04.2010 e AI nº 482.281-AgR, Primeira Turma, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, DJe de 21.08.2009”.

O STF pronunciou, em julgamento com repercussão geral, que a multa moratória de 20% não é abusiva. Também pronunciou que as multas fixadas em 100% ou mais do valor do tributo devido são confiscatórias.

Ao decidir o RE 582461 RG/SP - Repercussão geral no recurso extraordinário, relatado pelo Min. Cezar Peluso, julgamento: 22.10.2009, publicação DJe-022, divulg. em 04.02.2010, public. em 05.02.2010, Ement v. 02388-06 - p. 01160, o STF firmou o entendimento de que a multa de 20% a 75% do valor do tributo não se mostrava confiscatória.

Vejamos:

Tributo. Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços - ICMS. Inclusão do montante do imposto em sua própria base de cálculo. Princípio da vedação ao *bis in idem*. Taxa Selic. Aplicação para fins tributários. Multa. Fixação em 20% do valor do tributo. Alegação de caráter confiscatório. Repercussão geral reconhecida. Possui repercussão geral a questão relativa à inclusão do valor do ICMS em sua própria base de cálculo, ao emprego da taxa Selic para fins tributários e à avaliação da natureza confiscatória de multa moratória.

No mesmo sentido:

Direito tributário e processual civil. Princípio do não confisco. Proporcionalidade da multa. Impossibilidade de reapreciação de fatos e provas. Súmula 279/STF. Acórdão recorrido publicado em 19.12.2006. O Tribunal a quo, na hipótese em tela, lastreou-se no contexto probatório para firmar seu convencimento acerca da legalidade da multa de 75% imposta à recorrente, assinalando tratar-se de multa punitiva e não confiscatória, que atendeu finalidade educativa e de repressão a condutas infratoras. Portanto, aferir a ocorrência de eventual violação ao preceito constitucional invocado no apelo extremo, decorrente de efeito confiscatório da multa, somente seria possível mediante exame do conjunto fático-probatório, o que é vedado em sede extraordinária e enseja a aplicação do enunciado da Súmula 279 da Corte. Agravo regimental conhecido e não provido (STF - RE 547559 AgR/SC - Ag. Reg. no Recurso Extraordinário - Relatora: Min.ª Rosa Weber - julgamento: 26.11.2013 - Órgão Julgador: Primeira Turma - Publicação - acórdão eletrônico DJe - 243 - divulg. em 10.12.2013 - public. em 11.12.2013).

Por seu turno, ao decidir o RE 748257 AgR/SE - Ag. Reg. no Recurso Extraordinário - Relator: Min. Ricardo Lewandowski - Julgamento: 06.08.2013 - Órgão Julgador: Segunda Turma - Publicação processo eletrônico DJe 162 - divulg. em 19.08.2013 - public. em 20.08.2013, o mesmo STF firmou o entendimento de que a multa de 100% se mostra confiscatória.

Vejamos:

Agravo regimental em recurso extraordinário. Tributário. Multa fiscal. Percentual superior a 100%. Caráter confiscatório. Alegada ofensa ao art. 97 da Constituição. Inexistência. Agravo improvido. I - Esta Corte firmou entendimento no sentido de que são confiscatórias as multas fixadas em 100% ou mais do valor do tributo devido. II - A obediência à cláusula de reserva de plenário não se faz necessária quando houver jurisprudência consolidada do STF sobre a questão constitucional discutida. III - Agravo regimental improvido.

No mesmo sentido:

Agravo regimental em agravo de instrumento. Lançamento por homologação. Necessidade de notificação. Caráter confiscatório da multa fiscal. - Em se tratando de débito declarado pelo próprio contribuinte, não se faz necessária sua homologação formal, motivo por que o crédito tributário se torna imediatamente exigível, independentemente de qualquer procedimento administrativo ou de notificação do sujeito. O valor da obrigação principal deve funcionar como limitador da norma sancionatória, de modo que a abusividade se revela nas multas arbitradas acima do montante de 100%. Agravo regimental a que se nega provimento (STF - AI 838302 AgR/MG - Ag. Reg. no Agravo de Instrumento - Relator: Min. Roberto Barroso - julgamento: 25.02.2014 - Órgão julgador: Primeira Turma - acórdão eletrônico DJe 063 - divulg. em 28.03.2014 - public. em 31.03.2014).

Portanto, o STF entende que se aplica a regra da não confiscatoriedade sobre as multas de 100% ou mais, havendo decisão reputando regular a multa de até 75%.

Humberto Ávila, citado por Paulsen, acentua quanto à razoabilidade, proporcionalidade e excessividade da multa:

Aquilo que os tributaristas chamam de confisco é a invasão do núcleo essencial pela instituição de um tributo excessivo que viola o direito de propriedade. A multa, porém, mesmo não sendo tributo, restringe o mesmo direito fundamental, que é a o da propriedade e da liberdade. Por isso, pouco importa que o art. 150, IV, faça referência a tributos. Pelo próprio direito fundamental, chega-se à proibição de excesso, que, no caso de instituição de tributos, se chama proibição de confisco. Nesse caso, a multa de mora, de tão elevada, pode facilmente restringir de modo excessivo a liberdade de exercício de atividade econômica e a propriedade, na medida em que, pela mera impontualidade, obriga o contribuinte a pagar mais 60% do valor do tributo, cerceando a organização e a direção da empresa pela captura de capital de giro que lhe são essenciais (ÁVILA, Humberto. Multa de mora: exames da razoabilidade, proporcionalidade e excessividade. Artigo recebido em mãos).

Ives Gandra Martins acentua:

Não é fácil definir o que seja confisco, entendendo eu que sempre que a tributação agregada retire a capacidade de o contribuinte se sustentar e se desenvolver (ganhos para suas necessidades essenciais e ganhos superiores ao atendimento dessas necessidades para reinvestimento ou desenvolvimento) estar-se-á perante o confisco (*O sistema tributário na Constituição*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 281).

As legislações mais recentes têm reduzido o valor da multa moratória. A tendência que se percebe é que as multas sejam reduzidas ao patamar de 20% sobre o tributo devido, considerando-se confiscatório o percentual acima desse valor.

Outrossim, há necessidade de distinguir as multas de natureza meramente moratórias daquelas decorrentes da omissão do contribuinte ou as hipóteses que caracterizam evasão fiscal, entendendo-se que estas podem ser fixadas em patamar um pouco superior, porque têm natureza de penalidade pela sonegação fiscal.

Paulsen acentua:

Proporcionalidade conforme o grau da infração. Multa de ofício e multas moratórias. - As multas devidas pelo simples fato da mora, mas relativas a tributos declarados pelo contribuinte, devem, necessariamente ter percentuais inferiores do que aquelas aplicadas quando o Fisco apura, de ofício, débito que o contribuinte não havia declarado nem reconhecido, pois, nesse caso, além de não ter pago, sequer deu o conhecimento do Fisco à ocorrência do fato gerador, o que merece maior censura. Assim, é adequado que haja percentuais diferenciados para as multas simplesmente moratórias e para as multas de ofício. Enquanto o percentual de 20% é limítrofe para a validade da multa moratória, a multa de ofício poderá, validamente, ter percentuais superiores, desde que guarde relação o nível da infração. Dentre as próprias multas de ofício, há também graduações, com percentuais agravados para a situação em que não apenas o contribuinte deixou de pagar e de informar como fraudou sua contabilidade, falsificando documentos para iludir o Fisco. Quando a graduação se faz em função da gravidade do ilícito e da censura necessária para a sua prevenção e repressão, é adequada. Não pode, isto sim, variar tão somente em função do tempo decorrido ou da prática de atos administrativos como a inscrição em dívida ativa. Nesses casos, a progressão será inválida, conforme se vê em item adiante (PAULSEN, Leandro. *Direito tributário*. Constituição e Código Tributário. 14. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 207).

Considerando-se a tendência doutrinária e jurisprudencial, parece razoável o entendimento de que a multa moratória não possa ultrapassar o patamar de 20% sobre o valor do débito corrigido.

Tratando-se de penalidade pela omissão ou fraude do contribuinte, parece razoável a fixação da multa num patamar de até 75% sobre o tributo devido.

No caso destes autos, foi aplicada multa de revalidação de 50%, dobrada, sobre o valor do débito tributário, perfazendo 100% de seu valor, nos termos do art. 56, § 2º, III, da Lei estadual nº 6.763/75:

Art. 56 - Nos casos previstos no inciso III do artigo 53, serão os seguintes os valores das multas:

[...]

§ 2º - As multas serão cobradas em dobro, quando da ação fiscal, aplicando-se as reduções previstas no § 9º do art. 53, na hipótese de crédito tributário:

[...]

III - por falta de pagamento do imposto, quando verificada a ocorrência de qualquer situação referida nos incisos II ou XVI do caput do art. 55, em se tratando de mercadoria ou prestação sujeita a substituição tributária.

Aplicou-se cumulativamente multa isolada, em razão do descumprimento da obrigação acessória, no valor correspondente a 250% do valor do débito, nos termos do art. 55, II, § 2º, da Lei estadual nº 6.763/75:

Art. 55 - As multas para as quais se adotarão os critérios a que se referem os incisos II a IV do art. 53 desta Lei são as seguintes:

[...]

II - por dar saída a mercadoria, entregá-la, transportá-la, recebê-la, tê-la em estoque ou depósito desacompanhada de documento fiscal, salvo na hipótese do art. 40 desta Lei - 40% (quarenta por cento) do valor da operação, reduzindo-se a 20% (vinte por cento) nos seguintes casos:

(Caput com redação dada pelo art. 28 da Lei nº 14.699, de 06.08.2003.)

a) quando as infrações a que se refere este inciso forem apuradas pelo Fisco, com base exclusivamente em documentos e nos lançamentos efetuados na escrita comercial ou fiscal do contribuinte;

(Alínea com redação dada pelo art. 28 da Lei nº 14.699, de 06.08.2003.)

b - quando se tratar de falta de emissão de nota fiscal de entrada, desde que a saída do estabelecimento remente esteja acobertada por nota fiscal correspondente à mercadoria;

§ 2º - Nas hipóteses dos incisos II, IV, XVI e XXIX do caput, observado, no que couber, o disposto no § 3º deste artigo, a multa fica limitada a duas vezes e meia o valor do imposto incidente na operação ou prestação, não podendo ser inferior a 15% (quinze por cento) do valor da operação ou da prestação, inclusive quando amparada por isenção ou não incidência.

A incidência das multas de revalidação e isolada, de forma cumulativa, encontra previsão no art. 53, III, § 1º, da Lei estadual nº 6.763/75:

Art. 53 - As multas serão calculadas tomando-se como base:

[...]

III - o valor do imposto não recolhido tempestivamente no todo ou em parte.

[...]

§ 1º - As multas serão cumulativas, quando resultarem concomitantemente do não cumprimento de obrigação tributária acessória e principal.

A aplicação cumulativa das multas se justifica na medida em que a multa de revalidação tem como objetivo compelir o contribuinte ao cumprimento da obrigação principal, enquanto a multa isolada recai sobre o descumprimento da obrigação acessória.

No caso destes autos, não se trata de simples situação de mora para justificar a redução no valor das

multas para o paradigma de 50% do valor do imposto devido, conforme requerido pela apelante em sua inicial.

Por outro lado, a utilização do percentual de 100% para a multa de revalidação dobrada e de 250% para a multa isolada apresentam caráter confiscatório, a teor da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Partindo-se da premissa de que a aplicação de multas em percentual igual ou superior a 100% do valor do débito tributário configura confisco (STF - AI 838302 AgR/MG - Ag. Reg. no Agravo de Instrumento - Relator: Min. Roberto Barroso - Órgão Julgador: Primeira Turma - DJe de 31.03.2014), mostra-se razoável a redução da multa isolada e de revalidação para, individualmente, 75% do débito tributário, o que implica uma limitação cumulativa de 150%.

Embora a fixação da multa encontre previsão legal, os citados precedentes do Supremo Tribunal Federal autorizam o magistrado a proceder à sua redução em atendimento ao princípio da vedação ao confisco, sabendo-se, ainda, que não importa violação à cláusula de reserva de plenário a análise da matéria constitucional já consolidada no âmbito do Supremo Tribunal Federal:

Agravo regimental em recurso extraordinário. Tributário. Multa fiscal. Percentual superior a 100%. Caráter confiscatório. Alegada ofensa ao art. 97 da Constituição. Inexistência. Agravo improvido. I - Esta Corte firmou entendimento no sentido de que são confiscatórias as multas fixadas em 100% ou mais do valor do tributo devido. II - A obediência à cláusula de reserva de plenário não se faz necessária quando houver jurisprudência consolidada do STF sobre a questão constitucional discutida. III - Agravo regimental improvido (RE 748257 AgR/SE, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, 20.08.2013).

Considerando a declarada inconstitucionalidade da lei que arbitra multa de 100% ou mais sobre o débito tributário pelo STF, por violação ao princípio da vedação ao confisco (art. 150, IV, da CR/88), verifico que neste caso o recurso deve ser parcialmente provido.

Com tais considerações, dou parcial provimento ao recurso, somente para reduzir a multa de revalidação e a multa isolada para, individualmente, 75% do valor do débito tributário, perfazendo um total de 150% do valor do débito tributário.

Diante da sucumbência recíproca, cada parte arcará com 50% das custas processuais e recursais, observada a isenção de custas em relação à Fazenda Pública, assim como os honorários advocatícios de seus próprios procuradores.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES DÁRCIO LOPARDI MENDES e HELOÍSA COMBAT.

Súmula - DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Antecipação de tutela - Obrigação de fazer - Fosfoetanolamina sintética ("pílula do câncer") - Produção e fornecimento - Inexistência de verossimilhança da alegação - Ausência de prescrição médica - Ausência de autorização da Anvisa

Ementa: Processo civil. Agravo de instrumento. Ação de obrigação de fazer. Produção e fornecimento da fosfoetanolamina sintética pela USP. Suposta eficácia no tratamento do câncer. Antecipação dos efeitos da tutela. Verossimilhança da alegação. Não demonstração. Ausência de prescrição médica e da autorização da Anvisa. Recente posicionamento do STF.

- No caso dos autos, sem adentrar no mérito da suposta obrigação da USP e do Estado de São Paulo de produzir e fornecer definitivamente ao autor a substância chamada fosfoetanolamina sintética, e numa análise perfunctória da questão, própria do juízo de cognição superficial das medidas cautelares e antecipatórias, verifico que não há, nos autos, motivos suficientes para o deferimento da liminar pleiteada, pois não se verifica a verossimilhança da alegação fundada em prova inequívoca, tendo em vista que a pretensão do autor, ora agravante, não está alicerçada em prescrição médica, conforme ele mesmo afirmou nas razões recursais, e porque a substância por ele requerida ainda não tem fabricação e uso autorizados pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa).

- Mesmo que se concedesse a medida antecipatória requerida pelo autor, ora agravante, ela não teria eficácia imediata, pois esbarraria na medida acautelatória proferida na ADI 5501, que suspendeu a eficácia da Lei nº 13.269/16, que autorizava o uso da substância fosfoetanolamina sintética por pacientes diagnosticados com neoplasia maligna. Porém em outra decisão anterior do STF, publicada no dia 07.04.2016, proferida no procedimento de Suspensão de Tutela Antecipada 828, São Paulo, na qual o Presidente do STF, Ministro Ricardo Lewandowski, determinou que a Universidade de São Paulo (USP) deverá fornecer a fosfoetanolamina somente "enquanto remanescer o estoque" do composto e suspendeu todas as decisões judiciais proferidas em âmbito nacional que tenham determinado à USP o fornecimento da referida substância.

AGRAVO DE INSTRUMENTO CÍVEL Nº 1.0334.15.002146-0/001 - Comarca de Itapajipe - Agravante: José Queiroz da Costa - Agravados: Universidade de São Paulo/USP e Estado de São Paulo - Relator: DES. OTÁVIO DE ABREU PORTES

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 16ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em NEGAR PROVIMENTO AO AGRAVO DE INSTRUMENTO.

Belo Horizonte, 8 de junho de 2016. - Otávio de Abreu Portes - Presidente e Relator.

Notas taquigráficas

DES. OTÁVIO DE ABREU PORTES - Trata-se de agravo de instrumento interposto por José Queiroz da Costa em face da decisão de f. 62/64, que, nos autos da ação de obrigação de fazer com pedido de tutela antecipada para fornecimento da substância chamada fosfoetanolamina sintética, ajuizada em desfavor da USP - Universidade de São Paulo e do Estado de São Paulo, indeferiu o pedido de antecipação de tutela.

Alega o agravante, em apertada síntese, que é portador de câncer mieloma múltiplo (CID 90) e está fazendo quimioterapia, mas sem possibilidade de cura; que tomou conhecimento do tratamento e controle dos sintomas do câncer com o uso da substância chamada fosfoetanolamina sintética; que a pesquisa sobre tal substância foi desenvolvida pelo doutor professor Gilberto Orivaldo Chierice, da USP de São Carlos/SP; que tal tratamento pode lhe proporcionar melhoria significativa da sua qualidade de vida; e que não houve prescrição médica no caso, pois a fosfoetanolamina sintética ainda está em fase de pesquisa.

Pede a concessão da tutela antecipada recursal e o provimento do recurso, deferindo-se a medida de urgência ora vindicada, para que os réus produzam e lhe forneçam fosfoetanolamina sintética em quantidade suficiente para o seu tratamento.

A tutela antecipada recursal foi indeferida pela decisão de f. 80/81.

Informações judiciais às f. 95/96 dão conta que a decisão foi mantida.

Contraminuta do Estado de São Paulo, f. 104/114.

Apesar de devidamente intimada, a USP não ofereceu contraminuta, conforme certidão de f. 139.

Do juízo de admissibilidade.

De início, destaco que a admissibilidade recursal será encetada consoante Enunciado Administrativo nº 2/2016/STJ e Enunciado nº 54/TJMG, pertinentes à transição intertemporal entre a vigência do CPC/73 e do CPC/15; vale registrar, utilizando-se como marco temporal a data da publicação do decisório combatido e a base legal vigente à época da interposição do recurso.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do agravo de instrumento.

Do mérito do agravo de instrumento.

Do pedido de tutela antecipada - fornecimento de fosfoetanolamina sintética pela USP e pelo Estado de São Paulo.

Pois bem. Para o deferimento de antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional, a lei exige necessariamente o requisito da verossimilhança da alegação fundada em prova inequívoca, além da presença de um dos pressupostos específicos: possibilidade de dano irreparável ou de difícil reparação, ou abuso de direito de defesa, ou manifesto propósito protelatório do réu. Simultaneamente, reclama da ausência do requisito negativo consistente no perigo de irreversibilidade do provimento antecipado.

No caso dos autos, sem adentrar no mérito da suposta obrigação da USP e do Estado de São Paulo de produzirem e fornecerem definitivamente ao autor a substância chamada fosfoetanolamina sintética e numa análise perfunctória da questão, própria do juízo de cognição superficial das medidas cautelares e antecipatórias, verifico que não há, nos autos, motivos suficientes para o deferimento da liminar pleiteada, pois não se verifica a verossimilhança da alegação fundada em prova inequívoca, tendo em vista que a pretensão do autor, ora agravante, não está alicerçada em prescrição médica, conforme ele mesmo afirmou nas razões recursais, porque a substância por ele requerida ainda não tem fabricação e uso autorizados pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa).

Acrescente-se que a recente sanção da Lei nº 13.269, de 13 de abril de 2016, publicada no *Diário Oficial da União* desta quinta-feira (14.04.2016), não altera o quadro, pois, se tal lei, nos termos do seu art. 1º, “autoriza o uso da substância fosfoetanolamina sintética por pacientes diagnosticados com neoplasia maligna”, a produção e distribuição “somente são permitidas para agentes regularmente autorizados e licenciados pela autoridade sanitária competente”, nos termos do parágrafo único do art. 4º da lei:

Art. 4º Ficam permitidos a produção, manufatura, importação, distribuição, prescrição, dispensação, posse ou uso da fosfoetanolamina sintética, direcionados aos usos de que trata esta Lei, independentemente de registro sanitário, em caráter excepcional, enquanto estiverem em curso estudos clínicos acerca dessa substância.

Parágrafo único. A produção, manufatura, importação, distribuição, prescrição e dispensação da fosfoetanolamina sintética somente são permitidas para agentes regularmente autorizados e licenciados pela autoridade sanitária competente (g.n.).

Assim, a autoridade sanitária competente, Anvisa, deverá emitir o rol dos agentes autorizados a produzir e distribuir a fosfoetanolamina sintética nos termos do art. 4º, parágrafo único, da Lei nº 13.269/16, do que ainda não se tem notícia. E provavelmente a Universidade de São Paulo (USP) não estará no referido rol, pois a universidade pública deve, em regra, prestar serviço público de educação em nível superior e realizar pesquisas de interesse público, não tendo a incumbência de produzir e distribuir medicamentos à população em geral.

De uma forma ou de outra, o Pleno do STF, em sessão realizada no dia 19.05.2016, concedeu liminar na ADI 5501 movida pela Associação Médica Brasileira - AMB para suspender a eficácia da referida lei, concluindo o Relator Ministro Marco Aurélio com os seguintes dizeres:

Sob a óptica do perigo da demora, as balizas estabelecidas neste voto - notadamente a ausência de registro do medicamento - salientam os graves riscos advindos da eficácia da lei impugnada, cuja repercussão imediata no plano fático é a distribuição de substância química à população, sem a prévia submissão a testes conclusivos em seres humanos.

É no mínimo temerária - e potencialmente danosa - a liberação genérica do medicamento sem a realização dos estudos clínicos correspondentes, em razão da ausência, até o momento, de elementos técnicos assertivos da viabilidade da substância para o bem-estar do organismo humano. Salta aos olhos, portanto, a presença dos requisitos para o implemento da medida acauteladora.

Logo, no momento, não há como opinar de forma categórica pela existência do direito alegado na inicial em face da USP ou do Estado de São Paulo.

Assim, caberá ao MM. Juiz a verificação do alegado direito da parte autora/agravante após dilação probatória adequada, através de um juízo exauriente da questão, quando da resolução do mérito da ação por ela ajuizada.

E mesmo que se concedesse a medida antecipatória requerida pelo autor, ora agravante, ela não teria eficácia imediata, pois esbarraria na medida acautelatória proferida na ADI 5501, que suspendeu a eficácia da Lei nº 13.269/16, que autorizava o uso da substância fosfoetanolamina sintética por pacientes diagnosticados com neoplasia maligna, e em outra decisão anterior do STF, publicada no dia 07.04.2016, proferida no procedimento de Suspensão de Tutela Antecipada 828, São Paulo, na qual o Presidente do STF, Ministro Ricardo Lewandowski, determinou que a Universidade de São Paulo (USP) deverá fornecer a fosfoetanolamina somente “enquanto remanescer o estoque” do composto e suspendeu todas as decisões judiciais proferidas em âmbito nacional que tenham determinado à USP o fornecimento da referida substância.

Vejamos o dispositivo da referida decisão:

Isso posto, defiro em parte o pedido para suspender a execução da tutela antecipada concedida no Agravo de Instrumento 2242691-89.2015.8.26.0000, em trâmite perante a 11ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, assim como todas as decisões judiciais proferidas em âmbito nacional no mesmo sentido, indicadas ou não nos autos, que tenham determinado à Universidade de São Paulo o fornecimento da substância ‘fosfoetanolamina sintética’ para tratamento de câncer, até os seus respectivos trânsitos em julgado, mantido, porém, o seu fornecimento, enquanto remanescer o estoque do referido composto, observada a primazia aos pedidos mais antigos.

Concedo, ainda, de ofício, salvo-conduto às autoridades universitárias contra as quais tenha sido expedido mandado de prisão por suposto descumprimento de ordem judicial.

Registre-se, finalmente, que não se quer com a presente decisão diminuir a esperança do autor na melhora da sua condição de vida, mas sim reforçar a crença de todos na ciência, nos seus processos e protocolos, que, ao longo da história, amenizam os males físicos e mentais que afligem o ser humano.

Dispositivo.

Pelo exposto, nego provimento ao agravo de instrumento, para manter a r. decisão agravada pelos seus próprios e jurídicos fundamentos e pelos que ora se acrescentam.

Custas recursais, pelo agravante, observada a gratuidade da justiça.

É como voto.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES JOSÉ MARCOS RODRIGUES VIEIRA e APARECIDA GROSSI.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO AGRAVO DE INSTRUMENTO.

...

Mandado de segurança - Ato administrativo - Redução de vencimento de servidores públicos - Exercício do poder de autotutela - Prejuízo ao administrado - Ausência de prévio processo administrativo - Princípios do contraditório e da ampla defesa - Concessão da segurança - Nulidade do ato

Ementa: Reexame e recurso voluntário. Ato administrativo. Redução do vencimento de servidores. Ausência de prévio processo administrativo. Concessão da segurança. Necessidade. Manutenção da sentença.

- Embora a Administração Pública possa rever a legalidade de seus atos, anulando-os ou revogando-os por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos e ressalvada a apreciação judicial, exercitando o poder de autotutela, nos casos em que os atos administrativos a serem anulados tenham causado ou possam causar efetivos prejuízos ao administrado, sua revisão deve ser precedida de prévio procedimento administrativo, assegurado o exercício da ampla defesa e do contraditório, uma vez que seu exercício não pode ser ilimitado.

APELAÇÃO CÍVEL/REEXAME NECESSÁRIO Nº 1.0429.13.002244-6/001 - Comarca de Monte Azul - Remetente: Juiz de Direito da Comarca de Monte Azul - Apelante: Prefeito Municipal de Monte Azul - Apelados: Ênio Figueiredo de Almeida, Adilson Jorge e outros - 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, em NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 28 de abril de 2016. - *Elias Camilo Sobrinho* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. ELIAS CAMILO SOBRINHO - Trata-se de reexame necessário e recurso voluntário contra a sentença de f. 100-102, que, nos autos do mandado de segurança impetrado pelos ora apelados, concedeu a segurança, confirmando a decisão de f. 54-56, para declarar nulo o ato administrativo que não observou o devido processo administrativo legal, consistente na redução dos vencimentos dos impetrantes sem observância de contraditório, bem como para determinar o pagamento das diferenças salariais a contar do mês de setembro de 2013, no prazo de 30 (trinta) dias após o trânsito em julgado da sentença, sujeitando-a ao reexame necessário, por força do art. 14, § 1º, da Lei 12.016/09.

Nas razões recursais de f. 105-111, sustenta o Município que vem passando por sérias dificuldades em arcar com a folha de pagamentos dos servidores públicos municipais. Afirma que instituiu uma comissão de fiscalização e ajuste da folha de pagamento, através da Portaria nº 155/2013, que, após estudos e debates, readequou a folha de pagamentos municipal, corrigindo as irregularidades existentes. Aduz que as gratificações analisadas no presente caso eram calculadas umas sobre as outras, caracterizando o vedado “efeito cascata”. Assegura que inexistente ato abusivo ou ilegal, mas mero cumprimento do disposto no art. 37, XIV, da Constituição Federal, que dispõe que os acréscimos remuneratórios poderão incidir apenas sobre o vencimento básico do servidor. Ao final, requer o provimento do recurso, com a consequente denegação da segurança.

Recebido o recurso no duplo efeito, os apelados ofertaram as contrarrazões de f. 113-122, em infirmiação óbvia.

A Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se através do parecer de f. 128-130, opinando pela confirmação da sentença.

É o relatório.

Inicialmente, registre-se que o Mandado de Segurança é uma ação especialíssima, de natureza constitucional (art. 5º, LXIX), em que se busca proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso do poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público. Exige-se, então, para seu manejo, a prova, de plano, da pretensão deduzida em juízo, ou seja, dentre os seus pressupostos específicos e essenciais faz-se

necessária a prova pré-constituída e irrefutável da liquidez e certeza do direito a ser tutelado.

Nessa linha, direito líquido e certo é o que resulta de fato certo, capaz de ser comprovado de plano, por documento inequívoco. Na lição clássica de Hely Lopes Meirelles:

[...] é o que se apresenta manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercitado no momento da impetração. Por outras palavras, o direito invocado, para ser amparável por Mandado de Segurança, há de vir expresso em norma legal e trazer em si todos os requisitos e condições de sua aplicação ao impetrante: se sua existência for duvidosa; se sua extensão ainda não estiver delimitada; se seu exercício depender de situações e fatos ainda indeterminados, não rende ensejo à segurança, embora possa ser defendido por outros meios judiciais (*Mandado de Segurança. Ação Popular. Ação Civil Pública. Mandado de Injunção. Habeas Data. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Ação Declaratória de Constitucionalidade. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. O Controle Incidental de Normas no Direito Brasileiro. A Representação Interventiva. A Reclamação Constitucional no STF*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 36-37).

Feitas essas considerações, com a devida vênia, tenho que não há como acolher a pretensão recursal.

Isso porque, analisando o caso concreto, verifica-se que os impetrantes são servidores efetivos do Município de Monte Azul, sendo que, Adilson Jorge, ocupante do cargo de Assistente Administrativo desde 04.01.1993, e Enio Figueiredo de Almeida, ocupante do cargo de agrimensor, desde 06.05.2003. Segundo alegam, em junho de 2013, seus respectivos vencimentos foram subitamente reduzidos de modo arbitrário e ilegal, sem a prévia realização de procedimento administrativo, em inobservância aos princípios do devido processo legal, do contraditório, e da ampla defesa.

É incontroverso que a Administração Pública tem o direito e o dever de rever seus próprios atos quando eivados de vícios que os tornem ilegais, em decorrência do poder de autotutela.

Contudo, embora a Administração Pública seja detentora da prerrogativa de rever a legalidade de seus atos, anulando-os, ou revogando-os por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos e ressalvada a apreciação judicial, exercitando a supracitada autotutela, nos casos em que os atos administrativos a serem anulados tenham causado efeitos concretos e possam ensejar prejuízos ao administrado, sua revisão deve ser precedida de prévia instauração de procedimento administrativo, assegurado o exercício da ampla defesa e do contraditório, uma vez que seu exercício não pode ser ilimitado, sem resguardar as relações estabelecidas de boa-fé.

Sobre o assunto, esclarecedora é lição de José dos Santos Carvalho Filho:

Modernamente, no entanto, tem prosperado o pensamento de que, em certas circunstâncias, não pode ser exercida a

autotutela de ofício em toda sua plenitude. A orientação que se vai expandindo encontra inspiração nos modernos instrumentos democráticos e na necessidade de afastamento de algumas condutas autoritárias e ilegais de que se valeram, durante determinado período, os órgãos administrativos.

[...] Adota-se tal orientação, por exemplo, em alguns casos de anulação de atos administrativos, quando estiverem em jogo interesses de pessoas, contrários ao desfazimento do ato. Para permitir melhor avaliação da conduta administrativa a ser adotada, tem-se exigido que se confira aos interessados o direito ao contraditório, outorgando-se-lhes o poder de oferecerem as alegações necessárias a fundamentar se interesse e sua pretensão, no caso o interesse à manutenção do ato. Na verdade, como acentua Adilson Dallari, 'não se aniquila essa prerrogativa; apenas se condiciona a validade da desconstituição de ato anteriormente praticado à justificação cabal da legitimidade dessa mudança de entendimento, arcando a Administração Pública com o ônus da prova'.

[...] Essa irreversível tendência denota o propósito de impedir decisões imediatas e abusivas da Administração, sem que o interessados sequer tenha oportunidade de defender-se e rechaçar as razões administrativas. Por este motivo, já se propôs, no próprio STF, a complementação da Súmula 473, de modo a mencionar, *in fine*, a ressalva 'garantidos em todos os casos, o devido processo legal administrativo e a apreciação judicial' (*Manual de Direito Administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 159).

A matéria já foi sumulada pelo Supremo Tribunal Federal, a saber: "Súmula nº 346 - A administração pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos".

É o que também orienta o Excelso STF:

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.

Os direitos ao contraditório e à ampla defesa incluem garantir, ao servidor público, o conhecimento prévio, assegurando-lhe a oportunidade de se manifestar no procedimento, constituir advogado e apresentar defesa, em especial quando demonstrado que o ato administrativo implicou descontos nos seus vencimentos, mesmo que sob a alegação de adequação ao art. 37, XIV, CRFB/88.

Assim, entendo correta a sentença que anulou o ato administrativo reconhecidamente ilegal, por não terem sido respeitadas as mencionadas garantias constitucionais, devendo ser reconhecido o direito dos postulantes às diferenças salariais a partir de setembro de 2013, ou seja, a partir da impetração do mandado de segurança (f. 02-v), tal como consignado pelo MM. Juiz *a quo*.

No mesmo sentido já se manifestou este egrégio Tribunal de Justiça quando do julgamento de outras ações idênticas da mesma comarca de Monte Azul. Vejamos:

Direito administrativo. Redução nos vencimentos de servidor público. Necessidade de que sejam observados os princípios e garantias constitucionais. - Embora se reconheça à Administração o poder de anular os atos viciados por ela perpetrados, a prática de medida que importe em redução nos

vencimentos de servidor público deve ser precedida de procedimento que lhe assegure a ampla defesa e o contraditório (Apelação Cível nº 1.0429.13.002225-5/001 - Rel. Des. Audebert Delage, p. em 21.08.2015).

Mandado de segurança. Reexame necessário. Apelação. Ato administrativo que implica a redução dos vencimentos de servidor. Município de Monte Azul. Poder de autotutela. Ausência de prévio processo administrativo. Violação do devido processo legal. Segurança concedida. Sentença confirmada. Recurso prejudicado. O poder de autotutela da Administração decorre da regular observância dos princípios constitucionais e não é absoluto, tampouco ilimitado. No caso em que o ato praticado afeta, diretamente, suposto direito remuneratório do servidor, o poder de autotutela deverá ser precedido do devido processo legal, garantindo-se o exercício do contraditório e da ampla defesa (Ap. Cível/Reexame Necessário nº 1.0429.14.000824-5/001, Rel. Des. Armando Freire, 1ª Câmara Cível, j. em 15.12.2015, publicação em 22.01.2016).

Com tais considerações, confirmo a sentença, em reexame necessário, prejudicado o recurso voluntário.

É como voto.

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

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Ação de manutenção de posse - Área rural comum - Frações ideais - Delimitação fática - Composse *pro diviso* - Acesso - Construção de apartamento - Recursos próprios - Uso exclusivo - Demais compossuidores - Exercício da posse - Exclusão

Ementa: Embargos infringentes. Ação de manutenção de posse. Acesso. Composse *pro diviso*. Construção realizada com recursos próprios. Utilização exclusiva. Possibilidade. Embargos não acolhidos. 1) Consoante precedentes doutrinários e jurisprudenciais, havendo convenção entre os compossuidores para delimitar as frações ideais do imóvel no plano fático (composse *pro diviso*), é legítimo o exercício exclusivo da posse sobre a área previamente delimitada. 2) Havendo comprovação nos autos de que a acessão (construção) foi edificada em porção física específica do imóvel *pro diviso* exclusivamente com recursos e destinada ao uso dos compossuidores (embargados), excluído estará o direito de exercício de posse dos demais compossuidores (embargantes) em relação ao apartamento edificado. (Des. Marcos Lincoln)

V.v.: - Ação de manutenção de posse. Inteligência do art. 1.199 do Código Civil. Sentença Mantida. - Nos termos do art. 1.199 do Código Civil, os compossuidores

de coisa indivisa poderão exercer sobre a coisa comum, cada um, atos possessórios, contanto que não excluam os dos outros compossuidores. (Des. Alberto Diniz Júnior)

EMBARGOS INFRINGENTES Nº 1.0319.13.002961-8/004 - Comarca de Itabirito - Embargantes: Marines Accioly Domingues, Gerson José Rosa e outra, Genivaldo Rodrigues Rosa, Maria Angélica Bicalho Rosa, Gilson Rodrigues Rosa - Embargados: Oliveira Santiago Maciel, Gessy Rodrigues Rosa e outro - Relator: DES. MARCOS LINCOLN

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 11ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em REJEITAR OS EMBARGOS INFRINGENTES.

Belo Horizonte, 27 de abril de 2016. - Marcos Lincoln - Relator.

Notas taquigráficas

DES. MARCOS LINCOLN - Trata-se de embargos infringentes opostos por Gerson José Rosa e outros contra o v. acórdão de f. 852/859-v., proferido por esta 11ª Câmara Cível, pelo qual a Turma Julgadora, por maioria, deu provimento à apelação para

reformular a decisão de primeiro grau, julgando procedente o pedido dos autores a fim de reintegrá-los na posse exclusiva sobre a edificação constituída por duas suítes, uma sala, duas varandas e um lavabo realizada na área rural em comum entre as partes denominada 'Mina D' água', localizado no Distrito de São Gonçalo do Bação, Itabirito/MG, com área total de 33,97 hectares, registrada sob a Matrícula 6.236, no cartório de Registros de Imóveis de Itabirito, sem qualquer ressalva do direito de retenção pela benfeitoria por não existir composse desta parcela da edificação independente (sic).

Segundo os votos proferidos pelas Desembargadoras Mariza de Melo Porto (Relatora) e Shirley Fenzi Bertão (Vogal),

o simples fato de existir composse e simultaneidade de atos de domínio sobre a totalidade do imóvel rural não induz também a existência de composse de imóvel edificado por apenas um dos compossuidores da área total em comum, podendo este ser o único possuidor da referida edificação conforme o caso em apreço (sic).

Pretendem os embargantes erguer o voto minoritário da lavra do eminente Desembargador Alberto Diniz Júnior (Revisor), que sugeriu a manutenção da sentença, sob o fundamento de que, "sendo os litigantes compossuidores do imóvel descrito na inicial, não podem os apelantes excluir o exercício da posse pelos apelados sobre o "puxadinho" (sic).

Contrarrazões às f. 879/923.

É o breve relatório, passo a decidir.

Cinge-se a controvérsia recursal a verificar se os compossuidores que edificaram construção (acessão) com esforço próprio no imóvel comum podem exercer posse com exclusividade sobre a referida construção.

Pois bem.

Analisando os autos, constata-se que tanto os embargantes (Gerson José Rosa, Maria Angélica Bicalho Rosa, Genivaldo Rodrigues Rosa, Gilson Rodrigues Rosa e Marines Accioly Domingues) quanto os embargados (Gessy Rodrigues Rosa e seu marido Oliveira Santiago Maciel) são compossuidores de um imóvel rural denominado "Mina D'água", localizado no distrito de São Gonçalo do Bação, Itabirito /MG, com área total de 33,97 hectares, registrado sob a Matrícula 6.236, no cartório de Registros de Imóveis de Itabirito.

Com efeito, pelo que se extrai dos autos, os embargados Gessy Rodrigues Rosa e seu marido Oliveira Santiago Maciel construíram em anexo e totalmente independente um apartamento "dotado de porta de acesso própria, cozinha conjugada à sala de estar, duas suítes, varandas e lavabo, bem assim está mobiliado e equipado com todos os móveis e eletrodomésticos que normalmente guarnecem as residências brasileiras" (sic).

A propósito, os documentos de f. 53/111 dos autos da ação em apenso demonstram que a edificação foi realizada com recursos financeiros apenas dos embargados Gessy Rodrigues Rosa e seu marido Oliveira Santiago Maciel.

Além disso, os embargados comprovaram que detinham a posse exclusiva e independente sobre a área em que foi edificada a construção do apartamento, como, aliás, foi certificado pelo Oficial de Justiça Avaliador à f. 680, *in verbis*:

Certifico eu, Jair Marques de Almeida, Oficial de Justiça Avaliador II, que compareci no endereço que consta no mandado, às 15h do dia 1º de setembro de 2014. Ao chegar, verifiquei que a porta de entrada da edificação nova encontrava-se aberta. Entrei e não verifiquei comunicação interna entre as edificações (nova e velha). Verifiquei, ainda, que existem entradas independentes para cada edificação, entretanto é necessária a passagem pela varanda comum para acesso à entrada para a edificação nova. [...] (sic).

Como se vê, a construção (acessão) realizada pelos embargados com recursos financeiros próprios não afeta a área comum e tampouco possui dependência com a antiga casa existente no terreno.

Sendo assim, não há como considerar a obra realizada como mera benfeitoria, pois não fora destinada somente à conservação, melhoramento ou embelezamento do imóvel existente.

Dessa forma, deve ser observada a regra prevista no art. 1.253 do Código Civil, que enuncia: "Art. 1.253. Toda construção ou plantação existente em um terreno presume-se feita pelo proprietário e à sua custa, até que se prove o contrário".

Em comentário ao referido artigo, Francisco Eduardo Loreiro ensina:

[...] A subseção em estudo trata da acessão de móvel a imóvel, abrangendo acréscimos naturais ou decorrentes de obra humana. Alude o preceito a construção ou plantação, que são acessões, não se confundindo com as benfeitorias. Benfeitorias são obras ou despesas feitas na coisa, com o propósito de conservá-la, embelezá-la ou melhorá-la. São os acréscimos sobrevivendo ao bem em virtude de esforço humano. Já as acessões, ora estudadas, são obras novas, criam coisas distintas que aderem ao bem anteriormente existente.

A regra maior que rege a matéria é a propriedade do solo compreender a da superfície e as das coisas que a ela acedem - superfícies *solo cedit*. Cria o preceito em estudo duas presunções: as construções e plantações terem sido feitas pelo dono do solo, e construídas e plantadas às custas do dono do solo. As presunções são relativas - *juris tantum* - e seguem a regra de senso comum, de normalmente o proprietário construir e plantar no que é seu e às próprias expensas. Basta, assim, ao dono do solo, fazer prova da propriedade, para presumir a origem das acessões. Cabe ao adversário destruir a presunção, por qualquer meio de prova, documental ou testemunhal.

Na lição de Clóvis, 'para que alguém possa alegar direito sobre o que se encontre edificado ou plantado em terreno alheio, há de exigir título hábil' (BEVILAQUA, Clóvis. *Direito das coisas*. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1951, v. I, p. 148). A demonstração da existência de uma razão jurídica, de um título que justifique a posse sobre a coisa alheia, constitui valioso meio de prova da origem das acessões. Mesmo sem título, pode o possuidor usar de qualquer outro meio para demonstrar que edificou ou plantou em terreno alheio. Note-se que não basta demonstrar quem fez a acessão, mas também quem arcou com seu custo, para pleitear eventual indenização em face do dono do solo.

[...]

Arrendamento rural. Benfeitoria. Plantação e construção. Não reconhecimento. Plantações e construções, sendo coisas novas que se agregam às já existentes, são consideradas acessões e não benfeitorias, pois estas constituem obras ou despesas efetuadas na coisa para conservá-la, melhorá-la ou embelezá-la (JTA, RT 83/304) (PELUSO, Ministro Cezar (Coord.). *Código Civil comentado, doutrina e jurisprudência*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Manole, 2014, p. 1.269/1.273).

Portanto, a posse exclusiva dos embargados sobre a acessão não configura turbação ou esbulho.

Lado outro, sobre a composses o art. 1.314 do Código Civil assim dispõe:

Art. 1.314. Cada condômino pode usar da coisa conforme sua destinação, sobre ela exercer todos os direitos compatíveis com a indivisão, reivindicá-la de terceiro, defender a sua posse a alhear a respectiva parte ideal, ou gravá-la.

A respeito da matéria, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald ensinam:

A composses é uma situação que apenas verifica-se na comunhão *pro indiviso*. Ou seja, nas situações em que várias pessoas exercem simultaneamente ingerência fática sobre um bem, sem que as partes sejam localizadas, contando cada possuidor com uma fração ideal sobre a posse, que lhes concede a fruição indistinta de todas as suas partes, sem que

de nenhuma delas possam ser excluídos pelos outros compossuidores ou terceiros.

Ilustrativamente, é a situação de um vasto grupo de pessoas que ocupa um imóvel abandonado. Todos são compossuidores da área total, sem discriminação de partes reservadas. Todavia, se os possuidores pactuaram no sentido de reservar áreas específicas e perfeitamente delimitadas para a atuação fática individual e pacífica sobre a sua fração concreta, desaparecerá o estado de composses e surgirão várias posses *pro diviso*. Não obstante se mantenha a propriedade em estado de indivisão (compropriedade), desaparecerá a composses pelo fato de cada possuidor ingressar com uma nova condição jurídica, na qual poderá excluir os outros possuidores de qualquer forma de atuação sobre a parte que destacou para si (*Curso de direito civil*. 8. ed. Salvador: Jus Podvim, 2012, p. 124).

No mesmo sentido é a lição de Fabrício Zamprogna, *in verbis*:

Ao compossuidor é dado exigir dos demais total abstenção de atos que importem em potencial ou efetivo prejuízo ao exercício da posse sobre a coisa comum, sendo viável, para tanto, a aplicação dos interditos possessórios. O lançamento desses mecanismos de defesa é admissível na hipótese de algum dos consortes perturbar o exercício da composses pelos outros, mas não pode ser descartado como instrumento hábil a fazer cessar o excesso de poderes de um dos titulares sobre a posse comum, eis que em ambas as hipóteses tem-se a infringência do dever de respeito aos atributos possessórios das pessoas que compartilham o mesmo *status* jurídico.

[...]

Nada impede que os compossuidores, ao disciplinarem suas relações internas, especifiquem qual a porção física da coisa que será destinada ao uso exclusivo de cada um. Caso isso ocorra, estar-se-ia diante da denominada composses *pro diviso*, que consiste na existência de uma indivisão jurídica - inerente a toda composses - associada a um estado de divisão fática convencionada (*Código Civil comentado*, p. 743).

Como visto, os possuidores podem deliberar no sentido de reservar áreas específicas para exercício individual da posse sem que haja divisão da propriedade, exatamente como ocorreu na espécie.

Isso porque a cópia do e-mail juntado pelos próprios embargantes, às f. 54/56, registra que os embargados obtiveram anuência dos demais compossuidores para realização da obra, ficando consignado que a possibilidade de utilização por todos os proprietários estaria condicionada à observância de critérios que seriam estabelecidos em convenção de condomínio, bem como ao rateio das despesas com a construção, o que, todavia, não ocorreu, tanto que a edificação foi integralmente realizada com recursos exclusivamente dos embargados.

Destarte, a autorização dos compossuidores é incontroversa, tanto que não se insurgiram contra a construção realizada pelos embargados por meio da ação de nunciação de obra nova prevista no art. 934, II, do CPC.

De mais a mais, na contestação apresentada nos autos da ação de manutenção de posse em apenso, os embargantes afirmaram que alguns condôminos tinham prioridade no uso dos quartos da casa velha, o que

corroborar que já existia divisão fática do imóvel (posse *pro diviso*) antes da acessão realizada pelos embargados.

Nesse contexto, é permitindo àquele que exerce posse com exclusividade sobre determinada área se valer da proteção possessória em face dos demais compossuidores, afastando a regra prevista no art. 1.199 do Código Civil.

A propósito, sobre o tema, este egrégio Tribunal de Justiça já decidiu:

Reintegração da posse. Composse *pro diviso*. Divisão fática. Requisitos para concessão da tutela possessória. Posse localizada comprovada. Esbulho caracterizado. Procedência do pedido. - Para o deferimento da reintegração de posse, o art. 927 do CPC exige comprovação da posse pelo autor, do esbulho praticado pelo réu, da data do esbulho e da perda da posse. Na composse, todos podem utilizar a coisa diretamente, desde que uns não excluam os outros. Na composse *pro diviso*, em que há um estado de divisão fática convencional, ou seja, em que os compossuidores detêm cada um uma posse localizada, é dado a cada um deles individualmente a legitimidade para a defesa da posse (TJMG - Apelação Cível nº 1.0086.05.013162-1/001, Relator Des. Antônio de Pádua, 14ª Câmara Cível, j. em 06.03.2008, publicação da súmula em 28.03.2008).

No mesmo norte, é a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

Interdito proibitório. Composse *pro diviso*. Frações delimitadas no plano fático. Ato da ré que não está a excluir exercício de posse dos autores. Inaplicabilidade do art. 1.199 do NCC no caso concreto. Recurso provido (Recurso Cível nº 71002527497, Segunda Turma Recursal Cível, Turmas Recursais, Relatora Vivian Cristina Angonese Spengler, j. em 10.11.2010).

Logo, não tendo os embargantes comprovado os requisitos previstos no art. 927 do CPC, não há como acolher os embargos infringentes.

Conclusão.

Mediante tais considerações, rejeito os embargos infringentes, aderindo aos judiciosos votos majoritários.

Custas recursais, pelos embargantes.

DES. ALEXANDRE SANTIAGO - Analisando detidamente os autos, hei por bem acompanhar na íntegra o voto proferido pelo Exmo. Desembargador Relator.

Não se nega que haja composse sobre a integralidade do imóvel rural denominado “Mina D’água”, localizado no Distrito de São Gonçalo do Baçõ, por parte tanto dos embargantes, quanto dos embargados. A discussão, porém, perpassa sobre se parte do imóvel, chamado “puxadinho” ou “apartamento”, construído anexo à casa anterior existente no sítio, havia posse exclusiva dos embargados ou também sobre ele era exercida composse.

No caso, o voto proferido pelo Exmo. Desembargador Relator, que rejeita os embargos, demonstra claramente a possibilidade de que, dentro do imóvel comum,

sejam separadas áreas destinadas a uso exclusivo de um ou alguns dos compossuidores, sem que isso desconfigure a propriedade comum.

E, analisando as provas dos autos, parece-me também que ficou comprovado que somente os embargados tinham a posse do referido “puxadinho” ou “apartamento”.

O próprio depoimento de f. 682/683, a que faz referência o voto vencido, da lavra do em. Des. Alberto Diniz Junior, permite verificar essa realidade. Ainda que se trate de depoimento um tanto quanto confuso, a Sra. Lucilene Miranda Bernardo indica que, antes da discussão sobre o uso do “puxadinho”, que ocorreu um ano depois do fim da sua construção, de fato, todos os irmãos usavam o imóvel. Entretanto, aparentemente tal uso se dava apenas por mera liberalidade daqueles que arcaram integralmente com a sua construção. Seguindo com o seu depoimento, a Sra. Lucilene deixa claro que quem lhe pagava para fazer a limpeza do imóvel era Gessy, ora embargada, e que somente Gessy tinha a chave do referido cômodo, e que Gessy especificamente disse a ela para não dar a chave a nenhum dos outros proprietários do sítio.

Dessa maneira, está bastante claro que a posse era exercida exclusivamente pelos embargados e esta deve ser protegida, pelo que rejeito os embargos infringentes.

DES.ª MARIZA DE MELO PORTO - Mantenho a posição por mim externada quando do julgamento da apelação, de forma que adiro às inteiras ao voto condutor para rejeitar os embargos infringentes.

É o voto.

DES. ALBERTO DINIZ JUNIOR - Rogando vênias ao eminente Relator, voto pelo acolhimento dos presentes embargos infringentes, no sentido do posicionamento já exarado por ocasião da apelação no presente feito.

E, assim, por entender que, sendo os litigantes compossuidores do imóvel descrito na inicial, não pode existir exclusão do exercício da posse sobre o “puxadinho”.

Destarte, deve ser mantida a sentença que reconheceu a procedência do pedido dos requerentes Maria Angélica Bicalho Rosa, Genivaldo Rodrigues Rosa, Gilson Rodrigues Rosa e sua esposa Marinês Accioly Domingues na posse de todas as áreas e benfeitorias construídas pelos requeridos Gessy Rodrigues e Oliveira Santiago.

Com tais considerações, acolho os embargos infringentes para resgatar o voto minoritário por mim proferido.

DES.ª SHIRLEY FENZI BERTÃO - Coerente com o posicionamento adotado quando do julgamento do recurso de apelação, acompanho o judicioso voto proferido pelo eminente desembargador Relator, para rejeitar os embargos infringentes.

Súmula - REJEITAR OS EMBARGOS INFRINGENTES.

...

**Execução fiscal contra massa falida - ICMS -
Multa de revalidação - Moratória - Penalidade
administrativa - Não incidência - Exclusão - Juros
moratórios - Fluência - Interrupção - Pagamento -
Condição - Sobra de ativo**

Ementa: Apelação cível. Embargos. Execução fiscal contra massa falida. Débitos de ICMS e multas. Auto de infração. Recolhimento do imposto a menor e descumprimento de obrigações acessórias. Prova pericial que desconstitui a presunção de veracidade da autuação. Venda de veículo. Cancelamento de nota fiscal. Escrituração do ato e emissão de nova nota antes da ação fiscal. ICMS corretamente apurado e recolhido. CDA anulada. Multa de revalidação/moratória. Exclusão. Juros de mora. Sobrestanto a partir da decretação da falência. Art. 23, III, e 26 do Decreto-Lei nº 7.661/45.

- Ilidida cabalmente, pela prova pericial realizada nos autos, a presunção de veracidade do auto de infração fiscal, lavrado em razão de suposto recolhimento a menor de ICMS na venda de veículo e pelo cancelamento irregular de nota fiscal, forçoso o acolhimento dos embargos, nesse particular, para desconstituir a correlata CDA.

- A multa fiscal de revalidação e/ou moratória, por constituir penalidade administrativa, não incide contra a massa falida.

- Decretada a falência, interrompe-se a fluência de juros moratórios, restando, contudo, a possibilidade de virem a ser pagos se remanescente numerário suficiente para tanto. Ressalva expressamente consignada na sentença.

Inteligência das Súmulas 192 e 565 do STF.

Recurso desprovido.

**APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0625.98.002996-5/001 -
Comarca de São João del-Rei - Apelante: Fazenda Pública
do Estado de Minas Gerais - Apelada: Massa falida
de Sivel Silva Veículos Ltda. representada pelo síndico
Wagner Ferreira da Silva - Relatora: DES.ª ÁUREA BRASIL**

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 9 de junho de 2016. - Áurea Brasil
- Relatora.

Notas taquigráficas

DES.ª ÁUREA BRASIL - Trata-se de apelação cível interposta pela Fazenda Pública do Estado de Minas

Gerais contra a r. sentença de f. 339/343, proferida pelo MM. Juiz de Direito João Batista Lopes, que, nos autos dos embargos à execução fiscal opostos por Sivel Silva Veículos Ltda., julgou parcialmente procedentes os pedidos, para desconstituir a CDA nº 01.000000135.34 e declarar inexigível o ICMS apurado por meio do Auto de Infração nº 73.471, e, lado outro, declarar válida a CDA nº 01.000003333.18, ordenando que a autuação fiscal correspondente seja ajustada para considerar, para efeito de estorno de ICMS, apenas os valores das compras dos veículos, delas excluindo os juros *floor plan*, devendo ser refeitos os cálculos.

Foi determinada, ainda, a exclusão da cobrança da multa de revalidação ou qualquer outro tipo de multa, bem como que a cobrança de juros moratórios ou qualquer outra modalidade de juros, a partir da data da decretação da falência da embargante, seja condicionada à existência de saldo ativo, depois do pagamento da dívida principal, constituída pelos haveres devidos a todos os credores.

Diante da sucumbência recíproca, a embargante foi condenada ao pagamento das custas e despesas processuais, isenta a embargada. Cada parte foi condenada ao pagamento de honorários advocatícios no importe de 10% do valor da causa corrigido, determinada a compensação.

Em suas razões recursais, a apelante alega que: a) a CDA nº 01.000000135.34 afigura-se hígida, uma vez que a embargante vendera o veículo Ford Pampa em 17.09.1992 a seu funcionário, emitindo a Nota Fiscal nº 025590, tendo sido verificado, em procedimento de diligência, que o veículo, no final de setembro de 1992, se encontrava na cidade de Juiz de Fora, na empresa Aloísio Carlos Mota Junior, a qual, por sua vez, apresentou cópia do referido documento fiscal, autenticado pela Delegacia de Polícia de Mantena, comprovando que o veículo estava em Juiz de Fora no dia seguinte à respectiva emissão; b) a embargante, além de não registrar a Nota Fiscal nº 25.590 no Livro Fiscal de Registros de Saídas de Mercadorias, cancelou-a indevidamente; c) o Regulamento do ICMS impede o cancelamento de notas fiscais após a saída da mercadoria do estabelecimento; d) a embargante não mencionou os motivos determinantes do cancelamento da nota, tampouco fez referência a outra nota fiscal que poderia ter sido emitida em substituição à que fora cancelada, “muito menos integrou ao bloco/formulário contínuo todas as vias da nota fiscal cancelada”; e) a cobrança do crédito tributário possui rito processual próprio e exclusivo, não se submetendo ao regramento da lei de falências, aí incluído o art. 23, parágrafo único, III, do Decreto-Lei nº 7.661/45, invocado na sentença; f) a Súmula 565 do STF refere-se ao crédito com habilitação na falência, e não àquele cuja cobrança se faz mediante processo executivo fiscal; g) a multa fiscal é parte integrante e indissociável do crédito tributário, não podendo ser excluída por decisão judicial

proferida em execução contra massa falida; h) as multas possuem cunho indenizatório, não podendo ser jamais excluídas do crédito fazendário, ainda que em processos falimentares; i) a multa de revalidação tem o papel de reparar um dano social causado pela omissão no pagamento de tributos; j) as multas de mora, diferentemente das administrativas, não dependem de constituição, sendo aplicadas pela fiscalização tributária *ex vi legis*; k) nos termos do art. 150, § 6º, da CR, a exclusão da multa fiscal importaria em anistia, que só poderia, no entanto, ser concedida mediante lei específica do ente competente para instituir o tributo; l) o art. 23, parágrafo único, III, da Lei de Falências, não foi recepcionado pela CR/88.

Manifestação apresentada pelo administrador da Massa Falida apelada, às f. 352/354.

Conheço do recurso, presentes os pressupostos de admissibilidade.

De início, ressalto que a manifestação da Massa Falida de f. 352/354, por ter sido subscrita apenas pelo respectivo Administrador, bacharel em Ciências Contábeis, não pode ser conhecida como contrarrazões - ato cuja prática não prescinde de capacidade postulatória, sendo privativo de advogado.

Observe, outrossim, que o i. representante da Massa Falida já informou, expressamente, não possuir "interesse na contratação de advogado para este caso específico, pois as questões já foram suficientemente enfrentadas na sentença de primeiro grau" (f. 352).

Isso posto, avanço ao recurso do Estado, cindindo a análise em dois tópicos, como feito na sentença.

I. CDA nº 01.000000135.34, originada do AI nº 073471.

O MM. Juiz *a quo* acolheu, parcialmente, os embargos à execução fiscal opostos pela ora apelada, para desconstituir a CDA nº 01.000000135.34, declarando inexigível, por conseguinte, o débito apurado no Auto de Infração nº 073471.

O i. Julgador, orientando-se pelo laudo pericial técnico realizado no feito, concluiu que, não obstante a Nota Fiscal nº 025590, emitida em razão da operação de venda do veículo Ford Pampa (qualificado nos autos), tenha sido cancelada - o que ensejou a autuação fiscal -, a embargante, antes do início formal da ação fiscal, já emitira nova nota fiscal (nº 026990), oportunidade em que o ICMS foi corretamente apurado e recolhido, conforme constatado pelo expert.

Acrescentou S.Ex.^a que, nos termos do laudo pericial, não há elementos que permitam concluir tenha o veículo saído do estabelecimento da embargante em data anterior ao cancelamento da primeira nota, pelo que ausente irregularidade nesse tocante.

Assim - prosseguiu -, em não tendo havido prejuízo para o Fisco, de rigor a anulação da CDA nº 01.000000135.34, sob pena de haver bitributação da venda de uma mesma mercadoria.

Pois bem. Do confronto dos fundamentos da r. sentença com as alegações contidas nas razões recursais, tenho que razão não assiste ao Fisco, devendo ser mantida a decisão de desconstituição do respectivo débito (CDA nº 01.000000135.34), *data venia*.

Como se vê, o Estado de Minas Gerais, ao defender a higidez da autuação fiscal e da CDA correspondente, parte da premissa de que a mercadoria descrita na Nota Fiscal nº 025590 (datada de 17.09.1992) efetivamente saiu do estabelecimento da embargante, no mais tardar no dia seguinte ao da operação (18.02.1992), haja vista a autenticação efetuada pela Delegacia de Polícia de Mantena na cópia reprográfica da 1ª via da referida nota, conforme documento constante da f. 42 do Processo Tributário Administrativo.

Sustenta, destarte, que a conduta do contribuinte se mostrou irregular, porque "o Regulamento do ICMS impede o cancelamento de notas fiscais após a saída da mercadoria do estabelecimento" (f. 346).

De fato, havendo efetiva transferência da titularidade da mercadoria (o que, para bens móveis, opera-se com a tradição), a hipótese de incidência do ICMS se aperfeiçoa e, por conseguinte, nasce o dever de pagar o tributo, razão pela qual, daí em diante, é vedado o cancelamento da respectiva nota fiscal - "documento onde se estampa o valor da operação ou prestação realizada e, por via de consequência, o valor do ICMS a pagar" (ICMS. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 664).

Nesse sentido, o então vigente art. 201, § 2º, do RICMS/91 previa que "o documento fiscal só poderá ser cancelado antes de sua escrituração no livro próprio e no caso em que não tenha ocorrido a saída da mercadoria ou não se tenha iniciado a prestação do serviço".

Sucedendo que, no caso dos autos, o perito nomeado pelo juízo, em análise do inteiro teor do PTA, inclusive do documento constante de f. 42 - invocado pelo Fisco à guisa de prova da alegada saída do veículo do estabelecimento da embargante no dia seguinte ao da emissão da Nota Fiscal nº 025590 -, foi categórico ao responder o quesito do embargado:

1) Considerando as informações dos fiscais de Juiz de Fora (f. 05 do PTA) e considerando a autenticação efetuada em 18.09.1992 (dia seguinte ao da emissão da nota fiscal) pela Delegacia de Polícia de Mantena na cópia reprográfica da 1ª via da Nota Fiscal 025590 (f. 42 do PTA), podemos afirmar que ocorreu a saída do veículo no dia 17, ou no mais tardar, no dia 19.09.1992. É correta esta afirmação?

R. A perícia, compulsando o PTA nº 01.000000135.34, à f. 05, não encontrou nenhum documento para ser analisado como comprovante de saída do veículo referenciado.

O documento está identificado como 'Relatório de Conferência de Notas Fiscais' - Avulso de Conferência n. 05-06-0028/92, cuja cópia faz juntar no Laudo Pericial.

Os documentos de f. 42, 43 e 44, do PTA, são cópias das primeiras, segundas e terceiras vias da Nota Fiscal nº 25.590, da qual não consta a data de saída da mercadoria, como também não consta o recebimento, por parte do comprador, estando todos estes campos em branco.

Tais documentos a perícia detectou nos arquivos pelas vias originais, e ainda consta no registro de saídas de nº 19, à f. 030, a escrituração, constando o cancelamento da referida nota fiscal.

Portanto, após análise dos documentos acima é impossível a perícia afirmar que ocorreu a saída do veículo no dia 17.02.1992, uma vez que foram analisados os documentos originais, do arquivo da reclamada, e do PTA - f. 05. (f. 153).

Ao que se vê, a perícia descredencia, com base em sólida e referenciada explicação, a tese da Fazenda Pública de que os documentos dos autos (extraídos do PTA) comprovariam a efetiva saída do veículo, em 17 ou 18.09.92, do estabelecimento da embargante. A resposta do *expert* é clara no sentido de que não há qualquer elemento cognitivo a autorizar essa conclusão quanto à tradição do bem, e, além do mais, de que foi realizada a escrituração do cancelamento da nota fiscal da venda.

Acrescento, ao encontro das conclusões do *expert*, que, mais do que falta de preenchimento do campo relativo ao recebimento da mercadoria pelo comprador, foi consignada pelo destinatário, Geraldo Batista da Silva, no verso da nota fiscal, expressa recusa em receber, ao motivo de “estar em desacordo com o combinado”, como se vê de f. 116-v.

Nessa perspectiva, e considerando, ademais, que a nova nota fiscal, agora sim figurando como destinatário Aloísio Carlos Mota Junior - nome mencionado nas razões do apelo -, foi emitida em 29.12.1992, antes, portanto, da ação fiscal objeto do auto em comento (31.12.1990 - f. 101), forçoso reconhecer a insubsistência do Auto de Infração nº 073471, que apontou como irregularidades “recolhimento a menor de ICMS no mês [09/1992] e valor abaixo discriminado, decorrente da falta de registro no livro fiscal Registro de Saídas de mercadorias, da nota fiscal série U 025590 de 17.09.92, valor CR\$36.000.000,00 [...], cancelada indevidamente” (f. 101).

Em tempo, a propósito do recolhimento do ICMS devido pela operação de venda do veículo - objeto da Nota Fiscal nº 026990 (f. 117), que veio a prevalecer -, vale destacar a conclusão do i. perito, quando questionado se os creditamentos realizados estavam alicerçados em documentos fiscais de entrada:

R. Os creditamentos do ICMS estão alicerçados em notas fiscais de entrada, lançadas nos Registros de Entradas de Mercadorias nºs 15 a 19, e devidamente legalizados junto à Administração Fazendária de São João del-Rei - MG, pelo processo de encadernação de folhas, escrituradas no sistema eletrônico de processamento de dados (f. 149).

Correta, portanto, a sentença primeva, ao consignar que o ICMS foi corretamente apurado e recolhido pela embargante, pelo que, a subsistir a CDA nº 01.00000135.34, haveria tributação, por mais de uma vez, do mesmo sujeito passivo, sobre o mesmo fato gerador.

II. CDA nº 01.000003333.18, originada do AI nº 073472.

Em relação à CDA nº 01.000003333.18, a sentença primeva já se pôs favorável ao Fisco, no ponto em que reconheceu a validade do documento, em face da ausência de provas bastantes a desconstituírem a presunção de veracidade e validade da atuação fiscal.

No entanto, os embargos à execução restaram acolhidos em parte, para determinar:

a) sejam considerados, para efeito de estorno do ICMS, apenas os valores das compras dos veículos, excluindo-se dos cálculos os juros *floor plan*;

b) a exclusão da cobrança da multa de revalidação ou qualquer outro tipo de multa;

c) que a cobrança de juros moratórios ou qualquer outra modalidade de juros, a partir da data da decretação da falência da embargante, seja condicionada à existência de saldo ativo, depois do pagamento da dívida principal (haveres devidos a todos os credores).

No recurso de apelação, embora o pedido tenha sido pela manutenção na sua integralidade, do crédito fiscal executado (f. 349-v.), verifica-se que as razões se voltam apenas contra os capítulos tratados nos itens “b” e “c” supra.

Assim, atenta aos limites da impugnação, ressalto que, não obstante o esforço argumentativo da i. Procuradora do Estado, é assente o entendimento doutrinário e jurisprudencial no sentido de que, tanto na habilitação de crédito tributário em processo falimentar quanto em execução fiscal processada contra a massa falida, não se incluem a multa fiscal e os juros de mora.

Nesse diapasão é o teor dos enunciados das Súmulas 192 e 565 do Supremo Tribunal Federal:

Súmula 192: Não se inclui no crédito habilitado em falência a multa fiscal com efeito de pena administrativa. (Data de aprovação: Sessão Plenária de 13.12.1963)

Súmula 565: A multa fiscal moratória constitui pena administrativa, não se incluindo no crédito habilitado em falência. (Sessão Plenária de 15.12.1976).

Logo, a multa de revalidação e/ou moratória, por se tratar de verdadeira sanção pecuniária administrativa - que não se confunde com a obrigação tributária principal -, deve ser excluída, nos termos do que dispõe o art. 23, III, do Decreto-Lei nº 7.661/45, vigente à época da decretação da falência (2003).

Em relação aos juros de mora, estabelece o art. 26 do Decreto-Lei nº 7.661/45 que “contra a massa não correm juros, ainda que estipulados forem, se o ativo apurado não bastar para o pagamento do principal”.

Vê-se que o Decreto-Lei de Falências não veda por completo a cobrança de juros moratórios em relação à massa falida, a qual somente será afastada quando o ativo apurado não for suficiente para o pagamento da dívida principal.

Ocorre, contudo, que tal situação só será constatada no momento de apuração do ativo e do passivo, razão pela qual a fluência de juros permanece sobrestada desde a data de decretação da falência, como determinado na sentença.

Por fim, não merecem prosperar os argumentos quanto à não recepção, pela Constituição de 1988, das previsões do Decreto falimentar, tampouco quanto à ofensa à isonomia em relação aos demais contribuintes.

Não se pode olvidar que as regras de atualização e juros incidentes especificamente na hipótese de falência são diversas das normas gerais aplicáveis ao processo executivo movido contra devedor solvente, pois levam em consideração o estado patrimonial deficitário do devedor e a necessidade de pagamento dos demais credores.

Segundo Humberto Teodoro Júnior,

[...] por meio do processo executivo concursal, impõe-se um princípio de ordem, fazendo com que todos os bens do devedor comum se integrem numa massa para responder pelo conjunto de créditos, até onde alcance o produto da execução, de modo a assegurar a observância de regras equitativas de distribuição, capazes de evitar que o patrimônio do insolvente seja dilapidado inútil ou nocivamente, com desigualdade e prejuízos à ordem econômica geral. Daí a conclusão de Pietro-Castro de que essa execução coletiva atua como garantia do princípio de comunhão de perdas a observar entre os vários credores do insolvente (*Curso de direito processual civil*. 34. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. II, p. 290).

Dessa forma, embora seja assegurada à Fazenda a manutenção da cobrança fiscal por meio do processo executivo, as normas da Lei 6.830/80 aplicáveis à massa falida estarão restritas às medidas de cunho processual, desde que não contrariem as normas materiais da legislação falimentar e tampouco prejudiquem a precedência estabelecida no quadro geral de credores - atendendo-se, dessa maneira, ao escopo de proteção dos credores da massa falida, precipuamente visado pela lei falimentar.

Em hipóteses semelhantes, assim tem decidido o eg. STJ, não mais subsistindo, vale dizer, a orientação retratada pelos julgados do STJ dos anos 1993 e 1998, destacados às f. 349/349-v.

Processual civil e tributário. Embargos de divergência. Ausência de similaridade. Não conhecimento. Execução fiscal. Massa falida. Multa moratória. Art. 23, parágrafo único, III, do DL 7.661/45. Não incidência. 1 - A dessemelhança entre os suportes fáticos e jurídicos dos acórdãos confrontados revela a inocorrência de dissídio jurisprudencial. 2 - Não incide no processo falimentar a multa moratória, por constituir pena administrativa, ex vi do disposto no art. 23, parágrafo único, inciso III, do Decreto-Lei 7.661/45 (Lei de Falências) e do princípio consagrado nas Súmulas do STF - 192 ('Não se inclui no crédito habilitado em falência a multa fiscal com efeito de pena administrativa') e 565 ('A multa fiscal moratória constitui pena administrativa. 3 - Embargos de divergência parcialmente conhecidos, e, nesta parte, providos') (REsp 491.089/PR, Rel. Ministro Teori

Albino Zavascki, Primeira Seção, j. em 10.08.2005, DJ de 29.08.2005, p. 140).

Tributário e processual civil. Recurso especial. Execução fiscal. Falência. Aplicação de multa e de juros. Possibilidade de impugnação mediante exceção de pré-executividade. Precedentes. [...] 4 - Na execução fiscal movida contra a massa falida não incide multa moratória, consoante as Súmulas 192 e 565 da Suprema Corte, e art. 23, parágrafo único, III, do Decreto-Lei 7.661/45. Precedentes: AgRg no REsp 693.195-MG, Relator Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJ de 24.10.2005; REsp 447.385 - RS, DJ de 08.08.2006; REsp 660.263-RS, 10.05.2006. 5 - Recurso especial desprovido (REsp 949.319/MG, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, j. em 14.11.2007, DJ 10.12.2007, p. 286).

Tributário. Agravo regimental no agravo em recurso especial. Embargos à execução. Massa falida. Juros de mora. Multa moratória. Devidos até a data da quebra. Agravo não provido. 1 - 'Na execução fiscal movida contra a massa falida não incide multa moratória, consoante as Súmulas 192 e 565 da Suprema Corte, e art. 23, parágrafo único, III, do Decreto-Lei 7.661/45' (REsp 949.319/MG, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Seção, DJ de 10.12.2007). 2 - 'Na hipótese em que decretada a falência de empresa, cabíveis os juros moratórios antes da quebra, sendo irrelevante a existência do ativo suficiente para pagamento de todo o débito principal, mas após essa data, são devidos somente quando há sobra do ativo apurado para pagamento do principal' (REsp 824.982/PR, Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, DJ de 26.05.2006). 3 - Agravo regimental não provido (AgRg no AREsp 185.841/MG, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, j. em 02.05.2013, DJe de 09.05.2013).

Processual civil e tributário. Agravo regimental no agravo em recurso especial. Execução fiscal. Juros de mora após a decretação da falência. Possibilidade de cobrança, em momento posterior, condicionada à comprovação da suficiência do ativo. Precedentes do STJ. Agravo regimental improvido. I - De acordo com a jurisprudência desta Corte, o pagamento dos juros de mora, devidos pela massa falida, em momento posterior à decretação da falência, está condicionado à existência de ativo necessário ao pagamento da dívida principal. II - A Corte a quo, ao negar provimento ao recurso de Apelação da Fazenda Nacional, mantendo a sentença de Primeira Instância, entendeu indevida, na presente Execução Fiscal, a inclusão dos juros de mora, após a decretação da falência. Afirmou, todavia, que, posteriormente, seria facultado à Fazenda Pública demonstrar a suficiência do ativo, para cobrir o pagamento de tais valores. III - Referida determinação não impossibilita a cobrança futura dos juros de mora devidos após a decretação da falência, mas apenas condiciona o seu pagamento à comprovação futura da suficiência do ativo. Ademais, tal medida afigura-se necessária para se vedar a cobrança antecipada de tais juros, juntamente com o montante principal devido. Nesse sentido: 'o acórdão recorrido confirmou a sentença que determinou sejam decotados, do valor cobrado na execução fiscal, a multa administrativa e os juros moratórios devidos em momento posterior à decretação da quebra, condicionando-se o pagamento desses juros à hipótese de o ativo bastar ao pagamento do principal, sendo reclamáveis da massa. Assim sendo, não se está excluindo peremptoriamente do crédito exequendo o valor referente aos juros, mas evitando que sua cobrança se dê antecipadamente, junto com o principal; caso contrário, estar-se-ia diante de excesso de execução. Ademais, os juros de mora devidos no período anterior à decretação da quebra

ficaram intangíveis, não dependendo das forças do ativo' (STJ, AgRg no AREsp 352.264/SE, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe de 27.03.2014). IV - Agravo Regimental improvido (AgRg no AREsp 408.304/SE, Rel.ª Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, j. em 18.06.2015, DJe de 01.07.2015).

Destarte, escorreita a decisão de primeiro grau.

Com essas considerações, nego provimento ao recurso.

Votaram de acordo com a Relatora os DESEMBARGADORES MOACYR LOBATO e LUÍS CARLOS GAMBOGI.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Serasa - Banco de dados - Remoção de informação - Execução fiscal - Impossibilidade - Veracidade - Caráter público - Ilegalidade - Inexistência

Ementa: Apelação cível. Ação ordinária. Remoção de informação acerca da existência de execução fiscal. Banco de dados do Serasa. Impossibilidade. Veracidade da informação. Caráter público. Inexistência de ilegalidade.

- Não merece acolhimento o pedido de exclusão de informação lançada no banco de dados do Serasa a respeito da existência de uma execução fiscal, haja vista que não se vislumbra qualquer ilegalidade em tal conduta, tratando-se de mera reprodução de informação verídica e capaz de ser obtida por qualquer interessado junto aos setores de distribuição de ações cíveis ou nos diários oficiais ou até mesmo acessando o sítio eletrônico deste Tribunal de Justiça, dado o caráter público deste processo, que não tramita em segredo de justiça.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0431.14.003182-1/001 - Comarca de Monte Carmelo - Apelante: Sercal Comercial Exportadora Ltda. - Apelada: Serasa S.A. - 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, em NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 19 de abril de 2016. - João Cancio - Relator.

Notas taquigráficas

DES. JOÃO CANCIO - Trata-se de apelação cível interposta por Sercal Comercial Exportadora em face

da r. sentença de f. 53v./54, proferida pelo MM. Juiz de Direito da 2ª Vara Cível da Comarca de Monte Carmelo/MG, que, nos autos da ação ordinária de obrigação de fazer movida contra Serasa S.A., julgou improcedentes os pedidos iniciais.

Em suas razões (f. 56/68), sustenta o apelante que o julgado incorreu em violação do devido processo legal e cerceamento de defesa, uma vez que foi proferido com base na ausência de provas do direito alegado, não tendo sido concedida a ampla defesa à apelante, na medida em que foi realizado o julgamento antecipado da lide.

Aduz que, diferentemente do que entendeu o Magistrado, o ato praticado pela apelada não foi de simples divulgação, mas de inscrição do nome da apelante nos cadastros de proteção ao crédito (negativação), sem qualquer lastro de legalidade.

Recurso recebido à f. 71.

Contrarrazões às f. 72/82

É o relatório.

Passo a decidir.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

Por meio da presente ação, pretende a autora, Sercal Comercial Exportadora, a exclusão das informações lançadas pela ré, Serasa - Centralização de Serviços dos Bancos S.A., em seu banco de dados, relativamente ao ajuizamento da Execução Fiscal nº 0020311-55.2014.8.13.0431 pela União.

Em sua defesa, a ré alega que apenas reproduziu informações oficiais, extraídas do *Diário do Judiciário eletrônico* veiculado em 24.04.2014 e que publicou a distribuição de execução em face da ora apelante.

A sentença julgou improcedentes os pedidos iniciais.

No recurso, a autora devolve toda a matéria debatida na instância originária.

Eis os limites da lide.

Do exame dos autos, verifica-se que o nome da empresa autora foi inserido nos cadastros da Serasa, por uma execução fiscal contra ela movida, no valor de R\$1.455.971,88, cujo ajuizamento restou incontroverso nos autos.

Assim, a despeito das assertivas recursais, entendo que não assiste razão à apelante, visto que, em casos como o presente, não se constata qualquer ilegalidade ou desvio de finalidade na conduta da Serasa em apontar, nos seus cadastros, a existência de execução movida contra a empresa agravante, tendo em vista que, conforme se verifica das f. 17/18 e 45/46, houve apenas a reprodução de informação oficial e capaz de ser obtida por qualquer interessado, dado o caráter público do processo, que não tramita em segredo de justiça (vide f. 48).

Portanto, não há como acolher o pedido formulado pela agravante, a fim de expedir ofício à Serasa, para que esta remova a informação referente à citada execução.

Acerca da controvérsia, destaca-se a jurisprudência deste Tribunal, que já se manifestou, por diversas vezes,

apontando que a inserção em banco de dados de informação verdadeira, a respeito da existência de ações judiciais em face da parte, não configura ato ilegal.

Convém citar os seguintes julgados:

Apelação cível. Indenização por danos morais. Anotação de execução em curso no cadastro de devedores. Informação extraída de dados públicos. Exercício regular de direito. Dano moral indevido. - Havendo comprovação de que a parte ré apenas disponibilizou em seus cadastros informação verídica colhida diretamente do *Diário Oficial*, não há como reconhecer qualquer ilicitude na sua conduta, medida que consistiu no exercício regular do direito (TJMG - Apelação Cível nº 1.0702.11.037085-6/002 - Relator: Des. Arnaldo Maciel - 18ª Câmara Cível - j. em 28.05.2013 - p. em 05.06.2013).

Ação ordinária. Serasa. Registro de execução fiscal. Informação extraída no *Diário Oficial*. Fato verdadeiro. Ato lícito. Ofensa moral. Não caracterização. - O registro feito pela Serasa, noticiando a existência de execução fiscal contra pessoa jurídica, por se tratar de fato verdadeiro extraído do *Diário Oficial* do Poder Judiciário, é ato lícito, prática que não acarreta ofensa moral à pessoa inscrita, pois se limita a informar com fidedignidade os dados completos da ação judicial em curso (Apelação Cível nº 1.0301.11.008450-8/006 - Relator: Des. Guilherme Luciano Baeta Nunes - 18ª Câmara Cível - j. em 05.11.2013 - p. em 08.11.2013).

Apelação cível. Ação de indenização por danos morais. Inserção de nome em cadastro restritivo de crédito. Existência de ação de execução. Informação pública. Notificação. Desnecessidade. Ilícito não configurado. Sentença mantida. - Para a configuração da obrigação de indenizar por ato ilícito, exige-se a presença de três elementos indispensáveis: a existência de uma conduta antijurídica, que tenha resultado dano e que, entre o dano e a conduta, haja um nexo de causalidade. - O princípio da publicidade garante, como regra, o acesso ao conhecimento da existência de ações em geral, as quais podem ser acessadas através de mera consulta eletrônica. - Assim sendo, sendo pública a informação divulgada, não há qualquer ilícito na sua reprodução por parte de cadastros restritivos privados. - A inclusão do apontamento negativo pertinente à existência de ação executiva prescinde da notificação aludida pelo art. 43, § 2º, do CDC, diante do caráter público das informações extraídas pelo réu (Apelação Cível nº 1.0525.13.013717-3/001 - Relator: Des. Wanderley Paiva - 11ª Câmara Cível - j. em 31.07.2014 - p. em 06.08.2014).

Apelação cível. Ação de indenização. Inscrição em cadastro de proteção ao crédito. Apontamento relativo à existência de execução fiscal. Informação pública. Possibilidade. Danos morais. Inexistência. Recurso provido. - 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. - Sendo públicos os atos processuais, revela-se lícita a reprodução, junto aos bancos de dados mantidos pela requerida, de informações relativas à existência de execuções fiscais ajuizadas em face da sociedade empresária. - Releva notar, ainda, que a autora não trouxe aos autos qualquer elemento de prova hábil a comprovar que os valores objeto das execuções não seriam exigíveis no momento da inscrição realizada pela ré, seja em

razão da existência de prévio parcelamento do débito, seja em razão do pagamento da quantia devida. - Frise-se, por oportuno, que a mera existência da certidão de dívida ativa, pressuposto necessário para o ajuizamento das execuções fiscais, já permite presumir a existência e exigibilidade do crédito cobrado pelo Município. - Recurso provido (Apelação Cível nº 1.0301.11.007628-0/001 - Relator: Des. Eduardo Mariné da Cunha - 17ª Câmara Cível - j. em 17.07.2014 - p. em 29.07.2014).

Pelo exposto, nego provimento ao recurso, mantendo inalterada a sentença de f. 53-v./54.

Custas, pelo apelante.

É como voto.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES SÉRGIO ANDRÉ DA FONSECA XAVIER e MOTA E SILVA.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Embargos à execução - Título executivo extrajudicial - Nota promissória - Assinatura falsa - Vício de forma - Ausência de requisito essencial - Art. 54, § 4º, do Decreto 2.044/1908 - Título inexistente

Ementa: Apelação. Nota promissória. Emitente. Assinatura falsa. Vício. Ausência de título executivo. Extinção da ação.

- Restando configurado o vício formal na nota promissória que o apelante pretende executar, qual seja a ausência de assinatura da emitente, em face da falsificação, requisito essencial, nos termos dos dispositivos legais supramencionados, ela não poderá produzir efeitos e embasar a ação executiva, nos termos dos arts. 583 e 585, inciso I, do Código de Processo Civil de 1973.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0720.10.003329-2/001 - Comarca de Visconde do Rio Branco - Apelante: Milton Vieira de Souza - Apelada: Hygina Rosa de Souza - Relator: DES. MAURÍLIO GABRIEL

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 15ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 9 de junho de 2016. - *Maurílio Gabriel* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. MAURÍLIO GABRIEL - Cuida-se de “embargos à execução” ajuizados por Hygina Rosa de Souza

(posteriormente sucedida por seu espólio) contra Milton Vieira de Souza, autor do processo executivo.

Depois de regular processamento, foi prolatada a sentença, que julgou procedentes os embargos interpostos por Hygina Rosa de Souza, agora na pessoa de seu espólio, tendo como inventariante José Luiz Vieira, em face de Milton Vieira de Souza, ambos identificados nos autos, de modo a reconhecer como inexistente a dívida lançada na nota promissória de f. 07 dos autos executivos, ante a falsidade da assinatura nela lançada.

Ante “a falta de interesse processual, na modalidade adequação”, a sentença julgou extinta a execução e condenou o exequente/embargado ao pagamento das custas referentes aos embargos e à execução embargada e dos honorários advocatícios, estes fixados em 15% sobre o valor da execução.

Inconformado, Milton Vieira de Souza interpôs recurso de apelação, alegando que “o fato de não constar da referida nota o local para pagamento e o lugar onde foi emitida, por si só, não tem o condão de gerar a nulidade do título, uma vez que não são requisitos essenciais à validade da cártula”.

Esclarece que “o não oferecimento da arguição no prazo legal implicará, no particular, a presunção de autenticidade do documento”.

Aduz que, “considerando as contradições encontradas nos laudos periciais, carece a oitiva dos ilustres peritos, Marco Antônio Fonseca Paiva e Mauro de Mello, convertendo em audiência de instrução e procedendo-se à oitiva destes peritos”.

Ao final, pugna pelo provimento de seu recurso, para que sejam julgados improcedentes os embargos à execução.

Em contrarrazões, o Espólio de Hygina Rosa de Souza bate-se pela manutenção da sentença.

Por estarem presentes os requisitos de admissibilidade, conheço do recurso.

Verifico que o embargado, ora apelante, pretende executar a nota promissória no valor de R\$30.000,00, supostamente emitida por sua mãe, executada/embargante, “em compensação dos prejuízos causados pelo seu pai, ocasião em que se deu a venda de uma gráfica que o apelante deixou sob administração de seu pai”.

A embargante, ora apelada, alegou a falsidade da assinatura do referido título executivo extrajudicial que embasa a execução.

Foi realizada perícia para comprovação da autenticidade gráfica e que concluiu pela falsidade da assinatura, senão vejamos:

Após a realização dos exames, este perito concluiu que o espécime de assinatura impugnado, constante na nota promissória examinada, é falso, isto é, não proveio do punho escritor de Hygina Rosa de Souza (f. 57).

Dessa maneira, considerando que a nota promissória que embasa a execução não foi assinada pela executada, resta ausente um dos requisitos essenciais do referido título.

Acrescente-se que o art. 54, inciso IV e § 4º, do Decreto 2.044, de 31 de dezembro de 1908, estabelece, *in verbis*:

Art. 54. A nota promissória é uma promessa de pagamento e deve conter estes requisitos essenciais, lançados, por extenso, no contexto:

[...]

IV - a assinatura do próprio punho do emitente ou do mandatário especial.

[...]

§ 4º Não será nota promissória o escrito ao qual faltar qualquer dos requisitos acima enumerados. Os requisitos essenciais são considerados lançados ao tempo da emissão da nota promissória [...].

Da mesma forma, dispõem os arts. 75 e 76, ambos do Anexo I do Decreto 57.663, de 24 de janeiro de 1966:

Art. 75. A nota promissória contém:

[...]

7. a assinatura de quem passa a nota promissória (subscritor).

Art. 76. O título em que faltar algum dos requisitos indicados no artigo anterior não produzirá efeito como nota promissória, salvo nos casos determinados pelas alíneas seguintes.

Com efeito, restando configurado o vício formal na nota promissória que o apelante pretende executar, qual seja a ausência de assinatura da emitente, em face da falsificação, requisito essencial, nos termos dos dispositivos legais supramencionados, ela não poderá produzir efeitos e embasar a ação executiva, nos termos dos arts. 583 e 585, inciso I, do Código de Processo Civil de 1973.

No caso vertente, entendo que o apelante não logrou desconstituir o bem elaborado laudo pericial.

É válido salientar que o laudo apresentado pelo apelante, às f. 69/86, deve ser recebido com ressalva, já que foi elaborado unilateralmente, sendo, consequentemente, parcial.

Sendo assim, o laudo pericial oficial merece credibilidade, uma vez que foi elaborado sob o crivo do contraditório e da ampla defesa e por um profissional imparcial e de confiança do Juízo.

Portanto, nula é a execução, nos termos do art. 618, inciso I, do Código de Processo Civil de 1973, devendo ser extinta e julgados procedentes os embargos a ela opostos.

Com tais considerações, nego provimento ao recurso.

Condeno o apelante a pagar as custas decorrentes do recurso. Suspendo, contudo, a exigibilidade de tais ônus, por se encontrar ele amparado pela justiça gratuita.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES TIAGO PINTO e MÔNICA LIBÂNIO ROCHA BRETAS.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

**Usucapião extraordinária -
Pressupostos - Presença - Arrematação do
bem - Irrelevância - Direito preexistente - Ação
declaratória - Intervenção do possuidor -
Ausência - Direito de terceiro - Violação**

Ementa: Apelação. Ação de usucapião extraordinária. Pressupostos comprovados. Arrematação do bem. Ausência de intervenção do possuidor. Decisão que não pode prejudicar terceiro.

- Se na ação de usucapião extraordinária restam demonstrados os requisitos de posse mansa e pacífica, ininterrupta e com *animus domini*, pelo prazo exigido legalmente (art. 1.238 do Código Civil), impõe-se a procedência do pedido.

- Não pode o requerente ser prejudicado por decisão judicial sobre a qual ele não pôde exercer seu direito ao contraditório e à ampla defesa.

**APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0319.13.003423-8/001 -
Comarca de Itabirito - Apelante: Armando Ferreira Vaz -
Apelado: Vicente Pedrosa e Irmãos Ltda. - Relatora: DES.ª
SHIRLEY FENZI BERTÃO**

Acórdão

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

Belo Horizonte, 18 de maio de 2016. - Shirley Fenzi Bertão - Relatora.

Notas taquigráficas

DES.ª SHIRLEY FENZI BERTÃO - Trata-se de recurso de apelação interposto por Armando Ferreira Vaz em face da sentença de f. 163/165, proferida pelo Juízo da 2ª Vara Cível da Comarca de Itabirito que, nos autos da “ação de usucapião extraordinária”, ajuizada em face de Vicente Pedrosa e Irmãos Ltda., julgou improcedente o pedido inicial, com fundamento no art. 269, I, do CPC, condenando o requerente ao pagamento das custas e honorários advocatícios, os quais foram arbitrados em 15% sobre o valor dado à causa, suspendendo a exigibilidade em razão da concessão dos benefícios da justiça gratuita.

Os embargos de declaração opostos às f. 185/186 foram acolhidos para suprir a omissão apontada, porém a sentença foi mantida incólume, haja vista que a testemunha Alexandre Reis Pedrosa teria confirmado “que o laudo juntado aos autos é o do depoente, o qual não foi validado pelo juízo da falência” (f. 117).

O apelante, em suas razões recursais, assevera que não teve ciência de que o imóvel sobre o qual detinha a posse havia sido leiloadado e, posteriormente, arrematado.

Aduz, ademais, que há dúvidas acerca do fato de o imóvel usucapiendo fazer ou não parte da área leiloadada. Sustenta que as testemunhas ouvidas no curso do processo afirmaram categoricamente que o autor possui a posse da área objeto do litígio de forma mansa e pacífica por mais de 40 anos. Salienta, ainda, que, havendo indícios de que a área não pertencia à massa falida, ela não poderia ser arrematada, mormente pelo fato de ser ocupada por terceiro de boa-fé. Ao final, pugna pelo provimento do recurso a fim de reformar a sentença, julgando-se procedente o pedido inicial. Subsidiariamente, requer a retomada da instrução processual para que seja realizada perícia para se apurar a real situação do imóvel.

Ausente o preparo por litigar a parte sob o pálio da justiça gratuita.

Contrarrazões às f. 206/213, pleiteando pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

Manifestação do Ministério Público à f. 233.

Primeiramente, vale frisar que o novo Código de Processo Civil/2015, o qual entrou em vigor em 18.03.2016, tem aplicação imediata por se tratar de norma processual. Contudo, nos termos do art. 14 do NCPC/15:

A norma processual não retroagirá e será aplicável imediatamente aos processos em curso, respeitados os atos processuais praticados e as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da norma revogada.

Assim, em que pese à entrada em vigor do NCPC/15, esclareço que em respeito à regra de direito intertemporal e aos atos jurídicos processuais consumados, o presente recurso será analisado sob a ótica do antigo CPC/73, uma vez que praticado o ato jurídico, qual seja o recurso, sob a vigência da antiga lei processual, devendo assim segui-la até o seu julgamento.

Nessa linha, vale transcrever trecho do julgamento do STJ onde prescreve que: “[...] A lei vigente à época da prolação da decisão que se pretende reformar é que rege o cabimento e a admissibilidade do recurso [...]” (REsp nº 1.132.774/ES).

Do mesmo modo, tem-se o Enunciado Administrativo nº 02 do STJ:

Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas, até então, pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

Igualmente, ressalto o Enunciado 54 do Fórum de Debates e Enunciados sobre o NCPC do TJMG:

Enunciado 54 - (art. 1.046) A legislação processual que rege os recursos é aquela da data da publicação da decisão judicial, assim considerada sua publicação em cartório, secretaria ou inserção nos autos eletrônicos.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

Tratam os presentes autos de ação de usucapião ordinária, na qual pretende o autor a declaração da aquisição do domínio do imóvel descrito na exordial.

Narrou o requerente que detém a posse mansa e pacífica do imóvel localizado na avenida Queiroz Júnior, nº 3.261, bairro Esperança, cidade de Itabirito, há mais de 40 anos.

Assegurou, ainda, que tem notícias de que o imóvel pertenceu à Usina Queiroz Júnior. Entretanto, referida pessoa jurídica nunca questionou sua posse ou cobrou qualquer valor pela utilização do bem.

Nesse sentido, entendeu que estão presentes todos os requisitos previstos no art. 1.238 do Código Civil, razão pela qual pugnou pela procedência do pedido.

A requerida, por sua vez, em sede de contestação, aduziu que o autor ocupa o imóvel que pretende usucapir mediante a permissão do antigo proprietário, que, em ato de mera tolerância, consentiu com a utilização do bem.

Informou que tentou solucionar o imbróglio de forma pacífica ao notificar extrajudicialmente o autor para que desocupasse o imóvel.

Consignou, ademais, que o imóvel descrito na peça de ingresso foi praxeado e arrematado nos autos da ação de falência da empresa Queiroz Júnior S.A. Indústria e Siderurgia, não havendo qualquer empecilho para que usufrua do imóvel.

Ressaltou inexistir nulidade na supracitada arrematação judicial do bem e afirmou que qualquer alegação referente à posse ou propriedade do imóvel deveria ter sido feita em sede de embargos de terceiro.

Subsidiariamente, narrou que não há que se falar em indenização pelas benfeitorias realizadas no imóvel, uma vez que o autor não é possuidor de boa-fé.

O Magistrado de primeiro grau houve por bem julgar improcedente o pedido inicial, sob o fundamento de que o autor exercia a mera detenção do imóvel e que, após a declaração de falência do legítimo proprietário do bem, o lapso temporal da prescrição aquisitiva foi suspenso, vindo a reiniciar apenas em 10 de abril de 2013, data em que o réu recebeu o auto de arrematação. Assim, considerou que o autor não preencheu os requisitos previstos no art. 1.238 do Código Civil.

Pois bem.

Como se sabe, a usucapião constitui forma originária de aquisição da propriedade em decorrência do exercício da posse durante determinado período de tempo, desde que presentes todos os requisitos legais fixados pela legislação civil.

Sobre o tema, Francisco Eduardo Loureiro ensina:

[...] como modo originário de aquisição da propriedade e de outros direitos reais pela posse prolongada e qualificada por requisitos estabelecidos em lei. É modo originário de aquisição da propriedade, pois não há relação pessoal entre um precedente e um subsequente sujeito de direito. O direito do

usucapiente não se funda sobre o direito do titular precedente, não constituindo este direito o pressuposto daquele, muito mesmo lhe determinando a existência, as qualidades e a extensão (Código Civil comentado. 9. ed., Manole, p. 1.144).

Dessa forma, três requisitos são essenciais a qualquer modalidade de usucapião em nosso ordenamento jurídico: o tempo, a posse mansa e pacífica e o *animus domini*, ou seja, para a procedência da ação de usucapião, cabe ao autor demonstrar que detém a posse do imóvel pelo lapso temporal exigido na legislação, de forma ininterrupta, sem oposição e com ânimo de dono.

Nessa esteira, para a aquisição da propriedade por meio da usucapião extraordinária, modalidade pretendida pelo autor, ora recorrente, é necessário o preenchimento dos seguintes requisitos previstos no Código Civil:

Art. 1.238. Aquele que, por quinze anos, sem interrupção, nem oposição, possuir como seu um imóvel, adquire-lhe a propriedade, independentemente de título e boa-fé; podendo requerer ao juiz que assim o declare por sentença, a qual servirá de título para o registro no Cartório de Registro de Imóveis.

Parágrafo único. O prazo estabelecido neste artigo reduzir-se-á a dez anos se o possuidor houver estabelecido no imóvel a sua moradia habitual, ou nele realizado obras ou serviços de caráter produtivo.

Como se vê, revela-se imprescindível, para a procedência do pleito autoral, a demonstração do lapso temporal que possibilita a prescrição aquisitiva, ou seja, o exercício da posse por dez anos ininterruptos, já que verificada a função social no exercício da posse, bem como a posse *ad usucapionem*, assim entendida como aquela hábil à obtenção do domínio pela usucapião, exercida com ânimo de dono.

Segundo o magistério de Washington de Barros Monteiro,

A posse *ad usucapionem* deve ser ininterrupta e sem oposição, além de exercida com ânimo de dono (*quantum possemus, tantum praescriptum*). Tais requisitos são indispensáveis, cumprindo, assim, ao autor, que pretenda reconhecimento da usucapião, demonstrar que sua posse sobre o imóvel, exercida com *animus domini* durante o prazo legal, nunca foi interrompida nem sofreu oposição ou contestação de quem quer que seja (Curso de direito civil - Direito das coisas. 6. ed. São Paulo: Saraiva, p. 127).

Desse modo, caberia ao autor comprovar o efetivo exercício da posse, de forma ininterrupta e pelo prazo legal, conforme estabelece o art. 333, I, do Código de Processo Civil.

No caso em comento, observa-se que os depoimentos das testemunhas, colacionados às f. 118/119, dão conta de que o autor exercia a posse do bem descrito na exordial por longo período e de forma mansa e pacífica. Confira-se:

que este ocupa a área desde 1973; que durante o tempo em que o requerente ocupou a área nunca sofreu oposição a sua posse; que, no local, este construiu uma borracharia; que a borracharia está ligada diretamente com o posto; que ela não tem entrada para dentro do posto, pois foi fechada; que tem mais de 20 (vinte) anos que foi fechado o acesso para a área do posto; que não se lembra quem teria construído o cômodo onde funciona a borracharia; que do lado da borracharia hoje existe uma troca de óleo; que a área da borracharia tem entrada independente da do posto [...].

[...] que conhece a área ocupada pelo requerente; que o requerente ocupa esta área há mais ou menos 40 (quarenta) anos; que, na época em que o requerente começou a usar o imóvel, foi o depoente que fez a ligação de luz para ele; que a área foi cedida pela Queiroz Júnior ao requerente, pois ele ocupava uma outra área que a Queiroz Júnior precisava; que, em troca da outra área, a Queiroz Júnior cedeu a área ocupada atualmente ao requerente; que, na área, existe uma borracharia desde a época em que o requerente passou a ocupá-la; que quem construiu o barraco da borracharia foi o depoente e o irmão do requerente para ele; que antes não existia nenhuma construção na área; que a área da borracharia não está dentro da área do posto [...].

Como é cediço que, em sendo a posse um estado de fato e manifestação exterior do direito de propriedade, seu exercício não se comprova primordialmente por meio de documentos.

Por conseguinte, conforme entendimento jurisprudencial, a posse pode ser demonstrada através de depoimentos, bem como pela constatação do exercício de atos materiais que um proprietário praticaria.

Assim, não obstante afirmar a ré a inexistência de posse mansa, pacífica e incontestada do autor, restou devidamente comprovado, através dos citados depoimentos, que o recorrente ocupa a área que pretende usucapir desde 1974 aproximadamente, ou seja, há mais de 40 anos, sem oposição.

Verifica-se da leitura dos depoimentos que o apelado possuía o imóvel como se de fato lhe pertencesse, haja vista que, conforme narrado, foi ele quem construiu a edificação em que funciona a borracharia. Ademais, é incontroverso o fato de que no local ele exercia seu ofício.

Noutro giro, insta ressaltar, por oportuno, que a falência da empresa proprietária da área foi decretada em 1996, época em que o autor já tinha a posse do bem há mais de 22 anos.

Assim, mesmo que se considere que a prescrição aquisitiva foi interrompida com a decretação de falência da empresa que constava como proprietária da área ocupada, tem-se que o lapso temporal exigido para a usucapião já tinha sido atingido.

Por outro lado, observa-se que apenas em 13 de agosto de 2013 é que o recorrente foi interpelado extrajudicialmente para que desocupasse o imóvel, o que, mais uma vez, demonstra a natureza mansa e pacífica da posse anteriormente exercida.

Por outro lado, não se desconhece que o imóvel usucapiendo foi arrematado judicialmente pelo recorrido, conforme documentos acostados às f. 56/80.

Ocorre que, conforme visto, o recorrente, quando da arrematação judicial do bem, já satisfazia os requisitos legais para usucapir, sendo que eventual sentença de procedência, proferida nesta ação, possuirá natureza meramente declaratória, pois apenas reconhecerá, com oponibilidade *erga omnes*, um direito já existente.

Ademais, é importante frisar que o autor não foi parte no processo judicial que culminou com a arrematação do bem. Diante disso, não pode o requerente, a meu ver, ser prejudicado por uma decisão judicial sobre a qual ele não pôde exercer seu direito de contraditório e ampla defesa.

Soma-se a isso o fato de que cabia ao arrematante diligenciar no sentido de verificar se o bem, de fato, não estava sendo utilizado por outras pessoas, cabendo a ele arcar, então, com o ônus de sua negligência.

Destarte, uma vez comprovadas as condições de tempo, continuidade (*animus domini*) e incontestabilidade, é perfeitamente possível ao autor requerer ao juiz que declare, por sentença, sua posse *ad usucapionem*, servindo a sentença como título para transcrição no registro de imóveis.

Por fim, é importante ressaltar que a interpretação da norma jurídica deve ser feita atentando-se aos fins sociais a que se destina, bem como às exigências do bem comum (art. 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro).

Em artigo intitulado “A hermenêutica jurídica de Hans-George Gadamer e o pensamento de São Tomás de Aquino”, publicado no site do Conselho da Justiça Federal, Rodrigo Andreotti Musetti ensina que “A existência do ordenamento jurídico, por si só, não garante o fim do Direito, qual seja da justiça”. E continua:

Como nos ensinaram Hans-George Gadamer e São Tomás de Aquino, ao jurista é imprescindível, muito mais que aplicar a lei ao caso concreto, saber interpretá-la de modo a alcançar o justo. Essa interpretação deve considerar, essencialmente, a causa do homem - visto como ser humano que vive em sociedade, que aspira ao bem comum. A lei deve existir para servir ao homem e não o homem à lei (MUSSETI, Rodrigo Andreotti. *A hermenêutica jurídica de Hans-George Gadamer e o pensamento de São Tomás de Aquino*. Disponível em: <<http://www.cjf.gov.br/>>.

Diante de todo o exposto, dou provimento ao recurso de apelação para reformar a sentença primeva, julgar procedente o pedido formulado na inicial e declarar o domínio do autor em relação à área descrita na inicial.

Inverto os ônus sucumbenciais fixados na sentença. Custas recursais, pela recorrida.

Deixo de arbitrar honorários recursais, em razão do disposto no Enunciado Administrativo nº 07 do Superior Tribunal de Justiça.

DES. MARCOS LINCOLN - De acordo com a Relatora.

DES. ALEXANDRE SANTIAGO - Acompanho o voto proferido pela Exma. Desembargadora Relatora, cabendo ressaltar que o imóvel arrematado judicialmente pela ré/apelada possui área de 2.228m², sendo que o apelante pleiteia a propriedade pela prescrição aquisitiva apenas da área descrita na inicial, qual seja 119m², conforme f. 04.

Súmula - DERAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Edificação de posto de gasolina - Alvará de construção - Concessão sob a égide de determinada lei - Alteração legislativa posterior - Empreendimento - Características - Alterações relevantes - Redução da área do imóvel - Mudança na titularidade do empreendedor - Lei municipal vigente - Desconformidade - Suspensão do alvará - Ordem mantida

Ementa: Agravo de instrumento. Direito administrativo. Mandado de segurança. Medida liminar. Deferimento mantido. Suspensão de alvará de construção e paralisação de obras. Alvará em desconformidade com LC municipal nº 82/2012. Município de Curvelo. Presença do *fumus boni iuris* e *periculum in mora*. Recurso não provido.

- Em se tratando de provimento sumário em mandado de segurança, essencial demonstrar a confluência conjunta do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*. Apenas após a constatação dos mencionados requisitos, cumulativamente, é que se autoriza a concessão da medida de urgência.

- Com a alteração legislativa provocada pela LC municipal nº 82/2012, os alvarás concedidos após sua vigência devem obedecer a seus regramentos, mesmo que mais restritivos.

- Alvará deferido em 2011 para a construção de edificação de sede da empresa que tem como objeto a comercialização de derivados de petróleo. Alvará de 2013 que não se traduz em mera extensão do alvará anterior, visto que altera relevantes características físicas do empreendimento. Novo alvará, concedido em 2013, que deve, assim e pois, respeitar a já vigente LC municipal nº 82/2012.

- Empreendimento que envolve atividade com risco para a segurança da população e com capacidade em potencial de produzir danos ambientais, se não forem respei-

tadas as regras técnicas mínimas, de segurança e de preservação do meio ambiente.

AGRAVO DE INSTRUMENTO CÍVEL Nº 1.0209.14.003595-4/001 - Comarca de Curvelo - Agravantes: Empresa RE Serviços Ltda. e outro, Vicente de Paula Mendes de Sá Filho - Agravado: Ivan Rodrigues Pereira - Autoridade coatora: Prefeito Municipal de Curvelo - Interessado: Município de Curvelo - Relator: DES. ARMANDO FREIRE

Acórdão

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

Belo Horizonte, 17 de maio de 2016. - *Armando Freire* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. ARMANDO FREIRE - Trata-se de agravo de instrumento interposto pela sociedade empresária RE Serviços Ltda. e por Vicente de Paula Mendes de Sá Filho contra a decisão proferida pelo MM. Juiz de Direito da 2ª Vara Cível da Comarca de Curvelo, nos autos de um mandado de segurança, que consistiu em deferir a liminar pleiteada, nos seguintes termos:

Os dispositivos da LC 82 são autoaplicáveis, não dependendo de regulamentação, motivo pelo qual defiro a pretensão liminar, determinando imediata suspensão do Alvará concedido à ré, e, consequentemente, determino a paralisação das obras, sob pena de multa pecuniária diária no valor de R\$2.000,00 reais, limitada a R\$100.000,00 reais [...] (f. 24-TJ)

Na minuta recursal, f. 02/12-TJ, os agravantes rogam, em síntese, pela suspensão dos efeitos da decisão que suspendeu a eficácia do alvará de construção e determinou a paralisação da obra de edificação da sede da empresa, cuja atividade-fim é a comercialização de derivados do petróleo. Aduzem que o alvará de construção dessa obra é de 2011, portanto anterior à vigência da LC municipal 82/2012, que regulamenta as construções como a dos agravantes. Salientam que a LC municipal 82/2012 resguarda a validade de licenças concedidas em período anterior a sua vigência.

Pugna pela concessão da antecipação dos efeitos da tutela e, ao final, pelo provimento ao recurso.

Recurso devidamente preparado, conforme comprovante de recolhimento às f. 427/428-TJ.

Recurso recebido às f. 433/435-TJ, pela em. Des.ª Ângela de Lourdes Rodrigues, em sede de plantão, oportunidade em que indeferida a antecipação dos efeitos da tutela recursal. Posteriormente, ratifiquei essa decisão (f. 440-TJ).

A contraminuta não foi apresentada, conforme certificado nos autos à f. 446-TJ.

Informações prestadas pela MM. Juiz da causa (f. 445/455-v.-TJ).

Em parecer, às f. 454/455-v. c/c 467/469-TJ, a douta Procuradoria-Geral de Justiça opina pelo desprovisionamento do recurso.

Atendidos os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

Vistos e examinados, decido:

Preliminarmente, tendo em vista a vigência do CPC de 2015 a partir de 18 de março de 2016, esclareço que, em razão da teoria do isolamento dos atos processuais, as novas normas processuais serão aplicadas imediatamente, respeitando os atos processuais já realizados. Assim, para aqueles recursos interpostos ou interponíveis antes da vigência do CPC de 2015, deve-se observar as normas do CPC de 1973, aplicando-se, assim, a lei vigente à época da publicação da sentença/decisão recorável (aplicação da regra segundo a qual *tempus regit actum*), mesmo que o julgamento ocorra já sob a égide do CPC/2015.

Sobre o tema, esclarece Humberto Theodoro Júnior:

A propósito do agravo de instrumento, que sofreu significativas alterações no regime do novo Código, Antônio Notariano Júnior e Gilberto Gomes Bruschi fazem interessantes observações de direito intertemporal, das quais reputamos mais importantes as seguintes:

a) De acordo com o princípio *tempus regit actum*, é a data da intimação da decisão interlocutória que determinará se o agravo de instrumento estará sujeito ao regime do Código de 1973 ou ao do Código de 2015.

(b) Se o NCPC entrou em vigor quando o recurso já estava interposto, ou já era interponível, será processado e julgado segundo a lei do tempo da propositura do agravo ou da intimação da decisão agravável, ainda que a lei nova o tenha abolido. [...] (THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 47. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, v. III, p. 1.164).

Como, *in casu*, o recurso foi proposto em 29.12.2014, antes da vigência do CPC/2015, deve ser conhecido, seguindo-se a ordem do CPC/1973.

Ultrapassado esse particular, passo ao exame de mérito.

O mandado de segurança, na inteligência do art. 1º da Lei 12.016/2009 e art. 5º, inciso LXIX, da Constituição Federal, é o instrumento adequado para reprimir lesão, ou ameaça de lesão, de direito líquido certo, quando esse é atacado por ilegalidade ou abuso de poder de autoridade pública. Transcrevo o texto legal pertinente:

L.12.016/2009. Art. 1º Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, sempre que, ilegalmente ou com abuso de poder, qualquer pessoa física ou jurídica sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça.

CF. Art. 5º - LXIX - Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público;

Em se tratando de provimento sumário, essencial demonstrar, ainda, a presença do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*. Apenas após a constatação dos mencionados requisitos, cumulativamente, é que se autoriza a concessão da medida de urgência.

O que se pretende com este mandado de segurança é o cancelamento do alvará de construção autorizativo para a edificação de estabelecimento, com o objetivo de comercialização de derivados do petróleo, na Rua Engenheiro Carlos Mata Machado, esquina de Rua Joaquim Felício, haja vista sua incompatibilidade com a LC municipal nº 82/2012. Em sede liminar, o MM. Juiz acolheu o pedido do impetrante, determinando a suspensão do alvará e a paralisação das obras. Essa é, exatamente, a decisão recorrida.

Entendem os agravantes que os preceitos da LC municipal nº 82/2012 não são aplicáveis ao seu caso específico, pois o presente empreendimento nada mais é que a continuação das atividades autorizadas com o Alvará de Construção nº 7.559/2011. Conforme cópia nos autos, à f. 350-TJ, o referido alvará permitia ao Sr. Vicente de Paula Mendes de Sá Filho a construção de projeto com as seguintes características:

Local de construção: Rua Engenheiro Carlos Mata Machado/ Rua Joaquim Felício - Centro - Curvelo/MG. Área do terreno: 1.293,75 m², área de construção: 493,24 m². Outras características: Edificação com classificação Comercial. Inscrição Municipal: 01.03.039.0238.001.

Assim, para os agravantes, o alvará de licença, com exercício em 2013, nº do processo 4.204/2011, seria mera continuação do alvará anterior, não se justificando a imposição da alteração legislativa superveniente.

Data venia, não concordo com os argumentos dos agravantes, essencialmente porque o alvará de 2013 (f. 351-TJ) possui características diferentes daquele de 2011, quais sejam: "Local de construção: Rua Engenheiro Carlos Mata Machado/Rua Joaquim Felício - Centro - Curvelo/MG. Área do terreno: 596,72 m², área de construção: 493,24 m². Outras características: Edificação com classificação comercial. Inscrição Municipal: 01.03.039.0238.001". Alterou-se, ainda, o titular do empreendimento, que passou a ser a sociedade empresária RE Serviços Ltda.

Ou seja, o alvará de construção liberado em 2013 possui relevantes características novas, não sendo possível falar em mera continuação do alvará de 2011. Assim, ao ser concedido o alvará em 2013, dever-se-ia ter seguido as normas da LC Municipal nº 82/2012, já aplicáveis à época.

Com mais atenção, observa-se que, dada a importância e relevância de empreendimentos como esse, são necessárias normas específicas a tratar sobre o tema, pois temerária a livre e desimpedida construção de comércios de derivados do petróleo, especialmente em razão da segurança da população e da possibilidade de impacto ambiental. Logo, a LC municipal nº 82/2012 tem esse intuito e deve ser ovacionada.

Dentre as determinações da LC municipal nº 82/2012 (f. 76/80-TJ), verifica-se que o art. 6º tem especial preocupação quanto à área mínima a ser destinada a esses empreendimentos. O alvará de 2013, em que se reduziu a área destinada ao empreendimento (quando comparado ao alvará de 2011), autorizou, portanto, a construção da unidade física com medidas desacertadas, fora do padrão mínimo definido pela lei municipal. Portanto, em princípio, verifica-se a inadequação dessa autorização.

Por outra, na inteligência do art. 18 da LC municipal nº 82, de 18 de dezembro de 2012, constata-se que a lei entrou em vigor desde sua publicação. Em sendo assim, já no ano de 2013, são aplicáveis as alterações legislativas municipais, sendo que os novos licenciamentos devem ser submetidos a essas regras. Novamente reafirmo que esse seria o caso do alvará do empreendimento descrito à f. 351-TJ, de 2013, pois este tem relevantes características diferentes do alvará de f. 350-TJ, de 2011, não se tratando de mera continuação.

No mais, o texto do art. 17 da LC municipal nº 82/2012, que prevê: “O Poder Executivo regulamentará esta lei, por meio de Decreto, no prazo de 60 (sessenta) dias contados da sua publicação”, não interfere, em tese, nesse provimento. Isso porque, não se pretende bloquear a vigência das normas já descritas por essa lei, que são completas e autoaplicáveis, mas apenas viabilizar a complementação do sistema normativo, de forma a esclarecer e criar procedimentos condizentes com a lei em questão. Portanto, estou convencido de que aplicáveis, desde já as normas da LC municipal nº 82/2012, em especial o seu art. 6º, em que se definem regras aperfeiçoadas e próprias para a instalação de postos de abastecimento e serviços de veículos.

Por todo o dito, tenho que presente o *fumus boni iuris*.

Por último, acrescento que o *periculum in mora* é cristalino na espécie, dada a natureza do empreendimento que se pretende construir/instalar, que, como já dito, é complexo e de alto risco, podendo afetar a segurança da população e provocar danos ambientais, caso não observadas as regras técnicas mínimas.

Estou, assim, reconhecendo a presença de ambos os requisitos necessários para a concessão da medida liminar pretendida pelo impetrante (agravado), neste mandado de segurança, motivo pelo qual não vejo razões para reformar a decisão agravada. Sigo, nestes

termos, em consonância com os pareceres apresentados pelo Ministério Público, em primeira e segunda instâncias.
Conclusão.

Com essas considerações e razões de decidir, nego provimento ao recurso.

Custas recursais, pela parte agravante, na forma da lei.

É o meu voto.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES ALBERTO VILAS BOAS e EDGARD PENNA AMORIM.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Indenização - Propriedade industrial - Nome de marca - Reprodução parcial - Abstenção de uso - Direito de exclusividade sobre sílaba - Art. 124, XIX, da Lei 9.279/96 - Não incidência - Confusão entre as marcas - Impossibilidade - Desvio desleal de clientela - Proveito econômico parasitário - Não configuração - Registro no INPI - Marcas distintas - Produtos diferenciados - Livre concorrência de mercado

Ementa: Apelação cível. Ação indenizatória. Propriedade industrial. Supostos danos sofridos por sociedade empresarial. Nome de marca depositada para registro no INPI. Pedido de abstenção do uso. Direito de exclusividade de sílaba. Inexistência. Confusão ao consumidor. Ausência. Desvio desleal de clientela e proveito econômico parasitário. Não configuração. Distintividade entre as marcas. Posterior autorização do registro pelo INPI. Perdas e danos indevidos.

- A marca constitui sinal ou expressão destinada a individualizar os produtos, mercadorias e serviços de uma empresa, identificando-os perante o mercado e consumidores, cuja titularidade se dá por meio de registro no Instituto Nacional de Propriedade Industrial - INPI.

- Ante a ausência do direito de exclusividade do prefixo do nome da marca e, uma vez verificada a impossibilidade de confusão aos consumidores, bem como a inexistência de desvio de clientela e proveito econômico parasitário, não há falar em abstenção do uso e impedimento de comercialização dos produtos pela sociedade requerida.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0699.12.003814-5/001 - Comarca de Ubá - Apelante: Estok Comércio e Representações Ltda. - Apelada: Tocantins Importadora, Exportadora e Comércio Ltda. - Relator: DES. PEDRO BERNARDES

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 9ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 3 de maio de 2016. - *Pedro Bernardes* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. PEDRO BERNARDES - Cuida-se de apelação cível, interposta por Estok Comércio e Representações Ltda. contra a r. sentença de f. 824/825-v., proferida pelo MM. Juiz de Direito da 1ª Vara Cível da Comarca de Ubá, nos autos da ação indenizatória ajuizada pela ora apelante em face de Tocantins Importadora, Exportadora e Comércio Ltda., que julgou improcedente o pedido inicial.

Nas razões de f. 827/839, a apelante afirma, em síntese, que obteve uma série de registros de marca perante o Instituto Nacional de Propriedade Industrial, dentre os quais destaca-se a nomenclatura "TOK", utilizada indevidamente pela apelada; que notificou a recorrida, porém esta permaneceu inerte; que a marca da apelada, "TOKIMPORT", viola os seus direitos ao causar confusão nos consumidores; que a mera pretensão posta perante o INPI não legitima a recorrida a utilizar indevidamente o nome objeto da controvérsia; que o argumento de que a marca seria mista, não merece prosperar, pois o pedido de registro foi feito apenas na forma nominativa; que possui direito de exclusividade sobre a sílaba; que o princípio da especialidade das marcas deve fazer-se presente na constatação de eventual conflito; que o parasitismo praticado pela apelada compromete o poder de atratividade de suas marcas. Tece outras considerações, aduz entendimento doutrinário, cita artigo de lei e, ao final, requer seja o recurso conhecido e provido para reformar a sentença a fim de julgar procedente o pedido inicial.

Contrarrazões às f. 842/851, nas quais a apelada infirma expressamente as razões do apelo.

Preparo regular às f. 876/878.

Conheço do recurso, visto que presentes os pressupostos de admissibilidade.

Ausentes questões preliminares, passo ao exame de mérito.

Estok Comércio e Representações Ltda. (apelante) ajuizou ação indenizatória em face de Tocantins Importadora, Exportadora e Comércio Ltda. (apelada), pleiteando (i) a antecipação de tutela para sustar o uso da marca "TOK" pela ré, ora apelada, sob pena de multa diária de R\$5.000,00 (cinco mil reais); (ii) e indenização por perdas e danos em valor a ser apurado em perícia técnica.

Na sentença, o MM. Juiz de primeiro grau houve por bem julgar improcedente o pedido inicial ao

entendimento de que a autora, ora apelante, não logrou êxito em comprovar a possibilidade de confusão entre sua marca e a adotada pela ré, ora apelada, pelo que se concluiu pela distinção entre os nomes. Ao final, condenou a requerente ao pagamento de honorários advocatícios de sucumbência no percentual de 20% (vinte por cento) sobre o valor atualizado da causa.

O ponto de inconformismo da apelante se refere à necessidade de condenação da apelada ao pagamento de indenização por perdas e danos em decorrência da utilização supostamente indevida da expressão "TOK" em sua marca.

A finalidade da proteção ao uso das marcas é garantida constitucionalmente pelo disposto no art. 5º, XXIX, CF/88 e regulamentada pelo art. 129 da LPI.

Tal finalidade é dupla: por um lado, deve-se protegê-las contra a usurpação e o proveito econômico parasitário, bem como o desvio desleal de clientela alheia; e, por outro, evitar que o consumidor seja confundido quanto à procedência do produto, tendo em vista o que prescreve o art. 4º, VI, CDC.

O Superior Tribunal de Justiça, na ocasião do julgamento do REsp nº 1.450.153/RJ, teve a oportunidade de julgar caso semelhante ao destes autos, julgamento do qual se extrai elucidativo trecho do voto condutor da em. Ministra Nancy Andrighi, o qual esclarece pontos fundamentais para a solução da controvérsia:

[...] 6. A marca consiste no sinal distintivo que identifica produtos e serviços de outros semelhantes de origem diversa, assegurando-se ao seu titular o direito de ceder seu registro, licenciar o uso e zelar pela sua integridade.

7. Esse sinal distintivo encerra dupla relevância: de um lado, é benéfico ao titular, que tem seu produto ou serviço diferenciado dos demais no âmbito concorrencial; de outro, revela-se positivo ao consumidor, porquanto certifica a origem do produto ou serviço adquirido, evitando-se equívocos entre mercadorias e serviços de procedências diversas.

8. Ademais, a proteção das marcas tem grande valia para a dinâmica mercadológica, na medida em que viabiliza um ambiente de competição mercantil profícuo, sob a tônica da livre concorrência.

9. Diante desses fatores, o art. 124, XIX, da Lei 9.279/96 veda o registro de 'reprodução ou imitação, no todo ou em parte, ainda que com acréscimo, de marca alheia registrada, para distinguir ou certificar produto ou serviço idêntico, semelhante ou afim, suscetível de causar confusão ou associação com marca alheia'.

10. Cuida-se de um dos atos que configuram concorrência desleal, pois pode causar confusão entre produtos ou estabelecimentos, bem como desviar, de maneira direta ou indireta, em prol do contrafator, a clientela de um concorrente, acarretando ao último um prejuízo.

11. É certo que a confusão e o desvio de clientela devem ser coibidos, tendo em vista que importam em enriquecimento sem causa pelo agente, que se aproveita dos investimentos do titular da marca na sua própria imagem, usurpando-lhe os resultados positivos deles decorrentes.

12. No entanto, a parte final do art. 124, XIX, da LPI, ao vedar a reprodução ou imitação de sinal registrado, 'suscetível de causar confusão ou associação com marca alheia',

impõe a potencialidade de acarretar confusão ou associação, sendo desnecessária a comprovação do efetivo equívoco pelo público-alvo.

13. Nessa ordem de ideias, esta Corte já se pronunciou no sentido de que ‘para a tutela da marca basta a possibilidade de confusão, não se exigindo prova de efetivo engano por parte de clientes ou consumidores específicos’ (REsp 954.272/RS, 3ª Turma, de minha relatoria, DJe de 1º.04.2009). [...]

18. No entanto, em face do grau de subjetividade inerente à análise, pelo juiz, de possível colidência de marcas ou expressões de propaganda, a doutrina fixou os seguintes parâmetros para viabilizar uma análise objetiva entre marcas, como destaquei no voto condutor do acórdão no recurso especial transcrito acima: (i) as marcas devem ser apreciadas sucessivamente, de modo a se verificar se a lembrança deixada por uma influencia na lembrança deixada pela outra; (ii) as marcas devem ser avaliadas com base nas suas semelhanças e não nas suas diferenças; e (iii) as marcas devem ser comparadas pela sua impressão de conjunto e não por detalhes.

19. Portanto, em demandas relativas a violação de direito marcário, o julgador não deve analisar os elementos disponíveis isoladamente, mas sim examinar as circunstâncias em seu conjunto, bem como se as semelhanças existentes entre as marcas influenciaram a lembrança de uma marca em face da outra (REsp 1450143/RJ, Rel.ª Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, j. em 19.08.2014, DJe de 02.09.2014).

Em que pese o art. 124, XIX, da Lei da Propriedade Industrial vedar a reprodução ou imitação da marca suscetível de causar confusão ou associação com outra, para a recusa de registro, por haver anterior marca assemelhada, deve a autoridade administrativa tomar em conta se há identidade dos produtos e se pertencem ao mesmo gênero de indústria e comércio, consistindo a novidade marcária, sobretudo, na impossibilidade de confundir-se com qualquer outra empregada para produtos ou serviços semelhantes.

Denis Borges Barbosa, em lição que guarda estrita sintonia com a lei de regência e a jurisprudência do STJ, afirma que a marca deve diferenciar-se daquelas que disputam o mesmo mercado, não podendo, nesses casos, ser concedido registro à que tenha potencial de causar confusão ou associação com outra pré-registrada, “levando em conta as semelhanças do conjunto, em particular dos elementos mais expressivos, e não as diferenças de detalhe” e o público a que se destina as marcas para aferimento da possibilidade de colidência:

3.3. Da distintividade relativa, ou diferencial

A questão aqui é a do valor das marcas entre si - sua distintividade relativa. Uma marca deve diferenciar-se das marcas que disputam o mesmo mercado de forma tal que lhe garanta a unicidade: o reconhecimento de que a origem indicada por uma marca se distingue da outra. Ou seja, que, entre uma e outra, não exista confundibilidade em tese e, a fortiori, confusão. [...]

3.3.1. A análise de mercado

Para se determinar a confusão marcária verifica-se, em primeiro lugar, se existe, entre as mesmas marcas, um único e só mercado real (produto ou serviço idêntico ou semelhante), pois, como assinala a recente obra oficial da Organização Mundial da Propriedade Intelectual sobre o assunto,

similaridade de bens e serviços é item distinto, e prejudicial, da análise de confusão entre marcas.

3.3.1.1. Simultaneidade no mercado real

A simultaneidade a que se refere o inciso XIX do art. 124 do Código não é formal, ou de parencas lógicas, mas pertinência das duas marcas ao mesmo mercado. Ou seja, se os produtos ou serviços a que se referem as marcas (e não as marcas em si mesmo) forem competidores num mesmo espaço de mercado.

A concorrência, para ser relevante para a propriedade intelectual [...] é preciso que se faça sentir em relação a um mesmo produto ou serviço.

A identidade objetiva pressupõe uma análise de utilidade do bem econômico: haverá competição mesmo se dois produtos forem dissimilares, desde que, na proporção pertinente, eles atendam a algum desejo ou necessidade em comum. Assim, e utilizando os exemplos clássicos, a manteiga e a margarina, o café e a chicória, o álcool e a gasolina. É necessário que a similitude objetiva seja apreciada em face do consumidor relevante.

[...]

O inciso XIX do art. 124 do Código preceitua que (uma vez se determine a similitude de mercado ou afinidade) deve-se proceder à comparação entre as marcas, para se verificar se a reprodução (no todo ou em parte, ainda que com acréscimo) ou imitação (nas mesmas condições), é efetivamente suscetível de causar confusão ou associação com a marca alheia. Esse procedimento é, assim, um segundo estágio da análise, após se determinar que há competição real ou simbólica efetiva ou potencial, entre os produtos e serviços assinalados.

Haverá confusão ‘quando não podemos reconhecer as distinções, as diferenças; quando as coisas se tomam umas pelas outras; quando se misturam umas com as outras’.

Haverá associação nas hipóteses em que, mesmo não cabendo confusão - o consumidor não toma um signo por outro - há intensa relação simbólica entre uma marca e outra, ou assimilação entre a marca e a linguagem comum de um segmento de mercado, com risco de que o público possa entender que o signo tem como referência um produto ou serviço distinto do real, ou uma origem diversa da verdadeira. [...]

3.3.2.1. Análise em abstrato

Tanto no exame prévio ao registro quanto, pelas mesmas razões, na revisão dos atos da administração e juízo de arguição de nulidade, a análise é do potencial de confusão ou associação. Com efeito, não se tem aí juízo de concorrência desleal, que sempre exige análise *ad hoc* e fática, nem mesmo juízo de contrafação.

Neste contexto de exame ou de nulidade - e só neste - aplica-se com precisão o que diz Mauricio Lopes Oliveira:

Não é necessário que a confusão efetivamente se dê, basta a possibilidade, a qual se entende existir sempre que as diferenças não se percebam sem minucioso exame e confrontação da marca legítima com a semelhante, conforme destacou Affonso Celso, in *Marcas industriais e nome commercial*, Imprensa Nacional, 1888, p. 55-56. Idêntico é o entendimento de Clóvis Costa Rodrigues: ‘Bastará, tão só, existir possibilidade de confusão, caracterizada pela dúvida, pela incerteza, pela iminência de fraude’.

[...]

Dois princípios são capitais para a determinação da colidência. Em primeiro lugar, a colidência ou anterioridade deve ser apreciada levando em conta as semelhanças do conjunto, em particular dos elementos mais expressivos, e não as diferenças de detalhe: [...] Em segundo lugar, deve-se

verificar a semelhança ou diferença à luz do público a quem a marca é destinada, em sua função própria. Tal critério que é particularmente valioso no caso de contrafação, não pode deixar de ser levado em conta no parâmetro da registrabilidade (BARBOSA, Denis Borges. *Proteção das marcas: uma perspectiva semiológica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 85-89).

Tendo em vista as considerações traçadas acerca da matéria posta em exame e após minuciosa análise do conjunto fático-probatório, tenho que razão não assiste à recorrente.

Conquanto ambas as empresas atuem, entre outros ramos, com importação, exportação e comércio varejista de móveis e utensílios domésticos para decoração (f. 63/64 e f. 758), tenho que não há similitude objetiva em face do consumidor e do mercado relevante, visto que a autora/apelante atua com grandes plataformas de venda com abrangência em nível nacional e internacional, ao passo que a ré/apelada atua com muito mais presença em pequenas operações com lojistas para posterior revenda.

Ora, basta observar a presença de publicidade de cada empresa no mercado e o perfil econômico de cada uma por meio do capital social, sendo R\$29.060.000,00 (vinte e nove milhões e sessenta mil reais) da Estok Comércio e Representações Ltda. - f. 64, e R\$250.000,00 (duzentos e cinquenta mil reais) da Tocantins Importadora, Exportadora e Comércio Ltda. - f. 759.

Ademais, a marca da apelada, "TOKIMPORT", não é capaz de gerar confusão nos consumidores das marcas da empresa apelante ("TOK & STOK", "TOK-ESTOK", "TOK-STOCK", "TOK & ARTE", "TOK & VIDA", "ESTOK", "MINISTOK", "MAXISTOK", "TOK FINAL", "POPSTOCK" e "SOFISTOK" - f. 06/15).

A meu aviso, não há configuração de desvio desleal de clientela, proveito econômico parasitário, bem como juízo de contrafação, permanecendo a diferenciação dos produtos sem qualquer prejuízo à livre concorrência do mercado (art. 170, IV, CF/88).

De igual maneira, a partir da impressão dos conjuntos marcários e do elemento mais expressivo do caso concreto, não vejo a lembrança deixada pela "TOKIMPORT" influenciar e colidir com a lembrança deixada pelas marcas da apelante, de sorte que resta patente a distintividade entre elas e a unicidade de cada uma.

Penso que a utilização da sílaba "TOK" pela recorrida não enseja a aplicação do art. 124, XIX, da Lei nº 9.279/96, pois inexistente reprodução parcial da marca da apelante com vistas a se assemelhar aos seus produtos, ao contrário do que alega a recorrente, sendo a origem e a motivação de tal nome apenas uma referência ao município no qual está sediada a empresa apelada, qual seja Tocantins/MG.

Com efeito, o registro das marcas da apelante no INPI não lhe confere exclusividade no uso da sílaba

"TOK", nem proteção contra terceiros. Prova disso, é o deferimento por este mesmo instituto do registro de 6 (seis) marcas, são elas: "BABYTOK" (Processo nº 811987841), "BONTOK" (Processo nº 818883985), "TOK SPUMA" (Processo nº 811987841), "TOK SPECIAL" (Processo nº 818456760), "SCRITOK" (Processo nº 820055336), "ARTOK" (Processo nº 822638738) - f. 686/689, sendo 3 (três) deles com oposição frustrada da recorrente, sem qualquer êxito administrativo em seus pleitos.

Como se vê, o prefixo "TOK" consta em todas as marcas com registro deferido pelo Instituto Nacional da Propriedade Industrial a outras sociedades empresárias, razão pela qual não seria agora que deveria ser concedida à ré exclusividade e condenada a recorrida em indenização por perdas e danos.

Por fim, mas definitivamente não menos importante, a sociedade apelada lançou mão muito bem de sua prerrogativa autorizada pelo Código de Processo Civil de juntar documento novo inexistente ao tempo da sentença que guarda estrita relação com o deslinde da lide.

Cuida-se do documento acostado às f. 858/861, que comprova o deferimento do pedido e concessão do registro pelo INPI da marca "TOKIMPORT" à recorrida (Processo nº 902485466).

Ante todo o exposto e por tudo mais o que dos autos consta, nego provimento ao recurso, para manter incólume a sentença proferida pelo MM. Juiz a quo.

Custas, pela apelante.

É como voto.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES LUIZ ARTUR HILÁRIO e MÁRCIO IDALMO SANTOS MIRANDA.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Locação de imóveis - Exercício do direito de compra previsto contratualmente - Fato imprevisível - Inocorrência

Ementa: Apelação cível. Ação cominatória. Pedido declaratório. Locação de imóveis. Exercício de direito de compra do imóvel principal pelo locatário. Alegação de fato imprevisível. Ineficácia dos aditivos contratuais dos imóveis remanescentes. Inocorrência. Impossibilidade. Sentença mantida.

- O exercício da opção de compra do imóvel principal pelos locatários não constitui fato imprevisível e extraordinário que justifique a declaração de ineficácia dos aditivos contratuais referentes à locação dos imóveis remanescentes.

- Confirmada a improcedência do pedido de ineficácia dos primeiros contratos, mantém-se o negócio jurídico

primitivo e, conseqüentemente, torna-se desnecessário o exame do segundo requerimento, uma vez que o pedido de reconhecimento de novos pactos de locação está condicionado à procedência do pedido de extinção dos contratos iniciais.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0106.14.004098-6/001 - Comarca de Cambuí - Apelantes: Roberto Sidynei Barusso e outro, Aparecida Martins - Apelados: Antônio Vilhena Paula Souza e outro, Vicente Vilhena Paula Souza - Relator: DES. VICENTE DE OLIVEIRA SILVA

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 10ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO DE APELAÇÃO.

Belo Horizonte, 21 de junho de 2016. - *Vicente de Oliveira Silva* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. VICENTE DE OLIVEIRA SILVA - Trata-se de recurso de apelação cível interposto por Roberto Sidynei Barusso e Aparecida Martins Barusso, por meio do qual buscam a reforma da sentença proferida pela Juíza de Direito da 1ª Vara Cível, Criminal e da Infância e Juventude da Comarca de Cambuí (f. 231/238), integralizada pela decisão de f. 243 que, em 'Ação Cominatória com Pedido Alternativo Declaratório' ajuizada contra Antônio Vilhena Paula de Souza e Vicente Vilhena Paula Souza, julgou improcedentes os pedidos deduzidos na petição inicial.

Os ônus da sucumbência ficaram a cargo dos autores, ora recorrentes, sendo os honorários advocatícios arbitrados em 15% (quinze por cento) sobre o valor atribuído à causa.

Em suas razões (f. 245/248), os autores, ora apelantes, afirmam que os alugueres dos três imóveis de sua propriedade sempre foram negociados conjuntamente.

Alegam que, diante da opção de compra do imóvel principal, exercida pelos apelados, modificou-se a situação entre as partes, já que tal imóvel correspondia à maior parte do preço global do aluguel ajustado.

Salientam que, no ato de assinatura da escritura pública de compra e venda do imóvel principal, as partes convencionaram verbalmente o reajuste dos imóveis remanescentes, aduzindo que houve troca de e-mails com o patrono dos apelados, nos quais foi ratificado o reajuste pactuado.

Ressaltam que os novos contratos elaborados com os valores acertados não foram devolvidos pelos apelados e os mesmos continuam pagando os valores antigos, tudo a acarretar-lhes prejuízos.

Assim, requerem a reforma da sentença para que seja declarada a ineficácia dos aditivos contratuais

pactuados em 28 de janeiro de 2014, nos quais são mantidos os valores antigos dos alugueres dos imóveis remanescentes e, ainda, declarada a existência de novo contrato de locação sobre esses mesmos imóveis, estabelecendo-se o reajuste de valores firmado verbalmente.

Preparo: regular (f. 249).

O recurso foi recebido em seus regulares efeitos (f. 250).

Em contrarrazões apresentadas às f. 252/266, os apelados pedem a manutenção da sentença por considerá-la justa e correta.

É o relatório.

Conheço do recurso de apelação, visto que presentes os pressupostos condicionantes de sua admissibilidade.

Registre-se, inicialmente, que o julgamento do presente recurso observará as normas do Código de Processo Civil de 1973, conforme orientam os Enunciados Administrativos nºs 02 e 07, aprovados em sessão plenária do Superior Tribunal de Justiça, assim redigidos:

Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas, até então, pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (Enunciado nº 02).

Somente nos recursos interpostos contra decisão publicada a partir de 18 de março de 2016 será possível o arbitramento de honorários sucumbenciais recursais, na forma do art. 85, § 11, do novo CPC (Enunciado nº 07).

Inexistindo preliminares a exigirem solução, passo diretamente ao exame e à resolução do mérito recursal.

Da análise dos autos, verifica-se que as partes ajustaram a locação de três imóveis em contratos distintos.

O primeiro contrato (f. 10/20) tinha como objeto a locação de imóvel industrial (frigorífico), com aluguel mensal de R\$25.000,00 (vinte e cinco mil reais) e vigência compreendida entre 1º de março de 2009 e 1º de março de 2014.

Já o segundo ajuste (f. 21/26) estabelecia a locação de imóvel residencial, no valor mensal de R\$1.300,00 (mil e trezentos reais) e período de duração entre 10 de fevereiro de 2009 e 9 de fevereiro de 2010.

Por fim, o terceiro pacto previa o aluguel de imóvel comercial, com mensalidade de R\$700,00 (setecentos reais) e prazo de vigência de 1º de março de 2009 a 28 de fevereiro de 2010 (f. 27/30).

Em 28 de janeiro de 2014, foram firmados dois aditivos contratuais (f. 96/97-v.) relativos à locação dos imóveis residencial e comercial. Tais ajustes prorrogaram a vigência dos contratos anteriores por mais sessenta meses - com início em 1º de janeiro de 2014 e término em 1º de janeiro de 2019 -, conservando-se os valores dos contratos primitivos, vale dizer, R\$1.300,00 (mil e trezentos reais) para o imóvel residencial e R\$700,00 (setecentos reais) para o comercial.

Ainda na vigência do contrato inicial de locação do frigorífico, foi exercida a opção de compra do referido bem pelos apelados. Tal fato se deu mediante a proposição de ação judicial em 28 de fevereiro de 2014, resultando na alienação do imóvel industrial em 12 de março de 2014.

No caso em comento, o deslinde da controvérsia consiste na análise da possibilidade de reconhecimento da ineficácia dos aditivos contratuais pactuados no dia 28 de janeiro de 2014, em decorrência de fato superveniente que modificou a situação entre as partes e, supostamente, teria acarretado prejuízo aos apelantes. Sendo possível decretar a ineficácia desses contratos, resta averiguar a viabilidade de caracterização de nova relação jurídica entre os litigantes, mediante suposto ajuste verbal ocorrido no ato de assinatura do contrato de compra e venda do frigorífico.

Pois bem. Para que seja declarada a ineficácia de um contrato por fato superveniente, é necessário que tal fato seja imprevisível e extraordinário, conforme determinam os arts. 317 e 478 do Código Civil, *in verbis*:

Art. 317. Quando, por motivos imprevisíveis, sobrevier desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento de sua execução, poderá o juiz corrigi-lo, a pedido da parte, de modo que assegure, quanto possível, o valor real da prestação.

Art. 478. Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação - grifei.

No entanto, o contrato de locação do imóvel industrial prevê a opção de compra do bem, conforme se verifica da cláusula vigésima primeira do ajuste (f. 19).

A inserção de tal disposição no instrumento contratual impede que a alienação do bem seja considerada como fato superveniente imprevisível e, portanto, utilizada como justificativa para reconhecer a ineficácia dos aditivos contratuais pactuados, já que os apelantes tinham ciência de que os apelados poderiam exercer o direito de compra do imóvel a qualquer tempo dentro do prazo de vigência do ajuste.

Por outro lado, mesmo que se admitisse a alienação do frigorífico como fato imprevisível e extraordinário, o reconhecimento da ineficácia dos contratos convencionados, em 28 de janeiro de 2014, implicaria a extinção de tais avenças por meio de resilição bilateral, também conhecida como distrato, que, na espécie, seria o resultado lógico do posterior acordo verbal alegado.

Entretanto, conforme bem exposto na sentença, o art. 472 do Código Civil estabelece que o distrato deve ser executado pelo mesmo meio exigido para se realizar o contrato, senão vejamos: “Art. 472. O distrato faz-se pela mesma forma exigida para o contrato.”

Como os contratos primitivos e igualmente os aditivos foram realizados de forma escrita, um eventual distrato não comporta a forma verbal alegada pelos apelantes, devendo ser obrigatoriamente redigido.

Nesse sentido, colha-se jurisprudência do Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

Embargos infringentes. Interposição anterior ao julgamento dos declaratórios. Intempestividade. Não configurada. Voto minoritário. Prevalência. Ação de cobrança. Serviços de engenharia. Valor contratado. Alteração posterior em Anotação de Responsabilidade Técnica (ART). Predomínio do ajuste em contrato escrito. Honorários advocatícios. Fixação. Critérios. [...] II. A Anotação de Responsabilidade Técnica (ART) constitui uma exigência do Crea e não substitui o contrato escrito firmado entre as partes anteriormente. III. O art. 472 do CC determina que o distrato deve ser feito pela mesma forma do contrato, vale dizer, se a obrigação foi contraída por escrito a sua desoneração deve obedecer à mesma forma, prevalecendo o princípio do paralelismo das formas. [...] (TJMG - Embargos Infringentes nº 1.0024.09.545714-9/003, Relator: Des. Luiz Artur Hilário, 9ª Câmara Cível, j. em 07.08.2012, publicação da súmula em 27.08.2012) - destaquei.

Apelação cível. Cobrança. Locação. Distrato verbal. Impossibilidade. Desocupação antes do término do contrato. Ausência de comprovação da efetiva entrega das chaves e rescisão contratual. Aluguéis devidos. - O distrato faz-se pela mesma forma exigida para o contrato, nos termos do art. 472 do Código Civil; não há possibilidade de se distratar verbalmente o que se contratou por escrito. - A mera desocupação do imóvel locado não implica a extinção do contrato de locação, o que somente ocorrerá com a efetiva entrega das chaves (TJMG - Apelação Cível nº 1.0699.06.066398-5/002, Relator: Des. José Antônio Braga, 9ª Câmara Cível, j. em 29.06.2010, publicação da súmula em 19.07.2010) - grifei.

Dessarte, relativamente ao ponto do recurso que pugna pela declaração de ineficácia dos aditivos contratuais entabulados entre os litigantes, nada há a prover.

Com relação ao segundo pedido formulado pelos apelantes, esclareça-se que, confirmada a improcedência do pedido de ineficácia dos primeiros contratos, mantém-se o negócio jurídico primitivo e, consequentemente, torna-se desnecessário o exame deste requerimento, uma vez que o pleito de reconhecimento de novos contratos de locação está condicionado à procedência do pedido de extinção dos contratos iniciais.

Em face de todo o exposto, nego provimento ao recurso de apelação e mantenho incólume a sentença por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Custas recursais, pelos apelantes.

É como voto.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES MANOEL DOS REIS MORAIS e ÁLVARES CABRAL DA SILVA.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO DE APELAÇÃO.

...

Idoso - Realização de negócio jurídico - Plena capacidade física e mental - Ação civil pública - Ministério Público - Defesa de direito individual disponível - Ilegitimidade ativa - Configuração - Extinção do processo sem resolução de mérito - Inteligência do art. 267, VI, do CPC/73

Ementa: Apelação cível. Ação civil pública. Defesa de direito individual disponível. Idoso com capacidade mental plena. Ilegitimidade ativa configurada. Extinção do processo sem resolução do mérito. Inteligência do art. 267, VI, do CPC.

- Conforme disposto no art. 127 da Constituição da República, cabe ao Ministério Público a defesa dos direitos e interesses sociais e individuais indisponíveis, não possuindo legitimidade para a defesa de direito individual disponível, ainda que de pessoa idosa, que firmou negócio jurídico em gozo de plena capacidade física e mental.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0704.12.004320-0/001 - Comarca de Unaí - Apelante: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Apelados: Alice Pereira de Souza, Luiz Carlos Mota - Relator: DES. VALDEZ LEITE MACHADO

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 14ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 2 de junho de 2016. - *Valdez Leite Machado* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. VALDEZ LEITE MACHADO - Cuida-se de recurso de apelação interposto pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais contra a sentença de f. 69-72, de lavra do MM. Juiz da 2ª Vara Cível da Comarca de Unaí, proferida nos autos da ação civil pública ajuizada em face de Alice Pereira de Souza e Luiz Carlos Mota, que julgou o feito extinto sem resolução do mérito, nos termos do art. 267, IV e VI, do CPC/73, por ter reconhecido a ilegitimidade ativa do apelante.

Consubstanciado o inconformismo nas razões de f. 74-75, sustentou que o art. 127 da Constituição Federal confere legitimidade ao Ministério Público para a defesa de direitos individuais indisponíveis por meio de ação civil pública, como no caso dos autos, que visa à proteção do direito da pessoa idosa, notadamente de seu direito à moradia e à dignidade da pessoa humana, arts. 6º e 1º, III, ambos da CF, respectivamente, tal como previsto também no Estatuto do Idoso, Lei 10.741/2003.

Ressaltou que o escopo da presente ação não se relaciona aos interesses da filha de criação da idosa, e sim ao fato de esta ter sido vítima de simulação de compra e venda, quando na verdade operou a doação do único bem de seu patrimônio e que o tem para moradia, gratuitamente e em benefício de pessoa que sequer é sua herdeira, sem reserva de usufruto, com risco de suportar situação de indignidade, ficando, literalmente, na "rua da amargura".

Citou os arts. 166 e 167 do Código Civil para justificar o pleito de declaração de nulidade do negócio firmado entre Alice Pereira e Carlos Mota.

Ao final, pugnou pelo provimento do recurso para cassar a sentença hostilizada.

Sem contrarrazões nos autos, visto que não realizada a citação dos recorridos.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça emitiu parecer às f. 92-94, opinando pelo provimento do recurso.

É o relatório em resumo.

Presentes os pressupostos de admissibilidade do recurso, dele conheço.

Insurge-se a parte autora contra a r. sentença primeva, que extinguiu o feito sem resolução do mérito nos termos do art. 267, VI, do CPC/73, por ter reconhecido a ilegitimidade ativa do Ministério Público para interpor a presente ação civil pública, sob o fundamento de que o caso não cuida de interesse individual homogêneo, mas sim de direito puramente individual.

A meu ver, o recurso não merece prosperar.

Observa-se dos autos que o Ministério Público do Estado de Minas Gerais ajuizou a presente ação civil pública, em face de Alice Pereira de Souza e Luiz Carlos Mota, com o escopo de anular a compra e venda retratada na averbação imobiliária de f. 17, com vistas a proteger os interesses da primeira requerida, porquanto idosa e se desfez do único imóvel de sua moradia, sem reserva de usufruto vitalício, vislumbrando risco de sujeitar-se à situação de indignidade, haja vista o risco de ver-se afastada da aludida moradia.

Com efeito, conforme disposto no art. 127 da Constituição da República, cabe ao Ministério Público a defesa dos direitos e interesses sociais e individuais indisponíveis, todavia não possui legitimidade para defesa de direito individual disponível.

Reproduzo referido dispositivo legal:

Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis [...].

Vale lembrar que, na ação civil pública, o Ministério Público atua como substituto processual da sociedade, na exigência do cumprimento da lei, e só teria legitimidade ativa *ad causam* se estivesse a defender os interesses transindividuais, sem vinculação com qualquer das partes.

Nesse sentido:

Processual civil. Legitimidade ativa. Ministério Público. Direito individual. 1. O Ministério Público não tem legitimidade ativa, por falta de expressa autorização legal (CPC, art. 6º), para pleitear em juízo direito individual alheio em nome próprio. Extinção do processo. Precedente do STJ. 2. Agravo de instrumento provido. Processo extinto (TJRS, AI nº 70006490080, 4ª Câmara Cível, Rel. Des. Araken de Assis, j. em 10.09.2003).

Constitucional e processual civil. Ação civil pública. Fornecimento de medicamentos. Ilegitimidade do Ministério Público. Extinção do feito. A lei outorga ao Ministério Público a defesa dos interesses transindividuais, bem como lhe legitima na defesa dos interesses difusos. Sendo o caso de direito material individual da parte, que pode ser defendido singularmente, falece legitimidade ao *Parquet*, não sendo a ação proposta o meio idôneo para o fim almejado, ainda que se trate de garantia fundamental, assegurada na Constituição Federal. Apelo desprovido. Confirmada sentença em reexame necessário (TJRS, AC nº 70004770756, 4ª Câmara Cível, Rel. Des. Vasco Della Giustina, j. em 25.09.2002).

Por sua vez, o art. 129 da Carta Magna elucida, claramente, quais são suas funções institucionais, entre outras promover ações penal pública, civil pública e declaratória de inconstitucionalidade; defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas; exercer o controle externo da atividade policial e outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com a sua finalidade, dispondo, em seu item III, que:

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.

Por outro lado, a Lei nº 10.741/2003, que dispõe sobre o Estatuto do Idoso, autoriza a adoção de medidas de proteção em caso de violação dos seus direitos:

Art. 43. As medidas de proteção ao idoso são aplicáveis sempre que os direitos reconhecidos nesta Lei forem ameaçados ou violados:

I - por ação ou omissão da sociedade ou do Estado;

II - por falta, omissão ou abuso da família, curador ou entidade de atendimento;

III - em razão de sua condição pessoal.

Art. 44. As medidas de proteção ao idoso previstas nesta Lei poderão ser aplicadas, isolada ou cumulativamente, e levarão em conta os fins sociais a que se destinam e o fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários.

Art. 45. Verificada qualquer das hipóteses previstas no art. 43, o Ministério Público ou o Poder Judiciário, a requerimento daquele, poderá determinar, dentre outras, as seguintes medidas:

I - encaminhamento à família ou curador, mediante termo de responsabilidade;

II - orientação, apoio e acompanhamento temporários;

III - requisição para tratamento de sua saúde, em regime ambulatorial, hospitalar ou domiciliar;

IV - inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a usuários dependentes de drogas lícitas ou ilícitas, ao próprio idoso ou à pessoa de sua convivência que lhe cause perturbação;

V - abrigo em entidade;

VI - abrigo temporário.

É cediço que a aludida Lei nº 10.741/2003 é clara ao dispor sobre o cabimento de adoção de medidas pelo representante do Ministério Público, visando reprimir ou impedir a violação ou ameaça dos direitos do idoso em situação de incapacidade ou mesmo vulnerabilidade, conforme se depreende do seu art. 43.

Sendo assim, deve ser admitida a legitimidade do Órgão Ministerial somente para a defesa de interesses individuais homogêneos que se qualifiquem como indisponíveis, por melhor se harmonizar tal entendimento com os ditames da Constituição da República.

Sobre o assunto, colaciono lição de José dos Santos Carvalho Filho (*Ação civil pública*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001, p. 114 e 115):

A despeito de ser clara a disciplina relativa ao Ministério Público, tem havido muitas divergências, entre os estudiosos e nos Tribunais, quanto a sua atuação na defesa de interesses individuais homogêneos.

O núcleo do problema, a nosso ver, está na interpretação dos arts. 81, 82 e 91 do Código de Defesa do Consumidor. [...]

Do modo como estão colocados os dispositivos, parece claro que a lei conferiu legitimação concorrente, inclusive ao Ministério Público, para deflagrar a defesa coletiva no caso de haver responsabilidade por danos individualmente sofridos. Ora, de todos os casos de defesa coletiva expostos no art. 81, parágrafo único, a única categoria em que se vislumbra a possibilidade de identificar danos individuais é a dos interesses individuais homogêneos. A conclusão, portanto, é a de que o Ministério Público tem legitimidade para propor ação civil pública visando à tutela de tais interesses. [...]

Entretanto, somente se pode admitir tal legitimidade se os interesses individuais homogêneos se qualificarem como indisponíveis, porque, como já visto, a Constituição deixou claro que a tutela do Ministério Público deve ser dirigida a interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127). No mesmo sentido, dispuseram as leis orgânicas reguladoras da instituição.

Desse modo, não há, em nosso entender, como ampliar essa interpretação, a única, na verdade, que se compatibiliza com o texto constitucional. Se o Ministério Público atuar em defesa de interesses individuais homogêneos disponíveis, estará agindo em desconformidade com o quadro normativo vigente e, como a atuação está fora de suas atribuições, será ela inconstitucional.

Ocorre que, na hipótese dos autos, embora o interesse defendido se trate de suposta violação a direito de Alice Pereira de Souza, então com 88 anos de idade, verifica-se que o Ministério Público busca a anulação do negócio jurídico entabulado entre esta e o segundo réu, ao argumento de se tratar de simulação de compra e venda, quando na verdade se trata de doação sem reserva de usufruto, correndo o risco de que a então doadora fique desalojada, sem moradia.

Todavia, todas as provas dos autos estampam que Alice Pereira, embora idosa, está em plena capacidade de suas faculdades físicas e mentais (f. 27), prestando

depoimento no sentido de que a aludida venda ocorreu sob condição de manutenção da moradia, embora não tenha sido formalizada cláusula de usufruto. Por outro lado, o relatório social de f. 36-37 foi conclusivo no sentido de que o negócio celebrado pelos réus, pelo menos sob a ótica de justificar ou não a intervenção do Ministério Público como substituto processual, não aparenta ter sido firmado sob vício de vontade.

Confira:

Assim, a partir do contexto apresentado e de observações, pode-se perceber que a usuária aparenta ter consciência de toda a situação, relatando minuciosamente todos os fatos, transparecendo tranquilidade e satisfação na decisão tomada.

Dessa forma, indene de dúvidas que o direito alegado no caso cuida de direito individual disponível, que não pode ser tutelado mediante ação civil pública. Isso porque o direito pretendido no caso não possui natureza de interesse indisponível, tutelado pela Constituição Federal.

Ora, indisponível, por definição dos dicionários pátrios, é aquilo de que não se pode abdicar, abrir mão, dispor. No que concerne aos direitos indisponíveis, observa-se que são aqueles chamados personalíssimos, fundamentais, preceituados pela Constituição da República, como o direito à liberdade, à educação, à saúde, à vida, à cultura, à honra, ao nome, à intimidade, que, segundo a doutrina, não têm conteúdo econômico determinado, não admitindo renúncia ou transação, caso, entretanto, que não se verifica nos autos em apreço.

A legitimação do Ministério Público, conferida pelos arts. 127, *caput*, e 129, inciso III, da Constituição da República, deve ser interpretada em conjunto com a legislação infraconstitucional apropriada, a fim de adequar o interesse sob exame. E, no caso, repito, trata-se de interesse individual disponível, não se enquadrando em qualquer das espécies de interesses que legitimam a atuação ministerial.

Nesse contexto, o pretendido direito de anular o negócio firmado entre os réus diz respeito a direito individual disponível de pessoa capaz, incumbindo tão somente ao interessado reivindicar ou reclamar, não sendo possível ao Ministério Público substituí-lo nessa tarefa, já que, na sistemática do direito pátrio, em regra, ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio (art. 6º, CPC).

Colaciono julgados do Superior Tribunal de Justiça:

A legitimidade do Ministério Público é para cuidar de interesses sociais difusos ou coletivos e não para patrocinar direitos individuais privados e disponíveis (Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 181.892-MG, 1ª Seção, Rel. Min. Garcia Vieira, DJU de 08.05.00).

Entre as funções institucionais do Ministério Público se inclui a de promover a ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos, não se inserindo entre estes,

contudo, os individuais, que, embora homogêneos, não sejam indisponíveis (RT 731/321).

O Superior Tribunal de Justiça decidiu que o Ministério Público não tem legitimidade para propor ação de indenização em favor de contaminado pela AIDS. Esse interesse qualifica-se como individual e pode ser defendido singularmente, por cada um dos seus titulares, v.g., por meio de mandados de segurança ou ações declaratórias. Segundo a decisão, a ação civil pública não é meio idôneo para esse fim. Daí a ilegitimidade do *Parquet* (STJ, 1ª Turma, *Infojus*).

O entendimento deste Tribunal é no mesmo sentido:

Ação civil pública. Contrato de compra e venda de bem imóvel. Código de Defesa do Consumidor. Interesses difusos ou coletivos. Não configuração. Interesses individuais homogêneos disponíveis. Ausência de legitimidade do Ministério Público. - Ao Ministério Público, por via de ação civil pública, incumbe a defesa de interesses difusos ou coletivos e dos interesses individuais homogêneos, quando indisponíveis. Indisponível, por definição, é aquilo de que não se pode dispor. No que concerne aos direitos, indisponíveis são os direitos chamados personalíssimos, fundamentais (à liberdade, à educação, à saúde, à cultura, à honra, ao nome, à intimidade), que, segundo a doutrina, não têm conteúdo econômico determinado, não admitindo renúncia ou transação. Contrato de compra e venda de imóvel não envolve interesse de natureza indisponível, com as características que se lhe impõem, até porque possui conteúdo econômico determinado, sendo as prestações contratadas variáveis, em função da proposta a que aderiu cada comprador individualmente" (Apelação Cível n. 478.164-0, Décima Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, Rel.º Des.º Selma Marques. j. em 25.05.2005).

Diante do exposto, nego provimento ao recurso, mantendo a r. sentença de primeiro grau.

Isento o Ministério Público do pagamento das custas recursais, nos termos do art. 18 da Lei 7.347/85.

Votaram de acordo com o Relator as DESEMBARGADORAS EVANGELINA CASTILHO DUARTE e CLÁUDIA MAIA.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

**Honorários advocatícios - Defensor
dativo - Idoneidade da certidão apresentada pelo
autor - Erro da secretaria do juízo - Imputação
ao advogado - Impossibilidade - Honorários
de sucumbência - Redução - Critério do
art. 20, § 4º e alíneas do § 3º - Cabimento**

Ementa: Apelação. Embargos à execução. Honorários advocatícios. Defensor dativo. Idoneidade da certidão apresentada pelo autor. Honorários de sucumbência.

Redução. Critério do art. 20, § 4º e alíneas do § 3º. Cabimento. Recurso parcialmente provido.

- O erro da Secretaria do Juízo ao redigir a certidão não poder ser imputado ao advogado, causando-lhe prejuízo para o qual não contribuiu, logo não há que se falar em imprestabilidade da certidão.

- Sendo a matéria recorrente e a causa de menor complexidade, a verba honorária de sucumbência deve adequar-se aos critérios do art. 20, § 4º, do CPC.

Recurso parcialmente provido.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0133.15.004766-9/001 - Comarca de Carangola - Apelante: Estado de Minas Gerais - Apelado: Waulio Mattos Oliveira em causa própria - Relator: DES. RAIMUNDO MESSIAS JÚNIOR

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em DAR PARCIAL PROVIMENTO À APELAÇÃO.

Belo Horizonte, 14 de junho de 2016. - Raimundo Messias Júnior - Relator.

Notas taquigráficas

DES. RAIMUNDO MESSIAS JÚNIOR - Trata-se de apelação cível interposta pelo Estado de Minas Gerais contra a sentença proferida pelo MM. Juiz de Direito da 2ª Vara Cível, Criminal e de Execuções Penais da Comarca de Carangola, que julgou improcedentes os embargos à execução e condenou o Estado ao pagamento de honorários sucumbenciais, fixados em R\$500,00 (f. 22/23).

Sustenta o apelante a imprestabilidade da certidão de f. 07, uma vez que há incompatibilidade entre a data do trânsito em julgado e da prolação da sentença. Alega a inexistência de provas de que a nomeação se deu para defesa de réu pobre.

Ademais, afirma que, diante da necessidade de reforma da sentença, deverá ocorrer a inversão dos ônus sucumbenciais. Em caso de sucumbência recíproca, requer a compensação dos honorários. Eventualmente, mantida a condenação, pugna pela redução dos honorários sucumbenciais para valor não superior a R\$100,00 (f. 25/31).

Contrarrazões às f. 32/36.

Conheço do recurso, uma vez presentes os requisitos de admissibilidade.

Insurge-se o apelante contra a decisão que julgou improcedentes os embargos à execução, condenando-o ao pagamento de honorários sucumbenciais fixados em R\$500,00.

O Estado, embora não figure como parte no processo em que atuou o autor, responde pelo

pagamento da verba honorária em favor do advogado nomeado pelo juiz para atuação em favor dos necessitados, nas comarcas onde se figura inexistente ou ineficiente o serviço prestado pela Defensoria Pública, como no caso em julgamento.

Ora, o advogado dativo é instrumento que serve ao princípio do acesso à Justiça e, ao exercer o *munus*, tem direito aos honorários advocatícios, pagos pelo Poder Público, pelos serviços prestados no processo em que foi nomeado.

O direito ao crédito surgiu da incapacidade do Estado de prover, de forma adequada, a assistência judiciária gratuita nas comarcas do interior, locais em que as condições de trabalho exercidas pelos Defensores Públicos, quando existentes, são precárias.

Alega o apelante a imprestabilidade da certidão de f. 07, visto que as datas do trânsito em julgado e da prolação da sentença são incompatíveis.

De fato, há incongruências nas datas da prolação da sentença e do trânsito em julgado, todavia, não obstante a incompatibilidade indicada, é evidente que o autor prestou serviços profissionais e não recebeu para tanto.

Ora, o erro da Secretaria do Juízo ao redigir a certidão não pode ser atribuído ao advogado, causando-lhe prejuízo, devido a uma falha para a qual não contribuiu.

Portanto, comprovada a atuação do autor como advogado dativo e tendo sido arbitrados os honorários, não há falar em imprestabilidade da certidão.

Deve ser dito, ainda, que não compete ao apelado provar que a parte em favor da qual atuou como advogado dativo é pobre no sentido legal, devendo-se presumir que a nomeação pelo Juiz da Comarca foi feita em atendimento aos requisitos legais.

Dessa forma, diante da existência de tal direito material, não há que se comprovar nos autos se são justificáveis as causas ensejadoras da nomeação, pois tal verificação fica a critério do juiz.

Nesses termos, comprovada a prestação de serviço como defensor dativo, o profissional faz jus à remuneração, o que constitui ônus a ser suportado pelo Estado, na forma da Lei estadual nº 13.166/1999.

Por fim, caso mantida a condenação, pleiteia o apelante a redução dos honorários de sucumbência.

Verifica-se que, nas causas mencionadas no art. 20, § 4º, do CPC, os honorários advocatícios devem ser estabelecidos de acordo com a apreciação equitativa do juiz, observados o grau de zelo do profissional, o lugar de prestação do serviço, a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o serviço.

No caso concreto, levando em consideração o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para a solução da lide e seu conteúdo econômico, não se olvidando da natureza da causa, que é recorrente e singela, considero razoável que sejam reduzidos para R\$200,00.

Ante o exposto, dou parcial provimento à apelação, apenas para reduzir os honorários de sucumbência para R\$200,00.

Custas, *ex lege*.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES HILDA TEIXEIRA DA COSTA e AFRÂNIO VILELA.

Súmula - DERAM PARCIAL PROVIMENTO À APELAÇÃO.

...

Desapropriação indireta - Pedido de indenização - Imóvel demolido situado em área de risco - Desocupação - Anuência do morador - Interesse do morador no financiamento de outra moradia - Programa Minha Casa, Minha Vida - Indenização indevida

Ementa: Remessa necessária. Recurso voluntário. Ação ordinária com pedido de indenização. Demolição de imóvel situado em área de risco. Município de Contagem. Anuência do morador. Interesse no financiamento de outra moradia subsidiada pelo governo federal através do Programa Minha Casa, Minha Vida. Desapropriação indireta. Não caracterização. Indenização indevida.

- A retirada de morador residente em local de risco e a sua inclusão em programa habitacional subsidiado, Programa Minha Casa, Minha Vida, a pedido do próprio interessado, não conduz à condenação do Município ao pagamento de indenização por benfeitorias realizadas em terreno irregular e impróprio para habitação, mormente se não houve o apossamento de bem particular pelo Poder Público.

- Se não houve irregular apossamento do imóvel particular pelo Poder Público e sua consequente integração ao patrimônio do município, sem a obediência às formalidades e cautelas do procedimento expropriatório, não há de se falar em desapropriação indireta, afastando-se, por consequência, o dever de indenizar.

APELAÇÃO CÍVEL/REEXAME NECESSÁRIO Nº 1.0079.13.005787-4/001 - Comarca de Contagem - Remetente: Juiz de Direito da 2ª Vara da Fazenda Municipal da Comarca de Contagem - Apelante: Município de Contagem - Apelada: Maria Elizabeth Borges - Relator: DES. WASHINGTON FERREIRA

Acórdão

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

REFORMAR A SENTENÇA, PARA JULGAR IMPROCEDENTES OS PEDIDOS INICIAIS. PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

Belo Horizonte, 31 de maio de 2016. - *Washington Ferreira* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. WASHINGTON FERREIRA - Cuida-se de recurso de remessa necessária e recurso de apelação interposto contra a sentença de f. 69-73, proferida pelo MM. Juiz de Direito da 2ª Vara da Fazenda Pública do Município de Contagem que, na ação ordinária com pedido de indenização por desapropriação indireta ajuizada por Maria Elizabeth Borges contra o Município de Contagem, julgou procedente o pedido inicial, condenando o réu ao pagamento da quantia equivalente ao valor do imóvel demolido e que pertencia à autora. O réu foi condenado ao pagamento das custas judiciais e honorários advocatícios de sucumbência, estes fixados em 15% (quinze por cento) sobre o valor a ser apurado em liquidação de sentença por arbitramento.

Nas razões recursais às f. 75-83, o Município de Contagem alega que, por meio de sua Secretaria Municipal Adjunta de Habitação, promoveu a remoção da autora do imóvel situado em área com risco de desabamento, em decorrência das chuvas, e a reassentou em moradia digna, subsidiada pelo Governo Federal, através do Programa Minha Casa, Minha Vida, implementado nos municípios em parceria com a Caixa Econômica Federal. Afirma que a autora foi contemplada com uma unidade habitacional do Programa Minha Casa, Minha Vida, tendo ela aderido ao contrato e assinado o termo de demolição do imóvel onde residia em área de risco. Sustenta que não há de se falar em indenização por desapropriação indireta da posse, porque dita área de risco sequer se incorporou ao patrimônio do Município. Argumenta que a remoção de família sequer proprietária do imóvel não enseja a indenização pleiteada, pois foi proporcionada a ela a aquisição de moradia digna. Por fim, acrescenta que a autora foi orientada sobre o financiamento, tendo acatado os termos propostos e, por conseguinte, saído espontaneamente do imóvel, situado na área de risco. Pondera que não houve ato ilícito, requisito indispensável para a condenação no pagamento de indenização. Bate-se pela reforma da sentença.

Não foram apresentadas contrarrazões.

Dispensada a manifestação da douta Procuradoria de Justiça, ante a ausência de interesse a justificar a intervenção ministerial.

É o relatório.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço da remessa necessária, bem como do recurso voluntário.

I - Da remessa necessária.

Segundo consta, Maria Elizabeth Borges propôs “ação indenizatória por apossamento administrativo (desapropriação indireta)” em desfavor do Município de Contagem, via da qual pretende a condenação do réu a pagar-lhe indenização superior a R\$50.000,00 (cinquenta mil reais), a título de desapropriação indireta, pelos danos permanentes da sua saída de imóvel construído em área de risco e da remoção para outro imóvel subsidiado pelo Governo Federal através do Programa Minha Casa, Minha Vida.

A sentença, a meu ver, deve ser reformada. Explico.

Consta dos autos que a autora era proprietária de benfeitoria localizada na Rua D, n. 109, Bairro Vila Rio, no Município de Contagem (f. 14), tendo sido retirada de sua residência, que se localizava em área de risco, para resguardar a sua segurança e incolumidade, bem como de seus familiares. O documento de f. 40 revela que a própria autora foi quem solicitou a vistoria do seu imóvel em área de risco, alegando que “o barraco entra enchente e as parede está balançando p/ cair (sic)”, e, ainda, ela mesma, conforme Relatório Informativo, às f. 43, e documentos de f. 46-47, assinou cadastro socioeconômico perante a Prefeitura de Contagem para receber orientações quanto à possibilidade de inclusão no Programa Minha Casa, Minha Vida.

Não há, nos autos, qualquer documento que revele o valor das benfeitorias realizadas e construídas irregularmente.

Importante destacar que não houve o apossamento de bem particular - no caso, as benfeitorias sequer foram individualizadas nos autos - pelo Poder Público, o que descaracteriza a desapropriação indireta.

As benfeitorias foram demolidas, dada a sua localização em área com risco de desabamento, evitando-se, assim, a ocupação por terceiros.

Portanto, se não houve abuso ou irregular apossamento do imóvel particular pelo Poder Público e sua consequente integração ao patrimônio público, sem a obediência às formalidades e cautelas do procedimento expropriatório, não há de se falar em desapropriação indireta.

Ao ser sorteada para recebimento do imóvel pela Prefeitura de Contagem, através do Programa Minha Casa, Minha Vida, em parceria com o Governo Federal, com desconto subsidiado, e se comprometendo a pagar valor irrisório, mensal, de R\$ 50,00 (cinquenta reais), a autora autorizou a demolição do imóvel onde residia.

A aquisição de sua nova moradia se deu em consonância com a Lei Complementar Municipal nº 65/2009, que prioriza a entrega de unidades habitacionais do “Programa Minha Casa, Minha Vida em Contagem” aos moradores provenientes de áreas insalubres, de risco geológico ou de inundação.

Além disso, o Programa Minha Casa, Minha Vida é amplamente divulgado pelos meios de comunicação. É de conhecimento geral que o programa financia casas

populares com prestações acessíveis, bem abaixo das prestações que seriam cobradas pelos bancos. No caso em apreço, o valor da prestação corresponde a 10% (dez por cento) da renda familiar da autora, que tinha pleno conhecimento do programa, já que ela própria realizou a sua inscrição junto ao Município de Contagem, já temerosa da possibilidade de desabamento do imóvel onde residia e do risco que corria se lá permanecesse.

Nesse contexto, não há de se falar em pagamento de indenização, tendo em vista que o Município de Contagem providenciou a retirada da autora de área de risco e a incluiu no programa habitacional instituído pelo Governo Federal, sem ter se apossado do imóvel demolido e respectivo terreno.

A propósito, trago à colação os seguintes julgados:

Administração. Imóvel em situação de risco. Desapropriação indireta não caracterizada. Proprietária que concordou com a demolição de seu bem, inclusive recebendo subsídios públicos para aquisição de nova moradia. Danos materiais causados por conduta do Poder Público. Ausência. Reparação patrimonial indevida. Reforma da sentença no reexame necessário. Recurso voluntário prejudicado. - A saída da autora de bem situado em área de risco não caracteriza qualquer conduta ilícita praticada pelo Poder Público, requisito indispensável para a procedência do pedido de indenização por danos materiais. Corroborar a licitude do comportamento do ente público o fato de este ter auxiliado a autora na aquisição de imóvel próprio, subsidiado por programa de financiamento habitacional (TJMG - Ap. Cível/Reexame Necessário nº 1.0079.13.015063-8/001, Relator: Des. Edilson Fernandes, 6ª Câmara Cível, j. em 18.11.2014, p. em 28.11.2014).

Administrativo. Reexame necessário/Apeação cível. Desocupação de imóvel situado em área de risco. Demolição. Reassentamento. Programa de financiamento popular com recursos do governo federal. Subsídio do município. Direito à indenização afastado. Precedentes da corte. Sentença reformada. Indevida a indenização por desocupação e demolição de imóvel situado em área de risco, quando não incorporado ao patrimônio municipal. - Sentença reformada (TJMG - Ap. Cível/Reexame Necessário nº 1.0079.13.028602-8/001, Relator Des. Barros Levenhagen, 5ª Câmara Cível, j. em 30.04.2015, p. em 12.05.2015).

Apeação cível e reexame necessário. Ação de indenização. Imóvel localizado em área de risco. Município de Contagem. Demolição do imóvel do autor mediante concordância expressa e substituição por financiamento do programa minha casa, minha vida. Desapropriação indireta. Não caracterização. Indenização indevida. - A desapropriação indireta impõe indenização pela intervenção do Estado na propriedade privada, impossibilitando o particular de exercer o direito de propriedade, em razão da necessidade de sua utilização pelo Poder Público. - Em se tratando de retirada de pessoas de área de risco e posterior reassentamento definitivo, como forma de política urbana municipal, não há que se falar em bem expropriado a ensejar o dever de indenizar por perdas e danos, a teor do art. 35 do Decreto-Lei nº 3.365/41 (Ap. Cível/Reexame Necessário nº 1.0079.13.020976-4/001, Relatora: Des.ª Yeda Athias, p. em 20.11.2015).

Logo, considerando que não houve aproveitamento do bem da autora, que se situava em área de risco, por necessidade ou utilidade pública, e considerando, ainda, o interesse da autora no financiamento de uma nova moradia pelo Programa Minha Casa, Minha Vida e sua concordância expressa com a demolição do imóvel originário em substituição ao financiamento de unidade no Conjunto Vista Alegre, resta descaracterizado o instituto da desapropriação indireta ou apossamento administrativo, sendo imprópria a pretensão indenizatória, pois inexistente ilicitude nos atos do Município de Contagem.

Ante o exposto, reformo a sentença, para julgar improcedentes os pedidos iniciais.

Inverto os ônus de sucumbência, suspendo a exigibilidade nos termos da Lei nº 1.060/50.

Julgo prejudicado o recurso voluntário.

É como voto.

DES. GERALDO AUGUSTO DE ALMEIDA - De acordo com o Relator.

DES. EDGARD PENNA AMORIM - A fundamentação deduzida no voto do em. Relator revela-se suficiente para dar-se ao caso concreto a solução alvitrada por S. Ex.^a, a quem peço licença para acompanhar.

Súmula - REFORMARAM A SENTENÇA PARA JULGAR IMPROCEDENTES OS PEDIDOS INICIAIS, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

...

Indenização por acessão - Retenção - Construção de casa - Possuidores de boa-fé - *Animus domini* - Possibilidade - Reconvenção - Ressarcimento - Fruição da casa - Aluguéis - Pagamento - Início - Data da ocupação - Compensação - Viabilidade

Ementa: Apelação cível. Ação declaratória de direito de retenção por benfeitorias e acessões. Indenização. Possuidores de boa-fé. *Animus domini*. Demonstração satisfatória. Acessão. Ressarcimento. Possibilidade. Reconvenção. Fruição após a ocupação da casa de morada. Possibilidade. Provimento parcial de ambos os recursos que se impõe.

- Não tendo sido comprovada a má-fé dos possuidores, entende-se que eles agiram de boa-fé, mormente porque a boa-fé se presume.

- A existência de justo título, consubstanciado na escritura pública de compra e venda do imóvel e o subsequente registro no Cartório de Registro de Imóveis, anulados

judicialmente em razão da constatação de fraude, corrobora o entendimento acerca da boa-fé na efetivação da compra do lote de terreno, como também na construção da sua casa de morada, e, nesse contexto, a acessão é passível de indenização, nos termos do art. 1.255 do NCC.

- Não havendo controvérsia nos autos quanto à edificação, pelos autores, da sua casa de morada, no lote em questão, cabível o provimento do pedido formulado em sede de reconvenção, pela vera proprietária, de retenção de valores, a título de fruição, a partir da efetiva ocupação da casa de morada pelos possuidores.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0027.10.006171-5/002 - Comarca de Betim - Apelantes: 1^{os}) José Adauto Duarte e outra, Cláudia Eustáquia Diniz Duarte, 2^a) Elisabeth Maria Baeta de Mendonça - Apelados: José Adauto Duarte e outra, Cláudia Eustáquia Diniz Duarte, Elisabeth Maria Baeta de Mendonça - Relator: DES. LUCIANO PINTO

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 17^a Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em DAR PROVIMENTO AO RECURSO DOS AUTORES E PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO DA RÉ.

Belo Horizonte, 1º de junho de 2016. - Luciano Pinto - Relator.

Notas taquigráficas

DES. LUCIANO PINTO - José Adalto Duarte e Cláudia Eustáquia Diniz Duarte ajuizaram Ação Declaratória de Direito de Retenção por Benfeitorias e Acessões c/c Pedido de Indenização em Razão das Benfeitorias c/c Pedido de Indenização a Título de Reparação Civil c/c Pedido de Antecipação dos Efeitos da Tutela, em desfavor de Elisabeth Maria Baeta de Mendonça.

Noticiaram os autores que firmaram contrato de compra e venda por meio de escritura do lote 02, quadra 38, Bairro Niterói, na cidade de Betim/MG, porém o aludido documento e o registro imobiliário foram declarados nulos por meio de sentença já transitada em julgado. Aduziram que adquiriram o lote de estelionatários que se diziam representantes dos proprietários, portadores de falsa procuração por instrumento público, chegando a ser lavrada a escritura pública e o registro do imóvel.

Prosseguiram asseverando que, apesar da declaração da nulidade dos documentos, se mantiveram na posse do bem e, como agiram de boa-fé, requereram a condenação da requerida ao pagamento de indenização decorrente da realização de benfeitorias, bem como a declaração do direito a reter o bem até o recebimento da quantia que entendem fazer jus. Requereram concessão

de antecipação dos efeitos da tutela e a procedência da ação.

A requerida apresentou contestação (f. 330/342), arguindo prejudicial de mérito de prescrição. Adiante, verberou a alegação dos autores acerca da boa-fé na manutenção da posse do imóvel, ao argumento de que, a partir da citação na ação anulatória, ela estaria desconfigurada.

Defendeu a tese de que, inexistindo a alegada boa-fé, ausente, também, o dever de indenizar.

Discorreu sobre os temas que entendeu relevantes; transcreveu jurisprudência em prol de seus argumentos e requereu a improcedência da ação.

A requerida ofereceu reconvenção (f. 399/403), requerendo, em suma, a condenação dos autores no pagamento de aluguéis.

Impugnação à contestação (f. 407/410), rechaçando as razões lançadas na defesa.

Manejaram os autores contestação à reconvenção (f. 415/414), verberando as razões lançadas em tal sede.

Sobreveio decisão (f. 480), que indeferiu o pedido de suspensão do feito.

Foi proferida a sentença (f. 492/498), que firmou seu entendimento no sentido de que não caberia à requerida arcar com o prejuízo amargado pelos autores, haja vista que não deu causa aos fatos que deram causa à demanda.

Ressaltou que os autores estariam autorizados a levantar qualquer acessão e/ou benfeitoria realizada no imóvel, bem como registrou, de forma expressa, o direito de reparação contra aquele que promoveu a alienação indevida do imóvel.

Quanto ao pedido reconvenicional, fez notar que a reconvinte não teria buscado efetivamente reaver o imóvel, ressaltando que a ação de reintegração de posse em apenso fora extinta sem julgamento de mérito.

Dito isso, julgou improcedentes o pedido inicial e a reconvenção. Condenou as partes ao pagamento das custas, na proporção de 50% para cada uma, e de honorários advocatícios, no valor de R\$1.000,00, na mesma proporção das custas, autorizando a compensação. Suspendeu a exigibilidade dos ônus sucumbenciais em razão do deferimento da assistência judiciária às partes.

Os autores manejaram recurso de apelação (f. 492/499), defendendo o direito à indenização e à retenção por benfeitorias. Discorreram sobre o tema e transcreveram jurisprudência em prol de seus argumentos.

A requerida também manejou recurso de apelação (f. 502/511), defendendo a reforma da sentença no que tange ao indeferimento do pedido formulado em sede de reconvenção.

Contrarrazões recursais às f. 516/529 e f. 535/537, defendendo cada uma das partes seus interesses com base nos mesmos argumentos levantados anteriormente.

O processo foi originalmente distribuído à relatoria da Des.^a Aparecida Grossi, que, em face da prevenção, determinou a redistribuição do feito à minha relatoria.

Vieram-me os autos.

É o relatório.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço de ambos os recursos.

Primeiro recurso - pelos autores (f. 492/499)

Em suma, requereram os autores/apelantes a reforma da sentença e a condenação da requerida ao pagamento de "[...] indenização e retenção de benfeitorias", f. 498.

De pronto, cabe salientar que a parte autora se bateu, no curso da demanda, no sentido da necessidade de ressarcimento das benfeitorias por ela edificadas no imóvel adquirido.

Observe, pela documentação juntada por cópia à f. 19 e f. 41/42, que os autores/apelantes adquiriram o lote 02 da quadra 38 do Bairro Niterói, Betim/MG, e, segundo alegaram, na peça de ingresso (f. 03), nele edificaram a sua casa de morada.

Note-se que houve clara confusão de termos, haja vista que não se trata aqui de benfeitoria, pois, como se viu, a parte adquiriu um lote.

O que efetivamente pretendem os autores/apelantes é o reconhecimento do seu direito à indenização pela acessão por eles edificada, previsto no art. 1.255 do NCC:

Art. 1.255. Aquele que semeia, planta ou edifica em terreno alheio perde, em proveito do proprietário, as sementes, plantas e construções; se procedeu de boa-fé, terá direito à indenização. (Destacamos).

No caso dos autos, entendo que a boa-fé dos autores/apelantes, ao adquirirem o imóvel e nele construírem sua casa de morada, está claramente consubstanciada na existência de justo título, qual seja a escritura pública de compra e venda e o subsequente registro no Cartório de Registro de Imóveis daquela comarca (f. 41/42 e f. 19, respectivamente).

A meu ver, a tese defendida pela ré/apelada de que a boa-fé se teria descaracterizado a partir do trânsito em julgado do acórdão que desconstituiu o negócio jurídico não se justifica, haja vista a clara aparência de legalidade de que se revestiu toda a negociação.

Entendo que não se deu com acerto a sentença (f. 426), ao asseverar que:

[...] não cabe à requerida arcar com o prejuízo eventualmente amargado pelos requerentes, pois não foi ela quem deu causa nem sequer é sabido se as acessões promovidas pelos requerentes vão de fato beneficiar a autora.

Sobre o tema, veja a doutrina de Orlando Gomes, em *Direitos reais*, 6. ed., Rio de Janeiro, Editora Forense, p. 49:

[...] é de boa-fé a posse, se o possuidor ignora o vício, ou obstáculo que lhe impede a aquisição da coisa, ou do direito possuído. Para que alguém seja possuidor de um bem, preciso é que esteja convencido de que, possuindo-o, a ninguém prejudica. O direito pátrio concebe a boa-fé de modo negativo, como ignorância, não como convicção.

Da análise de todo o contexto fático destes autos, a meu ver, não restam dúvidas de que os autores/apelantes são possuidores de boa-fé, motivo pelo qual têm direito à indenização pelas acessões edificadas no imóvel, e, quanto a tal tema, a sentença está a merecer reparos.

Isso posto, dou provimento ao recurso e reformo a sentença, para julgar parcialmente procedente a demanda, e condeno a ré/apelada ao pagamento, aos autores/apelantes, das acessões edificadas no imóvel (lote 02 da quadra 38 do Bairro Niterói, Município de Betim/MG), que deverão ser apuradas em liquidação de sentença por arbitramento.

Reformo também a sentença para condenar a requerida ao pagamento de 80% (oitenta por cento) do valor das custas, ficando os 20% (vinte por cento) remanescentes a cargo dos autores. Fixo os honorários advocatícios no valor equivalente a 10% (dez por cento) do proveito econômico da demanda, isto é, sobre o valor das acessões edificadas no imóvel (lote 02 da quadra 38 do Bairro Niterói, Município de Betim/MG), e que será apurado em liquidação de sentença por arbitramento, nos termos do art. 85, § 2º, do novo CPC, montante este que deverá ser partilhado entre as partes na mesma proporção das custas, vale dizer, a requerida pagará aos patronos do autor o equivalente a 80% da verba honorária, enquanto que os autores pagarão aos patronos da requerida o equivalente a 20% dos honorários sucumbenciais. Suspendo a exigibilidade dos ônus sucumbenciais quanto a ambas as partes, haja vista que lhes foi deferido o benefício da justiça gratuita pela sentença (f. 488).

Segundo recurso - pela ré (f. 502/511).

Em seu recurso, defendeu a ré/apelante a reforma da sentença no que tange ao indeferimento do pedido formulado em sede de reconvenção, de fixação de aluguéis a partir do trânsito em julgado da decisão que anulou o título aquisitivo, até a data de sua efetiva imissão na posse do bem.

Vejo que a sentença indeferiu o pedido formulado pela reconvinte, ao argumento de que não teria havido, por parte da requerida, efetiva tentativa de reaver o imóvel, ressaltando que a ação de imissão de posse em apenso fora extinta sem resolução do mérito.

De pronto, oportuno ressaltar que a sentença proferida na ação de imissão de posse ajuizada pela ora apelante (autos em apenso) fora cassada no julgamento do recurso de apelação ali interposto, de modo que o fundamento da sentença aqui proferida restou, a meu ver, derruído.

Ao contrário do que entendeu o *decisum*, a meu ver, data de longo tempo a pretensão da requerida de reaver

a posse do imóvel em questão, haja vista o ajuizamento, em idos de 1999, da Ação Anulatória de Procuração por Instrumento Público e a Anulação da Venda e do Ato Registral, e do subsequente ajuizamento da Ação de Imissão na Posse.

Partindo de tais premissas, vejo que se bateu a apelante no sentido de que faz jus ao pagamento de aluguéis, vale dizer, valores decorrentes da fruição do imóvel pelos apelados.

Entendo que assiste parcial razão à apelante.

De pronto, cabe salientar que o imóvel, objeto da compra e venda posteriormente anulada, foi um lote vago, conforme restou incontroverso dos autos e se vê do Registro de Imóveis de f. 19.

Sabe-se que, em relação a lote vago, o desfazimento do negócio, quando o comprador ainda não tenha dele tomado posse, obsta o ressarcimento pela fruição, já que o comprador, por óbvio, nem sequer chegou a usufruir do bem.

Contudo, no caso dos autos, restou inconteste o fato de terem os apelados (compradores) edificado sua casa de morada no referido lote, tanto que postularam, nestes autos, o ressarcimento pela acessão, pedido deferido no julgamento do recurso manejado por eles.

Assim, a questão do pagamento de fruição à vera proprietária do imóvel deve ser resolvida por meio da acessão.

Quanto à matéria da acessão, vale transcrever:

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).

Ainda:

Possuidor. Construções. Indenização. Retenção. - O direito a ressarcimento por construções, que se reconheceu ao possuidor, garante-se com a retenção. Inexistência de razão para tratamento diferenciado de acessões e benfeitoria, quanto ao ponto. Tanto mais que o Código Civil nem sempre empregou os termos no sentido rigorosamente técnico, como se depreende de seu art. 548 (STJ - REsp 28489/SP - Rel. Min. Eduardo Ribeiro - j. em 19.10.93).

As edificações, conquanto acessões industriais, equiparam-se às benfeitorias úteis, admitida a pretensão à retenção (STJ - REsp 739/RJ - Rel. Min. Athos Carneiro - j. em 21.08.90 - RSTJ 17/293).

Pelo que dos autos consta, concluo que o pedido da apelante, de fruição, deve ser acolhido, haja vista que, em liquidação de sentença, será apurada a indenização devida aos apelados pela acessão, sendo justo, pois, o ressarcimento pela fruição destes sobre o imóvel.

É de ver que, em se julgando de forma diversa, estar-se-ia permitindo o enriquecimento sem causa dos aqui apelados, que seriam indenizados pelos gastos que

tiveram com a construção narrada por eles, enquanto a apelante nada receberia pelo tempo que deixou de auferir frutos, à guisa de aluguel residencial, pela casa que será obrigada a indenizar.

Ressalte-se que o valor da fruição deverá ser arbitrado também em liquidação de sentença, e seu prazo inicial será a data em que os apelados passaram a se utilizar da casa que construíram no terreno, e não a data do trânsito em julgado da decisão que anulou a venda e o ato registral, como pretendeu a apelante.

Isso posto, dou parcial provimento ao recurso e reformo parcialmente a sentença quanto ao julgamento da reconvenção. Condeno os autores/reconvindos a pagar à ré/reconvinte a verba de fruição relativamente à casa de morada construída no lote de terreno, que deverá ser calculada desde a data em que eles passaram a ocupar a referida casa. O valor da fruição deverá ser apurado em liquidação de sentença por arbitramento, através da média do valor de aluguel de um imóvel semelhante, na mesma região. O valor total referente à fruição, a ser pago pelos autores/apelados, poderá ser compensado do valor total da indenização por acessão, que será paga pela ré/apelante.

Ressalto que, no caso, a indenização devida aos autores não se dará por benfeitorias, mas, sim, por acessão, devendo ser observadas as normas legais e as regras acima estabelecidas.

Reformo também a sentença quanto aos ônus sucumbenciais relativamente à reconvenção, e condeno os autores reconvindos ao pagamento de 80% (oitenta por cento) das custas da reconvenção, ficando os 20% (vinte por cento) remanescentes a cargo da ré reconvincente. Fixo os honorários advocatícios no valor equivalente a 10% (dez por cento) do proveito econômico da reconvenção, isto é, sobre o valor total da fruição da casa de morada edificada no lote de terreno, nos termos do art. 85, § 2º, que deverá ser partilhado entre as partes na mesma proporção das custas, vale dizer, a reconvincente pagará aos patronos dos reconvindos o equivalente a 20% da verba honorária, enquanto que os reconvindos pagarão aos patronos da reconvincente o equivalente a 80% dos honorários sucumbenciais. Suspendo a exigibilidade dos ônus sucumbenciais quanto a ambas as partes, haja vista que lhes foi deferido o benefício da justiça gratuita na sentença (f. 488).

Votaram de acordo com o Relator dos DESEMBARGADORES LEITE PRAÇA e EVANDRO LOPES DA COSTA TEIXEIRA.

Súmula - DERAM PROVIMENTO AO RECURSO DOS AUTORES E DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO DA RÉ.

...

Execução por quantia certa - Penhora *on-line* - Conta bancária do cônjuge do executado - Regime de comunhão universal de bens - Comunicação de dívidas - Art. 592, IV, do CPC/1973 - Art. 1.667 do CC/2002 - Reserva da meação

Ementa: Agravo de instrumento. Execução. Penhora *on-line* nas contas bancárias do cônjuge do executado. Regime de comunhão universal. Resguardo da meação. Possibilidade.

- Levando-se em consideração as regras de comunicabilidade de bens dos regimes legais supletivos (comunhão universal e parcial de bens, antes e depois do Código Civil de 2002) e que, em regra, o patrimônio do cônjuge responde pelo cumprimento da obrigação de seu parceiro, possível a penhora de percentual equivalente a 50% (cinquenta por cento) dos valores eventualmente depositados nas contas bancárias de titularidade do cônjuge da executada.

AGRAVO DE INSTRUMENTO CÍVEL Nº 1.0390.13.006324-6/001 - Comarca de Machado - Agravante: Cooperativa Agrária de Machado Ltda. - Coopama - Agravado: J.D.C. - Relator: DES. JOSÉ ARTHUR FILHO

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 9ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em DAR PROVIMENTO AO AGRAVO DE INSTRUMENTO.

Belo Horizonte, 19 de abril de 2016. - José Arthur Filho - Relator.

Notas taquigráficas

DES. JOSÉ ARTHUR FILHO - Trata-se de recurso de agravo de instrumento interposto por Cooperativa Agrária de Machado Ltda. (Coopama), contra a decisão interlocutória de f. 83-TJ, que, na ação de execução por quantia certa em face de J.D.C., indeferiu o requerimento de penhora, via Bacenjud, de dinheiro em depósito ou aplicações em nome da esposa do executado, ao argumento de que, sob o regime de comunhão universal de bens, não pode responder pessoalmente pela dívida do casal.

Preparo regular às f. 84/85-TJ.

Ausente requerimento de atribuição de efeito suspensivo ao recurso, ou de antecipação da tutela recursal, determinei a intimação da parte agravada para apresentar resposta ao recurso no prazo legal.

Tendo em vista a correspondência devolvida (f. 94-TJ), que indica a mudança do agravado, despachei os autos com a determinação para que o agravante informe o endereço atualizado no prazo de 10 (dez) dias.

O agravante à f. 99-TJ informa que o agravado se encontra recolhido na cadeia pública da cidade de Machado, requerendo remessa da intimação para o endereço indicado na certidão de f. 100-TJ.

Certidão do escrivão do Cartório da 9ª Câmara Cível, à f. 106-TJ, no sentido de que, intimado por meio do Ofício nº 2232/2015, com AR, juntado à f. 105-TJ, o agravado não apresentou resposta no prazo legal.

É o relatório.

Decido.

Conheço do recurso, presentes os pressupostos extrínsecos e intrínsecos de sua admissibilidade.

Inicialmente, cabe registrar que o regime de casamento do executado é o da comunhão universal, conforme documento de f. 81-TJ, o que significa que o patrimônio do casal, em regra, responde pelas obrigações assumidas por qualquer dos cônjuges.

O Código de Processo Civil, em seu art. 592, IV, dispõe:

Ficam sujeitos à execução os bens:

[...]

IV - do cônjuge, nos casos em que os seus bens próprios, reservados ou de sua meação respondem pela dívida; [...].

Assim, lícita seria a localização dos bens do cônjuge, uma vez que, nos termos do art. 1.667 do Código Civil, o regime de comunhão universal “importa a comunicação de todos os bens presentes e futuros dos cônjuges e suas dívidas passivas [...]”.

Do mesmo modo, poder-se-ia deferir ao recorrente a realização de penhora *on-line* sobre valores de titularidade do cônjuge da parte devedora.

Nesse sentido, segue o magistério de ilustre doutrinador:

Neste regime, comunicam-se os bens móveis e imóveis que cada um dos cônjuges traz para a sociedade conjugal e bem assim os adquiridos na constância do casamento, tornando-se cônjuges meeiros em todos os bens do casal, mesmo que somente um deles os haja trazido e adquirido. Comunica-se igualmente as dívidas (PEREIRA, Caio Mário da Silva Pereira. *Instituições de direito civil*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. 5., p. 223).

Entretanto, não se pode olvidar que pode o cônjuge que se sentir prejudicado requerer a reserva de sua meação, desde que a dívida não tenha sido contraída em proveito da família (CC, art. 1.666 c/c o art. 1.664).

Confira-se a lição de Silvio Rodrigues:

Inovação da mais alta importância foi a trazida pelo art. 3º da Lei nº 4.121/62, ao determinar que pelas dívidas firmadas por um só dos cônjuges, ainda que casados pelo regime da comunhão universal, somente responderão os bens particulares do signatário e os comuns até o limite de sua meação.

[...] Já o art. 1.664 estabelece que os bens da comunhão respondem pelas obrigações contraídas por qualquer dos cônjuges para ‘atender aos encargos da família, às despesas de administração e às decorrentes de imposição legal’ (*Direito*

civil: Direito de família. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 6, p. 164 e 166).

A propósito do tema, a jurisprudência deste Tribunal também orienta:

Legitimidade. Determinação de ofício. Irrelevância. Meação. Comunhão universal. Reserva. Impossibilidade. - Se a determinação judicial decorreu do desempenho de dever de ofício do Magistrado, a análise da legitimidade da parte para requerê-la é irrelevante. Em regime de comunhão universal, não há que se falar em reserva de meação, pois o patrimônio responde, em regra, integralmente pelo pagamento de dívida contraída por qualquer dos cônjuges. Agravo provido (TJMG - Processo: 1.0140.06.000321-1/001 - Numeração única: 0003211-68.2006.8.13.0140 - Relator: Des. Cabral da Silva - j. em 22.04.2008 - p. em 21.05.2008).

Agravo de instrumento. Expedição de ofícios. Regime de comunhão universal. Comunicação de dívidas. Sigilo bancário. - É cabível a expedição de ofícios às instituições no intuito de localizar a parte contrária desde que o requerente comprove ter esgotado todos os meios que dispunha para atingir seu objetivo. No regime da comunhão universal, comunicam-se, além dos bens, as dívidas de um dos cônjuges, limitando-se à reserva da meação se a dívida não houver sido contraída em proveito da família. A garantia do sigilo bancário não tem caráter absoluto, sendo facultada ao juiz dispensá-la, desde que haja relevante interesse público (TJMG - Processo: 1.0024.96.017039-7/002 - Numeração única: 0170397-28.1996.8.13.0024 - Relator: Des. Fábio Maia Viani - j. em 28.08.2007 - p. em 21.09.2007).

Agravo de instrumento. Execução. Comunhão parcial de bens. Bem adquirido na constância do casamento. Construção em patrimônio comum do casal. Possibilidade. - Sendo adotado regime de comunhão parcial de bens, em que se comunicam os bens adquiridos na constância do casamento, o bem pode ser objeto de penhora, pois foi adquirido após a realização do matrimônio, integrando o patrimônio comum do casal, apesar de se encontrar somente em nome da esposa do agravado (Número do processo: 1.0231.04.018313-0/001(1) - Relator: Des. Valdez Leite Machado - j. em 22.11.2007 - p. em 10.12.2007).

Agravo de instrumento. Execução. Penhora *on-line* nas contas bancárias do cônjuge da executada. Regime de comunhão universal. Resguardo da meação. Possibilidade. - Levando-se em consideração as regras de comunicabilidade de bens dos regimes legais supletivos (comunhão universal e parcial de bens, antes e depois do Código Civil de 2002) e que, em regra, o patrimônio do cônjuge responde pelo cumprimento da obrigação de seu parceiro, possível a penhora de percentual equivalente a 50% (cinquenta por cento) dos valores eventualmente depositados nas contas bancárias de titularidade do cônjuge da executada (TJMG - Agravo de Instrumento Cível nº 1.0024.03.965221-9/001 - Relator: Des. José Antônio Braga - 9ª Câmara Cível - j. em 28.02.2012 - p. em 19.03.2012).

Assim, levando-se em consideração as regras de comunicabilidade de bens dos regimes legais supletivos (comunhão universal e parcial de bens, antes e depois do Código Civil de 2002) e que, em regra, o patrimônio do cônjuge responde pelo cumprimento da obrigação de

seu parceiro, entende este Relator pela possibilidade de penhora em percentual equivalente a 50% (cinquenta por cento) dos valores eventualmente depositados nas contas bancárias de titularidade do cônjuge do executado, ressalvado a este opor-se à constrição pelos meios judiciais próprios.

Com tais considerações, dou provimento ao agravo de instrumento, para determinar a penhora de 50% (cinquenta por cento), via Bacenjud, dos valores eventualmente depositados nas contas bancárias de titularidade do cônjuge do executado.

Custas recursais, na forma da lei.

É como voto.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES PEDRO BERNARDES e LUIZ ARTUR HILÁRIO.

Súmula - DERAM PROVIMENTO AO AGRAVO DE INSTRUMENTO.

...

Espólio - Reserva de bens - Dívida do *de cujus* - Cobrança - Denúnciação da lide - Art. 70, III, do CPC/73 - Obrigação de indenizar em regresso - Ausência - Supressão de instância - Inexistência

Ementa: Agravo de instrumento. Supressão de instância. Espólio. Reserva de bens. Denúnciação da lide. Ausência de requisitos.

- A dívida contraída pelo *de cujus* é transmitida ao seu espólio, que é responsável pelo pagamento.

- A hipótese prevista no art. 70, III, do CPC não abarca os casos em que a obrigação de indenizar, em regresso, não esteja prevista na lei ou em contrato.

- Não havendo prova da culpa ou dolo da suposta denunciada com relação ao inadimplemento, não há como aferir sua obrigação regressiva perante o agravante.

AGRAVO DE INSTRUMENTO CÍVEL Nº 1.0000.16.006627-0/001 - Comarca de Belo Horizonte - Agravante: Espólio de Stella Assumpção Bicalho - Agravado: Condomínio do Edifício Vermont - Relatora: DES.ª EVANGELINA CASTILHO DUARTE

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 14ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em REJEITAR PRELIMINAR E NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 20 de maio de 2016. - *Evangelina Castilho Duarte* - Relatora.

Notas taquigráficas

DES.ª EVANGELINA CASTILHO DUARTE - Tratam os autos de agravo de instrumento interposto contra decisão que, nos autos de ação de cobrança proposta pelo agravado, deferiu seu pedido de reserva de bens do espólio para garantia do pagamento do valor reclamado e indeferiu o pedido do agravante de denúnciação da lide.

O agravante alega que a reserva de bens deve recair exclusivamente sobre o quinhão da herdeira Maria Ângela Assumpção Bicalho, que é a responsável pelo pagamento de eventuais despesas condominiais relativas ao agravado.

Aduz que Maria Ângela Assumpção Bicalho era a curadora judicial e gestora dos recursos pessoais de sua mãe, Stella Assumpção Bicalho.

Requer a concessão do efeito suspensivo, bem como o provimento do presente agravo.

Os requisitos de admissibilidade do recurso foram analisados em doc. 29, quando foi indeferido o efeito suspensivo ativo pleiteado.

Contraminuta, doc. 30, arguindo, em preliminar, supressão de instância e, no mérito, o não provimento do agravo.

I - Supressão de instância.

O agravado alega supressão de instância em relação à insurgência do agravante quanto ao deferimento da reserva de bens no inventário.

Observa-se que o MM. Juiz *a quo*, na decisão agravada, deferiu o pedido de reserva de bens do espólio, manifestando-se sobre a questão.

Pode o agravante, assim, insurgir-se contra a decisão, não havendo supressão de instância.

Saliente-se que, ao requerer que a reserva de bens recaia apenas sobre o quinhão da herdeira que previamente era curadora do *de cujus*, o agravante visa à delimitação de direito, e não à introdução de novo tema à lide.

Rejeito, pois, a preliminar.

II - Mérito.

O agravante requer que a reserva de bens deferida pelo MM. Juiz *a quo* recaia exclusivamente sobre o quinhão da herdeira Maria Ângela Assumpção Bicalho, que, à época do inadimplemento, era curadora da *de cujus* e responsável pelo pagamento de suas dívidas.

Conforme se depreende dos arts. 1.741, 1.752 e 1.774 do Código Civil, compete ao curador, sob a inspeção do juiz, administrar os bens do curatelado, em proveito deste, cumprindo seus deveres com zelo e boa-fé, e fazer-lhe as despesas de administração, conservação e melhoramento de seus bens, respondendo pelos prejuízos que, por culpa ou dolo, causar ao curatelado.

Para que a curadora seja responsabilizada pelo inadimplemento do pagamento do condomínio, é necessário que se demonstre que tenha deixado de cumprir

seus deveres com zelo e boa-fé, tendo agido com culpa ou dolo.

Caso verificado que tenha agido com culpa ou dolo, possível que a reserva de bens recaia exclusivamente sobre seu quinhão.

Entretanto, o agravante se limita a afirmar que a responsabilidade pelo pagamento das contas de condomínio era da curadora, sem comprovar que tenha agido com dolo ou culpa.

Ressalte-se que a dívida foi contraída pela *de cujus*, sendo transmitida ao seu espólio, que é responsável pelo pagamento.

Saliente-se que a medida deferida visa à segurança do agravado de que a dívida seja quitada, caso julgado procedente seu pedido ao final do processo, além de não ocasionar prejuízo à agravante, caso não o seja.

Possível, pois, a reserva de bens do espólio nos termos indicados, devendo ser mantida a decisão nesse aspecto.

O agravante requer, ainda, a denunciação da lide à mesma sucessora.

Conforme art. 70, III, do Código de Processo Civil de 1973, em vigência à época da interposição do recurso, a denunciação da lide é obrigatória àquele que estiver obrigado, pela lei ou pelo contrato, a indenizar, em ação regressiva, o prejuízo do que perder a demanda.

A hipótese prevista no art. 70, III, do CPC não abarca os casos em que a obrigação de indenizar, em regresso, não esteja prevista na lei ou em contrato.

Verifica-se que, não havendo prova da culpa ou dolo da suposta denunciada com relação ao inadimplemento, não há como aferir sua obrigação regressiva perante o agravante.

O indeferimento da denunciação, entretanto, não afasta a possibilidade de ação própria contra os supostos denunciados, na qual deverá ser instalada ampla discussão a respeito da sua parcela de culpa.

Outro não era o entendimento do extinto Tribunal de Alçada de Minas Gerais:

Ação de reparação de danos. Furto de talonário de cheques em agência bancária. Empregado de empresa de vigilância. Denunciação da lide à empregadora. Descabimento. Art. 70, inciso III, do CPC. Necessidade de se perquirir culpa ou dolo em ação autônoma. - Para o deferimento da denunciação da lide tratada no art. 70, inciso III, do CPC, além da previsão contratual ou legal do direito de regresso, é necessário que seja evidente a obrigatoriedade de o denunciado responder regressivamente. - Subsistindo incertezas quanto ao cabimento de ação regressiva no caso de insucesso do denunciante na demanda, é preciso perquirir culpa ou dolo do virtual denunciado, o que tem assento em ação autônoma. - Recurso não provido (TAMG - AI nº 342.684-2 - Segunda Câmara Cível - Rel. Juiz Edgard Penna Amorim - DJ de 23.10.2001).

Conveniente, ainda, a lição de Ernane Fidélis dos Santos:

A denunciação só tem cabimento nos casos em que o prejuízo advém de ato ou por responsabilidade de outrem e que o

denunciante deve suportar. Mas o direito de regresso só se define pela lei, ou pelo contrato, onde há a efetiva participação da outra parte (SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Manual de direito processual civil*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, p. 97).

Assim, não estando evidenciada a responsabilidade da suposta denunciada, não é possível o deferimento da denunciação da lide.

Acrescente-se que o presente caso não se encaixa nas outras hipóteses previstas no art. 70 do CPC.

Diante do exposto, nego provimento ao agravo de instrumento apresentado por espólio de Stella Assumpção Bicalho, mantendo íntegra a r. decisão recorrida.

Custas recursais, pelo agravante, a serem calculadas e recolhidas em primeira instância.

DES.^a CLÁUDIA MAIA - Quanto ao pedido de denunciação da lide, registro ser entendimento prevalente no Superior Tribunal de Justiça que tal instituto,

como modalidade de intervenção de terceiros, busca atender aos princípios da economia e da presteza na entrega da prestação jurisdicional, não devendo ser prestigiada quando o deferimento for apto a subverter exatamente os valores tutelados pelo instituto (AgRg no AREsp 557.860/MG, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, DJe de 10.02.2015).

Nesse sentido, levando em conta a considerável ampliação da discussão que ensejaria o deferimento da denunciação vindicada, assim como o alto teor de litigiosidade insito à respectiva lide secundária, entendo por bem não deferir seu processamento, prestigiando a celeridade do feito originário.

Com tais considerações, voto integralmente de acordo com a douta Relatora.

DES. ESTEVÃO LUCCHESI - De acordo com a Relatora.

Súmula - REJEITAR PRELIMINAR E NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Adoção - Morte do adotando - Reconhecimento posterior - Possibilidade - Aplicação de analogia - Art. 42, § 6º, do Estatuto da Criança e do Adolescente

Ementa: Apelação. Reconhecimento de adoção pós-morte do adotando. Analogia. Art. 42, § 6º, do Estatuto da Criança e do Adolescente. Recurso parcialmente provido.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0452.12.007319-5/001 - Comarca de Nova Serrana - Apelante: V.C.O. - Apelado: S.L.R. - Relator: DES. AUDEBERT DELAGE.

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 6ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em DAR PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO.

Belo Horizonte, 24 de maio de 2016. - Audebert Delage - Relator.

Notas taquigráficas

DES. AUDEBERT DELAGE - V.C.O. interpõe recurso contra a r. decisão de f. 65/67, integrada pela declaratória de f. 81, que, nos autos da ação de adoção unilateral c/c pedido de destituição de pátrio poder, visando à adoção do falecido B.S.R., julgou extinto o feito, sem resolução do mérito, nos termos do art. 267, VI, do CPC/73, por reputar ausente o interesse de agir.

Pontua o apelante (f. 82/89) que a vontade do *de cujus* fora manifestada no sentido de que reconhecia o recorrente como seu pai, com o qual conviveu por 20 anos, e que nunca teve contato com o pai biológico, que, inclusive, foi revel. Salienta que o estudo social comprovou a parentalidade socioafetiva, sendo que o adotando, em relação ao réu, informou à assistente social que o conheceu no dia da audiência. Descreve que a avaliação social concluiu pela inexistência de motivos para o indeferimento da adoção. Aduz que a r. sentença, ao mencionar a existência de norma restritiva, deixou de avaliar as regras de hermenêutica, diante da expressa sintonia afetiva e socioparental existente há mais de 19 anos, bem como a expressa intenção do apelante e do adotando em adotar e ser adotado. Expõe que não é a regra rígida que irá obstaculizar o reconhecimento de situação que de fato se concretizou, pois humanizar e vivificar a lei constitui função maior do intérprete, motivada pela vontade do adotando. Pede o provimento do recurso.

Sem contrarrazões.

A Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo provimento do apelo (f. 106/107).

Conheço do recurso, presentes os pressupostos de admissibilidade.

Cinge-se a controvérsia na possibilidade da declaração do pedido de adoção *post mortem* do adotando.

Do exame dos autos, pode-se inferir que o apelante tem interesse de agir, de modo que passo a aplicar a disposição exposta no art. 1.013, § 3º, do CPC/2015.

Inicialmente, é de se observar que não há previsão legal em torno da viabilidade de adoção quando o adotando houver falecido.

Contudo, é certo que o juiz não se exime de decidir, alegando lacuna ou obscuridade na lei.

Na hipótese, observam-se peculiaridades que ensejam caráter excepcional ao processo, a permitir a aplicação da analogia ao caso concreto.

A analogia, segundo autorizada doutrina,

[...] trata-se de um processo de raciocínio lógico pelo qual o juiz estende um preceito legal a casos não diretamente compreendidos na descrição legal. O juiz pesquisa a vontade da lei, para transportá-la aos casos que a letra do texto não havia compreendido (VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: parte geral*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003).

O Estatuto da Criança e do Adolescente dispõe, em seu art. 42 e § 6º:

Art. 42. Podem adotar os maiores de 18 (dezoito) anos, independentemente do estado civil. [...]

§ 6º A adoção poderá ser deferida ao adotante que, após inequívoca manifestação de vontade, vier a falecer no curso do procedimento, antes de prolatada a sentença.

É que o adotando falecido era maior de idade no momento do óbito e, antes, manifestou seu interesse em ter o apelante como pai.

Os elementos colhidos dos autos, principalmente o estudo social, demonstram:

[...] O entrevistado interagiu convenientemente durante a intervenção quando informou que o autor é e sempre foi seu pai. Informou que o autor e sua mãe o participaram da decisão de adoção e que concorda que sua situação civil seja modificada, uma vez que jamais reconheceu o requerido como pai. Disse que conheceu o requerido no dia da audiência realizada e que jamais manteve com ele qualquer aproximação. Relata que desde criança sempre soube que o autor não era seu pai biológico, no entanto, ele exercia o papel de pai e sempre o reconheceu e o chamou de pai mesmo que em sua certidão de nascimento conste o nome de outra pessoa no lugar de pai. Afirma que o autor sempre o tratou da mesma forma que sua filha Y., seja nos momentos em que expressa afeto ou quando necessita impor limites. Informa que o autor é quem sempre compareceu na escola nas comemorações do dia dos pais ou ainda nas reuniões escolares. Entende que o deferimento do pedido de adoção em nada irá mudar sua relação com o autor, até mesmo porque a relação estabelecida entre eles sempre foi e sempre será de pai e filho [...].

Em síntese, o falecido, em momento algum, manifestou seu interesse na improcedência do pedido, sendo que a prova carreada aos autos demonstra, definitivamente, que o apelante sempre exerceu o poder familiar, como se pai do adotando fosse.

Assim, analogicamente, a adoção poderá ser deferida ao adotante, quando, após inequívoca manifestação de vontade, o adotando vier a falecer no curso do procedimento, antes de prolatada a sentença.

A propósito, o parecer da d. Procuradoria-Geral de Justiça:

Com efeito, o art. 42, § 6º, do ECA, em sua literalidade, não contempla a pretensão em estudo: [...] Entretanto, não deixam de ser similares as situações fáticas dos autos e aquela abstratamente prevista em lei, podendo se lançar mão da analogia. Tanto mais quando o acobertamento jurídico de

uma realidade atende aos fins sociais a que ela se destina (arts. 4º e 5º da LICC) [...].

Se é possível o prosseguimento do processo de adoção com o falecimento dos adotantes, desde que tenha restado comprovado o exercício do poder familiar durante o período em que viveram, não vejo óbices a que, analogicamente, se aplique o mesmo raciocínio quanto ao adotando.

Comprovado, à saciedade, o vínculo socioafetivo entre o adotante e o adotando, deve ser deferida a destituição do poder familiar do apelado, com a consequente regularização da adoção do *de cujus* pelo autor.

Quanto ao pedido de exclusão do sobrenome R. do nome da mãe do adotado (f. 5), deverá ser pleiteado em ação própria, uma vez que a pretensão é estranha ao presente feito.

Com essas considerações, dou provimento parcial ao recurso para deferir a adoção pleiteada na petição inicial, fazendo as devidas alterações registras, bem como destituir do poder familiar o pai biológico, com as averbações respectivas.

Condene o réu ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, fixados em 20% do valor atribuído à causa.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES SANDRA FONSECA e RONALDO CLARET DE MORAES (JUIZ DE DIREITO CONVOCADO).

Súmula - DERAM PROVIMENTO PARCIAL.

...

Direito à

educação - Direito fundamental - Matrícula em Umei - Indisponibilidade de vagas - Dever do município - Instituição próxima à residência do menor - Teoria do fato consumado - Segurança jurídica - Honorários advocatícios - Fazenda Pública

Ementa: Reexame necessário. Apelação cível. Recusa de matrícula em unidade municipal de educação infantil. Umei. Indisponibilidade de vagas. Instituição mais próxima da residência da menor. Dever do município. Fato consumado. Princípios da segurança jurídica e da razoabilidade. Confirmação da sentença no reexame necessário. Ônus da sucumbência. Omissão do Juízo singular. Atribuição pelo Tribunal. Possibilidade.

- O Estatuto da Criança e do Adolescente normatiza que a educação é um direito da criança, sendo inclusive garantido o acesso à escola próxima à residência do menor.

- A Lei de Diretrizes e Bases da Educação, Lei 9.394/96, estabelece que é incumbência do Município oferecer educação em creches, como é o caso da unidade municipal de educação infantil (Umei).

- Em observância aos princípios da razoabilidade e da segurança jurídica, aplica-se a teoria do fato consumado quando a autora, amparada em liminar que permitiu a realização da matrícula, ingressou em unidade municipal de educação infantil (Umei).

- A atribuição dos ônus da sucumbência é matéria de ordem pública e pode ser examinada de ofício pelo Tribunal, na hipótese em que o juízo de primeiro grau deixou de fazê-lo.

APELAÇÃO CÍVEL/REEXAME NECESSÁRIO Nº 1.0024.14.007802-3/001 - Comarca de Belo Horizonte - Remetente: Juiz de Direito da Vara da Infância e Juventude da Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Menor representada pela mãe - Apelado: Município de Belo Horizonte - Relatora: DES.ª ANA PAULA CAIXETA

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, por maioria, vencido o Relator, em CONFIRMAR A SENTENÇA, NO REEXAME NECESSÁRIO E, DE OFÍCIO, CONDENAR O RÉU AO PAGAMENTO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS; PREJUDICADA A APRECIACÃO DA APELAÇÃO INTERPOSTA.

Belo Horizonte, 9 de junho de 2016. - Ana Paula Caixeta - Relatora.

Notas taquigráficas

DES.ª ANA PAULA CAIXETA - Cuida-se de reexame necessário e apelação cível interposta contra a sentença de f. 67/70, integrada pela decisão de f. 96/96-v., proferida pelo MM. Juiz de Direito da Vara Cível da Infância e da Juventude da Comarca de Belo Horizonte, Dr. Marcos Flávio Lucas Padula, que, nos autos da ação de obrigação de fazer ajuizada por menor, representada por sua genitora, em face do Município de Belo Horizonte, julgou procedente o pedido inicial para confirmar a liminar, determinando ao réu a efetivação da matrícula da autora na Umei Sabinópolis ou, alternativamente, em outra próxima à sua residência, com o custeio do transporte para o deslocamento residência-escola e vice-versa, nesta Capital.

Opostos embargos de declaração pela parte autora (f. 72/73-v.), o recurso foi rejeitado nos termos da decisão de f. 77.

Em suas razões recursais, a parte autora bateu-se pela reforma do *decisum*, alegando, em breve síntese, que, nos termos do art. 39 da Lei federal nº 6.830/1980,

a isenção legal da Fazenda Pública se refere ao pagamento de custas e emolumentos; que a isenção legal concedida aos entes públicos não atinge os honorários de sucumbência; que a decisão proferida pelo Juiz *a quo* não observou a diversidade de natureza existente entre “custas e emolumentos” e “honorários advocatícios” devidos em razão da sucumbência, diferença esta ponderada, inclusive, no art. 20 do CPC; que, no que tange à gratuidade de justiça ou à denominada isenção de custas e emolumentos, o art. 141, § 2º, da Lei nº 8.069/90 deve ser interpretado com a finalidade de abranger quaisquer ações e procedimentos que sejam de atribuição da Justiça da Infância e da Juventude, o que não acarreta a impossibilidade de condenação ao ônus de sucumbência; que a decisão deve ser reformada para que seja afastado o vício e fixados os honorários advocatícios sucumbenciais devidos, sugerindo o valor de R\$2.500,00 (dois mil e quinhentos reais).

Devidamente intimado, o apelado deixou transcorrer *in albis* o prazo legal para apresentação de contrarrazões (certidão de f. 82-v.).

Em exercício do juízo de retratação previsto no art. 198, VII, do ECA, a sentença foi mantida pelo douto Magistrado *a quo* (f. 86).

Intervindo no feito, o ilustre Procurador de Justiça Dr. Geraldo de Faria Martins da Costa opinou pela manutenção da sentença, em reexame necessário, prejudicado o recurso voluntário (f. 89/91).

Conheço do reexame necessário e do recurso interposto, porquanto presentes os seus pressupostos de admissibilidade.

Do reexame necessário.

Cinge-se a questão a verificar se a parte ré tem a obrigação de proceder à matrícula da autora em Unidade Municipal de Educação Infantil - Umei.

De início, cumpre esclarecer que a educação é um direito social, previsto no art. 6º, *caput*, da Constituição da República de 1988. Ademais, a própria Constituição normatiza, em seu art. 208, que é um dever do Estado garantir creche e pré-escola para crianças de até cinco anos, senão veja-se:

Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:

[...]

IV - educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5 (cinco) anos de idade;

Ademais, o Estatuto da Criança e do Adolescente, complementando a norma constitucional, institui que a educação é um direito da criança, sendo inclusive garantido o acesso a escola próxima à sua residência. *In verbis*:

Art. 53. A criança e o adolescente têm direito à educação, visando ao pleno desenvolvimento de sua pessoa, preparo para o exercício da cidadania e qualificação para o trabalho, assegurando-se-lhes:

[...]

V - acesso à escola pública e gratuita próxima de sua residência.

Complementando as normas já mencionadas, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação, Lei 9.394/96, estabelece que é incumbência do município oferecer a educação em creches:

Art. 11. Os Municípios incumbir-se-ão de:

[...]

V - oferecer a educação infantil em creches e pré-escolas, e, com prioridade, o ensino fundamental, permitida a atuação em outros níveis de ensino somente quando estiverem atendidas plenamente as necessidades de sua área de competência e com recursos acima dos percentuais mínimos vinculados pela Constituição Federal à manutenção e desenvolvimento do ensino.

Portanto, não restam dúvidas de que a parte autora, menor impúbere, atualmente com dois anos de idade, tem o direito de ter acesso ao ensino, sendo-lhe garantida a matrícula em uma Umei próxima à sua residência.

Nesse particular, há que se ressaltar que a proximidade da escola à residência do estudante tem por finalidade facilitar o acesso a tal estabelecimento, sendo certo que, se a distância for considerável, poderá ser obstado o estudo do menor, pois representaria um esforço grande dos pais.

Ademais, tal tema se encontra consolidado na jurisprudência, que assim tem decidido:

Recurso especial. Ação civil pública. Matrícula e frequência de menores de zero a seis anos em creche da rede pública municipal. Dever do Estado. 1. Hipótese em que o Ministério Público do Estado de São Paulo ajuizou ação civil pública com o fito de assegurar a matrícula de duas crianças em creche municipal. O pedido foi julgado procedente pelo Juízo de 1º grau, porém a sentença foi reformada pelo Tribunal de origem. 2. Os arts. 54, IV, 208, III, e 213 da Lei 8.069/1990 impõem que o Estado propicie às crianças de até 6 (seis) anos de idade o acesso ao atendimento público educacional em creche e pré-escola. 3. É legítima a determinação da obrigação de fazer pelo Judiciário para tutelar o direito subjetivo do menor a tal assistência educacional, não havendo falar em discricionariedade da Administração Pública, que tem o dever legal de assegurá-lo. Precedentes do STJ e do STF. 4. Recurso especial provido (STJ, REsp 511.645/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, j. em 18.08.2009, DJe de 27.08.2009).

Ementa: Reexame necessário/apelação cível. Ação civil pública. Matrícula de menor em Umei ou creche. Acesso à assistência educacional gratuita. Direito fundamental. - De se garantir à criança o direito de acesso à assistência educacional gratuita em creche ou Umei localizada próxima de sua residência, visando ao seu desenvolvimento integral, em seus aspectos físico, psicológico, intelectual e social. Inteligência do art. 208, IV, CF/88 c/c art. 53, V, do ECA, art. 11, V, e arts. 29 e 30, I, da Lei de Diretrizes e Bases da Educação. Lei nº 9.394/96 (TJMG, Apelação Cível/Reexame Necessário 1.0024.10.281222-9/002, Rel. Des. Alyrio Ramos, 8ª Câmara Cível, j. em 22.05.2014, publicação da súmula em 02.06.2014).

Portanto, entendo que o Município de Belo Horizonte tem o dever de proceder à matrícula da infante em uma Unidade Municipal de Educação Infantil - Umei mais próxima da residência da parte autora, não havendo que se falar em reforma da decisão.

Além disso, tendo a matrícula da autora sido realizada (f. 46), deve-se prestigiar o princípio da segurança jurídica, de modo a permitir a continuidade de seus estudos, bem como o princípio da razoabilidade, já que não seria prudente fazê-la retornar ao *status quo* e depois se submeter a nova matrícula e ingresso no ensino infantil.

O julgador, ao apreciar a demanda, não pode ignorar a estabilização das relações jurídicas causadas pelo decurso do tempo. O novo Código de Processo Civil, em seu art. 493 (art. 462 do Código de Processo Civil de 1973), dispõe que, se depois da propositura da ação, algum fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito influir no julgamento da lide, deverá o juiz tomá-lo em consideração.

Cabível, portanto, a aplicação da teoria do fato consumado na espécie, para confirmar a sentença primeva.

Por fim, quanto à atribuição dos ônus da sucumbência, trata-se de matéria de ordem pública, podendo ser examinada pelo magistrado, em qualquer grau, até mesmo de ofício.

Assim, vencida a Fazenda Pública, o arbitramento dos honorários de advogado será feito nos termos do § 4º do art. 20 do CPC/73, vigente à época, observando-se os critérios estabelecidos no § 3º do mesmo artigo.

Desse modo, considerando o grau de zelo do profissional, o lugar da prestação do serviço, a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço, bem como que a prestação dos serviços advocatícios dos patronos da parte autora foi adequada e eficaz, entendo que o Município de Belo Horizonte deve ser condenado ao pagamento de honorários advocatícios, que fixo em R\$1.000,00 (mil reais).

Diante do exposto, confirmo a sentença, no reexame necessário e, de ofício, condeno o réu ao pagamento de honorários advocatícios sucumbenciais, no valor de R\$1.000,00 (mil reais).

Julgo prejudicada a apreciação do recurso interposto.

DES. RENATO DRESCH - Trata-se de reexame necessário e apelação interposta por menor, representada por sua mãe, por meio da qual pretende a reforma da decisão apenas para que o Município de Belo Horizonte seja condenado no pagamento de honorários advocatícios.

Acompanho o voto da e. Relatora.

Ressalvo, entretanto, com a devida vênia, o entendimento que adoto acerca da garantia de acesso à vaga em escola ou creche da rede pública, embora, em razão da peculiaridade do presente caso, acompanhe a conclusão a que chegou a e. Relatora.

A educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível, importando, quanto ao seu não oferecimento, responsabilidade da autoridade competente.

A Constituição Federal/88 garante a todos o direito à educação, nos seguintes termos:

Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

[...]

Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:

[...]

IV - educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5 (cinco) anos de idade;

A Lei Maior atribui à família, à sociedade e ao Estado, “com absoluta prioridade”, a garantia ao direito à vida digna, com acesso à educação, à cultura e ao lazer à criança, ao adolescente e ao jovem (art. 227, *caput*).

Do mesmo modo, o Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº 8.069/90, sob a ótica da proteção integral aos direitos das crianças e dos adolescentes, estabelece que “a criança e o adolescente têm direito à educação” (art. 53) em “igualdade de condições para o acesso e permanência na escola” (I), assegurando-lhes “acesso à escola pública e gratuita próxima de sua residência” (V). E estabelece como dever do Estado assegurar-lhes esse direito, nos seguintes termos:

Art. 54. É dever do Estado assegurar à criança e ao adolescente:

I - ensino fundamental, obrigatório e gratuito, inclusive para os que a ele não tiveram acesso na idade própria;

II - progressiva extensão da obrigatoriedade e gratuidade ao ensino médio;

III - atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino;

IV - atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade;

[...]

§ 1º O acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo.

§ 2º O não oferecimento do ensino obrigatório pelo poder público ou sua oferta irregular importa responsabilidade da autoridade competente.

§ 3º Compete ao poder público recensear os educandos no ensino fundamental, fazer-lhes a chamada e zelar, junto aos pais ou responsáveis, pela frequência à escola.

Assim também estabelece a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei nº 9.394/96, alterada pela Lei nº 12.796/13), que organiza o ensino em três etapas: pré-escola, ensino fundamental e ensino médio (art. 21, I), quanto à educação infantil:

Art. 29. A educação infantil, primeira etapa da educação básica, tem como finalidade o desenvolvimento integral da criança de até 5 (cinco) anos, em seus aspectos físico, psicológico, intelectual e social, complementando a ação da família e da comunidade.

Art. 30. A educação infantil será oferecida em:

I - creches, ou entidades equivalentes, para crianças de até três anos de idade;

A educação é dos mais importantes direitos sociais assegurados pela Constituição Federal, bem como pela legislação infraconstitucional.

É dever do Estado assegurar à criança o amplo acesso à pré-escola, matriculando-a em estabelecimento próximo de sua residência e, na absoluta impossibilidade, ofertando-lhe transporte escolar gratuito, pois a educação infantil constitui a primeira etapa da educação básica e tem como finalidade o desenvolvimento integral da criança.

Ao município incumbe oferecer a educação infantil em creches e pré-escolas, pois é sua obrigação prioritária.

Art. 211. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios organizarão em regime de colaboração seus sistemas de ensino.

§ 2º Os Municípios atuarão prioritariamente no ensino fundamental e na educação infantil.

O que se extrai é que à criança será garantido o direito à educação, que é um dever do Estado a ser efetivado mediante o oferecimento de vagas em estabelecimentos públicos de ensino situados no território do Município, não necessariamente na unidade indicada pelos representantes do menor.

Embora se assegure o direito à vaga ao menor, não é garantido o direito à escolha de acesso a determinada instituição escolar. É dizer: o menor tem direito à vaga na creche ou à matrícula em instituição de ensino próximo à residência, mas não de indicar a escola ou a creche em que pretende a vaga.

Na hipótese dos autos, entretanto, a autora pretende acesso à vaga em instituição pública que indica, que é a Umei Sabinópolis, local em que sua genitora trabalha, o que, indubitavelmente, permitiria uma proximidade entre mãe e filha, mantendo-se o convívio.

Embora não se admita a escolha de determinada creche ou escola, cabendo ao município a alocação do aluno conforme as políticas públicas para garantir o direito à educação estabelecida, verifica-se que, na época da distribuição do presente feito, a menor tinha apenas um ano e nove meses e sua mãe trabalhava na Umei Sabinópolis, o que, e somente por essa peculiaridade, justifica a garantia da vaga na creche indicada.

Portanto, atento à necessidade de assegurar o direito constitucional à educação das crianças e adolescentes, deve ser garantida vaga em creche municipal à pequena apelada, especificamente na unidade de sua indicação, qual seja a Umei Sabinópolis, em razão da garantia à proteção integral aos direitos do menor.

Com essas razões, acompanho o voto da e. Relatora, ressalvados, *data venia*, os fundamentos ora apresentados.

É como voto.

DES. DÁRCIO LOPARDI MENDES - De acordo com a Relatora.

Súmula - CONFIRMARAM A SENTENÇA, NO REEXAME NECESSÁRIO; E, DE OFÍCIO, CONDE-NARAM O RÉU AO PAGAMENTO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS; PREJUDICADA A APRECIÇÃO DA APELAÇÃO INTERPOSTA.

...

Responsabilidade civil do município - Transporte escolar público - Aluno deixado do lado de fora da escola - Menor não transportado para casa - Responsabilidade civil objetiva - Dever de vigilância por parte do município - Indenização - Dano moral - Arbitramento - Observância aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade - Dano moral reflexo - Genitora - Legitimidade ativa

Ementa: Ação de indenização. Dano moral reflexo. Genitora. Legitimidade ativa. Transporte escolar fornecido pela Administração Municipal. Aluno deixado do lado de fora da escola. Menor não transportado para casa. Responsabilidade civil objetiva. Dever de vigilância por parte do município. Dano moral configurado. Arbitramento. Observância aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

- A ofensa ao direito da personalidade pode acontecer de forma reflexa, como a reparação do dano moral.

- A genitora possui legitimidade para pleitear dano moral reflexo.

- A Administração municipal responde objetivamente por omissão no transporte escolar público, mormente quando evidenciado que o serviço funcionou mal, de forma ineficiente. É sabido que o Ente Público fica investido no dever de guarda e preservação da integridade física do aluno, especialmente quando se trata de menor impúbere, com a obrigação de empregar a mais diligente vigilância para prevenir e evitar qualquer ofensa e/ou dano. A responsabilidade na hipótese configura-se independentemente da verificação de culpa.

- Os danos morais devem ser fixados segundo os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, de modo a evitar o enriquecimento ilícito de uma das partes.

**APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0313.14.007912-7/001 -
Comarca de Ipatinga - Apelante: Município de Ipatinga -
Apelada: Andreiza Roque da Silva Almeida - Litisconsorte:
Transportadora Lacerda e Melo Ltda. - Relatora: DES.ª
ÂNGELA DE LOURDES RODRIGUES**

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 14 de abril de 2016. - Ângela de Lourdes Rodrigues - Relatora.

Notas taquigráficas

DES.ª ÂNGELA DE LOURDES RODRIGUES - Trata-se de apelação cível interposta pelo Município de Ipatinga, em face da sentença proferida nos autos da ação de responsabilidade civil c/c indenização por danos morais reflexos ou ricochete interposta por Andreiza Roque da Silva Almeida, em trâmite na Vara da Fazenda Pública e Autarquias, na Comarca de Ipatinga, que julgou parcialmente procedente o pedido inicial, condenando o requerido ao pagamento de indenização à autora por dano moral, no valor equivalente a R\$5.000,00 (cinco mil reais), determinando que, sobre o valor, deverão incidir juros aplicados à caderneta de poupança, nos termos do art.1º-F da Lei 11.960/09. Já a correção monetária, por força da declaração de inconstitucionalidade parcial do art. 5º da Lei 11.960/09, deverá ser calculada pelo índice da Corregedoria, a partir da presente demanda.

Sustenta o Município de Ipatinga às f. 170/188, preliminarmente, incongruência da decisão judicial e violação ao contraditório, levando em consideração, para imputar culpa ao requerido, alegações que não foram suscitadas na inicial.

Enfatiza que, quanto ao fato narrado na inicial que fundamentou o pedido de indenização, qual seja vício de serviço de transporte escolar, não restou o mesmo devidamente comprovado.

Requer a anulação da sentença por se tratar de decisão *ultra petita*.

Em sede preliminar, alega ainda ilegitimidade ativa *ad causam*, aduzindo que não há relação jurídica de direito material entre o Município e a apelada que justifique a presente demanda, já que não há qualquer conduta do Município que tenha provocado danos à apelada, não sendo a mesma titular do direito pleiteado em juízo.

No mérito, assevera que não há provas contundentes nos autos de que o filho da apelada tenha sido esquecido na porta da escola pela transportadora que executava o transporte escolar.

Ressalta que restou comprovado pelas provas testemunhais que o filho da apelada não utilizava o transporte

escolar desde o início do ano letivo, sendo que a própria autora confirmou em seu depoimento que seu filho nem sequer utilizava o transporte regularmente.

Relata que, para organização do transporte dos alunos da rede municipal, os genitores firmam um termo de compromisso para o usuário, mediante a entrega de declaração de matrícula da criança, certidão de nascimento e comprovante de endereço, tendo o referido termo sido assinado após 17.03.2014, uma vez que a declaração de matrícula foi emitida na aludida data.

Afirma que, ao contrário do alegado, nunca houve troca de motorista e monitora, e, mesmo sem a regularização da documentação necessária à utilização do transporte escolar, eles não se recusariam a transportar qualquer criança.

Salienta que a primeira opção para uma mãe preocupada com a integridade de seu filho seria procurar as pessoas que teriam colocado a criança em risco, o que não ocorreu, visto que o Município somente tomou conhecimento do alegado pela autora após ofício encaminhado ao Ministério Público.

Discorre sobre o fato de que a Administração Pública só responde pela omissão quando existir o dever legal, e a sua responsabilidade civil somente restar configurada quando caracterizada a culpa, o que não ocorreu no presente caso.

Argumenta que não existiu conduta do apelante, seja omissiva ou comissiva, a gerar o dano alegado.

Frisa que não houve qualquer repercussão psicológica indenizável na órbita jurídica da apelada, não havendo potencialidade ofensiva das circunstâncias e dos fatos concretos no caso em questão a configurar o dano moral.

Pugna pela redução do valor fixado a título de danos morais, bem como do referente aos honorários sucumbenciais.

Apresentação de contrarrazões às f. 194/201, pugnando primeiramente pelo não acolhimento das preliminares suscitadas.

No mérito, afirma que o vício na prestação do serviço de transporte escolar é responsabilidade do contratado com o Poder Público, e que, por força de lei, responde também o contratante.

Disserta sobre a responsabilidade do requerido no caso em questão, o que pode ser comprovado segundo provas testemunhais.

Aduz que é indubitosa a caracterização do dano moral. Pugna pela manutenção da sentença.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça apresentou parecer às f. 208/210 pugnando pelo desprovimento do recurso.

É o sucinto relatório.

Conheço do recurso, pois presentes seus pressupostos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade.

Preliminares.

Incongruência.

Suscita o requerido, preliminarmente, incongruência da decisão judicial e violação ao contraditório, enfatizando que foram levadas em consideração na r. sentença alegações que não foram suscitadas na inicial.

É cediço que ao julgador é vedado proferir sentença além (*ultra petita*), fora (*extra petita*) ou aquém (*citra petita*) do que foi pedido na exordial.

Segundo estabelece o art. 128 do Código de Processo Civil, o magistrado decidirá a lide “nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte”.

Após uma detida análise dos fatos narrados na inicial, observa-se que o Magistrado proferiu decisão segundo os fatos relatados pela parte autora e consoante as provas constantes dos autos, impondo a condenação ao Município de Ipatinga de acordo com a lide posta em Juízo.

Nesse sentido, ao contrário do alegado, não houve qualquer violação ao contraditório, uma vez que todos os pedidos introduzidos na petição de ingresso restaram debatidos e submetidos ao crivo do Julgador primevo, nos exatos termos em que foram propostos, possibilitando, assim, a defesa do réu, não havendo qualquer ofensa ao princípio do contraditório.

Lado outro, registra-se:

Só a sentença *extra petita* é nula. A sentença *ultra petita* (aquela que defere ao autor um *plus* não pedido) é reformável e, ao invés de sofrer cassação por nulidade, deve ser adequada aos lindes do pedido (JTARS, 56/188).

Dessarte, ainda que a sentença tivesse extrapolado os limites da lide, não seria totalmente nula, apenas se deveria retirar o excesso, por ter sido prolatada *ultra petita*, entretanto, conforme exposto, não foi o ocorrido.

Rejeito a preliminar de incongruência da decisão judicial e de violação ao contraditório.

Ilegitimidade ativa.

Suscita o recorrente ilegitimidade ativa *ad causam*, aduzindo que não há relação jurídica de direito material entre o Município e a apelada que justifique a presente demanda, já que não há qualquer conduta do Município que tenha provocado à apelada danos, não sendo a mesma titular do direito pleiteado em juízo.

Ressalta-se que a legitimidade para a causa consiste na qualidade da parte para demandar e ser demandada, ou seja, de estar em juízo.

Sobre o tema, leciona Cândido Rangel Dinamarco:

Legitimidade *ad causam* é qualidade para estar em juízo, como demandante ou demandado, em relação a determinado conflito trazido ao exame do juiz. Ela depende sempre de uma necessária relação entre o sujeito e a causa e traduz-se na relevância que o resultado desta virá a ter sobre sua esfera de direitos, seja para favorecê-la ou para restringi-la. Sempre que a procedência de uma demanda seja apta a melhorar o patrimônio ou a vida do autor, ele será parte legítima; sempre que ela for apta a atuar sobre a vida ou patrimônio do réu,

também esse será parte legítima. Daí conceituar-se essa condição da ação como relação de legítima adequação entre o sujeito e a causa (*Instituições de direito processual civil*. 4. ed. São Paulo: Malheiros Editores, v. 2, p. 306).

No caso dos autos, a autora objetiva o ressarcimento pelos danos morais perpetrados pela conduta dos réus, que deixaram seu filho do lado de fora da escola, recusando-se a transportá-lo para casa no transporte escolar.

Portanto, a mãe pleiteia, em nome próprio, o ressarcimento pelos danos morais por ela sofridos com o evento narrado, tratando-se de dano moral reflexo.

Na ação de indenização em questão, tem a mãe titularidade para pleitear dano moral, sendo extensivo aos ascendentes do menor, que detêm o direito e o dever de zelar pela sua integridade física.

Da mesma forma, também reconhece a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

Processual civil. Recurso especial. Violação ao art. 535, II, do CPC não caracterizada. Ação reparatória. Danos morais. Legitimidade ativa *ad causam* do viúvo. Prejudicado indireto. Dano por via reflexa. - I - [...] - II - Em se tratando de ação reparatória, não só a vítima de um fato danoso que sofreu a sua ação direta pode experimentar prejuízo moral. Também aqueles que, de forma reflexa, sentem os efeitos do dano padecido pela vítima imediata, amargando prejuízos, na condição de prejudicados indiretos. Nesse sentido, reconhece-se a legitimidade ativa do viúvo para propor ação por danos morais, em virtude de ter a empresa ré negado cobertura ao tratamento médico-hospitalar de sua esposa, que veio a falecer, hipótese em que postula o autor, em nome próprio, ressarcimento pela repercussão do fato na sua esfera pessoal, pelo sofrimento, dor, angústia que individualmente experimentou. Recurso especial não conhecido (REsp nº 530.602/MA - Rel. Min. Castro Filho - DJ de 17.11.2003).

No mesmo sentido, o entendimento deste eg. Tribunal de Justiça:

Agravo de instrumento. Dano moral reflexo ou em ricochete. Ação de indenização. Genitora. Legitimidade ativa. Possibilidade. - A ofensa ao direito da personalidade pode acontecer de forma reflexa, como a reparação do dano moral. Nesse caso, o dano fundamenta-se na teoria do dano reflexo ou dano em ricochete. Ao se reconhecer a existência de tal dano, não se pode recusar o direito de ação. (AI nº 1.0686.14.009066-9/001, Rel. Des. Paulo Mendes Álvares, j. em 05.02.2015, data da publicação da súmula: 13.02.2015).

Portanto, perfeitamente possível a legitimidade da autora para pleitear dano reflexo. A preliminar de ilegitimidade ativa não merece acolhida.

Passo ao deslinde do mérito.

Mérito.

Narra a autora que seu filho compareceu à Escola Municipal Lucinda Fernandes Madeira, em 11.03.2014, ocasião em que foi deixado do lado de fora da escola pelo transporte escolar, que se recusou a transportá-lo para casa, sem aviso aos pais.

É sabido que o Código Civil Brasileiro, em seu art. 927, atribui, de forma expressa, responsabilidade civil àquele que, por ato ilícito, causa dano à esfera jurídica de outrem, *in verbis*:

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

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

E os elementos para a configuração da responsabilidade civil são: a ilicitude da conduta, o resultado danoso e o nexo de causalidade entre ambos.

Sabe-se, contudo, que a responsabilidade da Administração Pública é, em regra, objetiva e consagra a teoria do risco administrativo, em que a obrigação de indenizar prescinde da comprovação dos elementos subjetivos dolo ou culpa. Basta haver o evento danoso e o nexo de causalidade entre referido evento e o dano causado.

Nesse passo, importante ressaltar que o art. 37, § 6º, da Constituição da República dispõe sobre a responsabilidade objetiva do Estado e das empresas e concessionárias prestadoras de serviços públicos em relação aos atos praticados por seus agentes, *verbis*:

Art. 37. [...]

§ 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Por sua vez, preconiza o art. 43 do Código Civil a respeito:

As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo.

A teoria do risco administrativo baseia-se no risco que a atuação estatal encerra para os administrados e na possibilidade de acarretar ônus a certos membros da comunidade.

Há de se salientar que a adoção da teoria do risco administrativo não significa que a Administração Pública, inexoravelmente, deverá indenizar o particular em toda e qualquer circunstância, pois, restando comprovada alguma das excludentes de responsabilidade, tais como o caso fortuito ou a força maior ou a culpa exclusiva da vítima ou até mesmo a culpa recíproca, poderá ser afastada ou atenuada sua responsabilidade pelo evento danoso.

Hely Lopes Meirelles, entendendo aplicável à responsabilidade civil da Administração Pública a teoria do risco administrativo, preleciona:

A teoria do risco administrativo faz surgir a obrigação de indenizar o dano do só ato lesivo e injusto causado à vítima pela Administração. Não se exige qualquer falta do serviço público, nem culpa de seus agentes. Basta a lesão, sem o concurso do lesado. Na teoria da culpa administrativa, exige-se a falta do serviço; na teoria do risco administrativo, exige-se, apenas, o fato do serviço. Naquela, a culpa é presumida da falta administrativa; nesta, é inferida do fato lesivo da Administração. Aqui não se cogita da culpa da Administração ou de seus agentes, bastando que a vítima demonstre o fato danoso e injusto ocasionado por ação ou omissão do Poder Público. Tal teoria, como o nome está a indicar, baseia-se no risco que a atividade pública gera para os administrados e na possibilidade de acarretar dano a certos membros da comunidade, impondo-lhes um ônus não suportado pelos demais (*Direito administrativo brasileiro*. 30. ed. Malheiros Editores, p. 631).

Nesse contexto, para responsabilização do Poder Público pelo “fato da Administração”, dispensa-se a exigência de uma atitude volitiva do Estado ou a prática de uma conduta ilícita, bastando apenas a possibilidade de imputação de tal fato a ela.

Incontrovertida a culpa do requerido mediante todo o conjunto probatório.

Ressalta-se que resta evidente que a transportadora esqueceu o filho da autora na porta da escola, não o transportando para casa.

Comprova-se, ainda, que, anteriormente ao fato, as crianças eram deixadas do lado de fora da escola, esperando o transporte escolar sozinhas, e, após a denúncia realizada pela requerente, as crianças passaram a esperar o ônibus dentro da escola, conforme atestado pelas testemunhas ouvidas.

A testemunha Maria da Penha Ferreira asseverou que (f. 149):

[...] a depoente tem neto que estuda na mesma escola do menor; o neto da depoente também usa o transporte escolar; antes, os alunos saíam da escola e ficavam esperando o ônibus do lado de fora e a escola ficava fechada; depois da denúncia da autora, a direção passou a fazer a coisa correta, deixando os alunos dentro da escola até a chegada da monitora do ônibus; o neto da depoente já foi deixado para trás uma vez [...].

No mesmo sentido, a testemunha Miriam Aparecida Rodrigues Alves acrescentou (f. 150):

[...] a depoente tem outros filhos que já estudaram na escola; as crianças aguardavam o ônibus fora da escola; o portão da escola ficava fechado e as crianças do lado de fora [...]

Noutro giro, não há certeza quanto à data em que a autora firmou o termo de compromisso na Prefeitura Municipal de Ipatinga, não contendo, de fato, o documento de f. 75 uma data certa para a devida certificação, não havendo como exonerar o Município pela culpa do fato descrito nos autos.

O que se verifica por parte do recorrente são algumas contradições nas informações prestadas, objetivando afastar a sua condenação no acontecimento.

Ora, cabe ao Município zelar pela guarda e vigilância das crianças e manter, nos estabelecimentos de ensino, servidores incumbidos da segurança e fiscalização dos estudantes.

Não é outro o entendimento desta Corte:

Ação de indenização. Acidente de trânsito. Atropelamento. Criança. Desembarque de ônibus escolar do município. Dever diferenciado de guarda e tutela. Posição de garante. Responsabilidade objetiva do ente público. Pressupostos. Configuração. Danos materiais e morais. Dever de indenizar. Valor. Adequação. Atualização do crédito. Critérios. - Em caso de acidente de trânsito, por atropelamento, que vitimou criança ao desembarcar do ônibus escolar oferecido pela municipalidade, a responsabilidade civil da pessoa jurídica de direito público prestadora do serviço é de natureza objetiva, porque, em que pese resultante de conduta omissiva, o Município, na hipótese, possuía um dever diferenciado de guarda ou tutela, assumindo a posição de garante, pelo que a sua responsabilidade assumia patamar mais elevado, tornando prescindível a demonstração de dolo ou culpa. Não verificada qualquer hipótese excludente da responsabilidade, o Município deve ser condenado a pagar aos pais da vítima, morta aos sete anos, indenização a título de dano material, consistente em pensão mensal, correspondente a 2/3 do salário mínimo desde o primeiro dia em que a vítima completaria 14 anos até a data em que completaria 25 (vinte e cinco) anos, a partir de quando a pensão deve ficar reduzida para 1/3 do salário mínimo até a data em que completaria 65 (sessenta e cinco) anos, na esteira do entendimento pacificado do c. STJ. A indenização pelos 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 valores resultantes de condenações proferidas contra a Fazenda Pública, independentemente de sua natureza, após a entrada em vigor da Lei 11.960/09, devem observar os critérios de atualização nela disciplinados, ou seja, mediante incidência, uma única vez, até o efetivo pagamento, dos índices oficiais de remuneração básica (TR) e dos juros aplicados à caderneta de poupança (TJMG - 1ª Câmara Cível - Apelação Cível/Reexame Necessário nº 1.0392.10.000790-6/001 - Rel. Des. Eduardo Andrade).

Ação de indenização por danos morais. Transporte escolar fornecido pela Administração Municipal. Desembarque de aluno. Atropelamento. Responsabilidade civil objetiva. Comportamento omissivo do Poder Público. Dever de vigilância. Dano moral presumido. Arbitramento. Observância aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Redução. Viabilidade. Recurso provido em parte. 1. A Administração Municipal responde objetivamente por omissão no transporte escolar público, mormente quando, ao invés de falta, resta evidenciado que o serviço funcionou mal, de forma ineficiente, implicando diretamente o acidente ocorrido com o aluno. É sabido que, ao receber o estudante, seja no âmbito interno da escola seja no transporte escolar, o ente público fica investido no dever de guarda e preservação da integridade física do aluno, máxime quando se trata de menor impúbere, com a obrigação de empregar a mais diligente vigilância para prevenir e evitar qualquer ofensa e/ou dano que possam resultar do convívio familiar escolar em sua amplitude. 2. A responsabilidade, em hipótese que tal, se filia

ao princípio consagrado no art. 37, § 6º, da Constituição da República, configurando-se pela simples falha da incolumidade, independentemente da verificação de culpa específica de qualquer servidor. 3. Os danos morais devem ser arbitrados em valor que não importe em fonte de enriquecimento ilícito, nem se apresentar irrisório. Sua fixação, portanto, deve ser norteadada pelos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, impondo-se, no caso vertente, a redução do *quantum* fixado na sentença (TJMG. AC nº 10674.08.006449-8-001. Rel. Des. Elias Camilo).

Depreende-se que o Município atuou de forma deficiente quanto à segurança e à integridade do menor, caracterizando a sua negligência, ensejadora da responsabilidade civil.

Por fim, descabida a alegação do requerido de que a autora deveria procurar primeiramente as pessoas que teriam colocado a criança em risco, não havendo qualquer óbice para que a mesma tenha optado por representar junto ao Ministério Público e ajuizado a presente ação para se ver ressarcida dos danos advindos do evento danoso.

Dessarte, não restam dúvidas da caracterização do dano moral sofrido pela autora.

Não se pode olvidar que a reparação do dano moral, como instrumento de defesa dos direitos de personalidade, tem força constitucional, com amparo no art. 5º, incisos V e X:

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:

[...]

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

Já no que diz respeito à quantificação do dano moral, coerentes os ensinamentos de Maria Helena Diniz:

Na avaliação do dano moral, o órgão judicante deverá estabelecer uma reparação equitativa, baseada na culpa do agente, na extensão do prejuízo causado e na capacidade econômica do responsável. Na reparação do dano moral, o juiz determina, por equidade, levando em conta as circunstâncias de cada caso, o *quantum* da indenização devida, que deverá corresponder à lesão e não ser equivalente, por ser impossível tal equivalência (*Curso de direito civil brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1990, v. 7 - Responsabilidade civil, p. 78/79).

O juiz deve pautar-se pela irrestrita observância ao critério da razoabilidade/ proporcionalidade arbitradas segundo as circunstâncias do caso concreto, de acordo com as condições das partes envolvidas, não devendo ser fonte de enriquecimento indevido da vítima, nem mesmo servir de incentivo à reiteração da conduta do agente causador do dano, devido à sua insignificância.

Igualmente, o valor da indenização deve atingir o seu objetivo de corrigir o desmando, bem como penalizar

o infrator de maneira a desestimulá-lo à repetição do ato abominado e compensatório.

O valor fixado em primeira instância, no importe de R\$5.000,00 (cinco mil reais), parece-me coerente com o caso em questão, não vislumbrando justificativa para modificação de tal montante.

Com relação aos consectários legais, observa-se que deverá incidir correção monetária desde a data da prolação desta decisão, devendo ser aplicada uma única vez e calculada com base no índice oficial da remuneração básica da caderneta de poupança - TR (taxa referencial), conforme nova redação dada pela Lei nº 11.960/09 ao art. 1º-F da Lei nº 9.494/97. Com o julgamento das ADIs 4.357 e 4.425, no qual o STF modulou os efeitos da declaração de inconstitucionalidade por arrastamento, mantendo a aplicação da correção pelo índice oficial da remuneração básica da caderneta de poupança - TR (taxa referencial) até 25.03.2015. Aplicar-se-á o IPCA-E após a referida data.

Quanto aos juros de mora, comungo do entendimento de que, tendo em vista a existência de relação contratual, não se deve aplicar a Súmula nº 54 do STJ, devendo os juros incidir a partir da citação.

Quanto aos honorários advocatícios fixados no importe de 20% (vinte por cento) sobre o valor da condenação, entendo que, levando em consideração o grau de zelo do profissional, o lugar da prestação dos serviços, a natureza e a importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço, nos termos da regra do art. 20, §4º, do Código de Processo Civil, não vejo razão para alteração do valor atribuído.

Assim, diante do exposto, nego provimento ao recurso, mantendo incólume a sentença recorrida.

Custas processuais e honorários advocatícios fixados em 20% (vinte por cento) sobre o valor da condenação, pelo apelante, observada a isenção legal.

DES. CARLOS ROBERTO DE FARIA - Coaduno-me com o voto proferido pela eminente Relatora, acrescentando que o réu, Município de Ipatinga, poderá ajuizar a competente ação de regresso contra o agente causador do dano, nos termos do art. 37, § 6º, da Constituição Federal, o que não afasta sua responsabilidade nem sua legitimidade para compor o polo passivo da presente ação.

DES. MAGID NAUEF LÁUAR (JUIZ DE DIREITO CONVOCADO) - De acordo com a Relatora.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Espaço público - Utilização por particular - Barracas comerciais - Mera tolerância da Administração Pública - Ato negocial discricionário e precário - Revogação - Oportunidade e conveniência - Reintegração de posse - Demolição - Indenização - Não cabimento

Ementa: Indenização. Danos materiais e morais. Utilização de espaço público. Barracas comerciais. Mera tolerância da Administração Pública. Conveniência e oportunidade. Reintegração de posse. Demolição das barracas. Poder discricionário. Ausência do dever de indenizar. Apelação a que se nega provimento.

- A permissão ou mera tolerância de utilização de espaço público é ato negocial discricionário e precário, podendo ser revogado a qualquer tempo por oportunidade e conveniência da Administração Pública, sem necessidade de motivação.

- A mera tolerância de utilização de espaço público não gera direito à indenização de eventual benfeitoria realizada pelo possuidor.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0637.10.009327-6/001 - Comarca de São Lourenço - Apelante: Antônio Carvalho Filho - Apelado: Município de Soledade de Minas - Relator: DES. MARCELO RODRIGUES

Acórdão

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

Belo Horizonte, 24 de maio de 2016. - *Marcelo Rodrigues* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. MARCELO RODRIGUES - Trata-se de apelação cível interposta por Antônio Carvalho Filho em face da sentença de f. 94/98-TJ, pela qual foi julgado improcedente o pedido formulado nos autos da ação ordinária de indenização que move contra Município de Soledade de Minas e condenado ao pagamento de custas e honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor da causa.

O autor interpôs recurso às f. 100/105-TJ, alegando que detinha a posse de um espaço público cedido pelo Município, e que este, de forma abrupta, demoliu as barracas que ele construiu e erigiu outras novas, cedendo o espaço para terceiros. Aduz que o próprio Município não nega que recebeu a área por comodato da União e que demoliu as barracas lá existentes, o que dá ensejo à procedência de seu pedido de indenização.

Sustenta que as provas corroboram sua tese de que a posse lhe foi passada pelo próprio Município e que o ato da Administração Pública lhe causou prejuízos materiais bem como danos morais.

Preparo do recurso à f. 106-TJ.

Contrarrazões às f. 109/113-TJ.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

Em que pese às razões do apelante, não há fundamentos para reformar a sentença.

Conforme consta dos autos, o apelante utilizava um espaço público no terminal ferroviário do Município de Soledade de Minas, onde, segundo ele, construiu barracas para aluguel e exercício de comércio.

Aduz que a Administração Pública simplesmente se reintegrou na posse da área, derrubou as barracas, construiu outras novas e cedeu para terceiros exercerem atividades comerciais.

Rebate o ato da Administração de não notificá-lo sobre a reintegração da área e a demolição, além da falta de indenização pelas benfeitorias que construiu.

Pois bem.

Sabe-se que a utilização de espaço público exige permissão ou cessão por parte da Administração Pública, sendo necessária a formalização mediante contrato ou termo, inclusive por decreto municipal. Por ser precário, pode ser revogado a qualquer tempo, sem qualquer motivação.

Sobre o tema, discorre Hely Lopes Meirelles:

Permissão de uso é ato negocial unilateral, discricionário e precário através do qual a Administração faculta ao particular a utilização individual de determinado bem público. Como ato negocial, pode ser com ou sem condições, gratuito ou remunerado, por tempo certo ou indeterminado, conforme estabelecido no termo próprio, mas sempre modificável e revogável unilateralmente pela Administração, quando o interesse público o exigir, dada sua natureza precária e o poder discricionário do permitente para consentir e retirar o uso especial do bem público (MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 493).

No caso em apreço, não se verifica qualquer termo, contrato ou mesmo decreto permitindo ao apelante usar e gozar do espaço público ao qual remete sua utilização para exercício de atividade comercial.

Ainda que assim não fosse, o ato é revogável a qualquer tempo, sem motivação e muito menos qualquer ônus para a Administração Pública, inclusive quanto a eventuais benfeitorias.

A bem da verdade, o apelante utilizou o espaço público por mera tolerância da Administração Pública, o que não lhe confere qualquer direito em face desta.

Esse o posicionamento da jurisprudência, o qual se pode conferir no seguinte precedente do STJ:

Processual civil. Recurso ordinário em mandado de segurança. Ato administrativo. Permissão de uso de imóvel municipal por particular. Natureza precária e discricionária.

Possibilidade de cancelamento. Previsão contratual. Ausência de direito líquido e certo. 1. A autorização de uso de imóvel municipal por particular é ato unilateral da Administração Pública, de natureza discricionária, precária, através do qual esta consente na prática de determinada atividade individual incidente sobre um bem público. Trata-se, portanto, de ato revogável, sumariamente, a qualquer tempo, e sem ônus para o Poder Público. 2. Como a Administração Pública Municipal não mais consente a permanência da impetrante no local, a autorização perdeu sua eficácia. Logo, não há direito líquido e certo a ser tutelado na hipótese dos autos. 3. Comprovação nos autos da existência de previsão contratual no tocante ao cancelamento da permissão debatida. 4. Recurso não provido (RMS 16.280/RJ - Relator: Ministro José Delgado - Primeira Turma - j. em 19.02.2004 - DJ de 19.04.2004, p. 154).

Logo, considerando-se que o apelante exercia a posse da área por ato de mera tolerância, e sendo conveniente e oportuno à Administração Pública a retomada do bem, a destruição das barracas não pode ser indenizada ao apelante.

Da mesma forma, agindo o Município em exercício regular de direito, não há que se falar na ocorrência de dano moral, ou mesmo direito à indenização pelo simples fato de ter reintegrado na posse de forma inesperada.

Diante do exposto, nego provimento ao recurso.

Custas, pelo apelante.

DES. RAIMUNDO MESSIAS JÚNIOR - Pedi vista dos autos para melhor análise da matéria posta em debate.

Cinge-se a controvérsia a aferir se o apelante deve ser indenizado pelos alegados danos morais e materiais, em decorrência da demolição do imóvel (barraca de madeirite), localizado em área pública, denominada "Terminal Ferroviário", no Município de Soledade de Minas.

É cediço que a ocupação de bem público se caracteriza por mera detenção, ressaltando-se que os atos de permissão ou tolerância não induzem posse.

No caso em debate, não restou demonstrado que houve autorização do ente municipal para que o autor erguesse qualquer construção ou benfeitoria no local, realizando-a por sua conta e risco.

Nesse contexto, configurada a ocupação indevida, é lícita a conduta da Administração Pública ao determinar a demolição em área pública e em desacordo com a lei, pois decorrente do regular exercício de seu poder de polícia.

Consequentemente, não há que se falar em indenização pelas alegadas benfeitorias, tampouco necessidade de notificação.

A propósito, cito julgado do TJDF:

Área pública. Ocupação irregular. Demolição. Prévia notificação. Desnecessidade. Indenização. Impossibilidade. 1 - A não renovação ou revogação de autorização de uso de bem público, no interesse da Administração, não acarreta, como regra, direito de indenização em favor do administrado, em razão da precariedade do ato. 2 - Legítima a demolição dos quiosques em situação irregular, se os proprietários desses não

tinham autorização válida e vigente para a ocupação da área pública e estavam inadimplentes com as taxas de ocupação. 3 - Desnecessária prévia notificação da demolição, pois a Administração, no exercício do poder de polícia, pode determinar a demolição de construção erigida irregularmente em área pública, não sendo necessário notificar quem a ocupa irregularmente. 4 - Os atos da Administração, ao demolir quiosques irregulares, não configuram ato ilícito. Desses atos não resulta a obrigação de indenizar. 5 - O Distrito Federal não é obrigado a pagar ajuda mensal a ex-proprietários de quiosques que, irregulares, são demolidos. 6 - Apelação não provida (TJDF - Apelação Cível nº 594221, 20090111558147APC - Relator Des. Jair Soares - Revisora: Des.ª Vera Andrichi - 6ª Turma Cível - j. em 06.06.2012 - DJe de 14.06.2012, p. 168) (grifei).

Diante da inexistência de ato ilícito praticado pelo Poder Público, entendo, também, conforme ressaltou o eminente Relator, que não faz jus o apelante ao recebimento de indenização por danos moral e material.

Com efeito, é certo que a demolição é consequência lógica da ocupação irregular.

Além disso, a conduta da Administração Pública, guardando conformidade com o direito, não pode dar ensejo à responsabilidade civil por eventuais prejuízos.

No caso, sua conduta foi proporcional e necessária para efetivar o ato administrativo, o que afasta a obrigação de indenizar.

Com essas considerações, acompanho o Relator e nego provimento à apelação.

É como voto.

DES. CAETANO LEVI LOPES - De acordo com o Relator.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Doação inoficiosa - Ação anulatória - Prescrição - Inexistência - Herdeiros necessários - Legítima - Garantia - Excesso - Comprovação - Nulidade - Decote

Ementa: Apelação cível. Ação anulatória. Parte inoficiosa da doação. Prescrição não acolhida. Comprovado excesso na doação. Sentença mantida.

- É cediço que a doação é negócio jurídico de natureza contratual e gratuito por excelência. Assim, é possível o doador, por mera liberalidade, transferir seu patrimônio ou direito a terceiros.

- A doação não pode alcançar a totalidade do patrimônio do doador, mormente quando este tiver herdeiros necessários, haja vista a necessidade de resguardar patrimônio que assegure sua sobrevivência, bem como a legítima dos herdeiros necessários.

- Nos termos do art. 1.176 do CC/16, "nula é também a doação quanto à parte, que exceder a de que o doador, no momento da liberalidade, poderia dispor em testamento".

Sentença mantida. Dispositivo alterado de ofício.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0016.10.009388-5/002 - Comarca de Alfenas - Apelantes: 1ª) Maria Aparecida da Silva, Luiz Marcelo da Silva e outros, 2ª) Wagner José da Silva e outros, Haideê Cabral da Silva - Apelados: Lílian Mara da Silva Souza, Hélia Alves da Silva e outros, Deyvison Alves da Silva, Deborah Rose da Silva, Alessandra Faria Silva, Douglas Henrique da Silva - Litisconsortes: Luiz Marcelo da Silva e outros, Suely de Lourdes da Silva - Relatora: DES.ª MARIZA DE MELO PORTO

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 11ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em **NEGAR PROVIMENTO ÀS APELAÇÕES.**

Belo Horizonte, 1º de junho de 2016. - *Mariza de Melo Porto* - Relatora.

Notas taquigráficas

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

1. Cuida-se de apelações interpostas por Luiz Marcelo da Silva e outros e Wagner José da Silva e outros, em face da sentença de f. 173/176, proferida nos autos da ação anulatória da parte inoficiosa de doação proposta em seu desfavor por Hélia Alves da Silva e outros, que julgou o feito, em face da autora Hélia Alves da Silva, nos termos do art. 267, VI, do CPC/73, por entender que esta é parte ilegítima para figurar no polo ativo da demanda. Quanto aos demais autores, julgou procedentes os pedidos iniciais, nos termos do art. 269, I, do CPC.

2. Nesta, tem-se a ordem de julgar procedente o feito para

anular, posto que inoficiosas, a integralidade da doação averbada sob o nº R-10-11.865 e, parcialmente até o percentual de 18,68%, a liberalidade inscrita sob o nº R-10-11.685 na Serventia de Imóveis desta Comarca de Alfenas, permanecendo intacto, pois, quanto a esta última, o remanescente de 6,74% em favor dos donatários Wagner José da Silva, Suely de Lourdes da Silva e Iolanda Cristina da Silva.

3. Os réus, em razão da sucumbência, foram condenados ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, estes arbitrados em R\$1.500,00 (mil e quinhentos reais).

4. Aduzem os primeiros apelantes, preliminarmente, que o direito dos apelados se encontra prescrito, uma vez que a ação foi proposta 12 anos da efetivação das doações. No mérito, sustentam que a doação

a título de adiantamento de legítima somente poderá ser questionada por ocasião da abertura de inventário, com a colação da doação. Pede, ao final, o provimento do recurso a fim de reformar a sentença, reconhecendo a improcedência da ação. (f. 179/186).

5. Por sua vez, alegam os segundos apelantes, preliminarmente, que, quanto aos pedidos iniciais, houve a ocorrência da prescrição. No mérito, sustentam que: a) não há que se falar em doação inoficiosa, uma vez que, à época da doação, a doadora reservou, para si, usufruto vitalício; b) a ré Suely de Lourdes da Silva não foi citada pela pessoa de seu procurador, o que, per si, invalida o feito. Pede, ao final, o provimento do recurso a fim de reformar a sentença, reconhecendo a improcedência da ação. (f. 188/195).

6. Contrarrazões pela manutenção da sentença à f. 200.

7. Parecer da PGJ pelo desprovimento dos recursos de apelação (f. 237/238).

8. Preparo da primeira apelação, à f. 187, e da segunda, à f. 196.

É o relatório.

II - Juízo de admissibilidade.

9. Vistos os pressupostos de admissibilidade, conheço das apelações.

III - Esclarecimentos.

10. Primeiramente, é mister salientar que, em março de 2016, entrou em vigor o novo Código de Processo Civil. É dele que extraio o art. 14, que assim dispõe:

A norma processual não retroagirá e será aplicável imediatamente aos processos em curso, respeitados os atos praticados e as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da norma revogada.

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

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

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

Processual civil. Execução fiscal. Recurso representativo da controvérsia. Art. 543-C do CPC. Conselho de fiscalização profissional. Art. 8º da Lei 12.514/2011. Inaplicabilidade às ações em trâmite. Norma processual. Art. 1.211 do CPC. Teoria dos atos processuais isolados. Princípio *tempus regit actum*. 1. Os órgãos julgadores não estão obrigados a examinar todas as teses levantadas pelo jurisdicionado durante um processo judicial, bastando que as

decisões proferidas estejam devida e coerentemente fundamentadas, em obediência ao que determina o art. 93, inciso IX, da Constituição da República vigente. Isso não caracteriza ofensa ao art. 535 do CPC. 2. É inaplicável o art. 8º da Lei nº 12.514/11 ('Os Conselhos não executarão judicialmente dívidas referentes a anuidades inferiores a 4 (quatro) vezes o valor cobrado anualmente da pessoa física ou jurídica inadimplente') às execuções propostas antes de sua entrada em vigor. 3. O art. 1.211 do CPC dispõe: 'Este Código regerá o processo civil em todo o território brasileiro. Ao entrar em vigor, suas disposições aplicar-se-ão desde logo aos processos pendentes'. Pela leitura do referido dispositivo, conclui-se que, em regra, a norma de natureza processual tem aplicação imediata aos processos em curso. 4. Ocorre que, por mais que a lei processual seja aplicada imediatamente aos processos pendentes, deve-se ter conhecimento que o processo é constituído por inúmeros atos. Tal entendimento nos leva à chamada 'teoria dos atos processuais isolados', em que cada ato deve ser considerado separadamente dos demais, para o fim de se determinar qual a lei que o rege, recaindo sobre ele a preclusão consumativa, ou seja, a lei que rege o ato processual é aquela em vigor no momento em que ele é praticado. Seria a aplicação do princípio *tempus regit actum*. Com base nesse princípio, temos que a lei processual atinge o processo no estágio em que ele se encontra, onde a incidência da lei nova não gera prejuízo algum às partes, respeitando-se a eficácia do ato processual já praticado. Dessa forma, a publicação e a entrada em vigor de nova lei só atingem os atos ainda por praticar, no caso, os processos futuros, não sendo possível falar em retroatividade da nova norma, visto que os atos anteriores de processos em curso não serão atingidos. 5. Para que a nova lei produza efeitos retroativos é necessária a previsão expressa nesse sentido. O art. 8º da Lei nº 12.514/11, que trata das contribuições devidas aos conselhos profissionais em geral, determina que 'os conselhos não executarão judicialmente dívidas referentes a anuidades inferiores a 4 (quatro) vezes o valor cobrado anualmente da pessoa física ou jurídica inadimplente'. O referido dispositivo legal somente faz referência às execuções que serão propostas no futuro pelos conselhos profissionais, não estabelecendo critérios acerca das execuções já em curso no momento de entrada em vigor da nova lei. Dessa forma, como a Lei nº 12.514/11 entrou em vigor na data de sua publicação (31.10.2011), e a execução fiscal em análise foi ajuizada em 15.09.2010, este ato processual (de propositura da demanda) não pode ser atingido por nova lei que impõe limitação de anuidades para o ajuizamento da execução fiscal. 6. Recurso especial parcialmente provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução 8/2008 do STJ (REsp 1404796/SP - Relator: Ministro Mauro Campbell Marques - Primeira Seção - j. em 26.03.2014 - DJe de 09.04.2014).

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

IV - Prejudicial de mérito.

14. Preliminarmente, sustentam os apelantes que os pedidos constantes na peça exordial se encontram

prescritos, uma vez que a ação foi proposta após 12 anos da efetivação das doações. Sem razão os apelantes, conforme exposto a seguir.

15. Pois bem. Pretendem os apelantes o reconhecimento da prescrição do direito dos apelados quanto à anulação da terceira e quarta doações, elencadas às f. 21/22, objeto dos Registros Imobiliários nºs R09-11.865, de 11.03.1998, e R10-11.865, de 28.07.1998.

16. O art. 177 do Código Civil de 1916 dispunha que

As ações pessoais prescrevem, ordinariamente, em 20 (vinte) anos, as reais em 10 (dez) anos, entre presentes, e entre ausentes, em 15 (quinze), contados da data em que poderiam ter sido propostas.

17. É cediço que o termo inicial do aludido prazo é a data em que a liberalidade veio a ser formalizada, ou seja, data do registro do título translativo no Registro de Imóveis.

18. Nesse sentido, é a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ):

Venda de ascendente para descendente. Interposta pessoa. Anulação. Prescrição. Data inicial. Doação inoficiosa. - A prescrição da ação de anulação de venda de ascendente para descendente por interposta pessoa é de quatro anos e corre a partir da data da abertura da sucessão. Diferentemente, a prescrição da ação de nulidade pela venda direta de ascendente a descendente sem o consentimento dos demais, é de vinte anos e flui desde a data do ato de alienação. - A prescrição da ação de anulação de doação inoficiosa é de vinte anos, correndo o prazo da data da prática do ato de alienação. Arts. 177, 1.778, 1.132 e 1.176 do Código Civil. Primeiro recurso não conhecido; conhecimento parcial do segundo e seu provimento, também parcial (REsp 151935/RS - Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar - Quarta Turma - j. em 25.06.1998 - DJ de 16.11.1998, p. 96).

19. Além disso, a Súmula 494 do STF assim dispõe: "A ação para anular venda de ascendente a descendente, sem consentimento dos demais, prescreve em vinte anos, contados da data do ato, revogada a Súmula 152".

20. Ocorre que, na hipótese, na data da entrada em vigor do Código Civil de 2003, não havia escoado mais da metade do aludido prazo. Assim, nos termos do art. 2.028 do Código Civil, deve-se aplicar ao caso o prazo prescricional de 10 (anos) do ordenamento hodierno, conforme inteligência do art. 205 do destacado codex, *in verbis*:

Art. 205. A prescrição ocorre em dez anos, quando a lei não lhe haja fixado prazo menor.
[...]

Art. 2.028. Serão os da lei anterior os prazos, quando reduzidos por este Código, e se, na data de sua entrada em vigor, já houver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada.

21. Ademais, é mister dizer que, "em se tratando de aplicação da regra de transição do art. 2.028 do

Código Civil, o termo inicial do novo prazo deve ser da data da entrada em vigor do atual Código Civil" (REsp 1.321.998).

22. Nesse sentido, tendo em vista que, *in casu*, o direito autoral estaria prescrito em 10 de janeiro de 2013, e, por sua vez, a presente ação foi ajuizada em 25.08.2010, a meu ver, não há que se falar em prescrição.

23. Diante do exposto, rejeito a prejudicial de mérito suscitada pelos apelantes.

V - Mérito.

24. Cinge-se a controvérsia dos autos a esclarecer se são inoficiosas as doações registradas sob os nºs R-09.11.865 e R-10.11-865, referentes ao imóvel com área de 529,50 metros quadrados, situado na Rua Francisco Mariano, na cidade de Alfenas/MG, realizadas em vida por Mariana Silva, mãe dos requeridos e avó dos requerentes.

25. *Ab initio*, cumpre-me dizer que não assiste razão aos primeiros apelantes no que tange à necessidade de se discutir a anulação de antecipação da legítima exclusivamente na esfera sucessória, com a imprescindível proposição de inventário.

26. Conforme se depreende da leitura do art. 2002 do Código Civil, o pedido de colação é independente do pedido de anulação de doação. Dessa feita, conclui-se que a ausência de ação de inventário não inviabiliza a análise de doações realizadas pelo de *cujus* em via ordinária.

27. Outro não é o entendimento deste Tribunal, senão vejamos:

Agravo de instrumento. Direito das sucessões. Ação de inventário. Espólio. Doação inoficiosa. Antecipação de legítima. Confissão. Desvio fraudulento de bens. Ocorrência. Agravo a que se nega provimento *in casu*. - A doação feita de ascendente a descendente é considerada inoficiosa quando for superior à legítima mais a parte disponível. - A doação inoficiosa é objeto de confissão, impondo-se por importar prejuízo das legítimas dos demais herdeiros, a decretação de invalidade (anulação) da compra e venda simulada, cuja sentença (desconstitutiva) opera efeitos *ex nunc*, redundando na improcedência do pedido indenizatório. - A doação de ascendente a descendente, que em verdade constitui adiantamento de legítima, prescinde da concordância dos herdeiros necessários, cabendo a estes, se entenderem que foram prejudicados com o ato de liberalidade, discutir em ação própria e depois de aberta a sucessão, eventual prejuízo (TJMG - Agravo de Instrumento Cível 1.0433.07.212965-6/001 - Relator: Des. Belizário de Lacerda - 7ª Câmara Cível - j. em 07.01.2014 - p. em 10.01.2014).

28. Melhor sorte não assiste aos segundos apelantes no que tange à existência de nulidade quanto à citação da ré incapaz Suely de Lourdes da Silva, uma vez que o próprio apelante se manifestou à f. 97 informando ser o curador das corrés Iolanda Cristina da Silva e Suely de Lourdes da Silva, exibindo, naquela oportunidade, certidão de f. 98.

29. Dessa feita, a meu ver, a supramencionada manifestação do apelante (f. 97/98) supre ato citatório quanto à Suely de Lourdes da Silva, nos termos do art. 239, § 1º, do NCPC.

30. Em ato contínuo, observo que os segundos apelantes sustentam a inexistência de doação inoficiosa. Todavia, mais uma vez, razão não lhes assiste.

31. *A priori*, cumpre-me ressaltar que, na hipótese, o ônus probatório era dos autores/apelados, pois, nos termos do art. 373, I, do NCPC, “o ônus da prova incumbe ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito”. Assim, caberia aos autores comprovar a existência de doação inoficiosa.

32. Pois bem. Compulsando detidamente os autos, verifico que os autores se desincumbiram de comprovar o alegado com a precisão que o feito exige, vejamos.

33. É cediço que a doação é negócio jurídico de natureza contratual e gratuito por excelência. Assim, é possível o doador, por mera liberalidade, transferir seu patrimônio ou direito a terceiros.

34. Contudo, tal disposição não pode alcançar a totalidade do patrimônio deste, mormente quando tiver herdeiros necessários, haja vista a necessidade de resguardar patrimônio que assegure sua sobrevivência, bem como a legítima dos herdeiros necessários.

35. Sobre o tema, leciona Costa Machado:

A doação é ato *inter vivos* que desencadeia efeitos posteriores quando da abertura da sucessão do doador. Visando evitar confronto com as disposições atinentes ao direito sucessório, o artigo determina que as doações devem-se limitar ao patrimônio disponível do doador, ou seja, àquela porção de patrimônio que poderia dispor instituindo legados em testamento. O preceito legal tem por objetivo preservar as legítimas dos herdeiros necessários. É a chamada doação inoficiosa. Vale ressaltar que a nulidade atingirá apenas a parte excedente (MACHADO, Costa. *Código Civil interpretado*. São Paulo: Manole, 2008, p. 385).

36. Outrossim, é imprescindível dizer que, na hipótese, à época das aludidas doações, objeto do litígio, estava em vigor o Código Civil de 1916, que, nesse aspecto, dispunha que:

Art. 1.171. A doação dos pais aos filhos importa adiantamento da legítima.
[...]

Art. 1.175. É nula a doação de todos os bens, sem reserva de parte, ou renda suficiente para a subsistência do doador.

Art. 1.176. Nula é também a doação quanto à parte, que exceder a de que o doador, no momento da liberalidade, poderia dispor em testamento.

37. Quanto à doação que ultrapassa o limite legal, já se posicionou o STJ pela nulidade da parte inoficiosa. À guisa de ilustração:

Recurso especial. Ação declaratória de nulidade de negócio jurídico. Art. 548 do Código Civil. Renúncia do cônjuge-irgido à integralidade de sua meação na separação consensual do casal. Acordo homologado por sentença

transitada em julgado. Caracterização de doação. Nulidade do negócio jurídico. Inocorrência. Doadora com renda suficiente para preservar patrimônio mínimo à sua subsistência. 1. O art. 548 do Código Civil estabelece ser nula a doação de todos os bens sem reserva de parte, ou renda suficiente para a subsistência do doador. A *ratio* da norma em comento, ao prever a nulidade da doação universal, foi a de garantir à pessoa o direito a um patrimônio mínimo, impedindo que se reduza sua situação financeira à miserabilidade. Nessa linha, acabou por mitigar, de alguma forma, a autonomia privada e o direito à livre disposição da propriedade, em exteriorização da preservação de um mínimo existencial à dignidade humana do benfeitor, um dos pilares da Carta da República e chave hermenêutica para leitura interpretativa de qualquer norma. 2. É possível a doação da totalidade do patrimônio pelo doador, desde que remanesça uma fonte de renda ou reserva de usufruto, ou mesmo bens a seu favor, que preserve um patrimônio mínimo à sua subsistência (Código Civil, art. 548). Não se pode olvidar, ainda, que a aferição da situação econômica do doador deve ser considerada no momento da liberalidade, não sendo relevante, para esse efeito, o empobrecimento posterior do doador. 3. Assim, na situação em concreto é que se poderá aferir se a doação universal (*omnium bonorum*) deixou realmente o doador sem a mínima disponibilidade patrimonial para sua sobrevivência. 4. Na hipótese, a pretensão não merece prosperar, tomando-se em conta os limites do recurso especial e o somatório das seguintes circunstâncias do caso em concreto: i) reconhecimento da suficiência de fonte de renda à época apta a manter condições mínimas de sobrevivência digna; ii) não ter sido comprovado que a recorrente voltou a residir no imóvel objeto do litígio em razão de sua miserabilidade; iii) o lapso temporal do pedido de nulidade da doação - quase 20 anos após -, o que enfraquece o argumento de estar vivendo por tanto tempo em situação indigna; e iv) o fato de que a separação foi homologada em juízo, sob a fiscalização do representante do Ministério Público. 5. No tocante à doação inoficiosa, como sabido, há nulidade em relação ao *quantum* da deixa quando se exceder aquilo que poderia ser disposto em testamento (Código Civil, art. 549). No presente caso, o Tribunal de origem chegou à conclusão de que a recorrente não trouxe provas de que o imóvel doado ao cônjuge varão excedia a parte a que a doadora, no momento da liberalidade, poderia dispor em testamento. Entender de forma diversa demandaria o revolvimento fático-probatório dos autos, o que encontra óbice na Súmula 7 do STJ. 6. Recurso especial não provido (REsp 1183133/RJ - Relator: Ministro Luís Felipe Salomão - Quarta Turma - j. em 17.11.2015 - DJe de 1º.02.2016).

38. Pois bem. Postos os fundamentos que norteiam o julgamento quanto ao feito, passo a analisar o caso concreto.

39. Compulsando detidamente os autos, verifico que a falecida Mariana Silva, avó dos requerentes e mãe dos requeridos, recebeu, por direito à meação, o percentual de 50% do imóvel com área de 529,50 metros quadrados, situado na Rua Francisco Mariano, na cidade de Alfenas/MG, matriculado sob o nº 11.865, conforme corrobora o documento de f. 21/22.

40. Observo, ainda, que, à época das doações, objeto do litígio, a falecida tinha herdeiros necessários, senão vejamos: filhos: Wagner José da Silva, Iolanda Cristina da Silva, Suely de Lourdes da Silva, Luiz Marcelo da

Silva e José da Silva (como consta na certidão de óbito de f. 20); netos: Deyvison Alves da Silva, Douglas Henrique da Silva e Deborah Rose da Silva (descendentes do filho pré-morto, Sr. Paulo José da Silva).

41. Dessa feita, em razão da existência de herdeiros necessários, poderia a doadora dispor de 50% dos seus bens, preservando assim, a parte legítima, que, *in casu*, equivale a 25% (ou 3/12 ou 132,37 m²) do destacado imóvel.

42. Analisando minuciosamente o registro de imóveis de f. 21/22, verifico que foram realizadas as seguintes doações: no dia 12.02.1988, 1/12 (ou 8,33%) a José da Silva; em 30.08.1991, 52,60m² (ou 9,93%) a Wagner José da Silva; no dia 11.03.1998, 25,42% a Wagner, Suely de Lourdes da Silva e Iolanda Cristina da Silva, cada um destes recebendo, respectivamente, 5,56%, 9,93% e 9,93%, e, por fim, na data de 08.07.1998, 9,93% a Luiz Marcelo da Silva.

43. Dessa feita, verifico que a falecida doou 53,61% do imóvel para seus descendentes, excedendo, em sua parte disponível, o total de 28,61%.

44. Quanto ao tema, é imprescindível trazer à tona o art. 2.007, § 4º, do Código Civil, que diz: “sendo várias as doações a herdeiros necessários, feitas em diferentes datas, serão elas reduzidas a partir da última, até a eliminação do excesso”.

45. Conclui-se, assim, pela nulidade integral da liberalidade realizada em favor de Luiz Marcelo Silva, no percentual de 9,93% (R10-11.865), e pela nulidade parcial do remanescente de 18,68% da doação averbada sob o nº R09-11.865. Observa-se que, quanto à referida doação, permanecerá válido o percentual de 6,74%.

46. Dessa feita, também convencida da existência de doação inoficiosa, mantenho a sentença primeva.

47. Dispõe o art. 1.013, § 3º, do NCPC que, “se o processo estiver em condições de imediato julgamento, o tribunal deve decidir desde logo o mérito”.

48. O referido artigo trata da denominada “causa madura”, em que se autoriza o julgamento do feito desde que as partes não tenham nada mais a alegar ou provar. Causa madura, de acordo com o doutrinador Luiz Guilherme Marinoni, “é aquela cujo processo já se encontra com todas as alegações necessárias feitas e todas as provas admissíveis colhidas”.

49. Com efeito, é o caso dos autos. Quanto à autora Hélia Alves da Silva, o feito foi extinto sem julgamento de mérito (art. 267, VI, CPC/73) pela suposta ausência de condição da ação (ilegitimidade ativa).

50. É mister mencionar que os apelados contestaram o pedido, configurando a pretensão resistida, não ensejando a extinção do processo sem resolução do mérito; ao contrário, impõe-se a resolução do processo com mérito, pois foi analisada, ainda de forma mínima, prova constante nos autos.

51. Dessarte, se o d. Magistrado adentrou no mérito - analisando o ponto controvertido nos autos -, forçoso

concluir que o resultado da sentença só poderia ser dois: procedente ou improcedente.

52. Desse modo, considerando que a apelação devolve ao Tribunal o julgamento da apelação e que não há necessidade de produção de provas (art. 1.013, § 3º, do NCPC), modifico o dispositivo da sentença para, em relação à requerente Hélia Alves da Silva, julgar improcedentes os pedidos iniciais, nos termos do art. 487, I, do NCPC.

VI - Dispositivo.

53. Posto isso, nego provimento às apelações, mantendo a decisão *a quo*, com ressalva, ao dispositivo que, de ofício, eu o altero, para julgar improcedentes, em relação à requerente Hélia Alves da Silva, todos os pedidos iniciais, nos termos do art. 487, I, do NCPC.

54. Custas e honorários, conforme distribuídos na sentença objurgada.

É o voto.

Votaram de acordo com a Relatora os DESEMBARGADORES SHIRLEY FENZI BERTÃO e MARCOS LINCOLN.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO ÀS APELAÇÕES.

...

Indenização - Acidente de trânsito - Animal na pista - Atropelamento - Concessionária de serviço público - Responsabilidade objetiva - Art. 37, § 6º, da CR/88 - Dano material - Prova - Orçamento de oficinas especializadas - Dano moral - Configuração - Dever de indenizar - Juros de mora - Responsabilidade extracontratual - Incidência - Súmula 54 do STJ - *Reformatio in pejus* - Vedação

Apelação cível. Ação de indenização. Colisão com animal na pista de rolamento. Responsabilidade objetiva da concessionária de serviço. Art. 37, § 6º, da CF/88. Danos materiais. Comprovação. Danos morais. Presença. Manutenção. Juros de mora. *Reformatio in pejus*.

- Nos termos do art. 37, § 6º, da Constituição Federal de 1988, a concessionária de serviço público responde objetivamente pelos danos causados em virtude de colisão com animal na pista de rolamento de rodovia sob concessão.

- Evidenciados o sinistro e os danos deste decorrentes, resta patente o dever de indenizar.

- Consoante o entendimento jurisprudencial, os orçamentos de oficinas especializadas são documentos hábeis

para demonstrar os danos materiais sofridos em virtude de veículo danificado.

- Configura dano moral aquele fato que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, de forma que a presença de um animal na pista e o consequente atropelamento ultrapassam o campo do mero aborrecimento.

- Em se tratando de responsabilidade extracontratual (aquiliana), os juros de mora devem incidir desde o evento danoso, devendo, no entanto, ser mantido o decidido, sob pena de *reformatio in pejus*.

Recurso não provido.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0261.13.009765-0/001 - Comarca de Formiga - Apelante: Concessionária da Rodovia MG 050 S.A. - Apelado: Damaso Castro Nascimento - Relator: DES. AMORIM SIQUEIRA

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 9ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 17 de junho de 2016. - *Amorim Siqueira* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. AMORIM SIQUEIRA - Cuida-se de recurso de apelação interposto pela Concessionária da Rodovia MG 050 S.A., nos autos da ação de indenização movida por Damaso Castro Nascimento contra a sentença de f. 193/196-TJ proferida na vigência do Código de Processo Civil de 1973, a qual julgou procedente o pedido inicial para condenar a parte ré no pagamento de indenização por danos materiais no importe de R\$21.068,09 com correção monetária pelos índices da CGJ e juros de mora desde o evento danoso, bem como danos morais no valor de R\$8.000,00 (oito mil reais) atualizado a partir da citação.

Nas suas razões recursais, sustenta a apelante, em síntese, a necessidade de reforma da decisão, ao argumento de que não estão presentes os requisitos do dever de indenizar, pois a responsabilidade pelos eventuais danos causados deve ser imputada ao dono do animal, pois tomou todas as cautelas quanto à manutenção e à segurança da pista de rolamento. Aduz, ainda, não restar comprovado o valor dos danos materiais, ressaltando que os fatos narrados são insuficientes para ocasionar dano moral. Assevera, por eventualidade, que os juros de mora devem incidir a partir da publicação da decisão, reque-rendo, ao final, o provimento do recurso.

Preparo regular às f. 219/220-TJ.

Em contrarrazões, o apelado rechaçou as alegações, pugnando pelo não provimento do recurso contrário.

Decido.

Conheço do recurso, porquanto presentes os requisitos de admissibilidade.

Adentrando ao mérito, verifica-se cingir a contro-
vêrsia a apurar a responsabilidade pelo acidente noti-
ciado nos autos, em razão da presença de animal na
rodovia sob concessão da apelante, bem como os even-
tuais danos suportados pelo apelado em decorrência de
tal sinistro.

Com efeito, analisando a documentação coli-
gida nos autos, observa-se que a recorrente é sociedade
privada prestadora de serviço público, cuja responsabi-
lidade é objetiva, ou seja, responde independentemente da
existência de culpa pelos danos porventura causados em
decorrência do exercício de sua atividade.

O art. 37 da Constituição Federal de 1988 estabe-
lece que:

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, impes-
soalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também,
ao seguinte:

[...]

§ 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito
privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos
danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a
terceiros, assegurado o direito de regresso contra o respon-
sável nos casos de dolo ou culpa.

Dessa feita, a concessionária responde pelos danos
causados mediante a comprovação do nexo causal entre
os danos e o exercício da atividade, independentemente
de culpa, somente se eximindo de indenizar se comprovar
algumas das excludentes legais.

No caso em exame, do cotejo da documentação
coligida aos autos, mormente da inicial, o apelado
relatou que, no dia 14.05.2013, aproximadamente às
21h, conduzia seu veículo na Rodovia MG 050 sentido
Capitólio-Formiga/MG -, quando, nas proximidades do
KM 273, se chocou com um animal bovino, gerando o
acidente noticiado no feito.

Sobre a dinâmica do acidente, o boletim de ocor-
rência de f. 25-TJ assim relatou:

Segundo relatos do condutor do veículo MMC Pajero Sport
HPE, placa HCX-2002, da cidade de Formiga/MG, este
seguia, pela MG-050, de Capitólio para Formiga, quando,
no trecho entre Capitólio/Piumhi, nas proximidades do KM
273, ao realizar uma curva à esquerda, deparou com uma
vaca de cor preta sobre a pista de rolamento, momento em
que tentou desviar, porém não conseguiu evitar o atropela-
mento do animal, que morreu na hora, resultando, com isso,
nos danos no veículo, conforme relatado [...].

Posto isso, entendo que razão não assiste à
apelante. Isso porque é evidente a omissão na prestação
de serviço de conservação, manutenção e fiscalização da

via pública, nos termos do Código de Trânsito Brasileiro - CTB, incluindo-se a obrigação de sinalizar eventuais travessias de animais na pista.

Ora, a concessionária não trouxe aos autos qualquer elemento que corroborasse a alegação de que promoveu a conservação, manutenção e fiscalização da rodovia, de modo a afastar seu dever de indenizar, não se enquadrando os fatos em caso fortuito.

Como se sabe, o boletim de ocorrência goza de presunção relativa de veracidade, em função da fé pública da autoridade policial que o lavra, impondo àquele que discorda dos seus termos produzir prova contrária para desconstituí-lo. Ademais, ao apresentar tese extintiva do direito autoral, o réu atraiu para si o dever de comprová-la, a teor do art. 333, II, do CPC, ônus do qual não se desincumbiu.

Nesse contexto, resta evidente a responsabilidade da recorrente, sendo nesse sentido os seguintes entendimentos jurisprudenciais deste Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

Apelação cível. Indenização por dano material. Acidente de trânsito. Atropelamento. Animal na pista. Concessionária de serviço público. Responsabilidade objetiva. Dever de indenizar. - As concessionárias de serviços rodoviários, nas suas relações com os usuários, estão subordinadas à legislação consumerista. Portanto, respondem, objetivamente, por qualquer defeito na prestação do serviço, pela manutenção da rodovia em todos os aspectos, respondendo, inclusive, pelos acidentes provocados pela presença de animais na pista (TJMG - Apelação Cível nº 1.0079.12.057811-1/001 - Relator: Des. Sérgio André da Fonseca Xavier - 18ª Câmara Cível - j. em 08.03.2016 - p. em 14.03.2016).

Apelação cível. Ação de indenização. Concessionária de serviço público. Estrada. Bovino. Colisão. Responsabilidade objetiva. Dever de indenizar. - As concessionárias de serviços rodoviários, nas suas relações com os usuários, estão subordinadas à legislação consumerista, respondendo objetivamente pelos danos causados aos usuários em virtude da falha na prestação de serviços. - A concessionária deve arcar com a indenização decorrente do acidente provocado por bovino encontrado na pista (TJMG - Apelação Cível nº 1.0479.13.011704-3/001 - Relator: Des. Estevão Lucchesi - 14ª Câmara Cível - j. em 06.02.2015 - p. em 13.02.2015).

Registra-se não merecer acolhimento a alegação de que a culpa seja de terceiro, pois, como dito, a recorrente deveria ter adotado medidas para coibir ou fiscalizar a invasão de animais na pista, cabendo ressaltar que eventual responsabilidade do proprietário deverá ser apurada em ação própria de regresso.

Dessa feita, deve ser mantida a sentença hostilizada nesse ponto.

Dos danos materiais.

O dano material é aquele que atinge diretamente o patrimônio da parte, podendo ser mensurado financeiramente, consistindo no prejuízo financeiro efetivamente sofrido.

No caso em análise, tenho que razão não assiste à apelante. A jurisprudência é pacífica no sentido de que os orçamentos de oficinas especializadas são documentos hábeis para demonstrar o prejuízo advindo de estragos causados por acidentes envolvendo veículos.

Nesse sentido, *mutatis mutandis*:

Apelação cível. Ação de acidente de trânsito. Indenização por danos materiais. - Age culposamente o motorista do caminhão que realiza manobra para a esquerda sem se certificar da inexistência de veículos ao seu lado, envolvendo-se em acidente. - Comprovada a sua responsabilidade pelo acidente de trânsito, deve o réu ser condenado a reparar os danos causados no veículo do autor. - Incumbe ao réu, nos termos do art. 333, inc. II, do Código de Processo Civil, desconstituir o orçamento apresentado pelo autor. 3. Recurso não provido (TJMG - Apelação Cível nº 1.0210.10.001615-8/001 - Relator: Des. Wagner Wilson - 16ª Câmara Cível - j. em 09.03.2016 - p. em 18.03.2016).

Vê-se que, não obstante as alegações, o valor das despesas apuradas afigura-se idôneo e justo, sendo compatível com os estragos do veículo, e não foram impugnados de forma satisfatória pela parte contrária, nos termos do art. 333, inciso II, do Código de Processo Civil.

Nesse diapasão, conforme o princípio segundo o qual incumbe provar quem disse, a lide deve ser decidida em desfavor daquele que tinha a obrigação de comprovar suas assertivas, entretanto, não o fez.

Nesse sentido, Nelson Nery Júnior ensina que:

O ônus da prova é regra de juízo, isto é, de julgamento, cabendo ao juiz, quando da prolação da sentença, proferir julgamento contrário àquele que tinha o ônus da prova e dele não se desincumbiu (NERY JÚNIOR, Nelson. *Código de Processo Civil comentado*. São Paulo: RT, p. 635).

Dos danos morais.

É cediço que configura dano moral aquele fato que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar. Sobre a conceituação do dano moral, Sérgio Cavalieri leciona:

A lesão a bem integrante da personalidade, tal como a honra, a liberdade, a saúde, a integridade psicológica, causando dor, sofrimento, tristeza, vexame e humilhação à vítima (CAVALIERI, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, p. 74).

No caso em comento, é inegável a caracterização da ofensa moral, pois o apelado, além do transtorno sofrido ao ter seu veículo danificado, sofreu também angústias que excedem a esfera dos meros aborrecimentos.

A presença de um animal na pista e o consequente atropelamento não só causam um grande susto ao condutor do veículo, como também desconforto emocional, de modo a romper a estrutura psíquica, suficiente para ocasionar dano moral.

Por outro lado, no que toca ao valor propriamente dito, é cediço que este deve ser fixado de acordo com os

princípios da razoabilidade e da proporcionalidade para que se equilibre entre a intensidade e a gravidade da dor sofrida, cabendo ressaltar que o art. 944 do Código Civil estabelece que: “A indenização mede-se pela extensão do dano”.

Na hipótese dos autos, analisando as circunstâncias do caso, tem-se que o valor fixado na sentença está de acordo com os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. A meu ver, a quantia de R\$8.000,00 (oito mil reais) para o dano moral é condizente com as peculiaridades do caso, mostrando-se capaz de compensar os danos causados, sem proporcionar enriquecimento sem causa da vítima.

Assim, a decisão não merece qualquer reparo.

Do termo inicial dos juros moratórios.

No que tange ao termo inicial dos juros de mora, consoante entendimento jurisprudencial, em se tratando de responsabilidade extracontratual (aquiliana), estes devem incidir desde o evento danoso, conforme o Verbete nº 54 do STJ. Entretanto, considerando a vedação ao *reformatio in pejus*, mantenho o fixado na sentença, qual seja o termo inicial da citação.

Destarte, o não provimento do recurso é medida que se impõe.

Diante do exposto, nego provimento ao recurso.

Custas, pela apelante.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES JOSÉ ARTHUR FILHO e PEDRO BERNARDES.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Ação civil pública - Pedido - Condenação - Obrigação de fazer - Ente público - Construção de celas na delegacia de polícia para acolhimento provisório de menores até apresentação ao Ministério Público - Critérios de conveniência e oportunidade da Administração Pública - Interferência do Poder Judiciário - Inadmissibilidade - Ausência de prejuízo aos menores - Manutenção em sala separada - Art. 175, § 2º, do ECA

Ementa: Reexame necessário e apelação. Ação civil pública. Estado de Minas Gerais. Construção de celas na delegacia de polícia para acolhimento provisório de menores até apresentação ao Ministério Público. Critérios de conveniência e oportunidade da Administração Pública. Ausência de prejuízo aos menores. Manutenção em sala separada. Art. 175, § 2º, do ECA. Autorização legal. Sentença reformada.

- Desnecessária a interferência do Poder Judiciário na atuação da Administração de ente Público Municipal, obrigando-o a criar cela para acolhimento provisório de menores até que seja possível a apresentação destes ao Ministério Público, porquanto, além de ser ato discricionário do administrador público a construção de cela, de acordo com a sua conveniência e oportunidade, o Município já dispõe de local apropriado e separado para manter o menor, conforme autoriza o art. 175, § 2º, do ECA, em atendimento a prioridade absoluta dos cuidados com as crianças e adolescentes.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0439.14.012029-6/002 - Comarca de Muriaé - Apelante: Estado de Minas Gerais - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Relator: DES. AFRÂNIO VILELA

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, a unanimidade, em CONHECER, DE OFÍCIO, O REEXAME NECESSÁRIO, PARA REFORMAR A SENTENÇA, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

Belo Horizonte, 14 de junho de 2016. - Afrânio Vilela - Relator.

Notas taquigráficas

DES. AFRÂNIO VILELA - Em análise, apelação interposta pelo Estado de Minas Gerais contra a sentença de f. 159/161, que, nos autos da ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais, julgou procedente o pedido, condenando o Estado de Minas Gerais a construir, no prazo de 03 (três) meses, local adequado para custódia de adolescente em conflito com a lei, até ulterior apresentação ao membro do Ministério Público, sob pena de multa diária no importe de R\$10.000,00 (dez mil reais).

O apelante suscitou preliminar de nulidade da sentença por vício *ultra petita*, ao argumento de que o pedido é de dotação na sede da Delegacia Regional da Polícia Civil de Muriaé de uma cela para menores, sendo que a construção de um local para abrigar menores infratores vai além disso. Alegou que o presente feito estaria abarcado nos Autos de nº 1.0024.06.906856-7/001, sendo que a decisão do TJMG que julgou improcedentes os pedidos formulados nessa ação abrange todos os menores infratores do Estado de Minas Gerais. Aduziu que devem ser observados os princípios da legalidade e da separação dos Poderes. Asseverou que não seria possível determinar medidas que importem substituição do critério subjetivo do administrador pelo critério subjetivo que o Juiz da Vara da Infância e Juventude considere mais adequado. Aduziu ser inviável a fixação de multa diária para o caso de descumprimento da obrigação imposta,

principalmente em razão da exiguidade do prazo fixado para o cumprimento da obrigação (f. 165/171).

Contrarrazões às f. 172/176.

A Procuradoria-Geral de Justiça emitiu parecer, opinando pelo desprovimento do recurso (f. 181/182).

É o relatório.

Cumpra esclarecer que, apesar de o acerto da sentença ter que ser analisado sob a ótica do CPC/73 (norma vigente na data da publicação da sentença), as regras de julgamento do novo Código de Processo Civil se aplicam de forma imediata.

Conheço, de ofício, do reexame necessário, visto que a sentença se amolda à hipótese prevista no art. 496, I, do NCPC, que dispõe estar sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeitos, senão depois de confirmada pelo Tribunal, a sentença proferida contra os Estados.

Presentes os requisitos e pressupostos de admissibilidade do recurso voluntário, dele conheço.

Depreende-se dos autos que o Ministério Público do Estado de Minas Gerais ajuizou ação civil pública em desfavor do Estado de Minas Gerais pedindo a condenação do demandado e a obrigação de fazer consubstanciada em “dotar a sede da Delegacia Regional da Polícia Civil/Muriaé de cela para menores, no prazo máximo de 03 (três) meses.

Narra o autor que um menor se manteve “acautelado” na Penitenciária local, em sala destinada para isso, diante da inexistência de cela apropriada nas dependências da sede da Polícia Civil e da falta de casa de acolhimento para adolescentes no Município de Muriaé.

O Juízo *a quo* proferiu sentença, por meio da qual julgou procedente o pedido, condenando o Estado de Minas Gerais a construir, no prazo de 03 (três) meses, local adequado para custódia de adolescente em conflito com a lei, até ulterior apresentação ao membro do Ministério Público, sob pena de multa diária no importe de R\$10.000,00 (dez mil reais).

Não há distinção entre o pedido inicial e a determinação judicial firmada na sentença.

Por óbvio, diante da alegação de que não existe cela para acautelamento provisório dos menores, mas tão somente espaço físico disponível, pede o Ministério Público a construção de uma cela.

Inexistente, portanto, nulidade da sentença por vício *extra petita*.

Cinge-se o âmagô da controvérsia a aferir sobre o acerto da determinação judicial que compeliu o Estado de Minas Gerais à criação de cela na Delegacia Regional da Polícia Civil de Muriaé para menores acautelados provisoriamente por parte da autoridade policial até decisão judicial sobre o acautelamento.

Patente a legitimidade do Ministério Público para ajuizamento da ação, uma vez que, nos termos dos arts. 127 e 129, III, da CR/88, c/c os arts. 201, V, 210, I, e 208, VIII, e § 1º, do ECA, ao Ministério Público compete

ajuizar a competente ação civil pública, buscando tutelar os interesses relacionados aos adolescentes apanhados em flagrante infracional.

Não fosse isso, o objeto do feito originário não se confunde com a questão analisada na ação civil pública distribuída sob o nº 0024.06.906.856-7, porquanto nesta se discutiu a necessidade de criação de vaga em unidade de internação provisória, de internação definitiva e de regime de semiliberdade para menor autor de ato infracional no Estado de Minas Gerais, internado provisoriamente por decisão judicial ou que tiver uma medida socioeducativa determinada em sentença judicial em primeira instância, e, no feito originário, está sendo analisado o local em que deve ocorrer o acautelamento provisório do menor pela autoridade policial, enquanto ele não puder ser encaminhado ao Ministério Público.

Pois bem.

Preceitua o art. 227 da Constituição Federal:

É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

O art. 175 da Lei nº 8.069/90 - Estatuto da Criança e do Adolescente - preceitua:

Art. 175. Em caso de não liberação, a autoridade policial encaminhará, desde logo, o adolescente ao representante do Ministério Público, juntamente com cópia do auto de apreensão ou boletim de ocorrência.

§ 1º Sendo impossível a apresentação imediata, a autoridade policial encaminhará o adolescente à entidade de atendimento, que fará a apresentação ao representante do Ministério Público no prazo de vinte e quatro horas.

§ 2º Nas localidades onde não houver entidade de atendimento, a apresentação far-se-á pela autoridade policial. À falta de repartição policial especializada, o adolescente aguardará a apresentação em dependência separada da destinada a maiores, não podendo, em qualquer hipótese, exceder o prazo referido no parágrafo anterior.

De acordo com o Ministério Público do Estado de Minas Gerais, seria necessária a criação de celas na Delegacia Regional da Polícia Civil de Muriaé para acautelamento provisório dos menores infratores até que seja possível a apresentação destes ao Ministério Público, em horário de expediente, diante da inexistência de entidade de atendimento naquela comarca.

Todavia, a situação posta em debate deve ser interpretada como interferência do Poder Judiciário na esfera de atuação do ente público municipal, que, além de necessitar de recursos para a construção de cela separada para acautelamento provisório dos menores pela autoridade policial, a qual deverá estar prevista no orçamento do Município, deve agir de acordo com a conveniência e oportunidade, dentro de seu poder discricionário.

Não seria suficiente a construção de uma cela destinada especificamente para acautelamento provisório dos menores, sendo necessária ainda a contratação de um carcereiro, pessoa que não faz parte do quadro de funcionários atual da 4ª DRPC, cujo plantão possui apenas um único investigador de polícia responsável por inúmeras tarefas no período compreendido entre 18h e 8h30, o que demandaria maior dispêndio financeiro ao erário.

Desde 2009, com a assunção do Presídio pela Suape, a Delegacia de Polícia Civil de Muriaé ficou sem celas, sendo que, em 2012, por meio de acerto elaborado com interveniência do próprio Ministério Público, restou estabelecido que, após as 18h, ocasião em que não é mais possível fazer a apresentação do menor ao Ministério Público e ao Poder Judiciário dentro do horário de expediente, o infante acautelado provisoriamente pela autoridade policial é encaminhado a uma sala fora da área dos pavilhões da penitenciária.

Os menores, portanto, não estão desamparados no período em que não se faz possível a apresentação ao Ministério Público, mantendo-se em sala separada fora da área dos pavilhões da penitenciária.

O próprio art. 175 do ECA autoriza que:

à falta de repartição policial especializada, o adolescente aguardará a apresentação em dependência separada da destinada a maiores, não podendo, em qualquer hipótese, exceder o prazo referido no parágrafo anterior.

Não foi apontado qualquer prejuízo aos menores na manutenção nessa sala mencionada pelo próprio Ministério Público, inexistindo, portanto, amparo legal para o pedido de construção de celas na Delegacia Regional da Polícia Civil de Muriaé.

Logo, de rigor é a reforma da sentença.

Observada, pois, a prioridade absoluta dos cuidados com as crianças e adolescentes.

Isso posto, em reexame necessário, conhecido de ofício, reformo a sentença, para julgar improcedentes os pedidos iniciais, prejudicado o recurso voluntário.

Custas recursais, pelo Ministério Público, isento na forma da lei.

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

Súmula - CONHECERAM DE OFÍCIO O REEXAME NECESSÁRIO, PARA REFORMAR A SENTENÇA, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

...

Negócio jurídico -

Nulidade - Ação declaratória - Pedido de tutela de urgência - Art. 300 do novo Código de Processo Civil - Requisito - Probabilidade do direito da alegação - Ausência - Medida requerida - Indeferimento

Ementa: Agravo de instrumento. Ação declaratória de nulidade do negócio jurídico. Tutela de urgência. Art. 300 do NCPC. Requisito. Probabilidade do direito da alegação. Ausência.

- Nos termos da norma estabelecida no *caput* do art. 300 do novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015), poderá ser liminarmente deferida a tutela de urgência quando “houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo”.

AGRAVO DE INSTRUMENTO CÍVEL Nº 1.0223.14.014707-3/001 - Comarca de Divinópolis - Agravantes: Marcos José Pinto e outros - Agravado: Sebastião Pereira de Carvalho - Relatora: DES.ª CLÁUDIA MAIA

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 14ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 5 de maio de 2016. - *Cláudia Maia* - Relatora.

Notas taquigráficas

DES.ª CLÁUDIA MAIA - Trata-se de recurso de agravo de instrumento interposto por Marcos José Pinto e outros contra decisão proferida pelo Juiz de Direito investido na 1ª Vara Cível da Comarca de Divinópolis, por meio da qual, nos autos de ação declaratória de nulidade de negócio jurídico ajuizada em desfavor de Sebastião Pereira de Carvalho, indeferiu o pedido liminar, consistente na declaração de nulidade de todos os atos subsequentes à compra e venda discutida nos autos.

Ao longo das razões recursais, sustentam os agravantes, em breve síntese, ser o negócio nulo de pleno direito. Afirmam que não podem subsistir os efeitos da compra e venda, uma vez que os direitos sobre o imóvel eram de titularidade também de incapaz, tendo sido realizado pelos demais herdeiros sem autorização judicial e intervenção do Ministério Público. Dizem estar presentes a verossimilhança e o perigo de dano, devendo ser anulados desde já todos os atos decorrentes do negócio jurídico. Por fim, requer a antecipação da tutela recursal e, no mérito, a reforma da decisão monocrática.

O ilustre Procurador de Justiça apresentou parecer às f. 453/454-TJ.

Recebi o recurso em efeito devolutivo (f. 456/457-TJ).

O Magistrado primevo prestou informações à f. 462-TJ.

Desnecessária a intimação do agravado, uma vez que a relação processual ainda não foi completada.

É o relatório. Decido.

Cuida-se de ação declaratória de nulidade do negócio jurídico consistente na compra e venda de direito hereditário sobre imóvel urbano. O pedido autoral funda-se no fato de que uma das herdeiras é absolutamente incapaz e, ainda assim, o contrato fora celebrado sem autorização judicial ou intervenção do Ministério Público. Os autores pedem a declaração de plano da nulidade do negócio, bem como a cessação de seus efeitos jurídicos, pleito cujo indeferimento é objeto da decisão agravada.

Pois bem. Nos termos da norma estabelecida no *caput* do art. 300 do novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015), poderá ser liminarmente deferida a tutela de urgência quando “houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo”.

Acontece que não é possível aferir dos autos, ao menos neste momento processual, os elementos necessários para a formação do convencimento acerca da nulidade do negócio jurídico, o que afasta a probabilidade do direito suscitado pela autora e, por via de consequência, inviabiliza a concessão da medida requerida. Com efeito, a questão proposta depende da formação do contraditório e de dilação probatória.

Por outro lado, o perigo de dano na hipótese encontra-se mitigado pelo próprio teor da decisão agravada, tendo em vista que o Magistrado *a quo*, com base em seu poder geral de cautela, determinou “a expedição de ofício ao CRI local para que conste das Matrículas nºs 83.157 e 83.158 a existência da presente ação declaratória de nulidade”.

Nesses termos, ausentes os pressupostos delineados no art. 300 do NCPC, o indeferimento do pedido de tutela de urgência é medida que se impõe.

Diante do exposto, com respaldo nos princípios do livre convencimento motivado e da fundamentação dos atos jurisdicionais, nego provimento ao recurso, mantendo incólume a decisão agravada.

Custas, ao final, pelo vencido.

Votaram de acordo com a Relatora os DESEMBARGADORES ESTEVÃO LUCCHESI e MARCO AURELIO FERENZINI.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Despejo c/c cobrança - Abandono do imóvel pelo locatário antes da citação - Extinção da ação - Perda do objeto - Art. 267, I e VI, do CPC - Impossibilidade - Caráter múltiplo da pretensão - Desocupação e rescisão do contrato com retomada da posse e cobrança de aluguéis e acessórios

Ementa: Apelação cível. Ação de despejo c/c cobrança. Abandono do imóvel antes da propositura da ação. Extinção sem mérito. Impossibilidade.

- O fato de o imóvel ter sido abandonado pelo locatário antes do ajuizamento da ação de despejo não conduz à perda de objeto de referida ação, que, diga-se, além da desocupação do imóvel, também se destina à rescisão do contrato, com a retomada da posse pelo locador, e a cobrança de aluguéis e acessórios da locação.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0433.14.014757-3/001 - Comarca de Montes Claros - Apelante: Catopê Empreendimentos Imobiliários Ltda. - Apelada: Cristina Raquel Brenha Borborema - Relator: DES. JOSÉ DE CARVALHO BARBOSA

Acórdão

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

Belo Horizonte, 12 de maio de 2016. - *José de Carvalho Barbosa* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. JOSÉ DE CARVALHO BARBOSA - Trata-se de recurso de apelação interposto por Catopê Empreendimentos Imobiliários Ltda., nos autos da ação de despejo c/c cobrança movida em face de Cristina Raquel Brenha Borborema, perante o Juízo da 5ª Vara Cível da Comarca de Montes Claros, tendo em vista a sentença de f. 101, que julgou extinto o processo, sem resolução de mérito, nos termos do art. 267, I e VI, do CPC.

Em suas razões recursais de f. 104/113, defende a autora, ora apelante, o cabimento da presente ação de despejo, argumentando que esta “tem por finalidade não só a retomada da posse, mas também a rescisão do próprio contrato de locação, o que, *in casu*, não ocorreu, pois a desocupação (abandono) não foi acompanhada da entrega das chaves e da transferência da posse à locadora, ora apelante”.

Aduz que o fato de ter conhecimento de que o imóvel se encontra fechado não lhe permite “a retomada de posse por sua livre e espontânea vontade, ainda que a apelada estivesse inadimplente em suas obrigações

(como de fato está), sob o risco de exercer a autotutela de seus direitos ou arbitrariamente as próprias razões”.

Acrescenta que, “ainda que houvesse ocorrido a desejada imissão da posse por parte da apelante ou a efetiva entrega das chaves, o feito não poderia ter sido abruptamente extinto sem resolução do mérito, mas tido o seu curso impulsionado diante da subsistência do pedido (cumulado) de cobrança”.

Tece outras considerações, pedindo, ao final, o provimento do recurso, para que seja determinado “o regular processamento do feito, com a expedição do mandato de constatação/imissão na posse”.

Preparo regular à f. 114.

Sem contrarrazões, porquanto ainda não aperfeiçoada a relação processual.

É o relatório.

Conheço do recurso.

Infere-se dos autos que busca a autora, por meio da presente ação, a rescisão do contrato de locação celebrado com a ré, com a retomada da posse do imóvel, bem como o recebimento dos aluguéis e demais encargos locatícios, até a entrega das chaves do respectivo imóvel.

Houve por bem o douto Magistrado de primeiro grau julgar extinto o processo, sem resolução de mérito, por entender que “não há que se processar ação de despejo na hipótese de configurado abandono do imóvel antes do ajuizamento da demanda, não sendo o caso de prosseguimento também com relação ao pedido de cobrança dos aluguéis em atraso, diante da existência de título executivo de plano executável”.

E tenho que não agiu S. Exa. com o devido acerto, *data venia*.

Como é sabido, a ação de despejo não visa tão somente à imissão do autor na posse do imóvel, mas também à extinção da relação locatícia, com a retomada jurídica definitiva do bem, podendo o pedido de rescisão ser cumulado com o pedido de cobrança de aluguéis e acessórios.

Nesse sentido dispõe o art. 62, I, da Lei nº 8.245/91:

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: (Redação dada pela Lei nº 12.112, de 2009)

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; (Redação dada pela Lei nº 12.112, de 2009)
[...]

Registre-se que, não havendo prova nos autos de que o contrato de locação foi rescindido, deverá prevalecer a presunção de sua validade, sendo vedado ao locador a retomada da posse do imóvel por sua livre e espontânea vontade.

A propósito, confira-se o seguinte julgado do c. STJ:

Recurso especial. Civil. Locação. Ação de despejo ajuizada posteriormente ao abandono do imóvel pela locatária. Possibilidade. Objetivo: extinção da relação jurídica. Recurso especial conhecido e improvido. [...] Enquanto válido o contrato de locação, o locatário tem o direito de uso, gozo e fruição do imóvel, como decorrência de sua posse direta. Nessa condição, pode o locatário, sem comprometimento de seu direito, dar ao imóvel a destinação que melhor lhe aprouver, não proibida por lei ou pelo contrato, podendo, inclusive, se assim for sua vontade, mantê-lo vazio e fechado. 3. As ações de despejo têm natureza pessoal, objetivando a extinção do contrato de locação, em razão do fim de seu prazo de vigência, por falta de interesse do locador em manter o vínculo porque o locatário inadimpliu qualquer de suas obrigações ou ainda porque é de seu interesse a retomada do imóvel, por uma das causas previstas em lei. 4. Hipótese em que, não existindo nos autos prova de que o contrato de locação foi rescindido, deve prevalecer a presunção de sua validade, sendo vedado à locadora retomar a posse do imóvel por sua livre e espontânea vontade, ainda que a locatária estivesse inadimplente no cumprimento de suas obrigações, sob pena de exercer a autotutela. O remédio jurídico, em tal caso, nos termos do art. 5º da Lei 8.245/91, é o ajuizamento da necessária ação de despejo. 5. Recurso especial conhecido e improvido (REsp 588714/CE, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJ de 29.05.2006).

Assim sendo, tem-se que o fato de o imóvel ter sido abandonado pelo locatário antes do ajuizamento da ação de despejo não conduz à perda de objeto de referida ação, que, diga-se, além da desocupação do imóvel, também se destina à rescisão do contrato, com a retomada da posse pelo locador e a cobrança de aluguéis e acessórios da locação.

Nesse sentido é o entendimento deste eg. Tribunal:

Apelação cível. Ação de despejo cumulada com rescisão e cobrança. Extinção da ação sem julgamento do mérito em razão do abandono do imóvel ocorrido antes da propositura da ação. Impossibilidade. Interesse processual remanescente na rescisão, imissão de posse e cobrança dos aluguéis. Sentença cassada. - O fato de o imóvel locado ter sido abandonado pelo locatário, por si só, não é causa de extinção da ação de despejo, cumulada com rescisão e cobrança, visto que os pedidos respectivos dependem de expresse reconhecimento pelo Judiciário, ante a ausência da rescisão do pacto (TJMG - Apelação Cível nº 1.0433.14.023835-6/001, Relator: Des. Luiz Carlos Gomes da Mata, 13ª Câmara Cível, j. em 09.04.2015, publicação da súmula em 17.04.2015).

Apelação cível. Ação de despejo. Abandono do imóvel antes do ajuizamento da ação. Indeferimento da inicial. Extinção do processo sem julgamento do mérito. Descabimento. Rescisão do contrato. Necessidade de declaração. Cobrança de aluguéis e despesas. Cumulação. Cabimento. Sentença cassada. I- O simples fato de o imóvel ter sido abandonado pelo locatário antes do ajuizamento da ação de despejo não afasta o cabimento do procedimento para os outros fins a que se destina, além da desocupação do imóvel, quais sejam a rescisão do contrato, com a retomada da posse pelo locador, e a cobrança de aluguéis e acessórios da locação (art. 62, I, da Lei nº 8.245/91). II- Descabido negar a prestação da tutela jurisdicional em relação à cobrança de débitos oriundos

da locação sob o argumento de que o contrato celebrado entre as partes já constitui um título executivo extrajudicial passível de execução direta, quando a própria lei que rege a matéria prevê, expressamente, a possibilidade de cumulação da cobrança com o pedido de despejo/rescisão (Ap. Cível nº 1.0433.14.015905-7/001 - Rel. Des. João Cancio - DJe de 20.11.2014).

Ação de despejo. Abandono do imóvel. Perda do objeto. Extinção do processo. Impossibilidade. Julgamento do mérito pelo tribunal. CPC, art. 515, § 3º. - Abandonado o imóvel, e imitado o autor na posse, não há que se falar em perda do objeto da ação de despejo, porque a recuperação da posse não é objeto precípuo e imediato da demanda, e sim a dissolução do contrato, do que decorre, por via oblíqua, a devolução do imóvel (Ap. Cível nº 2.0000.00.468739-4/000 - Rel. Des. Eduardo Mariné da Cunha - DJe de 24.02.2005).

Apelação cível. Ação de despejo c/c cobrança e pedido de emissão de posse. Abandono do imóvel antes do ajuizamento da ação. Inépcia da inicial. Extinção do processo sem julgamento do mérito. Impossibilidade. Rescisão do contrato. Necessidade de declaração. Sentença cassada. - O abandono do imóvel que precede ao ajuizamento da ação de despejo c/c cobrança não enseja por si só o indeferimento da inicial, eis que o pedido não se encontra restrito ao despejo do locatário, abarcando ainda a rescisão do contrato e a cobrança dos aluguéis e despesas acessórias. - Inteligência do inciso I do artigo 62 da Lei da Locação (Lei nº 8.245/91) (TJMG - Apelação Cível nº 1.0433.14.024768-8/001, Relator: Des. Mota e Silva, 18ª Câmara Cível, j. em 25.08.2015, publicação da súmula em 27.08.2015).

Por fim, cumpre salientar que, embora o contrato de locação possa constituir título executivo extrajudicial, não há qualquer óbice ao manejo da ação ordinária de cobrança, visto que propicia ampla cognição, sendo, portanto, mais benéfica às partes, não havendo cogitar qualquer prejuízo às mesmas.

Com tais considerações, dou provimento à apelação para cassar a sentença recorrida, determinando o retorno dos autos ao Juízo de origem para que o feito tenha regular prosseguimento.

Custas recursais, na forma da lei.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES ALBERTO HENRIQUE e ROGÉRIO MEDEIROS.

Súmula - DERAM PROVIMENTO À APELAÇÃO.

...

Embargos de terceiro - Execução fiscal - Imóvel - Doação parcial após citação - Fraude à execução - Configuração - Bem de família - Comprovação - Impenhorabilidade - Abrangência - Totalidade do bem

Ementa: Apelação Cível/Reexame Necessário *ex officio*. Embargos de terceiro em execução fiscal. Alienação de

imóvel. Doação homologada após a citação válida. Redação originária do art. 185 do CTN. Fraude à execução configurada. Precedente do STJ em repetitivo. Bem de família. Impenhorabilidade. Desconstituição da penhora. Procedência do pedido.

- Está sujeita ao duplo grau de jurisdição a sentença que julgar procedentes, no todo ou em parte, os embargos à execução de dívida ativa da Fazenda Pública (art. 475, inciso II, do CPC).

- Pacificado pelo colendo Superior Tribunal de Justiça, por ocasião do julgamento do REsp 1.141.990/PR, submetido à sistemática prevista no art. 543-C do CPC, que, antes das alterações promovidas pela Lei Complementar nº 118/05 ao disposto no art. 185 do CTN, indispensável a citação válida para a caracterização de fraude à execução, mesmo em executivos fiscais.

- Comprovado que a penhora na execução fiscal se efetivou sobre bem de família e afastadas as exceções previstas na Lei nº 8.009/1990, deve o imóvel constrito ser desonerado, em observância ao direito à moradia dos interessados.

- A comprovação de fraude com relação à doação de 50% do imóvel em questão, pelo ex-cônjuge a seus filhos, não afasta o incidência da impenhorabilidade, que, sendo reconhecida no tocante aos outros 50%, pertencentes à ex-esposa, se estende à totalidade do bem de família.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0290.13.015467-4/001 - Comarca de Vespasiano - Apelantes: Elizabeth Oselieri, Pedro Henrique Oselieri Gama, Fernanda Oselieri Gama - Apelado: Estado de Minas Gerais - 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, em REFORMAR A SENTENÇA NO REEXAME NECESSÁRIO, COM O PROVIMENTO DO RECURSO VOLUNTÁRIO.

Belo Horizonte, 28 de abril de 2016. - Versiani Penna - Relator.

Notas taquigráficas

DES. VERSIANI PENNA - Trata-se de recurso de apelação interposto por Elizabeth Oselieri e outros contra a sentença que julgou parcialmente procedentes os embargos de terceiro opostos em face do Estado de Minas Gerais para reconhecer a impenhorabilidade da fração de 50% do imóvel correspondente ao apartamento de nº 900, do Edifício Alvinópolis, localizado na Rua Ceará, nº 1.267, em Belo Horizonte, incluindo

a área privativa, pertencente à embargante Elizabeth Oselieri, julgando extinto o feito, nos termos do art. 269, II, do CPC. Foi reconhecida a fraude à execução no que tange à doação da fração de 50% do imóvel em questão, incluindo a área privativa, efetuada pelo executado José Eustáquio Barbosa da Gama aos filhos Fernanda Oselieri Gama e Pedro Oselieri Gama. Razão pela qual foi mantida a penhora sobre tal fração. Por fim, foram indeferidos os benefícios da justiça gratuita e os honorários foram fixados em R\$5.000,00 à razão de 50% para cada uma das partes.

Em seu recurso, alegam os apelantes que fazem jus aos benefícios da justiça gratuita. Quanto ao mérito, afirmam que inexistiu fraude à execução por parte do executado, ex-cônjuge e pai dos apelantes. Afirmam que não ocorreu a citação válida do executado antes da doação do imóvel em questão. Relatam que o bem foi doado muito antes da penhora ser efetivada. Asseveram que existem outros bens penhorados na execução fiscal em apenso. Aduzem que a sentença igualmente desconsiderou o caráter impenhorável do imóvel, tendo em vista que se trata de bem de família. Requerem a reforma da decisão.

Em suas contrarrazões, o apelado defende a ocorrência de fraude à execução, uma vez que o imóvel foi doado após a citação válida do executado. Afirma que a boa-fé não é pressuposto legal para caracterização da fraude à execução, que é presumida. Argumenta que inexistem provas de que o imóvel seja bem de família. Pugna pela manutenção da sentença.

É o relatório.

Admissibilidade.

Tendo em vista que a sentença, proferida na vigência do antigo CPC, se amolda à hipótese do inciso II do art. 475 do CPC/1973, impõe-se o reexame necessário.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso voluntário.

Preliminar.

Ausência de pressuposto de constituição e desenvolvimento válido do processo.

Como bem posto pela eminente sentenciante, deve ser rejeitada a preliminar suscitada pelo Estado na contestação.

Com efeito, tendo em vista que a indicação do bem à penhora não foi realizada pelo executado, e sim pela Fazenda exequente, inexistiu qualquer motivo para a formação de litisconsórcio, no polo passivo destes embargos de terceiro, entre o executado e a exequente da ação executiva de origem.

É nesse sentido a orientação do STJ:

Recurso especial (art. 105, III, alíneas a e c da CRFB). Divergência jurisprudencial não demonstrada. Ausência de cotejo analítico. Não conhecimento. Processual civil. Execução de título extrajudicial. Embargos de terceiro. Legitimidade passiva do credor. Inexistência de litisconsórcio passivo necessário entre este e o devedor. Precedente: 3ª Turma, REsp 282.674/

SP, Relatora Ministra Nancy Andrichi, DJU de 07.05.2001. Recurso especial conhecido em parte e, nessa parte, provido para afastar a nulidade reconhecida no acórdão e determinar o retorno dos autos ao Tribunal de origem, para que prossiga no julgamento da apelação da União Federal. 1 - Inicialmente, não se conhece do recurso especial fundado em divergência jurisprudencial, tendo em vista sua não demonstração, dada a ausência do cotejo analítico entre os acórdãos colacionados pela recorrente, que não demonstrou a similitude do suporte fático e jurídico das conclusões divergentes neles assumidas (1ª Turma, AgRg no REsp. 1.233.908/RJ, Relator Ministro Benedito Gonçalves, DJe de 23.11.2011). 2 - Quanto à alegada ausência de prequestionamento, tem-se que a questão relativa à existência ou não de litisconsórcio passivo necessário entre exequente e executado nos embargos de terceiro restou devidamente debatida no acórdão recorrido, embora este não tenha analisado a disciplina contida no art. 47 do CPC, pelo que, assim, tem-se por admitido o recurso quanto à suposta violação de lei federal, porquanto configurado o prequestionamento implícito (3ª Turma, AgRg no REsp. nº 1.039.457/RS, Relator Ministro Sidnei Beneti, DJe de 23.09.2008). 3 - *Discute-se na doutrina a respeito da composição do polo passivo nos embargos de terceiro. Segundo Araken de Assis, porém, parece mais razoável a tese de que só o credor, a quem aproveita o processo executivo, encontra-se legitimado passivamente, ressalvadas duas hipóteses: a) cumulação de outra ação (p. ex., negatória) contra o executado; e b) efetiva participação do devedor no ato ilegal (Manual do processo de execução. São Paulo: 6. ed. Revista dos Tribunais, p. 1.147-1.148).* 4 - *Ressalvadas as louváveis opiniões em contrário, essa parece ser a melhor conclusão, mormente porque a indicação do bem imóvel foi realizada pela exequente, ora recorrida, cabendo apenas a esta a contestação da pretensão deduzida pela embargante, ora recorrente, tal como efetivamente ocorreu. Inexistente, portanto, o litisconsórcio passivo necessário entre credor e devedor, também porque este decorre apenas da lei ou da natureza jurídica da relação de direito material caso existente entre exequente e executado, circunstâncias que não se verificam no âmbito dos embargos de terceiro (CPC, art. 47). Precedente: 3ª Turma, REsp. 282.674/SP, Relatora Ministra Nancy Andrichi, DJU de 07.05.2001, p. 140.* 5 - *A propósito, curiosa é a observação de que o art. 1.050, § 3º, do CPC se refere ao embargado no singular, o que sugeriria a existência de apenas um deles (exequente ou executado) no polo passivo da ação de embargos de terceiro, tudo a depender de quem terá realizado a indicação do bem à penhora.* 6. Recurso especial de Ângela Beatriz Cezimbra conhecido em parte; nessa parte, provido para afastar a nulidade reconhecida no acórdão e determinar o retorno dos autos ao Tribunal de origem, para que prossiga no julgamento da Apelação da União Federal (REsp 1033611/DF - Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho - Primeira Turma - j. em 28.02.2012 - DJe de 05.03.2012) (g.n.).

Assim, rejeito a preliminar.

Mérito.

Reexame necessário.

A questão trazida a esta Instância revisora cinge-se a verificar a legalidade da penhora efetivada, na execução fiscal em apenso, sobre o imóvel constituído pelo apartamento de nº 900, do Edifício Alvinópolis, localizado na Rua Ceará nº 1.267, em Belo Horizonte.

De início, pondero que, como bem consignado na sentença, é impossível afastar o reconhecimento de fraude

à execução neste caso, especificamente com relação à transferência de 50% do bem imóvel em questão, realizada pelo executado José Eustáquio Barbosa da Gama a seus filhos, quando de seu divórcio com sua ex-esposa.

Isso porque o negócio jurídico ocorreu na vigência da redação originária do art. 185 do CTN, que assim estabelecia:

Art. 185. Presume-se fraudulenta a alienação ou oneração de bens ou rendas, ou seu começo, por sujeito passivo em débito para com a Fazenda Pública, por crédito tributário regularmente inscrito como dívida ativa em fase de execução.

Parágrafo único. O disposto neste artigo não se aplica na hipótese de terem sido reservados, pelo devedor, bens ou rendas suficientes ao total pagamento da dívida inscrita em fase de execução (g.n.).

Nesse passo, cumpre destacar que o colendo Superior Tribunal de Justiça, por ocasião do julgamento do REsp 1.141.990/PR, submetido à sistemática prevista no art. 543-C do CPC, pacificou o entendimento no sentido de que, antes das alterações promovidas pela Lei Complementar nº 118/05 ao disposto no art. 185 do CTN, indispensável a citação para a caracterização de fraude à execução, mesmo nos executivos fiscais:

Processual civil. Recurso especial representativo de controvérsia. Art. 543-C do CPC. Direito tributário. Embargos de terceiro. Fraude à execução fiscal. Alienação de bem posterior à citação do devedor. Inexistência de registro no departamento de trânsito - Detran. Ineficácia do negócio jurídico. Inscrição em dívida ativa. Art. 185 do CTN, com a redação dada pela LC nº 118/2005. Súmula 375/STJ. Inaplicabilidade. 1. A lei especial prevalece sobre a lei geral (*lex specialis derogat lex generalis*), por isso que a Súmula nº 375 do egrégio STJ não se aplica às execuções fiscais. 2. O art. 185 do Código Tributário Nacional - CTN, assentando a presunção de fraude à execução, na sua redação primitiva, dispunha que: 'Art. 185. Presume-se fraudulenta a alienação ou oneração de bens ou rendas, ou seu começo, por sujeito passivo em débito para com a Fazenda Pública por crédito tributário regularmente inscrito como dívida ativa em fase de execução. Parágrafo único. O disposto neste artigo não se aplica na hipótese de terem sido reservados pelo devedor bens ou rendas suficientes ao total pagamento da dívida em fase de execução.' 3. A Lei Complementar nº 118, de 9 de fevereiro de 2005, alterou o art. 185 do CTN, que passou a ostentar o seguinte teor: 'Art. 185. Presume-se fraudulenta a alienação ou oneração de bens ou rendas, ou seu começo, por sujeito passivo em débito para com a Fazenda Pública, por crédito tributário regularmente inscrito como dívida ativa. Parágrafo único. O disposto neste artigo não se aplica na hipótese de terem sido reservados pelo devedor bens ou rendas suficientes ao total pagamento da dívida inscrita.' 4. Consectariamente, a alienação efetuada antes da entrada em vigor da LC nº 118/2005 (09.06.2005) presumia-se em fraude à execução se o negócio jurídico sucedesse a citação válida do devedor; posteriormente à 09.06.2005, consideram-se fraudulentas as alienações efetuadas pelo devedor fiscal após a inscrição do crédito tributário na dívida ativa. 5. A diferença de tratamento entre a fraude civil e a fraude fiscal justifica-se pelo fato de que, na primeira hipótese, afronta-se interesse privado, ao passo que, na segunda, interesse público, porquanto o recolhimento dos tributos serve à satisfação das necessidades coletivas. 6. É

que, consoante a doutrina do tema, a fraude de execução, diversamente da fraude contra credores, opera-se *in re ipsa*, vale dizer, tem caráter absoluto, objetivo, dispensando o *concilium fraudis* (FUX, Luiz. O novo processo de execução: o cumprimento da sentença e a execução extrajudicial. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 95-96./DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução civil*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 278-282./MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 210-211./AMARO, Luciano. *Direito tributário brasileiro*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 472-473./BALEIRO, Aliomar. *Direito tributário brasileiro*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. 604). 7. A jurisprudência hodierna da Corte preconiza referido entendimento consoante se colhe abaixo: 'O acórdão embargado, considerando-se que não é possível aplicar a nova redação do art. 185 do CTN (LC 118/05) à hipótese em apreço (*tempus regit actum*), respaldou-se na interpretação da redação original desse dispositivo legal adotada pela jurisprudência do STJ' (EDcl no AgRg no Ag 1.019.882/PR, Relator Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, j. em 06.10.2009, DJe de 14.10.2009). 'Ressalva do ponto de vista do Relator que tem a seguinte compreensão sobre o tema: [...] b) Na redação atual do art. 185 do CTN, exige-se apenas a inscrição em dívida ativa prévia à alienação para caracterizar a presunção relativa de fraude à execução em que incorrem o alienante e o adquirente (regra aplicável às alienações ocorridas após 09.06.2005)' (REsp 726.323/SP, Relator Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, j. em 04.08.2009, DJe de 17.08.2009). 'Ocorrida a alienação do bem antes da citação do devedor, incabível falar em fraude à execução no regime anterior à nova redação do art. 185 do CTN pela LC 118/2005' (AgRg no Ag 1.048.510/SP, Relatora Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, j. em 19.08.2008, DJe de 06.10.2008). 'A jurisprudência do STJ, interpretando o art. 185 do CTN, até o advento da LC 118/2005, pacificou-se, por entendimento da Primeira Seção (EREsp 40.224/SP), no sentido de só ser possível presumir-se em fraude à execução a alienação de bem de devedor já citado em execução fiscal' (REsp 810.489/RS, Relatora Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, j. em 23.06.2009, DJe de 06.08.2009). 8. A inaplicação do art. 185 do CTN implica violação da cláusula de reserva de Plenário e enseja reclamação por infringência da Súmula Vinculante nº 10, *verbis*: 'Viola a cláusula de reserva de Plenário (cf. art. 97) a decisão de órgão fracionário de Tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, afasta sua incidência, no todo ou em parte'. 9. Conclusivamente: (a) a natureza jurídica tributária do crédito conduz a que a simples alienação ou oneração de bens ou rendas, ou seu começo, pelo sujeito passivo por quantia inscrita em dívida ativa, sem a reserva de meios para quitação do débito, gera presunção absoluta (*jure et de jure*) de fraude à execução (lei especial que se sobrepõe ao regime do direito processual civil); (b) a alienação engendrada até 08.06.2005 exige que tenha havido prévia citação no processo judicial para caracterizar a fraude de execução; se o ato translativo foi praticado a partir de 09.06.2005, data de início da vigência da Lei Complementar nº 118/2005, basta a efetivação da inscrição em dívida ativa para a configuração da figura da fraude; (c) a fraude de execução prevista no art. 185 do CTN encerra presunção *jure et de jure*, conquanto componente do elenco das 'garantias do crédito tributário'; (d) a inaplicação do art. 185 do CTN, dispositivo que não condiciona a ocorrência de fraude a qualquer registro público, importa violação da cláusula de reserva de Plenário e afronta

à Súmula Vinculante nº 10 do STF. 10. *In casu*, o negócio jurídico em tela aperfeiçoou-se em 27.10.2005, data posterior à entrada em vigor da LC 118/2005, sendo certo que a inscrição em dívida ativa se deu anteriormente à revenda do veículo ao recorrido, porquanto, consoante se desdome dos autos, a citação foi efetuada em data anterior à alienação, restando inequívoca a prova dos autos quanto à ocorrência de fraude à execução fiscal. 11. Recurso especial conhecido e provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ nº 08/2008 (REsp 1141990/PR - Relator: Ministro Luiz Fux - Primeira Seção - j. em 10.11.2010 - DJe de 19.11.2010) (g.n.).

Em referido julgado, também restou definido pelo Tribunal Superior que o Enunciado nº 375 de sua súmula é inaplicável para os casos de execução fiscal, o que torna, dessa forma, desnecessária a averbação da penhora no registro do bem imóvel.

Sob a ótica traçada, *in casu*, verifica-se que a citação do executado José Eustáquio Barbosa da Gama ocorreu em 17.04.1998 (f. 19 dos autos em apenso), em seu domicílio fiscal, conforme CDA (f. 04 dos autos em apenso), portanto, antes da doação em questão, que foi efetivada quando do divórcio do casal, homologado em 02.12.1998 (f. 45/57).

Pondero que a citação efetivada não pode ser desconsiderada, uma vez que esse ato processual se faz mediante a simples entrega da carta no endereço do executado, vindo o colendo Superior Tribunal de Justiça, inclusive, a pacificar a matéria:

Processual civil e tributário. Embargos à execução. Execução fiscal. IPVA. Nulidade da citação. Inocorrência. Prescrição não configurada. Súmula 7/STJ. Responsabilidade solidária. Alínea c. Não demonstração da divergência. 1. O acórdão recorrido está de acordo com o entendimento desta Corte Superior no sentido de que, na execução fiscal, a citação é realizada pelos Correios, com aviso de recebimento, sendo dispensada a personalidade da citação, inclusive, a assinatura do aviso de recebimento pelo próprio executado, bastando que seja inequívoca a entrega no seu endereço. 2. Em relação a prescrição, o Tribunal a quo consignou que 'o crédito foi constituído em 06.08.1999 (f. 02 e 29 do processo em apenso). O prazo prescricional de 5 (cinco) anos terminaria em 05.08.2004. A citação ocorreu em 09.12.2002 (f. 14 - processo em apenso), portanto, não ocorreu a prescrição'. Para modificar o entendimento firmado no acórdão recorrido, seria necessário exceder as razões colacionadas no acórdão vergastado, o que demanda incursão no contexto fático-probatório dos autos, vedada em recurso especial, conforme a Súmula 7/STJ. 3. O acórdão recorrido está em consonância com o entendimento deste Tribunal Superior no sentido de que, em arrendamento mercantil, a arrendante é responsável solidária para o adimplemento da obrigação tributária concernente ao IPVA, por ser ela possuidora indireta do bem arrendado e conservar a propriedade até o final do pacto. 4. A divergência jurisprudencial deve ser comprovada, cabendo a quem recorre demonstrar as circunstâncias que identificam ou assemelham os casos confrontados, com indicação da similitude fática e jurídica entre eles. Indispensável a transcrição de trechos do relatório e do voto dos acórdãos recorrido e do paradigma, realizando-se o cotejo analítico entre ambos, com o intuito de bem caracterizar a

interpretação legal divergente. O desrespeito a esses requisitos legais e regimentais (art. 541, parágrafo único, do CPC e art. 255 do RISTJ) impede o conhecimento do recurso especial com base na alínea c do inciso III do art. 105 da Constituição Federal. 5. Agravo regimental não provido (AgRg no AREsp 593.074/DF - Relator: Ministro Herman Benjamin - Segunda Turma - j. em 04.12.2014 - DJe de 19.12.2014) (g.n.).

Embora os embargantes aleguem que a citação não se efetivou, em razão de seu genitor/ex-cônjuge não mais residir no endereço de entrega do AR, impossível considerar isso, tendo em vista a inexistência de provas contundentes nesse sentido, aliado ao fato de que o divórcio em questão somente se efetivou em data posterior, sendo o acordo, inclusive, celebrado em julho de 1998 (f. 49), circunstância que, *data venia*, milita em favor da caracterização da fraude à execução fiscal.

Ato seguido, cumpre analisar se o imóvel em questão é bem de família, fato que possui o condão de acarretar a sua impenhorabilidade.

Ao tratar do "bem de família" e sua impenhorabilidade, Rolf Madaleno leciona:

O bem de família instituído pela Lei nº 8.009/1990 isenta o imóvel destinado a servir de domicílio da família do devedor de execução por dívidas de índole civil, fiscal, previdenciária, trabalhista ou de qualquer natureza, salvo as exceções previstas em relação aos débitos descritos no seu art. 3º, sendo finalidade do instituto proteger o direito de propriedade que serve de abrigo para a família, não no propósito de abrigar o mau pagador, e sim no sentido de equilibrar o processo executivo.

A finalidade do bem de família é proteger a habitação, o lugar comum dos membros da família, fortalecendo o direito ao teto familiar, sem o qual é impensável o desenvolvimento e crescimento das relações familiares (g.n.).

E, citando Álvaro Villaça Azevedo, complementa:

[...] bem de família é um meio de garantir um asilo à família, tornando-se o imóvel onde a mesma se instala domicílio impenhorável e inalienável, enquanto forem vivos os cônjuges e até que os filhos completem a maioria (MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. Rio de Janeiro: Forense, 2011) (g.n.).

Outrossim, para Maria Helena Diniz, o bem de família é o prédio residencial, rural ou urbano, que os cônjuges ou a entidade familiar destinam para abrigo e domicílio desta, sendo

um instituto que visa assegurar um lar à família, pondo-o ao abrigo de penhora por débitos posteriores à instituição, salvo os que provieram de impostos relativos ao prédio (DINIZ, Maria Helena. *Dicionário jurídico*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. v. 1, p. 470).

Com efeito, indene de dúvidas que o imóvel da entidade familiar, destinado à residência desta e cuja finalidade seja abrigá-la, é bem absolutamente impenhorável, nos termos do art. 1º da Lei n. 8.009/1990, a saber:

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.

Aliás, vejamos o conceito de residência trazido pela referida lei:

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.

Nesse diapasão, no caso em epígrafe, a meu sentir, ficou comprovado que a penhora impugnada recaiu sobre imóvel único onde se firma a moradia da família embargante.

Com efeito, há nos autos elementos suficientes, tais como: comprovantes de residência (f. 69/77, 89/91) e de reuniões de condomínio (f. 78/85), inclusive com a demonstração de que a Sra. Elizabeth Oselieri atuou como subsíndica (f. 86). Tudo isso demonstra que o apartamento de nº 900, do Edifício Alvinópolis, localizado na Rua Ceará nº 1.267, em Belo Horizonte, é bem de família dos recorrentes.

Assim sendo, mesmo considerando a ocorrência de fraude, é necessária a desconstituição da penhora efetivada nos autos em apenso, a fim de que seja preservado o direito à moradia das partes interessadas, com fundamento na Lei nº 8.009/1990, sendo evidente que a impenhorabilidade, em observância à sua indivisibilidade, deve se estender sobre a totalidade do imóvel.

Nesse sentido, já decidiu este egrégio Tribunal de Justiça:

Embargos de terceiro. Divórcio. Partilha. Exclusão da restrição imposta à meação da embargante. Necessidade. Aquisição da metade pertencente ao executado. Venda realizada após a deflagração da execução fiscal. Fraude à execução. Presunção *jure et de jure*. Precedentes do STJ. Bem de família. Indivisibilidade do imóvel. Impenhorabilidade. Extensão à totalidade do bem. Recurso desprovido. - Legítimos os embargos de terceiro manejados no intuito de retirar a restrição que recaiu sobre a metade do imóvel que pertence à embargante, a qual, por não configurar patrimônio do devedor, não pode responder pelo débito de sua responsabilidade, mormente pelo fato de que a exequente não constituiu prova nos autos de que tais débitos foram constituídos em benefício da família. - O Superior Tribunal de Justiça já consolidou entendimento, quando do julgamento de recurso especial submetido à sistemática do julgamento de recurso representativo de controvérsia, acerca da presunção absoluta da ocorrência da fraude à execução ante a alienação de bem posteriormente à inscrição do crédito tributário em dívida ativa, a partir de 09.06.2005 (REsp 1141990/PR, Relator Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, DJ de 10.11.2010). - Tratando-se de imóvel bem de família onde residem a embargante e seu filho, a impenhorabilidade que salvaguarda sua meação estende-se à totalidade do bem, independentemente da ocorrência da fraude à execução. - Recurso desprovido (TJMG - Apelação Cível

nº 1.0024.13.242303-9/001 - Relator: Des. Alyrio Ramos - 8ª Câmara Cível - j. em 29.01.2015 - p. em 09.02.2015).

Desse modo, o acolhimento total dos embargos de terceiro, com a completa desoneração do imóvel em questão, é medida de justiça que se impõe.

Ante o exposto, em reexame necessário e com provimento do recurso de apelação, reformo a sentença para acolher os embargos de terceiro e determinar a desconstituição total da penhora sobre o imóvel constituído pelo apartamento de nº 900, do Edifício Alvinópolis, localizado na Rua Ceará nº 1.267, em Belo Horizonte, firmada nos autos em apenso.

Custas processuais totais, pelo recorrido, observado o disposto no inciso I do art. 10 e no § 3º do art. 12, ambos da Lei estadual nº 14.939/2003.

Em razão da sucumbência total do recorrido, os honorários de sucumbência fixados na sentença passam a ser devidos somente por ele em benefício da parte contrária.

É como voto.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES ÁUREA BRASIL e MOACYR LOBATO.

Súmula - REFORMARAM A SENTENÇA EM REEXAME NECESSÁRIO, COM O PROVIMENTO DO RECURSO VOLUNTÁRIO.

...

Ação de repetição de indébito-Cooperativa-Autoliquidação extrajudicial-Suspensão do processo - Art. 76 da Lei 8.764/71 - Inaplicabilidade - Ação de conhecimento - Massa liquidanda - Efeitos imediatos - Inexistência - Tentativa de reestruturação - Ausência de prejuízo - Prosseguimento da ação

Ementa: Agravo de instrumento. Ação de repetição de indébito. Cooperativa em autoliquidação extrajudicial. Suspensão do feito. Ação de conhecimento. Descabimento.

- A suspensão dos processos que o art. 76 da Lei nº 5.764/71 prevê não é aplicável indistintamente a qualquer caso.

- Ações de conhecimento, que visam ao reconhecimento de direitos, devem tramitar regularmente até a sentença, em face da ausência de prejuízo para a sua tentativa de reestruturação.

AGRAVO DE INSTRUMENTO CÍVEL Nº 1.0056.11.016378-1/001 - Comarca de Barbacena - Agravante: Cotrijui - Cooperativa Agropecuária & Industrial - Agravado: Supermercado Souvenir Ltda. - Relator: DES. ROBERTO SOARES DE VASCONCELLOS PAES

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 17ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em NEGAR PROVIMENTO AO AGRAVO.

Belo Horizonte, 23 de junho de 2016. - Roberto Soares de Vasconcellos Paes - Relator.

Notas taquigráficas

DES. ROBERTO SOARES DE VASCONCELLOS PAES - Trata-se de agravo de instrumento interposto pela Cotrijui - Cooperativa Agropecuária & Industrial contra a r. decisão de f. 53-TJ, proferida pelo MM. Juiz de Direito da 2ª Vara Cível da Comarca de Barbacena, que, nos autos de ação de repetição de indébito proposta por Supermercado Souvenir Ltda., indeferiu o pedido de suspensão do feito.

Em suas razões recursais, a agravante requer a concessão de efeito ativo, para que se determine a imediata suspensão do processo e, ao final, pede a reforma daquele *decisum*, confirmando-se a ordem de suspensão.

Afirma que está em autoliquidação extrajudicial desde 27.09.2014, tendo sido aprovada a prorrogação de sua liquidação voluntária, por mais um ano, na assembléia geral extraordinária ocorrida em 02.10.2015.

Nesse sentido, sustenta que o art. 76 da Lei nº 5.674/71 determina a suspensão de quaisquer ações, durante a liquidação, para que a cooperativa possa se reerguer financeiramente, não fazendo distinção sobre o tipo de demanda que deverá ser suspensa.

Assevera que a continuidade da presente lide, ao contrário do consignado na decisão recorrida, lhe trará grandes prejuízos, uma vez que precisa desse tempo para recuperar-se, atender a créditos e direitos de seus associados, organizar pagamentos, dentre outras providências, priorizando, assim, a sua reestruturação.

Defende que não se pode limitar a aplicação do art. 76 da Lei nº 5.764/71 apenas às demandas executivas, sob pena de inviabilizar-se a sua recuperação.

Preparo dispensado, tendo em vista a concessão dos benefícios da assistência judiciária à f. 53-TJ.

Determinei à agravante que colacionasse aos autos cópia da ata que aprovou a prorrogação de sua autoliquidação extrajudicial e outras peças que entendesse necessárias, o que foi devidamente cumprido às f. 217/470-TJ.

Deferi o processamento do presente recurso como agravo de instrumento, indeferindo, contudo, o efeito suspensivo requerido (f. 471/473-TJ).

Informações do Juízo colacionadas às f. 479/480-TJ, afirmando a não retratação da decisão guerreada e o cumprimento do art. 526 do CPC pela agravante.

Devidamente intimado, o agravado apresentou a contraminuta, manifestando-se em óbvia contrariedade (f. 482/484-TJ).

É o relatório.

Decido.

Inicialmente, esclareço que, apesar da entrada em vigor do Novo Código de Processo Civil de 2015, em 18.03.2016, a norma processual a ser aplicada neste agravo de instrumento será a da lei revogada, qual seja o Código de Processo Civil de 1973, já que se deve considerar a data da publicação da decisão que motivou a interposição deste recurso e a regra constante no art. 14 da nova lei, que dispõe sobre o direito intertemporal, cuja transcrição segue abaixo:

Art. 14. A norma processual não retroagirá e será aplicável imediatamente aos processos em curso, respeitados os atos processuais praticados e as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da norma revogada.

Aqui também é importante ressaltar o Enunciado Administrativo nº 2 do STJ, a título argumentativo:

Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas, até então, pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

No mesmo sentido é o Enunciado nº 54 da 2ª Vice-Presidência do TJMG:

54. A legislação processual que rege os recursos é aquela da data da publicação da decisão judicial, assim considerada sua publicação em cartório, secretaria ou inserção nos autos eletrônicos.

Feitas essas considerações, conheço do recurso, pois presentes os requisitos intrínsecos e extrínsecos de sua admissibilidade.

A controvérsia recursal cinge-se a analisar se a cooperativa agravante, que está em liquidação extrajudicial, pode ser demandada, ou processos manejados contra a mesma devem permanecer sustados até o fim do período de suspensão previsto em lei.

Sobre o tema, o art. 76 da Lei nº 5.764/71 preceitua:

Art. 76. A publicação no *Diário Oficial*, da ata da Assembléia Geral da sociedade, que deliberou sua liquidação, ou da decisão do órgão executivo federal, quando a medida for de sua iniciativa, implicará a *sustação de qualquer ação judicial contra a cooperativa, pelo prazo de 1 (um) ano, sem prejuízo, entretanto, da fluência dos juros legais ou pactuados e seus acessórios.*

Parágrafo único. *Decorrido o prazo previsto neste artigo, sem que, por motivo relevante, esteja encerrada a liquidação, poderá ser o mesmo prorrogado, no máximo por mais 1 (um) ano, mediante decisão do órgão citado no artigo, publicada, com os mesmos efeitos, no Diário Oficial.* (Destacamos).

Depreende-se da combinação entre os fatos relacionados e a citada regra legal que, a princípio, seria de se reconhecer que a recorrente preenche os requisitos do art. 76 da Lei nº 5.764/71, na medida em que a

prorrogação de sua autoliquidação foi aprovada pela assembléia geral, nos termos da ata colacionada às f. 227/231-TJ, e devidamente publicada no *Diário Oficial* de 06.10.2015 (f. 233-TJ), não tendo, por ora, findado o prazo.

Contudo, não se pode olvidar que a possibilidade de suspensão de ações em face de cooperativas e outras instituições, quando instaurada a liquidação, tem o objetivo de dar início à quitação das dívidas com os seus credores.

Ocorre que, em se tratando de ação de repetição de indébito, em fase de conhecimento, como é o caso, eventual ordem de suspensão, mesmo se considerando que o citado prazo previsto na legislação importe em uma espécie de moratória, não pode ter o condão de suspender ações ordinárias, sob pena de se impedir que aquele que se julga credor tenha o seu pretense direito reconhecido e, assim, possa participar do concurso extrajudicial de credores.

O fato é que, por conter norma de exceção à garantia constitucional da não exclusão da apreciação do Judiciário de lesão a direito (art. 5º, inciso XXXV, da CR/88), o citado art. 76 da Lei nº 5.764/71 deve ser interpretado restritivamente.

Mudado o que deve ser mudado, já decidiu o c. STJ:

Processo civil. Liquidação extrajudicial. Suspensão. Art. 18, a, da Lei 6.024/74. Instituição financeira. Ação de conhecimento em curso. SFH. Critérios de reajuste. Não repercussão na massa liquidanda. Prosseguimento da execução. Precedentes do STJ. 1. A falta de indicação dos artigos de lei federal tidos por violados obsta o conhecimento do recurso especial, a teor da Súmula 284/STF. 2. A literalidade da regra do art. 18, a, da Lei 6.024/74, que determina, em caso de liquidação extrajudicial de instituição financeira, a 'suspensão das ações e execuções iniciadas sobre direitos e interesses relativos ao acervo da entidade liquidanda', deve ser abrangida, quando se verificar que a continuidade do processo de conhecimento, que objetiva a discussão de critérios de reajuste de prestações sujeitas ao SFH, não redundará em qualquer redução do acervo patrimonial da massa objeto de liquidação. 3. Hipótese em que se afasta a aplicação do mencionado dispositivo. 4. Recurso especial parcialmente conhecido e, no mérito, improvido (STJ- REsp 717166/PE. Rel.ª Ministra Eliana Calmon. Data da publicação: 21.11.2005 - Destacamos).

Liquidação extrajudicial. Suspensão de processo relativo a entidade liquidanda. Art. 18, a, Lei nº 6.024/74. Limites. A suspensão das ações e execuções a direitos e interesses do acervo de entidade em regime de liquidação extrajudicial preconizada no art. 18, a, Lei nº 6.024/74, há que ser aplicada com certo temperamento, mormente quando se tratar de ação de conhecimento, onde se busca tão somente o reconhecimento do direito do autor. Recurso não conhecido (STJ - REsp 38740/RS. Rel. Min. Cláudio Santos. Data da publicação: 21.11.1994 - Destacamos).

No mesmo sentido, os egrégios Tribunais estaduais:

Apelação cível. Direito privado não especificado. Ação cautelar de exibição de documentos. - Demonstrada a necessidade financeira, faz jus a apelante ao benefício da assistência judiciária gratuita. A liquidação extrajudicial da cooperativa apelante não impede o prosseguimento da

presente ação de conhecimento, na qual o autor busca o reconhecimento de um direito. O feito deve prosseguir até a fase de cumprimento de sentença. Apelo parcialmente provido. Unânime (TJRS - Apelação Cível nº 70064412661. Rel. Des. Antônio Maria Rodrigues de Freitas Iserhard, data da publicação: 17.11.2015 - Destacamos).

Agravo de instrumento ação de indenização sociedade cooperativa em liquidação extrajudicial. Pretensão de suspensão da demanda. Indeferimento. Processo que se encontra em fase de conhecimento, não produzindo, por ora, efeitos sobre a massa liquidanda. Inaplicabilidade do art. 76 da Lei nº 5.764/71. Decisão mantida. Recurso desprovido (TJSP- Agravo de Instrumento nº 2023752-16.2013.8.26.0000. Rel. Des. Sérgio Gomes. Data da publicação: 28.11.2013 - Destacamos).

Cooperativa. Liquidação extrajudicial. Suspensão das ações. Referência à fase executória. - A suspensão da ação prevista no art. 76 da Lei nº 5.764/71, que trata da dissolução e liquidação das cooperativas, não impede o prosseguimento da ação para definição do direito, referindo-se apenas à fase executória, quando for o caso. A determinação de suspensão das ações contra Cooperativas em liquidação fere a garantia constitucional de apreciação pelo Poder Judiciário de lesão ou ameaça a direito (TJMG - Apelação Cível nº 1.0382.05.056774-4/001. Rel. Des. Domingos Coelho. 16.09.2006 - Destacamos).

Cobrança. Entidade em liquidação extrajudicial. Suspensão do processo. Art. 18, alínea a, da Lei nº 6.024/74. Inaplicabilidade. Prosseguimento do feito. - Por conter norma de exceção à garantia constitucional da não exclusão da apreciação do Judiciário de lesão a direito (art. 5º, inciso XXXV, da CF), deve ser interpretado restritivamente o art. 18, alínea a, da Lei nº 6.024/74. Não se suspende ação de conhecimento de crédito ajuizada contra entidade em liquidação extrajudicial quando o provimento final não representa prejuízo direto ao acervo da massa liquidanda (TJMG - Agravo de Instrumento nº 0323250-4. Rel. Des. Edilson Fernandes - Data da publicação: 22.11.2000 - Destacamos).

Pelo exposto, nego provimento ao agravo.

Custas pela agravante, isenta nos termos do art. 10, inciso II, da Lei Estadual nº 14.939/2003.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES EDUARDO MARINÉ DA CUNHA e LUCIANO PINTO.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO AGRAVO.

...

Reintegração de posse - Benfeitorias - Apuração do valor - Prova testemunhal - Perícia não efetivada - Inércia do réu - Estimativa feita pelo magistrado com base na prova documental e testemunhal - Congruência e possibilidade

Ementa: Apelação. Ação de reintegração de posse. Benfeitorias. Apuração do valor. Inércia do réu, possessor no local. Estimativa feita pelo magistrado. Congruência com as provas carreadas ao feito. Sentença monocrática mantida.

- Não tendo o réu, possessor da área cuja reintegração pleiteia o autor, se desincumbido do ônus de requerer a realização de perícia para avaliar as benfeitorias que alegou ter feito no local, deve ser mantido o valor arbitrado pelo magistrado singular nesse sentido, que se mostra condizente e congruente com as provas produzidas nos autos.

**APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0686.12.016582-0/001 -
Comarca de Teófilo Otoni - Apelante: Nilton Antônio de
Souza - Apelado: Otaviano José de Araújo - Relator: DES.
ROGÉRIO MEDEIROS**

Acórdão

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

Belo Horizonte, 14 de abril de 2016. - Rogério Medeiros - Relator.

Notas taquigráficas

DES. ROGÉRIO MEDEIROS - Versam os autos em epígrafe ação de reintegração de posse, proposta por Otaviano José de Araújo, em face de Nilton Antônio de Souza, aduzindo o autor, ora apelado, na peça exordial de f. 02/06, que é o senhor e legítimo proprietário de um imóvel rural constituído de 24 (vinte e quatro) hectares e 2 (dois) ares, correspondentes a 5 (cinco) alqueires, situado no Córrego São Fidélis, Distrito de Fidelândia, no Município de Ataléia/MG; que dito imóvel estava devidamente matriculado sob o nº 9.037, do livro nº 2, AG, registro nº 01, do Cartório do 1º Ofício de Registro de Imóveis da Comarca de Teófilo Otoni/MG; que o imóvel em questão foi recebido por doação com reserva de usufruto em favor de seus pais, já falecidos; que o mesmo se imitiu na posse de tal imóvel em abril de 1985, onde se encontrava até a data da propositura da presente ação; que, quando o mesmo recebeu a sua propriedade nas condições acima descritas, os pais do réu, ora apelante, já moravam em um barracão que já existia dentro da parte do imóvel que herdou, exclusivamente a título de comodato; que os pais do réu, ora apelante, já faleceram, e o mesmo continuou morando sozinho em tal barracão, recusando-se a desocupá-lo, além de consumir, mas não pagar, a energia elétrica fornecida pela Cemig; que, em 27.04.2012, o mesmo se dirigiu à agência local da Cemig, pagou todas as contas vencidas e não quitadas e solicitou que o relógio que ali se encontrava fosse desligado, visto que não necessitava do mesmo; que o réu, ora apelado, por sua vez, se dirigiu à Cemig e solicitou a reinstalação do padrão de luz, com o que o mesmo não concordou, visto que o imóvel era de sua propriedade, sendo que não o havia locado nem emprestado a ninguém; que o réu, ora apelante, havia sido notificado várias vezes para desocupar o local, mas não o

fez, alegando que somente assim procederia mediante ordem judicial. Requereu, por fim, dentre outros pedidos de praxe, a procedência do pedido de reintegração do imóvel acima mencionado e a concessão, em seu benefício, do pálio da gratuidade da justiça.

O pálio da gratuidade da justiça foi deferido ao autor, ora apelado, à f. 19 dos autos em epígrafe.

Mediante a prolatação da r. sentença monocrática de f. 140/142, o nobre Magistrado singular a quo julgou procedentes os pedidos exordiais.

Em seu apelo de f. 147/151, o réu, ora apelante, pugnou pela reforma parcial da r. sentença monocrática ora vergastada, sob o fundamento de que o valor da condenação ao qual o mesmo faz jus deve ser reajustado de R\$6.000,00 (seis mil reais) para R\$30.000,00 (trinta mil reais); que os pais dele trabalharam naquelas terras por mais de 30 (trinta) anos; que, com isso, realizaram inúmeras plantações no local, sendo que o mesmo trabalhou como caseiro para o autor, ora apelado; que uma das melhorias realizadas no local foi a construção de um banheiro em anexo à morada do mesmo; que as testemunhas ouvidas nos autos não tinham qualquer conhecimento técnico para avaliar o valor das benfeitorias que fez no local, e tampouco do trabalho e do gasto para a manutenção de um sítio; que no local existiam 38 (trinta e oito) pés de banana, sem contar as mudas novas; 110 (cento e dez) pés de milho, irrigados; 11 (onze) pés de laranja, 3 (três) pés de limão, 2 (dois) pés de manga, 30 (trinta) pés de cana-de-açúcar, 4 (quatro) pés de goiaba, 10 (dez) coqueiros, 1 (um) pé de abacate, 2 (dois) pés de acerola, 15 (quinze) unidades de quiabo, 20 (vinte) unidades de inhame, 100 (cem) unidades de mandioca, perfazendo um total de 350 (trezentos e cinquenta) unidades de plantas diversificadas; que se encontram no local, ainda, 20 m² (vinte metros quadrados) de plantações de feijão e 17m² (dezesete metros quadrados) de abóbora.

Não houve preparo, visto que o réu, ora apelante, litiga sob o pálio da gratuidade da justiça.

Não houve contrarrazões por parte do autor, ora apelado (f. 152-v.), ainda que o mesmo tenha sido devidamente intimado a tanto (f. 152).

É o relatório.

Conheço do recurso, porque presentes os requisitos de sua admissibilidade.

Não havendo preliminares a serem examinadas, adentro o mérito da questão posta à minha apreciação.

Compulsando detidamente o feito em epígrafe, vejo que nenhuma razão assiste ao réu, ora apelante, no que concerne à sua recalcitrância em relação ao valor da indenização arbitrada em seu proveito na r. sentença monocrática ora vergastada. Senão, vejamos.

Inicialmente, anoto que é irrelevante, para fins de valoração da indenização que lhe foi deferida na r. sentença monocrática ora vergastada, a alegação de que os pais do réu e ele próprio trabalharam para os pais do autor e/ou em prol deste último, já que, se assim o fizeram, pressupõe-se que receberam remuneração

para tanto (uma vez que não há nenhuma notícia nestes autos de ajuizamento de ação trabalhista por parte dos mesmos, para cobrar dos proprietários do imóvel verbas laborais eventualmente inadimplidas) e, mesmo que assim não seja, deve-se considerar que os mesmos tenham assim procedido em retribuição ao fato de morarem gratuitamente por anos em casa a eles destinada naquele local.

Quanto à alegação de que foi reduzido e injustificado o valor da indenização arbitrada ao réu, ora apelante, pelas benfeitorias que realizou no local, é dizer, R\$ 6.000,00 (seis mil reais), devendo o valor das mesmas, em seu entendimento, ser reajustado para R\$30.000,00 (trinta mil reais), observo que, na contestação de f. 22/32, o ora recorrente não fez qualquer estimativa a tal respeito, limitando-se a requerer a realização de perícia técnica no local para avaliá-las.

Contudo, quando da realização da audiência, ocorrida em 03.10.2013, o réu, ora apelante, manteve-se absolutamente silente e inerte no que tange à realização da prova pericial em comento, concordando tacitamente que os autos fossem conclusos para sentença, razão pela qual se pode entender que desistiu da produção da mesma.

Em relação aos pés e mudas de frutas, legumes e vegetais que, em seu recurso ora sob exame, alega estarem plantados no entorno do local onde reside, observo que ele nada mencionou a respeito na contestação supramencionada, razão pela qual a alegada existência de 350 (trezentos e cinquenta) unidades de plantas diversificadas no imóvel não passa de mera alegação desprovida de comprovação, mesmo porque as testemunhas ouvidas nestes autos, e as fotografias de f. 81/87, não corroboram a existência de tal quantidade de unidades plantadas em tal roçado (limitando-se a afirmar ou demonstrar a existência no local de apenas alguns pés de bananas, laranjas, cana-de-açúcar e coco).

Por fim, quanto à alegação de que as testemunhas ouvidas nos autos não dispunham de conhecimento técnico para estimar o valor das benfeitorias no local, malgrado o que foi observado alhures sobre a inércia do réu, ora apelante, acerca da realização da prova pericial necessária a avaliação das mesmas, é perfeitamente razoável inferir que o ora recorrido simplesmente transferiu ao Magistrado singular a quo o ônus de fazer a estimativa a respeito a seu talante, salientando-se que os depoentes ouvidos residem na vizinhança daquele local, razão pela qual devem ter algum conhecimento, ainda que empírico, sobre o valor de tais melhoramentos naquela região.

Ora, se as estimativas das testemunhas acerca de tais benfeitorias variaram entre R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) a R\$ 10.000,00 (dez mil reais), e, de acordo com o estado e os materiais empregados na construção da moradia do ora recorrente que nos reporta a fotografia de f. 81, entendo que o valor de R\$ 6.000,00 (seis mil reais) arbitrado pelo douto Juízo singular a quo é válido, razoável e suficiente para indenizar o réu, ora apelante, quanto a elas.

Dessarte, pelas razões acima expostas, mantendo a r. sentença monocrática de f. 140/142 por seus próprios fundamentos, nego provimento ao apelo de f. 147/151.

Custas recursais, pelo réu, ora apelante, suspensa, contudo, a sua exigibilidade, visto que o mesmo litiga sob o pálio da gratuidade da justiça.

É como voto.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES LUIZ CARLOS GOMES DA MATA e NEWTON TEIXEIRA CARVALHO.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

...

Renajud - Prontuário do veículo - Lançamento de impedimento - Execução de título extrajudicial - Preexistência de gravame - Cláusula de alienação fiduciária - Possibilidade de coexistência das restrições

Ementa: Agravo de instrumento. Ação de execução de título extrajudicial. Lançamento de impedimento no prontuário do veículo. Possibilidade. Decisão mantida. Recurso negado.

- O sistema Renajud e os demais convênios celebrados entre o Poder Judiciário e demais órgãos da Administração Pública têm por objetivo garantir maior celeridade e efetividade às decisões judiciais.

- Não existe qualquer impedimento à utilização do sistema Renajud para o lançamento de restrições de transferência, licenciamento e circulação de veículos. Nessas hipóteses, a inscrição de impedimento do prontuário do automóvel irá constituir um instrumento adequado para garantir maior efetividade ao provimento jurisdicional.

- V.v.: - Segundo definição constante do sítio eletrônico do CNJ, o Renajud é um sistema *on-line* de restrição judicial de veículos criado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que interliga o Judiciário ao Departamento Nacional de Trânsito (Denatran). A ferramenta eletrônica permite consultas e envio, em tempo real, à base de dados do Registro Nacional de Veículos Automotores (Renavam), de ordens judiciais de restrições de veículos - inclusive registro de penhora - de pessoas condenadas em ações judiciais (Des. José Marcos Rodrigues Vieira - Segundo Vogal vencido).

- O próprio gravame fiduciário já existente, constante do registro, é suficiente para dar publicidade à inalienabilidade do veículo, evitando também que seja alienado a terceiros sem o assentimento do credor fiduciário, o que esvazia de sentido a restrição imposta via sistema Renajud.

AGRAVO DE INSTRUMENTO CÍVEL Nº 1.0000.16.017524-6/001 - Comarca de Juiz de Fora - Agravante: Banco Volkswagen S.A. - Agravada: Fernanda Freire Leite - Relator: DES. PEDRO ALEIXO

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 16ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em DAR PROVIMENTO AO AGRAVO DE INSTRUMENTO.

Belo Horizonte, 29 de agosto de 2016. - *Pedro Aleixo* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. PEDRO ALEIXO - Trata-se de recurso de agravo de instrumento interposto por Banco Volkswagen S.A. contra a r. decisão proferida nos autos da ação de busca e apreensão em que contende com Livia Meleiro Carvalho, que indeferiu o pedido formulado pelo autor/agravante, objetivando o lançamento de impedimento no prontuário do veículo, via sistema Renajud.

O agravante sustenta ser necessária a reforma da r. decisão agravada, sob o fundamento de que a restrição judicial de lançamento de impedimento no prontuário do veículo de titularidade do agravado se mostra imprescindível a esta demanda, visto ser mais uma ferramenta estatal para garantir a efetividade do processo e facilitar a localização do veículo a ser apreendido.

Ressalta que, apesar de já inserida a cláusula de alienação fiduciária no prontuário do veículo, a inscrição via Renajud não importa os mesmos efeitos daquela, uma vez que mais abrangentes os efeitos desta, na medida em que inviabiliza a circulação do veículo em todo território nacional.

Pugna pela concessão do efeito suspensivo/ativo.

O recurso foi recebido somente no efeito devolutivo.

Ausente contraminuta.

Preparo devidamente realizado (doc. de ordem nº 2).

É o relatório.

Conheço do recurso, presentes os pressupostos objetivos e subjetivos de admissibilidade.

De início, necessário mencionar que, reposicionando-me sobre a matéria, passei a adotar o entendimento de que não há qualquer óbice para a inscrição de impedimento no prontuário do automóvel, até porque irá constituir um instrumento adequado para garantir maior efetividade ao provimento jurisdicional.

Sobre o tema, confira-se jurisprudência do STJ, que se posiciona pela utilização do sistema Renajud para lançamento de restrições, ainda que o veículo não tenha sido encontrado, ou mesmo, nos casos de execução, não tenha sido formalizada a penhora, para prevenir eventual fraude à execução:

Processual civil. Execução fiscal. Decreto de indisponibilidade de veículo automotor registrado em nome do executado.

Possibilidade. Não localização do veículo para fins de penhora ou arresto. Irrelevância. 1. Em conformidade com o art. 185-A do Código Tributário Nacional, é possível que seja ordenado ao órgão de trânsito competente o bloqueio de automóvel de propriedade do executado para prevenir eventual fraude à execução, mesmo que ainda não tenha havido a formalização da penhora do veículo automotor. Com efeito, é possível o decreto de indisponibilidade de veículo automotor registrado em nome do executado, mesmo que o veículo ainda não tenha sido encontrado e, justamente por sua não localização, esteja inviabilizada a penhora ou arresto. De modo a viabilizar futura garantia da execução, bem como sua efetividade perante terceiros, determina-se a indisponibilidade do veículo junto ao Detran. 2. O sistema Renajud é uma ferramenta eletrônica que interliga o Poder Judiciário e o Departamento Nacional de Trânsito - Denatran, possibilitando consultas e o envio, em tempo real, de ordens judiciais eletrônicas de restrição e de retirada de restrição de veículos automotores na Base Índice Nacional (BIN) do Registro Nacional de Veículos Automotores - Renavam. O sistema Renajud permite o envio de ordens judiciais eletrônicas de restrição de transferência, de licenciamento e de circulação, bem como a averbação de registro de penhora de veículos automotores cadastrados na Base Índice Nacional (BIN) do Registro Nacional de Veículos Automotores - Renavam. 3. No caso concreto, o Estado de Mato Grosso do Sul requereu a expedição de ofício ao Detran local, requisitando o imediato bloqueio na transferência do veículo registrado em nome da executada, ora recorrida. 4. Recurso especial provido (REsp 1151626/MS - Relator: Ministro Mauro Campbell Marques - Segunda Turma - j. em 17.02.2011 - DJe de 10.03.2011).

O que se busca com o sistema Renajud e os demais convênios celebrados entre o Poder Judiciário e órgãos da Administração Pública é garantir maior celeridade e efetividade às decisões judiciais. Logo, não se mostra cabível a injustificada limitação do campo de atuação de tais instrumentos, sobretudo quando evidenciada a sua eficácia.

Pelo exposto, dou provimento ao agravo de instrumento para autorizar o lançamento da restrição de circulação no veículo apontado pelo sistema Renajud.

Custas ao final do processo, pela parte sucumbente.

DES. OTÁVIO DE ABREU PORTES - De acordo com o Relator.

DES. JOSÉ MARCOS RODRIGUES VIEIRA - Ouso divergir do eminente Des. Relator.

A controvérsia recursal se restringe a averiguar a possibilidade ou não de se utilizar o sistema Renajud como meio de bloqueio judicial, para impor restrição total de impedimento de circulação de veículo gravado fiduciariamente, quando não encontrado o bem pelo credor na ação de busca e apreensão.

Inicialmente, é preciso esclarecer que o Renajud assim como o Bacenjud são mecanismos eletrônicos que se destinam à consulta e ao envio de ordens judiciais de restrição, como meios de facilitar e efetivar a execução.

De acordo com informações do CNJ (Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-de-a-a-z/sistemas/renajud>>), o Renajud é ferramenta eletrônica criada pelo Conselho Nacional de Justiça que interliga

o Poder Judiciário ao Departamento Nacional de Trânsito (Denatran), permitindo consultas e envio de ordens judiciais de restrições de veículos - inclusive registro de penhora - de pessoas condenadas em ações judiciais.

A grande vantagem trazida pelo sistema Renajud, sem dúvida, é que as restrições nele lançadas permitem ao Magistrado a imediata inclusão de impedimentos sobre veículos objeto de ações judiciais, prescindindo-se do envio de ofícios ou requisições ao Departamento de Trânsito.

No caso em tela, a decisão ora atacada indeferiu o pedido de lançamento de impedimento via Renajud, uma vez que o bem é objeto de alienação fiduciária.

Em análise acurada dos autos, e após profunda reflexão sobre o tema, entendo que acertada a decisão que não permitiu o bloqueio do veículo ante o fato de que o bem já se encontra gravado com garantia fiduciária, sendo, portanto, considerado inalienável.

Nesse sentido, o entendimento deste Tribunal:

Agravo de instrumento. Ação de busca e apreensão. Ofício ao Detran via Renajud. Bloqueio judicial do bem. Desnecessidade. Recurso conhecido e provido. - É descabida a pretensão de anotação de restrição judicial, junto ao Detran, via Renajud, de veículo objeto de contrato de alienação fiduciária, tendo em vista que, constando o gravame de arrendamento mercantil de seu registro, já existe sobre o bem o ônus da inalienabilidade, esvaziando o proveito da tutela requerida (TJMG - Agravo de Instrumento Cível 1.0024.09.662160-2/004 - 0634922-64.2012.8.13.0000 - Relator: Des. Marcos Lincoln - j. em 14.11.2012 - p. em 23.11.2012).

Processo civil. Agravo de instrumento. Ação de busca e apreensão com garantia de alienação fiduciária. Impedimento judicial. Sistema Renajud. Impossibilidade. - O sistema Renajud foi desenvolvido a partir de um acordo de cooperação técnica entre o Conselho Nacional de Justiça, o Ministério das Cidades e o Ministério da Justiça, buscando interligar o Poder Judiciário e o Denatran, a fim de possibilitar consulta e envio de ordens judiciais eletrônicas de restrição de veículos. - Tratando-se de alienação fiduciária o lançamento de restrição judicial sobre o veículo que se encontra na posse direta da devedora fiduciante não produz nenhum resultado útil, notadamente pelo fato de que o automóvel já possui gravame, que impede a transferência do veículo, sem a anuência do credor fiduciário. Igualmente, ocorre com o lançamento de impedimento de circulação, pois inexistente previsão legal que possibilite aos empregados do Detran a apreensão de veículos, sendo, portanto, inócua tal medida (TJMG - Agravo de Instrumento Cível 1.0123.10.037641-7/001 1083277 - 40.2012.8.13.0000 - Relator: Des. Luiz Artur Hilário - j. em 15.01.2013 - p. em 21.01.2013).

A própria 16ª Câmara Cível já se manifestou a respeito:

Direito processual civil. Agravo de instrumento. Ação de busca e apreensão de bem dado em garantia fiduciária. Veículo não localizado. Inclusão de restrição judicial. Renajud. Desnecessidade. Impossibilidade. 1. Segundo definição constante do sítio eletrônico do CNJ, o Renajud é um sistema on-line de restrição judicial de veículos criado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que interliga o Judiciário ao Departamento Nacional de Trânsito (Denatran). A ferramenta eletrônica permite consultas e envio, em tempo real, à base de dados

do Registro Nacional de Veículos Automotores (Renavam), de ordens judiciais de restrições de veículos - inclusive registro de penhora - de pessoas condenadas em ações judiciais. 2. O próprio gravame fiduciário já existente, constante do registro, é suficiente para dar publicidade à inalienabilidade do veículo, evitando também que seja alienado a terceiros sem o assentimento do credor fiduciário, o que esvazia de sentido a restrição imposta via sistema Renajud (Agravo de Instrumento Cível 1.0701.12.042989-2/001 - Relator: Des. Otávio Portes - 16ª Câmara Cível - j. em 10.04.2014 - p. em 28.04.2014).

Além do mais, vale ressaltar que o gravame fiduciário registrado é suficientemente idôneo a dar publicidade acerca da inalienabilidade do veículo, motivo pelo qual, como já asseverado, a restrição imposta na origem, via Renajud, torna-se desnecessária.

Ademais, vale dizer que a busca e apreensão movida pelo credor, ora agravante, tem por fim a reintegração da posse do bem, não se tratando de execução em que se poderia buscar o valor do bem, quando justificável, em tese, a utilização do sistema eletrônico Renajud.

Tanto é assim que o Decreto-lei 911/69 prevê, expressamente, em seu art. 5º a opção, a ser feita pelo credor, de ajuizar ação executiva para que ocorra a penhora dos bens do devedor de modo a assegurar a execução:

Art. 5º Se o credor preferir recorrer à ação executiva direta ou a convertida na forma do art. 4º, ou, se for o caso, ao executivo fiscal, serão penhorados, a critério do autor da ação, bens do devedor quantos bastem para assegurar a execução.

Importante salientar também que a imposição de restrição à circulação do veículo, como pretendido pelo agravante, não encontra suporte legal, por ausência de previsão expressa em lei, pois não se pode pretender a atuação da Polícia Judiciária ou Militar no interesse privado do credor, o que se mostra descabido.

Por tais razões, renovando vênias ao douto Relator, nego provimento ao agravo e mantenho incólume a decisão de primeiro grau.

Súmula - DERAM PROVIMENTO AO AGRAVO DE INSTRUMENTO, VENCIDO O SEGUNDO VOGAL.

...

Procedimento de jurisdição voluntária - Retificação do registro de casamento - Modificação do regime de bens - Possibilidade - Art. 1.639, § 2º, do Código Civil - Fundamentação suficiente - Boa-fé dos cônjuges - Idoneidade das partes - Ausência de ofensa a direito de terceiros - Retificação determinada

Ementa: Apelação cível. Procedimento de jurisdição voluntária. Retificação do registro casamento. Modificação do regime de bens. Possibilidade. Fundamentação suficiente.

- Nos termos do art. 1.639, § 2º, do Código Civil, “é admissível alteração do regime de bens, mediante autorização judicial em pedido motivado de ambos os cônjuges, apurada a procedência das razões invocadas e ressalvados os direitos de terceiros”.

- Comprovada a alegada justificativa para modificação do regime de bens, associada ao fato de o pleito de retificação do regime de bens ter sido apresentado poucos meses após a celebração do matrimônio, o que corrobora a boa-fé dos cônjuges, além de ter sido demonstrada a inexistência, até então, de qualquer situação que possa vir a comprometer a idoneidade das partes e a legitimidade do pleito em questão, porquanto não caracterizada qualquer ofensa a direito de terceiros, deve ser provido o recurso para reformar a sentença e determinar a retificação do registro de casamento dos apelantes, com a substituição do regime de separação de bens pelo regime da comunhão parcial de bens.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0231.11.019097-3/001 - Comarca de Ribeirão das Neves - Apelante: Istalino Ramos e outra, Enedina Maria dos Santos Silva - Relatora: DES.ª YEDA ATHIAS

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 6ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em DAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 26 de abril de 2016. - Yeda Athias - Relatora.

Notas taquigráficas

DES.ª YEDA ATHIAS - Cuida-se de apelação cível em face da sentença de f. 48, proferida pelo MM. Juiz da 1ª Vara Cível da Comarca de Ribeirão das Neves, que, nos autos do procedimento de retificação de registro civil proposto por Istalino Ramos e Enedina Maria dos Santos, ora apelantes, visando à modificação do regime de casamento de separação de bens para comunhão parcial de bens, julgou improcedente o pedido.

Em razões de f. 52/57, os recorrentes destacam que

o processo foi distribuído em 28.07.2011, e houve apenas 05 despachos (f. 19, 22, 28, 33, 46), todos atendidos a tempo e modo pelos autores, sendo que o IRMP apresentou parecer em 08.11.2013, ficando o processo parado por 02 (dois) longos anos, advindo a fatídica sentença em 04.08.2015, julgando improcedente o pedido, sem que houvesse um mínimo relatório e fundamentação, tomando por base o parecer ministerial, para julgar improcedente o pedido.

Alegam que o pedido inicial possui respaldo legal, restando manifesta a boa-fé e a livre e espontânea vontade de ambos os cônjuges. Salientam que a escolha pelo regime de separação, no momento da celebração do matrimônio, se deu equivocadamente, porquanto leigos os recorrentes, sendo ainda induzidos a erro pelo Tabelião.

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça às f. 66/67, opinando pelo desprovemento do recurso.

É o relatório.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

A questão controvertida, submetida à análise desta Corte revisora, consiste em verificar a possibilidade de os recorrentes, casados em 04.03.2011, substituírem o regime de separação de bens, então adotado, pelo regime de comunhão parcial.

A prerrogativa encontra respaldo no § 2º do art. 1.639 do Código Civil, *verbis*:

Art. 1.639 (*omissis*)

[...]

§ 2º É admissível alteração do regime de bens, mediante autorização judicial em pedido motivado de ambos os cônjuges, apurada a procedência das razões invocadas e ressalvados os direitos de terceiros.

Sobre o tema, destaco ainda a lição dos Professores Arnoldo Wald e Priscila M. P. Corrêa da Fonseca:

A lei também é omissa quanto aos critérios que deverão nortear a decisão do julgador, fazendo menção apenas e tão somente à necessidade de respeito aos direitos de terceiros. Assim, embora sejam os cônjuges livres para acordar acerca do regime de bens que melhor lhes convier, tal modificação não poderá acarretar prejuízos a terceiros, mormente credores, hipótese em que deverá o juiz denegar a alteração pleiteada. Ademais, o juiz, ao analisar a pretensão dos cônjuges, deverá constatar a presença dos requisitos da probidade e boa-fé (*Direito civil: direito de família*. 18. ed. reform. São Paulo: Saraiva, 2013, v. 5, p. 166).

No caso em exame, os cônjuges se casaram em 04.03.2011 - f. 10, tendo, à época, optado pelo regime de separação de bens.

Afirmam, no entanto, que a escolha foi equivocada, porquanto decorrente de erro substancial sobre a matéria.

Para tanto aduzem que a apelante, sendo viúva, apresentou as respectivas certidões de casamento e óbito do então marido, todavia, por ignorância do tema, ao ser questionada pelo funcionário do cartório sobre a existência de bens da união pretérita, informou “possuir um imóvel”. O tabelião, sem a devida averiguação dos fatos, disse que seria necessário o prévio inventário, ou, ainda, que se celebrasse o casamento pelo regime de separação total de bens. As partes, portanto, manifestaram-se pela submissão ao regime de separação.

Asseveram, todavia, que o imóvel não pertencia ao falecido marido da apelante, tendo-o ela adquirido em nome próprio, após a extinção do primeiro matrimônio.

Pois bem.

Da análise do conjunto probatório dos autos, penso que a tese autoral deve ser acolhida.

As certidões de f. 11 e 12 demonstram que a apelante Enedina foi casada com o Sr. Geraldo Luiz Pereira no período de 08.11.1981 até 07.07.1988, quando este veio a óbito, sem deixar bens a inventariar.

A minuta de contrato de f. 39/41, por sua vez, acusa a intenção de compra de um imóvel pela apelante em 2005.

Em 04.03.2011, os recorrentes contraíram núpcias, fazendo constar na certidão a opção pelo regime de separação total de bens.

Já em 27.07.2011, ou seja, 04 meses após o matrimônio, distribuíram a presente demanda, solicitando a retificação do registro.

Ora, a inexistência de bens a inventariar do primeiro marido da apelante, associada ao fato de o pleito de retificação do regime ter sido apresentado poucos meses após a celebração desse novo matrimônio, corrobora a boa-fé dos cônjuges.

Devem ser ainda consideradas as certidões negativas emitidas em nome de ambos pela Secretaria de Segurança Pública do Estado (f. 13/14), pelo Cartório de Registro de Imóveis da Comarca de Ribeirão das Neves (f. 15/16), bem como por este Tribunal de Justiça - feitos cíveis (f. 25/26), evidenciando a inexistência, até então, de qualquer situação que possa vir a comprometer a idoneidade das partes e a legitimidade do pleito em questão, porquanto não caracterizada qualquer ofensa a direito de terceiros.

Dessarte, afigurando-se suficiente a fundamentação do pedido, nos termos do § 2º do art. 1.639 do Código Civil, deve ser este acolhido, para autorizar a retificação do registro, substituindo-se o regime de casamento de separação de bens para o da comunhão parcial de bens.

Nesse sentido, já se manifestou este TJMG:

Apelação cível. Direito de família. Casamento. Regime de bens. Alteração. Possibilidade. Observância do § 2º do art. 1.639 do Novo Código Civil. A alteração do regime, mesmo após a escolha dos nubentes, passou a ser permitida, a qualquer momento, porém, condicionada ao pedido motivado dos interessados, e, ainda, ressalvados os direitos de terceiros. Tendo sido o pedido formulado, motivadamente, por ambos os cônjuges, inexistindo prejuízo aos envolvidos e a terceiros, a alteração do regime de bens se mostra possível (TJMG - Apelação Cível nº 1.0024.14.238541-8/001, Relator: Des. Moreira Diniz, Relator para o acórdão: Des. Dárcio Lopardi Mendes, 4ª Câmara Cível, j. em 25.06.2015, p. em 02.07.2015).

Apelação cível. Pedido de alteração do regime de bens. Possibilidade, desde que atendidos os requisitos do art. 1.639, § 2º, do Código Civil. Motivação pertinente. Casamento realizado no exterior. Regime da separação de bens impositivo. Causa impeditiva da adoção do regime pretendido. Inocorrência. Recurso provido. Segundo jurisprudência predominante neste Sodalício, é possível a alteração de regime de bens do casamento, desde que verificados, concomitantemente, os requisitos do art. 1.639, § 2º, do novo Código Civil. Assim, verificado motivo razoável para a modificação pretendida, a procedência do pedido é medida que se impõe (TJMG - Apelação Cível nº 1.0114.12.002775-9/001, Relator: Des. Armando Freire, 1ª Câmara Cível, j. em 10.03.2015, p. em 18.03.2015).

Por fim, considerando-se que a demanda foi proposta tão logo celebrado o casamento, sendo a longa espera de mais de quatro anos para deliberação do pleito pelo Magistrado atribuída exclusivamente à morosidade do Poder Judiciário, entendo cabível que os efeitos desta decisão retroajam à data do matrimônio.

Nesse diapasão, comprovada a alegada justificativa para modificação do regime de bens, associada ao fato de o pleito de retificação do regime de bens ter sido apresentado poucos meses após a celebração do matrimônio, o que corrobora a boa-fé dos cônjuges, além de ter sido demonstrada a inexistência, até então, de qualquer situação que possa vir a comprometer a idoneidade das partes e a legitimidade do pleito em questão, porquanto não caracterizada qualquer ofensa a direito de terceiros, deve ser provido o recurso para reformar a sentença e determinar a retificação do registro de casamento dos apelantes, com a substituição do regime de separação de bens pelo regime da comunhão parcial de bens.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso para reformar a sentença e acolher o pedido inicial, determinando a retificação do registro de casamento dos apelantes, com a substituição do regime de separação de bens pelo regime da comunhão parcial de bens, aplicando-se os efeitos desde a data do matrimônio - 04.03.2011 (f. 10).

Sem custas.

Votaram de acordo com a Relatora os DESEMBARGADORES AUDEBERT DELAGE e EDILSON FERNANDES.

Súmula - DERAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Alienação de bens imóveis após a penhora - Imóvel residencial - Único imóvel resguardado - Bem de família - Impenhorabilidade - Lei 8.009/90 - Insolvência por equiparação - Fraude à execução - Ineficácia da alienação

Ementa: Agravo de instrumento. Alienação do imóvel após a penhora. Fraude à execução configurada. Bem de família.

- Nos termos da reiterada jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, para a caracterização da fraude de execução prevista no art. 593, inciso II, do CPC, ressalvadas as hipóteses de constrição legal, necessária a demonstração de dois requisitos: (i) que, ao tempo da alienação/onerção, esteja em curso uma ação, com citação válida; (ii) que a alienação/onerção, no curso da demanda, seja capaz de reduzir o devedor à insolvência.

- O devedor que aliena seus imóveis resguardando apenas o bem de família, protegido pela impenhorabilidade, torna-se insolvente por equiparação, uma vez que não será possível a constrição do referido imóvel para solver a dívida.

AGRAVO DE INSTRUMENTO CÍVEL Nº 1.0313.14.020489-9/002 - Comarca de Ipatinga - Agravante: Paulo José Lopes - Agravado: Ademir Raimundo de Souza - Relator: DES. TIAGO PINTO

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 15ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 9 de junho de 2016. - *Tiago Pinto*
- Relator.

Notas taquigráficas

DES. TIAGO PINTO - Paulo José Lopes agrava da decisão de f. 138/139-TJ, que, nos autos da execução ajuizada em seu desfavor por Ademir Raimundo de Souza, declarou a ocorrência de fraude à execução e a consequente ineficácia da alienação dos imóveis registrados, sob as matrículas M-19.998 e M-19.987, no Cartório de Registro de Imóveis de Ipatinga/MG.

O agravante alega, basicamente, que não é insolvente e que a declaração de fraude à execução é equivocada, já que teria ofertado o imóvel registrado na matrícula M-16.632 do CRI de Ipatinga/MG, para garantia da execução. Disso decorreria a impossibilidade de se entender pela existência de alienação fraudulenta.

Conforme despacho às f. 149/150, o recurso foi recebido apenas no efeito devolutivo.

Informações prestadas pelo Juiz *a quo* às f. 156/157. Contrarrazões às f. 162/165.

É o relatório.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conhece-se do recurso.

Estabelecia o art. 593 do Código de Processo Civil/1973:

Art. 593. Considera-se em fraude de execução a alienação ou oneração de bens:

- I - quando sobre eles pender ação fundada em direito real;
- II - quando, ao tempo da alienação ou oneração, corria contra o devedor demanda capaz de reduzi-lo à insolvência;
- III - nos demais casos expressos em lei.

Nos termos da reiterada jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça,

a fraude à execução, nos termos do art. 593, inciso II, do Código de Processo Civil, exige que, ao tempo da alienação ou oneração, haja ação judicial capaz de reduzir o devedor à insolvência, ocorrida citação válida (AgRg no Ag 1326564/SP - Relator: Ministro Benedito Gonçalves - Primeira Turma - j. em 11.09.2012 - DJe de 17.09.2012).

O inciso II do art. 593 do CPC estabelece uma presunção relativa da fraude, que beneficia o autor ou exequente, razão pela qual é da parte contrária o ônus da prova da inocorrência dos pressupostos da fraude de execução (REsp 655000/SP - Relatora: Ministra Nancy Andrighi - Terceira Turma - DJ de 27.02.2008).

Ao exame dos autos, observa-se que a ação de execução movida por Ademir Raimundo de Souza em desfavor de Paulo José Lopes foi ajuizada em 16.12.2013. Em decisão proferida em 29.05.2015, o Juiz *a quo* deferiu a penhora de 50% de cada um dos três imóveis de propriedade do executado Paulo José. A referida decisão foi publicada em 09.06.2015 (f. 103-TJ).

Em 10.06.2015, foi lavrado o termo de penhora (f. 105-TJ).

Em 16.06.2015, o ora agravante e GR Assessoria e Consultoria Ltda. firmaram contrato de compra e venda de dois dos três imóveis penhorados. Assim, no momento da alienação, o agravante tinha plena consciência de que os referidos imóveis estavam penhorados para garantia da dívida que possui com Ademir Raimundo.

O agravante pontua que, com a alienação dos referidos imóveis, não foi reduzido à insolvência, pois requereu a penhora sobre o imóvel localizado

na Rua Minerais nº 150 Bairro Iguaçu, Matrícula nº M-16.632 do CRI da Comarca de Ipatinga/MG, em sua integralidade [...]. Foram também juntadas, a título de comprovação de que o imóvel ofertado em sua totalidade é mais que suficiente para a garantia da ação de execução, duas avaliações extrajudiciais, sendo uma no valor de R\$850.000,00 [...] e a outra no valor de R\$900.000,00 [...].

Ora, apesar da existência do referido imóvel com valor superior à dívida, como ele seria o único que o agravante possuiria em caso de manutenção da alienação dos outros dois imóveis, há probabilidade de ser considerado bem de família e, por isso, tornar-se-ia impenhorável, e o credor não teria seu crédito adimplido:

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.

Dessa forma, apesar de não ter se tornado formalmente insolvente, por equiparação é considerado insolvente, pois o único imóvel restante não poderá ser utilizado para solver a dívida, pois será considerado bem de família. Com isso, a alegação de não ter se tornado insolvente não se sustenta.

Por fim, importa ressaltar que, muito embora a Súmula nº 375/STJ proteja os terceiros de boa-fé, a análise exclusivamente centralizada na configuração de má-fé, real ou presumida, decorrente da publicidade do registro da penhora, acaba por igualar a fraude à execução à fraude contra credores, institutos sabidamente distintos.

Conclui-se que a má-fé presume-se pela aplicação da norma legal; assim, enquanto atos praticados em fraude contra credores são anuláveis, aqueles perpetrados em fraude de execução classificam-se como ineficazes. Os primeiros são, pois, desconstituídos, e os últimos declarados inexistentes.

O caso ora analisado mostra que, por vezes, a análise da controvérsia não deve passar necessariamente pela comprovação irrefutável da ocorrência de má-fé de terceiros, mas deve centrar-se na conduta do próprio executado, sobretudo na sua capacidade de solver a dívida mesmo depois do ato de alienação.

Não reconhecer a execução fraudada em situações como a dos autos, apenas porque não houve registro de penhora, se não se tem provas irrefutáveis de má-fé do adquirente do imóvel, é instaurar precedentes para que ocorram negócios reduzindo o devedor à insolvência e impossibilitando a satisfação do crédito do exequente, que, também, ressalte-se, age de boa-fé.

Sendo assim, nega-se provimento ao recurso, mantendo a decisão integralmente.

Custas, pelo agravante.

DES.^a MÔNICA LIBÂNIO ROCHA BRETAS - Acompanho, na íntegra, o voto proferido pelo eminente Relator.

Nos termos do art. 14 do atual Código de Processo Civil,

A norma processual não retroagirá e será aplicável imediatamente aos processos em curso, respeitados os atos processuais praticados e as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da norma revogada.

Com efeito, entendo que norma processual que passou a vigorar no dia 18 de março de 2016 deve ser aplicada aos recursos pendentes de julgamento.

Não obstante, a discussão travada no presente recurso diz respeito a atos processuais praticados sob a égide do antigo diploma normativo, cuja regularidade, portanto, deve ser avaliada à luz desse regramento.

DES. CARLOS HENRIQUE PERPÉTUO BRAGA - De acordo com o Relator.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Ação de cobrança c/c indenização - Sistema de pirâmide financeira - Ilegalidade do objeto - Nulidade do negócio jurídico - Impossibilidade de pretensão de ressarcimento - Danos materiais e morais - Não configuração

Ementa: Apelação cível. Cobrança c/c indenização. Sistema de pirâmide financeira. Ilegalidade do objeto. Nulidade do negócio jurídico. Danos materiais e morais não configurados.

- É indevida a indenização por danos materiais e/ou morais, pretendida pelo autor, aderente ao sistema de pirâmide financeira, por se tratar de negócio jurídico nulo, nos termos do art. 166, II e VI, do Código Civil, em

razão da ilicitude do objeto e por força do que dispõe o art. 2º, IX, da Lei nº 1.521/51 - Lei dos Crimes contra a Economia Popular.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0145.13.020494-7/001
- Comarca de Juiz de Fora - Apelante: Eva Rosário Paulino - Apelados: Omnia - Serviços Publicitários e Representações Ltda., Mister Colibri do Brasil e outros - Relator: DES. NEWTON TEIXEIRA CARVALHO

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 13ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 23 de junho de 2016. - Newton Teixeira Carvalho - Relator.

Notas taquigráficas

DES. NEWTON TEIXEIRA CARVALHO - Trata-se de recurso de apelação interposto por Eva Rosário Paulino, nos autos da ação de indenização por dano moral c/c cobrança, ajuizada em desfavor de Mister Colibri do Brasil e outros, cujo pedido foi julgado improcedente, condenando a parte autora ao pagamento das custas e honorários advocatícios, arbitrados em R\$1.000,00 (mil reais), estando suspensa a sua exigibilidade, pois a parte litiga sob o pálio da justiça gratuita.

A parte autora interpôs recurso de apelação às f. 150/164, sustentando, em síntese, ter perdido seu tempo e dinheiro ao aderir ao contrato, tendo, portanto, requerido a reforma da sentença para que as rés sejam condenadas ao pagamento dos créditos e da indenização por dano moral.

Não foram apresentadas contrarrazões.

É o relatório. Decido.

Conheço do recurso, tempestivo, dispensado de preparo, por litigar a recorrente sob o pálio da assistência judiciária. Presentes os pressupostos de admissibilidade exigidos pela lei processual civil.

Cinge-se a controvérsia à associação, por parte da autora, a um plano de *marketing* de uma rede apresentada pelos réus, ficando acordado que seria possível ganhar dinheiro assistindo, semanalmente, vídeos de diversas marcas.

Arguiu a recorrente que aderiu, mediante o pagamento em dinheiro, aos serviços oferecidos pelos réus, e que estes, por sua vez, não cumpriram com a obrigação assumida quando mudaram, de maneira arbitrária, as regras contratuais, dificultando a compensação monetária decorrente da adesão de outras pessoas ao produto, a partir da indicação da apelante, assim como inviabilizaram a possibilidade de aquisição de produtos e serviços por um preço diferenciado no mercado, com o devido pagamento em moedas virtuais, denominadas LPs e ELPs.

Requer, portanto, a condenação da parte ré para restituir à autora o valor de R\$960,00 (novecentos e sessenta reais), referente às LPs, creditadas na conta dela e não pagas, e à indenização por danos morais, no valor de R\$30.000,00 (trinta mil reais).

Em defesa, a ré Mister Colibri do Brasil alega, preliminarmente, carência de ação, por ilegitimidade passiva, e a inépcia decorrente da impossibilidade jurídica do pedido, bem como a decadência, com base no art. 49 do CDC.

No mérito, afirma que a empresa não se assemelha à “pirâmide financeira”, embora confira a seus clientes bonificações. Ademais, ao se ver prejudicada por terceiros de má-fé, foi obrigada a adaptar suas práticas, o que não prejudicou ninguém, pois foi dada a possibilidade de desfiliação e ressarcimento aos associados.

Aduz, ainda, que a oferta de produtos e serviços em palestras, objetivando ganhos e lucros para assistir a vídeos, é inverídica e foge às suas prerrogativas.

Sentença às f. 145/148, pela improcedência do pedido inicial.

Com efeito, pela narrativa da exordial bem como pelos documentos a ela acostados, não merece reparo a sentença combatida.

Em análise detida dos autos, verifica-se que a parte autora foi atraída pela ré a fim de obter um ganho extra em sua renda familiar. Assim, deveria ela assistir, semanalmente, a vídeos. Com a visualização dos vídeos, o participante receberia créditos virtuais proporcionais à quantia inicialmente investida e ao número de vídeos assistidos, devendo captar novos membros para o programa, o que formava uma cadeia de participantes na qual os membros mais novos, recém-ingressados, formavam a base para os membros mais antigos.

A proibição do sistema econômico de “pirâmide financeira” encontra-se prescrita na Lei dos Crimes contra a Economia Popular, conforme se vê do art. 2º, IX:

Art. 2º. São crimes desta natureza:

[...]

IX - obter ou tentar obter ganhos ilícitos em detrimento do povo ou de número indeterminado de pessoas mediante especulações ou processos fraudulentos (‘bola de neve’, ‘cadeias’, ‘pichardismo’ e quaisquer outros equivalentes); [...].

Ademais, a validade do negócio jurídico exige, entre outros requisitos, que o seu objeto seja lícito, art. 104 do Código Civil:

Art. 104. A validade do negócio jurídico requer:

I - agente capaz;

II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável;

III - forma prescrita ou não defesa em lei.

Assim, não há que se falar em procedência do pedido de pagamento de créditos virtuais à autora, que consistiriam em lucros provenientes do programa, uma vez que o negócio jurídico ora analisado é nulo.

Da mesma forma, quanto ao pleito indenizatório por danos morais, entendo que não deve se reconhecer o direito de indenização por conduta proveniente de negócio jurídico nulo, cujo objeto é ilícito, conduta expressamente vedada pela legislação brasileira, nos termos do art. 166, inciso II, do CC/02, uma vez que a obrigação ilícita não cumprida não é causa que enseja dano extrapatrimonial.

Assim, os transtornos retratados nos autos não passaram de meros dissabores. Além do mais, o mero inadimplemento contratual não configura dano moral. Sendo, portanto, nulo de pleno direito o negócio jurídico articulado por meio do sistema de “pirâmide financeira”, sobretudo pela ilegalidade de seu objeto, o retorno das partes ao *statu quo ante* se impõe, uma vez que nulos todos os efeitos decorrentes do contrato.

Sobre o tema, em julgamento de casos análogos envolvendo os apelados, assim decidiu esta Corte:

Apelação. Ação de indenização por danos morais e materiais. Pirâmide financeira. Danos morais. Inocorrência. - Os transtornos retratados nos autos não passaram de meros dissabores; além do mais, o mero inadimplemento contratual não configura dano moral (Apelação Cível nº 1.0145.13.020197-6/001 - 13ª Câmara Cível - Relator: Des. Alberto Henrique - j. em 10.03.2016).

Apelação. Cobrança c/c indenização. Cerceamento de defesa. Sistema de pirâmide financeira. Ilegalidade do objeto. Nulidade do negócio jurídico. Danos materiais, morais e lucros cessantes não configurados. - Ao juiz, como destinatário da prova, compete decidir sobre a necessidade ou não de sua produção para a formação de sua convicção. Sendo nulo, de pleno direito, o negócio jurídico articulado por meio do sistema de pirâmide financeira, sobretudo pela ilegalidade de seu objeto, o retorno das partes ao *statu quo ante* se impõe, uma vez que nulos todos os efeitos decorrentes do contrato. Em sendo assim, não há falar em indenização a título de danos materiais, morais e lucros cessantes (Apelação Cível nº 1.0145.13.021526-5/001 - 13ª Câmara Cível - Relatora: Des.ª Cláudia Maia - j. em 03.03.2016).

Diante do exposto, nego provimento ao recurso, mantendo incólume a sentença hostilizada, por seus próprios e jurídicos fundamentos, com os acréscimos acima aduzidos, exceção no que tange à verba honorária, ora majorada em R\$1.500,00 (mil e quinhentos reais), ressaltando que a parte autora está amparada pela assistência judiciária. Assim, permanece suspensa a cobrança das verbas de sucumbência.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES ALBERTO HENRIQUE e ROGÉRIO MEDEIROS.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Pirâmide financeira - Comércio eletrônico - Aquisição de pontos - Prova produzida - Ilícito civil - Participante - Risco de prejuízo futuro - Ciência - Vítima e autor ao mesmo tempo - Recomposição material e moral - Lesão a direito da personalidade - Não ocorrência - Conversão dos pontos em moeda corrente do País - Inviabilidade - Indenização - Inadmissibilidade

Ementa: Ação de indenização. Recomposição material e moral. Pirâmide financeira. Pontos. Comércio eletrônico. Prova produzida. Moeda corrente. Conversão.

- O participante de pirâmide financeira, travestida de um suposto comércio eletrônico por meio de pontos, não se pode afirmar vítima de ilícito civil que se constituísse em fato gerador de lesão a direito da personalidade.

- Pontos informados de acesso a um determinado comércio eletrônico de produtos e serviços, e confessado obtidos pela participação em pirâmide financeira, não se prestam para conversão paritária em moeda corrente, por isso não podem ser cobrados como se expressão pecuniária líquida, certa e exigível representassem.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0145.13.020923-5/001 - Comarca de Juiz de Fora - Apelante: Adriano Andrade da Silva - Apelado: Mister Colibri do Brasil - Interessados: Gian Piero Di Cillo, Omnia - Serviços Publicitários e Representações Ltda. - Relator: DES. SALDANHA DA FONSECA

Acórdão

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

Belo Horizonte, 25 de maio de 2016. - Saldanha da Fonseca - Relator.

Notas taquigráficas

DES. SALDANHA DA FONSECA - Tratam os autos de ação de reparação moral c/c cobrança ajuizada por Adriano Andrade da Silva em face de Mister Colibri do Brasil e outros, em que o autor, na condição de associado a plano de *marketing* de rede apresentado pelos demandados, mas por eles unilateralmente modificado, e, não fosse o bastante, descumprido, busca a satisfação das quantias devidas a título de ELP (depósito em conta bancária) e LP (créditos designados para utilização na aquisição de bens ou serviços dentro do comércio eletrônico), além da recomposição de prejuízos morais que afirma ter experimentado.

Desistência homologada com relação à requerida Darlene Maria da Silva (f. 170).

A teor da r. sentença de f. 186/191, o pedido foi julgado improcedente, ao entendimento de que o objeto contratual ofertado pelas rés configura sistema de pirâmide financeira e traduz negócio jurídico ilícito, à luz do art. 166, VI, do Código Civil, razão pela qual não há falar-se em pagamento de EP e ELP enquanto lucro proveniente do programa. Que, à falta de prova do desembolso das quantias descritas na inicial, esvazia-se a restituição requerida a título de PIN. Finalmente, como o ocorrido, apesar dos transtornos e aborrecimentos causados, adveio da própria ganância e incúria do autor, não se caracterizando danos morais indenizáveis.

Insatisfeito, o demandante recorre. Com esteio na apelação de f. 192/207, defende o acolhimento do pedido. Argumenta, com este propósito, que os documentos trazidos com a inicial respaldam as alegações formuladas e espelham a má atuação dos requeridos, portanto, demonstram “[...] o nexo de causalidade entre os danos sofridos pelo apelante e a conduta ilícita praticada pelos apelados” (f. 196), a ensejar a tutela perseguida. Que a relação litigiosa se insere no âmbito de alcance da norma consumerista e, também sob este prisma, impõe o acolhimento da pretensão.

Não houve oferta de contrarrazões (f. 208).

Conheço do recurso, porque cumpridos seus pressupostos de admissibilidade.

Análise dos autos revela que o apelante requer, em face das apeladas, tutela jurídica reparatória por dano moral, cumulada com cobrança.

Exame da inicial revela alegação de que a primeira apelada é uma empresa de *marketing* multinível, de porte internacional, que é promovida pela segunda apelada, de quem são sócios os dois últimos réus. As empresas possuem escritórios espalhados pelo País. Para atrair pessoas e exporem seus objetivos, promoviam reuniões no Teatro do Pró-Música, situado na cidade. Nas reuniões, a promessa era de que seria possível ganhar dinheiro assistindo mensalmente a vídeos de diversas marcas.

Que, após participar de uma reunião, o autor associou-se ao plano de *marketing* de rede apresentado pelos réus, pelo período de um ano, pois vislumbrou a possibilidade de ter um ganho real a mais em sua renda familiar. Fez três assinaturas, todas na modalidade “Family”. Os vídeos foram disponibilizados pelos réus em suas páginas na internet. Assistia semanalmente a blocos de vídeos disponibilizados na página dos réus. Por cada bloco de vídeo assistido era creditado semanalmente em conta virtual o valor correspondente a R\$ 40,00, com possibilidade de resgate em espécie.

Ainda foram oferecidas outras possibilidades de ganhos. Uma seria o que foi chamado de ganho residual, em que o associado recebia R\$0,72 por cada bloco de vídeos assistido por quem se posicionava na árvore imediatamente abaixo do seu bloco, até o sexto nível. Outra seria o ganho direto com a venda de uma assinatura a outra pessoa e que também se tornaria afiliado

da rede. A terceira seria como líder de equipe. Nesta, o associado deveria aderir à sua árvore mais dez assinaturas abaixo da sua, sendo estas na modalidade “Family”. Cumprindo esses requisitos, o afiliado teria uma participação de até dois por cento do lucro da empresa gerida pelas apeladas. Para cada assinatura eletrônica foi criada uma conta virtual, cujos valores eram creditados a título de ganhos diretos e de cumprimento da obrigação de assistir ao vídeo.

O autor seguiu asseverando que, à medida que o plano de *marketing* de rede passou a ganhar mais afiliados, as regras foram mudando, em prejuízo unicamente para os associados, pois muitos não conseguiram resgatar todos os seus créditos. A mudança arbitrária das regras pelas apeladas criou óbice para o resgate das ELPs (depósito em conta bancária) e LPs (utilizar na aquisição de bens ou de serviços dentro do comércio eletrônico). Teme que, ultrapassado um ano e expirando a assinatura, não consiga resgatar seus créditos virtuais na totalidade. Com os últimos acontecimentos noticiados pelos meios de comunicação local, envolvendo os réus, sente-se prejudicado. Com o ajuizamento de diversas ações em face dos requeridos, os termos e condições de uso de suas páginas foram alterados e só conseguiu acessar a conta virtual mediante a adesão de novos termos de uso e condições.

Nesse cenário, requer o pagamento da quantia de R\$10.427,94 referente às LPs creditadas em conta virtual e não pagas pelos réus; de R\$13,00 relativa às ELPs creditadas na conta virtual do autor, mas não pagas pelos réus; de R\$3.950,00 referente aos PINs adquiridos pelo autor e não creditados pelos réus, tudo devidamente atualizado e acrescido de juros moratórios; além de R\$30.000,00 por danos morais.

Em defesa, os dois primeiros requeridos sustentaram o acerto de sua conduta (f. 67/87; 126/135), tendo o terceiro demandado caído revel (f. 167-v.).

Resistindo ao desfecho de rejeição do pedido, o apelante sustenta não cumprida pelos apelados a obrigação contratual de compensação financeira decorrente da adesão de outras pessoas ao produto, a partir de indicação, bem como sobre a possibilidade de aquisição de produtos e serviços por um preço diferenciado no mercado, com o pagamento em moedas virtuais, LPs e ELPs. Os apelados estavam vendendo assinaturas virtuais, em diversas modalidades, mediante pagamento em dinheiro. O valor da adesão variava de acordo com a modalidade escolhida pelo assinante. A obrigação do assinante consistia em convidar outras pessoas a aderirem ao produto e ao serviço e a assistir semanalmente a vídeos publicitários de diversas marcas. A partir do cumprimento de tais obrigações eram gerados créditos denominados de ELPs e LPs em contas virtuais abertas em nome do assinante no sistema disponibilizado pelas rés na internet. Tais créditos eram convertidos em moeda nacional, recebendo o assinante os valores pessoalmente, no escritório das rés, na cidade de Juiz de Fora (MG), que passaram a ser feitos por meio de depósito bancário. O assinante também poderia adquirir produtos e serviços pela

internet, por meio de comércio eletrônico, o que não foi disponibilizado. Os réus pretendiam formar um grupo de consumidores, aos quais seriam disponibilizados produtos e serviços que poderiam ser adquiridos mediante pagamento em dinheiro ou por meio dos créditos virtuais, denominados LPs e ELPs. Enquanto os produtos não eram disponibilizados por meio do comércio eletrônico, os apelados trocavam as moedas virtuais por dinheiro, como meio de compensar os assinantes pela formação da rede de consumidores. Com o tempo, nenhuma promessa foi cumprida. Houve uma relação de consumo, pois as rés faziam a venda de bens de consumo e serviços diferenciados, que se baseava no contato pessoal entre vendedores e compradores, fora de um estabelecimento comercial fixo, ou pela internet. Os prepostos dos apelados procuravam diretamente os consumidores para oferecer produtos e serviços de que dispunham. A promessa era de que seria uma rede de consumidores que teria acesso a produtos e serviços diferenciados e exclusivos. Houve a ocorrência do *marketing* multinível, que é exatamente de vender produtos através da ponte entre o fabricante de produtos ou fornecedor de serviço e o consumidor final. O consumidor final promove o produto para outro consumidor, de modo que seja formada uma rede de consumidores finais de produtos e serviços. Não se configura corrente financeira, como anotado pela sentença recorrida. Foi vítima, e não coautor de crime. Os representantes legais das duas primeiras apeladas estão respondendo criminalmente pela lesão financeira que provocaram em seus consumidores. No que tange ao dano moral, teve expropriada a expectativa em relação a auferir moedas virtuais, que poderiam ser trocadas por produtos e serviços ofertados pelas empresas apeladas, e passou por situação de constrangimento.

A prova documental mostra que o apelante aderiu a um suposto comércio eletrônico das empresas apeladas e chegou a acumular saldos de “LP 8.451,94” (f. 22), “LP 1.008,00” (f. 24) e “LP 968,00” (f. 25), que não se pode afirmar tratar-se de expressão numérica conversível por equivalência à moeda em circulação no País. A oferta das empresas apeladas para o apelante e deste para outras pessoas era de ganhar dinheiro, assistindo publicidade na internet (f. 27), fato que ensejou intervenção policial para desmantelamento de um suposto esquema de pirâmide financeira (f. 28-30).

O autor, por ocasião da manifestação de f. 184/185, requereu o pronto julgamento do feito, portanto, no estado em que se encontrava. Logo, desprovida de razoabilidade técnica a proposição final solta, e não fundamentada de nulidade da sentença por cerceamento de defesa (f. 94/95).

A revelia do terceiro demandado (art. 319 do CPC) não tem o condão de alterar o cenário fático jurídico de formação de pirâmide financeira (f. 167-v.). Isso porque “A presunção de veracidade dos fatos alegados pelo autor em face da 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, vol. 20, p. 253).

Como a prova produzida autoriza concluir que o apelante aderiu a um sabido esquema de pirâmide financeira e assumiu o risco social de suportar um prejuízo futuro em relação ao ganho fácil que almejava conseguir, valendo-se da iniciativa ilícita das apeladas (f. 28/30), uma vez que, para o contexto de ganho ilícito, trouxe outras pessoas para integrar a pirâmide financeira travestida de um suposto comércio eletrônico de produtos e serviços, a partir da acumulação de pontos que poderiam ser trocados por produtos e serviços, nenhum dano material tem a reclamar, porquanto não comprovado. Aliás, o apelante nem sequer provou a origem dos aludidos saldos de “LP 8.451,94” (f. 22), “LP 1.008,00” (f. 24) e “LP 968,00” (f. 25), informação vazia de concretude jurídica material indenizatória, com a qual procura dar sentido técnico ao pedido de cobrança da quantia de R\$10.427,94.

A pretensão de haver reparação por dano moral se mostra carente de elemento técnico-jurídico permissivo. É que o participante de pirâmide financeira que se mostra travestida de um suposto comércio eletrônico por meio de pontos não se pode afirmar vítima de ilícito civil (art. 186 do CC) que constituísse fato gerador de lesão a direito da personalidade (art. 5º, X, da CF).

A pessoa que ingressa numa pirâmide financeira e para esse cenário de risco supremo traz outras pessoas, quando o negócio estoura em benefício de uma só pessoa ou de um pequeno grupo apenas pode ser considerado vítima em relação àquelas pessoas que ficaram com o lucro fácil não repassado, mas autor quanto às pessoas que trouxe para o negócio, cumulação de culpas que obsta qualquer tutela jurídica reparatória a título de dano moral.

Outro não foi, em hipótese análoga, o entendimento por mim adotado:

Ação de indenização. Dano moral. Pirâmide financeira. Pontos. Comércio eletrônico. Prova produzida. Moeda corrente. Conversão. - Ao participante de pirâmide financeira, que se mostra travestida de um suposto comércio eletrônico por meio de pontos, não se pode afirmar vítima de ilícito civil que se constituísse fato gerador de lesão a direito da personalidade. Pontos informados de acesso a um determinado comércio eletrônico de produtos e serviços, e confessados obtidos pela participação em pirâmide financeira, não se prestam para conversão paritária em moeda corrente; por isso não podem ser cobrados como se expressão pecuniária líquida, certa e exigível representassem (TJMG - Apelação Cível 1.0145.13.020830-2/001, Rel. Des. Saldanha da Fonseca, 12ª Câmara Cível, j. em 26.08.2015, p. em 02.09.2015).

Nesse cenário, a improcedência do pedido, nos moldes em que bem declarado na origem, é mesmo de rigor, e não se abala por teses e preceitos em contrário alçados.

Ao abrigo de tais fundamentos, nego provimento à apelação.

Custas recursais, pelo apelante, suspensa a exigibilidade, na forma da Lei nº 1.060/50.

DES. DOMINGOS COELHO - Na verdade, o autor foi ludibriado e iludido no seu propósito ao adentrar em programa ilícito e criminoso, perdendo valores, e pretende agora ser indenizado por supostos danos morais. Como destacado pelo Relator:

A pretensão de haver reparação por dano moral se mostra carente de elemento técnico-jurídico permissivo. É que ao participante de pirâmide financeira que se mostra travestida de um suposto comércio eletrônico por meio de pontos não se pode afirmar vítima de ilícito civil (art. 186, CC) que se constituísse fato gerador de lesão a direito da personalidade (art. 5º, X, CF).

A pessoa que ingressa numa pirâmide financeira, e para esse cenário de risco supremo traz outras pessoas, quando o negócio estoura em benefício de uma pessoa ou de um pequeno grupo, apenas pode ser considerado ao mesmo tempo vítima em relação àquelas pessoas que ficaram com o lucro fácil não repassado e autor quanto às pessoas que trouxe para o negócio, cumulação de culpas que obsta qualquer tutela jurídica reparatória a título de dano moral. Outro não foi, em hipótese análoga, o entendimento por mim adotado:

Ação de indenização. Dano moral. Pirâmide financeira. Pontos. Comércio eletrônico. Prova produzida. Moeda corrente. Conversão. - Ao participante de pirâmide financeira, que se mostra travestida de um suposto comércio eletrônico por meio de pontos, não se pode afirmar vítima de ilícito civil que se constituísse fato gerador de lesão a direito da personalidade. Pontos informados de acesso a um determinado comércio eletrônico de produtos e serviços, e confessados obtidos pela participação em pirâmide financeira, não se prestam para conversão paritária em moeda corrente; por isso não podem ser cobrados como se expressão pecuniária líquida, certa, e exigível representassem (TJMG - Apelação Cível 1.0145.13.020830-2/001, Rel. Des. Saldanha da Fonseca, 12ª Câmara Cível, j. em 26.08.2015, p. em 02.09.2015)’.

DES. JOSÉ FLÁVIO DE ALMEIDA - De acordo com o Relator.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO À APELAÇÃO.

...

Usucapião - Bem objeto de doação - Incapacidade do donatário - Causa impeditiva da prescrição - Posse - Comodato verbal - Ausência de *animus domini*

Ementa: Apelação cível. Usucapião. Bem doado a menores. Maioridade. Incapacidade de um dos beneficiários. Provas. Conhecimento dos autores. Requisitos. Posse com *animus domini* ausente. Pretensão rejeitada.

- Nos termos do art. 1.238 do CC, aquele que, por quinze anos, sem interrupção, nem oposição, possuir como seu um imóvel, adquire-lhe a propriedade, independentemente de título e boa-fé, podendo requerer ao juiz que assim o declare por sentença, a qual servirá de título para o registro no Cartório de Registro de Imóveis.

- A prescrição não flui contra incapazes. Existindo nos autos notícia de incapacidade de um dos proprietários do imóvel usucapiendo e, ainda, ausente a posse com *animus domini*, impõe-se a rejeição do pedido.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0472.08.021296-3/001
- Comarca de Paraguaçu - Apelantes: Ausentes, desconhecidos e interessados, Raimundo Luis dos Santos, herdeiro de Joaquim Pedro Felizardo; Edson dos Santos, herdeiro de Joaquim Pedro Felizardo; Elcio Aparecido dos Santos e outro - Apelados: Vicentina dos Santos Ferreira, Sebastião Francisco Ferreira e outro - Relator: DES. MANOEL DOS REIS MORAIS

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 10ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em DAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 12 de abril de 2016. - *Manoel dos Reis Moraes* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. MANOEL DOS REIS MORAIS - Elcio Aparecido dos Santos e outros interpuseram recurso de apelação contra sentença (f. 166/170), que, nos autos da ação de usucapião proposta por Sebastião Francisco Ferreira e outra, acolheu a pretensão inicial nos seguintes termos:

Ante o exposto, julgo procedente a Ação de Usucapião intentada por Sebastião Francisco Ferreira e Vicentina dos Santos Ferreira, declarando como de seu domínio o imóvel descrito na inicial 'Um imóvel urbano localizado na Rua Floriano Peixoto nº 389, Centro, nesta cidade de Paraguaçu, Estado de Minas Gerais, que possui uma área de 707,04 m², com as seguintes medidas e confrontações e segue o seguinte perímetro: inicia-se em um ponto junto à divisa com a Rua Floriano Peixoto e com Sebastião Coelho; deflete-se à direita e segue na extensão de 57,60m, ainda em divisas com o último, até atingir um ponto junto à divisa com Fernando Cassimiro das Chagas e outros; deste ponto, deflete-se à direita, segue na extensão de 12,45m, em divisas com o último, até atingir um ponto junto a divisa com Antônio Gonçalves de Araújo; deste ponto, deflete-se à direita e segue na extensão de 57,60m em divisas com o último, até atingir um ponto com a Rua Floriano Peixoto; deste ponto, deflete-se à direita, e segue na extensão de 12,10, ainda em divisas com o último, até atingir um ponto em divisa com Sebastião Coelho, onde se iniciou e finda esta demarcação, constando-se ainda a existência de uma casa residencial com área construída de 60,27m, (Livro 3-H, f. 026, nº 5.757, de 24.02.56), ficando o Cartório de Registro de Imóveis autorizado a proceder à retificação da área constante do Registro nº 5.757, para que passe a constar como área real do imóvel, o constante do memorial descritivo de f. 12 e da planta de f. 26.

Transitada esta em julgado, expeça-se o competente mandado ao Cartório de Registro de Imóveis desta comarca, para o necessário registro da sentença, depois de satisfeitas as exigências fiscais, na forma do art. 945 do CPC, devendo fazer parte integrante do mandado cópia desta sentença, do memorial descritivo de f. 12 e do mapa de f. 26, arquivando-se em seguida.
Isentos de custas.

Em suas razões recursais (f. 172/178), os apelantes requerem a reforma da sentença para que a pretensão inicial seja julgada improcedente.

Ofertadas contrarrazões recursais (f. 180/184).

Houve processamento e remessa regulares. A ausência de preparo se justifica por estarem os apelantes litigando sob o pálio da gratuidade de justiça.

Manifestação da PGJ (f. 191).

É o relatório.

Da admissibilidade.

O recurso é próprio, tempestivo e adequado; portanto deve ser conhecido.

Do questionamento.

A controvérsia a ser dirimida nesta instância cinge-se à verificação dos requisitos autorizadores da aquisição originária por usucapião.

Pois bem. O pedido de usucapião está fundamentado no art. 1.238 do CC, o qual estabelece que "aquele que, por quinze anos, sem interrupção, nem oposição, possuir como seu um imóvel, adquire-lhe a propriedade, independentemente de título e boa-fé; podendo requerer ao juiz que assim o declare por sentença, a qual servirá de título para o registro no Cartório de Registro de Imóveis".

Por sua vez, o parágrafo único do referido artigo reduz a dez anos o prazo previsto no *caput* se o possuidor houver estabelecido no imóvel a sua moradia habitual ou nele realizado obras ou serviços de caráter produtivo.

Portanto, para obter a usucapião extraordinária imprescindíveis três elementos, quais sejam: a posse mansa, pacífica e ininterrupta, por determinado período, com intenção de dono, observando-se, na hipótese de realização de obras ou serviços de caráter produtivo no imóvel usucapiendo, a possibilidade de redução de quinze para dez anos do prazo da prescrição aquisitiva.

No caso, verifica-se que os apelados não residiram no imóvel usucapiendo e não realizaram quaisquer obras ou serviços de caráter produtivo. A Sr.^a Vicentina dos Santos Ferreira foi categórica em seu depoimento ao afirmar que nem ela, nem seu marido ou qualquer pessoa de sua família tenham residido no imóvel (f. 142). Logo, o prazo a ser observado para a declaração da aquisição por usucapião será de 15 (quinze) anos.

Pois bem. Na inicial os apelados informaram que o imóvel estava cadastrado na Prefeitura Municipal de Paraguaçu em nome de Joaquim Felizardo, também conhecido como Joaquim Pedro Felizardo.

Verifica-se que o imóvel fora transmitido por Joaquim Pedro Felizardo e sua esposa Maria da Conceição Guimarães Felizardo aos apelantes em 21.02.1956, por doação, e que, àquela época, todos os beneficiários da doação eram menores, tendo os transmitentes reservado para si o usufruto vitalício (f. 38).

Consta do documento de f. 38:

Certifico, ainda, que consta da escritura que os doadores reservaram para eles enquanto existirem o usufruto vitalício de toda a renda que produzirem os citados bens, para assim

promoverem a sua subsistência; que, no caso de falecimento de qualquer dos doadores, o usufruto instituído por força desta escritura passará a ser usufruído em sua totalidade pelo doador sobrevivente, conforme art. 740 do Código Civil.

A certidão de óbito de Maria da Conceição Guimarães Felizardo revela seu óbito em 07.03.1978 (f. 53). Já na certidão de óbito de Joaquim Pedro Felizardo, doador do imóvel aos apelantes, consta seu falecimento em 10.02.1980 (f. 16). Logo, somente em 10.02.1980, os apelantes adquiriram a posse plena do imóvel que lhes fora doado.

A doação do imóvel objeto do litígio foi feita em favor das seguintes pessoas: Elcio Aparecido dos Santos, Vicente Paulo dos Santos, Raimundo Luiz dos Santos, Elvio Sebastião dos Santos, Edson dos Santos, Edna de Fátima, todos menores e impúberes à época (21.02.1956), representados naquele ato pelo pai, Sr. Eduardo Santos (f. 38).

A certidão de óbito de f. 54 revela que Maria Rosária dos Santos, filha de Joaquim Pedro Felizardo e de Maria da Conceição Guimarães Felizardo, faleceu em 15.11.1955, deixando os filhos Elcio, Vicente, Raimundo, Elvio, Edson e Edna (f.54). Logo, restou comprovado o parentesco dos apelantes para com Joaquim Pedro Felizardo, bem como a doação por eles recebida.

Sabe-se que a prescrição não corre contra incapazes. Logo, o prazo para a aquisição do imóvel por usucapião somente se iniciou após todos os proprietários terem atingido a maioridade e, evidentemente, após o falecimento do antigo proprietário, Sr. Joaquim Pedro Felizardo, ocorrido em 10.02.1980.

A certidão de casamento (f. 55) expõe que Elcio Aparecido dos Santos nasceu em 14.10.1943. Logo, Elcio atingiu a maioridade civil em 1964.

A certidão de óbito de Vicente Paulo dos Santos assevera que o mesmo faleceu em 30.10.2003, aos 56 anos de idade (f. 60). Já a certidão de f. 62 explicita que Vicente nascera em 20.03.1947. Logo, teria atingido a maioridade em 20.03.1968.

Os documentos de f. 59 e 63 revelam que Raimundo Luiz dos Santos nasceu em 15.08.1948. Logo, atingiu a maioridade em 15.08.1969.

A certidão de nascimento de f. 61 e 65 expõe que Elvio Sebastião dos Santos nasceu em 14.10.1943. Logo, atingiu a maioridade em 1964.

Os documentos de f. 57 e 64 explicitam que Edson dos Santos nasceu em 17.10.1951. Logo, conclui-se que atingiu a maioridade em 17.10.1972.

Por último, a certidão de nascimento de f. 66 divulga que Edna de Fátima Santos nascera em 15.11.1955. Logo, completou a maioridade em 15.11.1976.

Como se vê, todos os beneficiários da doação procedida por Joaquim Pedro Felizardo e sua esposa eram maiores à época do falecimento deste, ou seja, em 10.02.1980. Portanto, o prazo para a aquisição originária pode ser contado a partir do falecimento de Joaquim Pedro Felizardo ou a partir do abandono do imóvel, por

Vicente Paulo dos Santos, já que a apelada Vicentina informou em seu depoimento que Vicente morava com o avô quando do falecimento deste (f. 142).

Note-se que o fato de Vicente Paulo dos Santos ter sido internado na Clínica Vale do Paraíba Ltda., uma clínica de repouso, que trata de doenças nervosas e mentais, no período de 03.10.85 a 17.11.85 (f. 111), não comprova que o mesmo estava incapacitado de exercer os atos da vida civil em período anterior. No entanto, o depoimento da apelada Vicentina dos Santos Ferreira demonstra que o Sr. Vicente sofria de distúrbios mentais à época do falecimento de seu avô, o Sr. Joaquim Felizardo.

Confronte-se:

[...] que a declarante conheceu a pessoa de Joaquim Felizardo, esclarecendo que passou a noite em sua casa no dia de seu falecimento, o que ocorreu há cerca de 39 anos; que nenhum parente de Joaquim chegou a residir no imóvel; que a declarante conheceu a pessoa de Vicente 'Tindão', o qual residia com seu avô Joaquim Felizardo, sendo que, após a morte deste, Vicente 'deu um nervoso nele, saiu para rua e sumiu'; que, após a morte de Joaquim Felizardo, Vicente 'não morou nenhum dia na casa', esclarecendo que ele sequer 'assistiu ao enterro'.

Como se vê, desse depoimento exsurge o fato do comprometimento mental de Vicente, que sofreu um surto e saiu sem destino.

Importante salientar que a testemunha de f. 149 declarou:

[...] que Joaquim Felizardo mudou-se para a cidade de Varginha, indo residir na casa de sua sobrinha, onde veio a falecer; que, após o falecimento de Joaquim Felizardo, o imóvel usucapiendo foi alugado, não sabendo a depoente por quem, achando que era um vizinho que morava logo abaixo e em frente, sendo que tal pessoa era da confiança de seu Joaquim; que a depoente conhece todos os netos de Joaquim Felizardo, filhos de Rosária, única filha dele; que, após o falecimento de Joaquim, nenhum de seus netos foi residir no imóvel usucapiendo; que, após o falecimento de Joaquim, seu neto Vicente ainda residiu no imóvel usucapiendo, tendo lá permanecido por algum tempo, porém, depois, os irmãos dele fizeram sua internação, eis que o mesmo possuía doença mental; [...].

Em síntese, o neto Vicente, que recebera o imóvel em doação, possuía comprometimento de suas funções mentais, fato de conhecimento público.

Ora, não é crível que se possa acolher a pretensão de usucapir o imóvel de pessoa que não se encontra no gozo pleno de suas faculdades mentais. Cabia aos apelados comprovar que Vicente, posteriormente, recuperou sua sanidade e passou a gerir os atos de sua vida civil para que contra ele pudesse correr o prazo prescricional aquisitivo.

E, não tendo os apelados se desincumbido de seu ônus probatório, nos termos do art. 373, I, do NCPC, impõe-se reconhecer que o apelante Sebastião Francisco Ferreira, ao alugar o imóvel e quitar os impostos a ele referentes, agiu no interesse de incapaz, por solidariedade,

o que afasta a possibilidade de aquisição originária do imóvel objeto do litígio.

Note-se, ainda, que o próprio apelante Sebastião informa que Joaquim Pedro Felizardo teria ido morar em Varginha, na companhia de um sobrinho, deixando o imóvel sob sua responsabilidade. Logo, conclui-se que o apelante teria recebido o imóvel para gerenciá-lo, quitando os impostos com o valor auferido. Além disso, informou também que um sobrinho de Joaquim Felizardo o teria autorizado a utilizar o imóvel usucapiendo, alugando-o a terceiros (f. 143). Novamente, impõe-se reconhecer que havia um comodato verbal, o que afasta a pretensão de usucapir.

Ocorre que a própria testemunha arrolada pelos apelados informa que o Sr. Joaquim Pedro Felizardo faleceu em sua residência, ou seja, no imóvel usucapiendo, e que o apelado Sebastião é “quem toma conta do imóvel” (f. 144). Como se vê, os apelados não detinham a posse com *animus domini*, o que, novamente, afasta a pretensão aquisitiva.

Demais disso, considerando que a certidão de óbito de Vicente Paulo dos Santos patenteia que o mesmo falecera em 30.10.2003, somente após esta data é que se iniciou o prazo para a aquisição do imóvel objeto do litígio. E, considerando que a ação foi proposta em 28.10.2008 (f.18), impõe-se reconhecer que não há comprovação dos requisitos legais que autorizam a aquisição do imóvel por usucapião. Logo, não há que se falar em acolhimento da pretensão inicial.

Diante do exposto, dá-se provimento ao recurso para, reformando a sentença, julgar improcedente a pretensão inicial, condenando-se os apelados ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, arbitrados em R\$1.000,00 (mil reais), valor que se considera suficiente para atender aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, bem como aos §§ 2º e 11 do art. 85 do NCPC.

É como se vota.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES ÁLVARES CABRAL DA SILVA e VEIGA DE OLIVEIRA.

Súmula - DERAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Locação - Imóvel comercial - Turbação - Obras irregulares - Locatário impedido de utilizar o imóvel locado - Responsabilidade do locador - Dever de garantir o uso pacífico - Indenização - Danos morais - Lucros cessantes

Ementa: Apelação cível. Indenização por danos morais. Procedência. Turbação do imóvel locado no curso da

locação. Locatária impedida de usar o imóvel locado. Fixação. Redução. Lucros cessantes. Comprovação. Juros de mora. Incidência.

- É dever do locador garantir ao locatário, durante o tempo da locação, o uso pacífico do imóvel locado (art. 22, inciso II, da Lei do Inquilinato), até mesmo contra turbação e esbulho provocados por terceiros.

- Se o réu/locador devia, por imperativo legal, assegurar à autora/locatária, na vigência do contrato, o uso pacífico da coisa, o descumprimento desse dever impõe-lhe a obrigação de indenizar os prejuízos sofridos.

- São cabíveis os lucros cessantes quando existente prova concreta e segura de que, em razão das obras irregulares no imóvel locado, deixou a locatária de auferir rendimentos porquanto impossibilitada de exercer seu trabalho.

- Em se tratando de relação contratual, e não de ato ilícito puro, os juros de mora incidem a partir da citação.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0105.12.023191-2/001 - Comarca de Governador Valadares - Apelantes: Mariana Soares da Costa, Victor Soares da Costa - Apelado: Hercy Maria Magalhães Menezes - Relator: DES.ª MARIANGELA MEYER

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 10ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em DAR PROVIMENTO EM PARTE AO RECURSO.

Belo Horizonte, 17 de maio de 2016. - Mariangela Meyer - Relator.

Notas taquigráficas

DES.ª MARIANGELA MEYER - Trata-se de recurso de apelação interposto por Hercy Soares da Costa, em face da sentença de f. 358/367, proferida pelo MM. Juiz da 5ª Vara Cível da Comarca de Governador Valadares, que, nos autos da “ação de indenização por danos materiais, compensação moral e indenização de benfeitorias de ponto comercial e lucros cessantes”, interposta por Hercy Maria Magalhães Menezes, julgou parcialmente procedentes os pedidos iniciais, condenando os requeridos, solidariamente, ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R\$ 16.000,00 (dezesseis mil reais), ao reembolso do pagamento do IPTU e taxa de lixo, no importe de R\$165,38 (cento e sessenta e cinco reais e trinta e oito centavos) e ao pagamento de lucros cessantes, na quantia de R\$ 3.815,00 (três mil oitocentos e quinze reais). Julgou improcedentes os demais pedidos e, por consequência, extinguiu o feito, nos termos do art. 269, inciso I, do CPC. Condenou ambas as partes ao pagamento das custas e honorários advocatícios, fixados

em 15% (quinze por cento) sobre o valor da condenação, na proporção de meio a meio para cada uma das partes, permitindo-se a compensação dos honorários, na forma do art. 21 do CPC, suspensa, contudo, a exigência em relação a ambos, nos termos da Lei nº 1.060/50. Ultrapassado o prazo de 15 (quinze dias) após o trânsito em julgado, caso os réus deixarem de pagar o valor a que restaram condenados, incidirá multa de 10% (dez por cento), na forma do art. 475-J do CPC.

Em suas razões recursais, o requerido pretende a reforma do *decisum*, ao argumento de que inexistente nos autos comprovação de que a parte autora tenha suportado algum tipo de dano capaz de ensejar a compensação moral.

Aduz que, para existir o direito à compensação moral, não basta o acontecimento em si, é necessária a existência e demonstração de sua repercussão efetiva na esfera moral, o que não restou demonstrado no presente caso.

Argumenta que, caso mantido o dever indenizatório, deve o mesmo ser reduzido, em observância aos limites da razoabilidade e proporcionalidade.

Salienta que, quando da condenação por danos morais, deve-se levar em consideração a condição econômica das partes envolvidas, a gravidade da ofensa e a posição social do ofendido.

Pondera que os danos morais somente assumem expressão patrimonial com o seu arbitramento, razão pela qual os juros de mora devem incidir a partir da sentença de mérito.

Assevera que os lucros cessantes consistem naquilo que a parte lesada, razoavelmente, deixou de lucrar, dependendo de prova concreta e segura, sendo que o ônus da prova recai sobre a parte autora, nos termos do art. 333, inciso I, do CPC.

Acrescenta que a parte autora não comprovou que percebesse referida quantia, de modo a fazer crer que o valor pleiteado é o que normalmente auferia.

Requer, ao final, o provimento do recurso, para que seja reformada a r. sentença, julgando-se improcedentes os pedidos em sua integralidade.

Ausente preparo, por litigar sob o pálio da assistência judiciária.

Contrarrazões apresentadas às f. 376/383, pugnando pelo não provimento do recurso.

Relatado, examinado e, ao final, decidido.

Conheço do recurso, visto que presentes os pressupostos de sua admissibilidade.

O que se deve, de início, tomar em consideração é que a relação de responsabilidade posta em exame não é regida pura e simplesmente pelos ditames que regem a responsabilidade aquiliana, mas, principalmente, pelos preceitos imperativos da Lei nº 8.425/1991.

O contrato de locação é negócio jurídico do qual emergem obrigações recíprocas (contrato de natureza bilateral). As partes são, ao mesmo tempo, credoras e devedoras uma da outra, nos exatos limites daquilo que estabelecerem na avença, como resultado da autonomia da vontade.

A Lei nº 8.425/1991 impõe às relações locatícias algumas obrigações ditas legais (em contraposição àquelas previstas apenas pontualmente em cada contrato, chamadas contratuais), que constituem o substrato mínimo de todo e qualquer contrato de locação, independentemente da vontade negocial das partes.

Assim é que aquele diploma dispõe a respeito dos deveres do locador, em seu art. 22. As regras enumeradas nesse artigo, na precisa lição de Nagib Slaibi Filho (*Comentários à nova Lei do Inquilinato*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 200), “devem ser consideradas cogentes, na vigência do contrato, pois sua deturpação poderia desnaturar a própria natureza da locação [...] e do caráter social imposto pela legislação do inquilinato urbano”.

Dessarte, é dever do locador garantir ao locatário, durante o tempo da locação, o uso pacífico do imóvel locado (art. 22, inciso II, da Lei do Inquilinato), até mesmo contra turbacção e esbulho provocados por terceiros.

Discorrendo sobre a norma em questão, Sílvia de Salvo Venosa destaca que, “com a locação, o locatário assume a posse direta do imóvel. O locador está impedido não só de tolher o uso pelo inquilino, como deve garantir, no que estiver a seu alcance, o uso inconturbado do imóvel”. E, mais adiante: “não pode o locador, sem autorização do locatário, por exemplo, ingressar no imóvel [...]. Deve o locador se abster de qualquer ato que venha a perturbar o gozo do imóvel por parte do inquilino” (*Nova Lei do Inquilinato comentada*. São Paulo: Atlas, 1992, p. 93/94).

Lê-se, também, as palavras de Nagib Slaibi Filho (*Comentários à nova Lei do Inquilinato*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 201):

Deve o locador garantir ao inquilino o uso pacífico da coisa: ‘Nos contratos onerosos, pelos quais se transfere o domínio, posse ou uso, será obrigado o alienante a resguardar o adquirente dos riscos da evicção, toda vez que se não tenha excluído expressamente esta responsabilidade’ (Código Civil [1916], art. 1.107).

Assim, o locador tem a obrigação de abster-se da prática de atos que comprometam o uso e gozo da coisa, bem como garantir o inquilino em face de atentados possessórios de terceiros.

Dessa forma, o ora apelante devia, por imperativo legal, assegurar à apelada o uso pacífico da coisa. O descumprimento desse dever impõe, não há dúvida, a obrigação de indenizar os prejuízos que dele decorram.

Na hipótese dos autos, as circunstâncias do negócio tornam mais evidentes a obrigação de indenizar.

Do conjunto probatório, verifico que as reformas empreendidas pelo locador, ora apelante, geraram danos graves ao imóvel locado, impossibilitando que a parte autora procedesse ao uso pacífico do bem.

Observa-se que as fotografias colacionadas às f. 44/60 demonstram bem a situação dos autos, ressaltando, ainda, a prova testemunhal de f. 325/326, inexistindo, entretanto, qualquer prova em contrário, não desincumbindo os réus de comprovar, na forma do art. 333, inciso II, do CPC, a existência de fato impeditivo, modificativo e extintivo do direito da parte autora.

Sendo assim, correta a r. sentença, que entendeu pela responsabilização dos réus quanto aos danos causados à requerente, inclusive, quanto aos danos morais.

Nesse passo, no que diz respeito ao dano moral, o art. 5º, inciso X, da Constituição da República de 1988, estabelece:

Art. 5º [...]

X - São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito de indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

A propósito do tema, Sérgio Cavalieri Filho, em *Programa de responsabilidade civil*, Malheiros Editores, p. 74/75, leciona que:

Enquanto o dano material importa em lesão de bem patrimonial, gerando prejuízo econômico passível de reparação, o dano moral é lesão de bem integrante da personalidade, tal como a honra, a liberdade, a saúde, a integridade física e psicológica, causando dor, sofrimento, tristeza, vexame e humilhação à vítima.

O direito ao ressarcimento pelo dano gerado por ato ilícito funda-se no tríptico requisito: o ato ofensivo do agente, o prejuízo patrimonial ou extrapatrimonial e o nexo causal entre dito ato e o resultado danoso e a respectiva indenização a compensação da vítima pelos dissabores experimentados em decorrência da ação do ofensor e, por outro lado, serve de medida educativa de forma a alertar ao agente causador do dano quanto às consequências da reiteração da prática.

O referido dano caracteriza-se pela violação dos direitos integrantes da personalidade do indivíduo, atingindo valores internos e anímicos da pessoa, tais como a dor, a intimidade, a vida privada e a honra, entre outros.

Assim ensina Yussef Said Cahali:

Na realidade, multifacetário o ser anímico, tudo aquilo que molesta gravemente a alma humana, ferindo-lhe gravemente os valores fundamentais inerentes à sua personalidade ou reconhecidos pela sociedade em que está integrado, qualifica-se, em linha de princípio, como dano moral; [...] (*Dano moral*. 2. ed. Ed. Revista dos Tribunais, 1998, p. 20).

Com efeito, verifico que, no caso concreto, restou configurado o dano moral sofrido pela autora, o que,

certamente, trouxe-lhe constrangimento que refoge à pecha de meros aborrecimentos, notadamente em razão da finalidade de utilização como ponto comercial, restando impossibilitada de exercer sua profissão, deixando, inclusive, de auferir seus rendimentos.

Desse modo, entendo ser irrefutável a conclusão de que estão consolidados os elementos caracterizadores do dever reparatório, constatando-se a conduta, evidenciada no descumprimento injustificado do contrato locatício; o dano, representado pelo dissabor da autora ao se deparar com o fato e a impossibilidade de usufruir o bem locado, além da dificuldade em solucionar a questão, bem como o nexo de causalidade entre um e outro, estabelecido pelo limiar originado da relação consumerista, devendo ser mesmo imposta a obrigação de indenizar.

A respeito do arbitramento de indenizações decorrentes de dano moral, entendo que deve o julgador pautar-se pelo bom senso, moderação e prudência, analisando cada caso a fim de se aferir o valor adequado à reparação dos prejuízos causados, sem perder de vista que, por um lado, a indenização deve ser a mais completa possível e, por outro, ela não pode tornar-se fonte de lucro.

Há, ainda, que considerar a dupla finalidade da reparação, qual seja a busca de um efeito de caráter pedagógico em relação ao ofensor, inibindo a reiteração da conduta, e o fim de propiciar à vítima a satisfação nos limites do prejuízo suportado, sem que isso represente um enriquecimento sem causa.

Maria Helena Diniz, em “A responsabilidade civil por dano moral”, publicado na *Revista Literária de Direito*, ano II, n. 9, p. 9, jan./fev. de 1996, afirma:

[...] O juiz determina, por equidade, levando em conta as circunstâncias de cada caso, o *quantum* da indenização devida, que deverá corresponder à lesão, e não ser equivalente, por ser impossível tal equivalência. A reparação pecuniária do dano moral é um misto de pena e satisfação compensatória. Não se pode negar sua função: penal, constituindo uma sanção imposta ao ofensor; e compensatória, sendo uma satisfação que atenua a ofensa causada, proporcionando uma vantagem ao ofendido, que poderá, com a soma de dinheiro recebida, procurar atender às necessidades materiais ou ideais que repute convenientes, diminuindo, assim, seu sofrimento.

A indenização em casos tais, que não se ajusta a uma representação monetária prévia e objetiva, tem por escopo compensar uma lesão financeiramente imensurável, porquanto causadora de dor, abalo psíquico, sensações não quantificáveis.

Assim, devem ser levadas em conta as peculiaridades de cada caso e, principalmente, o nível socioeconômico das partes, bem como a extensão da lesão, assim como também procurar desestimular o ofensor, buscando a sua conscientização, a fim de evitar novas práticas lesivas.

Analisando detidamente os autos, a meu sentir, o valor correspondente a R\$10.000,00 (dez mil reais) mostra-se mais adequado à situação posta na lide, pelo que deve ser reformada a r. sentença, nesse ponto.

Quanto ao lucro cessante, nos termos do art. 402 do Código Civil, traduz-se na reparação do que o ofendido deixou razoavelmente de lucrar por consequência direta do evento danoso; seria, portanto, a perda de um lucro esperado.

Sobre o tema, a lição de Rui Stocco:

Lucros cessantes constituem a expressão usada para distinguir os lucros de que fomos privados, e que deveriam vir ao nosso patrimônio, em virtude de impedimento decorrente de fato ou ato não acontecido ou praticado por nossa vontade. São, assim, os ganhos que eram certos ou próprios de nosso direito, que foram frustrados por ato alheio ou fato de outrem (*Responsabilidade civil e sua interpretação*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 584).

Nesse cingir, entendo que a autora, em razão dos acontecimentos, restou impossibilitada de auferir rendimentos devido à deterioração do estabelecimento comercial, provocada pela reforma irregular dos réus, devidamente comprovada pela cópia da agenda de atendimento (f. 36/39) e pela prova testemunhal de f. 325/326, conforme bem asseverado pelo douto Sentenciante.

Assim, sua existência restou comprovada nos autos, não merecendo qualquer reforma a r. sentença, inclusive quanto ao valor atribuído.

Por fim, quanto aos juros de mora, em se tratando de indenização por danos morais decorrentes de relação contratual, tal encargo incide desde a citação, nos termos do disposto no art. 405 do CC.

Em que pese o apelante ter pugnado a sua incidência desde a condenação, entendo que a reforma da r. sentença não configura *reformatio in pejus*, mormente por se tratar de matéria de ordem pública, podendo ser alterada, inclusive, de ofício pelo julgador.

Dispositivo.

Ante o exposto, dou parcial provimento ao recurso, para, em reforma parcial da r. sentença, reduzir o valor a título de danos morais à quantia de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), incidindo juros de mora desde a citação. No mais, mantenho a r. sentença, inclusive quanto ao ônus de sucumbência.

Custas recursais, pelo apelante, suspensa a exigibilidade, nos termos da Lei nº 1.060/50.

É como voto.

Votaram de acordo com a Relatora os DESEMBARGADORES VICENTE DE OLIVEIRA SILVA e MANOEL DOS REIS MORAIS.

Súmula - DERAM PROVIMENTO EM PARTE.

...

Ação cominatória - Dano moral - Obtenção de gravações e dados de usuário - Telefone celular - Número não identificado - Correio de voz - Comunicação registrada na caixa postal - Armazenagem de dados - Prazo contratual expirado - Impossibilidade técnica - Indenização indevida

Ementa: Direito constitucional e processual civil. Apelação cível. Ação cominatória c/c indenização por danos morais. Pretensão de obtenção de gravações e dados telefônicos. Comunicação registrada em caixa postal de telefone móvel. Prazo contratual de armazenagem expirado. Dados de chamadas pretéritas, originadas de acesso não identificado. Notória impossibilidade técnica de fornecimento. Interesse processual. Ausência. Extinção do processo sem resolução de mérito. Possibilidade. Recurso não provido.

- Diante da impossibilidade técnica de fornecimento, por parte dos fornecedores de serviço de telefonia móvel, de gravações de correio de voz - cujo prazo contratual para guarda, por parte da operadora, já se expirou - e dados relativos a comunicações pretéritas havidas entre usuários envolvendo acesso não identificado, cabe à parte que pretende a apresentação dessas mensagens e informações requerer medida preventiva visando à extensão do armazenamento da caixa postal e à identificação da origem de futuras chamadas.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0105.12.025190-2/001 - Comarca de Governador Valadares - Apelante: Luciana Silveira e Silva - Apelado: Tim Brasil S.A. - Relator: DES. MÁRCIO IDALMO SANTOS MIRANDA

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 9ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 21 de junho de 2016. - *Márcio Idalmo Santos Miranda* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. MÁRCIO IDALMO SANTOS MIRANDA - Cuida-se de recurso de apelação interposto por Luciana Silveira e Silva contra sentença (f. 114/115), proferida pelo douto Juízo da 4ª Vara Cível da Comarca de Governador Valadares, que, em ação cominatória c/c indenização por danos morais ajuizada em face de Tim Celular S.A., julgou extinto o processo, sem resolução de mérito, nos termos do art. 267, inciso VI, do Código de Processo Civil (1973), por entender pela impossibilidade jurídica do pedido formulado pela autora, ora apelante.

Pretende a apelante, com seu inconformismo, ver reformada a sentença recorrida, de modo a ser acolhida a sua pretensão.

Em suas razões recursais, alega, em síntese, que a determinação de juntada de gravações relativas a recados deixados em caixa postal não representa violação de sigilo telefônico; que a pretensão da apelante tem amparo na Resolução nº 477/2007 da Anatel; que o fornecimento das gravações é dever da prestadora do serviço de telecomunicações, sendo tecnicamente possível e legalmente admitido; que o princípio da dignidade da pessoa humana prevalece em relação à legalidade estrita.

Ausente o preparo, por litigar a apelante sob o pálio da gratuidade judiciária, concedida em primeiro grau (f. 55).

Contrarrazões às f. 130/138.

É o relatório.

Passo ao voto.

Conheço do recurso, uma vez presentes os seus pressupostos de admissibilidade.

Não vejo, contudo, como lhe dar provimento, merecendo manutenção a sentença recorrida, embora por fundamento diverso.

No caso dos autos, conforme se depreende da leitura da petição inicial, a autora pretende o fornecimento, por parte da ré, do áudio - em mídia digital - relativo às gravações das mensagens de voz armazenadas em sua caixa postal e dos dados cadastrais do titular da linha da qual partiram essas mensagens, de cunho ameaçador, além de indenização por danos morais, decorrentes do descumprimento de decisão liminar proferida nos autos em apenso.

Requer, portanto, a apelante a apresentação de documentos e informações relativos a comunicações pretéritas, havidas entre ela - cliente da apelada - e usuário não identificado.

Não se trata, assim, a meu ver, de interceptação telefônica, pois não envolve captação e gravação de conversa no momento em que ela se realiza.

Em situação semelhante, assim já decidiu este Tribunal:

Cautelar de exibição de documentos. Dados telefônicos. Possibilidade. Quebra de sigilo das comunicações telefônicas não configurada. I - A quebra de sigilo das comunicações telefônicas diz respeito à interceptação da comunicação, regida pela Lei 9.296/96, enquanto a quebra de sigilo de dados telefônicos corresponde à obtenção de registros existentes na companhia telefônica sobre ligações já realizadas, como dados cadastrais do assinante, data da chamada, horário, número do telefone chamado, duração do uso e valor da chamada, o que é possível, inclusive, por força de ordem judicial de competência diversa da criminal (Apelação Cível nº 1.0408.13.001759-8/001, Rel. Des. João Cancio, p. no DJe em 28.03.2014).

De fato, uma vez assegurada constitucionalmente a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e

da imagem do indivíduo, bem como vedado o anonimato - art. 5º, incisos IV e X, da Constituição da República -, o requerente tem direito à obtenção dos dados telefônicos do acesso que originou a chamada, porquanto o direito à inviolabilidade de tais dados, previsto no inciso XII do referido dispositivo constitucional e na legislação atinente à matéria, cede em face do direito da parte de obter a identificação daquele que anonimamente tem violada sua intimidade.

Também se afigura lícito, a princípio, o pleito de obtenção de gravações constantes armazenadas na caixa postal da autora, não havendo falar, assim, a meu aviso, em impossibilidade jurídica do pedido por suposta afronta à Lei nº 9.296/96, como decidido na sentença recorrida, ou a qualquer outra norma.

O pleito autoral, a meu aviso, esbarra na impossibilidade técnica e contratual da ré de fornecer gravações - cujo prazo para guarda, por parte da operadora, já se expirou - e dados relativos a comunicações pretéritas havidas entre usuários, envolvendo acesso não identificado.

Como já mencionado, a autora pretende o fornecimento, por parte da ré, do áudio - em mídia digital - relativo às gravações das mensagens de voz armazenadas em sua caixa postal e dos dados cadastrais do titular da linha da qual partiram essas mensagens.

No tocante ao primeiro pedido, sua impossibilidade se revela na medida em que a caixa postal da linha telefônica da autora armazena até dez recados, com, no máximo, um minuto de duração, pelo prazo de sete dias, o que é incontroverso nos autos.

Passado esse prazo ou ultrapassado o limite de conteúdo, a mensagem é apagada - ou, no segundo caso, possivelmente nem sequer registrada - dos sistemas da operadora, impossibilitando sua apresentação mediante determinação judicial.

Ademais, é notório o fato de não existirem condições técnicas e legais para a gravação e armazenamento, pelas empresas de telefonia, de todas as conversas telefônicas realizadas por todos os seus usuários.

Sobre o tema, a jurisprudência:

Recurso de apelação em ação cautelar inominada. Pretensão de obtenção de gravações de comunicações telefônicas ocorridas no passado. Impossibilidade. Pedido tecnicamente impossível de ser atendido. Operadoras do sistema de telefonia que não possuem banco de dados de todas as comunicações entre os usuários. Interceptação telefônica que ocorre apenas após a determinação do juiz competente. Inteligência da Constituição Federal, Lei 9.296/96, Lei 9.472/1997 da Resolução nº 477/2007 Anatel. Recurso desprovido (Apelação Cível nº 4012222-27.2013.8.26.0114, Rel. Des. Marcelo Berthe, p. no DJe em 07.02.2014).

Não se diga, por outro lado, ter se caracterizado a impossibilidade de fornecimento das gravações por desídia da apelada, que descumpriu a liminar

anteriormente concedida pelo douto Juízo de primeiro grau (f. 27/31).

Conforme noticiado na exordial, o último recado deixado no correio de voz da apelante é datado de 26.06.2012, pelo que, intimada a ré no dia 06.07.2012 para cumprimento da decisão supramencionada, já se havia esgotado o prazo para guarda dos recados indicados pela autora.

Caberia, portanto, à autora requerer, tempestivamente, não apenas a exibição das mensagens - cuja obrigatoriedade desapareceu com a fluência do prazo acima referido -, mas provimento judicial de extensão do armazenamento da caixa postal, que afastaria tal impossibilidade, o que não ocorreu.

Também poderia ela providenciar cópias das gravações por outros meios, quando ainda estavam disponíveis em seu correio de voz.

Por fim, tenho que a exibição dos dados cadastrais do acesso que originou as referidas mensagens de voz também se afigura impossível.

Por configurar regra o sigilo dos dados telefônicos, previsto constitucionalmente e regulamentado pela Lei nº 9.472/1997 e pela Resolução nº 426/2005 da Anatel, a medida excepcional consubstanciada em sua quebra pode se dar, a meu aviso, apenas mediante requerimento - que não ocorreu - de medida prévia visando à identificação, pela operadora, da origem de futuras chamadas, uma vez acobertadas pelo mencionado sigilo as informações pretéritas, sem registro de qualquer dado de usuário do serviço.

Em situação semelhante, assim já decidiu este Tribunal:

Ação ordinária. Telefonía. Ausência de discriminação das ligações cuja identificação estava bloqueada. Serviço indisponível junto à operadora. - Improcede o pedido do requerente de fornecer os números de telefones que acessaram a estação móvel de sua titularidade, cuja identificação tenha sido bloqueada pelo usuário, já que a ausência de dados no aparelho, não permite a identificação dessas chamadas, conforme apurado no laudo pericial, cabendo apenas o fornecimento das ligações recebidas cujos números não estavam restringidos (AgRg no Ag 528.313/RS, Rel.º Min.ª Maria Thereza de Assis Moura, p. no DJe em 18.02.2008).

E, uma vez identificado o acesso que originou as novas chamadas, o fornecimento dos dados cadastrais do usuário poderia ser feito somente por sua operadora, que, evidentemente, poderia ser diversa da ré, ora apelada.

Dessarte, em razão da impossibilidade material - matéria esta afeta ao interesse processual - dos pleitos declinados pela autora, e ficando, por via de consequência, prejudicada a apreciação do dever da ré de indenizar, a extinção do processo sem resolução de mérito, nos termos do artigo 267, inciso VI do CPC de 1973, aplicável à espécie, é medida que se impõe, merecendo manutenção a sentença, ainda que por fundamento diverso.

Por tais razões, outro caminho não me resta senão o de negar, como de fato nego provimento ao recurso.

Custas recursais, pela apelante, cuja quitação, todavia, ficará a depender de poder ela fazê-lo, sem prejuízo de seu sustento próprio ou de sua família, nos termos do disposto no art. 12 da Lei nº 1.060/50, uma vez que litiga sob o pálio da gratuidade judiciária.

É como voto.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES AMORIM SIQUEIRA e JOSÉ ARTHUR FILHO.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

**Ação de usucapião - Herdeiro -
Condômino - Possibilidade - Herança - Partilha
efetuada - Posse indivisa - Imóvel - Posse
exclusiva - Comprovação - Ausência de
oposição - Requisitos legais - Presença -
Prescrição aquisitiva - Configuração**

Ementa: Ação de usucapião. Herdeiro. Partilha efetuada. Posse indivisa. Alegação de que possui posse exclusiva de parte do imóvel. Extinção do feito sem resolução de mérito ao fundamento de carência da ação por falta de interesse de agir em virtude da inadequação da ação ajuizada. Não cabimento. Possibilidade de ajuizamento de ação de usucapião por herdeiro-condômino. Sentença cassada. Causa madura. Julgamento pelo tribunal. Cabimento. Prova do preenchimento dos requisitos legais. Pedido inicial julgado procedente.

- É cabível o ajuizamento de ação de usucapião por herdeiro condômino, ainda que se trate de posse indivisa.

- Em estando madura a causa, cabe ao Tribunal examinar o mérito do pedido em caso em que o juiz de primeiro grau extinguiu o feito por carência de ação, em sentença reformada por esta Corte.

- Provados os requisitos legais, há que se julgar procedente o pedido de usucapião.

**APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0003.09.031458-8/001 -
Comarca de Abre Campo - Apelantes: Elimas Ribeiro e
outra, Ana Teixeira Leão Ribeiro - Apelados: ausentes,
desconhecidos, incertos e demais interessados, Karina
Leão, representada p/ curador especial da Defensoria
Pública do Estado de Minas Gerais, Roseli Rodrigues Sette
e outros - Relator: DES. EVANDRO LOPES DA COSTA
TEIXEIRA.**

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 17ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na

conformidade da ata dos julgamentos, em DAR PROVI-
MENTO AO RECURSO E, NOS TERMOS DO ART. 515,
§ 3º, DO CPC, JULGAR PROCEDENTE O PEDIDO
INICIAL DA AÇÃO DE USUCAPIÃO.

Belo Horizonte, 9 de junho de 2016. - Evandro
Lopes da Costa Teixeira - Relator.

Notas taquigráficas

DES. EVANDRO LOPES DA COSTA TEIXEIRA -
Trata-se de recurso de apelação, interposto por Elimas
Ribeiro e sua mulher, Ana Teixeira Leão Ribeiro, nos autos
da ação de usucapião movida em face de Sinézio Teixeira
Leão e outros, contra a sentença de f. 253/254-v., que
julgou extinto o processo, sem resolução de mérito, com
base no art. 267, inciso VI, do CPC, ao fundamento de
que ausente o interesse de agir, porque se trata de condomínio *pro indiviso*, decorrente de herança, e os condenou
ao pagamento das custas processuais e dos honorários
de advogado, suspendendo, porém, a exigibilidade, por
força da Lei nº 1.060/50.

Dizem os apelantes que as testemunhas são
unâнимes em dizer que estão na posse exclusiva das duas
casas objeto da presente ação há mais de 20 anos. Por
isso, dizem que não há mais condomínio entre as partes.
Pedem seja dado provimento ao presente apelo para
o fim de que seja julgado procedente o pedido inicial
(f. 257/260).

Apesar de ter havido a devida intimação dos recor-
ridos, não foram apresentadas contrarrazões (f. 263),
à exceção daquela oferecida em nome de Maria da
Conceição Leão Baião, Fernanda Garcia Leão e Wilson
Cardoso pela Defensoria Pública, como curadora espe-
cial (f. 144), que se manifestou às f. 276/276-v., pedindo
a confirmação da sentença.

Incidência do CPC de 1973 na espécie.

De início, registro que já está em vigor o novo
Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015).

No entanto, como a decisão objeto do presente
recurso foi proferida ainda na vigência do CPC de 1973,
é este Código de Processo Civil que irá incidir no exame
do presente feito, pois é sabido que a lei da decisão é a
lei do recurso, ou seja, em se cuidando de recurso, a lei
existente quando da decisão é que é a lei que valerá para
o recurso contra ela interposto.

Feito esse registro, prossigo no exame do feito.

Juízo de admissibilidade.

Conheço do recurso, presentes os pressupostos
de admissibilidade.

Ao meu aviso, a existência de um condomínio não
constitui óbice, por si só, ao ajuizamento de uma ação
de usucapião.

Basta que o autor possua posse localizada e exclu-
siva sobre o imóvel comum.

Por isso mesmo, nada obsta o usucapião entre
herdeiros que sejam condôminos de um mesmo imóvel.

Nesse sentido, já decidiu o Superior Tribunal
de Justiça:

O usucapião por condômino é possível, desde que a
posse seja exercida com exclusividade sobre o bem alme-
jado (julgado anotado por Theotônio Negrão in *Código
de Processo Civil e legislação processual em vigor*, 43. ed.,
2011, p. 990).

Também do STJ é a seguinte decisão, que faz refe-
rência expressa à possibilidade de uma herdeira ajuizar
ação de usucapião:

Ação de usucapião. Herdeira. Possibilidade. Legitimidade.
Ausência de pronunciamento pelo tribunal acerca do caráter
público do imóvel objeto de usucapião que se encontra com
a Caixa Econômica Federal. Provimento do recurso especial.

1. O condômino tem legitimidade para usucapir em nome
próprio, desde que exerça a posse por si mesmo, ou seja,
desde que comprovados os requisitos legais atinentes à
usucapião, bem como tenha sido exercida posse exclusiva
com efetivo *animus domini* pelo prazo determinado em lei,
sem qualquer oposição dos demais proprietários. 2. Há nega-
tiva de prestação jurisdicional em decorrência de não ter o
Tribunal de origem emitido juízo de valor acerca da natu-
reza do bem imóvel que se pretende usucapir, mesmo tendo
os recorrentes levantado a questão em sede de recurso de
apelação e em embargos de declaração opostos ao acórdão.
3. Recurso especial a que se dá provimento para: a) reco-
nhecer a legitimidade dos recorrentes para proporem ação
de usucapião relativamente ao imóvel descrito nos presentes
autos, e b) anular parcialmente o acórdão recorrido, por
violação ao art. 535 do CPC, determinando o retorno dos
autos para que aquela ilustre Corte aprecie a questão atinente
ao caráter público do imóvel (REsp 668131/PR, Rel. Min. Luis
Felipe Salomão, data do julgamento: 19.08.2010, data da
publicação/fonte: DJe de 14.09.2010).

Nesse mesmo sentido já decidiu este Tribunal:

Ação de usucapião entre herdeiros e condôminos. Possibi-
lidade. Réus certos. Citação nominal. - O usucapião por
condômino é possível, desde que a posse seja exercida com
exclusividade sobre o bem almejado. - Versando a ação de
usucapião sobre condomínio *pro indiviso*, a citação nominal
dos condôminos é imprescindível à validade do processo
(Apelação Cível 2.0000.00.299226-1/000, Rel. Des. Dárcio
Lopardi Mendes, data de julgamento: 03.08.2000, data da
publicação da súmula: 15.08.2000).

Assim também já se pronunciou esta Câmara:

Ementa: Ação de usucapião. Herdeiro. Partilha efetuada.
Posse indivisa. Alegação de que possui posse exclusiva de
parte do imóvel. Extinção do feito sem resolução de mérito
ao fundamento de carência da ação por falta de interesse
de agir em virtude da inadequação da ação ajuizada. Não
cabimento. Possibilidade de ajuizamento de ação de usuca-
pião por herdeiro condômino. Sentença cassada. - É cabível
o ajuizamento de ação de usucapião por herdeiro condô-
mino, ainda que se trate de posse indivisa (TJMG, Apelação
Cível 1.0569.11.001488-7/001, Rel. Des. Evandro Lopes da
Costa Teixeira, 17ª Câmara Cível, j. em 06.09.2012, p. em
14.09.2012).

Ainda deste Tribunal de Justiça é a seguinte decisão:

Ementa: Apelação cível. Ação de usucapião. Herdeiros condôminos. Interesse de agir configurado. Requisitos da usucapião cumpridos. Declaração de domínio. Recurso provido. - Os herdeiros que tomarem posse de parte do imóvel objeto da herança, sem oposição dos demais, têm interesse processual em usucapir a respectiva área. Cumpridos os requisitos da usucapião, ou seja, a posse mansa, ininterrupta e com ânimo de dono pelo lapso temporal exigido legalmente, deve ser declarado o domínio dos herdeiros possuidores (TJMG, Apelação Cível 1.0672.11.004192-4/001, Rel. Des. Rogério Medeiros, 14ª Câmara Cível, j. em 03.11.2014, publicação da súmula em 10.11.2014).

Nesse julgado, o eminente Relator assim sustentou:

A sentença deve ser reformada, pois é admissível o ajuizamento da ação de usucapião por herdeiros, se estes comprovarem o exercício da posse de forma plena e exclusiva, com ânimo de dono, pelo tempo previsto legalmente.

A hipótese se assemelha a de um condômino pretender usucapir a totalidade da área, com a justificativa de ter exercido a posse exclusiva, mansa e sem oposição. A jurisprudência deste Tribunal de Justiça é no sentido de que o condômino pode usucapir a totalidade da área em condomínio, desde que comprovados os demais requisitos exigidos em lei:

‘Ementa: Ação de usucapião extraordinária. Condomínio. Possibilidade de usucapir área comum. Posse exclusiva sobre o bem por mais de dez anos. Comprovação. Requisitos preenchidos. - É possível a usucapião entre condôminos, quando a posse em área determinada ou sobre a totalidade do bem tenha sido exercida com exclusividade e sem qualquer reconhecimento da propriedade comum pelo condômino possuidor. Preliminares rejeitadas. Recurso não provido’ (Apelação Cível 1.0145.03.105318-7/001, Rel. Des. Alvimar de Ávila, 12ª Câmara Cível, j. em 26.03.2014, p. em 31.03.2014).

Ementa: Apelação cível. Usucapião extraordinária. Existência de condomínio. Possibilidade. Requisitos do art. 1.238 do CC. Possuidor que estabeleceu no imóvel sua moradia habitual. Prescrição aquisitiva. Ausência do *animus domini*. Tolerância dos demais herdeiros. Posse precária. Sentença mantida. - O usucapião é modo aquisitivo do domínio da coisa ou de certos direitos reais pela posse continuada durante determinado lapso temporal, com o concurso dos requisitos estabelecidos pelo art. 1.238 do CC/02. - A jurisprudência admite a possibilidade de que o condômino adquira a propriedade do imóvel comum através do usucapião, desde que exerça a posse com exclusividade sobre o bem. - ‘O condômino tem legitimidade para usucapir em nome próprio, desde que exerça a posse exclusiva com *animus domini* e sejam atendidos os requisitos legais do usucapião’ (AgRg no AREsp 22.114/GO, DJe 11.11.2013) [...] (Apelação Cível 1.0390.10.002506-8/001, Rel.º Des.º Heloísa Combat, 4ª Câmara Cível, j. em 24.04.2014, p. em 29.04.2014).

Assim, o interesse processual dos autores é patente, pois, aberta a sucessão e estabelecido no bem objeto de herança um condomínio entre os herdeiros, aqueles que houverem exercido, com exclusividade, a posse sobre o imóvel, têm interesse em pretender usucapi-lo. Em casos semelhantes, assim decidiu o TJMG:

Ementa: Usucapião. Imóvel mantido em comunhão com os demais herdeiros. Posse exclusiva pelo condômino. Falta de interesse de agir afastada. - A doutrina e também a jurisprudência deste Tribunal têm admitido a possibilidade de que, aberta a sucessão e estabelecido um condomínio, o condômino adquira a propriedade do imóvel comum através de usucapião, desde que prove, na fase de instrução, que vem exercendo a posse com exclusividade, não havendo que se falar na falta de interesse de agir do autor (Apelação Cível 1.0704.10.008763-1/001, Rel. Des. Batista de Abreu, 16ª Câmara Cível, j. em 29.05.2014, p. em 11.06.2014).

Apelação cível. Ação de usucapião. Falta de interesse processual. Inexistência. Ajuizamento por parte dos herdeiros/condôminos contra os demais. Possibilidade. - É possível o condômino/herdeiro ajuizar ação de usucapião para aquisição de parte determinada de imóvel, ou a totalidade deste, se estiverem presentes os demais requisitos determinados pela lei. Recurso provido e sentença cassada (Apelação Cível 1.0322.09.006323-9/001, Rel.º Des.º Electra Benevides, 10ª Câmara Cível, j. em 20.10.2009, p. em 09.11.2009).

Apelação cível. Ação de usucapião. Posse decorrente de sucessão. Condições. Requisitos presentes. Comprovando o condômino que tinha a posse exclusiva de parte do imóvel, com os requisitos aptos a configurar a prescrição aquisitiva, pelo prazo suficiente, com ânimo de dono e sem a oposição de quem quer que seja, em área localizada e identificada, faz jus à declaração do usucapião em seu favor (TJMG, 18ª Câmara Cível, Apelação nº 1.0604.06.000333-1/001, Rel. Des. Unias Silva, DJ de 22.02.08).

O Superior Tribunal de Justiça também já se manifestou a respeito do tema:

Ação de usucapião. Herdeira. Possibilidade. Legitimidade. Ausência de pronunciamento pelo Tribunal acerca do caráter público do imóvel objeto de usucapião que se encontra com a Caixa Econômica Federal. Provimento do recurso especial. 1. O condômino tem legitimidade para usucapir em nome próprio, desde que exerça a posse por si mesmo, ou seja, desde que comprovados os requisitos legais atinentes à usucapião, bem como tenha sido exercida posse exclusiva com efetivo *animus domini* pelo prazo determinado em lei, sem qualquer oposição dos demais proprietários [...] (REsp 668131/PR, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 19.08.2010, DJe de 14.09.2010).

Desse modo, se comprovado que a composse deixou de existir e que houve o exercício da posse exclusiva, mansa e pacífica por um dos condôminos, sobre toda a área ou sobre parte certa e limitada dela, torna-se possível o usucapião.

Ora, quando se diz que a pretensão usucapienda se torna possível se comprovado que a composse deixou de existir e que, depois disso, houve o exercício da posse exclusiva, mansa e pacífica, por um dos condôminos sobre toda a área ou sobre parte certa e limitada dela, está-se a dizer que, atendidos tais requisitos, o pedido de usucapião deduzido por um herdeiro condômino pode ser julgado procedente.

Assim, ao meu aviso, o pedido, no caso dos autos, é, em tese, cabível.

Outra questão é saber se estão preenchidos os requisitos para o reconhecimento da ocorrência da prescrição aquisitiva e se o pedido deverá, ao final, ser julgado procedente.

Aqui se trata de questão de mérito que demandará o exame de prova.

Diante dessas considerações, entendo que o caso não é de carência de ação, devendo, por isso, ser cassada a sentença recorrida.

De outro lado, está-se a cuidar de causa em que toda a instrução foi concluída.

Trata-se, pois, de uma causa madura.

Assim sendo, cabe aplicar à espécie a norma do art. 515, § 3º, do CPC, que assim dispõe:

Art. 515. A apelação devolverá ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada.

[...]

§ 3º Nos casos de extinção do processo sem julgamento do mérito (art. 267), o tribunal pode julgar desde logo a lide, se a causa versar questão exclusivamente de direito e estiver em condições de imediato julgamento.

Destaco que, a respeito dessa norma, assim anota Theotônio Negrão:

Tendo em vista os escopos que nortearam a inserção do § 3º no art. 515 (celeridade, economia processual e efetividade do processo), sua aplicação prática não fica restrita às hipóteses de causas envolvendo unicamente questões de direito. Desde que tenha havido o exaurimento da fase instrutória na instância inferior, o julgamento do mérito diretamente pelo tribunal fica autorizado, mesmo que existam questões de fato (in *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*. 43. ed. São Paulo: Editora Saraiva, p. 655).

Diante disso, passo ao exame do mérito da ação.

Como sabido, na ação de usucapião, compete ao autor provar sua posse, mansa, pacífica, ininterrupta e com o ânimo de dono pelo tempo exigido legalmente, sob pena de não lhe ser declarado o domínio pretendido.

Na espécie, os autores pretendem a declaração de usucapião com base no art. 1.238 e seu parágrafo único do Código Civil, que assim dispõe:

Art. 1.238. Aquele que, por quinze anos, sem interrupção, nem oposição, possuir como seu um imóvel, adquire-lhe a propriedade, independentemente de título e boa-fé; podendo requerer ao juiz que assim o declare por sentença, a qual servirá de título para o registro no Cartório de Registro de Imóveis.

Parágrafo único. O prazo estabelecido neste artigo reduzir-se-á a dez anos se o possuidor houver estabelecido no imóvel a sua moradia habitual, ou nele realizado obras ou serviços de caráter produtivo.

Ora, por meio das provas testemunhais, os autores comprovaram exercer a posse com ânimo de dono, por cerca de 20 anos, de forma mansa e pacífica, sem oposição alguma.

Com efeito, assim relatou a testemunha ouvida à f. 87:

Que o depoente conhece os autores há mais de 20 anos; que o depoente é vizinho dos autores; que residem na Rua Delfim Moreira, no Centro de Abre Campo/MG; que o imóvel dos autores é o representado nas fotografias de f. 17; que o imóvel de f. 16 é o mesmo da primeira fotografia de f. 17, de cor verde; que o imóvel usucapiendo sempre foi dos pais da autora, Srs. José Petronilho Leão e Maria Leão; que o depoente nunca presenciou terceiros reivindicarem o imóvel usucapiendo; que os autores reformaram o imóvel usucapiendo por várias vezes; que os autores, em razão do tempo em que estão no imóvel, dizem-se proprietários do bem perante a sociedade. [...] Que os autores estão no imóvel há mais de 20 anos.

Por sua vez, assim afirmou a testemunha ouvida à f. 88:

Que o depoente conhece os autores há mais de 20 anos; que o depoente é vizinho dos autores; que residem na Rua Delfim Moreira, no Centro de Abre Campo/MG; que o imóvel dos autores é o representado nas fotografias de f. 17; que o imóvel de f. 16 é o mesmo da primeira fotografia de f. 17, de cor verde; que o imóvel usucapiendo sempre foi dos pais da autora, Srs. José Petronilho Leão e Maria Leão; que o depoente nunca presenciou terceiros reivindicarem o imóvel usucapiendo; que os autores reformaram o imóvel usucapiendo por várias vezes; que os autores, em razão do tempo em que estão no imóvel, dizem-se proprietários do bem perante a sociedade; que o imóvel usucapiendo é todo cercado. [...] Que os autores estão no imóvel há mais de 20 anos.

Dessa forma, restou comprovado o cumprimento dos requisitos legais para a usucapião.

Por conseguinte, têm os autores direito à declaração da usucapião sobre os imóveis indicados na inicial, no memorial descritivo de f. 13/14 e na planta de f. 15.

Posto isso, dou provimento ao recurso para, respeitosamente, cassar a sentença apelada e para, na forma do art. 515, § 3º, do CPC, julgar procedente o pedido inicial para declarar o domínio de Elimas Ribeiro e sua mulher, Ana Teixeira Leão Ribeiro, sobre os imóveis indicados na inicial, no memorial descritivo de f. 13/14 e na planta de f. 15.

Transitado em julgado, expeça-se a ordem para a transcrição do acórdão no Cartório de Registro de Imóveis de Abre Campo.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES EDUARDO MARINÉ DA CUNHA e LUCIANO PINTO.

Súmula - DERAM PROVIMENTO AO RECURSO E, NOS TERMOS DO ART. 515, § 3º, DO CPC, JULGARAM PROCEDENTE O PEDIDO INICIAL DA AÇÃO DE USUCAPIÃO.

...

Consórcio - Aquisição de imóvel - Desistência do consorciado - Restituição das parcelas pagas - Momento da restituição

Ementa: Apelação cível. Ação de restituição de cotas de consórcio. Exclusão do consorciado. Momento de restituição. Contemplação do consorciado ou até 30 dias após o término do grupo. Recurso não provido. Sentença mantida.

- A restituição do montante devido ao consorciado excluído deve ser feita em até trinta dias após o encerramento do grupo (REsp 1119300/RS), ou quando da contemplação de sua cota por sorteio, nos termos do art. 22, § 2º, da Lei nº 11.795/08 (Des. José Marcos Vieira - Relator).

- V.v.: Apelação. Ação de restituição de parcelas. Consórcio para aquisição de imóvel. Desistência do consorciado. Contrato firmado sob a égide da Lei nº 11.795/08. Restituição de parcelas antes do encerramento do grupo. Possibilidade.

- Em se tratando de contrato de consórcio firmado sob a égide da Lei nº 11.795/2008, a restituição das parcelas pagas pode se dar em três oportunidades, a saber: a) havendo fundo de reserva e disponibilidade dos seus recursos, ausente circunstância de maior urgência ou relevo que justifique a sua utilização; b) com a transferência da cota do consorciado desistente, após a quitação das obrigações assumidas pelo consorciado admitido; c) ou após o encerramento do grupo, em até 30 dias (Des.ª Aparecida Grossi - Primeira Vogal vencida).

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0702.14.033129-0/001 - Comarca de Uberlândia - Apelante: Iran Viso - Apelada: BB Administradora de Consórcios S.A. - Relator: DES. JOSÉ MARCOS RODRIGUES VIEIRA

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 16ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO, VENCIDOS A PRIMEIRA E O ÚLTIMO VOGAL.

Belo Horizonte, 29 de junho de 2016. - José Marcos Rodrigues Vieira - Relator.

Notas taquigráficas

DES. JOSÉ MARCOS RODRIGUES VIEIRA - Trata-se de apelação cível interposta da sentença de f. 50/52-TJ, que, nos autos da ação de restituição de cotas de consórcio ajuizada por Iran Viso em face de BB Administradora de Consórcios S.A., julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados na inicial, condenada a ré

a restituir o valor integral das parcelas pagas em até 30 (trinta) dias após o encerramento do grupo.

Inconformado, o autor interpôs apelação às f. 55/59-TJ, alegando que o longo prazo para a restituição dos valores é danoso, visto que possui saúde debilitada. Ademais, argumenta que a coletividade não sofrerá prejuízo com a devolução imediata.

Requer o provimento do apelo.

Contrarrazões às f. 62/66-TJ, pela manutenção da sentença.

É o relatório. Passo a decidir.

Conheço do recurso, presentes os pressupostos de admissibilidade.

O autor, ora apelante, ajuizou a presente ação visando à restituição das cotas de consórcio adquiridas. Segundo a inicial, firmou com a ré o Contrato de Participação em Grupos de Consórcios de Bens Imóveis nº 475.720, grupo 579, cota 409.

Assevera que, em razão de problemas financeiros, as prestações das cotas mensais sofreram reajustes, o que motivou sua retirada do grupo, sem que, todavia, lhe fossem restituídos imediatamente os valores das cotas adquiridas.

Após os trâmites legais, os pedidos foram julgados parcialmente procedentes, sendo condenada a ré a devolver os valores pagos pelo autor. Irresignado, este recorre tão somente quanto ao prazo da devolução, que, a seu ver, deve ser imediata.

Sobre o tema, estabelecem os arts. 22 e 30 da Lei nº 11.795/2008, que dispõe sobre o sistema de consórcio:

Art. 22. A contemplação é a atribuição ao consorciado do crédito para a aquisição de bem ou serviço, bem como para a restituição das parcelas pagas, no caso dos consorciados excluídos, nos termos do art. 30.

§ 1º A contemplação ocorre por meio de sorteio ou de lance, na forma prevista no contrato de participação em grupo de consórcio, por adesão.

§ 2º Somente concorrerá à contemplação o consorciado ativo, de que trata o art. 21, e os excluídos, para efeito de restituição dos valores pagos, na forma do art. 30.

[...]

Art. 30. O consorciado excluído não contemplado terá direito à restituição da importância paga ao fundo comum do grupo, cujo valor deve ser calculado com base no percentual amortizado do valor do bem ou serviço vigente na data da assembléia de contemplação, acrescido dos rendimentos da aplicação financeira a que estão sujeitos os recursos dos consorciados enquanto não utilizados pelo participante, na forma do art. 24, § 1º.

Nesse contexto, resta claro que a restituição do montante devido ao autor deve ocorrer quando da contemplação de sua cota por sorteio (nos termos do art. 22, § 2º, da Lei nº 11.795/08), ou em até trinta dias após o encerramento do grupo.

A jurisprudência predominante no Superior Tribunal de Justiça acerca do momento da devolução das parcelas

pagas ao consorciado desistente acabou sendo sedimentada no julgamento do Recurso Especial Repetitivo nº 1.119.300/RS, fixando-se a tese constante da seguinte ementa:

Recurso especial repetitivo. Julgamento nos moldes do art. 543-C do Código de Processo Civil. Consórcio. Desistência. Devolução das parcelas pagas pelo consorciado. Prazo. Trinta dias após o encerramento do grupo. 1. Para efeitos do art. 543-C do Código de Processo Civil, é devida a restituição de valores vertidos por consorciado desistente ao grupo de consórcio, mas não de imediato, e sim em até trinta dias a contar do prazo previsto contratualmente para o encerramento do plano. 2. Recurso especial conhecido e parcialmente provido (REsp 1119300/RS - Relator: Ministro Luis Felipe Salomão - Segunda Seção - j. em 14.04.2010 - DJe de 27.08.2010).

Sobre o tema, válida também a citação de trecho do voto do Ministro Ruy Rosado de Aguiar, no julgamento do REsp 94266/RS:

Assim como o grupo formado para a aquisição de bens pela modalidade de consórcio, em caso de desistência, não pode servir para o enriquecimento sem causa dos demais participantes, ou da administradora - retendo os valores recebidos e somente restituindo o principal, sem correção monetária, o que, em época de inflação alta, significa devolver o nada -, assim também o consorciado não pode transformar o consórcio, que foi formado para a finalidade de adquirir bens, em oportunidade para aplicação financeira, retirando-se a qualquer tempo e recebendo imediatamente o capital investido, mais correção e juros.

A desistência é sempre um incidente negativo no grupo, que deve se recompor, a exigir transferência da cota, a extensão do prazo ou o aumento das prestações para os remanescentes, etc.

O pagamento imediato ao desistente será um encargo previsto, que se acrescenta à despesa normal. Quem ingressa em negócio dessa natureza e dele se retira por disposição própria não pode ter mais direitos do que o último contemplado com o bem, ao término do prazo previsto para o grupo. Se este, que cumpriu regularmente com todas suas obrigações e aguardou pacientemente a última distribuição, pôde colaborar com os seus recursos para que os outros antes dele fossem contemplados, também o mesmo ônus há de se impor ao desistente, que se retira por decisão unilateral.

Como se vê, a razão para que a devolução seja feita apenas ao término do grupo, ou em caso de contemplação, é o prejuízo causado pela retirada unilateral do consorciado desistente.

De fato, a recomposição do grupo, com extensão do prazo ou aumento das prestações, é acontecimento imprevisto, causado por um consorciado em prejuízo dos demais.

Assim, acertada a sentença, que, a despeito de condenar a ré a restituir os valores pagos pelo autor, determinou que tal restituição só deverá ocorrer em até 30 dias após o encerramento do grupo.

Forte em tais razões de decidir, nego provimento ao recurso, para manter, *in totum*, a sentença apelada.

Custas recursais, pelo apelante. Suspensa a exigibilidade, por litigar sob o pálio da justiça gratuita.

DES.ª APARECIDA GROSSI - Peço vênia ao eminente Relator para divergir de seu judicioso voto, pelos fundamentos a seguir expostos.

O consumidor que se torna incapaz de saldar as prestações assumidas pode desistir do consórcio, à vista dos princípios da liberdade contratual e da autonomia da vontade.

A questão é saber qual o momento correto para a devolução das parcelas.

Para tanto, deve ser observada a data de celebração do contrato de consórcio.

Importante esclarecer que até o advento da Lei nº 11.795/08, os consórcios eram regulados por ampla e esparsa legislação: Leis nºs 4.728/65, 5.768/71, 7.691/88 e 8.177/91; Decretos nºs 70.951/72, 72.411/73 e 97.384/88; Portaria do Ministério da Fazenda nº 191/89; e Circulares do Banco Central nºs 2.766/97, 2.769/97, 2.774/97, 2.797/97, 2.821/98, 2.861/99, 3.073/01, 3.084/02 e 3.085/02, entre outras.

E foi sob essa ótica - da legislação anterior - que o Superior Tribunal de Justiça sedimentou, em sede de recurso representativo da controvérsia (REsp 1119300/RS), o entendimento de que é devida a restituição das parcelas pagas pelo consorciado desistente, em até trinta dias a contar do encerramento do plano de consórcio.

Entretanto, após atenta leitura dos votos proferidos pelos Ministros integrantes da 2ª Seção daquele Tribunal à época do julgamento, conclui-se que a adoção da tese repetitiva, quanto à impossibilidade de imediata devolução das parcelas, não se aplica aos casos em que o contrato de consórcio foi celebrado sob a égide da Lei nº 11.795/2008, sendo esse exatamente o caso dos autos.

Impende registrar que não desconheço a natureza do contrato de consórcio, que, por se tratar de um instrumento plurilateral, cria diversos vínculos obrigacionais, devendo a relação entre o grupo e o consorciado individualmente considerado obedecer ao disposto no art. 3º, § 2º, da Lei 11.795/08, prevalecendo, primordialmente, o interesse da coletividade.

Lado outro, a aplicação de tal regra deve se dar com ressalvas, mormente quando há flagrante violação dos direitos dos consorciados, quando individualmente considerados.

É nessa ordem de ideais que destaco a necessidade de aplicação da Lei nº 11.795/2008, a qual dispõe, em seus arts. 22, § 2º, 23 e 27, § 2º, a possibilidade de restituição do consorciado excluído antes do término do grupo, *in verbis*:

Art. 22. A contemplação é a atribuição ao consorciado do crédito para a aquisição de bem ou serviço, bem como para a restituição das parcelas pagas, no caso dos consorciados excluídos, nos termos do art. 30.

[...]

§ 2º Somente concorrerá à contemplação o consorciado ativo, de que trata o art. 21, e os excluídos, para efeito de restituição dos valores pagos, na forma do art. 30.

Art. 23. A contemplação está condicionada à existência de recursos suficientes no grupo para a aquisição do bem, conjunto de bens ou serviços em que o grupo esteja referenciado e para a restituição aos excluídos.

[...]

Art. 27. O consorciado obriga-se a pagar prestação cujo valor corresponde à soma das importâncias referentes à parcela destinada ao fundo comum do grupo, à taxa de administração e às demais obrigações pecuniárias que forem estabelecidas expressamente no contrato de participação em grupo de consórcio, por adesão.

[...]

§ 2º O fundo de reserva, se estabelecido no grupo de consórcio, somente poderá ser utilizado para as finalidades previstas no contrato de participação, inclusive para restituição a consorciado excluído.

Ao tratar do tema, em seu judicioso voto, a Ministra Nancy Andrighi, quando do julgamento do já citado REsp nº 1.119.300/RS, assim se manifestou:

Inicialmente, há de se ter em mente que não é absoluta a regra segundo a qual, diante de eventual conflito de interesses entre o grupo e um determinado consorciado, o fiel da balança deve pender para o lado da coletividade. Essa regra cede nas situações em que se constatar a violação de direitos tutelados pelo próprio ordenamento jurídico em prol do consorciado individualmente considerado.

[...]

Há de se destacar, porém, que a conclusão de que essa devolução deve sempre ser imediata é contraditória com a própria sistemática adotada pela Lei nº 11.795/08, que, como visto, autoriza que o consorciado excluído continue a participar dos sorteios mensais 'para efeito de restituição dos valores pagos'. Ora, se, ao decidir pelo veto parcial, a Presidência manteve a contemplação como uma das hipóteses de devolução das parcelas pagas pelo consorciado retirante, é incoerente concluir que essa restituição deva sempre ser imediata. Também merece ponderação o argumento apresentado por parte da doutrina para defender a devolução das parcelas somente ao final, no sentido de que, se, de um lado, o afastamento do participante provoca a diminuição de ingresso de capital no grupo, de outro lado, fica reduzido o encargo do mesmo grupo, que terá de entregar um bem ou serviço a menos.

Do ponto de vista exclusivamente pragmático, o raciocínio pode convencer, pois não cabe dúvida de que, mesmo com o desligamento de um dos consorciados, o resultado final se manterá inalterado, isto é, cada integrante terá pago quantia correspondente ao preço do bem ou serviço objeto do consórcio (considerando apenas as contribuições para a conta destinada à aquisição do bem, ou seja, desprezando os valores pagos a outros títulos, como taxa de administração e fundo de reserva), e, em contrapartida, terá sido contemplado com este bem ou serviço.

Porém, não se pode esquecer que, reduzido o número de integrantes do grupo, para que a arrecadação mensal seja mantida, os consorciados remanescentes serão, a rigor, obrigados a aumentar sua contribuição, de modo a compensar o valor que deixa de ser pago pelo consorciado excluído. Assim, ainda que a retirada de um consorciado implique uma contemplação a menos, é precipitado afirmar que tal

fato, por si só, não acarreta prejuízo aos demais participantes do grupo.

Portanto, o desafio que se projeta na resolução da controvérsia é compatibilizar a legislação aplicável às diversas hipóteses de desistência do consorciado, de modo a fixar, para cada uma delas, o momento em que se dará a restituição das contribuições feitas, contemporizando os direitos e os interesses do grupo e dos consorciados individualmente considerados.

E, visando apresentar possíveis desfechos para o desligamento antecipado de um consorciado, a Ministra fixou algumas premissas, a serem observadas:

(i) as mensalidades pagas por cada consorciado são destinadas a, no mínimo, duas contas distintas: (a) contribuição ordinária, para aquisição do bem ou serviço (fundo comum) (art. 5º, II, da Circular nº 3.432/09 do Bacen); e (b) taxa de administração (art. 5º, IV, da Circular nº 3.432/09 do Bacen). Podem, ainda, ser contratualmente estipuladas outras duas contas; (c) fundo de reserva (art. 5º, V, da Circular nº 3.432/09 do Bacen); e (d) seguro de vida (art. 5º, VII, a, da Circular nº 3.432/09 do Bacen); (ii) enquanto a cota do consorciado excluído não for assumida por um terceiro, a arrecadação mensal do fundo comum será deficitária, na medida em que a conta não receberá numerário suficiente para aquisição do bem ou serviço daquele que for contemplado; (iii) o grupo possui alternativas para suprir a perda da parcela paga pelo consorciado dissidente, sem a necessidade de majorar as contribuições mensais, utilizando recursos provenientes: (a) do fundo de reserva (art. 14, I, da Circular nº 3.432/09 do Bacen); (b) de multas e juros de mora recebidos de consorciados inadimplentes (art. 25, parágrafo único, da Lei nº 11.795/08); e (c) da aplicação financeira do numerário existente no fundo comum (art. 25, parágrafo único, da Lei nº 11.795/08); (iv) o princípio da boa-fé objetiva (art. 422 do CC/02) obriga a administradora a enviar esforços máximos no reembolso do consorciado dissidente, providenciando a restituição assim que houver recursos suficientes para tanto, desde que não haja comprometimento da continuidade do grupo; (v) o consorciado retirante ficará sujeito às penalidades contratuais estipuladas para os casos de desligamento (art. 10, § 5º, Lei nº 11.795/08), bem como indenizará os prejuízos suportados pelo grupo, sendo tais encargos descontados do valor a restituir (art. 53, § 2º, do CDC).

Forte nos argumentos sustentados pela eminente Julgadora, acrescento que não é razoável ou proporcional obrigar o autor a aguardar, por 200 meses - mais de 16 anos -, para ser restituído da quantia paga.

Sustentar esse posicionamento seria negar vigência ao direito fundamental do autor à moradia, expressamente previsto no art. 6º da CF/88.

Isso porque os recursos que ficarão retidos por mais de uma década poderiam ser utilizados para a aquisição de outro imóvel, ou, ainda, em tempos de crise, para custeio do seu sustento e de sua família.

Por tais razões, no caso dos autos, penso que a devolução dos valores pagos pode se dar de três formas: a) através da transferência da cota do autor para terceiros, na forma do art. 13 da Lei nº 11.795/08, incumbindo ao consorciado admitido realizar o pagamento integral das obrigações - parcelas vencidas e vincendas - no prazo remanescente para o término do grupo, compensando o

grupo pelo valor a ser devolvido ao consorciado dissidente, na forma do art. 31 da Circular nº 3.432/09 do Bacen; b) mediante a contemplação do autor, enquanto consorciado desistente, nos termos do art. 22, § 2º, da Lei nº 11.795/08, sendo-lhe devolvidos os valores pagos, após abatimento das taxas contratuais; c) ou em até 30 dias, contados do encerramento do grupo do consórcio.

Noutro giro, imperioso destacar que a alegação de prejuízo ao grupo de consórcio da restituição das parcelas antes do seu encerramento deve vir acompanhada de prova efetiva nesse sentido.

Isso porque, como bem ressaltou a Ministra Nancy Andriighi,

o grupo pode ter outras fontes de renda e garantias que revertam para a compensação da queda de arrecadação do fundo mútuo, quais sejam: (i) encargos moratórios pagos por integrantes inadimplentes (art. 25, parágrafo único, primeira parte, da Lei nº 11.795/08), (ii) remuneração auferida com a aplicação das contribuições pagas pelos consorciados (art. 25, parágrafo único, primeira parte, da Lei nº 11.75/08); e (iii) fundo de reserva (art. 27, § 2º, da Lei nº 11.795/08).

No caso, não cuidou a ré de produzir qualquer prova nesse sentido, até porque o contrato prevê a formação de fundo de reserva (f. 29 - cláusula 7), o que nos permite concluir pela necessária aplicação do entendimento aqui exposto.

Com tais considerações, voto pelo parcial provimento do recurso do autor para:

a) determinar a devolução dos valores pagos, abatidas as despesas e taxas contratuais caso a cota do autor seja cedida para terceiro, assim que o novo consorciado recolher, a título de obrigações vencidas, valor equivalente ao crédito a ser restituído;

b) determinar que a devolução se dê mediante a contemplação do autor, enquanto consorciado desistente, nos termos do art. 22, § 2º, da Lei nº 11.795/08, sendo-lhe devolvidos os valores pagos, após abatimento das taxas contratualmente previstas;

c) não ocorrendo nenhuma das hipóteses anteriores, a devolução deverá se dar por ocasião do encerramento do grupo, em até 30 dias.

Em razão do parcial provimento dado ao recurso, altero os ônus da sucumbência, condenando ambas as partes, em igual proporção, ao pagamento das custas, inclusive recursais, e dos honorários, que arbitro em R\$1.500,00, vedada a compensação da verba honorária, ex vi do art. 85, § 14, do NCPC.

Suspendo a exigibilidade de tais verbas em relação ao autor, por estar litigando sob o pálio da justiça gratuita.

DES. PEDRO ALEIXO - De acordo com o Relator.

DES. OTÁVIO DE ABREU PORTES (PRESIDENTE)

- Em virtude do voto divergente, o julgamento ficará suspenso nos termos do art. 942 do CPC/15.

Sessão de julgamento do dia 29.06.2016.

DES. OTÁVIO DE ABREU PORTES (PRESIDENTE)

- Em virtude do voto divergente, o julgamento veio da sessão do dia 08.06.2016.

DES. OTÁVIO DE ABREU PORTES - Estou de acordo com o eminente Relator.

Em caso semelhante, manifestei-me como Relator nos autos da Apelação Cível nº 1.0702.13.009096-3/001, em acórdão a seguir ementado:

Direito do consumidor. Ação anulatória/declaratória de cláusula contratual e rescisão de contrato. Consórcio de bem imóvel. Consorciado desistente. Parcelas pagas. Restituição. Prazo. Trinta dias após encerramento do grupo. Tema consolidado por recurso repetitivo. Taxa de administração. Legalidade. Juros de mora. Termo inicial de incidência. Critérios. Fixação. 1. A restituição de valores vertidos por consorciado desistente ao grupo de consórcio, mas não de imediato, e sim em até trinta dias a contar do prazo previsto contratualmente para o encerramento do plano. 2. As administradoras de consórcio têm liberdade para fixar a respectiva taxa de administração, nos termos do art. 33 da Lei nº 8.177/91 e da Circular nº 2.766/97 do Banco Central, não havendo falar em ilegalidade ou abusividade da taxa contratada superior a 10% (dez por cento). 3. Assumindo que somente existe obrigação da administradora do consórcio de restituir as parcelas pagas no prazo de trinta dias após o termo do grupo, não há que falar em mora antes deste evento, e obviamente também não há falar em incidência de juros. - V.v.: - A restituição das parcelas pagas pelo consorciado quando da sua retirada do grupo, deve ser procedida de forma imediata, não havendo que se aguardar o encerramento do respectivo grupo. Deve ser reduzido o percentual fixado a título de taxa de administração quando este se mostrar elevado, colocando o consumidor em desvantagem exagerada e beneficiando sobremaneira a administradora do consórcio (TJMG - Apelação Cível nº 1.0702.13.009096-3/001 - Relator: Des. Otávio Portes - 16ª Câmara Cível - j. em 17.02.2016 - p. em 26.02.2016).

DES. WAGNER WILSON FERREIRA - Também estou divergindo do voto condutor, mas em menor extensão que o voto proferido pela douta Primeira Vogal.

Vigora no direito brasileiro o princípio da obrigatoriedade dos contratos, que rege as relações jurídicas decorrentes dos acordos de vontade firmados livremente entre as partes, o que faz com que as respectivas disposições contratuais tenham força de lei em relação àqueles que contrataram.

Assim, a princípio, a execução do contrato deverá ser realizada nos exatos termos em que foi estipulado, como se as suas cláusulas fossem disposições legais para aqueles que as firmaram.

No entanto, com o advento da Constituição Federal, passou-se a dar ênfase ao caráter social dos contratos, fazendo com que o princípio da obrigatoriedade do contrato não mais vigorasse de forma absoluta.

E nessa ótica, a meu ver, a cláusula contratual que estabelece que a devolução das parcelas pagas pelo consorciado desistente ou excluído somente ocorrerá após o encerramento do grupo, devendo ser considerada abusiva.

Isso porque a administradora do consórcio “fica livre” para vender a outro aquela cota, recebendo inclusive todo o seu valor, o que afasta a ideia de prejuízo do consórcio, de desequilíbrio econômico-financeiro do grupo ou de redistribuição dos respectivos ônus aos consorciados remanescentes, como costumam alegar os consórcios.

O consorciado desligado ou excluído é substituído por outro, do qual serão recebidas as parcelas vencidas e vincendas, conforme disposto no art. 23, I e II, da Circular nº 2766/1997 do Banco Central do Brasil.

Ressalte-se que, ainda que se considere a não substituição do ex-consorciado, a sua retirada não causaria prejuízos aos demais consorciados, porque, se, por um lado, provocaria a diminuição de ingresso de capital no grupo, por outro, ficaria diminuído o encargo do mesmo grupo, que entregaria um bem a menos.

Assim, a devolução das parcelas pagas pelo consorciado desistente deve ser efetivada no momento da sua exclusão do respectivo grupo, devendo a correção monetária incidir a partir do desembolso de cada parcela, a fim de recompor o valor da moeda e os juros a partir da citação.

Em casos análogos, já tive a oportunidade de me manifestar por diversas vezes:

Ação ordinária de rescisão contratual c/c restituição. Consórcio. Consorciado desistente. Parcelas pagas. Restituição imediata. - A restituição das parcelas pagas pelo consorciado, quando da sua retirada do grupo, deve ser procedida de forma imediata, não havendo que se aguardar o encerramento do respectivo grupo. - A correção monetária deve incidir a partir do desembolso de cada parcela, com vistas a recompor o valor da moeda (Número do processo: 1.0338.08.069315-7/001 - Numeração única: 0693157-19.2008.8.13.0338 - Relator: Des. Wagner Wilson - j. em 30.06.2010 - p. em 30.07.2010).

Conclusão.

Com esses fundamentos, dou provimento ao recurso, para condenar a apelada à devolução imediata das parcelas pagas pelo apelante, devendo ser corrigidas monetariamente desde a data de cada desembolso, com juros de mora desde a citação.

Considerando a reforma do julgado, condeno a requerida ao pagamento da integralidade das custas processuais e dos honorários sucumbenciais, que fixo em R\$1.500,00.

É como voto.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO, VENCIDOS A PRIMEIRA E O ÚLTIMO VOGAL.

...

Responsabilidade civil - Danos morais - Menor de idade - Suspeita de maus-tratos - Acionamento da PM e do Conselho Tutelar pelas médicas que prestaram atendimento - Dever legal - Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) - Ausência de dolo ou culpa

Ementa: Apelação cível. Direito constitucional e administrativo. ECA. Prazo para contestar. Litisconsortes. Procuradores distintos. Prazo em dobro. Termo inicial. Juntada do último mandado. Revelia. Inocorrência. Menor. Suspeita de maus-tratos. Manchas roxas pelo corpo. Acionamento, por partes das médicas que prestaram atendimento, do Conselho Tutelar e da PMMG. Dever legal. Dano moral. Alegação de constrangimento. Inocorrência. Preservação da integridade física da criança, à época, com apenas oito meses de idade. Recurso não provido.

- Conta-se em dobro o prazo para contestar quando há litisconsortes representados por advogados distintos, iniciando-se o prazo uno a partir da juntada aos autos do último mandado de citação. Aplicação do disposto nos arts. 191 e 241, III, do CPC/73.

- A responsabilidade civil do Estado, quando atribuída a uma conduta omissiva, demanda a demonstração da culpa e, no caso de dano atribuído a erro médico, exige a comprovação da negligência ou imperícia, sob pena de se aplicar à Administração Pública a teoria do risco integral.

- O ônus de comprovar os elementos necessários à constituição da responsabilidade civil recai sobre o autor.

- Já na responsabilidade civil subjetiva, para que reste configurado o dever de indenizar, é necessária a presença de três requisitos, a saber, o ato ilícito, o dano e a relação de causalidade entre a conduta lesiva e o prejuízo experimentado pela vítima.

- O estabelecimento de saúde tem o dever de comunicar à autoridade competente acerca de suspeita de maus-tratos relativamente à criança, nos termos do art. 245 do Estatuto da Criança e do Adolescente, sob pena de cometimento de infração administrativa com multa.

- O menor, à época, com oito meses de idade, apresentava diversas marcas arroxeadas pelo corpo, decorrentes de hemofilia, que só seria descoberta um ano depois. Assim, a suspeita das profissionais se mostrava plausível, e a atitude por elas tomada não se mostrou abusiva, somente demonstrando a preocupação com o bem-estar do bebê.

- Os autores não demonstraram que houve um excesso nem qualquer conduta inapropriada por parte dos servi-

dores que lhes causaram o alegado dano, não restando demonstrado o nexo causal para a configuração da responsabilidade civil do município.

- Da mesma maneira, não há que se falar em responsabilização das médicas requeridas, visto que não comprovado o necessário nexo de causalidade entre a conduta perpetrada e o dano supostamente experimentado.

- Preliminar rejeitada. Recurso não provido.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0145.12.052985-7/001
- Comarca de Juiz de Fora - Apelantes: P.G.G.A.S. representado pela mãe M.G.L. e outros, M.G.L. - Apelados: M.H.J., G.A.S. e outro, Município Juiz de Fora, Policlínica de Benfica - Relatora: DES.ª HELOÍSA COMBAT

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em REJEITAR A PRELIMINAR E NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 23 de junho de 2016. - *Heloísa Combat* - Relatora.

Notas taquigráficas

DES.ª HELOÍSA COMBAT - Trata-se de apelação cível interposta por P.G.G.A.S., neste ato representado por sua mãe, M.G.L., também autora da ação, pretendendo a reforma da r. sentença proferida pela MM. Juíza de Direito Auxiliar da 2ª Vara da Fazenda Pública e Autarquias da Comarca de Juiz de Fora, que julgou improcedente o pedido formulado em Ação de Indenização por Danos Morais proposta contra o Município de Juiz de Fora e outros.

A douta Magistrada primeva condenou os requerentes ao pagamento de honorários advocatícios arbitrados em R\$1.000,00 (mil reais) e custas processuais, suspendendo a exigência, em razão da justiça gratuita concedida.

Nas razões de f. 295/297-v., os apelantes suscitam preliminar de revelia das 3ª e 4ª rés.

No mérito, reiteram os argumentos lançados na inicial, aduzindo, em suma, que a mãe do autor foi injustamente acusada pelas requeridas (médicas de plantão) de agressão ao menor, que não agiram com a cautela necessária. Pontuam que restou demonstrado que houve negligência, imprudência e imperícia por parte de todos os envolvidos, especialmente das profissionais que emitiram laudo de agressão sem fazerem exames complementares para tal constatação. Ao final, pugnam pelo provimento do recurso.

I - Da preliminar de revelia da terceira e quarta requeridas.

Os apelantes arguem, em preliminar, a revelia da terceira e quarta demandadas, o que passo a analisar, por se tratar de matéria de ordem pública.

Entretanto, vislumbro não assistir razão aos recorrentes, pois, na hipótese, há litisconsórcio passivo, estando cada um dos réus representado por advogado diferente, caracterizando-se situação que enseja a aplicação do disposto no art. 191 do CPC/73.

Versa o mencionado dispositivo que: “Art. 191. Quando os litisconsortes tiverem diferentes procuradores, ser-lhes-ão contados em dobro os prazos para contestar, para recorrer e, de modo geral, para falar nos autos”.

Antônio Carlos Marcato esclarece sobre esse preceito que: “A regra legal justifica-se em razão da dificuldade maior que o defensor de cada um dos litisconsortes terá para consultar os autos” (MARCATO, Antônio Carlos. *Código de Processo Civil interpretado*. São Paulo: Atlas Jurídico, 2004, p. 498).

A regra relativa aos prazos processuais é de extrema relevância para assegurar às partes o direito fundamental à ampla defesa e ao contraditório, não podendo ser estabelecidas a esse respeito restrições que não constam na norma, sob pena de ficar o litigante em situação de insegurança em relação aos prazos.

A previsão legal é clara e objetiva, exigindo-se, para a aplicação do prazo em dobro, apenas que haja mais de uma parte no mesmo polo da lide, ocorrendo o litisconsórcio, e que esses estejam representados por procuradores distintos.

No que tange ao termo inicial para a contagem, cumpre aplicar a regra do art. 241, III, do CPC, começando a correr o prazo da data da juntada aos autos do último mandado citatório cumprido.

No caso concreto, a ação foi proposta contra o Município de Juiz de Fora, Policlínica Benfica, Márcia Helena Jardim e Gláucia Alvim da Silva (f. 2). Da análise dos mandados de citação constantes dos autos, depreende-se que o último deles foi juntado em 05.11.2012 (f. 45-v.), quando passou a ter início o prazo para contestar, uno em relação a todos os litisconsortes.

O interregno admitido para a prática do ato deve equivaler a 30 dias para as requeridas e 60 dias para o ente público, considerando os art. 188 e 191 do CPC/73, como exposto. Assim sendo, o prazo para as rés contestarem findou apenas em 4 de dezembro de 2012, tendo sido apresentada em tempo a resposta das requeridas, em 19.11.2012 (f. 70).

Rejeito a preliminar.

II - Mérito.

Conforme relatado pela r. sentença, cuidam os autos de ação de indenização por danos morais proposta por P.G.G.A.S. e sua mãe, M.G.L., contra o Município de Juiz de Fora, Policlínica de Benfica, Márcia Helena Jardim e Gláucia Alvim da Silva, alegando que, no dia 7 de setembro de 2009, encaminharam-se à Policlínica de Benfica, naquele município, para que o autor P. recebesse

atendimento médico, pois haviam surgido diversas manchas roxas esverdeadas pelo seu corpo. Relatam terem sido atendidos pelas médicas Márcia Helena Jardim e Gláucia Alvim da Silva, e que ambas afirmaram que as manchas eram provenientes de agressão, descartando a hipótese de alguma doença sanguínea. Alegam que foi realizado apenas um exame de raio-X do tórax, não sendo administrado nenhum tipo de medicamento. Afirmam que as rés cogitaram a possibilidade de P. estar sendo agredido pela cunhada da autora, responsável por cuidar do menor. Diante da condição do requerente e por ser menor, as médicas, ora rés, acionaram a Polícia Militar e o Conselho Tutelar e pediram para que os autores o aguardassem. Ressaltam que, além da situação vexatória e constrangedora, foram privados de sua liberdade. Após os policiais e os representantes do Conselho Tutelar chegarem ao local, foi lavrado o boletim de ocorrência acostado às f. 22/23, bem como foi solicitado que os autores comparecessem ao IML para a realização de um exame de corpo de delito. Aduzem que a médica perita alegou que o exame não era necessário, pois as manchas eram resultados de agressão. Alegam que as manchas voltaram a aparecer nos meses subsequentes, tendo sido procurados outros médicos e realizados novos exames, sem, contudo, chegarem a um diagnóstico. Somente em janeiro de 2010, o autor P. foi diagnosticado com hemofilia "A", tendo sido iniciado o tratamento. Alegam que, se as médicas rés, representantes do Município de Juiz de Fora, não tivessem agido com imprudência, imperícia e negligência, os autores não teriam passado pelos transtornos e danos psicológicos. Diante disso, pleitearam uma indenização por danos morais no valor de R\$31.100,00 (trinta e um mil e cem reais) para cada um dos requerentes.

Portanto, e sem maiores delongas, pretendem os autores a condenação dos réus a indenizá-los por danos morais que julgam terem sofrido em virtude de um erro de diagnóstico cometido pelas médicas rés, contratadas pelo ente público, que, diante de um quadro de hemofilia do autor, suspeitaram que o mesmo era vítima de maus-tratos, acionando a Polícia Militar e o Conselho Tutelar.

Cabe, dessa forma, analisar se há, nos autos, elementos que nos levem a concluir pela existência de responsabilidade civil dos réus.

Inicialmente, em relação ao Município de Juiz de Fora, deve ser ressaltado que a responsabilidade civil por ação ou omissão atribuível aos entes públicos obedece ao preceito do art. 37, § 6º, da Constituição Federal, que versa:

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 no caso de dolo ou culpa.

Resulta do dispositivo que os elementos necessários para a configuração da responsabilidade do Poder Público são a ocorrência de uma conduta que possa ser atribuída ao Poder Público e a consequente configuração de um dano, independentemente da licitude do ato, de falha do serviço ou culpa do agente público.

O ônus da prova desse tripé necessário à configuração da responsabilidade civil do Estado recai sobre a parte autora, dispensando-se apenas a demonstração do elemento subjetivo.

No entanto, em se tratando de responsabilidade por omissão do Poder Público, necessário se faz demonstrar a sua culpabilidade, ou seja, que o agente tinha o dever de agir e não o fez.

Admitir a responsabilidade do Estado por condutas omissivas sem se indagar a respeito da culpa implicaria a responsabilidade integral, desvirtuando a lógica sobre a qual se fundamenta a responsabilidade objetiva, apoiada na teoria do risco administrativo e na repartição dos encargos, como decorrência do Estado Democrático de Direito.

Assim, a omissão poderá constituir fundamento da responsabilidade civil quando representar violação a um dever de agir, caracterizando uma conduta culposa na modalidade de negligência.

Além disso, exige-se a demonstração de que a omissão atribuída ao agente público constituiu causa eficiente do dano, e o ônus de comprovar essa circunstância recai sobre a parte autora, por estar afeta aos elementos constitutivos do seu direito.

Já em relação às profissionais que atenderam o autor, tem-se a configuração da responsabilidade subjetiva. Dessa forma, o lesado deve provar o evento danoso, o dano e o nexo de causalidade, não bastando a existência de indícios da culpabilidade, pois esta deve ser concretamente demonstrada para que importe na obrigação de indenizar.

Nesse sentido conceitua a doutrina:

Para que haja ato ilícito, necessária se faz a conjugação dos seguintes fatores: a existência de uma ação; a violação da ordem jurídica; a imputabilidade; a penetração na esfera de outrem. Desse modo, deve haver um comportamento do agente positivo (ação) ou negativo (omissão), que, desrespeitando a ordem jurídica, cause prejuízo a outrem, pela ofensa a bem ou a direito deste. Esse comportamento (comissivo ou omissivo) deve ser imputável à consciência do agente, por dolo (intenção) ou por culpa (negligência, imprudência, imperícia), contrariando seja um dever geral do ordenamento jurídico (delito civil), seja uma obrigação em concreto (inexecução da obrigação ou de contrato) (BITTAR, Carlos Alberto. *Responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência*. 2. ed. Saraiva, p. 93/95).

A obrigação de indenizar se assenta na demonstração da conduta culposa do agente (negligência, imperícia ou imprudência), da existência do dano efetivo e do nexo de causalidade entre o ato e o resultado lesivo,

pressupostos que, se não demonstrados, afastam o dever de indenizar.

E, após analisar detidamente todo o processado, tenho que os autores não se desincumbiram de tal ônus, não tendo sido demonstrado o necessário nexo causal entre o suposto dano moral sofrido e a conduta dos requeridos.

De início, cumpre esclarecer que o estabelecimento de saúde tem o dever de comunicar a autoridade competente acerca de suspeita de maus-tratos relativamente à criança, nos termos dos arts. 13 e 245 do Estatuto da Criança e do Adolescente, sob pena de cometimento de infração administrativa com multa.

Nesse ponto, mostra-se compreensível a atitude das requeridas de acionar o Conselho Tutelar e a PMMG ao constatarem manchas arroxeadas pelo corpo do autor, à época do ocorrido, um bebê com apenas oito meses de idade. Do boletim de ocorrência anexado às f. 22/23, constata-se o seguinte:

[...] solicitante e conselheira tutelar, nos relatando que a envolvida M. vem a ser mãe da vítima, a criança de nome P.G. Segundo a citada conselheira, o menor apresentava manchas escuras nos braços, com suspeição de lesão. Pelo exposto a vítima foi medicada na Policlínica de Benfica onde foi atendida na ficha de n. 713 pela Dra. Gláucia, CRM 28118, constatando hematomas no cotovelo esquerdo, braço direito, glúteo e couro cabeludo. Feito contato com a mãe da criança, Sra. M., esta nos informou que seriam problemas de pele e que já teria levado a criança ao pediatra. Pelo que não havendo constatação ou flagrante a solicitante foi orientada, ficando de fazer as averiguações junto ao órgão específico, bem como exames de corpo de delito na criança (sic).

Dos depoimentos tomados dos informantes em audiência, depreende-se que após a lavratura do referido boletim, nenhuma outra providência foi tomada (vide f. 263, linhas 25/27).

Assim, verifica-se que não houve nenhuma exposição dos autores além daquela necessária. Observa-se que os dizeres do B.O. de f. 22-v. (supratranscritos) deixam claro que se tratava de suspeita de maus-tratos e, por isso, a necessidade da realização dos exames de praxe para o caso, não sendo afirmado, em momento algum, que a criança foi vítima de agressão. Entendo que as requeridas, o conselho tutelar e a PMMG se mostraram estritamente preocupados em apurar o ocorrido, para melhor elucidar os fatos e resguardar o supremo interesse do menor, conforme notícia a cunhada da própria autora em seu depoimento (f. 263, linha 30/31).

Lado outro, deve ser ressaltado que, conforme a narrativa dos próprios autores, somente após passar por diversos médicos e realizar uma série de exames, foi possível detectar que o primeiro autor era portador de hemofilia A. E, conforme o depoimento do informante Roberto Ahouagi Nehme, em f. 262, que, na época dos fatos, era diretor clínico da Policlínica de Benfica, o estabelecimento era destinado a atender casos de urgência

e emergência e não possuía estrutura para a realização de exames mais complexos do que aqueles realizados. Segundo ele:

[...] os exames específicos para diagnosticar hemofilia seriam de fator 8 e do fator 9, sendo que a policlínica não faz esses exames; que, por serem específicos, na rede pública, seriam feitos pelo Hemominas; que não pode o médico da urgência e emergência expedir guias que não sejam de urgência.

Assim, diante dos recursos disponíveis, as rés agiram em conformidade com a ética e o dever legal.

Nesse sentido, são as palavras do ilustre Promotor atuante em Primeira Instância:

[...] ora, não é exigível que as rés tivessem agido de maneira diversa, considerando que as lesões que o primeiro autor apresentava sugeriam possível agressão. Uma simples olhada nas fotos trazidas aos autos sugere tal conclusão. E, diante do quadro do menor, que aparecia em frente aos médicos com manchas roxas por todo o corpo, mais razoável pensar em agressão do que em doença rara, que não poderia ser diagnosticada com os recursos existentes naquela unidade de saúde. Além disso, as rés tiveram cuidado e diligência para com o menor, visando seu bem-estar, considerando que os casos de agressão são muito mais frequentes do que os casos de hemofilia (sic - f. 285-v./286).

Cumpre ainda mencionar a conclusão do parecer emitido pelo Conselheiro do CRM/MG, Dr. José Carvalho Gaspar, aprovado na Sessão Plenária do dia 14 de dezembro de 2012, em consulta formulada pelas requeridas (f. 241/245):

[...] em conclusão, pode-se afirmar que, diante da suspeita de maus-tratos contra uma criança, como relatado pelas consulentes, o respeito ao segredo em desfavor da denúncia pode acarretar danos ao paciente, alvo de toda a atenção do médico, o qual, por dever de ofício, exerce o importante papel de guardião da saúde e da vida. Dessa forma, a comunicação da suspeita de maus-tratos às autoridades competentes, ou seja, Conselho Tutelar ou Juizado da Infância e Juventude, do local de moradia da possível vítima, por um médico, é conduta embasada tanto na ética quanto no cumprimento de um dever legal. Como ressaltado anteriormente, basta a suspeita de maus-tratos para que medidas preventivas sejam tomadas.

Assim, uma vez que os autores não demonstraram que houve um excesso nem qualquer conduta inapropriada por parte dos servidores que lhes causaram o alegado dano, não resta demonstrado o nexo causal para a configuração da responsabilidade civil do município.

Da mesma maneira, não há que se falar em responsabilização das médicas requeridas, visto que não comprovado o nexo de causalidade na demanda. Além disso, a imputação de responsabilidade civil às médicas dependeria da existência de todos os elementos da responsabilização subjetiva, incluído dolo ou culpa, os quais também não se fizeram presentes. Não se comprovou vontade finalisticamente dirigida ao resultado ocorrido (dolo),

tampouco ficou demonstrada situação de negligência, imprudência ou imperícia (culpa) das médicas corréis.

Diante de tais considerações, mostra-se irreto-cável a r. sentença, que concluiu pela improcedência dos pedidos iniciais.

Pelo exposto, rejeito a preliminar e nego provimento ao recurso, mantendo o r. *decisum* combatido, por seus doughtos fundamentos.

Custas, *ex lege*.

Votaram de acordo com a Relatora os DESEMBARGADORES RENATO DRESCH e DÁRCIO LOPARDI MENDES.

Súmula - REJEITARAM A PRELIMINAR E NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Golpe do envelope vazio -

Depósito - Terminal de autoatendimento - Serviço bancário - Prestação - Falha - Resolução 3.694/2009 do Bacen - Princípio da boa-fé objetiva - Inobservância - Relação de consumo - Responsabilidade objetiva - Dever de indenizar

Ementa: Apelação cível. Razões parcialmente dissociadas da sentença recorrida. Preliminar de não conhecimento do recurso suscitada em sede de contrarrazões, parcialmente acolhida. Ação de indenização por danos materiais. Instituição financeira. Golpe do envelope vazio. Relação de consumo. Responsabilidade objetiva. Ausência de prestação das informações necessárias à livre escolha e à tomada de decisões do correntista, que foi induzido a erro. Ofensa à Resolução nº 3.694/2009 do Bacen e ao princípio da boa-fé objetiva. Defeito na prestação do serviço configurado. Danos materiais. Procedência.

- A apelação que apresenta desenvolvimento de tese parcialmente divorciada do pronunciamento judicial recorrido não deve ser conhecida na parte que viola o princípio da dialeticidade.

- 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.

- Versando a lide sobre pretensão indenizatória por fato de serviço defeituoso prestado por fornecedor à consumidora, segundo dispõe o *caput* do art. 14 da Lei 8.078/90, é dispensável a verificação da existência de culpa do banco, uma vez que sua responsabilidade é objetiva. Assim, somente se exime o réu de indenizar os danos

causados à autora, caso obtivesse êxito em demonstrar que não houve defeito na prestação do serviço, ou que a cliente tenha sido a única responsável pelo ocorrido, ou, ainda, que o prejuízo tivesse decorrido exclusivamente de ato de terceiro, sem que aquele tenha concorrido para o evento (art. 14, § 3º, II, CDC).

- O banco-réu não trouxe qualquer prova da existência de normas regulamentando o serviço de depósito de recursos financeiros através de envelopes padronizados, disponíveis nos terminais de autoatendimento, ônus que lhe incumbia, nos termos do art. 333, II, do CPC/73. É certo, ainda, que o réu não assegurou a integridade e a confiabilidade das transações realizadas na conta-corrente da autora, além de não ter prestado, com fidelidade, as informações necessárias à livre escolha e à tomada de decisões por parte de sua cliente, em ofensa à Resolução nº 3.694/2009 do Bacen.

- Ao somar o valor do depósito, realizado através de envelope, no terminal de autoatendimento, ao saldo da conta-corrente, deixando de avisá-la, de forma clara e expressa, que aquela operação estava sujeita à posterior conferência e/ou compensação, o réu gerou na autora a fundada expectativa de que a operação havia sido realizada de forma legítima.

- Mister se faz destacar que cada vez são mais comuns as ocorrências de eventos como o narrado nos presentes autos, vulgarmente conhecidos como “golpe do envelope vazio”, certamente em razão da falta de transparência das informações prestadas pelos bancos aos clientes, que são levados a crer que as quantias depositadas por terceiros, através de envelopes em terminais de autoatendimento, foram, de imediato, creditadas em sua conta-corrente, motivo pelo qual as instituições financeiras têm a obrigação de, frequentemente, aperfeiçoar os meios de que dispõem para evitar a ação de criminosos.

- Não obstante a evidente fraude praticada contra a autora, através de estelionato, ainda assim, restou caracterizada a responsabilidade civil do réu, em razão dos riscos do negócio, coadjuvada pela ausência de adoção de procedimentos de segurança que resguardassem a sua cliente, tal como bloqueio do valor até a posterior conferência do envelope, ou mesmo a inclusão da informação, no extrato bancário, de que o valor depositado estava sujeito a futura compensação ou conferência.

- Tal excludente de responsabilidade civil não se enquadra na circunstância dos autos. *In casu*, malgrado a responsabilidade civil do banco-réu ser objetiva, relativamente a seus clientes, na hipótese dos autos, ele agiu com culpa *in ommittendo*, por não ter se cercado das cautelas de praxe para evitar a ação de meliantes. Portanto, o evento danoso não teve como causa exclusiva a ação de margi-

nais, mas, ao revés, foi adjuvada pela negligência do réu, o que constitui falha na prestação de serviço.

- É devida à autora, portanto, a indenização por danos materiais, relativos à perda patrimonial decorrente do “golpe do envelope vazio” de que foi vítima.

**APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0145.14.053150-3/001 -
Comarca de Juiz de Fora - Apelante: Banco Bradesco S.A.
- Apelado: Pedreira Santo Cristo Indústria e Comércio
Ltda. - Relator: DES. EDUARDO MARINÉ DA CUNHA**

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 17ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, à unanimidade, em ACOLHER PARCIALMENTE A PRELIMINAR DE NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO, POR OFENSA AO PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE, SUSCITADA EM SEDE DE CONTRARRAZÕES, E NÃO CONHECER DE PARTE DO RECURSO. NA PARTE CONHECIDA, NEGAR-LHE PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 9 de junho de 2016. - *Eduardo Mariné da Cunha* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. EDUARDO MARINÉ DA CUNHA - Trata-se de ação de indenização por danos materiais ajuizada por Pedreira Santo Cristo Indústria e Comércio Ltda. em face do Banco Bradesco S.A.

Notícia a exordial que a autora atua na área de exploração, beneficiamento e comercialização de material britado para construção civil e é correntista do banco-réu.

Em setembro do ano de 2014, a requerente recebeu uma solicitação de compra de material de uma sociedade empresária denominada “Campanholi”, no valor de R\$2.544,00, a ser pago através de depósito bancário.

Posteriormente, um funcionário da autora recebeu uma ligação de um preposto da “Campanholi”, informando que, equivocadamente, havia sido depositada a quantia de R\$11.900,00, na conta-corrente de que aquela é titular, junto ao réu.

Após a confirmação do alegado depósito bancário, realizado por equívoco, inclusive com a soma da quantia ao saldo que constava na conta-corrente e, ainda, posteriores débitos, a autora devolveu o valor à sociedade empresária “Campanholi”, por meio de transferência bancária.

Ocorre que, para a surpresa da requerente, foi constatado que o depósito realizado pela “Campanholi” havia sido estornado, visto que o envelope bancário, que supostamente continha a quantia de R\$11.900,00, estava vazio.

Concluindo ter sido vítima de um golpe, a autora procedeu ao registro da ocorrência junto à autoridade policial, sem, contudo, obter êxito na recuperação do valor.

Sustentou a requerente que restou configurado o defeito na prestação de serviço fornecido pelo banco-réu, já que o valor que foi creditado em sua conta-corrente, em nenhum momento, apresentou-se bloqueado, e, somente após várias operações financeiras, inclusive com débitos realizados sobre a quantia, foi feito o estorno.

Discorreu sobre os pressupostos da responsabilidade civil e pugnou, ao final, pela procedência da ação, para que o requerido fosse condenado a indenizá-la pelos danos materiais causados, no valor de R\$11.900,00.

Juntou os documentos de f. 08/30.

Adoto o relatório da sentença de f. 77/80 e acrescento que o MM. Juiz a quo julgou procedentes os pedidos iniciais, condenando o réu ao ressarcimento do valor de R\$11.900,00, corrigido, monetariamente, pelos índices da CGJ, desde a data do depósito (05.09.2014, f. 26), e acrescido de juros de mora de 1% ao mês, a partir da citação.

Condenou o réu ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, que fixou em 10% sobre o valor da condenação.

Inconformado, o requerido interpôs apelação, às f. 82/87, defendendo que inexistia defeito na prestação de serviço, requisito essencial à configuração da obrigação de indenizar. No mérito, defendeu que a requerente não faz jus à indenização por danos morais.

Contrarrazões às f. 92/96, suscitando preliminar de não conhecimento do recurso, visto que o apelante apresenta toda a sua tese baseada na suposta ausência de danos morais, assunto que não é tratado na ação. No mérito, bateu-se pelo desprovisionamento do apelo.

É o relatório.

Ab initio, faz-se imperioso o esclarecimento de que o presente apelo deve ser examinado à luz do CPC de 1973, tendo em vista que a legislação aplicável é aquela vigente por ocasião da decisão.

Veja-se o disposto no art. 14 da Lei nº 13.105/2015, que instituiu o novo Código de Processo Civil, *in verbis*:

Art. 14. A norma processual não retroagirá e será aplicável imediatamente aos processos em curso, respeitados os atos processuais praticados e as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da norma revogada.

Aqui também é importante ressaltar o Enunciado Administrativo nº 2 do STJ, a título argumentativo:

Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas, até então, pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

No mesmo sentido é o Enunciado nº 54 da 2ª Vice-Presidência do TJMG:

54. A legislação processual que rege os recursos é aquela da data da publicação da decisão judicial, assim considerada sua publicação em cartório, secretaria ou inserção nos autos eletrônicos.

Sobre o tema, preleciona o Professor Fredie Didier Júnior:

As normas processuais novas aplicam-se aos processos pendentes (arts. 14 e 1.046, CPC).

O art. 14 é mais completo, pois ressalva que a aplicação imediata da norma processual deve respeitar 'os atos processuais praticados e as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da norma revogada'.

O dispositivo é muito bem escrito. Ele esclarece que não há nada de especial na aplicação de uma norma processual. A peculiaridade (se de fato existe alguma) é que o processo é uma realidade fática e jurídica bem complexa. O processo é um complexo de fatos jurídicos e de situações jurídicas, conforme demonstramos no item anterior.

O processo é uma espécie de ato jurídico. Trata-se de um ato jurídico complexo. Enquadra-se o processo na categoria 'ato-complexo de formação sucessiva': os vários atos que compõem o tipo normativo sucedem-se no tempo, porquanto seja um conjunto de atos jurídicos (atos processuais), relacionados entre si, que possuem um objetivo comum, no caso do processo judicial, a prestação jurisdicional.

Cada ato que compõe o processo é um ato jurídico que merece proteção. Lei nova não pode atingir ato jurídico perfeito (art. 5º, XXXVI, CF/1988), mesmo se ele for um ato jurídico processual. Por isso, o art. 14 do CPC determina que se respeitem 'os atos processuais praticados'.

Dois exemplos: a) recurso de agravo de instrumento interposto antes da vigência do novo CPC, em hipótese para a qual hoje não é cabível esse recurso, permanecerá pendente e deverá ser julgado - a regra nova não pode atingir um ato jurídico perfeitamente praticado nos termos da legislação anterior; b) arrematação perfeita ao tempo do Código revogado, não pode agora ser desfeita por conta da aplicação da regra nova, como a que decorre do art. 891, parágrafo único. Mas o processo também pode ser encarado como um efeito jurídico.

Nesse sentido, processo é o conjunto das relações jurídicas que se estabelecem entre os diversos sujeitos processuais (partes, juiz, auxiliares de justiça, etc.). Essas relações jurídicas processuais formam-se em diversas combinações: autor-juiz, autor-réu, autor-perito, juiz-órgão do Ministério Público etc. Repita-se o que se disse acima: o termo 'processo' serve, então, tanto para designar o ato do processo com a relação jurídica que dele emerge.

Há direitos processuais: direitos subjetivos processuais e direitos potestativos processuais - direito ao recurso, direito de produzir uma prova, direito de contestar etc. O direito processual é uma situação jurídica ativa. Uma vez adquirido pelo sujeito, o direito processual ganha proteção constitucional e não poderá ser prejudicado por lei. Lei nova não pode atingir direito adquirido (art. 5º, XXXVI, CF/1988), mesmo se for um direito adquirido processual.

Por isso o art. 14 do CPC determina que se respeitem 'as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da norma revogada'.

Dois exemplos.

a) Publicada a decisão, surge para o vencido o direito ao recurso. Se a decisão houver sido publicada ao tempo do Código revogado e contra ela coubessem, por exemplo, embargos infringentes (recurso que deixou de existir), a situação jurídica ativa 'direito aos embargos infringentes' se teria consolidado; essa situação jurídica tem de ser protegida. Assim, mesmo que o novo CPC comece a vigor durante a fluência do prazo para a parte interpor embargos infringentes, não há possibilidade de a parte perder o direito a esse recurso, pois se trata de uma situação jurídica processual consolidada.

b) No CPC revogado, o Poder Público possuía prazo em quádruplo para contestar; no CPC atual, o prazo é dobrado. Com a citação, surge a situação jurídica 'direito à apresentação de defesa'. Assim, mesmo que o CPC comece a vigor durante a fluência do prazo de apresentação da contestação, que se iniciou na vigência do Código passado, será garantido ao Poder Público o prazo quádruplo.

A aplicação imediata da norma processual não escapa à determinação constitucional que impede a retroatividade da lei para atingir ato jurídico perfeito e o direito adquirido (DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 17. ed. Salvador: Jus Podivm, 2015. v. 1, p. 56-57).

No mesmo sentido, é a doutrina de Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero:

[...] A legislação processual civil superveniente impacta de maneira imediata os processos pendentes, desde que respeitados eventuais direitos adquiridos processuais e os atos processuais perfeitos. Há efeito retroativo quando a lei nova é aplicada a situações jurídicas já consolidadas. O efeito retroativo é vedado pelo direito constitucional brasileiro (art. 5º, XXXVI, CF e 14, CPC). Há efeito imediato quando a legislação é aplicada a partir do momento em que entra em vigor, regendo as situações jurídicas posteriores. [...]. O processo, considerado globalmente, é uma situação pendente até que advenha o trânsito em julgado. É uma atividade, por definição, projetada no tempo. O processo é um procedimento em contraditório, um procedimento adequado à consecução dos fins do Estado Constitucional, formado por vários atos processuais. Alguns desses atos já foram realizados - consideram-se já praticados e imunes à eficácia da lei nova, sob pena de retroatividade e ofensa ao ato processual perfeito. Outros atos já foram praticados e há relativa independência com os demais atos que devem seguir na cadeia procedimental. Nesse caso, a lei processual nova vincula a partir desse momento (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 113).

Vêm a pelo, ainda, as lições de Humberto Theodoro Júnior:

Mesmo quando a lei nova atinge um processo em andamento, nenhum efeito tem sobre os fatos ou atos ocorridos sob o império da lei revogada. Alcança o processo no estado em que se achava no momento de sua entrada em vigor, mas respeita os efeitos dos atos já praticados, que continuam regulados pela lei do tempo em que foram consumados. Se, por exemplo, a lei nova não mais considera título executivo um determinado documento particular, mas se a execução já havia sido proposta ao tempo da lei anterior, a execução

forçada terá prosseguimento normal sob o império ainda da norma revogada. Em suma: as leis processuais são de efeito imediato perante os feitos pendentes, mas não são retroativas, pois só os atos posteriores à sua entrada em vigor é que se regularão por seus preceitos

Tempus regit actum.

Deve-se, pois, distinguir, para aplicação da lei processual nova, quanto aos processos:

a) exauridos: nenhuma influência sofrem;

b) pendentes: são atingidos, mas respeita-se o efeito dos atos já praticados;

c) futuros: seguem totalmente a lei nova (THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 56. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. v. 1, p. 38-39).

I - Preliminar de não conhecimento do recurso, suscitada em sede de contrarrazões.

Feitas as necessárias considerações iniciais, analiso, de início, a preliminar de não conhecimento do recurso, por ofensa ao princípio da dialeticidade, suscitada pela apelada, em sede de contrarrazões.

A recorrida aduz que a apelação aviada pelos autores apresenta toda a sua tese recursal baseada na suposta ausência de danos morais, assunto que não é tratado na ação que ajuizou.

Em análise da aludida peça recursal, verifica-se que assiste parcial razão à apelada.

De fato, o recorrente, no tópico de sua apelação intitulado “2.3 Dos supostos danos experimentados”, discorre sobre um suposto pedido de indenização por danos morais que teria sido deferido pelo Magistrado primevo na sentença vergastada.

Entretanto, não há, na inicial, qualquer pedido de indenização compensatória por danos morais, ou mesmo deferimento, a tal título, na sentença, razão pela qual a apelação, nesse tópico, não merece ser conhecida, por ofensa ao art. 514, II, do CPC/73, *in verbis*:

Art. 514. A apelação, interposta por petição dirigida ao juiz, conterá:

[...]

II - os fundamentos de fato e de direito; [...].

Por outro lado, nota-se da peça recursal que o réu defende, expressamente, no tópico 2.2, inexistir defeito na prestação de serviço, pugnando, assim, pela improcedência da ação.

A propósito, permito-me transcrever o seguinte trecho da petição recursal:

Assim, verificando-se que o serviço foi prestado pelo fornecedor com observância de todas as regras legais e contratuais existentes no bojo da relação com o consumidor, não haverá defeito na prestação do mesmo, na medida em que haverá o fornecimento da segurança que o consumidor dele pode esperar, não havendo que se falar em dever de indenizar eventual dano causado.

Inexistindo defeito na prestação de serviço, não há que se falar em dever de indenizar atribuível ao banco réu, consoante o Código de Defesa do Consumidor.

Assim, nota-se que falha alguma houve na prestação do serviço do banco réu no caso em tela, devendo a r. sentença

de fls., ser reformada e a ação ser julgada totalmente improcedente (f. 85).

Verifica-se, portanto, que o apelante, nas razões alhures transcritas, impugnou diretamente o *decisum* primevo, deduzindo, de forma fundamentada, as razões pelas quais entende que a sentença, que julgou procedente o pedido inicial, de indenização por danos materiais, deve ser reformada, observando, nesse particular, o princípio da dialeticidade.

Dessarte, acolho parcialmente a preliminar de não conhecimento da apelação, suscitada em sede de contrarrazões, por ofensa ao princípio da dialeticidade, e deixo de conhecer do tópico do recurso que discorre acerca da indenização compensatória por danos morais.

II - Mérito.

Conheço de parte do recurso, presentes os pressupostos legais de sua admissibilidade.

Os pressupostos da obrigação de indenizar, seja relativamente ao dano contratual, seja relativamente ao dano extracontratual, são, no dizer de Antônio Lindbergh C. Montenegro:

a - o dano, também denominado prejuízo; b - o ato ilícito ou o risco, segundo a lei exija ou não a culpa do agente; c - um nexo de causalidade entre tais elementos. Comprovada a existência desses requisitos em um dado caso, surge um vínculo de direito por força do qual o prejudicado assume a posição de credor e o ofensor a de devedor, em outras palavras, a responsabilidade civil (*Ressarcimento de danos*. Âmbito Cultural Edições, 1992. v. 2, p. 13).

A relação jurídica estabelecida entre as partes da presente ação é tipicamente de consumo, por ser a autora correntista do banco-réu, consoante extrato bancário de f. 26.

Nos termos do art. 3º da Lei nº 8.078/90, “serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária”.

Consoante prestante ensinamento de Uderico Pires dos Santos:

Atividade bancária é a desempenhada pelos bancos, cujo funcionamento é autorizado pelo Banco Central do Brasil e por ele fiscalizado. Os estabelecimentos dessa natureza atuam no polo fornecedor, por serem prestadores de serviço; consumidores são os que descontam títulos de créditos, fazem investimentos, depósitos, cobranças, etc. (*Teoria e prática do Código de Proteção e Defesa do Consumidor*. Ed. Paumape, 1992. p. 36).

No mesmo sentido são as lições de Arruda Alvim:

Todos os elementos exigidos pelo Código de Defesa do Consumidor para a caracterização de serviço, isto é, atividade fornecida no mercado de consumo mediante remuneração, estão presentes na atividade bancária [...] (*Código do Consumidor comentado*. São Paulo: RT, 1995. p. 40).

A relação de consumo, sobre a qual incidem as normas protetivas elencadas ao longo do Código de Defesa do Consumidor, pode ser identificada, conforme ensina Paulo Luiz Netto Lôbo,

pela ostensiva e necessária tutela jurídica de uma das partes, como princípio delimitador do poder contratual dominante do fornecedor (LÔBO NETTO, Paulo Luiz. *Contratos no Código do Consumidor*: pressupostos gerais. *Revista dos Tribunais*, v. 705, p. 45-50).

Versando a lide sobre pretensão indenizatória por fato de serviço defeituoso prestado por fornecedor a consumidora, segundo dispõe o *caput* do art. 14 da Lei 8.078/90, é dispensável a verificação da existência de culpa da instituição financeira requerida, uma vez que sua responsabilidade é objetiva.

Segundo prestantes lições de Zelmo Denari,

O art. 14 disciplina a responsabilidade por danos causados aos consumidores em razão da prestação de serviços defeituosos, em exata correspondência com o disposto no comentado art. 12. *Mutatis mutandis*, valem as considerações ali enunciadas, no sentido de que a responsabilidade se aperfeiçoa mediante o concurso de três pressupostos: defeito de serviço, evento danoso e relação de causalidade entre o defeito do serviço e o dano (*Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. v. 1, p. 93).

Assim, somente se exime o réu de indenizar os danos causados à autora, caso obtivesse êxito em demonstrar que não houve defeito na prestação do serviço, ou que a cliente tenha sido a única responsável pelo ocorrido, ou, ainda, que o prejuízo tivesse decorrido exclusivamente de ato de terceiro, sem que aquele tenha concorrido para o evento (art. 14, § 3º, II, CDC).

Na hipótese dos autos, além de ser objetiva a responsabilidade do réu, as provas constantes dos autos convergem no sentido do acatamento da tese defendida na peça vestibular, tendo a requerente obtido êxito em demonstrar que o requerido concorreu para a ocorrência do evento danoso, por falha no serviço disponibilizado aos clientes.

O art. 333, II, do Estatuto Adjetivo Civil de 1973, determina que:

Art. 333. O ônus da prova incumbe:
[...]

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

A respeito dessa distribuição do ônus da prova, leciona Cândido Rangel Dinamarco:

O princípio do interesse é que leva a lei a distribuir o ônus da prova pelo modo que está no art. 333 do Código de Processo Civil, porque o reconhecimento dos fatos constitutivos aproveitará ao autor e o dos demais ao réu; sem prova daqueles, a demanda inicial é julgada improcedente e, sem prova dos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos, provavelmente a defesa do réu não obterá sucesso (*Instituições de direito*

processual civil. 2. ed. São Paulo: Melhoramentos, 2002. v. 3, p. 73).

Amaral Santos, citando Betti, observa:

O critério da distribuição do ônus da prova deduzida do ônus da afirmação evoca a antítese entre ação, no sentido lato, e exceção, também no sentido lato, a cujos ônus respectivos se coordena o ônus da afirmação para os fins da prova. O ônus da prova - é útil insistir - é determinado pelo ônus da afirmação, e este, por sua vez, é determinado pelo ônus da demanda, que assume duas posturas diferentes, apresentando-se da parte do autor, como ônus da ação, e da parte do réu como ônus da exceção.

Prossegue:

Em suma, quem tem o ônus da ação tem o de afirmar e provar os fatos que servem de fundamento à relação jurídica litigiosa; quem tem o ônus da exceção tem o de afirmar e provar os fatos que servem de fundamento a ela. Assim ao autor cumprirá provar os fatos constitutivos, ao réu os impeditivos, extintivos ou modificativos (*Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, v. 4, p. 33).

Consonante relatado, a autora, em setembro de 2014, recebeu uma solicitação de compra no valor de R\$2.544,00, a ser pago através de depósito bancário.

Um funcionário da requerente, dias depois, recebeu uma ligação do preposto da cliente interessada, informando que, equivocadamente, havia sido depositada a quantia de R\$11.900,00 na conta-corrente de que aquela é titular, junto ao réu.

Após a confirmação do alegado depósito bancário, realizado por equívoco, a autora devolveu o valor à cliente, por meio de transferência bancária.

Ocorre que, posteriormente, foi constatado que o depósito realizado pela suposta cliente havia sido estornado, já que o envelope bancário, que supostamente continha a quantia de R\$11.900,00, estava vazio, concluindo a autora ter sido vítima de fraude.

É sabido que o serviço bancário de depósito de recursos financeiros por meio de envelopes padronizados, disponíveis nos terminais de autoatendimento das instituições financeiras, não é regulamentado pelo Banco Central do Brasil.

Segundo informações extraídas do sítio eletrônico do Bacen (<http://www.bcb.gov.br/pt-br/#!/home>), a prestação de serviços por meios alternativos aos convencionais (isto é, a realização de depósitos através de envelopes a serem inseridos nos terminais de autoatendimento, em oposição à realização do procedimento pessoal, nos caixas físicos) é uma opção das instituições financeiras, sendo os procedimentos operacionais estabelecidos por cada uma delas.

Por outro lado, de acordo com a Resolução nº 3.694/2009, a instituição financeira deve garantir a integridade, a confiabilidade, a segurança e o sigilo das transações realizadas, assim como a legitimidade dos serviços prestados, em face dos direitos dos clientes e dos

usuários, devendo informá-los dos riscos existentes. Além disso, deve prestar as informações necessárias à livre escolha e à tomada de decisões por parte de seus clientes e usuários.

A propósito, confira-se o art. 1º da Resolução 3.694/2009, com redação dada pela Resolução nº 4.283/2013:

Art. 1º As instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil, na contratação de operações e na prestação de serviços, devem assegurar: [...]

II - a integridade, a confiabilidade, a segurança e o sigilo das transações realizadas, bem como a legitimidade das operações contratadas e dos serviços prestados;

III - a prestação das informações necessárias à livre escolha e à tomada de decisões por parte de clientes e usuários, explicitando, inclusive, direitos e deveres, responsabilidades, custos ou ônus, penalidades e eventuais riscos existentes na execução de operações e na prestação de serviços; [...].

In casu, o banco-réu não trouxe qualquer prova da existência de normas regulamentando o procedimento do serviço de depósito de recursos financeiros por meio de envelopes padronizados, disponíveis nos terminais de autoatendimento, ônus que lhe incumbia, nos termos do art. 333, II, do CPC/73.

É certo, ainda, que o réu não assegurou a integridade e a confiabilidade das transações realizadas na conta-corrente da autora, além de não ter prestado, com fidelidade, as informações necessárias à livre escolha e à tomada de decisões por parte de sua cliente, em ofensa à Resolução nº 3.694/2009 do Bacen.

Vê-se do extrato de f. 26 que, após o depósito da quantia de R\$11.900,00 na conta-corrente da autora, referida quantia foi imediatamente somada ao saldo existente, de R\$88.100,66.

Não há qualquer informação de que o valor depositado estava sujeito a posterior conferência ou compensação, ou mesmo que estivesse bloqueado, até que fosse conferido o envelope que, supostamente, continha a referida quantia.

Foram realizadas, ao todo, doze operações de débito na conta-corrente da autora, após o crédito do depósito fraudulento, levando em conta tal valor como integrante do saldo total disponível para uso. Apenas em momento posterior, a quantia foi estornada, sob a rubrica de “oper irregular autoat - envelope vazio”.

Conclui-se, assim, que a forma como procedeu o banco-réu violou, além da Resolução nº 3.694/2009 do Bacen, o princípio da boa-fé objetiva, que rege os negócios jurídicos desde a fase pré-contratual até o fim do cumprimento das obrigações assumidas pelas partes.

Tal princípio estabelece o dever de ambas as partes da relação contratual agirem, uma em relação à outra, com total lealdade, honestidade e transparência, respeitando as expectativas que suas atitudes fizerem surgir, honrando a confiança que em si foi depositada.

A esse respeito, ensina Judith Martins-Costa, definindo os institutos da *supressio* e da *surrectio*, derivações diretas do princípio da boa-fé objetiva:

A expressão *supressio* indica um duplo e correlato fenômeno, derivado de um mesmo fato e fundamentado num mesmo valor, a confiança: o passar do tempo pode, em certas situações, fazer desaparecer situações jurídicas ou direitos subjetivos que não foram exercidos durante um certo lapso por seu titular, desde que o não exercício tenha causado à contraparte um benefício, em razão da confiança de que aquela situação ou direito não seria mais usado.

Acima escrevemos que a confiança, para além de constituir pressuposto de toda e qualquer ordem jurídica que se queira como tal, atuando como verdadeiro cimento da convivência coletiva, é também uma necessidade desta mesma ordem. Por isto mesmo não é traduzida meramente em objetos ideais, abstratos, estáticos ou absolutos. Como um bem cultural que é, dotado de existência necessária à ordem jurídico-social, a confiança é dotada do caráter de realizabilidade típico dos fenômenos culturais.

Isto significa dizer que, em cada Ordenamento, a confiança encontra particular e concreta eficácia jurídica como fundamento de um conjunto de regras que permitem, de um lado, a observância do pactuado e, de outro, a coibição da deslealdade, nesta hipótese possuindo eficácia limitadora do exercício de direitos subjetivos e formativos justamente para coibir a contradição desleal (Comentários ao novo Código Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. 5, t. 1, p. 314-315).

Mais à frente, completa:

Na Alemanha, onde o instituto nasceu, as primeiras decisões consagradoras da *supressio* datam de 1873, sendo atribuídas à hipótese de uma ‘demora desleal no exercício de direitos’. Com o passar do tempo, vieram as decisões a ser reconduzidas ao princípio da boa-fé, centrando-se o seu núcleo na proteção das expectativas do devedor de ver prosseguido um estado de fato gerado pela pessoa que, tendo criado uma imagem de não exercício, rompe, de súbito, o estado gerado. Seu escopo é mais o de proteger a situação da contraparte do que vedar o comportamento do titular do direito. O beneficiário a ser tutelado é justamente quem, se tendo livrado de uma adstrição antes existente, recuperou uma permissão genérica de aproveitamento, ou quem, tendo conquistado uma vantagem particular, adquiriu uma permissão específica de aproveitamento, ou seja, um direito subjetivo. É por isso que, à *supressio*, corresponde, ativamente, a *surrectio*, que é o nascimento do direito subjetivo em razão da inércia da contraparte (Op. cit., p. 316-317).

A aplicação direta de tal instituto, no Direito brasileiro, já foi consagrada pelo Superior Tribunal de Justiça:

Condomínio. Área comum. Prescrição. Boa-fé. Área destinada a corredor, que perdeu sua finalidade com a alteração do projeto e veio a ser ocupada com exclusividade por alguns condôminos, com a concordância dos demais. Consolidada a situação há mais de vinte anos sobre área não indispensável à existência do condomínio, é de ser mantido o *statu quo*. Aplicação do princípio da boa-fé (*supressio*). Recurso conhecido e provido (STJ - REsp nº 214.680/SP - Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar - j. em 10.08.99 - DJ de 16.11.99, p. 214 - Lex-STJ 128/228 - RSTJ 130/366).

A nosso aviso, ao somar o valor do depósito, realizado através de envelope no terminal de autoatendimento, ao saldo da conta-corrente, deixando de avisá-la, de forma clara e expressa, que aquela operação estava sujeita à posterior conferência e/ou compensação, o réu gerou na autora a fundada expectativa de que a operação havia sido realizada de forma legítima.

Em face da crença que lhe foi inculcada de que o valor de R\$11.900,00 foi, de fato, depositado por equívoco em sua conta-corrente, a autora devolveu o numerário ao terceiro (que, em verdade, era um estelionatário), conforme comprova o documento de f. 23.

Assim, em decorrência da aplicação da boa-fé objetiva, considerando a série de atos operacionais praticados pelo réu, dando conta de que o valor de R\$11.900,00 havia sido creditado na conta-corrente da autora, conclui-se que ele perdeu o direito de reputar ilegítimo o depósito efetuado através de envelope vazio.

Mister se faz destacar que cada vez são mais comuns as ocorrências de eventos como o narrado nos presentes autos, vulgarmente conhecidos como “golpe do envelope vazio”, certamente em razão da falta de transparência das informações prestadas pelos bancos aos clientes, que são levados a crer que as quantias depositadas por terceiros, através de envelopes em terminais de autoatendimento, foram, de imediato, creditadas em sua conta-corrente, motivo pelo qual as instituições financeiras têm a obrigação de, frequentemente, aperfeiçoar os meios de que dispõem para evitar a ação de criminosos.

Não obstante a evidente fraude praticada contra a autora, através de estelionatário, ainda assim, restou caracterizada a responsabilidade civil do réu, em razão dos riscos do negócio, coadjuvada pela ausência de adoção de procedimentos de segurança que resguardassem a sua cliente, tal como bloqueio do valor até a posterior conferência do envelope, ou mesmo a inclusão da informação, no extrato bancário, de que o valor depositado estava sujeito a futura conferência ou compensação.

Saliente-se que somente haveria falar em reconhecimento da excludente de responsabilidade civil, por fato de terceiro, na hipótese de ser este o único responsável pelo evento danoso, eliminando, totalmente, o nexo causal.

Nesse sentido, eis o magistério do saudoso Caio Mário da Silva Pereira:

Nos seus efeitos, a excludente oriunda do fato de terceiro assemelha-se à do caso fortuito ou de força maior, porque, num e noutro, ocorre a exoneração.

Mas, para que tal se dê na excludente pelo fato de terceiro, é mister que o dano seja causado exclusivamente pelo fato de pessoa estranha. Se para ele tiver concorrido o agente, não haverá isenção de responsabilidade: ou o agente responde integralmente pela reparação, ou concorre com o terceiro na composição das perdas e danos (*Responsabilidade civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992. p. 300).

Outrossim, confira-se a lição de José de Aguiar Dias:

O fato de terceiro pode, também, constituir motivo de isenção da responsabilidade civil.

[...]

Em relação ao fato de terceiro, que figura, ao lado do caso fortuito ou de força maior, como fundamento de isenção, naquela expressão genérica de causa estranha, usada pelo art. 1.382 do Código Civil francês, há uma certa corrente de opinião que a reconhece sempre e sempre, como excludente de responsabilidade [...]. Outros, porém, só em determinadas condições lhe atribuem tal efeito. Para dar, em fórmula sintética, o pensamento da segunda corrente, a que aderimos, podemos dizer que o fato de terceiro só exonera quando realmente constitui causa estranha ao devedor, isto é, quando elimine, totalmente, a relação de causalidade entre o dano e o desempenho do contrato. A questão é essencialmente ligada ao problema do nexo causal e parece-nos que não tem sido estudada desse ponto de vista. Em última análise, todo fato que importe exoneração de responsabilidade tira esse efeito da circunstância de representar a negação de causalidade (*Da responsabilidade civil*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994. v. 2, p. 678-679).

Tal excludente de responsabilidade civil não se enquadra na circunstância dos autos. *In casu*, malgrado a responsabilidade civil do banco-réu ser objetiva, relativamente a seus clientes, na hipótese dos autos, ele agiu com culpa *in omittendo*, por não ter se cercado das cautelas de praxe para evitar a ação dos meliantes. Portanto, o evento danoso não teve como causa exclusiva a ação de marginais, mas, ao revés, foi adjuvada pela negligência do réu, o que constitui falha na prestação de serviço.

Dessa forma, tenho que é devida à autora a indenização por danos materiais, relativos à perda patrimonial decorrente do “golpe do envelope vazio” de que foi vítima, no valor de R\$11.900,00, conforme comprovante de transferência de f. 23/24, não merecendo reparo a bem lançada sentença primeva.

Em casos análogos, já decidiram, no mesmo sentido, os Tribunais pátrios:

Declaratória. Inexigibilidade de débito cumulada com danos morais. Fraude consumada por meio de envelope vazio para depósito em conta. Aplicabilidade do CDC. Inversão do ônus probatório e incidência do art. 333, inciso II, do CPC. Erro na prestação do serviço bancário. Responsabilidade da instituição financeira pela prática de atos fraudulentos. Entendimento pacificado em recurso representativo de controvérsia e Súmula nº 479 do STJ. Dano material configurado. Devolução dos valores. Cabimento. Apelo do réu improvido (Relator: Des. Antonio Luiz Tavares de Almeida - Comarca de Catanduva - 11ª Câmara de Direito Privado - j. em 10.03.2016 - Data de registro: 11.03.2016).

Ação de indenização por danos materiais julgada procedente. Relação de consumo. Inversão do ônus da prova pela verossimilhança da versão da apelada. Fraude consumada por meio de depósito em envelope vazio. Caso fortuito interno. Súmula nº 479 do STJ. Apelante que creditou o valor indicado no envelope na conta-corrente da apelada sem qualquer condicionante. Estorno posterior do valor sob a alegação de que o envelope estava vazio. Devolução pela apelada, de boa-fé, do valor depositado por equívoco pelo suposto cliente. Prova da transferência indevida do valor de R\$4.992,65 (quatro mil

novecientos e noventa e dois reais e sessenta e cinco centavos). Sentença mantida. Recurso desprovido (Relator: Des. Castro Figliolia - Comarca de Lins - 12ª Câmara de Direito Privado - j. em 11.01.2016 - Data de registro: 12.01.2016).

Recurso inominado. Bancário. Ação indenizatória por danos morais e materiais. Fraude bancária. Golpe do depósito com envelope vazio. Responsabilidade objetiva da instituição bancária. Informação inadequada que viabiliza o golpe perpetrado por terceiros. Correntista induzido a erro. Dever do banco de indenizar os danos materiais. Danos morais inocorrentes. Sentença reformada em parte. - Recorre a requerida para reforma da sentença que lhe condenou a restituir o valor de R\$5.700,00 e a pagar R\$1.500,00 por danos morais, prejuízos suportados pela correntista após fraude praticada por golpista. Em suas razões recursais, sustenta a responsabilidade do cliente pelo prejuízo, uma vez que não teria aguardado a conferência do envelope depositado nas máquinas de autoatendimento numa sexta-feira, após o expediente bancário. A instituição bancária responde objetivamente pelos danos gerados por fraudes e delitos praticados por terceiros no âmbito das operações bancárias. Incidência da Súmula 479 do STJ. Restou demonstrado que uma das demandantes, correntista da requerida, foi vítima do golpe do envelope vazio. Caso em que o cliente foi induzido a erro, acreditando ter recebido quantia maior do que o ajustado previamente pelo fraudador, e transfere ao golpista parte do saldo existente na conta-corrente, quando, na verdade, jamais houve crédito algum em sua conta. Conforme extrato da f. 20, no dia 10.10.2014, foi lançada a operação na conta-corrente do autor, dando conta do crédito de R\$10.000,00, sem que qualquer ressalva tenha sido feita acerca da utilização do envelope nas máquinas de autoatendimento e da necessidade de conferência, ou mesmo de manter o valor bloqueado até ulterior conferência. Posteriormente, em 13.10.2014, no final do dia, o requerido cancelou a operação, lançando no extrato a informação de que o envelope estava vazio, descontando o crédito anteriormente feito. O autor, por seu turno, em 13.10.2014, às 9h27, havia transferido aos golpistas o valor de R\$5.700,00, acreditando ter recebido crédito superior ao ajustado. Deflagrada a fraude do envelope vazio, que somente foi concretizada pela falha na informação ao cliente e pela oportunidade oferecida no serviço prestado pela requerida. Comprovado que os demandantes transferiram aos golpistas a importância de R\$5.700,00, deverá a instituição bancária arcar com os prejuízos materiais experimentados pelos autores. Assim, deve ser mantida a sentença no ponto. Ainda que demonstrada a ocorrência do golpe, a falha na prestação do serviço e o prejuízo material, não veio aos autos prova da ocorrência de qualquer circunstância excepcional que justificasse a ocorrência do abalo extrapatrimonial das pessoas jurídicas requerentes. Recurso parcialmente provido (Recurso Cível nº 71005530498 - Primeira Turma Recursal Cível - Turmas Recursais - Relator: Des. José Ricardo de Bem Sanhudo - j. em 24.11.2015).

Contrato bancário. Responsabilidade civil. Suposta fraude consumada por meio de depósito em envelope vazio. Instituição financeira que creditou o valor indicado no envelope na conta-corrente da autora e posteriormente estornou a transação sob a alegação de que o envelope estava vazio. Insurgência do banco réu. Inadmissibilidade. Depósito contabilizado no saldo da autora sem qualquer condicionante, razão pela qual a autora devolveu, de boa-fé, os valores que seu cliente informou ter depositado por equívoco. Dano material configurado. Sentença mantida. Recurso do réu não provido nessa parte. Contrato bancário. Responsabilidade

civil. Estorno de valor creditado na conta-corrente da autora sob a alegação de que o envelope estava vazio. Pretensão da autora de recebimento de indenização por dano moral. Descabimento. Ausência de demonstração de que os fatos abalaram a honra objetiva da pessoa jurídica. Sentença mantida. Recurso da autora não provido nessa parte (Relator: Des. Renato Rangel Desinano - Comarca de Araraquara - 11ª Câmara de Direito Privado - j. em 17.09.2015 - Data de registro: 18.09.2015).

Com tais razões de decidir, acolho parcialmente a preliminar de não conhecimento do recurso, por ofensa ao princípio da dialeticidade, suscitada em sede de contrarrazões, e não conhecimento de parte do recurso. Na parte conhecida, nego-lhe provimento, mantendo inalterada a sentença objurgada.

Custas recursais, pelo apelante.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES LUCIANO PINTO e EVANDRO LOPES DA COSTA TEIXEIRA.

Súmula - ACOLHERAM PARCIALMENTE A PRELIMINAR DE NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO, POR OFENSA AO PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE, SUSCITADA EM SEDE DE CONTRARRAZÕES, E NÃO CONHECERAM DE PARTE DO RECURSO. NA PARTE CONHECIDA, NEGARAM-LHE PROVIMENTO.

...

**Ação declaratória
incidental - Desnecessidade - Pedido de
retrocessão - Art. 35 do Dec.-lei nº 3.365/41-
Discussão sobre sua recepção - Controle
incidente da constitucionalidade - Matéria
de ordem pública - Requerimento por
simples petição no processo principal**

Ementa: Processo civil. Administrativo. Ação ordinária que objetiva a desconstituição de desapropriação. Pedido de instauração de ação declaratória incidental. Desnecessidade. Controle incidente da constitucionalidade ou a aferição da não recepção do art. 35 do Dec.-lei nº 3.365/41. Providência que pode ser suscitada no âmbito do processo principal por tratar-se de questão de ordem pública.

- O controle incidental de ato normativo pode ser discutido no âmbito do processo principal por meio de simples petição da qual a parte contrária tenha ciência e possa impugná-la, e, por se tratar de questão de ordem pública, deve ser considerada na sentença.

- Não é necessário ajuizar ação declaratória incidental para que seja efetuado o controle difuso de constituciona-

lidade ou seja afirmada a não recepção de lei anterior ao texto normativo da Constituição Federal em vigor.

AGRAVO DE INSTRUMENTO CÍVEL Nº 1.0702.13.062458-9/001 - Comarca de Uberlândia - Agravante: Maria Beatriz Dias Junqueira - Agravados: Município de Uberlândia, Bravo Ind. Com. de Móveis S.A. - Relator: DES. ALBERTO VILAS BOAS

Acórdão

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

Belo Horizonte, 17 de maio de 2016. - *Alberto Vilas Boas* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. ALBERTO VILAS BOAS - Conheço do recurso.

Cuida-se de agravo de instrumento interposto por Maria Beatriz Dias Junqueira objetivando a reforma da decisão do Juiz da 1ª Vara de Fazenda Pública e Autarquias de Uberlândia, que, nos autos da ação declaratória incidental, extinguiu o incidente processual por falta de legitimidade e incompetência do Juízo.

Na espécie em exame, a recorrente ajuizou ação ordinária para reintegrar ao seu patrimônio imóvel expropriado, que, supostamente, teria sido alvo de tredestinação ilícita pelo Município ao ser doado a terceiros com interesses meramente particulares.

Nesse sentido, o autor sustentou que seria possível a retrocessão do bem diante do desvio de finalidade do ato administrativo, e sua pretensão está fundada no art. 519 do CC e art. 5º, XXII, CF.

O Município de Uberlândia, no entanto, apresentou contestação e se opôs ao pedido do autor, dentre outros motivos, pela redação do art. 35 do Dec.-lei nº 3.365/41, que impediria o direito de reivindicação do bem após a desapropriação.

Após a apresentação de contestação, o autor ajuizou ação declaratória incidental, prevista no art. 5º do CPC/73, com o objetivo de arguir a inconstitucionalidade do art. 35 do Decreto-lei nº 3.365/41.

Pois bem.

Com efeito, o controle incidental ou concreto de constitucionalidade pode ser exercido por qualquer órgão judicial no curso do processo de sua competência por provocação das partes, do Ministério Público ou mesmo de ofício pelo Juiz.

Nessa hipótese, a inconstitucionalidade não é o objeto principal da ação, mas tão somente questão jurídica antecedente da resolução do mérito da causa, motivo pelo qual o controle somente pode afastar a incidência da norma viciada naquele caso concreto.

Por sua vez, a ação declaratória incidental, prevista no art. 5º do CPC/73, presta-se estritamente à resolução

de questões de direito material de cuja existência ou inexistência dependa o julgamento da lide. Nesse caso, a decisão torna-se passível de imutabilidade, decorrente da coisa julgada material.

A declaração incidental de inconstitucionalidade, por seu turno, não tem por objeto a resolução de questão de direito material, mas a declaração de inconstitucionalidade de ato legislativo ou normativo que ofenda a Constituição Federal - hipótese em que a decisão possui eficácia exclusivamente intraprocessual e sobre a qual não se operam os efeitos da coisa julgada material.

Por essas razões, o procedimento previsto na ação declaratória incidental, disciplinada art. 5º do CPC/73, é incompatível com a declaração incidental de inconstitucionalidade - e por isso está evidenciada a inadequação da via eleita para arguir a inconstitucionalidade da lei.

Por certo, é preciso enfatizar que o controle incidental de constitucionalidade é exercido por meio de petição, sendo necessária apenas a arguição de inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo nos próprios autos da ação principal - não sendo necessário instaurar incidente autônomo, na primeira instância, para solucionar previamente a referida questão constitucional.

Na realidade, incumbirá ao Juiz *a quo* apreciar, no âmbito da sentença, a referida questão, haja vista que o controle incidental da constitucionalidade ou a não recepção da lei ao texto constitucional em vigor constitui matéria de ordem pública e passível de invocação a qualquer tempo em ambas as instâncias.

Dessa forma e considerando a necessidade de que seja analisada a arguição incidental de inconstitucionalidade ou a não recepção do art. 35 do Dec.-lei nº 3.365/41, determino a juntada da petição aos autos do processo principal para que seja objeto de prévia discussão com a parte contrária (art. 10 do NCPD) e de exame na sentença.

Fundado nessas considerações, nego provimento ao recurso.

Custas recursais, pela agravante.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES EDGARD PENNA AMORIM e ARMANDO FREIRE.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

...

Processo administrativo disciplinar - Pena de demissão - Autoridade incompetente - Delegação - Ausência de previsão legal - Vício insanável - Decreto demissional - Convalidação - Impossibilidade - Competência - Requisito essencial - Nulidade do ato administrativo

Ementa: Agravo de instrumento. Ação anulatória. Procedimento administrativo disciplinar. Aplicação da sanção

de demissão. Incompetência da autoridade. Competência exclusiva. Nulidade do ato.

- A pena de demissão do servidor público em processo administrativo disciplinar é ato administrativo e, como tal, deve observar certos requisitos, dentre os quais a competência.

- O julgamento do PAD e a consequente aplicação da sanção de demissão por autoridade incompetente, quando ausente previsão legal de delegação, é ato administrativo nulo, pois configura vício insanável não sujeito à convalidação pelo decreto demissional.

Recurso conhecido mas não provido.

AGRAVO DE INSTRUMENTO CÍVEL Nº 1.0702.15.081004-3/001 - Comarca de Uberlândia - Agravante: Fazenda Pública do Município de Uberlândia - Agravado: S.F.B.M. - Relatora: DES.ª ALBERGARIA COSTA

Acórdão

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

Belo Horizonte, 14 de abril de 2016. - *Albergaria Costa* - Relatora.

Notas taquigráficas

DES.ª ALBERGARIA COSTA - Trata-se de agravo de instrumento interposto contra a decisão de f. 44/44v-TJ, que deferiu a antecipação de tutela para determinar que a autora seja reintegrada em seu cargo originário de professora.

Em suas razões recursais, o agravante suscitou preliminar de nulidade da decisão por ausência de fundamentação.

Alegou que inexistia vício de competência, ao passo que a decisão final do PAD, omitida pela agravada, foi proferida pelo Prefeito Municipal de Uberlândia, ao julgar o recurso administrativo interposto contra a decisão da Secretária Municipal de Administração e assinar Decreto de demissão da servidora.

Pediu fosse concedido efeito suspensivo ao recurso, deferido à f. 71-TJ.

Informações prestadas pelo juiz da causa à f. 79-TJ. Contraminuta apresentada à f. 82/97-TJ.

Manifestação da Procuradoria Geral de Justiça à f. 99-TJ, deixando de opinar no feito.

É o relatório.

Conhecido o recurso, uma vez presentes os pressupostos objetivos e subjetivos de admissibilidade, ressaltando que a ele aplicam-se os ditames da lei processual em vigor ao tempo da publicação da decisão agravada.

Questão Preliminar.

1 - Nulidade da decisão.

O agravante suscitou preliminar de nulidade da decisão por ausência de fundamentação, já que deixou de explicitar em que consistiu a prova inequívoca, a verossimilhança das alegações, além do fundado receio de dano, requisitos supostamente vislumbrados e que ensejaram o deferimento da tutela antecipada.

De fato, toda e qualquer decisão judicial que cause gravame deve ser fundamentada, a fim de que a parte afetada possa compreender as razões do convencimento do magistrado e atacá-las em seu recurso.

No caso dos autos, em que pesem as assertivas do agravante, tenho que o julgador *a quo* explicitou os motivos que, ao seu juízo, tornaram evidentes os requisitos autorizativos da concessão da liminar.

Segundo a decisão agravada, a plausibilidade do direito reside na incompetência do ato gerado e o perigo de dano, no fato de estar privada de seus vencimentos.

Se tais argumentos são insuficientes ou mesmo inadequados, trata-se de inconformismo do agravante que levaria, em tese, à reforma da decisão, mas não a sua nulidade.

Rejeito a preliminar.

Questões de mérito

Infere-se dos autos que a agravada ajuizou ação anulatória do ato administrativo que lhe impôs a pena de demissão do serviço público municipal, alegando incompetência da Secretária Municipal de Administração para aplicar tal penalidade. Afirmou que tal ato constitui verdadeira usurpação de competência, cujo vício não admite convalidação por ter o Prefeito decidido, posteriormente, recurso hierárquico interposto contra a decisão da Secretária Municipal.

Já o agravante defendeu que a competência para julgar processos administrativos disciplinares, nos termos do art. 2º da LD 043/2009 e art. 2º, XIX da Lei nº 11.303/2013, é da Secretária Municipal de Administração, não havendo que se falar em delegação de poderes.

Argumentou, outrossim, que a decisão final do PAD foi proferida pelo Prefeito Municipal, e, ainda que não houvesse recurso administrativo, a demissão do servidor público só poderia ser feita mediante decreto assinado pelo Prefeito, tornando regular e válido o ato administrativo.

Na lição clássica de Hely Lopes Meirelles (*Direito Administrativo brasileiro*, 20. ed., p. 134-136), “são requisitos necessários à formação regular do ato administrativo: a competência, a finalidade, a forma, o motivo e o objeto”.

E, uma vez verificado vício em elemento essencial do ato, somente poderá ser objeto de convalidação aqueles que forem sanáveis. Assim é que, se for um vício que recaia no elemento competência, é possível a convalidação apenas se ela não for atribuída ao agente como exclusiva.

A despeito da alegação do agravante no sentido de que a exclusividade da competência atribuída ao Prefeito Municipal cinge-se à aplicação da penalidade, e não à decisão do PAD, é certo que a Lei Delegada nº 043/2009 não dispôs acerca da atribuição de competência à Secretaria Municipal de Administração para julgar processos administrativos disciplinares dos servidores de seus quadros, mas apenas de instaurá-los.

Art. 2º A Secretaria Municipal de Administração, em consonância com as diretrizes estratégicas de governo, tem por finalidade planejar, organizar, coordenar, executar e avaliar a política administrativa do Município, assessorando os demais órgãos, promovendo estudos sobre as normas e estruturas organizacionais, métodos e procedimentos de trabalho da Administração Pública Municipal, competindo-lhe:

XVIII - exercer orientação, apuração e correção disciplinar sobre servidores, mediante a instauração de sindicância e processo administrativo disciplinar;

Esta delegação de competência encontra conformidade com o Estatuto dos Servidores Públicos do Município de Uberlândia, no qual prevê as fases do PAD, bem como a delegação apenas de sua instauração:

Art. 202. O processo disciplinar se desenvolve nas seguintes fases:

I - instauração com a publicação do ato que constituir a Comissão;

II - instrução, que compreende interrogatório, produção de provas, defesa e relatórios;

III - julgamento.

Parágrafo único. A instauração do processo disciplinar compete às autoridades de que trata o inciso I do art. 189 desta Lei Complementar, admitindo-se a delegação do Prefeito Municipal, pelo Presidente da Câmara Municipal e pelo dirigente superior de autarquia e fundação.

Como se não bastasse, o art. 189 do mesmo Estatuto prevê que:

Art. 189. As penalidades disciplinares serão aplicadas:

I - pelo Prefeito, pelo Presidente da Câmara Municipal e pelo dirigente superior de autarquia e fundação, quando se tratar de demissão e cassação de aposentadoria ou disponibilidade de servidor vinculado ao respectivo Poder, órgão ou entidade;

Desta forma, não houve delegação da atribuição do julgamento e aplicação da penalidade disciplinar, tratando-se, de fato, de competência exclusiva não sujeita a convalidação pela simples resposta a recurso hierárquico.

Isso posto, nego provimento ao recurso, mantendo a decisão agravada.

É como voto.

Votaram de acordo com a Relatora os DESEMBARGADORES ELIAS CAMILO SOBRINHO e JUDIMAR BIBER.

Súmula - RECURSO NÃO PROVIDO

...

Doação - Cláusula de incomunicabilidade - Compra e venda - Negativa de registro - Cancelamento judicial do gravame - Suspensão de dúvida - Inalienabilidade - Não configuração

Ementa: Apelação cível. Procedimento de suspensão de dúvida. Doação com cláusula de incomunicabilidade. Cancelamento judicial para registro da escritura de compra e venda. Desnecessidade. Recurso provido.

- A cláusula de incomunicabilidade não implica a inalienabilidade do imóvel, sendo incabível exigir, para o registro da escritura de compra e venda do bem, o prévio cancelamento judicial da restrição imposta quando da celebração da doação.

- Não há motivos para se exigir, como requisito de validade da venda, sub-rogação ou cancelamento de cláusula de incomunicabilidade lançada isoladamente.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.15.126742-4/001
- Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Vilarinho Empreendimento Imobiliários SPE Ltda. - Apelados: Cartório do 6º Ofício de Registro de Imóveis de Belo Horizonte, representado por oficial titular, Eugênio Klein Dutra, Direcional Nordestina Empreendimentos Imobiliários, representada por Ricardo Valadares Gontijo - Interessada: Diana Jaine Mariano Junqueira Fernandes - Relator: DES. BELIZÁRIO DE LACERDA

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 7ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em DAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 3 de maio de 2016. - Belizário de Lacerda - Relator.

Notas taquigráficas

DES. BELIZÁRIO DE LACERDA - Cuida-se de recurso de apelação interposto contra a r. sentença de f. 41/43, proferida pela MM. Juíza de Direito da Vara de Registros Públicos da Comarca de Belo Horizonte, a qual nos autos da Ação de Suspensão de Dúvidas nº 0024.15.126742-4, julgou procedente a dúvida suscitada para determinar que não seja promovido o registro pretendido até que a cláusula restritiva seja cancelada judicialmente.

Em razões recursais de f. 44/48, a recorrente alega que a cláusula de incomunicabilidade não impede a alienação do bem, não podendo a citada cláusula restritiva impedir que o proprietário possa dispor do bem.

Dispensada a apresentação de contrarrazões.

Parecer da douta PGJ pugnando pelo não provimento do recurso.

Conheço do recurso, visto que satisfeitos os pressupostos objetivos e subjetivos de admissibilidade.

O oficial do Cartório do 6º Ofício de Registro de Imóveis desta Capital entende que, para se proceder ao pretense registro, faz-se necessário o cancelamento ou a sub-rogação judicial do gravame do imóvel, em cumprimento ao art. 250, I, da LRP, que dispõe:

Art. 250. Far-se-á o cancelamento:

I - em cumprimento de decisão judicial transitada em julgado.

Entende ainda o douto oficial que a cláusula restritiva tem caráter personalíssimo, de modo que o seu cancelamento deve ser requerido por quem a instituiu. Destaca que, apesar de não impedir a alienação, obsta o registro, citando como fundamento o § 2º do art. 1.848 do CC/02 c/c art. 237 da LRP.

A cláusula de impenhorabilidade visa proteger o imóvel de eventual constrição por credores. É uma garantia conferida em favor do seu proprietário.

Havendo cláusula de incomunicabilidade, o bem integra o patrimônio particular do beneficiado, não entrando na comunhão em virtude do casamento, qualquer que seja o regime de bens adotado.

No tocante à cláusula de inalienabilidade, esta impossibilita que o bem seja transmitido a outrem por ato *inter vivos*. A referida cláusula torna o bem fora do comércio, por não poder ser objeto de contrato.

Nenhuma das duas primeiras cláusulas restritivas traz em seu bojo elementos da última (inalienabilidade).

Havendo a cláusula de inalienabilidade, implicitamente decorre a incomunicabilidade. Mas, como acontece com a impenhorabilidade, é mais extensa a inalienabilidade, determinando que não se comunicam os bens. Todavia, pactuando-se somente que não se comunicam, não decorre a proibição de sua alienação.

No mesmo sentido, Sílvio Venosa disserta que:

A imposição isolada dessa cláusula não impede a alienação, de modo que a intenção do legislador pode facilmente ser contornada, uma vez que o produto da venda será fatalmente utilizado em proveito do casal, se não houver a sub-rogação da cláusula sobre outro bem. Não se pode presumir a inalienabilidade, se não vier expressa no testamento. Pode o testador evitar esse óbice, impondo a inalienabilidade sob certo termo, ou determinando a conversão em determinados bens, em caso de alienação (*Direito civil*: direito das sucessões. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 213).

Diante desse quadro, a proprietária de um imóvel gravado apenas com a cláusula de incomunicabilidade pode vendê-lo sem a necessidade de proceder ao cancelamento prévio dessa cláusula.

Entendimento contrário seria o mesmo que conferir à incomunicabilidade os mesmos efeitos da inalienabilidade, ou seja, para vender, a donatária teria que provar a sub-rogação em imóvel com as mesmas características e, não possuindo este imóvel, seria necessário solicitar o

seu cancelamento em procedimento de jurisdição voluntária, com a comprovação de justa causa.

Essa deve ser a interpretação conferida ao art. 1.848, § 2º, do Código Civil, e, ainda que não fosse, evidencio que esse dispositivo, com caráter restritivo, disciplina a venda de imóveis herdados em sucessão legítima, não devendo essa restrição ser estendida à hipótese de venda de imóvel doado.

Nesse sentido já decidiu este Sodalício:

Procedimento de suscitação de dúvida. Doação com cláusulas de incomunicabilidade e impenhorabilidade. Ausência de reserva de usufruto. Alienação do imóvel pelo donatário. Admissibilidade. Cancelamento judicial das cláusulas para registro da escritura de compra e venda. Desnecessidade. Regra da especificidade e da continuidade da cadeia registral. - As cláusulas de incomunicabilidade e impenhorabilidade não implicam a inalienabilidade do imóvel, sendo incabível exigir, para o registro da escritura de compra e venda do bem, o prévio cancelamento judicial das restrições impostas quando da celebração da doação. Os princípios da continuidade e da especificidade do registro público impõem que, no caso de alienação do imóvel pelo donatário, sejam observadas as cláusulas de incomunicabilidade e impenhorabilidade, salvo cancelamento pelo instituidor, ou participação no instrumento público de compra e venda anuindo que a venda do bem possa ser formalizada sem a incidência de tais ônus. (TJMG - Apelação Cível nº 1.0024.10.101108-8/001, Rel. Des. Edilson Fernandes, 6ª Câmara Cível, julgamento em 18.01.2011, publicação da súmula em 04.02.2011).

Extrai-se dos autos que o imóvel foi gravado unicamente com a cláusula de incomunicabilidade, nada mencionando sobre a inalienabilidade do bem.

Assim sendo, se a intenção dos doadores fosse manter o bem na propriedade da donatária, teria inserido também a cláusula de inalienabilidade no registro dos imóveis, o que não ocorreu na hipótese.

Nesse contexto, tem-se que o imóvel em questão, gravado somente com a cláusula de incomunicabilidade, pode ser livremente alienado.

Forte nesses fundamentos, dou provimento ao recurso para julgar procedentes os pedidos iniciais, reformando a r. sentença, e determinar que o ilustre Oficial do 6º Cartório de Imóveis de Belo Horizonte proceda ao registro da escritura de compra e venda apresentada pelo apelante (f. 28/30-v.).

Custas, *ex lege*.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES PEIXOTO HENRIQUES e WILSON BENEVIDES.

Súmula - DERAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

**Procedimento de jurisdição
voluntária - Autorização judicial - Visita de
menor a padrasto em penitenciária - Genitora
guardiã - Autonomia para condução da
vida dos filhos - Relações pessoais - Livre
arbítrio - Vida privada - Realidade social - Convívio
familiar - Direito de visitas - Concessão**

Ementa: Procedimento de jurisdição voluntária. Autorização judicial para menores visitarem o padrasto em penitenciária. Realidade social. Vida privada. Autonomia da guardiã. Convívio familiar. Direito de visitas concedido.

- Não há dúvida de que a situação carcerária, não só a da Penitenciária Nelson Hungria, como a das demais penitenciárias de nosso país, é problemática e carece de grandes melhorias e estruturação. Contudo, o próprio Estatuto da Criança e do Adolescente, no § 4º do art. 19, especificamente, garante a convivência da criança e do adolescente com o pai ou mãe que estejam privados de sua liberdade, sendo que as visitas independem, inclusive, de autorização judicial.

- A genitora guardiã possui autonomia para conduzir a vida de suas filhas. Negar o pedido de visitação de enteadas que pretendem o convívio com o padrasto, que está preso, seria severa interferência do Judiciário na esfera privada e na escolha pessoal do núcleo familiar, que é inviolável, nos termos do art. 5º da CR/88. Dada à realidade social vivenciada, impedir a efetivação do convívio pleiteado esbarra no direito ao livre arbítrio do ser humano em suas relações pessoais, salvo se estivesse comprovado que o padrasto ofende o bem-estar das crianças, o que não se comprova tão somente pelo acautelamento.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.15.134740-8/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Apelados: Menores, representados pela genitora, e outra. - Relator: DES. CARLOS ROBERTO DE FARIA

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em, DE OFÍCIO, ACOLHER A PRELIMINAR DE PERDA DE OBJETO EM RELAÇÃO À AUTORA QUE ATINGIU A MAIORIDADE E NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO QUANTO ÀS DEMAIS AUTORAS.

Belo Horizonte, 28 de abril de 2016. - Carlos Roberto de Faria - Relator.

Notas taquigráficas

DES. CARLOS ROBERTO DE FARIA - Trata-se de recurso de apelação ajuizado às f. 26/34 pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais nos autos do procedimento de jurisdição voluntária instaurado por menores, com o fito de obter autorização para visitarem o padrasto, que está preso.

Na sentença recorrida, o d. Magistrado julgou procedente o pedido, concedendo autorização judicial para as autoras, acompanhadas pela genitora, visitarem o padrasto no Complexo Penitenciário Nelson Hungria. Na oportunidade, o Juiz determinou a expedição do competente mandado, determinando que deveria constar nele que “o Diretor do estabelecimento prisional deverá assegurar que sejam resguardados os direitos da criança e do adolescente previstos no ordenamento jurídico brasileiro no procedimento de entrada, revista, permanência e saída” das menores no estabelecimento penal.

Para fundamentar a pretensão de reforma da decisão, suscita o Ministério Público a inexistência de interesse processual, pois afirma que não houve prova de negativa prévia da revista pretendida, sendo indevida a transferência de tal autorização para o Poder Judiciário. Aduz que um estabelecimento prisional não é lugar adequado à permanência, ainda que temporária, de uma criança ou adolescente, considerando sua condição de pessoa em desenvolvimento. Sustenta que os problemas que envolvem a segurança dentro das penitenciárias são notórios e que a realidade da maior parte dos estabelecimentos prisionais é a superlotação, o tráfico de drogas e a violência.

Pondera a necessidade de oitiva do Diretor do estabelecimento penitenciário, a fim de que este informe os riscos que a visita pretendida pode envolver. Explana que deve ser provada judicialmente a existência de vínculo afetivo entre a criança ou adolescente e a pessoa a ser visitada e que isso pode ser realizado pelos órgãos de assistência social (CRAS e CREAS). Salienta que as crianças e adolescentes não podem ser expostos à revista pessoal manual. Assim, pugna pelo acolhimento da preliminar e a extinção do processo sem julgamento de mérito e, sucessivamente, pela reforma da sentença, a fim de que o pedido seja julgado improcedente.

As autoras apresentaram contrarrazões às f. 36/42, sustentando ser evidente o interesse de agir e pugnando pela manutenção da sentença.

A d. Procuradoria-Geral de Justiça apresentou parecer às f. 51/64, opinando pela anulação da sentença para que seja citado o genitor das menores. Sucessivamente, pelo conhecimento e provimento da apelação, a fim de que seja indeferida a pretensão autoral.

É o relatório.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

Preliminar suscitada de ofício: parcial perda de objeto.

Extrai-se do documento de f. 07 que uma das autoras nasceu em 09.12.1997, possuindo hoje mais de 18 (dezoito) anos de idade.

Atingida a maioria civil da autora, notória a perda de objeto de seu pedido de autorização judicial para visita ao padrasto na Penitenciária Nelson Hungria.

Nesse sentindo, já entendeu o nosso Tribunal:

Autorização judicial. Visita de menor a namorado preso. Maioridade civil. Perda do objeto. Extinção do processo sem resolução de mérito. - A superveniente maioria civil da requerente enseja a extinção do processo sem resolução de mérito pela perda do objeto, não sendo mais necessária a autorização judicial para visitas ao namorado em presídio (TJMG - Apelação Cível nº 1.0024.12.219936-7/001 - Relator: Des. Alyrio Ramos - 8ª Câmara Cível - j. em 05.06.2014 - p. em 11.06.2014).

Diante do exposto, declaro que o feito perdeu parcialmente seu objeto, pelo que extingo o processo sem resolução do mérito em relação ao pedido da autora.

Preliminar suscitada pelo apelante: ausência de interesse processual.

Nos termos do art. 267, VI, do CPC de 1973, deve ser extinto o processo sem resolução de mérito, se ausente uma das condições da ação, como possibilidade jurídica, legitimidade das partes e interesse processual.

Pretende o Ministério Público a extinção do processo sem resolução do mérito, por entender que a ausência de comprovação de que houve negativa do Diretor do estabelecimento prisional em autorizar a visita pretendida culmina na ausência de interesse processual das autoras para pleitear a autorização judicial.

De fato, o procedimento não foi instruído com nenhuma negativa expressa da Penitenciária Nelson Hungria para visita das menores ao padrasto.

Conforme se extrai do sítio eletrônico da Defesa Social do Governo de Minas Gerais, existe um Núcleo destinado à prestação de atendimento, serviços e informações aos familiares dos detentos do Sistema Prisional mineiro. Trata-se do Núcleo de Assistência às Famílias (NAF). No referido Núcleo, são realizados credenciamentos e agendamentos de visita social e íntima, entre outros serviços (Disponível em: <http://www.seds.mg.gov.br/prisional/visitantes/nucleo-de-assistencia-as-familias>).

Diante do exposto, vejamos o que dispõe a Circular nº 001/2014, elaborada pela Diretora do Núcleo de Assistência às Famílias (NAF):

Informamos a Vossas Senhorias que a Suape sempre garantiu o contato da criança ou adolescente, filhos dos presos, respeitando os critérios que a lei supracitada descreve claramente, desde que estes estejam acompanhados do seu responsável legal ou demais casos (avós, tios, irmãos maiores, etc.), portando guarda, tutela, ou curatela. Nos casos de instituições, os representantes devem apresentar documentação de responsabilidade sobre o menor.

Na oportunidade, ressaltamos que os critérios para acesso do menor aos estabelecimentos prisionais continuam os mesmos, ou seja, o menor filho do preso acompanhado do responsável legal ou apresentando autorização judicial e nos casos de instituições (abrigos, orfanatos, etc.), a mesma deverá comprovar a responsabilidade sobre este menor, não carecendo de autorização judicial (Documento reproduzido à f. 43).

A nosso ver, a leitura do texto da Circular, conjugada com a do § 4º do art. 19 do Estatuto da Criança e do Adolescente, já remete à conclusão de que a situação das autoras, enteadas do detento, não se inclui entre aquelas que dispensam a autorização judicial para visitação, pelo que notório o interesse processual no presente feito.

O próprio Procurador-Geral de Justiça, em seu parecer à f. 52, explana que “o presídio ou instituição similar se nega a dar o acesso sem o alvará, configurando óbice intransponível administrativamente. Ao contrário do que possa aparentar, o ofício de f. 43 confirma tal assertiva”.

Dessa forma, e diante das inúmeras decisões deste Tribunal, as quais aceitaram o procedimento de jurisdição voluntária para obter a visitação de menores a presídio, entende-se ser desnecessário e constrangedor que as autoras tenham que se submeter a uma tentativa de visitação, que certamente será frustrada em decorrência do memorial reproduzido, para que, só então, possam ingressar em juízo.

Com essas considerações, rejeito a preliminar de ausência de interesse processual suscitada pelo apelante.

Preliminar suscitada pela Procuradoria-Geral de Justiça: nulidade por ausência de citação dos genitores.

A Procuradoria-Geral de Justiça, por sua vez, explana a existência de nulidade em face da ausência de citação do genitor das menores, que possui qualidade de interessado, para ciência da presente ação.

No tocante à genitora das menores, certo que não há que se falar em citação desta quando é ela quem está representando as autoras, que são menores, e, portanto, está acompanhando e coadunando-se com a propositura da presente ação.

Já em relação ao genitor, não obstante o art. 1.105 do CPC de 1973 determinar que, nos procedimentos de jurisdição voluntária, devam ser citados todos os interessados, entende-se que, no caso dos autos, a oitiva e a atuação do Ministério Público na qualidade de *custos legis* e a representação das menores por sua genitora já são suficientes para afastar a pretensa nulidade do processo. Pertinente destacar aqui que o art. 721 do NCPC, que substituiu o citado art. 1.105 do CPC de 1973, suprimiu a disposição de que a ausência de citação dos interessados culmina em nulidade.

Se a guarda das menores é da genitora, ao que tudo indica, e o Ministério Público também atuou na defesa delas, não se verifica nos autos o prejuízo capaz de ensejar a nulidade.

Por fim, destaca-se que, nos termos do art. 1.111 do CPC de 1973, a sentença proferida nos procedimentos de jurisdição voluntária poderia ser modificada se ocorressem circunstâncias supervenientes. Embora o NCPC tenha suprimido tal artigo, o que nos parece ter sido proposital, certo que não há qualquer impossibilidade de que seja proposta nova demanda, com base em outro fundamento, visando à desconstituição da sentença proferida nestes autos.

Assim, entende-se que eventual inconformismo do genitor poderá ser demonstrado por meio da ação própria, sendo despicienda, nesse momento, sua oitiva.

Em conclusão, rejeito a preliminar de nulidade.

Inexistindo outras preliminares, passo ao exame do mérito.

Pretende-se, no presente procedimento de jurisdição voluntária, a autorização judicial para que as menores [...] possam visitar o padrasto na Penitenciária Nelson Hungria. O pedido foi deferido pela d. Juíza de Direito da Vara Cível da Infância e Juventude, Dra. Andréa de Douza Foureaux Benfica.

Além das questões suscitadas de forma preliminar, irresigna-se o Ministério Público quanto à concessão da autorização propriamente dita. Destaca o apelante que deve vigorar, no caso concreto, a proteção integral às crianças e adolescentes e que as penitenciárias não são locais adequados para a presença delas.

De fato, não há dúvida de que a situação carcerária, não só a da Penitenciária Nelson Hungria, como a das demais penitenciárias de nosso país, é problemática e carece de grandes melhorias e estruturação.

Contudo, o próprio Estatuto da Criança e do Adolescente, no § 4º do art. 19, especificamente, garante a convivência da criança e do adolescente com o pai ou mãe que estejam privados de sua liberdade, sendo que as visitas independem, inclusive, de autorização judicial. Confira-se:

Art. 19. É direito da criança e do adolescente ser criado e educado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente que garanta seu desenvolvimento integral. [...]

§ 4º Será garantida a convivência da criança e do adolescente com a mãe ou o pai privado de liberdade, por meio de visitas periódicas promovidas pelo responsável ou, nas hipóteses de acolhimento institucional, pela entidade responsável, independentemente de autorização judicial.

A autorização judicial para visitas de menores aos genitores em penitenciária já foi deferida por diversas vezes neste Tribunal. Vejamos um dos julgados:

Apelação cível. Infância e juventude. Autorização judicial para visita ao genitor recolhido em estabelecimento prisional em companhia da avó paterna. Ausência de risco à integridade e à segurança do menor. Procedência do pedido. Reforma da sentença. - Não se discute que o ambiente carcerário brasileiro é pouco adequado para a convivência paterno-filial,

contudo não se deve entender, de forma indistinta, que o encontro entre pais e filhos será sempre prejudicial ao desenvolvimento físico e psíquico dos infantes. - Inexistindo qualquer risco à integridade e à segurança do menor, deve ser autorizada a convivência paterno-filial, em observância, sobretudo, ao melhor interesse do infante, que deve alimentar os laços de carinho e afeto para com o genitor (inteligência dos arts. 19, § 4º, do ECA e 41, X, da LEP). - Recurso provido (TJMG - Apelação Cível nº 1.0301.15.001709-5/001 - Relatora: Des.ª Ana Paula Caixeta - 4ª Câmara Cível - j. em 1º.10.2015 - p. em 07.10.2015).

No caso concreto, as menores não são filhas biológicas do apenado, mas sim enteadas, conforme escritura pública declarando existência de união estável entre a genitora das menores e o apenado desde 2009, reproduzida à f. 11.

Se as menores, representadas por sua genitora, pretendem o convívio com o padrasto que está preso, negar-lhes tal pedido seria severa interferência do Estado, em sentido amplo, na esfera privada e escolha pessoal do núcleo familiar, o que é inviolável, nos termos do art. 5º da CR/88:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

X - 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; [...].

Se a realidade social das menores é ter uma genitora que vive em união estável com um indivíduo que se encontra acautelado, não há motivos para impedir a efetivação do convívio, sem esbarrar no direito ao livre arbítrio do ser humano em suas relações pessoais.

Ainda que as menores não tenham idade para tomarem decisões por si mesmas, a genitora delas, que é a guardiã, é quem tem condições para tanto, não podendo o Estado, na figura do Judiciário, exercer a função intervencionista de negar que mantenham contato com a pessoa que a genitora escolheu para ser seu companheiro, salvo se comprovado que o padrasto ofende o bem-estar das crianças, o que não se verifica.

O trecho do ofício reproduzido no item que tratou da preliminar de falta de interesse processual suscitada pelo Ministério Público, ofício este disponível à f. 43, prevê a possibilidade de que os filhos visitem os pais que se encontram encarcerados, o que demonstra que as Unidades Prisionais do Estado de Minas Gerais garantem condições mínimas para que crianças possam adentrar na condição de visitantes.

Nos termos do art. 10 da Lei de Execução Penal, a assistência ao preso e ao internado é dever do Estado, objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade. Nesse caráter de ressocialização do apenado, insere-se seu direito em receber a visita do

cônjuge, da companheira, de parentes e amigos (art. 41, X, da LEP).

Conforme a f. 13, o apenado escreveu uma carta de próprio punho, na qual ressalta seu desejo de ver as enteadas:

[...] solicitar a Vossa Excelência se a (sic) uma possibilidade e eu esta (sic) podendo recebe (sic) visitas das minhas enteadas filhas de S.A. Me encontro (sic), no momento, da (sic) CPNH, Complexo Penitenciário Nelson Hungria, *tenho vínculo com essas crianças como se fosse o pai delas* [...], o maior medo deste Juizado [é] se algum dia acontecer um eventual motim, [mas] nós aqui sempre resguardamos e protegemos nossos filhos e família e zelamos pela integridade física e psíquica de nossos filhos e família, [...] *a irmã delas caçula, de 1 ano e 9 meses, é minha filha biológica, ela vem aqui e convive comigo*, e as irmãs ficam tristes por não poderem vim (sic), lhe pelo (sic) com todo respeito e responsabilidade esse aval para poder recebe (sic) a visita delas [...] (f. 13, grifamos).

Assim, entende-se que o deferimento da medida ainda encontra guarida na almejada ressocialização do apenado e na garantia de seu direito ao convívio familiar. Nesse particular, ressalto que, *a contrario sensu* do afirmado expressamente pelo Magistrado sentenciante, não se entende que são robustas as provas do vínculo afetivo existente entre as autoras e o apenado. Contudo, conclui-se que tal vínculo é presumido, seja pelas explicações feitas na inicial, seja pela carta do acautelado, ou, ainda, pelo fato de a genitora e o apelado terem firmado escritura pública declarando que vivem em união estável.

Sobre a possibilidade de enteado(s)/enteada(s) visitarem os padrastos na penitenciária, o Supremo Tribunal Federal já se manifestou:

Habeas corpus. 2. Direito do paciente, preso há quase 10 anos, de receber a visita de seus dois filhos e três enteados. 3. Cognoscibilidade. Possibilidade. Liberdade de locomoção entendida de forma ampla, afetando toda e qualquer medida de autoridade que possa, em tese, acarretar constrangimento da liberdade de ir e vir. Ordem concedida. 1. Cognoscibilidade do *writ*. [...] Ressocialização do apenado. - A Constituição Federal de 1988 tem como um de seus princípios norteadores o da humanidade, sendo vedadas as penas de morte, salvo em caso de guerra declarada (nos termos do art. 84, XIX), de caráter perpétuo, de trabalhos forçados, de banimento e cruéis (CF, art. 5º, XLVII). Prevê, ainda, ser assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral (CF, art. 5º, XLIX). É fato que a pena assume o caráter de prevenção e retribuição ao mal causado. Por outro lado, não se pode olvidar seu necessário caráter ressocializador, devendo o Estado preocupar-se, portanto, em recuperar o apenado. Assim, dispõe o art. 10 da Lei de Execução Penal ser dever do Estado a assistência ao preso e ao internado, objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade. Aliás, o direito do preso de receber visitas do cônjuge, da companheira, de parentes e de amigos está assegurado expressamente pela própria lei (art. 41, X), sobretudo com o escopo de buscar a almejada ressocialização e reeducação do apenado que, cedo ou tarde, retornará ao convívio familiar e social. Nem se diga que o paciente não faz jus à visita dos filhos por se tratar de local impróprio, podendo trazer prejuízos à formação psíquica dos menores. De fato,

é público e notório o total desajuste do sistema carcerário brasileiro à programação prevista pela Lei de Execução Penal. Todavia, levando-se em conta a almejada ressocialização e partindo-se da premissa de que o convívio familiar é salutar para a perseguição desse fim, cabe ao Poder Público propiciar meios para que o apenado possa receber visitas, inclusive dos filhos e enteados, em ambiente minimamente aceitável, preparado para tanto e que não coloque em risco a integridade física e psíquica dos visitantes. 3. Ordem concedida (HC 107701 - Relator: Ministro Gilmar Mendes - Segunda Turma - j. em 13.09.2011 - Processo eletrônico - DJe 061 - Divulg. em 23.03.2012 - Public. em 26.03.2012 - RT, v. 101, n. 921, 2012, p. 448-461).

Pertinente destacar, ainda, trecho do voto do Ministro Ricardo Lewandowski no referido *habeas corpus*:

A existência do vínculo familiar como fundamento para a denegação da visita dos enteados não me parece muito sólido, até porque, se é possível a visita de amigos, por que não de enteados, que são, talvez, até mais do que amigos do sentenciado? Essa justificativa da inexistência de vínculo familiar ou de vínculo de um relacionamento mais aprofundado não me impressiona.

[...] nada impediria que se classificassem os enteados no rol de amigos do sentenciado.

Nesse acórdão, o Supremo ainda destacou o descabimento de tornar ainda mais dificultosa uma relação que, por si só, já tem suas peculiaridades, como a que nos é submetida a exame.

Por todo o exposto, entendo que não merece reparos a sentença recorrida. Ressalte-se que o Magistrado sentenciante determinou que as visitas fossem realizadas na companhia da genitora e deixou expresso em sua decisão que “o Diretor do estabelecimento prisional deverá assegurar que sejam resguardados os direitos da criança e do adolescente previstos no ordenamento jurídico brasileiro no procedimento de entrada, revista, permanência e saída” do estabelecimento prisional.

Por todo o exposto, acolho a preliminar de perda de objeto suscitada, de ofício, e extingo o processo sem resolução do mérito em relação a uma das autoras, e, quanto às demais, nego provimento ao recurso, mantendo a sentença de mérito que julgou procedente o pedido em relação às autoras menores de idade.

Custas recursais, *ex lege*.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES MAGID NAUEF LÁUAR (JUIZ DE DIREITO CONVOCADO) e TERESA CRISTINA DA CUNHA PEIXOTO.

Súmula - DE OFÍCIO, ACOLHERAM A PRELIMINAR DE PERDA DE OBJETO EM RELAÇÃO À AUTORA QUE ATINGIU A MAIORIDADE. NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO QUANTO ÀS DEMAIS AUTORAS.

...

Execução - Empresa executada - Citação do representante legal - Ocorrência - Citação da pessoa jurídica - Desnecessidade

Ementa: Apelação cível. Embargos à execução. Citação do representante legal. Desnecessidade de citação da pessoa jurídica.

- A citação do executado que é sócio/representante legal é suficiente para dar ciência a ele e à empresa executada acerca da ação, mostrando-se desnecessário o envio de dois mandados citatórios distintos a cada executado, uma vez que seriam recebidos pela mesma pessoa.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.14.144340-8/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelantes: Grãos do Sul Comércio de Alimentos Ltda. e outro, José Elias da Silva Junior - Apelado: Banco Itaú S/A - Relator: DES. MARCO AURELIO FERENZINI

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 14ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 1º de abril de 2016. - *Marco Aurelio Ferenzini* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. MARCO AURELIO FERENZINI - Trata-se de recurso de apelação cível interposto por Grãos Sul Comércio de Alimentos Ltda. e outro contra a sentença de f. 15, proferida nos autos dos embargos à execução apresentados em face de Itaú Unibanco S.A., pela qual o juízo de primeiro grau rejeitou liminarmente os embargos, por intempestividade, nos termos do art. 738 e § 1º do CPC.

Os apelantes alegam que não houve citação da pessoa jurídica, tendo se dado por citada na apresentação dos embargos, e, por isso, não há falar em intempestividade.

Contrarrazões apresentadas às f. 44/49.

É o relatório.

Juízo de admissibilidade.

Publicada a sentença em 19.09.2014 (f. 15v.), embargos opostos em 24.09.2014 (f. 18), com decisão publicada em 25.09.2015 (f. 24v). Apelação Cível protocolizada em 13.09.2015 (f. 34), acompanhada do preparo (f. 37). Conheço do recurso por presentes os requisitos de admissibilidade.

Mérito.

Grãos do Sul Comércio de Alimentos Ltda. e José Elias da Silva Júnior apresentaram embargos do devedor, em 10.04.2014 (f. 02v), mas o juízo de primeiro grau entendeu serem intempestivos, pois o mandado de

citação foi juntado nos autos da ação de execução em 25.02.2014.

Os apelantes alegam que a Grãos do Sul Comércio de Alimentos Ltda. não chegou a ser citada na ação de execução, tendo comparecido espontaneamente com a apresentação destes embargos, suprimindo a citação, razão pela qual não há que se falar em intempestividade.

Verifica-se que figuram no polo passivo da execução a Grãos do Sul Comércio de Alimentos Ltda. e o sócio/representante legal Luciano José da Silva, devedor solidário da obrigação, sendo que este foi devidamente citado na ação de execução (f. 107).

Levando-se em consideração a economia processual, tem-se que a citação do executado que é sócio/representante legal é suficiente para dar ciência a ele e à empresa executada acerca da ação, mostrando-se desnecessário o envio de dois mandados citatórios distintos a cada executado, uma vez que seriam recebidos pela mesma pessoa.

Trata-se de formalismo exacerbado o envio de dois mandados de citação para serem recebidos pela mesma pessoa, até mesmo porque constou do mandado de citação recebido pelo sócio/representante legal que a empresa também é parte na execução.

Assim sendo, tendo em vista que o mandado de citação foi juntado aos autos em 25.02.2014 (f. 107v.), intempestivos os embargos do devedor apresentados somente em 10.04.2014 (f. 02v).

Vale ressaltar que o embargante José Elias da Silva não é parte na ação de execução, razão pela qual não deve ser considerado seu comparecimento espontâneo nos autos.

Dispositivo.

Diante do exposto, nego provimento ao recurso, ficando mantida a sentença recorrida.

Condeno o apelante ao pagamento das custas recursais e, com base no art. 85, §§ 2º e 11º, do novo CPC, tendo em vista o trabalho desenvolvido pelo patrono do apelado no presente recurso, fixo os honorários advocatícios em 10% sobre o valor atualizado da causa da ação de execução.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES VALDEZ LEITE MACHADO e EVANGELINA CASTILHO DUARTE.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Ação demolitória - Obra irregular - Alteração da fachada do edifício - Aprovação unânime da assembleia de condôminos - Necessidade

Ementa: Apelação cível. Ação demolitória. Alteração da fachada do edifício. Ausência de aprovação em assembleia. Irregularidade da obra.

- O art. 10 da Lei 4.591/64 proíbe a alteração da fachada externa por qualquer condômino. O parágrafo segundo do aludido dispositivo prevê uma exceção à regra, caso a obra que modifique a fachada seja aprovada pela unanimidade dos condôminos.

- Na hipótese em apreço, inexistindo demonstração de aprovação da obra, que alterou a fachada do prédio, pela unanimidade dos condôminos, conforme preceitua o art. 10, § 2º, da Lei nº 4.591/1946, deve ser determinada a demolição da construção.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.11.168357-9/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Maria Lúcia de Miranda - Apelada: Nádia Helena Braga - 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, em DAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 22 de junho de 2016. - *Wagner Wilson Ferreira* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. WAGNER WILSON FERREIRA - Trata-se de recurso de apelação interposto por Maria Lúcia de Miranda contra a sentença de f. 172/173 que, nos autos da ação demolitória ajuizada pela apelante em face de Nádia Helena Braga, julgou improcedente o pedido inicial.

A apelante alega que a decisão combatida contraria a lei, a convenção condominial e o regulamento interno do condomínio.

Afirma que, na data da propositura desta ação, a obra questionada não estava regularizada perante a Prefeitura.

Destaca que não ocorreu aprovação unânime dos condôminos para alteração da fachada do prédio, o que não pode ser admitido.

Ressalta que o magistrado julgou contrariamente ao conjunto probatório dos autos e violou o que já havia decidido na audiência de f. 139.

Contrarrazões às f. 185/188.

Eis o relatório. Passo a decidir.

Conheço do recurso, presentes os pressupostos de admissibilidade.

A irresignação da apelante merece prosperar.

Maria Lúcia de Miranda ajuizou ação demolitória em face de Nádia Helena Braga.

A autora relata que é proprietária da unidade 403, situada no Condomínio Edifício Guignard, enquanto a requerida detém a unidade 303, situada no mesmo Condomínio.

Afirma que a requerida, em patente violação à Convenção do Condomínio, sem autorização assemblear ou da Municipalidade, realizou construção de banheiro, churrasqueira e ducha em sua área privativa, com cobertura de telhado colonial bem abaixo das janelas dos dormitórios da requerente.

Destaca que ocorreu alteração da fachada do prédio e diminuição da segurança de seu imóvel.

Diante de tais fatos, a autora pugna pela procedência desta ação, com a demolição da construção realizada pela requerida.

O magistrado singular julgou improcedente o pedido inicial.

O condomínio edifício rege-se pelas disposições contidas nos artigos 1.331 a 1.358 do Código Civil.

Constitui dever do condômino não alterar a fachada do prédio condominial:

Art. 1.336. São deveres do condômino:

[...]

III - não alterar a forma e a cor da fachada, das partes e esquadrias externas;

No mesmo sentido, dispõe a Lei nº 4.591/64, que trata sobre o condomínio em edificações:

Art. 10. É defeso a qualquer condômino:

I - alterar a forma externa da fachada;

[...]

§ 2º O proprietário ou titular de direito à aquisição de unidade poderá fazer obra que (VETADO) ou modifique sua fachada, se obtiver a aquiescência da unanimidade dos condôminos.

Na hipótese em apreço, a prova pericial realizada demonstrou que a ré realizou obra em sua área privativa, a qual acarretou alteração da fachada posterior e lateral do edifício em questão:

4º Quesito - Houve alteração da fachada do prédio com a realização da obra?

Sim.

[...]

9º Quesito - A obra afetou o visual do prédio?

Sim.

[...]

7 - Conclusão

[...]

O imóvel objeto da lide é o apartamento 303, pertencente à ré, do Edifício Guignard, situado na Rua Chapecó, nº 362, Bairro Prado, município de Belo Horizonte - MG. Nesta unidade, foram realizadas modificações e acréscimos de área construída na área privativa.

Estas alterações referem-se principalmente à execução de telhado colonial em parte da área privativa com a modificação de 02 (duas) fachadas do Edifício Guignard (f. 106/109).

Apesar de a obra realizada pela ré, em sua área privativa, ter alterado a fachada do prédio, inexistem nos autos demonstração de aprovação desta obra pela unanimidade dos condôminos.

Os documentos de f. 45/46 e f. 67 não provam a autorização pelos condôminos da obra realizada

pela requerida, indicando, na verdade, a existência de problemas relacionados a este fato.

Dessa forma, ausente a aprovação da construção pela unanimidade dos condôminos, conforme preceitua o art. 10, § 2º, da Lei nº 4.591/1946, deve ser determinada a demolição da construção.

A propósito:

Recurso Especial. Civil. Condomínio edilício. Alteração de fachada. Esquadrias externas. Cor diversa da original. Art. 1.336, III, do Código Civil. Art. 10 da Lei nº 4.591/1946. Violação caracterizada. Anuência da integralidade dos condôminos. Requisito não cumprido. Desfazimento da obra. 1 - Cuida-se de ação ajuizada contra condômino para desfazimento de obra que alterou a fachada de edifício residencial, modificando as cores originais das esquadrias (de preto para branco). 2. A instância ordinária admitiu a modificação da fachada pelo fato de ser pouco perceptível a partir da vista da rua e por não acarretar prejuízo direto no valor dos demais imóveis do condomínio. 3. Os arts. 1.336, III, do Código Civil e 10 da Lei nº 4.591/1946 traçam critérios objetivos bastante claros a respeito de alterações na fachada de condomínios edilícios, os quais devem ser observados por todos os condôminos indistintamente. 4. É possível a modificação de fachada desde que autorizada pela unanimidade dos condôminos (art. 10, § 2º, da Lei nº 4.591/1946). Requisito não cumprido na hipótese. 5. Fachada não é somente aquilo que pode ser visualizado do térreo, mas compreende todas as faces de um imóvel: frontal ou principal (voltada para rua), laterais e posterior. 6. Admitir que apenas as alterações visíveis do térreo possam caracterizar alteração da fachada, passível de desfazimento, poderia firmar o entendimento de que, em arranha-céus, os moradores dos andares superiores, quase que invisíveis da rua, não estariam sujeitos ao regramento em análise. 7. A mudança na cor original das esquadrias externas, fora do padrão arquitetônico do edifício e não autorizada pela unanimidade dos condôminos, caracteriza alteração de fachada, passível de desfazimento, por ofensa aos arts. 1.336, III, do Código Civil e 10 da Lei nº 4.591/1946. 8. Recurso especial provido (STJ. REsp 1483733/RJ, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, j. em 25.08.2015, DJe de 1º.09.2015).

Ação demolitória. Obras em varanda e área externa. Alteração de fachada. Ausência de deliberação em assembleia. Necessidade de demolição. - Mostra-se ilegal e infringente aos direitos dos demais condôminos obras que alteram a fachada do prédio sem a prévia anuência dos demais condôminos, devendo aquelas ser demolidas e restauradas as características originais da edificação (TJMG - Apelação Cível nº 1.0024.09.705767-3/001, Rel.ª Des.ª Aparecida Grossi, 16ª Câmara Cível, j. em 27.11.2014, publicação da súmula em 10.12.2014).

Demolitória. Legitimidade passiva. Proprietário. Alteração da fachada do edifício. Aprovação. Unanimidade. 1 - As disposições contidas no contrato de promessa de compra e venda havido entre os recorrentes e a empresa estrangeira não obrigam a terceiros, por lhes faltar um dos requisitos de validade: o agente capaz - art. 104, inc. I. Ocorre que a sociedade estrangeira somente adquire capacidade para a prática de atos no Brasil após autorização do Poder Público, nos termos do art. 1.134 do Código Civil. 2. O art. 10 da Lei 4.591/64, aplicável ao caso, proíbe a alteração da fachada externa por qualquer condômino. O parágrafo segundo do

aludido dispositivo prevê uma exceção à regra, caso a obra que modifique a fachada seja aprovada pela unanimidade dos condôminos. Realizada a respectiva assembléia geral, a alteração da fachada mediante a colocação de vidros não foi aprovada (f. 96). Destarte, patente a ilegalidade da obra (TJMG - Apelação Cível nº 1.0024.02.857320-2/001, Rel. Des. Wagner Wilson, 15ª Câmara Cível, j. em 1º.03.2007, publicação da súmula em 11.04.2007).

Devo esclarecer que o fato de a obra realizada pela requerida ter sido aprovada pelo Município no curso desta demanda (f. 166/168) não implica a improcedência da pretensão autoral, uma vez que a regulamentação pela municipalidade não se confunde com a ausência de aprovação pelos condôminos da alteração da fachada do prédio.

Conclusão.

Mediante o exposto, dou provimento ao recurso, reformo a sentença e julgo procedente o pedido inicial, para determinar a demolição da construção realizada pela ré que implicou a alteração da fachada do edifício, o que deve ser apurado em liquidação de sentença.

Consequentemente, condeno a requerida ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, que fixo em R\$2.000,00 (dois mil reais), com fulcro no art. 20, § 4º, do CPC/73.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES JOSÉ MARCOS RODRIGUES VIEIRA e APARECIDA GROSSI.

Súmula - DERAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Serviços médico-hospitalares - Cobrança - Rede privada de saúde - Autorização da família do paciente - Estado de perigo - Não configuração - Denúnciação da lide - Município - Impossibilidade

Ementa: Apelação cível. Ação de cobrança por serviços médico-hospitalares na rede privada de saúde. Agravos retidos. Denúnciação da lide ao Município. Inviabilidade. Cerceamento de defesa. Prova testemunhal desnecessária ao desate da causa. Rejeição. Serviços prestados em caráter particular. Expressa autorização da família do paciente. Estado de perigo. Não configuração. Sentença mantida.

- Na ação de cobrança de despesas hospitalares contra o paciente e o coobrigado, descabe o chamamento ao processo do Município, por não se configurar qualquer das hipóteses do art. 70 do CPC/1973.

- Quando a prova oral requerida não se revela imprescindível ao desate da demanda, o julgamento antecipado

da lide sem a sua produção não importa em cerceamento de defesa.

- O estado de aflição, por si só, gerado pela internação de um parente em hospital particular, não é capaz de configurar o estado de perigo previsto no art. 156 do Código Civil como vício do negócio jurídico, ainda mais se a parte foi previamente cientificada das cláusulas contratuais, condições de pagamento e se inexistia comprovação de que os serviços foram cobrados de forma abusiva.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.10.174513-1/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelantes: 1^{os}) Elaine Moline Bayer e outros, Gerson Bayer - 2^o) Fernando Bayer Bronca - Apelado: Hospital Mater Dei S.A. - Relatora: DES.^a APARECIDA GROSSI

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 16^a Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em NEGAR PROVIMENTO AOS RECURSOS.

Belo Horizonte, 22 de junho de 2016. - Aparecida Grossi - Relatora.

Notas taxativas

DES.^a APARECIDA GROSSI - Trata-se de recursos de apelação interpostos contra a sentença proferida nos autos da ação de cobrança ajuizada pelo Hospital Mater Dei S.A. em face de Elaine Moline Bayer, Fernando Bayer Bronca e Gerson Bayer, que julgou procedente o pedido inicial e condenou os réus solidariamente ao pagamento da quantia de R\$86.317,83 (oitenta e seis mil trezentos e dezessete reais e oitenta e três centavos), atualizada monetariamente, conforme índices da CGJMG, acrescida de juros moratórios de 1% ao mês, desde 09.09.2009.

Por fim, a MM. Juíza condenou os réus ao pagamento das custas e dos honorários, arbitrados em 10% sobre o valor da condenação, suspensa a exigibilidade em relação aos réus Elaine e Gerson, que litigam sob o pálio da justiça gratuita.

Elaine Moline Bayer e Gerson Bayer interpuseram recurso de apelação às f. 252/257, requerendo, preliminarmente, a apreciação dos agravos retidos interpostos no curso da lide.

No mérito, destacam que,

ao receber o paciente de uma UPA, através de ambulância do SUS, obriga-se o hospital a interná-lo nos mesmos moldes, nada podendo exigir do paciente ou seu responsável, que estará sem condições emocionais de assinar livremente qualquer termo de responsabilidade ou título de crédito (f. 256/257).

Pedem, assim, a anulação do contrato firmado com vício de consentimento (estado de perigo), devendo o apelado pleitear perante o Município de Belo Horizonte

ou o Estado de Minas Gerais o ressarcimento das despesas hospitalares.

Por sua vez, Fernando Bayer Bronca interpôs recurso às f. 259/273 e também requereu, em sede de preliminar, a apreciação do agravo retido interposto contra a decisão que indeferiu o pedido de denunciação da lide ao Município de Belo Horizonte.

No mérito, reitera os argumentos no sentido de que a assinatura do termo de responsabilidade pelas despesas médico-hospitalares, diante do estado de perigo em que se encontrava a ré Elaine Moline Bayer, configura vício de consentimento e, por conseguinte, é causa de anulação do negócio jurídico.

Acrescenta, por fim, que a exigência de garantia para a prestação dos serviços médico-hospitalares de emergência configura crime, o que justifica, mais uma vez, a reforma da sentença para declarar nulo o contrato e, por consequência, julgar improcedentes os pedidos iniciais.

O apelado apresentou contrarrazões (f. 278/286), requerendo a manutenção da sentença.

É o relatório.

Conheço dos recursos, presentes os pressupostos de admissibilidade, e, por tratar de matéria idêntica, passo à análise conjunta de ambos.

Agravos retidos de f. 220/223 e 224/225.

Denunciação da lide ao Município de Belo Horizonte.

Por meio da decisão de f. 214, o MM. Juiz primevo indeferiu o pedido dos réus de denunciação da lide ao Município de Belo Horizonte, por entender que o pleito não se amolda ao disposto no art. 70, inciso III, do CPC/73.

Inconformados, os requeridos agravaram da decisão, aduzindo, em síntese, que foi o Município que conduziu a 1^a ré para a unidade privada de atendimento, diante do risco de vida que ela corria e da ausência de vaga disponível para sua internação na rede pública. A partir daí, concluem que a responsabilidade do Município pelo custeio das despesas com o atendimento privado está inculpada no art. 198 da CF/88.

Conheço dos agravos retidos, presentes os pressupostos de admissibilidade, e passo à sua análise.

Impende assinalar que a denunciação da lide é modalidade de intervenção de terceiros que visa a eliminar ulteriores ações regressivas autônomas, revelando-se como uma relação processual secundária entre o réu denunciante e a parte denunciada.

Oportuno salientar que

não cabe denunciação da lide nos casos em que o denunciante pretenda eximir-se da responsabilidade pelo evento danoso, atribuindo-a com exclusividade a terceiro, isto é, a denunciação da lide não será admitida quando o reconhecimento da responsabilidade do denunciado suponha seja negada a que é atribuída ao denunciante. Em suma: a denunciação da lide não é forma de correção da ilegitimidade passiva (ALVIM, Arruda; ALVIM, Eduardo Arruda; ASSIS, Araken de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 217).

O art. 70 do Código de Processo Civil, *in verbis*, preceitua:

Art. 70. A denunciação da lide é obrigatória:

I - ao alienante, na ação em que terceiro reivindica a coisa, cujo domínio foi transferido à parte, a fim de que esta possa exercer o direito que da evicção lhe resulta;

II - ao proprietário ou ao possuidor indireto quando, por força de obrigação ou direito, em casos como o do usufrutuário, do credor pignoratício, do locatário, o réu, citado em nome próprio, exerça a posse direta da coisa demandada;

III - àquele que estiver obrigado, pela lei ou pelo contrato, a indenizar, em ação regressiva, o prejuízo do que perder a demanda.

Verifica-se que o caso dos autos, ao contrário do sustentado pelos agravantes, não se enquadra em nenhuma das hipóteses do art. 70 do Código de Processo Civil, pois, como bem ressaltou o d. Magistrado singular, inexistem provas de que o Município de Belo Horizonte/MG estaria obrigado a ressarcir a recorrente, em ação regressiva, o prejuízo decorrente da perda da presente demanda.

Insta gizar que não desconheço que o Município também tem a obrigação de garantir e promover a saúde dos cidadãos.

Contudo, não está expressamente previsto na Constituição ou em qualquer outro dispositivo legal o dever do ente federativo de ressarcir o cidadão atendido na rede privada quando não disponibilizadas vagas na rede pública.

Trata-se de uma obrigação a ser discutida judicialmente, e não pela via transversa da denunciação da lide.

A propósito, este é o entendimento desta Corte:

Civil e processo civil. Agravo de instrumento. Cobrança de despesas hospitalares. Chamamento ao processo dos sucessores da paciente falecida. Cabimento. Denunciação da lide ao Município de Contagem/MG. Não cabimento no caso. - Mister constar que vigora, no ordenamento jurídico brasileiro, o princípio de que não se pode obrigar o autor a demandar contra quem não deseja. Contudo, referida regra é excepcionada pelo art. 77 do Código de Processo Civil, que, nas hipóteses ali previstas, autoriza o réu a chamar ao processo terceiros que não foram demandados pelo autor. É uma forma de provocar o litisconsórcio ulterior no polo passivo da ação, em virtude de fiança ou de solidariedade de devedores. São requisitos, para que exista a possibilidade de chamamento ao processo, no caso do inciso III do art. 77 do CPC, a existência de solidariedade, a exigência de apenas um ou não todos os devedores demandados e que haja dívida. Quanto à solidariedade, esta decorre somente de lei e de contrato (art. 265 do Código Civil), sendo necessária, no chamamento ao processo, a existência de solidariedade passiva. O pedido da parte requerida, ora agravante, de chamamento ao processo dos sucessores da sua tia, paciente falecida após tratamento nas dependências do hospital autor da ação de cobrança, ora agravado, se enquadra na hipótese prevista no art. 77, III, do Código de Processo Civil. A denunciação revela relação processual secundária entre o réu denunciante e a parte denunciada, visando garantir ao denunciante, no caso de sucumbência, receber do denunciado aquilo que pagar e o que teria direito em ação regressiva, sendo que a obrigação

da parte denunciada decorre da lei ou de contrato entabulado entre as partes (TJMG - Agravo de Instrumento Cível nº 1.0024.12.042523-6/001 - Relator: Des. Otávio Portes - 16ª Câmara Cível - j. em 11.12.2014 - p. em 23.01.2015).

Mutatis mutandis, outro não é o entendimento do colendo Superior Tribunal de Justiça:

Administrativo e processual civil. Fornecimento de medicamentos. Chamamento da União ao processo. Não cabimento. Questão tipicamente processual. Desnecessidade de sobrestamento. 1. O tema tratado no presente recurso especial não diz respeito à caracterização ou não da responsabilidade solidária dos entes federados para o fornecimento de medicamentos. 2. Não está o recurso especial questionando a existência de solidariedade passiva. Na verdade, o Estado de Santa Catarina parte desse pressuposto para afirmar que tem direito de chamar a União ao processo e de deslocar os autos para a Justiça Federal. 3. Portanto, em face do seu objeto, o presente recurso pode ser julgado, não havendo falar em sobrestamento ou espera pelo pronunciamento do Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE 566.471/RN, cuja repercussão geral foi reconhecida. 4. O chamamento ao processo, previsto no art. 77, III, do CPC, é típico de obrigações solidárias de pagar quantia. Trata-se de excepcional formação de litisconsórcio passivo facultativo promovida pelo demandado, que não comporta interpretação extensiva para alcançar prestação de entrega de coisa certa, cuja satisfação efetiva inadmitte divisão. (Precedentes: AgRg no REsp 1.009.622/SC, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 03.08.2010, DJe de 14.09.2010; REsp 1.125.537/SC, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 16.03.2010, DJe de 24.03.2010). 5. Impõe-se considerar que o Supremo Tribunal Federal analisou o tema, por ocasião do julgamento do RE 607.381/SC, de relatoria do Ministro Luiz Fux, e concluiu que o chamamento da União Federal ao processo, nas ações movidas contra Estados e que visam ao fornecimento de medicamentos, é medida inútil e protelatória (AgRg no RE 607.381/SC - Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJe-116 de 17.06.2011). Agravo regimental improvido (AgRg no AREsp 13.266/SC - Relator: Ministro Humberto Martins - Segunda Turma - j. em 25.10.2011 - DJe de 04.11.2011).

Com tais considerações, nego provimento aos agravos retidos.

DES. PEDRO ALEIXO - De acordo com a Relatora.

DES. OTÁVIO DE ABREU PORTES - De acordo com a Relatora.

DES.ª APARECIDA GROSSI - Agravo retido de f. 241. Indeferimento da prova testemunhal.

Conheço do recurso, por estarem presentes os pressupostos de admissibilidade.

O fundamento do presente agravo retido é o suposto cerceamento de defesa.

Em audiência de instrução e julgamento, foi indeferida pelo MM. Juiz a produção da prova oral oportunamente requerida pelos 1º e 2º réus, consistente na oitiva do Dr. Samir Custodio Salomão, sob o argumento de que

o depoimento da testemunha aludida não agregará elementos informativos relevantes e úteis para a composição da lide, pelo simples fato de que incontroversa a gravidade do quadro da paciente, a incluir a existência de 'risco de vida', admitindo-se como verdadeira a alegação de que não havia leito de CTI no caso do autor (f. 241).

Cumpra salientar que o Magistrado não está obrigado a julgar a questão posta a seu exame de acordo com o pleiteado pelas partes, mas, sim, com o seu livre convencimento (art. 131 do CPC), utilizando-se dos fatos, provas, jurisprudência, aspectos pertinentes ao tema e da legislação que entender aplicável.

In casu, o requerimento dos réus de produção da prova oral teria por finalidade corroborar suas alegações no sentido de que a 1ª ré corria risco de vida e não encontrou leito disponível na rede pública para ser internada, dando causa à internação de emergência no hospital do autor.

Porém, a produção da referida prova é completamente desnecessária para o desate da causa, porque foi reconhecido como incontroverso pelo Julgador o grave estado de saúde em que a 1ª ré se encontrava à época da sua internação na rede privada de saúde, a partir dos documentos acostados aos autos e das declarações de ambas as partes.

Sendo assim, observa-se que a decisão vergastada não merece reforma.

Com tais considerações, nego provimento ao agravo retido.

DES. PEDRO ALEIXO - De acordo com a Relatora.

DES. OTÁVIO DE ABREU PORTES - De acordo com a Relatora.

DES.ª APARECIDA GROSSI - Mérito.

Cinge-se a controvérsia recursal a apurar a exigibilidade das obrigações contraídas pelos apelantes, em decorrência da celebração do contrato de prestação de serviços médico-hospitalares pelo apelado.

Extraí-se dos autos que a 1ª ré, inicialmente, recebeu atendimento de urgência na rede pública de saúde, oportunidade em que foi diagnosticada com a gripe do vírus H1N1, e, diante do agravamento de seu estado de saúde, com incontroverso risco de vida, associado à ausência de leitos disponíveis na rede pública para sua internação no CTI, foi transferida para o hospital autor.

Analizando o contrato de prestação de serviços médico-hospitalares que fundamenta a presente ação de cobrança, f. 08/09, é possível constatar que os recorrentes se obrigaram, solidariamente, ao pagamento das despesas decorrentes do atendimento médico prestado à 1ª ré.

O hospital recorrido cuidou de demonstrar, ainda, a realização de todos os procedimentos realizados no tratamento da 1ª recorrente, bem como os medicamentos

e materiais utilizados durante o período de internação, conforme documentos de f. 11/13.

Destarte, a procedência do pleito de cobrança é medida que se impõe, não sendo suficiente para obstar a responsabilização dos requeridos o simples fato de ter sido a 1ª ré encaminhada para o hospital privado em razão da inexistência de vagas na rede pública de saúde.

Consta no aludido pacto que a contratação dos serviços ocorreu de forma particular, com a prévia cientificação dos réus sobre os preços dos serviços oferecidos e a inexistência de qualquer tipo de convênio junto ao SUS, conforme cláusula 8, F (f. 09).

Não há dúvidas, portanto, de que o autor, como prestador de serviços, se desincumbiu do seu dever de informação, contido no art. 6º, III, do CDC.

Insta asseverar, outrossim, que impera o princípio *pacta sunt servanda*, segundo o qual as partes têm liberdade de contratar e se obrigam pelas regras livremente escolhidas.

A propósito, relevante é a lição de Caio Mário da Silva Pereira sobre o assunto:

Obrigatoriedade. Decorrência natural de sua função social é o princípio de sua obrigatoriedade.

[...]. A ordem jurídica oferece a cada um a possibilidade de contratar, e dá-lhe a liberdade de escolher os termos da avença, segundo as suas preferências. Concluída a convenção, recebe da ordem jurídica o condão de sujeitar, em definitivo, os agentes. Uma vez celebrado o contrato, com observância dos requisitos de validade, tem plena eficácia, no sentido de que se impõe a cada um dos participantes, que não têm mais liberdade de se forrarem às suas consequências, a não ser com a cooperação anuente do outro. Foram as partes que escolheram os termos de sua vinculação, e assumiram todos os riscos. A elas não cabe reclamar, e ao juiz não é dado preocupar-se com a severidade das cláusulas aceitas, que não podem ser atacadas sob a invocação de princípios de equidade, salvo a intercorrência de causa adiante minudenciada.

O princípio da força obrigatória do contrato contém ínsita uma idéia que reflete o máximo de subjetivismo que a ordem legal oferece: a palavra individual, enunciada na conformidade da lei, encerra uma centelha de criação, tão forte e tão profunda, que não comporta retratação, e tão imperiosa que, depois de adquirir vida, nem o Estado mesmo, a não ser excepcionalmente, pode intervir, com o propósito de mudar o curso de seus efeitos (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Curso de direito civil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. 3, p. 14).

De outro norte, não restou configurado o alegado estado de perigo, causa de anulabilidade do sobredito contrato de prestação de serviços.

A respeito do estado de perigo, dispõe o art. 156 do NCC:

Art. 156. Configura-se o estado de perigo quando alguém, premido da necessidade de salvar-se, ou a pessoa de sua família, de grave dano conhecido pela outra parte, assume obrigação excessivamente onerosa.

Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery apresentam os seguintes comentários ao artigo sobre-dito, informando os elementos caracterizadores do estado de perigo:

Para que haja o estado de perigo invalidante, é necessário que estejam presentes: I) elementos objetivos: a) a ameaça de grave dano à própria pessoa ou a pessoa de sua família; b) a atualidade do dano; c) a onerosidade excessiva da obrigação; e II) os elementos subjetivos: d) a crença do declarante de que realmente se encontra em perigo; e) o conhecimento do perigo pela outra parte. (NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código civil comentado*. 10. ed. São Paulo: RT, 2013. p. 425).

In casu, não restou configurado o estado de perigo, porque, embora a 1ª apelante estivesse acometida por doença grave sob iminente risco de morte e ainda que o hospital soubesse da gravidade da moléstia, como já dito, os apelantes assinaram espontaneamente o contrato de prestação de serviços, inexistindo provas de que teriam sido obrigados a fazê-lo.

Ademais, salienta-se que todos os cuidados médicos dispensados à paciente e os valores cobrados pelos serviços prestados foram suficientemente comprovados, não havendo alegação ou comprovação de que houve onerosidade excessiva na cobrança, ônus que incumbia aos recorrentes, na forma do art. 333, inciso II, do CPC/1973.

Nesse sentido, é o entendimento majoritário deste egrégio Tribunal de Justiça:

Apelação cível. Ação indenizatória. Cobrança por serviços médicos prestados em caráter particular. Expressa autorização da família do paciente. Possibilidade. Sentença mantida. 1 - Comprovado que, em razão de o procedimento cirúrgico necessário não ser custeado pelo SUS, o paciente e seus familiares optaram pela realização da cirurgia em caráter particular, mostra-se regular a cobrança pelo hospital dos serviços prestados. 2 - Nos termos do art. 156 do Código Civil, 'configura-se o estado de perigo quando alguém, premido da necessidade de salvar-se, ou a pessoa de sua família, de grave dano conhecido pela outra parte, assume obrigação excessivamente onerosa'. Não comprovado que as despesas hospitalares cobradas tenham sido excessivas e que tenha havido abuso por parte do hospital, o negócio jurídico firmado entre as partes é válido, devendo ser cumprido (TJMG - Apelação Cível nº 1.0480.09.134789-2/001 - Relator: Des. José Marcos Vieira - 16ª Câmara Cível - j. em 14.11.2014 - p. em 24.11.2014).

Apelação cível. Cobrança. Serviços médico-hospitalares. Internação em hospital particular. Não atendimento pelo Sistema Único de Saúde - SUS. Ausência de obrigação legal de atender paciente gratuitamente. Estado de perigo e lesão não configurados. Recurso provido. - Configura-se o estado de perigo 'quando alguém, premido da necessidade de salvar-se, ou a pessoa de sua família, de grave dano conhecido pela outra parte, assume obrigação excessivamente onerosa' (art. 156 do Código Civil de 2002). - Para a configuração do estado de perigo, devem estar presentes três requisitos imprescindíveis, quais sejam (i) a premente necessidade de salvar a si ou a alguém de sua família de grave

dano; (ii) o conhecimento deste dano pela outra parte no momento da celebração do negócio jurídico; e (iii) a onerosidade excessiva da obrigação assumida. - Portanto, além da necessidade de salvar a si ou a alguém da família, para a configuração do estado de perigo, seria imprescindível a presença de elementos que pudessem indicar a utilização do 'conhecimento do dano' como forma de obrigar a contratação de obrigação excessivamente onerosa. - Não demonstrado o estado de perigo, e, uma vez assumida a total responsabilidade pelas despesas médico-hospitalares junto ao estabelecimento hospitalar, não se mostra admissível ou mesmo razoável que, após o recebimento de alta do paciente, o hospital suporte os prejuízos financeiros decorrentes de todo o tratamento particular, livremente contratado (Apelação Cível nº 1.0024.08.954411-8/001 - Relator: Des. Versiani Penna - DJ de 13.03.2012).

Civil e processual civil. Apelação. Ação de cobrança. Despesas médico-hospitalares. Entes federados ligados ao SUS. Litisconsórcio passivo necessário. Não cabimento. Agravo retido. Não provimento. Despesas médico-hospitalares. Internação de urgência em hospital da rede particular. Termo de responsabilidade com assunção de dívida. Estado de perigo e coação. Não verificação. Excesso na cobrança. Inexistência. Procedência do pedido. Recurso provido. - Em ação de cobrança de despesas hospitalares do hospital contra o paciente e o coobrigado, não há litisconsórcio passivo necessário nem cabe o chamamento ao processo dos entes federados por ligação com o SUS. - Não se configura coação, se a parte, volitivamente, assume o custo do tratamento médico-hospitalar. - É impertinente a alegação de estado de perigo para exoneração da obrigação de pagar, volitivamente assumida, se a parte nem sequer alegou excesso ou abuso na cobrança. - Agravo retido não provido. Recurso conhecido e provido (TJMG - Apelação Cível nº 1.0427.10.000439-4/001 - Relatora: Des.ª Márcia De Paoli Balbino - 17ª Câmara Cível - j. em 31.05.2012 - p. em 06.06.2012).

Impende assinalar, ainda, que a adoção de entendimento em sentido contrário inviabilizaria o exercício do objeto social do apelado, haja vista que grande parte dos contratos celebrados seriam passíveis de anulação por vício de consentimento, dado os altos custos inerentes aos procedimentos médico-hospitalares adotados.

Por fim, quanto à alegação do 2º apelante de que o condicionamento da prestação dos serviços ao oferecimento de garantia configura crime, não é matéria de competência do juízo cível e não tem o condão de invalidar a relação jurídica discutida.

Com tais considerações, nego provimento aos recursos.

Custas recursais, pelos apelantes. Suspendo a exigibilidade em relação aos primeiros recorrentes, com base no art. 12 da Lei nº 1.060/50.

Votaram de acordo com a Relatora os DESEMBARGADORES PEDRO ALEIXO e OTÁVIO DE ABREU PORTES.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AOS RECURSOS.

...

Contrato de transporte de leite - Rescisão unilateral - Descumprimento do contrato pelo transportador - Divergências intransponíveis com os produtores rurais e empregados das fazendas - Cláusula resolutiva expressa - Notificação desnecessária - Art. 474 do Código Civil - Indenização por perdas e danos - Não cabimento

Ementa: Apelação cível. Indenização por perdas e danos c/c lucros cessantes. Contrato de transporte de leite. Rescisão unilateral. Descumprimento de contrato pelo transportador. Cláusula resolutiva expressa. Indenização por perdas e danos. Não cabimento.

- Provado que o transportador mantinha divergências intransponíveis com os produtores rurais e empregados das fazendas, descumprindo cláusula contratual, mostra-se cogente a resolução expressa do contrato, independente de notificação, nos termos do art. 474 do Código Civil.

- Leite é um alimento básico, essencial à alimentação humana e, havendo qualquer indício de que sua entrega possa criar dúvidas sobre a qualidade de sua composição ou descumprimento de cláusulas contratuais, urge atitude imediata, já que em primeiro lugar está a segurança alimentar e, por consequência, a saúde pública.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.10.178619-2/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Cooperativa Central dos Produtores Rurais de Minas Gerais Ltda. - Apelada: Futura Transportes Ltda. - Relator: DES. SÉRGIO ANDRÉ DA FONSECA XAVIER

Acórdão

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

Belo Horizonte, 24 de maio de 2016. - *Sérgio André da Fonseca Xavier* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. SÉRGIO ANDRÉ DA FONSECA XAVIER - Trata-se de apelação interposta por Cooperativa Central dos Produtores Rurais de Minas Gerais Ltda., contra sentença de f. 298/303, que, na “ação de indenização por perdas e danos, cumulada com lucros cessantes”, movida por Futura Transportes Ltda.-ME contra a apelante, julgou parcialmente procedente o pedido, para condená-la a pagar à apelada a quantia que esta deixou de faturar até o final do contrato firmado em agosto de 2009, somados ao dano moral de R\$5.000,00, corrigido monetariamente pela tabela da Corregedoria de Justiça, a partir

da data da rescisão (25.05.2010), acrescido de juros de mora de 1% ao mês, a partir da citação. Em consequência, condenou a apelante ao pagamento das custas processuais e honorários, estes fixados em R\$1.000,00.

A apelante interpôs embargos de declaração (f. 304/309), que foram rejeitados, tendo o Magistrado a quo aplicado multa de 1% sobre o valor da condenação, nos termos do art. 538 do CPC/73 (f. 312/313).

Em seu recurso (f. 317/330), alega:

A apelante interpôs embargos de declaração em razão da omissão e contradição existentes na sentença recorrida, tendo o Juiz a quo condenado a apelante ao pagamento de multa de 1% sobre o valor da condenação.

Pugna pela exclusão da referida penalidade, pois estava exercendo seu legítimo direito de recorrer.

Quanto ao mérito, a prova testemunhal produzida confirma que houve reiteradas reclamações dos produtores de leite em relação à conduta do representante legal da apelada. Nesse caso, após reiteradas reclamações, a apelante não poderia permitir que a apelada continuasse a prestação de serviços, não restando outra alternativa que não fosse a rescisão contratual, prevista na cláusula 5ª do contrato, sendo totalmente descabida a condenação em lucros cessantes e danos morais.

Não há prova de que a apelante difamou a apelada, e as reclamações trazidas pelos produtores rurais à apelante, no que diz respeito à conduta do representante legal da apelada, não agredem a honra e a boa-fé do indivíduo.

A sentença merece ser reformada, pois o motivo para a rescisão do contrato foi justo.

A sentença recorrida também condenou a apelante a pagar à apelada a quantia que esta deixou de faturar até o final do contrato firmado em agosto/2009. Ocorre que o referido contrato é por prazo indeterminado, podendo ser rescindido a qualquer tempo, mediante aviso dirigido por escrito à outra parte, com antecedência mínima de 8 dias.

Mesmo na eventualidade de ser devido algum valor à apelada por rescisão contratual, a sentença não apresenta qual seria a base de cálculo dos lucros cessantes. Nesse caso, este deverá ser limitado ao período do aviso prévio contratualmente estabelecido, que é de 8 dias.

Requer seja dado provimento ao recurso, reformando-se a sentença recorrida, excluindo-se a multa de 1% sobre o valor da condenação por embargos de declaração protelatórios e julgando improcedente o pedido inicial.

A apelada apresentou contrarrazões (f. 343/349), pugnando pela manutenção da sentença recorrida.

Conheço do recurso, uma vez que presentes os pressupostos legais de sua admissibilidade.

As partes celebraram “contrato de transporte de leite a granel”, pelo qual a apelante concedeu à apelada o referido transporte da produção de produtores rurais, em

rotas e horários determinados, compreendendo o trajeto das fazendas até a plataforma, em Uberlândia/MG.

O primeiro contrato foi celebrado em 28.11.2005 (f. 109/112). Posteriormente, em 03.08.2009, foi celebrado novo contrato (f. 120/127), que se encontrava em vigor quando ocorreu a rescisão unilateral por parte da apelante.

Nesse caso, a cláusula 9 do contrato assinado em 2009 é bem clara quanto à plena e geral quitação dos contratos assinados anteriormente, senão vejamos (f. 126):

9.1. O presente contrato substitui de pleno direito todo e qualquer entendimento que eventualmente tenha sido anteriormente estabelecido entre as partes, pelo que ficam rescindidos todos os contratos e acordos verbais ou escritos, previamente firmados, pelos quais as partes, neste ato, concedem mútua, plena e irrevogável quitação, para nada mais pleitearem uma da outra, no presente ou no futuro, em juízo ou fora dele, seja a que título for.

Portanto, neste feito serão analisados somente os fatos ocorridos após a assinatura do contrato de 03.08.2009.

Assim, a cláusula 5 do contrato dispõe sobre a rescisão. Veja-se (f. 124):

5.1. O presente contrato vigorará por prazo indeterminado, podendo ser rescindido, a qualquer tempo, mediante aviso por escrito dirigido à outra parte por qualquer uma das partes interessadas, com a antecedência mínima de 8 (oito) dias.

5.2. [...]

5.3. Além dos motivos previstos nas cláusulas anteriores, qualquer infração a cláusula ou condição deste contrato, bem como a decretação de falência ou o pedido de recuperação judicial ou extrajudicial também acarretará sua rescisão de pleno direito, independentemente de aviso ou interpelação, judicial ou extrajudicial.

Portanto, nesse caso, deve prevalecer o *pacta sunt servanda*, ou seja, a livre vontade das partes expressa no contrato.

É incontroverso, já que não impugnado especificamente pela apelante, que a rescisão unilateral do contrato ocorreu em 25.05.2010, quando a apelada foi comunicada verbalmente da referida rescisão.

A apelante também não nega a rescisão unilateral do contrato em 25.05.2010. Todavia, alega que a rescisão ocorreu por culpa exclusiva da apelada, em virtude de reiteradas falhas na prestação do serviço e devido a vários desentendimentos com os produtores rurais associados à empresa apelante, conforme declarações de f. 137/138 e prova testemunhal (f. 204/204-v.; f. 211/211-v. e f. 249/250), o que inviabilizou a continuidade do contrato de transporte de leite.

A apelante também afirma que apresentou à apelada a notificação da rescisão contratual, mas que a mesma se negou a assiná-la.

O fato é que a cláusula 5.3 do contrato prevê a possibilidade de rescisão, independente de notificação, quando houver descumprimento de qualquer cláusula ou condição do contrato.

Já a prova produzida é bem clara:

Consta da declaração de f. 137, assinada por Nelson Rombola e Marly Neves Rombola, que o representante legal da apelada, Sérgio Henrique Mendes, não atende às solicitações de higiene na retirada do leite nos tanques refrigerados, tem temperamento de difícil convivência com os empregados da fazenda e reclama excessivamente, além de ameaçar não coletar o leite se não for arrumada a estrada que passa em frente.

Já a declaração de f. 138, assinada por Marcelo Alves Salomão, afirma que o representante legal da apelada, Sérgio Henrique Mendes, vem colocando dificuldade para cumprir seu trabalho, deixa a desejar quanto à qualidade de seu serviço e trata, na maioria das vezes, com indiferença o declarante e seus funcionários. Ao final, o declarante solicita a troca dele por outro empregado a fim de evitar algum desconforto maior.

Por seu turno, a prova testemunhal também é bem clara quanto aos problemas causados pelo representante legal da apelada, Sérgio Henrique.

A testemunha Marly Neves Rombola (f. 211/211-v.), que assinou a declaração de f. 137, informa:

que a depoente reconhece a assinatura feita em uma reclamação que ora lhe foi mostrada pelo Procurador da autora; que fez essa reclamação por causa do mau humor de Sérgio, que estava sempre reclamando da coisa e por querer que seu caminhão ficasse impecável [...]; que a depoente pediu para trocar o transportador por causa dos problemas com o Sérgio; que não teve prejuízos, teve dissabores com o Sérgio; que não houve ameaça pessoal de Sérgio com a depoente.

O depoimento da testemunha Marcelo Alves Salomão (f. 204/204-v.), que também assinou a declaração de f. 138, esclarece:

que o depoente falou com Sérgio e depois com o Tiago, funcionário da Itambé, o qual orientou o depoente a fazer uma reclamação por escrito a respeito de Sérgio, pois já havia mais reclamações verbais contra o Sérgio; que o depoente ficou chateado pela maneira como Sérgio o tratou; que os funcionários do depoente também reclamavam de Sérgio, no aspecto da cordialidade;

Por fim, o depoimento da testemunha Sânzio Carvalho Borges (f. 249/250), que, não obstante ser empregado da apelante, foi tomado sob compromisso legal, também é claro:

que tem conhecimento de reclamação de produtor rural no sentido de que a suplicante não cumpria as suas funções, fazia medição do leite errada, não cumpria horário, pois não buscava o leite na hora certa, não tratava bem os produtores; que foram vários os produtores rurais que fizeram reclamações da empresa suplicante; [...].

Por outro lado, o depoimento da testemunha Jandson de Sousa Goulart (f. 187) nada esclarece, pois trabalhou com o representante legal da apelada apenas por um período de 6 a 8 meses no ano de 2006, ou seja, em período anterior ao contrato objeto deste feito.

Nesse caso, a cláusula 4.1.10 do contrato (f. 123) determina claramente qual a conduta a ser observada pelo transportador/apelado, senão vejamos:

Cláusula 4: Das obrigações gerais.

4.1. São obrigações da Transportadora:

4.1.10. Manter empregados instruídos com boas maneiras e boa apresentação, devidamente uniformizados, barbeados e uniformizados. Qualquer empregado da Transportadora deverá ser substituído imediatamente, mediante mera solicitação da Itambé. [...]

Logo, a rescisão unilateral do contrato deu-se por culpa exclusiva da apelada, que descumpriu a cláusula contratual “5.3” e, por consequência, ocasionou o fim do mesmo, independente de aviso ou interpelação, tudo com base no acordado e nos termos do art. 474 do Código Civil, a saber: “Art. 474. A cláusula resolutiva expressa opera de pleno direito; a tácita depende de interpelação judicial”.

É de se acrescentar ainda que o transporte de leite só pode ser feito por quem tem lisura inquestionável, atenda às cláusulas contratuais e, principalmente, respeite as reivindicações dos produtores, pois qualquer comportamento que leve dúvidas sobre a alteração na qualidade da composição do leite cria risco à saúde pública e, como consequência, urge que se apliquem as cláusulas contratuais que possam estancar de imediato comportamentos incompatíveis com a certeza de que nada de anormal possa acontecer até a sua final entrega nos laticínios.

Os produtores rurais são os pilares da economia nacional, trabalham em condições adversas, em longas jornadas, horários desgastantes, enfrentam falta de incentivo do governo, e a população urbana, principalmente dos grandes centros, não tem noção da atividade rural, que tira a fome e dá a paz social.

Consequentemente, transporte de alimentos é de interesse público, e esta demanda demonstra como nossa sociedade está infantilizada, onde todos buscam direitos, mas ninguém quer obrigações, a saber:

Ninguém quer deveres, só direitos, mas são os deveres que sustentam a formação de vínculos; os direitos apenas geram demandas [...]. PONDÉ, Luiz Felipe. Disponível em <http://www1.folha.uol.com.br/paywall/login_colunista.shtml?http://www1.folha.uol.com.br/colunas/luizfelipeponde/2015/05/1630205-a-moral-dos-coitadinhos.shtml>.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso e julgo improcedente o pedido inicial, condenando a apelada ao pagamento das custas processuais, recursais e honorários advocatícios de sucumbência, estes fixados no mesmo valor da sentença recorrida.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES MOTA E SILVA e ARNALDO MACIEL.

Súmula - DERAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Partilha - Herdeiro necessário preterido - Anulatória - Prazo prescricional - Art. 205 do Código Civil - Aplicabilidade - Prescrição - Não ocorrência - Impossibilidade jurídica do pedido - Inexistência - Nulidade - Declaração

Ementa: Apelação cível. Anulatória de partilha. Prescrição. Art. 205 do CC. Rejeitada. Impossibilidade jurídica do pedido. Rejeitada. Partilha realizada sem a participação de herdeiro necessário. Nulidade reconhecida. Sentença mantida. Recurso não provido.

- Aplica-se o prazo prescricional de dez anos, previsto no art. 205 do Código Civil, para o herdeiro necessário preterido na partilha do inventário buscar sua anulação.

- A falta da participação de herdeiro necessário na partilha de bens implica nulidade absoluta, cuja declaração de nulidade deve ser reconhecida na ação ordinária proposta.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.13.203004-0/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Valderci Lúcia de Souza - Apelado: Renato Pereira de Souza Júnior - Relatora: DES.ª HILDA TEIXEIRA DA COSTA

Acórdão

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

Belo Horizonte, 14 de junho de 2016. - *Hilda Teixeira da Costa* - Relatora.

Notas taquigráficas

DES.ª HILDA TEIXEIRA DA COSTA - Trata-se de recurso de apelação interposto por Valderci Lúcia de Souza, em face da r. sentença proferida na ação anulatória de partilha, contra ela ajuizada por Renato Pereira de Souza Júnior, que julgou procedente o pedido inicial para rescindir a partilha homologada nos autos de nº 0024.93.034141-7 e condenou a parte ré ao pagamento das custas e dos honorários advocatícios, estes fixados em R\$1.000,00 (mil reais), nos termos do art. 20, § 4º, do CPC/73, suspendendo a exigibilidade de tais verbas por estar litigando sob o pálio da justiça gratuita.

A parte ré, em suas razões recursais de f. 74/80, aduz a ocorrência da prescrição, pois a sentença que homologou a partilha é de agosto de 2003, sendo que a presente ação foi ajuizada nove anos após o trânsito em julgado da sentença homologatória da partilha.

Afirma que ocorreu a partilha pela parte ré e que era desconhecida a existência do autor, por ser ele fruto de relação do falecido anterior ao casamento com a ré.

Declara que deve ser aplicado o art. 1.029, inciso II, c/c art. 1.030, inciso III, do CPC/73.

Argumenta que o autor possui hoje 52 anos e, na data do óbito de seu pai, possuía 31 anos, de modo que não era menor, e o prazo prescricional fruiu em seu desfavor.

Defende que há impossibilidade jurídica do pedido, pois a pretensão inicial deve ser demandada por via de ação rescisória, e não por via de ação anulatória de partilha.

Ao final, requer o provimento do recurso, para reformar a r. sentença em razão dos argumentos expostos.

Intimado, o autor apresentou suas contrarrazões às f. 82/83, pugnando pela manutenção da sentença.

É o relatório.

O recurso é próprio, tempestivo, regularmente processado e sem preparo, por estar a parte apelante sob o pálio da justiça gratuita, razões pelas quais dele conheço.

No tocante à aduzida ocorrência de prescrição, razão não assiste à parte apelante.

Na hipótese, o caso em tela não se enquadra em nenhuma das hipóteses do parágrafo único do art. 1.029 do CPC/73, para as quais é prevista a prescrição de um ano, *in verbis*:

Art. 1.029. A partilha amigável, lavrada em instrumento público, reduzida a termo nos autos do inventário ou constante de escrito particular homologado pelo juiz, pode ser anulada, por dolo, coação, erro essencial ou intervenção de incapaz.

Parágrafo único. O direito de propor ação anulatória de partilha amigável prescreve em 1 (um) ano, contado este prazo:

I - no caso de coação, do dia em que ela cessou;

II - no de erro ou dolo, do dia em que se realizou o ato;

III - quanto ao incapaz, do dia em que cessar a incapacidade.

A ação de nulidade de partilha proposta por herdeiro necessário que não participou do processo de inventário cuja partilha se pretende declarar nula, diante da inexistência de previsão legal específica, tem como prazo prescricional o geral, previsto no art. 177 do CC/16 ou no 205 do Código Civil de 2002, tal como decidido na sentença.

Nesse sentido, segue jurisprudência deste eg. Tribunal:

Apelação cível. Ação de nulidade de partilha c/c petição de herança e sobrepartilha. Herdeiro necessário excluído da ação de inventário. Decadência do direito não configurada. Prazo prescricional previsto no art. 205 do Código Civil. Sentença anulada. 1. A sentença proferida em ação de inventário, na qual não participou o herdeiro necessário, não tem eficácia relativamente a ele, pelo que inaplicável o prazo decadencial disposto no parágrafo único do art. 2.027 do Código Civil. 2. O herdeiro necessário excluído do inventário, nos termos do art. 205 do Código Civil, tem 10 (dez) anos para propor ação de anulação de partilha. (Apelação

Cível nº 1.0431.09.048357-6/001, Rel. Des. Edgard Penna Amorim, j. em 09.07.2015.)

Isso posto, tendo em vista que a sentença que homologou a partilha é de agosto de 2003 e não houve o decurso de mais de dez anos entre este ato e a propositura desta ação, rejeito a prejudicial de mérito de prescrição aduzida.

A apelante aduz, ainda, a impossibilidade jurídica do pedido, pois a pretensão inicial deve ser demandada por via de ação rescisória, e não por via de ação anulatória de partilha. Todavia, razão não lhe assiste.

A respeito da possibilidade jurídica do pedido, Humberto Theodoro Júnior, acerca das condições da ação, leciona que:

Pela possibilidade jurídica, indica-se a exigência de que deve existir, abstratamente, dentro do ordenamento jurídico, um tipo de providência como a que se pede através da ação. Esse requisito, de tal sorte, consiste na prévia verificação que incumbe ao juiz fazer sobre a viabilidade jurídica da pretensão deduzida pela parte em vigor. O exame realiza-se, assim, abstrata e idealmente, diante do ordenamento jurídico. THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 50. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, v. 1, p. 60).

Segundo a doutrina dominante, tal análise é realizada ideal e inicialmente, pois se diz presente a possibilidade jurídica do pedido quando a pretensão versada em juízo é, ao menos em abstrato, admitida pelo ordenamento vigente e não lhe é incompatível.

E, pela análise do pedido formulado, não vejo como acolher a preliminar de impossibilidade jurídica do pedido.

No caso, o autor demonstrou, de forma inequívoca, ser filho e, portanto, herdeiro necessário do falecido Renato Pereira de Souza (f. 7/8), e seu pedido inicial se baseia no fato de o requerente ter sido preterido na partilha realizada nos autos de inventário, em apenso, o que evidencia a existência de nulidade absoluta.

Dessa forma, tal como considerado pelo douto Juiz a quo, independentemente de a ação ordinária ter sido nomeada como anulatória, deve ser reconhecido o direito do autor, herdeiro necessário do falecido, de ser incluído na partilha de eventuais bens deixados pelo de cujus, de modo que a r. sentença não merece reforma.

Sobre a questão, segue jurisprudência deste eg. Tribunal:

Ação de anulação de partilha e atos jurídicos. Partilha realizada com preterição de herdeiro. Possibilidade jurídica do pedido. Prosseguimento do feito. - O herdeiro preterido da partilha pode pleitear a sua rescisão através de ação anulatória, com fulcro no inciso III do art. 1.030 do CPC c/c art. 2.027 do Código Civil. - 'Mesmo quando a partilha tiver sido judicial, mas se acha contaminada de nulidade absoluta que atinja toda a relação processual, como é o caso de falta de participação, ou de citação de herdeiro necessário, a declaração de nulidade não depende de ação rescisória e pode ser obtida por simples ação ordinária em primeira

instância. É que a ação rescisória do art. 485 do CPC pressupõe coisa julgada material, a qual, por seu turno, pressupõe relação processual validamente estabelecida entre as partes que deverão sofrer os efeitos da sentença.' (Humberto THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*, p. 1.784/1.785). - Recurso provido (Apelação Cível nº 1.0433.11.005591-3/001, Rel.º Des.ª Heloísa Combat, j. em 06.10.2011).

Em face do exposto, nego provimento ao recurso e mantenho a r. sentença.

Custas recursais, pela apelante, cuja exigibilidade fica suspensa nos termos do art. 12 da Lei nº 1.060/50.

Votaram de acordo com a Relatora os DESEMBARGADORES AFRÂNIO VILELA e RAIMUNDO MESSIAS JÚNIOR.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

**Ação de cobrança - Dívida comprovada -
Sucessão empresarial - Reconhecimento por
presunção - Índícios e provas convincentes -
Possibilidade - Responsabilidade solidária pelo
pagamento - Reconhecimento**

Ementa: Apelação. Ação de cobrança. Dívida comprovada. Sucessão empresarial. Responsabilidade solidária reconhecida.

- Os documentos apresentados na inicial, assim como o depoimento testemunhal do assistente administrativo do restaurante, são suficientes para comprovar a efetividade da compra e entrega dos produtos no estabelecimento do primeiro requerido.

- Existem provas convincentes de que o primeiro requerido foi, de algum modo, sucedido pelos demais, ora apelantes, já que ficou demonstrada a transferência do estabelecimento/fundo de comércio, assim como a continuidade da atividade empresarial no mesmo local, sendo utilizados inclusive os mesmos funcionários.

**APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0313.07.229335-7/001 -
Comarca de Ipatinga - Apelante: Condomínio do Edifício
San Diego Ipatinga Convention Flat, Arco Administradora
Ltda. e outro - Apelado: Max Moreira Lana - Litisconsorte:
Márcio José Freire Cavaleiro - Relator: DES. ALBERTO
HENRIQUE**

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 13ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 25 de junho de 2016. - *Alberto Henrique* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. ALBERTO HENRIQUE - Trata-se de recurso de apelação interposto por Arco Administradora Ltda. e outro, contra a sentença de f. 316/318, proferida nos autos da ação de cobrança ajuizada por Max Moreira Lana em face dos apelantes e de Márcio José Freire Cavaleiro, por meio da qual o MM. Juiz a quo julgou procedente o pedido formulado na inicial para condenar os requeridos, solidariamente, ao pagamento da quantia de R\$19.895,39 (dezenove mil, oitocentos e noventa e cinco reais e trinta e nove centavos), corrigida monetariamente pelos índices da CGJ/TJMG e acrescida de juros moratórios de 1% ao mês, ambos a partir da propositura da ação, data da última atualização. Condenou os requeridos ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios arbitrados em 20% do valor atualizado da condenação.

Inconformados, recorrem o segundo e o terceiro requeridos às f. 333/342, sob o argumento de que não conhecem os documentos de f. 10 a 36, e que não houve prova do fornecimento dos produtos relacionados nos pedidos. Sustentam que, conforme depoimento testemunhal, todas as mercadorias eram faturadas, que os documentos apresentados se tratam apenas de pedido, sendo que alguns contêm rasura e ausência de pertinência entre a assinatura do autor.

Alegam que o autor firmou contrato com o primeiro requerido e que a rescisão do contrato de arrendamento não constitui óbice para novo arrendamento e/ou locação, nem mesmo acarreta a sucessão. Destaca que a contratação de alguns ex-empregados do primeiro requerido não implica em reconhecimento da sucessão.

Suscitam preliminar de ilegitimidade passiva, já que os apelantes não possuem relação jurídica com o autor/apelado.

Preparo às f. 343/344.

Contrarrazões às f. 347/351.

É o relatório.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso e, tendo em vista que a preliminar suscitada se confunde com o mérito, passo à análise da apelação.

Cuida-se de ação de cobrança que o autor ajuizou em face de Márcio José Freire Cavaleiro e dos ora apelantes, sob o argumento de que vendeu ao primeiro requerido mercadorias para o exercício da sua atividade empresarial, mas que, em razão de dificuldades financeiras, este abandonou o restaurante, que foi retomado pelo segundo requerido (Condomínio do Edifício San Diego Ipatinga Convention Flat), que é administrado pela terceira requerida Arco Administradora Ltda.

Cinge a controvérsia à existência da dívida cobrada na inicial e da responsabilidade solidária do primeiro requerido com os demais.

No que se refere à cobrança dos valores apresentados na inicial, tem-se que os documentos carreados às f. 10/36, além do depoimento testemunhal de Rone Pereira Pêsse (f. 183/184), assistente administrativo do restaurante, são suficientes para comprovar a efetividade da compra e entrega dos produtos no estabelecimento do primeiro requerido. O r. depoimento bem esclarece que o depoente é quem realiza as compras e os pedidos do restaurante e que, quando os demais fornecedores se negaram a vender a crédito para o primeiro requerido, Max, ora autor, foi o único que continuou a vender para o restaurante, com o aval da administradora, ora recorrente.

Como bem destacou o MM. Juiz *a quo*, apesar de os apelantes sustentarem que não conhecem os documentos apresentados na inicial, não cuidaram de produzir provas de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do autor, conforme disposição do art. 333, II, do CPC. Ressalte-se que não há falar em acolhimento das alegações de rasura e ausência de pertinência entre a assinatura do autor, já que não foi pleiteada prova pericial em momento oportuno.

Dessa forma, deve ser reconhecida a existência e legitimidade da cobrança.

Quanto à sucessão empresarial, cumpre destacar que dispensa uma formalidade especial, bastando que sejam comprovados elementos conclusivos acerca da atividade comercial, como por exemplo: ramo de negócio, ponto, clientela, etc.

Tal hipótese restou suficientemente verificada nos autos.

Sobre o tema, leciona Ives Gandra Martins:

A sucessão não precisa ser sempre formalizada, admitindo a jurisprudência a sua presunção desde que existentes indícios e provas convincentes (matéria de fato, caso a caso). Assim sendo, se alguém ou mesmo uma empresa adquire de outra os bens do ativo fixo e o estoque de mercadorias e continua a explorar o negócio, ainda que com outra razão social, presume-se que houve aquisição de fundo de comércio, configurando-se a sucessão e a transferência da responsabilidade tributária (Comentários ao Código Tributário Nacional, 3. ed., Ed. Forense, p. 315).

Pelo que se depreende das provas colacionadas, tem-se que existem provas convincentes de que o primeiro requerido foi, de algum modo, sucedido pelos demais, ora apelantes. Como destacado na r. sentença, ficou demonstrada a transferência do estabelecimento/fundo de comércio ao segundo requerido, que passou, com autorização da terceira requerida, a dar continuidade à atividade empresarial anteriormente desenvolvida, até mesmo em razão do bom funcionamento de seu estabelecimento comercial que é um hotel.

Ficou também comprovada a continuidade da atividade empresarial no mesmo local, sendo utilizados, inclusive, os mesmos funcionários, o que corrobora a visualização do instituto da sucessão e, consequentemente a responsabilidade solidária.

Ressalte-se que o Magistrado singular foi bem claro no sentido de que o entendimento adotado pela Justiça do Trabalho não vincula este juízo, mas, conforme se depreende dos documentos de f. 45/55, tal justiça especializada também reconheceu a ocorrência da sucessão. Tal fato apenas corrobora o entendimento adotado na primeira instância.

De resto, não podemos desprezar os preceitos da boa-fé. A ética impregnou o Direito Civil contemporâneo. Quanto ao princípio da boa-fé, já era definido doutrinariamente, segundo Orlando Gomes (*Contratos*. 3. ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1984, p. 43):

Para traduzir o interesse social de segurança das relações jurídicas, diz-se, como está expresso no Código Civil alemão, que as partes devem agir com lealdade e confiança recíprocas. Numa palavra, devem proceder com boa fé. Indo mais adiante, aventa-se a ideia de que entre o credor e o devedor é necessária a colaboração, um ajudando o outro na execução do contrato.

O Código Civil de 2002 expressou o princípio da boa-fé objetiva. Na dicção de Álvaro Villaça Azevedo (*Teoria geral dos contratos típicos e atípicos*. São Paulo: Atlas, 2002, p. 26-27):

Deve existir, ante a lealdade, a honestidade e a segurança, que se devem os contratantes, nas tratativas negociais, na formação, na celebração, na execução (cumprimento) e na extinção do contrato, bem como após esta.

Colocado isso e atentando-se às manifestações dos apelantes, somada a todos os elementos de convicção presentes nos autos, verifica-se que os apelantes não lograram êxito em se desvencilhar das coerentes alegações do autor, todas indicativas de que a dívida existe e que, de fato, houve a sucessão mencionada alhures.

Dessa forma, não há falar em reforma da r. sentença.

Com tais considerações, nego provimento ao recurso, mantendo inalterada a sentença combatida.

Custas recursais, pelos apelantes.

É como voto.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES ROGÉRIO MEDEIROS e LUIZ CARLOS GOMES DA MATA.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Tempestividade - Novo CPC/2015 - Entrada em vigor no curso do prazo recursal - Decisão publicada na vigência do CPC/1973 - Pretensão cautelar - Requisitos

Ementa: Agravo de instrumento. Decisão atacada. Publicação na vigência do CPC de 1973. Início da vigência do CPC de 2015 no transcurso do prazo recursal. Norma

aplicável. CPC revogado. Pretensão cautelar. Requisitos. Ausência.

- Se o início da contagem do prazo recursal se opera na vigência do Código de Processo de 1973, as normas processuais que regem o recurso a ser impetrado são as desse Código, e não as do novel Digesto Processual de 2015.

- Ausentes quaisquer dos requisitos necessários ao deferimento de medida cautelar, quais sejam o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, impõe-se o indeferimento do pedido cautelar.

AGRAVO DE INSTRUMENTO CÍVEL Nº 1.0024.14.292088-3/001 - Comarca de Belo Horizonte - Agravantes: Roberto Pacheco de Moura e Rodrigo Pacheco de Moura - Agravados: Agnaldo Vagner de Moura Braga, Alaerson Soares dos Santos, Big Base Ltda., Carlos José Silva e outros - 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, em NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 28 de junho de 2016. - *Álvares Cabral da Silva* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. ÁLVARES CABRAL DA SILVA - O presente recurso trata de agravo de instrumento interposto pelos agravantes contra decisão proferida pelo Magistrado primevo que indeferiu o pedido cautelar de arresto para que os bens indicados fossem bloqueados.

Em sede recursal, os agravantes alegaram que a decisão em comento deveria ser reformada, pois estariam presentes os requisitos necessários para o deferimento da medida pretendida. Requereram o provimento do recurso e a atribuição de efeito ativo.

Preambularmente, indeferi o pedido de efeito ativo e determinei a intimação dos agravados, bem como a comunicação ao Magistrado primevo sobre o teor da decisão para que prestasse informações.

Os agravados, intimados, apresentaram contrarrazões, sustentando os termos da decisão atacada.

É o relatório.

Preliminar de intempestividade.

No caso em estudo, a meu sentir e ver, não deve ser acolhida a preliminar erigida pelos agravantes quanto ao não conhecimento do agravo de instrumento em razão de intempestividade.

Primeiramente, para melhor esclarecer a questão ora em voga, transcrevo a Portaria Conjunta do TJMG de nº 119/2008, que expressamente dispõe:

Art. 1º Instituir o *Diário Judiciário Eletrônico* como órgão de comunicação oficial do Poder Judiciário do Estado de Minas Gerais para a publicação e divulgação dos atos processuais e administrativos.

[...]

§ 4º A partir da zero hora do dia 31 de agosto de 2008, a publicação e a divulgação de que trata o *caput* deste artigo serão oficialmente comunicadas apenas no *Diário Judiciário Eletrônico*, para todos os efeitos legais, cessando a remessa de arquivos à Imprensa Oficial do Estado de Minas Gerais.

[...]

Art. 4º A data impressa no *Diário Judiciário Eletrônico* corresponderá ao dia em que se disponibilizar o periódico no site do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais.

§ 1º O primeiro dia útil subsequente à data em que se disponibilizar o *Diário Judiciário Eletrônico* será considerado como sendo a data da publicação.

§ 2º Os prazos processuais para as primeira e segunda instâncias iniciar-se-ão no primeiro dia útil seguinte àquele considerado como data da publicação.

Assim, passando ao exame da tempestividade do recurso, constato que o documento eletrônico que comprova a data de interposição do recurso atesta seu advento no dia 21.03.2016.

Na sistemática de contagem de prazos publicados por meio do *Diário Judiciário Eletrônico*, a data da publicação da decisão é o dia útil seguinte ao dia da disponibilização da decisão no *Diário Eletrônico*, art. 4º, § 1º, da Portaria Conjunta do TJMG de nº 119/2008. Esse, por sua vez, corresponde à data constante no *Diário*, ou seja, a que se encontra nele impressa, art. 4º da Portaria Conjunta do TJMG de nº 119/2008.

Logo, como a data impressa no *Diário* foi o dia 09.03.2016, quarta-feira, o primeiro dia útil após a disponibilização do *Diário* foi quinta-feira, 10 de março. Logo, esta é a data da publicação. Assim, a contagem iniciou-se em 11.03.2016, sexta-feira, em observância ao que dispõe o art. 184 do CPC. Como o prazo em comento é de 10 dias, consoante preleciona o art. 522 do Digesto Processual em vigor, o seu *dies ad quem* ocorreu em 20.03.2016, domingo, sendo prorrogado para o dia 21.03.2016, por força do art. 184, § 1º, I, do CPC.

Destarte, inegavelmente tempestivo é o presente recurso, pois protocolizado em tal data.

Assim, rejeito a preliminar em análise.

Preliminar de inadmissibilidade do recurso (art. 1.016, III, do CPC de 2015).

No caso em estudo, como acima apontado, a decisão vergastada foi proferida no dia 10.03.2016, tendo o novo CPC iniciado sua vigência em 18.03.2016.

Assim, consoante o Enunciado 54 do TJMG, ao recurso em comento deve-se aplicar as normas do CPC de 1973, ex vi:

Enunciado 54 (art. 1.046) - A legislação processual que rege os recursos é aquela da data da publicação da decisão judicial, assim considerada sua publicação em cartório, secretaria ou inserção nos autos eletrônicos.

Logo, não há que se falar em inadmissibilidade do presente recurso com lastro no novel Digesto Processual.

Logo, rejeito a tese em comento.

Preliminar de ausência de dialeticidade.

No caso em estudo, entendo que a parte agravante atacou a decisão proferida pelo Magistrado a quo de maneira escorregia. Nota-se que sua pretensão de urgência fora integralmente rejeitada. Logo, nada mais natural do que a apresentação de seus argumentos, já expostos em 1ª Instância e, novamente, em 2ª Instância. Ademais, há pertinência temática entre o que é deduzido na peça recursal e a decisão primeva ora vergastada. Assim, impõe-se a rejeição da tese em comento.

Circa merita.

No caso em estudo, a meu sentir e ver, não deve ser ofertado provimento ao presente recurso, pelo que passo a justificar o posicionamento adotado.

Primeiramente, digo que o pleito formulado pela parte agravante na peça de ingresso é de cunho cautelar, e não antecipatório, já que não se está a antecipar a proteção jurisdicional principal requerida. Em verdade, busca-se alcançar providência que garanta o recebimento do valor apontado como sendo devido em sede de ação cognitiva.

Desse modo, não se deve, para ofertar ao presente recurso correto desate, analisar os requisitos da antecipação de tutela, mas, sim, aqueles inerentes à cautelar.

Consoante o magistério de José Frederico Marques, o feito de natureza cautelar é conceituado como sendo procedimento preparatório, pois “é o conjunto de medidas de ordem processual destinadas a garantir o resultado final do processo de conhecimento, ou do processo executivo” (MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*. Campinas: Bookseller, 1997, v. 4, p. 381).

Sobre o tema, leciona Humberto Theodoro Junior:

As medidas cautelares são providências urgentes tomadas a requerimento da parte, mas no interesse superior da própria eficiência da tutela jurídica que o Estado realiza por meio do processo.

Importam, via de regra, restrições de direito e imposição de deveres extraordinários que os órgãos judiciais praticam a bem da própria justiça. Reclamam, por isso, demonstração ainda que sumária dos requisitos legais previstos para providência restritiva excepcional que tendem a concretizar, requisitos esses que devem ser apurados em contraditório segundo o princípio geral que norteia todo o espírito do Código (THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Processo cautelar*. 2. ed. São Paulo: Leud, p. 133).

Se o poder cautelar genérico é amplo e não restrito a casos predeterminados, não é, porém, ilimitado e arbitrário.

A primeira e maior limitação do arbítrio do juiz, em matéria, de poder cautelar, localiza-se no requisito da necessidade, pois só a medida realmente necessária,

dentro dos objetivos próprios da tutela cautelar, é que deve ser deferida.

Por outro lado, como bem adverte Lopes da Costa, “a medida não deve transpor os limites que definem a sua natureza provisória”.

Seu fito é apenas garantir a utilidade e a eficácia da futura prestação jurisdicional satisfativa. Não pode, nem deve, a medida cautelar antecipar a decisão sobre o direito material, pois não é de sua natureza autorizar uma espécie de execução provisória.

Dessa forma, não é ilícito ao juiz, no âmbito da tutela cautelar, deferir medidas satisfativas, sob condição de posterior reposição, caso ocorra sucumbência na ação principal.

Nesse sentido, leciona Humberto Theodoro Junior:

‘A medida’ - outrossim, ‘deve restringir-se aos limites do direito cuja realização se pretende assegurar. Providências a que o requerente, mesmo que vencesse na causa principal, não teria direito, não lhe podem ser concedidas. Se, por exemplo, tem ele um direito de uso comum, este não pode ser garantido com uma medida que conceda uso exclusivo. Não se concede, finalmente, medida preventiva que se não possa aplicar em execução de sentença em ação satisfativa. Por exemplo, o restabelecimento da vida conjugal; a prestação de serviço; a prisão, para obrigar a exibição de bens para arresto.

Por último, não se admite que, a pretexto de medida provisória atípica, seja pretendida a suspensão de eficácia ou de executividade de sentença ou outro provimento judicial de mérito. Isto feriria o princípio que impede o juiz de decidir novamente as questões já decididas e ofenderia a garantia de intangibilidade da coisa julgada.

Aferição das condições da medida cautelar inominada.’

A tutela cautelar atípica, naturalmente, deverá ser exercida, mediante cognição sumária, dada a emergência da situação de perigo em que se encontra o interesse da parte, contentando-se o julgador com ‘critérios de mera plausibilidade’ (THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Processo cautelar*. 2. ed. São Paulo: Leud, p. 108-109).

Entretanto, deve-se considerar que, para o deferimento de qualquer medida cautelar, haverão de ser observados os requisitos exigidos por lei, ou seja, observar-se-ão os pressupostos comuns e conhecidos das medidas cautelares, quais sejam: fundado receio do dano jurídico (*periculum in mora*); interesse processual na segurança da situação de fato sobre que deverá incidir a prestação jurisdicional definitiva (*fumus bonis iuris*).

No caso em estudo, a meu sentir e ver, um dos requisitos autorizativos à concessão do pleito cautelar não está presente, ensejando sua negativa.

Dessa maneira, entendo, pois, no caso em estudo, que os fatos ora inquinados se operaram já há tempo considerável, não tendo sido apontado qualquer fato novo que tenha alterado, recentemente e de maneira substancial, a situação, de modo a comprovar o atendimento do *periculum in mora*.

Desse modo, entendo que, se a própria parte demorou anos para tomar atitude judicial que visasse

estancar os danos narrados na exordial, não enxergo em que medida o fluir natural do processo possa lhe prejudicar, mormente porque não houve a comprovação do implemento de atos recentes que alterem, de maneira relevante, a situação jurídica que desde há muito se encontra consolidada, repete-se, principalmente se considerarmos o valor total do patrimônio apontado, qual seja R\$100.000.000,00. Logo, atos que satisfariam o requisito em testilha, tendo em vista a grande expressão econômica do patrimônio, deveriam, também, ser de grande monta, o que não restou comprovado, como já dito.

Derradeiramente, quanto ao gozo da justiça gratuita pela parte agravante, deve a parte agravada impugnar em seara adequada.

Dispositivo.

Em face do exposto, nego provimento ao agravo de instrumento.

Custas, pela parte agravante.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES VEIGA DE OLIVEIRA e MARIÂNGELA MEYER.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Responsabilidade civil - Agência de viagem - Contratação de transporte aéreo - Intermediação - Prestação de serviços - Defeito - Múltiplos prestadores - Responsabilidade solidária - Art. 25, § 1º, do CDC - Denúnciação da lide - Impossibilidade - Relação de consumo - Celeridade - Exigência - Arts. 6º, VIII, e 88 do Código de Defesa do Consumidor - Legitimidade ativa - Qualidade - Gratuidade de justiça - Possibilidade - Declaração de pobreza assinada - Presunção relativa de necessidade - Danos materiais - Desembolso de taxas e aquisição de novas passagens - Danos morais - Peculiaridades do caso concreto - *Quantum* indenizatório - Prudente arbítrio do julgador - Princípios da proporcionalidade e da razoabilidade - Manutenção

Ementa: Apelação. Responsabilidade civil. Transporte aéreo. Denúnciação da lide. Relação de consumo. Impossibilidade. Legitimidade ativa. Gratuidade de justiça. Possibilidade. Danos materiais e morais. *Quantum* indenizatório. Mantido.

- O simples fato de as agências de viagens intermediarem contratações de transportes aéreos e demais produtos

turísticos as insere na cadeia de prestadoras de serviços daquela atividade e, por esse motivo, respondem solidariamente pelos prejuízos causados ao consumidor em decorrência da falha dos serviços prestados, inclusive os infortúnios oriundos do voo.

- Em decorrência da solidariedade resultante da relação de consumo, prevista no art. 25, § 1º do CDC, e não se tratando de nenhuma das hipóteses previstas no art. 70 do CPC, o pedido de denúnciação da lide deve ser indeferido, podendo o consumidor acionar judicialmente qualquer um dos coobrigados.

- A legitimidade para a causa consiste na qualidade da parte de demandar e ser demandada, ou seja, de estar em juízo.

- Havendo relação de consumo, é desnecessária a comprovação da prática de ato ilícito e de culpa, bastando que haja defeito na prestação dos serviços para que se configure o dever de reparar.

- A indenização por dano moral deve ser arbitrada segundo o prudente arbítrio do julgador, sempre com moderação, observando-se as peculiaridades do caso concreto e os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

- Havendo provas do desembolso de taxas e aquisição de novas passagens, impõe-se a condenação em indenização por danos materiais.

- A declaração de pobreza, assinada pela parte e sujeita às sanções legais, induz a presunção relativa de necessidade, somente elidida pela produção de prova em contrário.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0313.09.295504-3/001 - Comarca de Ipatinga - Apelante: Talentus Turismo Eventos e Comunicação - Apelados: Fernanda Carvalho Barbosa, Júlia Carvalho Barbosa, Eliseu de Oliveira Barbosa e outra, Carmem Caldeira de Carvalho, Copa Airlines Companhia Panameña de Aviación S.A., Flytour Agência de Viagens e Turismo Limitada - Relator: DES. JOSÉ AUGUSTO LOURENÇO DOS SANTOS

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 12ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em REJEITAR AS PRELIMINARES E NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 27 de abril de 2016. - José Augusto Lourenço dos Santos - Relator.

Notas taquigráficas

DES. JOSÉ AUGUSTO LOURENÇO DOS SANTOS
- Trata-se de apelação interposta por Talentus Turismo,

Eventos e Comunicação, Agência de Viagens e Turismo Ltda., contra sentença proferida pelo MM. Juiz de Direito da 2ª Vara Cível da Comarca de Ipatinga, na ação de indenização por danos materiais e morais, proposta contra a apelante e Copa Airlines (Compañía Panameña de Aviación) por Elizeu de Oliveira Barbosa, Carmem Caldeira Carvalho, Fernanda Carvalho Barbosa e Júlia Carvalho Barbosa, que assim decidiu:

Ante o exposto, rejeito as preliminares, julgo extinta a denunciação da lide sem resolução de mérito, nos termos do art. 267, VI, do Código de Processo Civil e, no mérito, julgo procedente em parte os pedidos iniciais para condenar as rés, solidariamente, ao pagamento da importância de R\$212,30 (duzentos e doze reais e trinta centavos) referente à taxa extra de embarque; R\$2.663,86 (dois mil seiscentos e sessenta e três reais e oitenta e seis centavos), pelo valor das passagens, cujos valores deverão ser corrigidos monetariamente pela tabela da Corregedoria-Geral de Justiça a partir dos respectivos desembolsos e acrescidos de juros de mora de 1% ao mês, a partir da citação; compensação por danos morais no importe de R\$20.000,00, (vinte mil reais), à razão de 1/4 para cada autor, corrigido monetariamente pela tabela da Corregedoria-Geral de Justiça a partir da data da publicação desta sentença, nos termos da Súmula 362 do Superior Tribunal de Justiça e acrescido de juros de mora de 1% ao mês, a partir da citação; outrossim, julgo improcedente o incidente de impugnação ao pedido de assistência judiciária e condeno a impugnante ao pagamento das custas processuais do mencionado incidente. Considerando que os autores decaíram de parte mínima de seus pedidos, as rés arcarão com a integralidade das custas processuais, à razão de metade para cada uma, e solidariamente com o pagamento de verba honorária, que arbitro em 15% (quinze) por cento do valor atualizado da condenação. Outrossim, condeno a denunciante ao pagamento de honorários ao procurador da denunciada, que arbitro em R\$1.500,00, cujo valor será atualizado monetariamente a partir desta data e acrescido de juros de mora de 1% (um por cento) ao mês a partir do trânsito em julgado. [...].

Contra a sentença, insurgiu-se a segunda requerida, mediante recurso de apelação, pugnando, em síntese, pela necessidade de reforma da sentença no seguinte: i) a denunciação da lide à empresa Flytour Turismo Ltda., porque se trata da única pessoa jurídica autorizada a emitir bilhetes de passagem para os Estados Unidos; ii) ilegitimidade ativa do primeiro e do segundo apelados, porque não se encontravam presentes na viagem realizada e, se houve abalo emocional no tocante ao embarque, seria apenas em relação à terceira e à quarta apeladas; iii) os valores despendidos no importe de R\$212,30 e R\$2.663,86 foram desembolsados por terceiros estranhos à lide, e a devolução destes aos autores configuraria enriquecimento ilícito; iv) reforma da sentença quanto ao deferimento da assistência judiciária aos autores, sob o fundamento de que o primeiro autor é oficial da PMMG e possui condições de suportar o ônus das despesas processuais; v) inexistência dos danos morais, haja vista que a terceira e a quarta apeladas não sofreram o alegado abalo psicológico, porque foram assistidas por parentes

durante o embarque nos Estados Unidos. Por fim, afirma que não praticou nenhuma conduta capaz de gerar dano moral e, se for apurada qualquer responsabilidade no caso, deve ser atribuída à primeira requerida. Requeveu, ainda, a redução da indenização por danos morais e a inversão do ônus sucumbencial.

Preparo, f. 461.

Contrarrazões dos autores, pugnando pela manutenção da sentença, f. 473/479.

Contrarrazões da denunciada Flytour Agência de Viagens e Turismo Ltda., pugnando pela manutenção da sentença, fundamentando na ilegitimidade passiva e, no mérito, pela improcedência dos pedidos.

É, no essencial, o relatório.

Fundamento e decido.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

Passo à análise das preliminares.

Denunciação da lide - Empresa Flytour Turismo Ltda. No que concerne à denunciação da lide, constitui

ato pelo qual o autor ou o réu chamam a juízo terceira pessoa, que seja garante do seu direito, a fim de resguardá-lo no caso de ser vencido na demanda em que se encontram (SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, v. 2, p. 27).

Contudo, em litígios envolvendo direito do consumidor, o art. 88 da Lei nº 8.078/1990 impede a denunciação da lide simples, porque prejudica interesse da parte hipossuficiente em obter rápida solução.

Registre-se que, embora o aludido dispositivo faça menção ao art. 13 do mesmo diploma legal, que trata da responsabilidade no tocante a fato do produto, percebe-se claramente que a previsão se amolda também à cadeia de responsabilidade inerente a serviços.

Trata-se de típico caso em que se mostra cabível interpretação extensiva, a permitir o reconhecimento do descabimento da denunciação da lide simples também em outras hipóteses de demandas envolvendo relação de consumo.

Na hipótese dos autos, a denunciação da lide atende apenas aos interesses da ré, não trazendo qualquer benefício aos autores, ocasionando maior delonga processual sem qualquer proveito concreto em favor destes.

Assim, do ponto de vista dos interesses do consumidor, a denunciação da lide buscada pela apelante conspira contra a celeridade almejada pelos autores/apelados, de modo que também ofende o postulado da facilitação prevista no art. 6º, VIII, da Lei nº 8.078/90, o que já seria suficiente para torná-la incompatível com o presente litígio, fundado em relação consumerista (Súmula 469/STJ). A propósito, já se decidiu:

Plano de saúde. Legitimidade passiva. Denunciação da lide. Vedação. Art. 88 CDC. [...] Incidência do Código Defesa do Consumidor. [...] A legitimidade das partes para uma ação deve ser aferida em observância ao princípio da asserção,

segundo o qual a legitimidade é aquilatada tendo como parâmetro a pertinência abstrata com o direito material controvertido. As operadoras de plano de saúde estão submetidas à incidência do CDC, sendo entendimento do STJ, que, *'tratando-se de relação de consumo, protegida pelo Código de Defesa do Consumidor, descabe a denunciação da lide, a teor do art. 88 do CDC'*. É indiscutível a incidência das disposições do Código de Defesa do Consumidor nas relações contratuais entre usuário e operadora de planos de saúde. Omissis (TJMG - AC 1.0432.12.000754-2/002, Rel. Des. Cabral da Silva, 10ª Câmara Cível, j. em 02.12.2014, publ. em 17.12.2014 - destaque meu).

Agravo de instrumento. Direito processual civil. Código de Defesa do Consumidor. Denunciação da lide. Vedação. [...] Recurso não provido. - Em se tratando de relação jurídica protegida pelo Código de Defesa do Consumidor, descabe a denunciação da lide (art. 88 do CDC). [...] (TJMG - AI 1.0687.13.002394-2/001, Rel. Des. José Flávio de Almeida, 12ª Câmara Cível, j. em 26.11.2014, publ. em 04.12.2014).

Dessarte, rejeito os argumentos da apelante e mantenho a decisão que julgou extinta a denunciação da lide sem resolução de mérito, nos termos do art. 267, VI, do Código de Processo Civil.

DES.ª JULIANA CAMPOS HORTA - De acordo com o Relator.

DES.ª SALDANHA DA FONSECA - De acordo com o Relator.

DES. JOSÉ AUGUSTO LOURENÇO DOS SANTOS - Ilegitimidade ativa do primeiro e do segundo apelados.

A apelante pugna pela ilegitimidade do primeiro e do segundo apelados para figurar no polo ativo da presente demanda, ao fundamento de que não existe nenhum documento válido nos autos que estabeleça um elo entre eles e os pagamentos noticiados, sendo que também não estavam presentes na viagem para os Estados Unidos.

Importante tecer alguns comentários acerca da legitimidade.

Constitui, de fato, o poder jurídico de conduzir validamente um processo no qual se discute determinada demanda, ou, segundo Alfredo Buzaid, "a legitimidade é a pertinência subjetiva da ação".

Pode-se afirmar que possui legitimidade ativa o titular da pretensão posta em juízo e legitimidade passiva aquele que se encontra sujeito àquela pretensão.

Entretanto, a legitimidade somente é aferível diante de um caso concreto, deduzido em juízo.

Dessa feita, os demandantes possuirão legitimidade quando se constatar, a partir de uma análise abstrata, a semelhança entre as partes envolvidas na situação conflituosa e aquelas postas em juízo.

Sobre o tema, discorrem Luiz Rodrigues Wambier, Flávio Renato Correia de Almeida e Eduardo Talamine:

Autor e réu devem ser partes legítimas. Isso quer dizer que, quanto ao primeiro, deve haver ligação entre ele e o objeto do direito afirmado em juízo. O autor, para que detenha

legitimidade, em princípio deve ser titular da situação jurídica afirmada em juízo (art. 6º do CPC). Quanto ao réu, é preciso que exista relação de sujeição diante da pretensão do autor. Para que se compreenda a legitimidade das partes, é preciso estabelecer-se um vínculo entre o autor da ação, a pretensão trazida a juízo e o réu. Terá de ser examinada a situação conflituosa apresentada pelo autor. Em princípio, estará cumprindo o requisito da legitimidade das partes na medida em que aqueles que figuram nos polos opostos do conflito apresentado pelo autor correspondam aos que figuram no processo na posição de autor(es) e réu(s). Nota-se que, para aferição da legitimidade, não importa saber se procede ou não a pretensão do autor; não importa saber se é verdadeira ou não a descrição do conflito por ele apresentada. Isso constituirá o próprio julgamento de mérito. A aferição da legitimidade processual antecede logicamente o julgamento do mérito. Assim, como regra geral, é parte legítima para exercer o direito de ação aquele que se afirma titular de determinado direito que precisa da tutela jurisdicional, ao passo que será parte legítima, para figurar no polo passivo, aquele a quem caiba a observância do dever correlato àquele hipotético direito (*Curso avançado de processo civil*. 6. ed. São Paulo: Editora RT, v. 1, p. 139/140).

O primeiro e o segundo apelados, além de pais da terceira e da quarta apeladas, que, ao tempo da viagem, eram menores, podem pleitear em nome próprio os danos materiais e morais, haja vista que tiveram que pagar pela taxa de embarque e pelas passagens de retorno ao Brasil, sem falar na angústia e sofrimento experimentados em virtude da recusa de embarque das filhas no voo da primeira requerida/apelada.

Assim, rejeito a ilegitimidade passiva do primeiro e do segundo apelados.

DES.ª JULIANA CAMPOS HORTA - De acordo com o Relator.

DES.ª SALDANHA DA FONSECA - De acordo com o Relator.

DES. JOSÉ AUGUSTO LOURENÇO DOS SANTOS - Análise do mérito recursal.

Aduz a apelante que não se poderia ter deferido a assistência judiciária aos apelados/autores, porque, conforme dados trazidos aos autos, teriam eles condições de arcar com o ônus do processo.

Prevê a Lei nº 1.060/50, no art. 4º, § 2º, que:

A parte gozará dos benefícios da assistência judiciária, mediante simples afirmação, na própria petição inicial, de que não está em condições de pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo próprio ou de sua família.

[...]

§ 2º A impugnação do direito à assistência judiciária não suspende o curso do processo e será feita em autos apartados.

Em que pese o inconformismo da apelante, os apelados trouxeram provas suficientes para a concessão do benefício da justiça gratuita, razão pela qual deve ser mantido.

No tocante aos danos experimentados pelos apelados, importante asseverar que a apelante funciona

como agenciadora de viagens, intermediando as contratações, razão pela qual, inegavelmente, faz parte da cadeia de prestadores de serviços daquela atividade e, desse modo, responde solidariamente por prejuízos que forem causados em decorrência dos serviços prestados.

Constata-se que, no caso em exame, a aquisição das passagens se fez através da apelante, conforme se vê dos documentos juntados e da confissão da própria requerida.

Logo, nos termos do art. 7º, parágrafo único, e art. 25, § 1º, ambos do Código de Defesa do Consumidor, todos os responsáveis pelo dano causado ao consumidor responderão de forma solidária.

Art. 7º Os direitos previstos neste código não excluem outros decorrentes de tratados ou convenções internacionais de que o Brasil seja signatário, da legislação interna ordinária, de regulamentos expedidos pelas autoridades administrativas competentes, bem como dos que derivem dos princípios gerais do direito, analogia, costumes e equidade.

Parágrafo único. Tendo mais de um autor a ofensa, todos responderão solidariamente pela reparação dos danos previstos nas normas de consumo.

[...]

Art. 25. É vedada a estipulação contratual de cláusula que impossibilite, exonere ou atenue a obrigação de indenizar prevista nesta e nas seções anteriores.

§ 1º Havendo mais de um responsável pela causação do dano, todos responderão solidariamente pela reparação prevista nesta e nas seções anteriores.

Nesse sentido, é a jurisprudência:

Apelações cíveis. Transporte. Pacote turístico. Cruzeiro marítimo. Extravio definitivo de bagagem. -Todos os fornecedores do serviço são responsáveis solidariamente pelos danos causados ao consumidor, conforme se extrai das regras dos arts. 7º, parágrafo único, e 25, § 1º, do CDC. Responsabilidade solidária da agência e da operadora de turismo demandadas reconhecida. Danos materiais demonstrados, que autorizam a manutenção da condenação imposta na sentença, todavia, em quantia reduzida, nos limites da prova produzida. Danos morais que independem da prova do prejuízo, pois já trazem em si estigma de lesão. *Quantum* indenizatório fixado na sentença reduzido. Sucumbência redimensionada. Apelações parcialmente providas (Apelação Cível nº 70050985381, 11ª Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Rel. Des. Luiz Roberto Imperatore de Assis Brasil, j. em 20.02.2013).

Acrescente-se que cumpre às companhias aéreas e às empresas a elas vinculadas na cadeia de prestação de serviços prestarem informações e preverem condições de toda natureza, que fazem parte do nosso cotidiano, e se precaverem com os meios e instrumentos necessários para que haja uma correta prestação de serviço, sem causar danos aos passageiros.

Quanto aos fatos relativos ao desembolso da taxa de R\$212,30 no embarque no Brasil e, principalmente, a recusa de embarque da terceira e da quarta apeladas nos Estados Unidos para retorno ao Brasil, imposta pela companhia aérea, ora apelada, não são aceitáveis, e não

se pode conceber que a agência de viagens, que recebeu pelos serviços prestados, permita tais ocorrências, pois representam ofensa ao princípio da devida orientação ao consumidor, comprometendo dessa forma boa parte da viagem.

Nessa linha de raciocínio, indubitável que o serviço prestado pela apelante foi defeituoso. De fato, o fornecimento de maneira defeituosa, frustrando em parte a expectativa legítima e razoável de seriedade e segurança que os apelados podiam esperar, prejudica o resultado final esperado.

Assim, é inegável a responsabilidade da apelante, sendo certo que faltou com o seu dever de zelar pelo integral e correto cumprimento do contrato de transporte aéreo estabelecido com os apelados.

Relativamente aos danos materiais, impossível afastar a ocorrência, uma vez que os apelados tiveram que desembolsar o valor da taxa de forma inesperada, situação agravada pelo fato de terem sido obrigados a adquirir, de forma abrupta, as passagens de retorno ao Brasil de outra companhia aérea, em virtude da irresponsabilidade da apelada no cumprimento de sua obrigação.

Quanto aos danos morais, incontestes a sua ocorrência no caso concreto, bastando considerar o dissabor, a aflição, a sensação de impotência, o medo e a incerteza que os autores/apelados suportaram em razão da recusa do embarque das filhas, ora apeladas, bem ainda do pagamento de taxa indevida, sem falar no desembolso, de última hora, de valores para aquisição das novas passagens e a vergonha de ter que pedir a um terceiro ajuda financeira para o custeio de uma despesa inesperada. Portanto, não há dúvida de que está presente o nexo de causalidade entre o defeito do serviço prestado e o dano moral sofrido pelos mesmos.

Acerca do tema, leciona Carlos Alberto Bittar, in Danos morais: critérios para sua fixação, artigo publicado no *Repertório IOB de Jurisprudência* nº 15/93, p. 293-291:

Danos morais são lesões sofridas pelas pessoas, físicas ou jurídicas, em certos aspectos de sua personalidade, em razão de investidas injustas de outrem. São aqueles que atingem a moralidade e a afetividade da pessoa, causando-lhe constrangimentos, vexames, dores, enfim, sentimentos e sensações negativas. Contrapõem-se aos danos denominados materiais, que são prejuízos suportados no âmbito patrimonial do lesado. Mas podem ambos conviver, em determinadas situações, sempre que os atos agressivos alcancem a esfera geral da vítima, como, dentre outros, nos casos de morte de parente próximo em acidente, ataque à honra alheia pela imprensa, violação à imagem em publicidade, reprodução indevida de obra intelectual alheia em atividade de fim econômico, e assim por diante. Os danos morais atingem, pois, as esferas íntima e valorativa do lesado, enquanto os materiais constituem reflexos negativos no patrimônio alheio. Mas ambos são suscetíveis de gerar reparação, na órbita civil, dentro da teoria da responsabilidade civil (artigo publicado no *Repertório IOB de Jurisprudência* nº 15/93, p. 293-291).

Sobre a matéria, transcrevo jurisprudência do STJ:

A prova do dano decorrente da ofensa ao sentimento das pessoas, de dor, humilhação ou de indignação, se satisfaz, na espécie, com a demonstração do fato externo que o originou e pela experiência comum. Em outras palavras, a existência de dano, *in casu*, restou demonstrada pelo atraso do voo, a dispensar a produção de qualquer outra prova. Não há como negar o desconforto e o desgaste físico causados pela demora imprevista e pelo excessivo retardo na conclusão da viagem (STJ - REsp nº 219.094/SP, 4ª Turma, Rel. Ministro Salvo Figueiredo Teixeira).

Não obstante a infraestrutura dos modernos aeroportos ou a disponibilização de hotéis e transporte adequados, tal não se revela suficiente para elidir o dano moral quando o atraso no voo se configura excessivo, a gerar pesado desconforto e aflição ao passageiro, extrapolando a situação de mera vicissitude, plenamente suportável. Não oferecido o suporte necessário para atenuar tais situações, como na hipótese dos autos, impõe-se sanção pecuniária maior do que o parâmetro adotado em casos análogos, sem, contudo, chegar-se a excesso que venha a produzir enriquecimento sem causa. Recurso especial parcialmente conhecido e provido em parte, para reduzir a indenização a patamar razoável (STJ, REsp nº 740.968-RS, Min. Aldir Passarinho Junior, DJU de 12.11.2007).

Desse modo, inequívoco o dano moral alegado e, por consequência, o dever de indenizar, restando correta a sentença que condenou a apelante na indenização por danos morais, bem ainda no *quantum* arbitrado.

Maria Helena Diniz, em sua obra *Curso de direito civil brasileiro*, 5. ed., São Paulo: Saraiva, 1990, v. 7, f. 78/79, assim leciona:

A fixação do *quantum* competirá ao prudente arbítrio do magistrado, de acordo com o estabelecido em lei e, nos casos de dano moral não contemplado legalmente, a reparação correspondente será fixada por arbitramento (CC, art. 1.553, RTJ 69:276, 67:277). Arbitramento é o exame pericial tendo em vista determinar o valor do bem, ou da obrigação, a ele ligado, muito comum na indenização dos danos. É de competência jurisdicional o estabelecimento do modo como o lesante deve reparar o dano moral, baseado em critérios subjetivos (posição social ou política do ofendido, intensidade do ânimo de ofender; culpa ou dolo) ou objetivos (situação econômica do ofensor, risco criado, gravidade e repercussão da ofensa). Na avaliação do dano moral, o órgão judicante deverá estabelecer uma reparação equitativa, baseada na culpa do agente, na extensão do prejuízo causado e na capacidade econômica do responsável. Na reparação do dano moral, o juiz determina, por equidade, levando em conta as circunstâncias de cada caso, o *quantum* da indenização devida, que deverá corresponder à lesão e não ser equivalente, por ser impossível tal equivalência.

Nessa linha de raciocínio, e considerando as provas dos autos, não merece reparo a sentença de 1º grau que condenou a apelante a pagar aos apelados, solidariamente, os danos materiais referentes à taxa de embarque, no valor de R\$212,30, e a quantia de R\$2.663,86, referente às passagens, além de danos morais no importe de R\$20.000,00 (vinte mil reais).

Posto isso, nego provimento à apelação, para manter a sentença de 1º grau em todos os seus termos. Custas recursais, pela apelante. É como voto.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES JULIANA CAMPOS HORTA e SALDANHA DA FONSECA.

Súmula - REJEITARAM AS PRELIMINARES E NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Assédio moral - Lei Complementar estadual 116/2011 - Servidor - Ostracismo temporário - Conduta administrativa - Inadequação - Recolocação do servidor - Demora - Ausência de justificativa - Condições de trabalho - Degradação - Exposição pessoal - Boatos e comentários - Dano moral devido - Indenização - Valor - Conduta - Gravidade - Ponderação - Honorários - Fixação adequada - Juros e correção monetária - ADIs 4.357 e 4.425 - Efeitos - Modulação

Ementa: Apelação cível. Assédio moral. Lei Complementar estadual 116/2011. Servidor temporariamente relegado ao ostracismo. Inadequação da conduta administrativa. Ausência de justificativas para a demora na recolocação do servidor. Exposição pessoal a boatos e comentários. Dano moral indenizável. Valor da indenização. Ponderação de gravidade da conduta. Honorários. Fixação adequada. Juros e correção monetária. ADIs 4.357 e 4.425. Modulação dos efeitos. Recursos não providos.

- Para a configuração do assédio moral, é desnecessária a prova de que a conduta que cause a degradação das condições de trabalho da vítima seja intencionalmente dirigida a tal fim, bastando que se demonstre que as consequências negativas ocorreram por efeito dessa conduta.

- A destituição de cargo comissionado sem a correspondente recolocação do servidor efetivo que o ocupava, relegando-o ao ostracismo por período considerável de tempo, sem que o mesmo dispusesse de estação de trabalho definida, vagando com seus pertences pelas repartições, à mercê dos comentários e suspeitas por parte dos demais servidores, é situação que configura assédio moral.

- Na fixação da indenização decorrente de assédio moral, devem ser ponderadas a gravidade das causas

que conduziram à situação vexatória a que exposto o réu, perquirindo sobre a existência de irregularidade, desvio de finalidade, ou mera desorganização ou inadequação de conduta.

- A estipulação de indenização não tem o propósito de enriquecer o requerente, mas oferecer-lhe uma compensação financeira, além de penalizar o causador do dano.

- Os honorários sucumbenciais devem guardar proporcionalidade em relação ao proveito extraído da demanda, mostrando-se adequada a fixação no correspondente a 10% sobre o valor da condenação, mormente se impostos em face da Fazenda Pública. Adequação da fixação aos dispositivos do CPC/73, bem como às novas diretrizes instituídas pelo NCPC.

- Considerando a definição da questão a partir da modulação pelo Pretório Excelso dos efeitos jurídicos da decisão proferida nas Adins nº 4.357 e nº 4.425, a correção monetária e os juros de mora devem ser calculados, com base no disposto na Lei nº 11.960/09, até 25.03.2015, sendo que, a partir de então, a correção monetária deverá incidir com base na variação do IPCA-E.

Recursos não providos.

APELAÇÃO CÍVEL/REEXAME NECESSÁRIO Nº 1.0024.13.324469-9/001 - Comarca de Belo Horizonte - Remetente: Juiz de Direito da 6ª Vara Fazenda da Comarca de Belo Horizonte - Apelantes: 1º) Vanderlei de Oliveira Santos; 2º) IEF/MG - Instituto Estadual de Florestas do Estado de Minas Gerais - Apelados: Vanderlei de Oliveira Santos, IEF/MG - Instituto Estadual de Florestas do Estado de Minas Gerais - Relator: DES. RONALDO CLARET DE MORAES (JUIZ DE DIREITO CONVOCADO)

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 6ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em NEGAR PROVIMENTO AOS RECURSOS.

Belo Horizonte, 24 de maio de 2016. - *Ronaldo Claret de Moraes* (Juiz de Direito convocado) - Relator.

Notas taquigráficas

DES. RONALDO CLARET DE MORAES (JUIZ DE DIREITO CONVOCADO) - Cuida-se de ação de indenização por danos morais ajuizada por Vanderlei de Oliveira Santos em desfavor do IEF - Instituto Estadual de Florestas, em decorrência de assédio moral que teria sofrido e que haveria causado danos à sua imagem, honra e reputação.

Por meio da sentença de f. 127/132, o Juízo da 6ª Vara da Fazenda pública e Autarquias da Comarca de Belo Horizonte julgou parcialmente procedentes os

pedidos iniciais, condenando o réu ao pagamento de danos morais arbitrados em R\$10.000,00 (dez mil reais), valor a ser corrigido monetariamente, a partir da publicação da sentença, com base no IPCA-E, e juros pelo índice da caderneta de poupança. Condenou o réu, ainda, ao pagamento de honorários advocatícios arbitrados em R\$1.000,00 (mil reais).

Em razões de apelação de f. 133/147, insurge-se o autor contra o valor no qual arbitrada a indenização, bem como quanto aos honorários sucumbenciais. Alega, em síntese, que o *quantum* indenizatório arbitrado nem sequer se equipara à remuneração por ele percebida ao tempo em que exercia a função gratificada, não sendo suficiente para compensar os danos decorrentes do assédio moral sofrido aos 52 (cinquenta e dois) anos de idade e após mais de 26 anos de bons serviços prestados ao IEF. Aduz, ainda, que os honorários advocatícios foram fixados em valor ínfimo, desatendendo aos critérios de equidade determinados pelo art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil. Por fim, pugna pela majoração tanto da indenização quanto dos honorários sucumbenciais.

Por sua vez, o réu interpôs a apelação de f. 149/159, aduzindo, em síntese: a) que não houve a comprovação da existência de fato administrativo, dano ou nexo causal capazes de ensejar o reconhecimento do dever indenizatório; b) que o corte da gratificação de 20%, anteriormente percebida pelo autor, se deu em decorrência da cessação do exercício da atividade técnica descentralizada; c) que não foi devidamente provada a falta de mesa e cadeira para acomodar o autor, e, mesmo que o fosse, o problema relatado é conjuntural, não havendo qualquer ato especificamente dirigido ao autor, o que afasta a existência de ofensa à honra subjetiva; d) que, no caso de manutenção da condenação, devem ser reduzidos os valores arbitrados a título de indenização e de honorários sucumbenciais; e) que devem ser aplicados os critérios corretivos estatuídos pelo art. 1º-F da Lei 9.494/97.

É o relatório do necessário.

Conheço dos recursos, por presentes os seus pressupostos legais de admissibilidade.

Cuida-se de ação indenizatória ajuizada por Vanderlei de Oliveira Santos em desfavor do IEF - Instituto Estadual de Florestas.

Alega o autor haver sofrido assédio moral em seu ambiente de trabalho, afirmando que, durante as férias, foi comunicado sobre a cessação do pagamento da gratificação de 20% que percebia em sua remuneração a partir do mês seguinte ao da comunicação; e, ao retornar das suas férias, deparou-se com outro servidor ocupando sua mesa, cadeira e computador.

Tal pessoa fora indicada para o exercício da função comissionada anteriormente desempenhada pelo autor; e, segundo o requerente, não havia outra mesa ou cadeira que pudesse ocupar, ficando por 40 dias sem estação de trabalho definida, circulando com seus pertences pessoais pelas repartições do IEF em Belo Horizonte, sujeitando-se

às críticas e comentários por parte dos seus colegas de trabalho.

Alega que, nesse período, ficou privado da convivência com seus colegas de profissão e, em decorrência da forma abrupta com que foi destituído da função de confiança, sem a correspondente e adequada recolocação, fora submetido a boatos que geraram humilhação e constrangimento, o que afetou negativamente sua honra e autoestima.

Compulsando o conjunto probatório encartado nos autos, tenho por correta, com a devida vênia, a solução conferida pelo douto Julgador originário no que concerne ao reconhecimento do dano, bem como no tocante ao valor da indenização e dos honorários sucumbenciais.

Dano moral.

O assédio moral foi legalmente conceituado pela Lei Complementar estadual 116/2011, cujo art. 3º foi redigido nos seguintes termos:

Art. 3º Considera-se assédio moral, para os efeitos desta Lei Complementar, a conduta de agente público que tenha por objetivo ou efeito degradar as condições de trabalho de outro agente público, atentar contra seus direitos ou sua dignidade, comprometer sua saúde física ou mental ou seu desenvolvimento profissional.

Como se vê do dispositivo transcrito, para a configuração do assédio moral não se faz necessária a prova de que a conduta que cause a degradação das condições de trabalho da vítima seja intencionalmente dirigida a tal fim, bastando que se demonstre que as consequências negativas ocorreram por efeito dessa conduta.

Em outras palavras, não se exige a prova da intenção negativa, bastando que se demonstrem os fatos e a lesão sofrida.

E a referida lesão está bem demonstrada nos autos, havendo ocorrido em decorrência da inadequação da forma como foi destituído o autor do posto que exercia.

O documento de f. 33 evidencia que o autor exercia, desde novembro de 2004, a função gratificada de “coordenação de atividade técnica descentralizada” na “Diretoria de Monitoramento e Controle/Sede”, no órgão requerido.

Em janeiro de 2013, contudo, em pleno gozo de férias regulamentares, fora notificado, por e-mail, da revogação da gratificação de 20% que recebia em sua remuneração em virtude do exercício de Atividade Técnica Descentralizada, ou seja: da destituição do cargo em comissão.

Ao regressar ao seu setor de trabalho, deparou-se com a situação já estabelecida em relação à sua substituição, sem que lhe fossem prestados maiores esclarecimentos acerca da função que passaria a desempenhar ou até mesmo do local onde desempenharia seu trabalho, tendo ficado por período significativo de tempo (40 dias) sem local definido para o desempenho das suas tarefas, vide:

Leonardo de Castro Teixeira (f. 117/117-v.): [...] que quando o autor deixou de receber a gratificação de atividade técnica, em janeiro de 2013, o depoente trabalhava juntamente com ele; que não sabe por que motivo perdeu a gratificação; que, à época, o depoente trabalhava de frente para o autor, e em verdade não ficou sabendo que ele teria perdido a gratificação, mas sim que ele perdeu foi o local de trabalho, haja vista que não mais se assentou na mesa onde sempre exerceu sua função; que, quando o autor chegou de férias, existia uma outra pessoa ocupando seu posto de trabalho

[...] que o autor não foi designado para outro posto de trabalho, tendo ficado em pé, sem mesa e sem local de trabalho; que acredita que o réu não designou o autor para outra função, haja vista que ele ficou de pé, aguardando para ser designado para seu posto de trabalho; que, durante duas semanas, o autor ficou sem posto de trabalho, ou, como dizem em seu local de trabalho, ‘no corredor’; que a função que o autor exercia era muito importante dentro do setor, e o fato de ele não mais exercer aquela função e ficar sem designação para o posto de trabalho, com certeza, foi muito desagradável e constrangedor para o autor e para quem assistiu àquela situação; que havia comentários no setor entre os servidores no sentido de que não se sabia por que o autor teria perdido o seu posto de trabalho; que conheceu Adriana, que, à época, seria vice-diretora geral do IEF; que nunca presenciou Adriana destratar o autor.

Danilo Rocha (f. 118/118-v.): [...] que o depoente, em janeiro de 2013, saiu de férias, sendo que, quando retornou, já no início de fevereiro, encontrou o autor sentado na sua cadeira e usando seu computador; que o depoente achou muito estranho aquele fato, quando veio a saber que o autor teria perdido sua gratificação e seu posto de trabalho, e que estaria sem função e até mesmo sem local para assentar e exercer seu mister; que o depoente achou o fato muito estranho, e a situação para o autor foi bastante constrangedora, mesmo porque ela perdurou por alguns dias.

[...] que à época, surgiram comentários entre os servidores de que a diretoria estaria praticando uma ação extremamente nociva, injusta, ao autor, que era uma pessoa que merecia um tratamento melhor; que a função do autor era na área de consumo e produção de carvão, sendo que era uma função muito importante dentro do setor; que, atentando para os horários cumpridos pelo autor, pelas demandas que lhe competiam e pelo atendimento aos colegas e a terceiros, pode-se afirmar que ele era um bom servidor, de bom caráter e prestava seus serviços de forma eficiente.

Vergílius Maro Clemente (f. 119/119-v.): [...] o autor perdeu a sua gratificação de função e também o seu posto de trabalho; que o depoente à época trabalhava no mesmo ambiente que o autor exercia suas funções; que o depoente pode afirmar que o autor tinha uma função essencial dentro do IEF, sendo que sempre exerceu de forma muito competente e digna as funções de seu cargo; que, mesmo quando o IEF foi alvo de críticas e investigações por parte do Ministério Público, o autor se manteve ileso, sempre exercendo com honestidade sua função; que a situação relativa à perda de gratificação pelo autor foi constrangedora e humilhante tanto para o autor quanto para seus colegas de serviço; que todos se perguntavam (rádio peão) o que teria ocorrido, pois, quando se perde uma gratificação, diz-se que é porque a pessoa fez algo errado ou contrariou alguma ordem superior.

[...] que, quando o autor retornou ao trabalho em janeiro de 2013, ele ficou sem mesa e sem posto de trabalho, mais ou menos 15 dias.

[...] que é normal existir perda de gratificação quando se muda a administração, seja do IEF, seja do governo, entretanto a situação de perda de gratificação do autor foi constrangedora.

Extraí-se dos depoimentos prestados pelos colegas do autor que a perda da função, da forma como ocorrida, configurou uma situação anormal na qual se identificam os elementos necessários para a caracterização do assédio moral, considerada a exposição experimentada pelo autor ao constrangimento de não ter, sequer, mesa e cadeira para desempenhar suas funções.

A situação vivenciada pelo primeiro recorrente é, de fato, capaz de provocar-lhe danos à honra objetiva, haja vista a natureza dos comentários tecidos por aqueles que o viam, de um momento para o outro, deslocado e relegado ao ostracismo forçado.

Os fatos narrados configuram, inclusive, uma das hipóteses elencadas no rol de situações exemplificativamente enumeradas no art. 3º da Lei Complementar 116/2011:

Art. 3º Considera-se assédio moral, para os efeitos desta Lei Complementar, a conduta de agente público que tenha por objetivo ou efeito degradar as condições de trabalho de outro agente público, atentar contra seus direitos ou sua dignidade, comprometer sua saúde física ou mental ou seu desenvolvimento profissional.

[...]

IX - relegar intencionalmente o agente público ao ostracismo;

Portanto, deve ser reconhecida a ocorrência de assédio moral na espécie, considerada a omissão da direção do ente público acionado no tocante ao reassentamento do autor e seu adequado reenquadramento no ambiente de trabalho.

Esta afasta, portanto, a tese principal defendida no recurso do segundo apelante (IEF/MG), visto que constatadas a omissão, o dano e o nexo de causalidade entre eles.

Valor da indenização e honorários sucumbenciais.

Firmada a premissa da ocorrência do dano, entendo que a quantia arbitrada se mostra extremamente razoável.

Assim o entendo por constatar que, embora grave, a situação narrada cessou ao fim de quarenta dias, conforme afirmado pelo próprio autor.

E os fatos trazidos aos autos, repita-se, embora censuráveis em vista do dano imaterial causado, conduzem à conclusão de que as ocorrências decorreram mais da desorganização do ente público do que da eventual perseguição pessoal ao réu.

Trata-se aqui de ponderar a gravidade das causas que conduziram à situação vexatória a que exposto o réu, que seria mais grave caso demonstrada eventual irregularidade ou desvio de finalidade nos atos narrados.

Como se vê do depoimento prestado às f. 119, a alternância de servidores no exercício das funções gratificadas é comum: “[...] que é normal existir perda

de gratificação em função quando se muda a administração, seja do IEF, seja do governo, entretanto a situação de perda de gratificação do autor foi constrangedora”.

O fato de o valor fixado quase corresponder à remuneração que o autor percebia à época não tem o condão de influir na conclusão ora atingida, uma vez que a estipulação de indenização não tem o propósito de enriquecer o requerente, mas oferecer-lhe uma compensação financeira, além de penalizar o causador do dano.

E, conforme já afirmado, o juízo de ponderação deve ser feito, levando-se em conta tanto a dimensão do dano, que neste caso foi limitada temporalmente quanto à gravidade das suas causas, não sendo demonstrado nada além de desorganização administrativa.

E, fixada em tais parâmetros, adequados também se mostram os honorários sucumbenciais arbitrados, correspondentes a 10% sobre o valor da causa.

O montante fixado atende ao critério de equidade exigido pelo art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil de 1973 e assenta-se perfeitamente aos padrões instituídos pela legislação processual (CPC/15), considerados os limites estabelecidos pelo art. 85, § 3º, do NCPC.

Nesse aspecto, portanto, devem ser rechaçadas tanto a pretensão do primeiro apelante, no sentido da majoração das verbas, quanto a pretensão do segundo apelante, que almejava sua redução.

Consectários da condenação.

De início, ressalto que, nas hipóteses de indenização decorrente de responsabilidade extracontratual, os juros devem fluir a partir do evento danoso (Súmula 54 do Superior Tribunal de Justiça), entretanto, havendo o Magistrado determinado a incidência a partir da sentença e não havendo insurgência da parte autora quanto a esse ponto, resta consolidada a questão nos autos.

No que se refere aos índices de correção monetária e juros utilizados, nenhuma alteração deve ser feita na sentença.

Tratando-se de condenação contra a Fazenda Pública, sobre os valores indevidos devem incidir juros e correção monetária com base no art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação conferida pela Lei nº 11.960/09 e à luz da interpretação dada à questão pelo Pretório Excelso, quando da modulação dos efeitos do julgamento das ADINs nº 4.357 e nº 4.425.

Assim sendo, considerando-se que a sentença foi publicada em 02.09.2015, ou seja, posteriormente a 25.03.2015, está correta a aplicação do IPCA-E como índice de correção monetária, assim como correta está a aplicação de juros de mora com base na redação atual da Lei 11.960/09, ou seja, com base nos índices aplicáveis à caderneta de poupança.

Conclusão.

Ante o exposto, nego provimento aos recursos, mantendo, *in totum*, a sentença recorrida.

Custas, pelos apelantes, observada a isenção legal conferida ao IEF e a suspensão da cobrança em face da assistência judiciária deferida ao autor.

É como voto.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES YEDA ATHIAS e AUDEBERT DELAGE.

Súmula - RECURSO NÃO PROVIDO.

...

Medida cautelar - Arrolamento de bens - Sócio retirante - Interesse de agir - Dissolução parcial de sociedade - Fundado receio de dilapidação dos bens - Conservação do patrimônio social

Ementa: Apelação. Cautelar. Arrolamento de bens. Interesse de agir. Sócios retirantes da empresa. Dissolução parcial. Necessidade de conservação do patrimônio da sociedade. Fundado receio de dilapidação dos bens. Sentença mantida.

- Os sócios retirantes têm interesse na conservação dos bens da empresa, enquanto pendentes a apuração e a distribuição de haveres decorrentes da saída do quadro societário.

- Presente fundado receio de extravio ou dissipação de bens da sociedade, é viável o arrolamento, para a devida identificação do patrimônio e a eficaz conservação dos bens.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.14.329683-8/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelantes: Andre Luiz de Brito Carvalho, Macrotec Ltda. e outro, Espólio de Walter Muniz Filho, Cássio Roberto Ferreira, Raquel de Paula de Brito - Apelados: Renato Lopes de Lacerda, José Luciano da Silva Júnior, Agnaldo José Gomes e outro, Marcos Alexandre de Almeida - Relator: DES. CARLOS HENRIQUE PERPÉTUO BRAGA

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 15ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em REJEITAR A PRELIMINAR E, NO MÉRITO, NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 30 de junho de 2016. - *Carlos Henrique Perpétuo Braga* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. CARLOS HENRIQUE PERPÉTUO BRAGA - Apelação interposta por Macrotec Ltda., Raquel de Paula Brito, Espólio de Walter Muniz Filho, Cássio Roberto

Ferreira e André Luiz de Brito Carvalho contra sentença da lavra da MM. Juíza Patrícia Santos Firmo, da 2ª Vara Empresarial da Comarca de Belo Horizonte, que, nos autos da ação cautelar de arrolamento e indisponibilidade de bens proposta por Agnaldo José Gomes, Marcos Alexandre de Almeida, José Luciano da Silva Júnior e Renato Lopes de Lacerda, julgou parcialmente procedente o pedido inicial, nos seguintes termos:

Pelo exposto, julgo parcialmente procedente o pedido inicial para confirmar a liminar deferida, determinando-se o arrolamento de todos os bens da sociedade Macrotec Ltda., ficando como depositária a sociedade ré (f. 64/65-v.)

Os apelantes, em suas razões recursais, suscitaram preliminar de carência de ação, por falta de interesse de agir, sustentando que já foi formalizada a retirada dos apelados da sociedade, através de alteração contratual, razão pela qual eles não possuem interesse sobre os bens desta. Aduziram, ainda, que não houve recusa de apresentação dos documentos contábeis da sociedade, sendo o pleito dos apelados atendido extrajudicialmente. No mérito, sustentaram, em síntese, que não há qualquer irregularidade na administração da empresa, existindo correto balanço patrimonial e expressivo crescimento na atuação de mercado. Aduziram, também, que já ocorreram a realização de balanço especial e a apuração de haveres dos apelados em razão de retirada desses da sociedade. Pleitearam a reforma da sentença para que os pedidos iniciais fossem julgados totalmente improcedentes, f. 666/676.

O recurso foi instruído com o comprovante do preparo, f. 677/678.

Os apelados apresentaram contrarrazões, pleiteando a manutenção da sentença, por seus próprios fundamentos, f. 680/687.

É o relatório.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

Inicialmente, registro que a sentença vergastada foi proferida sob a égide do Código de Processo Civil de 1973, razão pela qual o exame da questão controvertida será feito à luz desse diploma legal, porquanto vigente àquela época.

1 - *Preliminar de falta de interesse de agir.*

Os apelantes suscitaram preliminar de falta de interesse de agir, sustentando ter sido formalizada a retirada dos apelados da sociedade, através de alteração contratual, razão pela qual eles não possuem interesse sobre os bens desta. Aduziram, ainda, que não houve recusa de apresentação dos documentos contábeis da sociedade, sendo o pleito dos apelados atendido extrajudicialmente.

O interesse de agir decorre da análise do binômio necessidade-utilidade.

No que se refere à necessidade, tem-se que o autor deve demonstrar que, sem a interferência do Judiciário, sua pretensão não será satisfeita pelo réu.

Quanto à utilidade, compete ao autor evidenciar que a demanda lhe trará algum benefício, satisfazendo uma pretensão.

Sobre o interesse de agir, leciona Humberto Theodoro Júnior:

O interesse de agir, que é instrumental e secundário, surge da necessidade de obter através do processo a proteção ao interesse substancial. Entende-se, dessa maneira, que há interesse processual se a parte sofre um prejuízo, não propondo a demanda, e daí resulta que, para evitar esse prejuízo, necessita exatamente da intervenção dos órgãos jurisdicionais.

Localiza-se o interesse processual não apenas na utilidade, mas especificamente na necessidade do processo como remédio apto à aplicação do direito objetivo no caso concreto, pois a tutela jurisdicional não é jamais outorgada sem necessidade, como adverte Allorio. Essa necessidade se encontra naquela situação que nos leva a procurar uma solução judicial, sob pena de, se não fizermos, vermo-nos na contingência de não podermos ter satisfeita uma pretensão (o direito de que nos afirmamos titulares). Vale dizer: o processo jamais será utilizável como simples instrumento de indagação ou consulta acadêmica. Só o dano ou perigo de dano jurídico, representado pela efetiva existência de uma lide, é que autoriza o exercício do direito de ação.

O interesse processual, a um só tempo, haverá de traduzir-se numa relação de necessidade também numa relação de adequação do provimento postulado, diante do conflito de direito material trazido à solução judicial.

Mesmo que a parte esteja na iminência de sofrer um dano em seu interesse material, não se pode dizer que exista interesse processual, se aquilo que se reclama do órgão judicial não será útil juridicamente para evitar a temida lesão. É preciso sempre que o pedido apresentado ao juiz traduza formulação adequada à satisfação do interesse contrariado, não atendido, ou tornado incerto. (*Curso de direito processual civil*. 44. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, v. 1, p. 65-66.)

No caso ora em análise, constata-se que, no momento da propositura da ação (12.12.2014, f. 02-v.), os apelantes ainda eram formalmente sócios da empresa, tendo a 26ª alteração contratual, com a sua retirada da sociedade, ocorrido em fevereiro de 2015, f. 360/370.

Ademais, ainda não se procedeu à apuração e à distribuição de haveres devidos aos apelados em razão da retirada da sociedade.

Dessa forma, presente o interesse de agir dos apelados, sendo a ação cautelar de arrolamento de bens o meio necessário para assegurar a preservação dos bens da empresa.

Sem razão os apelantes, também, quando aduziram que não houve recusa de apresentação dos documentos contábeis da sociedade.

No caso, quer-se o arrolamento de bens, cujo intuito é preservar os bens da empresa, evitando a dilapidação e garantindo o recebimento dos haveres pelos sócios retirantes. Logo, a simples apresentação de balanços patrimoniais e livros diários não atende à pretensão dos apelados.

Dessarte, rejeito a preliminar.

2 - Mérito.

Depreende-se dos autos que os apelados ajuizaram a presente ação cautelar, pleiteando o bloqueio e o arrolamento de todos os bens da sociedade empresária Macrotec Ltda., com o intuito de garantir o recebimento dos haveres. Sustentaram que a sócia majoritária Raquel de Paula Brito vem descumprindo suas obrigações de prestar contas e convocar reuniões anuais. Aduziram, ainda, que a referida sócia tem deliberado sozinha sobre as questões societárias e, inclusive, realizou um contrato de mútuo, no valor de R\$ 5.000.000,00 (cinco milhões), sem a ciência dos apelados.

A MM. Juíza, constatando a irregularidade de atos perpetrados pela sócia administradora e a perda do *affectio societatis*, julgou procedente o pedido de arrolamento de todos os bens da sociedade empresária, nomeando-a depositária.

Os apelantes requereram a reforma da sentença, destacando inexistir qualquer irregularidade na administração da empresa. Acentuaram ser correto o balanço patrimonial e expressivo o crescimento na atuação de mercado.

Tenho que não assiste razão aos apelantes.

De acordo com os arts. 855 e 856 do Código de Processo Civil de 1973, procede-se ao arrolamento sempre que há fundado receio de extravio ou dissipação de bens, podendo requerer a medida todo aquele que tem interesse em sua conservação.

Através dos documentos colacionados aos autos, constata-se que a sócia majoritária Raquel de Paula Brito, de fato, vinha descumprindo suas obrigações de prestar contas e convocar reuniões anuais para dar ciência aos demais sócios sobre os balanços e documentos da empresa, afrontando, assim o disposto no art. 1.078 do Código Civil e a cláusula 11ª do contrato social, f. 33.

Verifica-se que os apelados só tiveram acesso aos balanços e aos demais documentos sociais da empresa, referentes aos anos de 2009 a 2013, após 3 (três) notificações extrajudiciais pleiteando a apresentação da documentação, f. 37/58.

Após receberem os documentos e realizarem perícia técnica, constatou-se que a sócia majoritária celebrou um contrato de mútuo, no valor de R\$ 5.000.000,00 (cinco milhões reais), sem a ciência e a anuência dos demais sócios, havendo indícios de utilização indevida de lucros acumulados da empresa para posterior quitação da quantia, f. 265/276.

Dessa forma, demonstrado está que não há mais *affectio societatis* entre os apelantes e os apelados. Está também comprovado o receio de extravio e de dissipação dos bens sociais, pelo que é viável o arrolamento para conservar os bens empresariais e garantir que os sócios retirantes recebam os haveres a que têm direito.

Nesse sentido:

Agravo de instrumento. Cautelar de arrolamento de bens. Deferimento da liminar. Requisitos. Art. 855 do CPC. Fundado receio de extravio ou dissipação dos bens. Possibilidade.

Recurso improvido. - À ação cautelar de arrolamento de bens se procede em face do fundado receio do dano, pelo extravio ou dilapidação do patrimônio, a fim de conservá-lo. - Para a concessão da liminar, é indispensável que haja plausibilidade do direito invocado pela parte, ou seja, deve estar presente o *fumus boni iuris*, bem como o *periculum in mora*, caracterizado pela necessidade do provimento cautelar, a fim de evitar danos irreparáveis ou de difícil reparação ao direito da requerente, enquanto aguarda a decisão objeto da ação de mérito. - *In casu*, por não mais haver a *affectio societatis* e poderem os demais sócios, que representam a maioria do capital social, dispor dos bens, bem como prestar fianças, avais e outras garantias em favor de Foto Atacado Ltda., há fundado receio de extravio ou dissipação dos imóveis, o que autoriza o deferimento da liminar de arrolamento dos bens que compõem o acervo da sociedade. (TJMG. Agravo de Instrumento Cível 1.0024.09.751879-9/001, Rel. Des. Eduardo Mariné da Cunha, 17ª Câmara Cível, julgamento em 22.04.2010, publicação da súmula em 1º.06.2010.)

Lado outro, limitando-se o arrolamento à descrição e ao depósito dos bens, para identificação de seu patrimônio, não causa prejuízos à empresa, uma vez que não obsta seu funcionamento.

Destaco, ainda, que a apuração de haveres deverá ser realizada na esfera judicial, nos autos da ação principal de dissolução parcial de sociedade, e não através de balanço especial produzido unilateralmente pelos apelantes.

Diante do exposto, encaminho a votação no sentido de rejeitar a preliminar e, no mérito, negar provimento ao recurso, mantendo na íntegra a r. sentença.

Custas recursais, pelos apelantes.

É como voto.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES MAURÍLIO GABRIEL e TIAGO PINTO.

Súmula - REJEITARAM A PRELIMINAR E, NO MÉRITO, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Indenização por dano moral - Leilão - Veículo - Arrematação - Transferência - Entrega da documentação - Demora - Dano moral - Configuração - Empresa organizadora - Legitimidade passiva

Ementa: Apelação cível. Indenização por dano moral. Veículo arrematado em leilão. Legitimidade passiva da empresa organizadora. Demora na entrega da documentação para transferência. Dever de indenizar. *Quantum*. Critérios de fixação. Sucumbência recíproca.

- A empresa organizadora de leilão possui legitimidade para figurar no polo passivo de ação na qual se discute o prejuízo causado ao arrematante de veículo, em virtude

da demora na entrega da documentação para transferência do bem.

- Os transtornos vivenciados pelo arrematante, em razão do descumprimento da obrigação contratual por parte da ré, que deixou de fornecer, a tempo e modo, a documentação necessária para transferência do veículo, ultrapassam a esfera do mero aborrecimento, restando configurado o dever de indenizar.

- A quantificação do dano moral deve obedecer aos princípios de moderação e razoabilidade, a fim de que o instituto não seja desvirtuado de seus reais objetivos, nem transformado em fonte de enriquecimento ilícito.

- Consoante preconiza o art. 21, *caput*, do CPC, “se cada litigante for em parte vencedor e vencido, serão recíproca e proporcionalmente distribuídos e compensados entre eles os honorários e as despesas”.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0079.07.383745-6/001 - Comarca de Contagem - Apelante: Organização HL Ltda. - Apelado: Alexissandro Camporez - Relator: DES. ALBERTO DINIZ JUNIOR

Acórdão

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

Belo Horizonte, 20 de abril de 2016. - *Alberto Diniz Junior* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. ALBERTO DINIZ JUNIOR - Trata-se de apelação interposta contra a sentença (f. 120/125), que, nos autos da ação indenizatória, movida por Alexissandro Camporez, em face de Organização HL Ltda. (Palácio dos Leilões), julgou parcialmente procedentes os pedidos iniciais, condenando a ré a pagar ao autor, a título de indenização por danos morais, a importância de R\$5.000,00 (cinco mil reais), devidamente corrigida e acrescida de juros de mora, além das custas, despesas processuais e honorários advocatícios, fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação.

Embargos de declaração aviados pela requerida, f. 127/131, rejeitados, f. 134.

Apela a demandada, às f. 135/150, arguindo, preliminarmente, sua ilegitimidade para figurar no polo passivo da demanda. No mérito, aduz que, por não ser a real proprietária do bem, não é responsável pela entrega da documentação. Que, caso seja mantida a condenação, o valor arbitrado deve ser reduzido. Questiona a distribuição dos ônus sucumbenciais, pugnando, ainda, pela compensação da verba honorária.

Recurso recebido em duplo efeito (f. 152). Contrarrazões, f. 153/160.

É o relatório.

Passo ao voto.

Admissibilidade.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

Preliminar.

Ilegitimidade passiva *ad causam*.

Argui a recorrente a sua ilegitimidade para figurar no polo passivo da demanda, ao fundamento de que, por não ser a real proprietária do bem, não é responsável pela entrega da documentação.

Sorte não lhe assiste.

Conforme já pacificado na jurisprudência, a empresa organizadora de leilões é responsável civilmente, de forma solidária, ou não, com o vendedor, com o leiloeiro ou com o banco, pelos danos causados ao adquirente de veículo em leilão, em virtude da demora na entrega da documentação necessária à transferência do bem, sendo certo que atuou, diretamente, no negócio firmado pelo autor e que, segundo este, resultou na ocorrência de prejuízo moral.

Confira-se:

Apelação cível. Ação de indenização. Veículo arrematado em leilão. Legitimidade passiva da empresa organizadora. Atraso na entrega da documentação do veículo. Responsabilidade solidária com o banco. Danos morais. Configuração. *Quantum debeatur*. Proporcionalidade e razoabilidade. Juros de mora a partir da citação. Resolução. Contratual. Recurso improvido. - O segundo recorrente organizou e efetivou o leilão do veículo adquirido pelo requerente, é parte passiva legítima para responder ao feito, haja vista a responsabilidade solidária entre a comissária (casa de leilão) e o comitente (banco). - Se o atraso na entrega da documentação do veículo é decorrente de falha do Banco Santander S.A. ou do próprio Palácio dos Leilões, isso pouco importa perante o adquirente, ora apelada, que ficou impossibilitada de usufruir do veículo durante 12 (doze) meses, mesmo após o pagamento e a tentativa frustrada de solução administrativa do problema (f. 13/20), tendo sido obrigado a recorrer à Justiça para ver satisfeito seu direito. [...] (TJMG, Apelação Cível nº 1.0313.09.282474-4/001, 14ª Câmara Cível, Rel. Des. Rogério Medeiros, j. em 08.08.2012, DJe de 24.08.2012).

Apelação cível. Ordinária. Obrigação de fazer. Dano moral. Dano material. Lucros cessantes. Preliminar. Ilegitimidade passiva. Leilão extrajudicial. Documentação errônea. Ausência de provas. Improcedência. - Todos aqueles que participam de certa forma no leilão, na sua organização ou na realização, têm legitimidade para figurar no polo passivo da demanda. [...] (TJMG, Apelação Cível nº 1.0027.10.013530-3/002, 11ª Câmara Cível, Rel. Des. Alexandre Santiago, j. em 04.12.2013, DJ de 13.12.2013).

Portanto, a existência ou não de responsabilidade pelos alegados danos é fato que desafia exame meritório, em nada comprometendo a ação, em relação a suas condições.

Nesses termos, afasto a prefacial.

Mérito.

Trata-se de ação indenizatória, na qual a demandada foi condenada a indenizar o autor, por danos morais, ante a demora na entrega da documentação necessária à transferência do veículo por ele arrematado em leilão.

É fato incontroverso que o requerente arrematou o veículo descrito na exordial, em leilão promovido pela apelante, sendo o bem entregue em 12.09.2005, não tendo a documentação necessária à transferência sido disponibilizada, a tempo e modo, o que culminou no ajuizamento da presente demanda, isso em 26.11.2007.

Em seu depoimento, à f. 80, a testemunha Miguel Bernardino Izidoro Filho afirma que:

[...] o depoente se encontrava na sede da ré quando o autor arrematou o veículo em questão; que, ao fazer o pregão do referido veículo, o leiloeiro esclareceu todas as condições e afirmou que os documentos do mesmo estavam na mão; que tal termo é usado para esclarecer que o documento está pronto para entrega ao arrematante; que, após a arrematação, o documento não foi entregue ao autor; que até mesmo o depoente, a pedido do autor, esteve por algumas vezes na sede da ré para buscar o documento; que sempre se dizia que o documento seria entregue no dia seguinte, mas nunca o foi (sic).

Dessarte, comprovado que a recorrente não cumpriu com a obrigação que lhe competia, fornecendo, a tempo e modo, a documentação necessária à transferência do bem arrematado, resta clara a ilicitude de sua conduta.

E, a *contrario sensu* das alegações postas em sede recursal, tenho que os transtornos vivenciados pelo requerente, em razão do descumprimento da obrigação contratual por parte da ré, ultrapassam a esfera do mero aborrecimento, gerando reflexos na vida pessoal e profissional do arrematante, que ficou impossibilitado de usufruir, livremente, do veículo.

A propósito:

Ação cominatória cumulada com indenização. Leilão de veículo. Ausência de entrega de documentação para transferência. Rescisão. Perdas e danos. Responsabilidade civil da empresa leiloeira e do vendedor. Dever de reparação. Dano moral. Critérios de valoração. - O vendedor e a empresa organizadora do leilão têm responsabilidade civil solidária pelos danos causados ao adquirente do veículo vendido sem os documentos aptos para a transferência, ambos concorrendo para o evento lesivo. - Na fixação do valor da indenização por dano moral, devem ser consideradas, entre outros elementos, as circunstâncias do fato e a condição do ofensor e do ofendido, para que o *quantum* indenizatório não constitua lucro fácil para o lesado, nem seja irrisório. - Recurso não provido (TJMG, Apelação Cível nº 1.0106.11.004801-9/001, 12ª Câmara Cível, Rel. Des. Alvimar de Ávila, j. em 21.11.2012, DJe de 30.11.2012).

No que se refere ao *quantum* indenizatório, levando-se em conta a função repressora, preventiva e educativa, relativamente ao agente causador do dano, e ressarcitória e apaziguadora, do ponto de vista do lesado, a quantificação do dano moral deve obedecer aos princípios de moderação e razoabilidade, a fim de que o

instituto não seja desvirtuado de seus reais objetivos, nem transformado em fonte de enriquecimento ilícito. Colhe-se da jurisprudência do colendo Superior Tribunal de Justiça:

[...] Nas hipóteses em que o arbitramento do valor da compensação por danos morais é realizado com moderação, orientando-se o juiz pelos critérios sugeridos pela doutrina e pela jurisprudência, com razoabilidade, fazendo uso de sua experiência e do bom senso, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso, o STJ tem por coerente a prestação jurisdicional fornecida. Agravo regimental a que se nega provimento (STJ, AgRg no Ag 1269418/SP, 3ª Turma, Rel.ª Min.ª Nancy Andrighi, j. em 07.10.2010, DJe de 20.10.2010).

No mesmo sentido:

A indenização por dano moral deve ser fixada em termos razoáveis, não se justificando que a reparação enseje enriquecimento indevido, com manifestos abusos e exageros, devendo o arbitramento operar-se com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa, ao porte financeiro das partes, orientando-se o julgador pelos critérios sugeridos pela doutrina e pela jurisprudência, valendo-se de sua experiência e bom senso, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso (STJ, REsp 305566/DF, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJU de 13.08.2001, p. 187).

Na hipótese *sub judice*, entendo que a decisão vergastada, ao fixar os danos morais no montante de R\$5.000,00 (cinco mil reais), consideradas as peculiaridades do caso concreto, mostrou-se adequada, alcançando os objetivos pedagógicos para evitar que novo e igual atentado se repita, atendendo, perfeitamente, ao caráter punitivo e educativo que deve ter a indenização.

Por derradeiro, tenho que razão assiste à apelante, no que tange à distribuição dos ônus sucumbenciais, uma vez que o apelado restou vencido quanto ao pleito de danos materiais, preconizando o art. 21, *caput*, do CPC, que “se cada litigante for em parte vencedor e vencido, serão recíproca e proporcionalmente distribuídos e compensados entre eles os honorários e as despesas”.

Dispositivo.

Com tais considerações, rejeito a preliminar e dou parcial provimento ao apelo, apenas para condenar ambas as partes ao pagamento das custas processuais, inclusive recursais, e honorários advocatícios, fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação, na proporção de 50% (cinquenta por cento) para cada uma, admitida a compensação da verba honorária (Súmula 306 do STJ), suspensa a exigibilidade em relação ao autor, por litigar amparado pelos benefícios da assistência judiciária gratuita.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES SHIRLEY FENZI BERTÃO e ALEXANDRE SANTIAGO.

Súmula - REJEITARAM A PRELIMINAR E DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO APELO.

...

ISSQN - Construção - Venda - Imóveis - Incorporação direta - Programa de arrendamento residencial - Prestação de serviço - Ausência - Não incidência

Ementa: Apelação cível. Embargos à execução fiscal. ISSQN. Construção mediante incorporação imobiliária. Imóveis adquiridos pela Caixa Econômica Federal para o programa de arrendamento residencial. Ausência de prestação de serviços que justifique a incidência do ISSQN. Procedência do pedido. Extinção da execução. Provimento do recurso.

- A hipótese de incidência do Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza - ISSQN, relativa à atividade de construção, apenas se mostra configurada quando realizada sob o regime de administração, empreitada ou subempreitada, considerando-se excluída a tributação no caso de efetiva incorporação direta.

- Sendo a construtora contratada para construção e venda de imóveis à Caixa Econômica Federal, direcionados ao Programa de Arrendamento Residencial, não há que se falar em incidência de ISSQN sobre a prestação de serviços da construção, uma vez que tal atividade é absorvida pelo contrato de compra e venda.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0079.09.990728-3/002 - Comarca de Contagem - Apelante: Andrade Valladares Engenharia e Construção Ltda. - Apelada: Fazenda Pública do Município de Contagem - Relator: DES. LUÍS CARLOS GAMBOGI

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em DAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 9 de junho de 2016. - *Luís Carlos Gambogi* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. LUÍS CARLOS GAMBOGI - Trata-se de apelação cível interposta por Andrade Valladares Engenharia e Construção Ltda. contra a sentença de f. 204/205-v., que, nos autos dos embargos à execução fiscal opostos em face do Município de Contagem, julgou improcedente o pedido inicial, condenando a embargante ao pagamento de custas processuais e honorários advocatícios fixados em 15% do valor da causa.

Nas razões recursais de f. 207/210, sustenta o embargante, ora apelante, que foram realizadas operações de venda de imóveis do PAR - Programa de Arrendamento Residencial, e não prestação de serviços, o que afasta a incidência do ISSQN. Alega que, na hipótese de

incidência do referido tributo, devem ser deduzidos da base de cálculo os materiais empregados e subempregados. Ainda aponta que restou demonstrada a propriedade dos terrenos vendidos, corroborando que se trata de operações de compra e venda. Pede o provimento do recurso, a fim de que seja julgado procedente o pedido inicial.

Contrarrazões às f. 215/221.

É o relatório.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

Verifica-se que o Município de Contagem ajuizou execução fiscal em face de Andrade Valladares Engenharia e Construção Ltda., objetivando o recebimento do montante de R\$ 174.049,23 (cento e setenta e quatro mil quarenta e nove reais e vinte e três centavos), referente à cobrança de ISSQN dos exercícios de 2001 e 2002.

Conforme informa o embargante, ora apelante, tais débitos tributários seriam decorrentes de compra e venda de imóveis pelo PAR - Programa de Arrendamento Residencial.

Discute-se, portanto, no presente feito, se legítima ou não a incidência do ISSQN sobre os atos negociais decorrentes do Programa de Arrendamento Residencial - PAR.

O ISSQN - Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza - é tributo de competência municipal e o seu recolhimento relativo aos fatos gerados na vigência da Lei Complementar nº 116 de 2003.

No âmbito do Município de Contagem, acerca da incidência tributária sobre as operações envolvendo o PAR, dispõe o art. 5º da Lei nº 3.496/2001:

Art. 5º Fica o Executivo Municipal autorizado a isentar de tributos municipais os imóveis destinados ao Programa de Arrendamento Residencial - PAR, enquanto permanecerem na propriedade do fundo, e aqueles incidentes nas aquisições de imóveis, quando vinculada a programas habitacionais de promoção social ou desenvolvimento comunitário de âmbito federal, estadual ou municipal, destinados a pessoas de baixa renda, com a participação ou assistência de entidades ou órgãos criados pelo Poder Público.

Ainda vale ressaltar que o Decreto nº 440/2006 cuidou de anular eventuais isenções tributárias concedidas que sejam relacionadas ao PAR.

Assim, não resta dúvida de que o referido programa sofre incidência tributária.

Cumpra, então, analisar se houve ou não prestação de serviço a justificar a incidência do ISSQN.

Verifica-se que a operação sobre a qual incidiu o tributo consiste na construção de imóveis residenciais, adquiridos pela Caixa Econômica Federal, para que fossem vendidos por meio do PAR.

Entendo que a hipótese de incidência do Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza - ISSQN, relativa à atividade de construção, apenas se mostra configurada quando realizada sob o regime de administração, empreitada ou subempreitada, considerando-se excluída a tributação no caso de efetiva incorporação direta.

Sendo a construtora contratada para construção e venda de imóveis à Caixa Econômica Federal, direcionados ao Programa de Arrendamento Residencial, não há que se falar em incidência de ISSQN sobre a prestação de serviços da construção, uma vez que tal atividade é absorvida pelo contrato de compra e venda.

Nesse sentido vem decidindo o TJMG, em casos em que se discute a incidência de ISSQN sobre a prestação de serviços de construção de imóveis:

Ementa: tributário. Ação anulatória c/c restituição de indébito. ISSQN. Incorporação imobiliária direta. Não incidência do imposto. Precedentes do STJ. Direito à repetição reconhecido. Recurso provido. - Relativamente à incorporação direta, é assente na jurisprudência do colendo STJ o entendimento de que a mesma não se sujeita à incidência do ISSQN, já que, em referido regime, as empresas incorporadoras contratam e alienam unidades imobiliárias a serem entregues prontas aos respectivos adquirentes, conforme previamente estabelecido em contrato de promessa de compra e venda, inexistindo vinculações com quaisquer espécies de prestação de serviços. - Com efeito, na incorporação direta, o incorporador constrói em terreno próprio, por sua conta e risco, realizando a venda das unidades autônomas por "preço global", compreensivo da cota de terreno e construção. Não há, pois, a prestação de serviços, e sim a transferência da posse e domínio de imóveis. Precedentes do STJ. - Reconhecida a nulidade do lançamento tributário, a restituição/compensação do indébito é medida que se impõe. - Recurso provido (TJMG - Apelação Cível 1.0702.11.041457-1/001, Rel. Des. Eduardo Andrade, 1ª Câmara Cível, julgamento em 27.11.2012, publicação da súmula em 07.12.2012).

Ementa: Tributário. Ação anulatória de débito fiscal. Município de Contagem. ISSQN. Serviço de construção civil. Promessa de compra e venda não registrada. Inocorrência de prestação. Construção de imóveis por conta própria e para revenda (incorporação). Não incidência da exação municipal. 1. A construção de imóveis feita pela empresa imobiliária por conta própria e para revenda (incorporação) não constitui fato gerador do ISSQN, sendo que a falta de registro do terreno em nome da empresa compradora não tem o condão de fazer nascer a obrigação tributária. 2. Recurso provido. (TJMG - Apelação Cível 1.0079.08.390446-0/001, Rel. Des. Edgard Penna Amorim, 8ª Câmara Cível, julgamento em 10.05.2012, publicação da súmula em 18.05.2012.)

Com tais considerações, dou provimento ao recurso, para julgar procedentes os pedidos iniciais, reconhecendo a inexistência do débito e determinando, por consequência, a extinção da execução, com a devida inversão dos encargos sucumbenciais, observadas as ressalvas legais.

Custas, na forma da lei, sendo incabível a majoração dos honorários advocatícios, prevista no art. 85, § 11, do

CPC/2015, uma vez que tal legislação ainda não estava em vigor quando da interposição do presente recurso.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES VERSIANI PENNA e ÁUREA BRASIL.

Súmula - DAR PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Mandado de segurança - Isenção de ITBI - Pessoa jurídica - Integralização de capital social - Bens imóveis - Art. 156, § 2º, I, da CR/88 - Art. 37 do CTN - Atividade preponderante - Contrato social - Administração de imóveis próprios - Atividade secundária - Locação de imóveis próprios - Direito líquido e certo - Ausência de prova pré-constituída - Dilação probatória - Ordem denegada

Ementa: Apelação cível. Mandado de segurança. Integralização do capital: empresa com bens imóveis. Atividade preponderante. Administração. Não comprovação de hipótese de não incidência de ITBI. Ato legal.

- Não incide ITBI sobre a integralização de capital de pessoa jurídica, desde que a atividade preponderante não seja a venda ou locação de imóvel.

- Não comprovado, por prova pré-constituída, que o objeto social da empresa "administração de imóveis próprios" e a indicação no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica a atividade secundária "aluguel de imóveis" não é a atividade preponderante da empresa, o ato administrativo que determina a incidência de ITBI na referida transferência reveste-se de legalidade.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0338.11.000043-1/001 - Comarca de Itaúna - Apelante: VBJ Participações e Empreendimentos Ltda. - Apelado: Secretário da Fazenda do Município de Itaúna - Relator: DES. OLIVEIRA FIRMO

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 7ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em, À UNANIMIDADE, NEGAR PROVIMENTO À APELAÇÃO.

Belo Horizonte, 31 de maio de 2016. - *Oliveira Firmo* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. OLIVEIRA FIRMO - Trata-se de apelação cível interposta por VBJ Participações e Empreendimentos Ltda. da sentença (f. 136-138v) prolatada nos autos do mandado de segurança por ela impetrado contra ato

praticado pelo Secretário da Fazenda do Município de Itaúna/MG, que denegou a segurança, julgando improcedente o pedido inicial sob o fundamento de que a impetrante não demonstrou, por prova pré-constituída, o seu direito líquido e certo. Custas pela impetrante. Sem condenação em honorários advocatícios.

A apelante alega, em síntese, que: a) o apelado entendeu erroneamente que o fato de constar no CNPJ a atividade de "aluguel de imóveis próprios" no campo de atividade econômica secundária; b) a Lei Municipal fixa como critério para avaliação a atividade preponderante; c) não consta no instrumento constitutivo da apelante qual seria sua atividade preponderante; d) o CNPJ indica como atividade preponderante a participação no capital social de outras sociedades; e) a impetrante comprovou que está de acordo com a legislação tributária, notadamente acerca da imunidade do imposto sobre transmissão de bens imóveis (ITBI). Pede o provimento do recurso para reformar a sentença, concedendo-se a segurança para que seja declarada a imunidade pleiteada (f. 140-150).

Contrarrazões: não provimento do recurso (f. 152-160).

Ministério Público: manutenção da sentença e não provimento do recurso (f. 168-171v).

Preparo (f. 151).

É o relatório.

Juízo de admissibilidade.

Vistos os pressupostos de admissibilidade, conheço da apelação.

Mérito.

a) O art. 156, § 2º, da CF, estabeleceu a não incidência do ITBI quando houver incorporação de bens ao patrimônio de pessoa jurídica para integralização de seu capital, salvo se a atividade preponderante da empresa for a compra e venda desses bens ou direitos, locação de bens imóveis ou arrendamento mercantil.

Art. 156. Compete aos Municípios instituir impostos sobre: [...]

II - transmissão *inter vivos*, a qualquer título, por ato oneroso, de bens imóveis, por natureza ou acessão física, e de direitos reais sobre imóveis, exceto os de garantia, bem como cessão de direitos a sua aquisição; [...]

§ 2º O imposto previsto no inciso II:

I - não incide sobre a transmissão de bens ou direitos incorporados ao patrimônio de pessoa jurídica em realização de capital, nem sobre a transmissão de bens ou direitos decorrente de fusão, incorporação, cisão ou extinção de pessoa jurídica, salvo se, nesses casos, a atividade preponderante do adquirente for a compra e venda desses bens ou direitos, locação de bens imóveis ou arrendamento mercantil; [...].

Referida isenção, na parte em que recepcionada, também foi prevista no CTN. Vejamos:

Art. 35. O imposto, de competência dos Estados, sobre a transmissão de bens imóveis e de direitos a eles relativos tem como fato gerador:

I - a transmissão, a qualquer título, da propriedade ou do domínio útil de bens imóveis por natureza ou por acessão física, como definidos na lei civil;

II - a transmissão, a qualquer título, de direitos reais sobre imóveis, exceto os direitos reais de garantia;

III - a cessão de direitos relativos às transmissões referidas nos incisos I e II.

Parágrafo único. Nas transmissões *causa mortis*, ocorrem tantos fatos geradores distintos quantos sejam os herdeiros ou legatários.

Art. 36. Ressalvado o disposto no artigo seguinte, o imposto não incide sobre a transmissão dos bens ou direitos referidos no artigo anterior:

I - quando efetuada para sua incorporação ao patrimônio de pessoa jurídica em pagamento de capital nela subscrito;

II - quando decorrente da incorporação ou da fusão de uma pessoa jurídica por outra ou com outra.

Parágrafo único. O imposto não incide sobre a transmissão aos mesmos alienantes, dos bens e direitos adquiridos na forma do inciso I deste artigo, em decorrência da sua desincorporação do patrimônio da pessoa jurídica a que foram conferidos.

Art. 37. O disposto no artigo anterior não se aplica quando a pessoa jurídica adquirente tenha como atividade preponderante a venda ou locação de propriedade imobiliária ou a cessão de direitos relativos à sua aquisição.

§ 1º Considera-se caracterizada a atividade preponderante referida neste artigo quando mais de 50% (cinquenta por cento) da receita operacional da pessoa jurídica adquirente, nos 2 (dois) anos anteriores e nos 2 (dois) anos subsequentes à aquisição, decorrer de transações mencionadas neste artigo.

§ 2º Se a pessoa jurídica adquirente iniciar suas atividades após a aquisição, ou menos de 2 (dois) anos antes dela, apurar-se-á a preponderância referida no parágrafo anterior levando em conta os 3 (três) primeiros anos seguintes à data da aquisição.

§ 3º Verificada a preponderância referida neste artigo, tornar-se-á devido o imposto, nos termos da lei vigente à data da aquisição, sobre o valor do bem ou direito nessa data.

§ 4º O disposto neste artigo não se aplica à transmissão de bens ou direitos, quando realizada em conjunto com a da totalidade do patrimônio da pessoa jurídica alienante.

E, da mesma forma, também foi prevista na legislação municipal, no que interessa (Lei nº 2.204/1989):

Art. 5º O imposto não incide sobre:

I - a transmissão de bens ou direitos, quando efetuada para sua incorporação ao patrimônio de pessoa jurídica, em realização de capital;

II - a transmissão de bens ou direitos, quando decorrentes de fusão, incorporação, cisão ou extinção de pessoa jurídica.

[...]

Parágrafo 1º - O disposto nos incisos I e II deste artigo não se aplica quando a pessoa jurídica adquirente tiver como atividade preponderante a compra ou a locação ou a cessão de direitos relativos à sua aquisição.

Parágrafo 2º - Considera-se caracterizada a atividade preponderante referida no parágrafo anterior quando mais de 50% (cinquenta por cento) da receita operacional da pessoa jurídica adquirente, nos 3 (três) anos anteriores e nos 3 (três) anos subsequentes à aquisição, decorrer de venda, locação ou cessão de direitos à aquisição de imóveis.

Parágrafo 3º - Se a pessoa jurídica adquirente iniciar suas atividades após a aquisição, ou menos de 3 (três) anos

antes dela, apurar-se-á a preponderância referida no parágrafo anterior levando-se em conta os 3 (três) primeiros anos seguintes à data da aquisição.

Parágrafo 4º - Quando a atividade preponderante, referida no parágrafo primeiro deste artigo, estiver evidenciada no instrumento constitutivo da pessoa jurídica adquirente, o imposto será exigido no ato da aquisição, sem prejuízo do direito à restituição que vier a ser legitimado com aplicação do disposto no parágrafo 2º ou parágrafo 3º.

Parágrafo 5º - Ressalvada a hipótese dos parágrafos anteriores e verificada a preponderância referida nos parágrafos 2º e 3º deste artigo tornar-se-á devido o imposto nos termos da lei vigente à data da aquisição e sobre o valor atualizado dos bens ou direitos.

b) No caso, pretende a impetrante a concessão da não incidência de ITBI, alegando, para tanto, que a atividade preponderante dela não é a venda ou locação de imóveis.

Todavia, e conforme consta no contrato social, a impetrante tem como objetivo a “administração de imóveis próprios” (f. 13). Além, consta no cadastro nacional da pessoa jurídica (CNPJ) no campo de “Descrição das atividades econômicas secundárias” - “aluguel de imóveis próprios”.

Lado outro, e conforme previsto na lei municipal, quando a atividade preponderante estiver evidenciada no instrumento constitutivo, o imposto será exigido na aquisição, podendo, posteriormente, ser restituído.

No caso, e além de constar no ato constitutivo a “administração de imóveis próprios” e no CNPJ “aluguel de imóveis próprios”, há, ainda, na referida lei, outro critério, que não apenas o escrito para se aferir a atividade preponderante.

Dessarte, não é apenas a denominação constante no CNPJ que torna a atividade preponderante ou secundária. É o definido na lei.

Assim, em atenção ao previsto no art. 116, parágrafo único do CTN, e, considerando a generalidade do objeto social da impetrante/apelante, aliada à ausência de outros documentos que comprovem outra atividade que não a gestão de ativos próprios, não restou comprovado o direito líquido e certo da impetrante em ver-se isenta do ITBI.

Art. 116. Salvo disposição de lei em contrário, considera-se ocorrido o fato gerador e existentes os seus efeitos:

[...]

Parágrafo único. A autoridade administrativa poderá desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária, observados os procedimentos a serem estabelecidos em lei ordinária.

E aqui, conforme constou na sentença, a verificação da atividade preponderante da impetrante demandaria

dilação probatória, vedada em sede de mandado de segurança.

Não se descarta que a Administração, em seu poder de polícia, poderá fiscalizar a referida empresa para verificar se as atividades por ela desenvolvidas estão nas hipóteses de não incidência. E, em não estando, poderá haver o lançamento do tributo e posterior cobrança.

Todavia, melhor que se evite todo um processo administrativo tributário posterior, bem como uma execução fiscal, que poderá eventualmente ser frustrada, já que a própria empresa afirmou que não teria condições nem sequer de realizar o depósito do valor do ITBI, vez que ocorreria a sua descapitalização.

Ainda, há a possibilidade de cessão de cotas a terceiros, e, considerando que as cotas do sócio majoritário são constituídas apenas de imóveis, haveria nova alteração de titularidade deles sem qualquer incidência fiscal.

Conclusão.

Posto isso, nego provimento à apelação.

Custas: impetrante.

Sem honorários (art. 25 da Lei nº 12.016/2009).

É o voto.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES WILSON BENEVIDES e ALICE BIRCHAL.

Súmula - À UNANIMIDADE, NEGARAM PROVIMENTO À APELAÇÃO.

...

**Apreensão de objetos de pesca - IEF/MG -
Responsabilidade estatal pela guarda dos bens -
Furto praticado por terceiros - Ausência de quebra
denexo causal - Omissão da Administração
Pública - Teoria da culpa do serviço público -
Faute du service - Responsabilidade subjetiva do
Instituto Estadual de Florestas (IEF) - Obrigação
de indenizar - Configuração - Culpa *in vigilando* -
Danos materiais - Valor comprovado nos autos -
Honorários advocatícios - Manutenção**

Ementa: Apelação civil. Indenização. Apreensão objetos de pesca. Desaparecimento dos bens apreendidos em razão de furto praticado por terceiros. Ausência de quebra de nexo causal em razão de responsabilidade estatal pela guarda dos bens. Omissão da administração pública. Configurada. Elementos presentes da obrigação de indenizar. Culpa *in vigilando*. Responsabilidade subjetiva do instituto estadual de florestas (IEF). Dever de indenizar. Danos materiais. Valor comprovado nos autos. Proce-

dência do pedido. Honorários advocatícios. Manutenção. Confirmação da sentença.

- Para a configuração do dever de indenizar, é mister que concorram três elementos: o dano, a conduta ilícita e o nexocausal.

- De acordo com a teoria da culpa do serviço público, ou *faute du service*, se o dano não se originar de atuação de agente público, mas da omissão do Poder Público em observar prática por ele devida, a responsabilidade deve ser aferida pela identificação do elemento subjetivo da culpa.

- A administração tem o dever de zelar pela guarda de objetos particulares apreendidos, em razão da atividade administrativa de fiscalização.

- Demonstrada a conduta culposa omissiva do Poder Público, que não cuidou de manter vigilância sobre equipamentos de pesca, de propriedade de particular, recolhidos em razão de prática de infração ambiental, e que vieram a desaparecer, não se verifica quebra do nexocausalidade, o furto do referido material por terceiros, configurando o dever de indenizar pelo valor dos referidos equipamentos, devidamente comprovados nos autos, em razão da culpa *in vigilando* da Administração.

- Arbitrados os honorários advocatícios, com a observância dos parâmetros do § 4º do art. 20 do CPC de 1973, vigente à época da sentença, não cabe a redução da verba honorária, sob pena de se vulnerar a diretiva do art. 133 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que prevê a indispensabilidade do advogado à administração da justiça.

**APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0534.13.001552-0/001 -
Comarca de Presidente Olegário - Apelante: IEF/MG
Instituto Estadual de Florestas do Estado Minas Gerais -
Apelado: Braz Luiz da Silva - Interessado: Secretaria-Geral
da Governadoria do Estado de Minas Gerais - 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, em NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 31 de maio de 2016. - Sandra Fonseca - Relatora.

Notas taquigráficas

DES.ª SANDRA FONSECA - Cuida-se de recurso de apelação interposto pelo Instituto Estadual de Florestas de Minas Gerais - IEF/MG, visando à reforma da r. sentença de f. 37/38 que, nos autos da Ação Ordinária ajuizada

por Braz Luiz da Silva, julgou procedente o pedido para condenar o requerido a pagar ao autor a quantia de R\$733,00 (setecentos e trinta e três reais), com incidência de juros nos termos da Lei nº 11.960/2009 e correção monetária pelos índices oficiais, incidentes a partir da citação, bem como para acolher a preliminar de ilegitimidade passiva do Estado de Minas Gerais, extinguindo o feito em relação a este, nos termos do art. 267,VI, do CPC.

Por fim, condenou o IEF no pagamento de honorários advocatícios, fixados em R\$500,00 (quinhentos reais), nos termos do art. 20, § 4º, do CPC/1973.

Nas razões recursais de f. 41/45, o réu-apelante sustentou, em síntese, que não estão presentes os pressupostos da responsabilidade civil, bem como a existência de obrigação de indenizar os supostos danos morais e materiais, vez que atuava no estrito cumprimento do dever legal.

Alega que a responsabilidade no caso é subjetiva, e não objetiva, e que não há prova nos autos da omissão na adoção de medidas na guarda dos objetos apreendidos, vez que os equipamentos desapareceram em razão de furto praticado por terceiro, ausentes o nexo causal e a culpa.

Por fim, requer a reforma da decisão e, alternativamente, a redução dos honorários advocatícios, tendo em vista que não condizem com a simplicidade da causa, devendo a verba ser reduzida para o patamar de 5% (cinco por cento) do valor da condenação.

Contrarrazões apresentadas às f. 47/50, reque-rendo a manutenção da sentença.

É o relatório.

Conheço do recurso, eis que presentes os pressupostos de sua admissibilidade.

A questão controvertida submetida a julgamento refere-se, primeiramente, à análise da responsabilidade do réu pelo desaparecimento do equipamento de pesca de propriedade do autor, durante o período em que esteve apreendido, em razão de infração ambiental.

Em regra, a responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito público está disciplinada no art. 37 da Constituição da República de 1988, que adotou, no direito administrativo, a responsabilidade objetiva, pelos atos praticados por seus agentes, sendo necessária, para a sua responsabilização, apenas a demonstração do nexo da causalidade entre o ato e o dano.

Vejamos:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...] § 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

O dever de indenizar, entretanto, não é presumido, porquanto exige a comprovação do ato tido por ilícito, da relação de causalidade entre este e o dano e da lesão causada ao particular.

Alexandre de Moraes define com proficiência:

[...] A responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito público e das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público baseia-se no risco administrativo, sendo objetiva. Essa responsabilidade objetiva exige a ocorrência dos seguintes requisitos: ocorrência do dano; ação ou omissão administrativa; existência de nexo causal entre o dano e a ação ou omissão administrativa e ausência de causa excludente da responsabilidade estatal (MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil Interpretada*. Atlas, p. 903).

Segundo lição de Carlos Alberto Bittar:

A caracterização do direito à reparação depende, no plano fático, da concorrência dos seguintes elementos: o impulso do agente, o resultado lesivo e o nexo causal entre ambos, que são, aliás, os pressupostos da responsabilidade civil. Entendido o direito como correlacionado à responsabilidade do lesante, tem-se que, na configuração concreta, é da reunião dos elementos citados que se legitima a pretensão reparatória do lesado, a qual se pode efetivar amistosa ou judicialmente, conforme o caso (BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação civil por danos morais*. 3. ed. Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 133/134).

É a aplicação da teoria da culpa do serviço público ou *faute du service*; que é a culpa anônima, não individualizada, da qual o dano não decorre de atuação de agente público, mas da omissão do poder público em prestar o serviço por ele devido.

Sobre a responsabilidade subjetiva do Estado, menciona Ruy Stocco (em *Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial*, 2. ed. São Paulo: RT), *verbis*:

A responsabilidade por falta do serviço, falha do serviço ou culpa do serviço é subjetiva, porque baseada na culpa (ou dolo). Caracterizará sempre responsabilidade por comportamento ilícito quando o Estado, devendo atuar segundo critérios ou padrões, não o faz, ou atua de modo insuficiente. O Estado tanto pode responder pelo dano causado em razão da responsabilidade objetiva consagrada no art. 37, § 6º, da Constituição da República (se a atividade da qual decorreu o gravame foi ilícita) como pela teoria subjetiva da culpa (se a atividade foi ilícita ou em virtude de *faute du service*) (TJSP - 1ª Câmara - Relator: Desembargador Renan Lotufo, j. em 21.12.1993, p. em RJTJESP 156/90).

Vale citar o que ensina Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

[...] essa culpa do serviço público ocorre quando: o serviço público não funcionou (omissão), funcionou atrasado ou funcionou mal. Em qualquer dessas três hipóteses, ocorre a culpa (*faute*) do serviço ou acidente administrativo, incidindo a responsabilidade do Estado independentemente de qualquer apreciação da culpa do funcionário. (*op. cit.*, p. 599).

Nesse sentido é o entendimento deste Eg. Tribunal de Justiça:

Apelação cível. Indenização por danos materiais e morais. Queda em buraco aberto na via pública. Responsabilidade da Copasa. Conduta omissiva. Culpa configurada pela negligência. Dores físicas. Dever de indenizar. Em se tratando de danos imputados à omissão de prestadora de serviços públicos, necessária se faz a demonstração de que agiu culposamente, quedando-se inerte quando estava obrigado a agir. Recai sobre a prestadora de serviços o dever de promover a manutenção e fiscalização de buracos abertos em vias públicas e utilizados para a consecução dos seus fins sociais, a fim de que evitar os riscos que a própria existência da abertura gera para terceiros. - Responde a Copasa por danos sofridos pela autora em virtude de queda em buraco onde se localizava registro de água, que se encontrava destampado, configurando-se negligência da concessionária. - A dor física intensa configura modalidade de dano moral, passível de compensação. - Recurso não provido (TJMG - Apelação Cível 1.0188.07.05552-2/001, Relatora: Des.ª Heloisa Combat, 4ª Câmara Cível, j. em 31.03.2011, p. em 18.04.2011).

E para consolidar esse entendimento, cumpre assinalar que a suprema Corte já decidiu nesse sentido:

A Suprema Corte já decidiu que “tratando-se de ato omissivo do poder público, a responsabilidade civil por tal ato é subjetiva, pelo que exige dolo ou culpa, numa de suas três vertentes, negligência, imperícia ou imprudência, não sendo, entretanto, necessário individualizá-la, dado que pode ser atribuída ao serviço público, de forma genérica, a *faute de service* dos franceses (STF - RE nº 179.147 - Relator Min. Carlos Velloso, j. em 12.12.1997, Órgão Julgador: Segunda Turma).

No caso em apreço, a parte autora insurge-se contra ato omissivo da Administração Pública referente à suposta negligência do ente estatal em cuidar e conservar equipamento de pesca de sua propriedade, apreendido em razão de infração ambiental, qual seja: 01 (uma) vara Marines Esportes e carretilha marca Abu Garcia 6500 e com caníço sem marca, 01 (um) molinete marca Quantum 552, com caníço, todos da propriedade do autor, cujo valor reclamado no pedido inicial encontra-se inserido na nota fiscal de f. 11, vindo os bens a desaparecerem em virtude de roubo.

Na espécie, tem-se que a responsabilidade deve ser aferida pela identificação do elemento culpa, porque, segundo o autor, o evento danoso ocorreu durante o período em que o material esteve depositado junto ao IEF/MG, sob a guarda da autarquia, que teria se omitido em conservá-lo e vigiá-lo.

Constata-se que, de fato, os equipamentos de pesca, objeto da discussão, foram apreendidos pela Polícia Ambiental e recolhidos em estabelecimento próprio, sob a responsabilidade da autarquia ambiental, conforme documentos de f. 08/09.

Todavia, o autor, após pagar a multa imposta pelo Poder Público, ao comparecer ao setor competente do IEF/MG, para liberação dos equipamentos, não logrou êxito, sendo informado que seus equipamentos foram furtados por terceiro, conforme boletim de ocorrência, às f. 12/13, sendo inviável a devolução.

Transcrevo:

Nesta data ao comparecermos ao Escritório do IEF - Instituto de Floresta para a entrega de autos de infração, fomos procurados pelo solicitante senhor Marcos Siqueira (chefe do Núcleo), o qual nos narrou a seguinte situação: que neste final de semana indivíduo desconhecido após pular o muro do escritório do citado órgão, furtou alguns materiais que se encontravam em uma varanda, sendo molinetes, carretinhas, caníços, baldes, rodos. O solicitante não apontou suspeito e também não soube precisar a quantidade e identificação dos objetos furtados, dizendo apenas que os petrechos de pesca se tratava de matérias apreendidos pela polícia ambiental. A perícia técnica foi acionada (perito Renato), porém não compareceu ao local. Não houve arrombamento.

Não se pode olvidar que, estando os bens em local de responsabilidade e custódia do Poder Público, caberia à Administração zelar pela sua integridade e guarda, o que não ocorreu.

Resta, pois, configurada a ocorrência de omissão estatal consubstanciada na não fiscalização e vigilância dos bens custodiados, o que viabilizou o desaparecimento do equipamento de pesca do apelado.

O desaparecimento, com efeito, ainda que em razão do acusado furto, decorreu da falha no dever de guarda dos bens recolhidos, pelo que não se verifica a quebra, no nexo de causalidade, entre a conduta omissiva da Administração e o dano causado.

Com efeito, verificou-se a omissão do Poder Público em manter a vigilância e a inviolabilidade do local onde estavam guardados os equipamentos.

Sendo atribuída ao Estado a responsabilidade de adotar políticas públicas preventivas, de forma a assegurar a segurança nos recintos públicos, a ocorrência de furto em virtude de negligência configura ilícito civil passível de indenização.

Assim, a negligência dos responsáveis pela guarda dos equipamentos do autor caracteriza a culpa da Administração.

Portanto, não resta dúvida de que o evento decorreu em virtude de *faute du service*, culminando, pois, no dever de indenizar, restando afastada nos autos a alegação de ausência de culpa, em razão do acusado furto.

Por essas razões, deve o requerido indenizar os danos materiais suportados pelo autor, que, no caso, foram apurados em R\$733,00 (setecentos e trinta e três reais), valor inserido no comprovante de f. 11.

No que concerne à verba honorária, é de se atender à diretiva do art. 133 da Constituição da República, que prevê a indispensabilidade do advogado à administração da justiça.

Nessa esteira, ao tratar das despesas processuais, o Código de Processo Civil de 1973 estabelecia, *in verbis*:

Art. 20. A sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou e os honorários advocatícios. Esta verba honorária será devida, também, nos casos em que o advogado funcionar em causa própria

[...]

§ 4º Nas causas de pequeno valor, nas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública, e nas execuções, embargadas ou não, os honorários serão fixados consoante apreciação equitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas a, b e c do parágrafo anterior.

No caso dos autos, os honorários sucumbenciais devidos ao autor foram arbitrados em R\$500,00 (quinhentos reais).

Nesse diapasão, verifica-se que a fixação dos honorários foi respaldada na regra da equidade, eis que, na espécie, restou vencido o Estado de Minas Gerais, pelo que eram observados os critérios dos incisos do § 3º do art. 20 do Código de Processo Civil de 1973.

A propósito: “Os honorários sucumbenciais fixados por equidade devem ser condizentes com a nobre e elevada atividade exercida pelo advogado” (Processo nº. 1.0024.07.684.783-9/001. Rel. Des. Fernando Botelho, p. em 09.01.2009).

Dessa maneira, tendo em vista os serviços prestados, bem como o valor da causa e o fato de que a matéria tratada nestes autos conta com ampla discussão neste Tribunal de Justiça, entendo adequada a quantia fixada na r. sentença, a fim de se garantir a necessária coerência em casos semelhantes.

Com esses fundamentos, nego provimento ao recurso de apelação, para manter incólume a r. sentença objurgada.

Custas do recurso, pelo apelante, observada a isenção legal.

É como voto.

Votaram de acordo com a Relatora os DESEMBARGADORES RONALDO CLARET DE MORAES (JUIZ DE DIREITO CONVOCADO) e AUDEBERT DELAGE.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Ação monitória -

Ausência de título executivo - Contrato sem assinatura de testemunhas - Adequação da via eleita - Associação - Condição para desligamento - Impossibilidade - Obrigação com termo certo - Mora *ex re*

Ementa: Apelação cível. Ação monitória. Contrato sem assinatura das testemunhas. Contrato de associação. Existência de condição para desligamento da associação. Impossibilidade. Artigo 5º, inciso XX, da CRFB/88. Correção monetária e juros de mora. Dívida líquida e certa. Termo inicial. Vencimento da dívida.

- A “ação monitória é uma espécie de tutela diferenciada, que por meio da adoção da técnica de cognição sumária (para a concessão do mandado monitório) e do contraditório diferido (permitindo a prolação de decisão antes da oitiva do réu), busca facilitar em termos procedimentais a obtenção de um título executivo, quando o credor tiver prova suficiente para convencer o juiz, em cognição não exauriente, da provável existência de seu direito” (NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 2. ed. São Paulo: Método, 2010. p. 1.355).

- “1. A ação monitória busca, de modo mais célere, a obtenção do mesmo resultado que seria obtido por meio do processo de conhecimento de rito ordinário. 2. Sendo o devedor sabedor da data em que deve ser adimplida a obrigação líquida - porque decorre do título de crédito -, descabe advertência complementar por parte do credor. Destarte, havendo obrigação líquida e exigível a determinado termo - desde que não seja daquelas em que a própria lei afasta a constituição de mora automática -, o inadimplemento ocorre no vencimento (STJ, AgRg no REsp 740362/MS, Ministro Luis Felipe Salomão, 14.02.2011).

- Em face do disposto no art. 5º, inciso XX, da CRFB/88, é nula a cláusula contratual que impõe como condição para o desligamento de associação o pagamento de eventuais débitos em atraso do associado.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0713.11.002656-2/001 - Comarca de Viçosa - Apelante: JB Carbon S.A. - Apelante adesiva: SIF Sociedade de Investigações Florestais - Apelada: JB Carbon S.A., SIF Sociedade de Investigações Florestais - Relator: Des. VEIGA DE OLIVEIRA

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 10ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em DAR PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO PRINCIPAL E PROVIMENTO AO ADESIVO.

Belo Horizonte, 24 de maio de 2016. - *Veiga de Oliveira* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. VEIGA DE OLIVEIRA - Trata-se de apelação de f. 187/204 interposta por JB Carbon S.A. contra sentença de f. 175/180 proferida pela Juíza da 2ª Vara Cível da comarca de Viçosa que, nos autos da ação monitória proposta por SIF Sociedade de Investigações Florestais, deu parcial provimento aos pedidos iniciais para determinar à apelante que procedesse ao pagamento de R\$40.800,00 (R\$ 1.700,00 multiplicados por 24 meses, valor este devidamente atualizado a partir do ajuizamento da ação e acrescido de juros a partir da citação.

Julgou, ainda, improcedente o pedido reconvenicional feito pela apelante.

A Juíza primeva, no relatório da sentença, sintetizou o objeto da demanda nos seguintes termos:

SIF Sociedade de Investigações Florestais, qualificada, ajuizou a presente ação monitória contra JB Carbon S/A, igualmente qualificada, objetivando o recebimento do valor de R\$48.695,10 [...], valor este devidamente atualizado e acrescido de juros de mora e correção monetária desde o vencimento de cada parcela.

Alegou que firmou o contrato por tempo indeterminado de associação junto à requerida em 12 de abril de 2005. Esta participaria como mantenedora da requerente, ficando obrigada a efetuar o pagamento de mensalidades no valor de R\$1.700,00. No entanto, desde abril de 2009, a requerida está em débito. Diante da inadimplência, a requerente notificou a devedora, que, em resposta, requisitou a rescisão do contrato, não efetuando o pagamento.

[...]

Devidamente citada, a requerida apresentou embargos às f. 67/77, argumentando, em síntese, pela (a) inadequação da via eleita; (b) ocorrência de rescisão contratual em outubro de 2010, sendo nula de pleno direito a cláusula 5.1 do contrato de associação; (c) ausência de previsão contratual a dispor sobre os juros e correção monetária. [...]

A requerida apresentou reconvenção (vide f. 106/112), objetivando a condenação da autora ao pagamento das mensalidades cobradas no mês de outubro de 2010 a mercô de 2011, eis que exigidas equivocadamente.

Em suas razões recursais, a apelante faz as seguintes considerações:

- formalização do pedido de rescisão contratual da associação apelada por meio da Carta de Notificação de 04 de outubro de 2010 (f. 18), motivo pelo qual não poderia haver a cobrança de mensalidades posteriores à referida data, já que, conforme disposto no art. 5º, XX, da CRFB/88, ninguém pode ser compelido a permanecer associado. Dessa forma, a cláusula 5.1 do Contrato de Associação, que condiciona a rescisão do referido contrato ao pagamento dos débitos, seria nula;

- ausência de juros de mora e correção monetária, já que o contrato de associação não estabelece a incidência de correção monetária e também não prevê a incidência de juros de mora;

- inadequação da via eleita;

- reforma da decisão para julgar procedente o pedido reconvenicional.

Paralelamente, SIF Sociedade de Investigações Florestais interpôs apelação adesiva em que requereu a reforma da r. sentença para que a atualização da dívida ocorresse a partir do vencimento das prestações.

É este, em epítome, o relatório. Decido.

Primeiramente, deve-se mencionar que a apelante apenas se insurge contra as mensalidades cobradas a partir da data de outubro de 2010, reconhecendo o débito existente a partir de abril de 2009.

Apelação principal - Apelante: JB Carbon S.A.
Inadequação da via eleita.

A apelante afirma que houve inadequação da via eleita por parte da apelada ao propor a ação monitória para a cobrança do valor alegadamente devido, tendo em vista a ausência de certeza e liquidez do título.

O art. 1.102-a, do Código de Processo Civil, dispõe que: "Art. 1.102-A. A ação monitória compete a quem pretender, com base em prova escrita sem eficácia de título executivo, pagamento de soma em dinheiro, entrega de coisa fungível ou de determinado bem móvel".

De acordo com Daniel Assumpção,

a ação monitória é uma espécie de tutela diferenciada, que, por meio da adoção da técnica de cognição sumária (para a concessão do mandado monitório) e do contraditório diferido (permitindo a prolação de decisão antes da oitiva do réu), busca facilitar em termos procedimentais a obtenção de um título executivo quando o credor tiver prova suficiente para convencer o juiz, em cognição não exauriente, da provável existência de seu direito (NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 2. ed. São Paulo: Método, 2010, p. 1.355).

Cândido Rangel Dinamarco, por sua vez, afirma que

o processo monitório é um processo destinado a oferecer a satisfação de direitos não amparados por título executivo judicial ou extrajudicial, sem necessário julgamento do mérito. O título para a execução realizada no processo monitório é produzido nele próprio, bastando que o autor comprove satisfatoriamente a existência do direito mediante documento idôneo desprovido de título executivo (CPC, art. 1.102-a). fundado nesse documento, o juiz limita-se a expedir o mandado de pagamento ou entrega, sem prévia investigação sobre o direito afirmado pelo autor e sem a (sequer implícita) afirmação de sua existência (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2004, v. 3, p. 743).

No caso dos autos o contrato celebrado entre as partes (f. 20/21) não possui executividade, tendo em vista a ausência da assinatura de duas testemunhas.

Com relação à liquidez e certeza do título, verifica-se que, com relação a contratos, referidos requisitos são preenchidos com a planilha de evolução do débito, o que foi devidamente observado pela apelada.

Os eventuais questionamentos feitos pelo devedor com relação ao valor da dívida, bem como a sua forma de cálculo devem ser objeto dos embargos à monitória que, conforme bem observado pela Juíza primeva, impedem que o processo caminhe para a fase executiva, ofertando-se às partes todas as possibilidades de alegações e provas.

Portanto, não houve inadequação da via eleita, motivo pelo qual deve ser afastada a referida alegação.

Nulidade da cláusula 5.1 do contrato de associação.

A apelante afirma que a cláusula 5.1 do contrato de associação celebrado entre as partes é nula, já que condiciona a saída da associação à quitação de débitos porventura existentes, ferindo o disposto no artigo 5º, inciso XX, da CRFB/88.

O artigo 5º, inciso XX, da CRFB/88 possui a seguinte redação: “XX - ninguém poderá ser compelido a associar-se ou a permanecer associado;”.

Dessa forma, a CRFB/88 garante o direito fundamental de as pessoas se associarem e de se desligarem da associação, sendo estes direitos potestativos.

Portanto, o associado pode se desligar a qualquer momento da associação, não podendo haver qualquer empecilho à sua saída.

Eventuais débitos do associado devem ser cobrados pela associação pelos meios adequados, sem, contudo, condicionar o desligamento do associado à quitação de mensalidades devidas.

Assim, é inconstitucional a cláusula 5.1 do Contrato de Associação, motivo pelo qual deverá ser declarada nula.

Portanto, o débito da apelante refere-se ao período compreendido entre abril de 2009 e outubro de 2010.

Correção monetária e juros de mora.

A correção monetária e os juros de mora serão objeto de análise na apelação adesiva.

Devolução em dobro dos valores cobrados indevidamente (reconvenção).

A apelante requer a reforma da r. sentença para que seja julgado procedente a sua reconvenção, determinando a devolução em dobro do valor indevidamente cobrado pela apelada.

Com relação à presente questão, dispõe o art. 940, do Código Civil que “Aquele que demandar por dívida já paga, no todo ou em parte, sem ressaltar as quantias recebidas ou pedir mais do que for devido, ficará obrigado a pagar ao devedor, no primeiro caso, o dobro do que houver cobrado e, no segundo, o equivalente do que dele exigir, salvo se houver prescrição”.

A devolução em dobro prevista no referido artigo tem como requisitos que são:

- demanda cobrando dívida já paga;
- má-fé do credor (requisito indicado pelo STJ).

Analizando-se os autos, verifica-se que ambos os requisitos não se encontram presentes, já que a apelante não fez o pagamento de qualquer valor da dívida objeto da ação monitória, nem houve a comprovação de que a apelada estava atuando de má-fé ao fazer a cobrança das mensalidades, mesmo porque a cobrança feita pela apelada estava amparada por cláusula contratual.

Apelação adesiva - Apelante: SIF Sociedade de Investigações Florestais.

De acordo com o disposto no *caput* do art. 397 do Código Civil, o inadimplemento da obrigação positiva e líquida, no seu termo, constitui de pleno direito em mora o devedor. Por sua vez, o parágrafo único do referido artigo assevera que, não havendo termo, a mora se constitui mediante interpelação judicial ou extrajudicial.

Ao comentar referido dispositivo legal, Hamid Charaf Bdine Jr. aduz que

se a obrigação é positiva e líquida e tem termo (prazo certo) para ser adimplida, verifica-se a mora na ocasião em que o cumprimento havia de ter sido implementado. A obrigação é positiva quando exige uma conduta comissiva do devedor - dar ou fazer -, pois nas obrigações negativas, aplica-se à mora a regra prevista no art. 390, compreendidas entre as disposições gerais aplicáveis ao inadimplemento absoluto e à mora. A obrigação é líquida nos casos em que for certa e determinada, sem a necessidade de elaboração de cálculo, como estava expresso no art. 1.533 do Código Civil de 1916, que não tem correspondência no Código de 2002 - valendo notar que a necessidade de simples cálculos aritméticos não acarretam a iliquidez.

[...]

Se a obrigação é positiva e líquida - como a de pagar a mensalidade na data prevista no contrato -, o devedor estará em mora de pleno direito no termo estabelecido (o dia do vencimento), independentemente de qualquer outra providência do credor. Mas se não houver termo estabelecido, o devedor só estará em mora após ser constituído por interpelação judicial ou extrajudicial (BDINE JR., Hamid Charaf. *Código Civil comentado*. 5. ed. São Paulo: Manole, 2011, p. 427-428).

No mesmo sentido são os ensinamentos de Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald, ao disporem que

o art. 397 do Código Civil introduz duas formas de constituição em mora do devedor. Quando a obrigação é projetada com a inclusão de um termo final, o próprio fato do descumprimento impõe a mora de forma automática, sendo despendida qualquer interpelação mediante provocação do credor. Trata-se da mora *ex re*, que se opera de pleno direito. O fundamento da norma repousa no fato do devedor já saber de antemão o prazo que aceitou para cumprir a obrigação. O devedor não precisa ser cientificado do vencimento da obrigação, pois o simples decurso do tempo já lhe indica o momento exato do cumprimento, sem qualquer forma de surpresa. Assim, se A é credor de B, em relação obrigacional cuja prestação será adimplida em 20 de outubro, a simples delonga no cumprimento propicia a mora. Aplica-se o brocardo *dies interpellat pro homine* - o termo interpela em lugar do credor (FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil - obrigações*. Salvador: Juspodivm, 2012, v. 2, p. 573/574).

No caso dos autos, o crédito da apelante-adesiva decorre do não pagamento das mensalidades que tinham valor e datas certos.

Dessa forma, a obrigação assumida pela apelada-adesiva é positiva e líquida, tendo em vista que há a indicação precisa do valor devido, bem como da data de vencimento.

Portanto, o apelado foi constituído em mora a cada mensalidade não paga.

Assim, o termo inicial da correção monetária e dos juros de mora deverá ser a data do vencimento de cada mensalidade.

Nesse sentido decisão unânime da 4ª Turma do colendo Superior Tribunal de Justiça:

Direito comercial e processual civil. Ação monitória. Notas promissórias prescritas. Obrigação positiva e líquida, nos moldes do que dispunha o artigo 960 do Código Civil de

1916, aplicável na espécie. 1. A ação monitória busca, de modo mais célere, a obtenção do mesmo resultado que seria obtido por meio do processo de conhecimento de rito ordinário. 2. Sendo o devedor sabedor da data em que deve ser adimplida a obrigação líquida - porque decorre do título de crédito -, descabe advertência complementar por parte do credor. Destarte, havendo obrigação líquida e exigível a determinado termo - desde que não seja daquelas em que a própria lei afasta a constituição de mora automática -, o inadimplemento ocorre no vencimento. 3. A perda da eficácia executiva das notas promissórias não obstaculiza a exigência dos juros de mora, nos moldes do prescrito no artigo 960 do Código Civil anterior. 4. Agravo regimental a que se nega provimento (STJ, AgRg no REsp 740362/MS, Ministro Luis Felipe Salomão, 14.02.2011).

Da fundamentação do citado acórdão extrai-se o seguinte excerto:

A questão em exame consiste em decidir quando, em se tratando de obrigação líquida, representada por notas promissórias prescritas, deve incidir juros de mora legais e se há necessidade de constituição em mora do devedor. Igualmente, é necessário ser definido se a natureza da ação tem relevância para a solução da controvérsia.

2. Inicialmente, cumpre consignar que a matéria em debate, concernente à obrigação positiva e líquida, não é de direito processual, tendo em vista que demanda tão-somente a correta interpretação da norma, estritamente de direito privado, que se extrai da leitura do artigo 960 do Código Civil de 1916, que dispunha, *in verbis*:

‘O inadimplemento da obrigação, positiva e líquida, no seu termo constitui de pleno direito em mora o devedor.

Não havendo prazo assinado, começa ela desde a interpelação, notificação ou protesto’.

Com efeito, como trata-se de obrigação positiva e líquida, consubstanciada em notas promissórias, a natureza da ação, se de cobrança ou monitória, não tem relevância para o julgamento da matéria em debate.

Nesse diapasão, como bem sustenta Alexandre Freitas Câmara com oportunas remissões à notável doutrina de Piero Calamandrei:

‘O procedimento monitório [...] não trata de dar ao credor coisa diversa e mais eficaz da que também o processo de conhecimento ordinário poderia lhe dar, senão que trata de alcançar o mesmo resultado com menos gasto de tempo e de dinheiro: o mesmo chega mais rápido, mas se detém, em relação à execução, no mesmo ponto em que se detém o processo de conhecimento ordinário. O credor, mediante o processo monitório, consegue obter com celeridade aquele título executivo que a cognição ordinária lhe proporcionaria somente depois de muita dilação; mas, uma vez que se tenha conseguido obter rapidamente, no processo monitório, o título para passar à execução, se encontra, frente à execução, na mesma condição em que se encontraria se seu crédito houvesse sido declarado por uma sentença condenatória’ (CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. 13. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, v. 3, p. 454-455).

3. Trata-se de obrigação líquida, eis que estampada em notas promissórias regulares.

Perfilhando o mesmo entendimento, leciona o saudoso Clovis Bevilacqua, *verbis*:

‘Consideram-se líquidas e certas as dívidas de um corpo certo, de quantidade fixa, de somma determinada, constando de escripturas públicas, instrumentos eqüipolentes ou escriptos

particulares de contracto, as letras de câmbio e notas promissórias; as obrigações ao portador emitidas por sociedades anonymas e commanditarias por acções; as letras hypothecarias e os respectivos cupons; as contas assignadas ou duplicatas; os warrants; as contas mercantilmente extrahidas de livros commerciaes com as formalidades legais e judicialmente verificadas [...]’ (BEVILAQUA, Clovis. *Direito das Obrigações*. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1940, p. 92).

Desse modo, a questão deverá ser dirimida com base no supracitado art. 960 do Código Civil de 1916, visto se tratar de obrigação positiva e líquida, constante em títulos emitidos ainda na vigência do Código Civil de 1916.

Com relação à liquidez da obrigação, Carlos Alberto Bittar tece considerações pertinentes.

Note-se:

‘Diz-se líquida a obrigação certa quanto à existência e determinada quanto ao objeto. Ilíquida é, ao revés, aquela incerta quanto ao objeto, ou ao valor, dependendo sua complementação de procedimento posterior (denominado liquidação, que pode ser legal, judicial ou convencional).

As diferenças básicas entre as duas modalidades são as seguintes: as líquidas permitem a cobrança por execução (CPC, art. 586), pois não requerem apuração prévia e comportam extinção por mecanismos indiretos de solução (como a compensação e imputação). Além disso, o inadimplemento constitui o devedor em mora no seu termo; não havendo prazo, cumpre notificar-se o devedor. Já as ilíquidas dependem de prévio processo de conhecimento; não admitem as formas de extinção citadas, nem a consignação em pagamento, cabendo efetivar-se a sua liquidação, com a qual se define o valor, para efeito de cumprimento. Também não se pode cogitar de mora de pleno direito em caso de iliquidez, dentre outras peculiaridades’ (BITTAR, Carlos Alberto. *Direito das Obrigações*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 83). Na hipótese, impõe-se a invocação do brocardo *dies interpellat pro homine* (o termo interpela no lugar do credor).

Pontes de Miranda asseverou que ‘a interpelação tem por fim prevenir ao devedor de que a prestação deve ser feita. Fixa esse ponto, se já não foi fixado; se já foi fixado, a interpelação é supérflua, porque o seu efeito mais importante, a mora, se produziu antes dela, *ipso iure*’ (*Tratado de direito privado*. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2002, tomo 2, p. 519).

A razão de ser é singela: sendo o devedor sabedor da data em que deve ser adimplida a obrigação líquida - porque decorre do título de crédito - descabe advertência complementar por parte do credor. Destarte, havendo obrigação líquida e exigível a determinado termo - desde que não seja daquelas em que a própria lei afasta a constituição de mora automática -, o inadimplemento ocorre no vencimento.

Nesse sentido, confira-se recente precedente deste colegiado:

‘Direito civil e processual civil. Contrato de compra e venda. Reserva de domínio. Constituição do devedor em mora. Protesto. Desnecessidade de interpelação pessoal. Precedentes. 1 - A mora *ex re* independe de interpelação, porquanto decorre do próprio inadimplemento de obrigação positiva, líquida e com termo implementado, cuja matriz normativa é o art. 960, primeira parte, do Código Civil de 1916. À hipótese, aplica-se o brocardo *dies interpellat pro homine* (o termo interpela no lugar do credor). [...] 4 - Recurso especial conhecido e provido (REsp 762799/RS, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, j. em 16.09.2010, DJe de 23.09.2010).

No mesmo diapasão, há outros precedentes deste egr. Superior Tribunal de Justiça.

Observe-se:

'Civil. Correção. Juros. Incidência. Início. Precedentes. Provimento parcial. - Em face de regra *dies interpellat pro homine* (*mora ex re*), sediada no art. 960, 1º parte, cc, os juros moratórios incidem a partir do momento em que ao obrigado cumpria a dívida "positiva e líquida", representada pelos títulos exequendos, aplicando-se a mesma sistemática em relação a correção monetária, inclusive por força do § 1º do art. 1º da Lei 6.899/81' (REsp 26.826/ES, Rel. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, j. em 28.09.1992, DJ de 26.10.1992 p. 19.061).

Cédula de crédito comercial. Fluência dos juros de mora. Cuidando-se de obrigação positiva e líquida, os juros moratórios fluem a partir do vencimento do título. Art. 960, 1º alínea, do Código Civil. Recurso especial conhecido e provido' (REsp 19.719/MG, Rel. Ministro Barros Monteiro, Quarta Turma, j. em 23.11.1993, DJ de 07.02.1994, p. 1.185).

Apelação cível. Ação monitória. Contrato bancário. Juros moratórios. Termo inicial. Honorários de advogado. 1 - Os juros de mora são devidos a partir do vencimento de cada parcela em atraso, nos termos do art. 960 do CC. 2 - Tendo o autor decaído de parte significativa do pedido, correta a distribuição recíproca e proporcional das custas processuais e honorários advocatícios. 3 - Recurso especial conhecido e parcialmente provido para determinar que os juros moratórios incidam a partir do inadimplemento contratual' (REsp 1189168/AC, Rel.ª Min.ª Eliana Calmon, Segunda Turma, j. em 03.08.2010, DJe de 12.08.2010). 4. Por outro lado, conforme a iterativa jurisprudência desta Corte, a ação monitória é cabível para cobrança de valores relativos à título de crédito prescrito, de modo que, no caso em testilha, a perda da eficácia executiva das notas promissórias, não obstaculiza a exigência dos juros de mora, nos moldes do prescrito no artigo 960 do Código Civil anterior.

Repare-se:

'Civil e processual. Acórdão estadual. Nulidade não configurada. Ação monitória. Prova. Dispensa. Suficiência. Matéria fática. Prévio pagamento de custas e honorários de execução anterior julgada extinta. Lides diversas. Ausência de intimação. Inicial. Instrução. Fundamentação. Inépcia. Compensação. Nota promissória. Coisa julgada e litispendência inexistentes. Reexame fático e contratual. Impossibilidade. Constituição em mora. Cártula vencida. Propriedade da via eleita. Correção monetária. Cobrança de má-fé não caracterizada. Dobra indevida. Honorários. Fixação sobre o valor da condenação. [...] IV. Cabível o uso da monitória para a cobrança de valores alusivos a nota promissória alcançada pela prescrição. [...] VIII. Recurso especial conhecido em parte e parcialmente provido' (REsp 437.136/MS, Rel. Ministro Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, j. em 13.05.2008, DJe de 09.06.2008).

'Processual civil. Recurso especial. Deficiência na fundamentação. Súmula 284/STF. Ação monitória. Cheque prescrito até para ação de locupletamento. Correção monetária. Termo inicial. Embargos declaratórios prequestionadores. Súmula 98. [...] - No procedimento monitório, nada impede que o Juiz determine a correção monetária e os juros de mora imputados ao valor do crédito traduzido na "prova escrita sem eficácia de título executivo. [...]" (REsp 365.061/MG, Rel. Ministro Humberto Gomes de Barros, Terceira Turma, j. em 21.02.2006, DJ de 20.03.2006, p. 263, LexSTJ v. 200, p. 147).

Dessa forma, deverá ser dado provimento ao recurso interposto para que o termo inicial dos juros de mora e da correção monetária seja a data do vencimento das mensalidades.

Ex positis, dou parcial provimento à apelação principal interposta por JB Carbon S.A., reformando a r. sentença para declarar a nulidade da cláusula 5.1 do Contrato de Associação pactuado entre as partes, restringindo a cobrança do débito ao período compreendido entre abril de 2009 e outubro de 2010.

Dou provimento à apelação adesiva interposta por SIF Sociedade de Investigações Florestais reformando a r. sentença para que o termo inicial dos juros de mora e da correção monetária incidentes sobre a dívida seja a data do vencimento das mensalidades em atraso.

Custas recursais na proporção de 50% para cada uma das partes, suspendendo desde já a sua cobrança com relação à SIF Sociedade de Investigações Florestais, por estar litigando sob o pálio da gratuidade judiciária.

Condeno as partes ao pagamento de honorários advocatícios no valor de R\$1.000,00 para cada uma, devendo-se processar a compensação (Súmula 306, do STJ).

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES MARIÂNGELA MEYER e VICENTE DE OLIVEIRA SILVA.

Súmula - RECURSO PRINCIPAL PROVIDO EM PARTE E RECURSO ADESIVO PROVIDO.

...

Ação inibitória - Ação demolitória - Reintegração de posse - Pedido de antecipação de tutela - Construção em faixa de domínio e área *non aedificandi* de rodovia administrada pelo DER/MG - Ilegalidade da obra - Demolição de imóvel - Possibilidade

Ementa: Apelação cível. Ação demolitória c/c ação de reintegração da posse c/c pedido de antecipação de tutela. Obra construída em faixa de domínio e área *non aedificandi* de rodovia administrada pelo DER/MG. Reintegração do autor na posse. Demolição de imóvel construído. Sentença confirmada.

- A existência da área não edificável (*non aedificandi*), nos 15 metros de largura após a faixa de domínio da rodovia, representa limitação ao direito de construir e deveria ter sido obedecida pela requerida. A teor do Decreto estadual nº 43.932/04, da Lei estadual nº 14.938/03 e da Lei federal nº 6.766/79, é ilícita a construção que invade a faixa de domínio de uma rodovia, bem como a área *non aedificandi*, com largura de 15m (quinze metros), contados do término da faixa de domínio.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0074.13.003744-8/001 - Comarca de Bom Despacho - Apelante: MV Administração

de Bens e Participações Societárias Ltda. - Apelado:
Departamento de Estradas de Rodagem de Minas Gerais
- Relator: DES. GILSON SOARES LEMES

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em NEGAR PROVIMENTO AO AGRAVO RETIDO, REJEITAR AS PRELIMINARES E NEGAR PROVIMENTO À APELAÇÃO.

Belo Horizonte, 24 de junho de 2016. - *Gilson Soares Lemes* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. GILSON SOARES LEMES - Trata-se de recurso de apelação interposto por MV Administração de Bens e Participações Ltda., em face da sentença de f. 161/164, proferida nos autos da ação inibitória com pedido de antecipação de tutela ajuizada em face de MV Administração de Bens e Participações Societárias Ltda.

No provimento, o Juízo *a quo* julgou procedente o pedido inicial ajuizado pelo Departamento de Estradas e Rodagens de Minas Gerais - DER/MG, em face de MV Administração de Bens e Participações Societárias Ltda., reintegrando o autor na posse da área pública em questão, determinando a demolição da construção existente na faixa de domínio, bem como na área *non aedificandi*, no prazo de 30 dias, sob pena de imposição de multa.

Em suas razões recursais, apresentadas às f. 171/203, a apelante requer sejam julgados improcedentes os pedidos dispostos na exordial, com a condenação do apelado no pagamento de honorários advocatícios sucumbenciais. Requer, alternativamente, caso não se entenda assim, a redução da condenação de honorários advocatícios sucumbenciais para no máximo 20% sobre o valor da causa, ou seja, para um valor de até R\$200,00.

Aduz, preliminarmente, nulidade da sentença, em ofensa aos arts. 458 e 535 do CPC e do art. 5º, inc. LV, da CR/88, uma vez que, ao julgar a lide e os embargos de declaração interpostos pela ora apelante, negou-se, peremptoriamente, a manifestar-se sobre os pontos indicados pela ora apelante.

Aponta que apresentou três preliminares em sua contestação, sendo ambas rejeitadas na sentença guerreada, sem qualquer fundamentação jurídica e sem enfrentar os reais fundamentos da apelante, em flagrante ofensa ao que dispõe o art. 458 do CPC.

Sustenta que há violação do art. 535 do CPC, quando, na apreciação dos embargos declaratórios, o juízo singular ou tribunal insiste em omitir pronunciamento sobre as questões que lhe foram expressamente remetidas na contestação e nos embargos declaratórios.

Aponta nulidade da sentença por negativa da prestação jurisdicional e ausência de fundamentação, uma vez que viola o art. 458 do CPC, bem como afronta aos arts. 458 do CPC e 93, IX, da CR/88.

Ressalta que a sentença não contém sequer uma fundamentação concisa, sendo completamente carente de qualquer fundamento legal ou jurídico, conforme demonstrado especialmente pelos embargos de declaração de f. 166/168.

Afirma que há falta de interesse do apelado, uma vez que não há como manejar ação de reintegração da posse que nunca teve.

Alega inexistência de documento essencial, uma vez que os documentos juntados com a inicial apenas asseveram que houve suposta invasão, os quais restam expressamente impugnados, pois unilaterais e combatidos na esfera administrativa pela requerida, e não estão lastreados no documento que a lei imputa como sendo o oficial, o único que tem o poder de demonstrar a existência e a extensão da faixa de domínio, após a qual se segue a área adjacente de 15 metros, denomina-se também de área *non aedificandi*.

Arremata ser o apelado carecedor do pedido, determinando a extinção do feito, condenando-o nos ônus de sucumbência.

Afiança que não ocorreu o juízo de retratação, devendo ser revogada a decisão que concedeu a tutela antecipada, de acordo com os fundamentos expostos, bem como por aqueles apresentados no agravo retido.

No mérito, aduz que, se o DER não comprovou nos autos a existência de plano funcional da rodovia - documento essencial que deveria ter acompanhado a inicial, sob pena de preclusão, tem-se que não há qualquer invasão por parte da requerida, já que, não havendo faixa de domínio instituída, a única limitação administrativa que lhe resta seria respeitar o limite de 15 metros da área *non edificandi*.

Preleciona que os documentos já apresentados ao DER comprovam que a construção realizada pela apelante se encontra completamente regular perante os setores competentes da Prefeitura de Bom Despacho e o CREA/MG, tendo sido a obra precedida dos necessários projetos, os quais foram aprovados sem ressalvas pelos referidos órgãos.

Relata, ainda, que a construção realizada não avança alinhamento já existente na via, sendo certo, inclusive, que existem outras construções na MG-164, até mesmo mais próximas do eixo da pista do que a construção feita pela apelante.

Conclui que a decisão guerreada não pode prosperar, especialmente porque o Juiz *a quo* não usou do que dispõe a lei para o arbitramento dos honorários sucumbenciais acima descritos, infringindo, dessa forma, a clara redação do art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil.

Contrarrazões às f. 206/211, nas quais a parte recorrida argumenta pela manutenção da sentença.

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça à f. 206, opinando pela desnecessidade de intervenção do Ministério Público.

Conheço do recurso, presentes os pressupostos de admissibilidade.

Do agravo retido.

Em agravo retido de f. 127/130, a empresa MV Administração de Bens e Participações Ltda. aponta que, se o DER não comprovou nos autos a existência de plano funcional da rodovia - documento essencial que deveria ter acompanhado a inicial, sob pena de preclusão -, não há qualquer invasão por parte da agravante, não havendo faixa de domínio instituída, a única limitação administrativa que lhe resta seria respeitar o limite de 15 metros da área *non aedificandi*.

Arremata que, em não havendo faixa de domínio, não há sequer possibilidade de construção irregular e, conseqüentemente, a menor possibilidade de se cogitar de dano de difícil reparação.

Requer a reconsideração, afastando a obrigação que lhe foi imposta.

Compulsando os autos, verifica-se que os documentos anexados são capazes de comprovar o direito alegado, não havendo falar em inexistência de documento essencial.

Verifica-se, ainda, que a inicial inclusive foi instruída de cópia do Auto de Infração nº 3.786 (f. 09/10).

Desse modo, nega-se provimento ao agravo retido.

Preliminarmente.

Passa-se à análise das preliminares.

Nulidade da sentença.

Aduz a apelante, preliminarmente, nulidade da sentença, em ofensa aos arts. 458 e 535 do CPC e do art. 5º, inc. LV, da CR/88, uma vez que, ao julgar a lide e os embargos de declaração interpostos pela ora apelante, negou-se, peremptoriamente, a manifestar-se sobre os pontos indicados pela ora apelante.

Aponta, ainda, nulidade da sentença por negativa da prestação jurisdicional e ausência de fundamentação, uma vez que viola os arts. 458 do CPC e 93, IX, da CR/88.

Ressalta que a sentença não contém sequer uma fundamentação concisa, sendo completamente carente de qualquer fundamento legal ou jurídico, conforme demonstrado especialmente pelos embargos de declaração de f. 166/168.

No caso em tela, verifica-se que a sentença restou devidamente fundamentada, embora de forma concisa, mostrando-se clara e coerente, com indicação das razões do convencimento daquela Magistrada, que buscou fundamentos nos dispositivos legais citados e na jurisprudência.

Desse modo, rejeita-se essa preliminar.

Falta de interesse de agir

Sustenta ainda o apelante, preliminarmente, que há falta de interesse do apelado, uma vez que não há como manejar ação de reintegração da posse que nunca teve.

Sobre o interesse de agir ensina Humberto Theodoro Júnior:

Localiza-se o interesse processual não apenas na utilidade, mas especificamente na necessidade do processo como remédio apto à aplicação do direito objetivo no caso concreto. Entende-se, dessa maneira, que há interesse processual 'se a parte sofre um prejuízo, não propondo a demanda, e daí resulta que, para evitar esse prejuízo, necessita exatamente da intervenção dos órgãos jurisdicionais' (THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994, v. I, p. 56).

Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery ensinam:

Existe interesse processual quando a parte tem necessidade de ir a juízo para alcançar a tutela pretendida e, ainda, quando essa tutela jurisdicional pode trazer-lhe alguma utilidade do ponto de vista prático. Verifica-se o interesse processual quando o direito tiver sido ameaçado ou efetivamente violado (NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado*. 8. ed. Rio de Janeiro: RT, p. 700).

In casu, comunga-se com o posicionamento esposado pelo r. Juízo primevo à f. 162, uma vez que, em se tratando de invasão de área de domínio público, é correta a escolha do procedimento especial da reintegração de posse.

Portanto, também rejeita-se essa preliminar.

Da inexistência de documento essencial.

Alega-se inexistência de documento essencial, o único que tem o poder de demonstrar a existência e a extensão da faixa de domínio, após a qual se segue a área adjacente de 15 metros, denomina-se também de área *non aedificandi*.

Não há falar em ausência de documento essencial, haja vista que a definição da faixa de domínio, a cargo do apelado, conforme documentação trazida com a inicial, está estabelecida em 15 metros a partir do eixo da rodovia, seguindo-se, a seguir, outros 15 metros da área não edificante.

Não obstante as alegações do apelante, os documentos anexados aos autos são capazes de comprovar o direito alegado, não havendo razões para extinguir o feito. Desse modo, não há falar em inexistência de documento essencial.

Rejeita-se essa preliminar.

Mérito.

Na seara meritória, extrai-se dos autos que o Departamento de Estradas e Rodagens de Minas Gerais - DER/MG ingressou com ação inibitória c/c reintegração de posse c/c demolitória, com pedido de tutela antecipada, em face de MV Administração de Bens e Participações Societárias Ltda., alegando em síntese que a empresa ré construiu um galpão metálico às margens da

Rodovia 164, Km 139, no Município de Bom Despacho/MG. Requer a imediata paralisação das obras e construções na faixa de domínio e área *non aedificandi*, bem como promova a imediata demolição do construído ou sua adequação à legislação e reintegração do imóvel na parte de invasão da faixa de domínio, com imposição diária em face de descumprimento.

O Juízo *a quo* julgou procedente o pedido inicial avariado pelo Departamento de Estradas e Rodagens de Minas Gerais - DER/MG em face de MV Administração de Bens e Participações Societárias Ltda., reintegrando o autor na posse da área pública em questão, determinando a demolição da construção existente na faixa de domínio, bem como na área *non aedificandi*, no prazo de 30 dias, sob pena de imposição de multa.

Após analisar detidamente os autos, verifica-se que não assiste razão à ora apelante.

A *priori*, insta salientar que, entende-se por “áreas *non aedificandi*” as áreas não edificáveis, isto é, áreas onde é impedida por questão de segurança (faixas de domínio de rodovias e ferrovias, por exemplo) ou para facilitar a operação de redes de equipamentos urbanos (como a rede pública de coleta passando em fundos de lotes, por exemplo), ou, ainda, por questões ambientais (margens de águas correntes e dormentes, por exemplo), podendo tais áreas estar inseridas nas áreas privadas (lotes) ou nas áreas públicas (sistema público de lazer ou área pública institucional) (INOUE, Kelly Paiva; SOUZA, Ubiraci Espinelli Lemes de. Conjuntos habitacionais e partes constituintes. *Boletim Técnico da Escola Politécnica da USP*. Departamento de Engenharia de Construção Civil. BT/PCC/375. São Paulo, 2004, p. 09. Disponível em: http://publicacoes.pcc.usp.br/BTs_Petreche/BT375-%20Inoue.pdf).

A respeito do tema, leciona Sérgio A. Frazão do Couto:

O primeiro tipo de faixa *non aedificandi* (art. 4º, item III) tem obediência obrigatória, em razão das disposições da própria Lei. Não se trata, como no segundo caso, de uma faculdade que tem o Poder Público de estabelecer outras faixas *non aedificandi*. Trata-se de uma obrigação imposta pela Lei, que não pode ser desatendida pelo loteador, sob pena de incorreção do projeto. Essas faixas, de caráter obrigatório (com o objetivo de proteger as proximidades das águas correntes e dormentes ou reservar espaços de segurança nas rodovias públicas, ferrovias e dutos), não podem ser olvidadas no projeto de loteamento ou desmembramento urbano. O mínimo dessas faixas *non aedificandi* preservativas e obrigatórias é de 15 metros de cada lado dos acidentes naturais e artificiais indicados, se maiores exigências não forem feitas pela legislação específica emanada da União, dos Estados ou do próprio Município. Distinguem-se esses dois tipos de faixas *non aedificandi*, a primeira por ser considerada facultativa, no art. 5º, ao passo que a do inciso III do art. 4º é obrigatória, afora só poder ser aquela estabelecida em Lei Especial (tornando-se, nessa eventualidade, obrigatória, da mesma forma que a segunda). (COUTO, Sérgio A. Frazão do. *Manual teórico e prático do parcelamento urbano*. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 87).

No caso em tela, restou incontroverso que a apelante construiu um galpão metálico dentro do alinhamento da área *non aedificandi* existente na rodovia MG-164.

Do Auto de Infração nº 013/2012 se extrai:

Ocupação irregular por construção de galpão metálico dentro da faixa de domínio e área *non aedificandi* - rodovia MG-164, Km 139, lado direito situada há 25 do eixo, cujas dimensões são de 20 metros de comprimento por 48 metros de largura...

As fotografias anexadas às f. 11/18 bem como o croqui de f. 19 corroboram as alegações contidas na inicial.

As áreas *non aedificandi* são as faixas de terra com largura de 15 (quinze) metros, contados a partir da linha que define a faixa de domínio da rodovia.

Nos termos do que dispõe o art. 4º, III, Lei nº 6.766/79:

Art. 4º Os loteamentos deverão atender, pelo menos, aos seguintes requisitos:

[...];

III - ao longo das águas correntes e dormentes e das faixas de domínio público das rodovias, ferrovias e dutos, será obrigatória a reserva de uma faixa *non aedificandi* de 15 (quinze) metros de cada lado, salvo maiores exigências da legislação específica.

Desse modo, a existência da área não edificável, nos 15 metros de largura após a faixa de domínio da rodovia, representa limitação ao direito de construir e deveria ter sido obedecida pela apelante, independentemente de indenização, como já se decidiu em caso idêntico ao se determinar a demolição e limpeza da área ocupada por um barracão:

Administrativo. Ação demolitória. DNIT. Legitimidade ativa. Barracão. Comprovação de edificação parcial na faixa *non aedificandi*. Preponderância da segurança no trânsito sobre o direito de propriedade. 1 - O DNIT possui legitimidade para ajuizar ação demolitória com o objetivo de coibir a ocupação desordenada às margens de rodovia federal, pois, conforme o art. 82 da Lei nº 10.233/01, a autarquia é órgão gestor e executor da infraestrutura do Sistema Viário Federal. 2 - Comprovado que parte do barracão se situa dentro da área não edificável, corretas a demolição e a limpeza determinadas na sentença. 3. - Em caso de eventual colisão dos princípios do direito de propriedade em face da segurança pública, deve-se conferir, na espécie, maior peso e importância a este último, sob pena de ficar inviabilizada, em breve espaço de tempo, a circulação automobilística do local (TRF4, ApelReex 5000090-17.2010.404.7212, Terceira Turma, Relatora p/ acórdão Juíza Maria Lúcia Luz Leiria, DE de 29.07.2011).

Acerca do assunto, cumpre transcrever o disposto nos arts. 1º; 2º; 3º, incisos I e II; 5º, incisos e §§1º e 2º; e 15, inciso III, do Decreto nº 43.932/04, que aprova o regulamento do uso ou ocupação da faixa de domínio e área adjacente das rodovias:

Art. 1º Fica aprovado o Regulamento do Uso ou Ocupação da Faixa de Domínio e da Área Adjacente das Rodovias

(RFDR) e da Taxa de Licenciamento para Uso ou Ocupação da Faixa de Domínio das Rodovias (TFDR), devida pelo exercício regular do poder de polícia do Departamento de Estradas de Rodagem do Estado de Minas Gerais (DER/MG), relativo à fiscalização e ao controle do uso ou ocupação das respectivas áreas de rodovia estadual ou federal delegada ao Estado, inclusive da que for objeto de concessão.

Art. 2º O controle do uso ou ocupação da faixa de domínio e da área adjacente das rodovias visa garantir a segurança do trânsito rodoviário, a preservação do meio ambiente e do patrimônio público.

Art. 3º Para efeitos deste Regulamento, entende-se por:

I - faixa de domínio a área de terras onde se acham implantadas a pista e demais estruturas de uma rodovia, cuja largura é definida pelo DER/MG;

II - área adjacente a faixa de terra *non aedificandi* ao longo da faixa de domínio da rodovia, com largura de 15 (quinze) metros contados do término da faixa de domínio e que não seja interrompida por qualquer acidente natural ou artificial como rio, lago, via férrea, marginal, avenida, rua ou assemelhados; [...].

Considerando-se que a obra em questão se refere a um galpão industrial, construído dentro da área adjacente à faixa de domínio de rodovia, e que os atos ora impugnados foram executados por órgão competente para tanto, nos limites da lei aplicável, sem abuso ou desvio de poder, é de se considerar que foram praticados dentro do regular exercício do poder de polícia, não estando inquinados por qualquer vício.

Questões semelhantes já foram decididas por esse egrégio Tribunal de Justiça:

Apelação. Ação ordinária. Obra construída em faixa de domínio de rodovia administrada pelo DER/MG. Ilegalidade. Manutenção da sentença. - Restando comprovado que o imóvel cuja regularidade se questiona está situado em faixa de domínio de rodovia administrada pelo Departamento de Estradas e Rodagens do Estado de Minas Gerais - DER, configura-se a ilegalidade da construção que se iniciou sem consentimento da autarquia. - Recurso de apelação conhecido e improvido (Apelação Cível nº 1.0386.06.005288-6/001. Rel.º Des.º Albergaria Costa. Julgamento: 07.08.2014. Publicação: 20.08.2014).

No mesmo sentido, essa egrégia Câmara já se pronunciou a respeito:

Apelação cível e reexame necessário. Ação demolitória. Administrativo. Processual civil. Interdição das vias de acesso de estabelecimento comercial. Processo administrativo de regularização do acesso existente na faixa *non aedificandi*. Decreto estadual nº 43.932/2004 e regulamentação técnica nº 04.16.B do Departamento de Estradas de Rodagem de Minas Gerais. Demolição. Procedência. 1 - À luz do disposto na Lei estadual nº 11.403/94 e no Decreto estadual nº 43.932/2004, a ocupação e o uso das faixas de domínio e das áreas *non aedificandi* de rodovia estadual se sujeitam à fiscalização e ao controle do DER/MG, que poderá conceder licença para utilização das hipóteses legais. 2. Verificando-se que a construção erigida pelo requerido está localizada em área *non aedificandi*, impõe-se o acolhimento do pedido demolitório promovido pela autarquia estadual, em face da ausência de licenciamento administrativo para a implantação de estabelecimento comercial às margens da rodovia.

3. Recurso provido (Apelação Cível nº 1.0534.06.004107-4/001. Rel. Des. Edgard Penna Amorim. Julgamento: 20.11.2014. Publicação: 01.12.2014).

Acerca do assunto já se pronunciou o STJ:

Recurso especial. Administração. Ação demolitória. Área *non aedificandi*. Premissas fáticas delineadas pelas instâncias ordinárias. Impossibilidade de reversão. Recurso a que se nega seguimento. 1. Trata-se de Recurso especial interposto por Brooklyn Empreendimentos S.A., com fundamento nas alíneas a e c do permissivo constitucional, contra acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, assim ementado:

Administrativo. Demolitória. Área não edificável. Sentença. Zona urbanizada. Limite de 15 metros não aplicável. Urbanização não descaracteriza rodovia. Limite de 15 metros que deve ser preservado. Parque de diversão em área não edificável às margens da rodovia. Apelação provida. 2. Opostos embargos de declaração, foram eles rejeitados. 3. Alega-se, primeiramente, ofensa ao art. 535 do CPC, reputando-se omisso o acórdão recorrido, não obstante a oposição dos aclaratórios. 4. No mérito, aduz-se violação do art. 4º, III, da Lei 6.766/79, sustentando-se que a edificação que se pretende demolir foi construída em área não vedada, afirmando que a via próxima é de caráter urbano, não caracterizada como rodovia. 5. Assevera, ainda, contrariedade ao art. 333, I, do CPC, defendendo que, mesmo que se considerasse a faixa tida como *non aedificandi*, a construção atacada foi feita além do limite de 15 metros referido na legislação de regência, revelando-se suposta contradição do acórdão recorrido em relação às provas dos autos. 6. Contrarrazões às f. 619/631. 7. É o relatório. 8. Primeiramente, em relação à suposta contrariedade ao art. 535 do CPC, não existe a violação apontada. O Tribunal de origem apreciou fundamentadamente a controvérsia, não padecendo o acórdão recorrido de qualquer omissão, contradição ou obscuridade. Observe-se, ademais, que o julgamento diverso do pretendido, como na espécie, não implica ofensa à norma ora invocada. 9. Quanto ao mérito, o Tribunal de origem adotou a seguinte fundamentação para justificar o enquadramento da área construída pela ora recorrente como *non aedificandi*: No caso dos autos, ainda que não se considere que a obra esteja na faixa de domínio, fora construída, de fato, sobre os quinze metros pertencentes a área não edificável, segundo amplamente comprovado nos autos por fotos (f. 37, 253/261), mapas (f. 297/299) e depoimentos. Vemos o que diz o Engenheiro do DNIT Izaldo Carlos Kondlatsch sobre a questão no depoimento de f. 254: [...] desprezando pequenas divergências o empreendimento não avança sobre a faixa de domínio, mas está sobre a faixa não edificante de 15m. Assim, restando comprovado que, de fato, o local no qual foi construída a obra que se pretende ver demolida é uma rodovia e está dentro da faixa não edificável, definida por lei, deve ser reformada a decisão de primeiro grau. 10. Nesse contexto, considerando as premissas fáticas delineadas pelas instâncias ordinárias, não se revela possível a reversão do julgado na forma como pugna, sem que, para isso, seja necessária a incursão na seara probatória, medida vedada em sede de Recurso Especial. 11. Ante o exposto, com fundamento no art. 557, caput, do CPC, nega-se seguimento ao Recurso Especial. 12. Publique-se. Intimações necessárias. Brasília, 14 de dezembro de 2015 (REsp 1266867. Publicação: 17.12.2015. Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho).

Dessa forma, conforme bem esposado pelo r. Juízo primevo à f. 163-v.:

Observa-se que a área *non aedificandi*, definida em lei, começa onde termina a faixa de domínio e tem a extensão de 15m. Desse modo, comprovadamente desrespeitada a faixa de domínio público e a área *non aedificandi* definidas em lei (vide autos de infração f. 14), e ausente argumento que permita relativizar o interesse público inerente à regulação da segurança de trânsito e ambiental ao longo das rodovias, a procedência da ação é a medida que se impõe.

Portanto, restando comprovado que foi desrespeitada a área *non aedificandi*, o desproimento é a medida que se impõe.

Requer a apelante, alternativamente, a redução da condenação de honorários advocatícios sucumbenciais para no máximo 20% sobre o valor da causa, ou seja, para um valor até R\$200,00.

In casu, o r. Juízo primevo condenou a ré ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, que fixou em R\$1.000,00 (mil reais), por força do art. 20, § 4º, do CPC.

No caso *sub judice*, os honorários advocatícios fixados em R\$1.000,00 (mil reais) atendem aos parâmetros estabelecidos no art. 20 do Código de Processo Civil, observando o grau de zelo do profissional, o lugar de prestação do serviço, a natureza e importância da causa e o valor da condenação.

Portanto, não assiste razão à apelante em sua pretensão de modificação do valor dos honorários advocatícios arbitrados.

Diante de tais considerações, nega-se provimento ao agravo retido, rejeitam-se as preliminares e nega-se provimento à apelação, mantendo-se incólume a r. sentença primeva.

Custas recursais, na forma da lei.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES TERESA CRISTINA DA CUNHA PEIXOTO e PAULO BALBINO.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO AGRAVO RETIDO, REJEITARAM AS PRELIMINARES E NEGARAM PROVIMENTO À APELAÇÃO.

...

**Franquia - Contrato -
Rescisão - Relação negocial - Comprovação -
Descumprimento - Caracterização - Ruptura
do pacto - Valores devidos - Inadimplemento -
Pagamento - Condenação**

Ementa: Ação de rescisão. Contrato de franquia. Relação negocial demonstrada. Descumprimento caracterizado. Ruptura do pacto. Manutenção.

- Evidenciada a relação negocial e o descumprimento contratual perpetrado pela ré, impõe-se a ruptura do pacto e a correlata condenação no pagamento de valores devidos e não adimplidos nos moldes em que determinado na origem.

**APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0479.12.003989-2/001 -
Comarca de Passos - Apelante: Alves Paiva Comércio
de Cortinas Ltda. - ME - Apelada: Requite Cortinas e
Carpets Ltda. - RELATOR: DES. DOMINGOS COELHO**

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 12ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 27 de abril de 2016. - *Domingos Coelho* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. DOMINGOS COELHO - Cuidam os autos de ação de conhecimento, sob o rito comum ordinário, ajuizada por Requite Cortinas e Carpets Ltda. em face de Alves Paiva Comércio de Cortinas Ltda., em que a autora, denunciando a existência de contrato de franquia firmado com a ré, inadimplido, busca a sua ruptura e os consectários que daí resultam, inclusive no que diz respeito ao pagamento de multa penal convencionada.

A teor da sentença de f. 162-167, os pedidos foram julgados procedentes para declarar "a existência do contrato de franquia entre as partes, bem como a sua rescisão, considerada a data do contrato como sendo a que está prevista no contrato, qual seja, 10 de maio de 2010, e a da rescisão a data da publicação" da sentença, bem como condenar a ré "ao pagamento dos *royalties*, previsto na cláusula 16º, no valor de R\$500,00 por mês, que deverá ser corrigido monetariamente pelos índices do eg. TJMG, a partir dos respectivos vencimentos, mais juros de 1% ao mês, contados da citação, por se tratar de relação contratual", e, ainda, proibi-la de fazer uso da marca "Requite", sob pena de incidir multa contratual. O pedido contraposto foi julgado improcedente.

Insatisfeita, recorre a demandada. Valendo-se das razões de f. 170-195, defende a rejeição da pretensão exordial, fazendo-o ao argumento de que o único pacto travado entre os litigantes refere-se a um contrato de exclusividade, em que a autora se comprometeu a fornecer os produtos por ela fabricados. Aduz que a conduta perpetrada pela autora, ao divulgar informações indevidas e desviar futuros clientes, ensejou-lhe danos passíveis de reparação, daí por que o acolhimento do pedido contraposto é medida que se impõe.

Em contrarrazões de f. 201-207, a apelada, refutando a insurgência recursal, pugna pelo seu desproimento.

Preparo e remessa regulares, f. 196-197.

Conheço do recurso porque presentes os pressupostos de admissibilidade.

Narra a autora que firmou com a ré contrato de franquia comercial, tendo por objeto “a concessão do direito de comercialização de produtos e serviços como cortinas, colchas, persianas, almofadas, acessórios para cortinas em geral”.

Sustenta que, muito embora o instrumento contratual não esteja devidamente assinado, a relação se aperfeiçoou, tendo a franqueada adimplido a quantia de R\$10.000,00 (dez mil reais) para a concretização do negócio.

Aduz que

os requeridos, de forma leviana, passaram a fornecer aos clientes, usando o nome da franqueadora, cortinas feitas por terceiros, comprometendo o bom nome da franqueadora, que só vende cortinas de fabricação própria, tendo seu nome no mercado há anos, exatamente pela qualidade do produto e excelente prestação dos serviços.

Afirma que a demandada descumpriu o pacto ao vender produtos de outras fabricantes e, ainda, ao deixar de pagar a quantia mensal de R\$500,00 (quinhentos reais) para a manutenção da franquia, motivo pelo qual busca a ruptura do pacto, com os consectários legais que daí resultam.

Em sede de defesa, a apelante negou a existência do contrato de franquia e noticiou que os R\$10.000,00 (dez mil reais) foram repassados à autora por força de um contrato de exclusividade. Alegou, ainda, que a marca “Requinte” é utilizada por empresas de vários setores, e não pode a autora ser detentora do direito de uso. Por fim, defende a recomposição dos prejuízos que suportou em razão da conduta da empresa demandante, que ao afirmar ser franqueadora, confundiu o público alvo e desviou sua clientela.

Sendo estes os contornos da pretensão e resistência nestes autos oferecidas, tenho que os elementos constantes do caderno probatório, de certo quando examinado em sua integralidade, não conduzem a desfecho outro, senão àquele externado na origem.

E tal se afirma justamente porque os documentos de f. 49-51, em momento algum desconstituídos pela ré, dão conta de que os litigantes entabularam, mesmo, relação negocial relativa à abertura de franquia da loja Requinte, conforme não deixam dúvidas as informações constantes do site “noite.com.br” cujo teor, por oportuno, colaciono:

Requinte Decorações Inauguração - Coquetel de Inauguração da loja em Franca, dia 10/06, com presença de Público VIP e presença dos principais profissionais e arquitetos de Franca e Região... A empresa trabalha com a venda das principais marcas do mercado e confecção própria: Cortinas, Persianas, Tapetes, Colchas, Almofadas e acessórios em geral!

A griffe e marca Requinte Decorações é líder de mercado há 25 anos na cidade de Passos-MG. Destacamos os diretores

da empresa, o casal Matheus Lima Paiva e Graciele Souza Alves Paiva.

Maiores informações pelo site www.requintedecora.com.br

A loja com os seguintes endereços: Matriz: Passos - MG, Rua Barão do Rio Branco, 999, Centro - Fone (35) 35217655.

Filial: Franca - SP, Rua General Talles, 350, Estação Franca, Fone (16) 3701-8026.

Ora, não se revela crível admitir que os representantes legais da demandada autorizariam a divulgação da vinculação das empresas, caso não existisse a relação de franquia.

Soma-se a isso o fato de que, segundo se apura dos depoimentos testemunhais, os proprietários e funcionários da empresa demandada, por diversas vezes, se submeteram a cursos e instruções ministrados pelos prepostos da autora, objetivando qualificá-los para atuarem no mercado de venda de cortinas.

Na esteira do entendimento firmado na origem,

[...] pelo depoimento pessoal das testemunhas dos autos e do depoimento pessoal da representante da ré, que admitiu ter feito pagamento de R\$10.000,00 à autora, sem ser convincente dos motivos desse pagamento, tenho que a relação desenvolvida entre as partes se enquadra no conceito legal de franquia empresarial (art. 2º da Lei nº 8.955/94), pois é incontroverso que a franqueadora se beneficiava do estabelecimento da franqueada para conhecer o ofício, ampliar seus negócios e divulgar a sua marca.

E, se os elementos colhidos nos autos não deixam qualquer dúvida acerca da natureza da relação travada entre os litigantes, o contrato de franquia deve ser declarado existente.

Aqui cumpre registrar que, havendo substrato material de quais seriam as tratativas iniciais do contrato de franquia e não trazendo a demandada qualquer indício dos termos avençados, deve prevalecer o teor do instrumento de f. 25-29, sendo certo que as meras impugnações genéricas lançadas em sede de defesa não produzem qualquer efeito.

Nesse contexto, demonstrada a natureza da relação travada entre os litigantes, o pedido contraposto fundado na indevida vinculação das empresas e na captação irregular de clientes ressoa no vazio e, bem por isso, merece rejeição, em moldes em que delineada pelo il. condutor do feito.

Resta, tão somente, averiguar a possibilidade de ruptura do pacto, ante o denunciado inadimplemento contratual, e os correlatos efeitos daí resultantes.

A autora alegou a falta de pagamento do valor mensal correspondente à manutenção da franquia (cláusula 16), e a demandada, em contrapartida, não comprovou o adimplemento, sendo isso tudo quanto basta para evidenciar o descumprimento contratual apto a ensejar a ruptura do pacto.

Dessarte, o acolhimento dos pedidos iniciais deve ser mantido, sendo dever afeto à apelante adimplir as prestações mensais devidas durante a manutenção da

franquia e, inclusive, se abster de utilizar a marca, tudo nos moldes delineados pelo il. condutor do feito.

Tudo quanto mais que resta aduzido na peça recursal, porque incapaz de conduzir à compreensão diversa, fica afastado.

Ao impulso de tais considerações, NEGO PROVIMENTO ao recurso. Custas, pela apelante.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES JOSÉ FLÁVIO DE ALMEIDA e JOSÉ AUGUSTO LOURENÇO DOS SANTOS.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Ação civil pública - Improbidade administrativa - Propositura pelo município em face de ex-prefeito - Convênio firmado com o governo federal - Recursos recebidos - Incorporação ao patrimônio municipal - Ilícito na execução do acordo - Prejuízo ao erário - Pedido de ressarcimento - Forma de indenização - Município - Legitimidade *ativa ad causam*

Ementa: Apelação cível. Ação de improbidade administrativa. Ressarcimento ao erário. Ex-prefeito. Convênio firmado com o governo federal. Ilegitimidade ativa do município afastada. Valores incorporados ao patrimônio municipal. Recurso provido. Sentença anulada.

- Tratando-se de pedido de ressarcimento, na forma de indenização, e não de prestação de contas, tem o Município legitimidade ativa *ad causam* para pleiteá-lo, já que os valores recebidos em razão de convênio firmado com o Governo Federal foram efetivamente creditados e transferidos à Municipalidade, incorporando-se, por consequência, ao patrimônio do Município.

- Com efeito, conforme assentada jurisprudência do STJ: "Incorporam-se ao patrimônio do Município os recursos por ele recebidos em virtude de acordo ou convênio com o Governo Federal. Portanto, tem ele legitimidade para pleitear indenização ou ressarcimento dos prejuízos que lhe foram causados por suposto ato ilícito praticado por ex-prefeito na execução do referido acordo ou convênio. Precedentes desta Corte" (REsp 885.800/MG, Rel.^a Min.^a Eliana Calmon, Segunda Turma, j. em 28.10.2008, DJe de 21.11.2008).

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0312.07.006299-6/001 - Comarca de Ipanema - Apelante: Município de Taparuba - Apelado: Paulo Sérgio Reis Ladeira - Relator: DES. GERALDO AUGUSTO DE ALMEIDA

Acórdão

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

Belo Horizonte, 5 de abril de 2016. - *Geraldo Augusto de Almeida* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. GERALDO AUGUSTO DE ALMEIDA - Conhece-se do recurso, uma vez presentes os requisitos de admissibilidade exigidos.

Trata-se de recurso de apelação interposto contra a sentença (f. 485/488) que, nos autos da ação civil pública por ato de improbidade administrativa proposta pelo Município de Taparuba em desfavor do Ex-Prefeito Municipal Paulo Sérgio Reis Ladeira, julgou extinto o processo, sem resolução de mérito, nos termos do art. 267, inciso VI, do CPC, por ilegitimidade ativa *ad causam*, e condenou o autor ao pagamento das custas processuais, observando-se a isenção concedida pela Lei nº 14.939/03, bem como ao pagamento de honorários advocatícios arbitrados em R\$2.000,00 (dois mil reais), considerando o tempo de duração da demanda.

Inconformado recorre o autor às f. 491/500 alegando, em síntese, que o Município é sim parte legitimada a ingressar com ação civil pública que discute atos de improbidade administrativa de seu ex-gestor, pois, tendo este, em conduta temerária e ilícita, deixado de cumprir com suas obrigações legais enquanto administrador público, é dever do ente municipal buscar os meios de sua responsabilização. Argumenta que tal interesse torna-se premente quando o Município passa a sofrer prejuízos financeiros e orçamentários em razão da inexistência ou insubsistência de prestação de contas, como no caso em tela, em que ficou impedido de receber outros recursos, gerando dívida ao ente. Sustenta que o réu, ao não promover a estrita observância legislativa quanto aos procedimentos que deveria empregar face ao Convênio em exame, seja por incompetência, ineficiência ou imoralidade, praticou ato de improbidade administrativa previsto nos artigos 10 e 11 da Lei nº 8.429/92, uma vez que causou e vem causando prejuízo ao erário municipal, além de agir em desobediência aos princípios que regem a Administração Pública. Aduz, ainda, que diferentemente do consignado pela sentença, o Município não visa apenas ao ressarcimento dos danos causados pelo ex-gestor, mas, principalmente, sua condenação às sanções previstas pela Lei de Improbidade Administrativa, circunstância mais que suficiente ao prosseguimento da ação, ainda que se pretendesse decotar o pleito ressarcitório. Requer, portanto, seja provido o recurso, para anular a sentença e determinar o retorno do feito ao juízo de primeira instância, para instrução processual.

Sem contrarrazões, conforme certidão de f. 509-verso.

Manifestação da d. Procuradoria de Justiça pelo conhecimento e provimento do recurso (f. 516/517).

É o relatório.

Examina-se o recurso.

Após detida análise dos autos, constata-se que razão assiste ao recorrente, devendo ser anulada a sentença recorrida.

Com efeito, pela leitura da exordial, extrai-se que a ação e pretensão autorais embasam-se em suposto ato de improbidade administrativa praticado pelo requerido Paulo Sérgio dos Reis Ladeira, na qualidade de ex-Prefeito Municipal de Taparuba/MG, por irregularidades na prestação de contas referente ao Convênio nº 1.565/2000, firmado entre este Município e a União Federal, por intermédio do Ministério da Saúde - Fundo Nacional de Saúde (Funasa), para a ampliação da Unidade Mista de Saúde do Município. Segundo alega o autor, o réu/apelado não cumpriu o objeto e o objetivo do citado Convênio, deixando a obra inacabada, razão pela qual a Funasa quer a restituição do valor correspondente à importância liberada, acrescida de juros e atualização monetária. Ademais, afirma que houve prejuízo ao Município, pois este consta como inadimplente no Ministério da Saúde e teve seu nome inscrito no SIAFI, circunstância que o impede de obter novos recursos para novos projetos de interesse público.

Assim, como pedidos finais, requereu o autor:

[...] a total procedência da presente ação para que o nome do Município seja definitivamente retirado do SIAFI - Sistema Integrado de Administração Financeira do Governo Federal e ainda com a condenação do réu como incurso nas sanções do artigo 12, inc. II e III, da Lei Federal nº 8.429/92, notadamente:

- ao ressarcimento integral do dano causado ao erário público que até a presente data é de R\$140.426,57 (cento e quarenta mil, quatrocentos e vinte e seis reais e cinquenta e sete centavos), conforme demonstrativo de débito enviado pelo Ministério da Saúde - Diretoria Executiva do Fundo Nacional de Saúde - FUNASA - Núcleo Estadual de Minas Gerais ao Município de Taparuba/MG, sem contar com eventuais prejuízos sofridos pela falta de repasses de verba e celebração de convênios por estar o município inscrito no SIAFI, devendo tais valores ser apurados em liquidação de sentença;
- suspensão dos direitos políticos pelo prazo de 08 (oito) anos;
- pagamento de multa civil;
- proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual o requerido seja sócio majoritário, pelo prazo de 5 (cinco) anos, além dos ônus inerentes à sucumbência (f. 18/19).

Nesse contexto, torna-se claro que, *in casu*, pretende o Município de Taparuba o ressarcimento do dano causado ao erário municipal, em razão da não prestação de contas referente aos valores repassados pelo Fundo Nacional de Saúde (FUNASA).

Trata-se, portanto, de pedido de ressarcimento, na forma de indenização, e não de prestação de contas, tendo o Município legitimidade ativa *ad causam* para pleiteá-lo, já que os valores recebidos em razão de convênio firmado com o Governo Federal foram efetivamente creditados e transferidos à Municipalidade, incorporando-se, por consequência, ao patrimônio do Município.

No mesmo sentido é a jurisprudência do STJ:

Processo civil. Ação de prestação de contas cumulada com indenização contra ex-prefeito. Execução de acordo ou convênio firmado com o governo federal. Legitimidade do município. 1 - O Prefeito Municipal presta suas contas ao Tribunal de Contas do Município. Imprópria a via eleita para fins de prestação de contas. 2 - Incorporam-se ao patrimônio do Município os recursos pro ele recebidos em virtude de acordo ou convênio com o Governo Federal. - Portanto, tem ele legitimidade para pleitear indenização ou ressarcimento dos prejuízos que lhe foram causados por suposto ato ilícito praticado por ex-Prefeito na execução do referido acordo ou convênio. Precedentes desta Corte. 3. Recurso especial provido (REsp. 885.800/MG, Rel.^a Min.^a Eliana Calmon, Segunda Turma, j. em 28.10.2008, DJe de 21.11.2008).

Agravo regimental no recurso especial. Responsabilidade civil. Ação de ressarcimento de danos ajuizada pelo município em face do ex-prefeito. Suposto ato ilícito praticado na execução de convênio celebrado com o governo federal. Violação do art. 3º do CPC. Legitimidade ativa *ad causam* do Município. Recurso incapaz de infirmar os fundamentos da decisão agravada. Agravo desprovido. 1 - A causa de pedir reside nas irregularidades que o ex-prefeito municipal teria cometido na execução de convênio firmado com o Governo Federal. Essa atuação ilícita do agente público teria, segundo o ora agravado, causado sérios prejuízos financeiros à municipalidade, porque fora incluída nos cadastros restritivos de crédito (CADIN e SIAFI) e não consegue realizar novos convênios nem receber as verbas federais às quais tem direito. O pedido, portanto, é de ressarcimento - na forma de indenização -, e não de prestação de contas. Assim, deve ser reconhecida a legitimidade ativa *ad causam* do Município, com o retorno dos autos ao Juízo de origem, a fim de que seja regularmente processada a ação indenizatória. 2 - Agravo regimental desprovido (AgRg no REsp 748.877/PB, Rel.^a Min.^a Denise Arruda, Primeira Turma, j. em 10.06.2008, DJe de 25.06.2008).

Direito processual civil. Celebração de convênio entre Estado e Município. Transferência de recursos. Pedido de devolução das quantias recebidas efetivado pelo município contra ex-prefeito, diante da ocorrência de alegado prejuízo. Legitimidade ativa *ad causam*. Art. 267, inciso X, CPC. Inaplicabilidade, na hipótese, ausência de confusão processual. I - Recurso especial visando à reforma de acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, que concluiu ser o Município parte legítima para cobrar de ex-prefeito recursos oriundos de convênio celebrado com o Estado, o qual teria sido descumprido. II - Defesa da tese, pelo recorrente, de que não tem o Município legitimidade ativa *ad causam*, ao argumento de que detém tal legitimidade apenas o Estado que celebrou o convênio. Isto porque somente a ele caberia perquirir sobre a correta utilização dos recursos repassados aos cofres municipais. III - Afirmação, ainda, de que, tendo o recorrente sido reeleito prefeito, houve a confusão entre autor e réu, de modo que deveria o processo ter sido

extinto por força do disposto no art. 267, inciso X, do Código de Processo Civil. IV - Na esteira da firme jurisprudência desta colenda Corte, “não compete à Justiça Federal processar e julgar ação de prestação de contas de ex-Prefeitos, quando, em decorrência da celebração de convênio entre o Município e a União, os valores dos recursos federais foram creditados e transferidos à Municipalidade, incorporados, portanto, ao patrimônio deste”, ante o desinteresse da União, em hipóteses tais (CC 36428/CE, Primeira Turma, 10.03.2003). V - O mesmo raciocínio jurídico aplica-se quando celebrado convênio entre o ente municipal e o estado federado. Noutras palavras, tendo os valores decorrentes do convênio sido transferidos pelo Estado ao Município, há a sua incorporação ao patrimônio deste, de modo que não haveria interesse jurídico do Estado em demandar contra o ora recorrente a respeito de aplicação de recursos que não mais lhe pertencem. VI - Outrossim, é manifestamente improcedente a tese de que há confusão processual, *in casu*. No Estado de Direito a figura da pessoa natural não se confunde com a do Estado. Note-se que o recorrente foi demandado em nome próprio, e não como representante do poder municipal, para responder pessoalmente por seus atos, tanto que não mais era prefeito do Município de Januária, à época do ajuizamento da ação. E, como os atos já haviam sido praticados à época em que prefeito, em nada altera esta situação o fato de ele ter sido posteriormente reeleito. VII - Recurso especial conhecido, porém desprovido (REsp. 980.082/MG, Rel. Ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, j. em 13.11.2007, DJe de 24.03.2008).

Não fosse por isso, restou expresso na inicial o pedido de condenação do réu/apelado nas sanções previstas na Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/92), sendo inequívoca a legitimidade ativa do Município de Itaparuba para tal pleito, consoante previsão do art. 17, *caput*, da referida Lei.

Conforme ensina a melhor doutrina:

Quais seriam as “pessoas jurídicas interessadas” a que se refere a norma contida no art. 17, *caput*, da Lei nº 8.429/92? A princípio, aquelas mencionadas no *caput* do art. 1º, quais sejam a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, por sua administração direta, indireta ou fundacional, legitimação que decorre do art. 23, I, da Constituição Federal, regra que impõe a tais entes o dever de zelo pelo patrimônio público.

Por evidente, estão as pessoas de direito público legitimadas a agir relativamente a condutas improbas que tenham repercutido efetivamente em seu patrimônio, material ou moralmente considerado [...].

Também aqui, como já exposto, a hipótese será de legitimação extraordinária, agindo a pessoa jurídica de direito público como substituto processual, uma vez que, embora defenda interesse próprio na preservação de seu patrimônio, atuará, precipuamente, na defesa de um interesse primário (a tutela do erário), do qual é detentora toda a coletividade. Haverá, nesta hipótese, uma substituição processual *sui generis*, na qual o autor pleiteia em nome próprio e também alheio, ao mesmo tempo (GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 639/640).

Pelo exposto, uma vez reconhecida a legitimidade ativa *ad causam* do Município de Itaparuba para a presente demanda, impõe-se a anulação da sentença,

com o retorno dos autos à instância de origem, para que se dê regular prosseguimento ao feito.

Com tais razões, dá-se provimento ao recurso, para anular a sentença recorrida, determinando-se o retorno dos autos à instância de origem para que seja dado regular prosseguimento ao feito.

DES. EDGARD PENNA AMORIM - Acompanho o em. Relator, pois, como consignado por S. Ex.^a, se o direito em litígio provém de atos imputados ao ex-agente político na administração de recursos oriundos de convênio celebrado com órgão federal - o que resultou no bloqueio de repasse de novos recursos ao Município -, não há falar em ilegitimidade ativa do ente municipal. É que, além de as verbas daquele convênio terem sido incorporadas ao patrimônio do demandante, é este que suportará as consequências do inadimplemento daquele ajuste.

DES. ARMANDO FREIRE - De acordo com o Relator.

Súmula - DERAM PROVIMENTO.

...

Ação civil pública - Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (Sinase) - Plano municipal de atendimento socioeducativo - Prazo para elaboração - Vencimento - Obrigação do Município

Ementa: Remessa necessária. Ação civil pública. Sistema municipal de atendimento socioeducativo. Art. 7, § 2º, da Lei federal nº 12.594/2012. Prazo excedido. Reconhecida a obrigação do Município.

- Vencido o prazo previsto no art. 7º, § 2º, da Lei nº 12.594/2012, que subordinou a execução do plano municipal socioeducativo à existência de diretrizes a serem implantadas no âmbito federal, resta configurada a obrigação do poder público municipal de elaborar, imediatamente, o Plano Municipal de Atendimento Socioeducativo e instituir o Sistema Municipal de Atendimento Socioeducativo.

REEXAME NECESSÁRIO CÍVEL Nº 1.0394.13.006352-9/001 - Comarca de Manhuaçu - Remetente: Juiz de Direito da 1ª Vara Criminal, da Infância e Juventude e de Execuções Fiscais da Comarca de Manhuaçu - Autor: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Réu: Município de Manhuaçu - Relatora: DES.ª ALICE BIRCHAL

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 7ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em REFORMAR PARCIALMENTE A SENTENÇA EM REMESSA NECESSÁRIA.

Belo Horizonte, 7 de junho de 2016. - Alice Birchall
- Relatora.

Notas taquigráficas

DES.^a ALICE BIRCHALL - Trata-se de remessa necessária da r. sentença de f. 229/230, do MM. Juiz de Direito da 1^a Vara Criminal, da Infância e Juventude e de Execuções Fiscais da Comarca de Manhuaçu/MG, Marco Antônio Silva, que, nos autos da ação civil pública proposta pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais em face do Município de Manhuaçu, julgou parcialmente procedentes os pedidos iniciais, em face do vencimento do prazo de 360 (trezentos e sessenta) dias do art. 7º, § 2º, da Lei 12.594/2012, para determinar que: “1) o Município de Manhuaçu imediatamente formule, institua, coordene e mantenha o Sistema Municipal de Atendimento Socioeducativo, respeitadas as diretrizes fixadas pela União e pelo Estado de Minas Gerais; e 2) elabore o Plano Municipal de Atendimento Socioeducativo, fazendo-o em conformidade com os Planos Nacional e Estadual, sob pena de improbidade administrativa (cf. artigo 29 da Lei 12.594/2012)”. Não fora dado provimento ao pedido de criação e manutenção de programas de atendimento para a execução das medidas socioeducativas em meio aberto.

Não foram apresentados recursos voluntários por nenhuma das partes.

Sentença sujeita à remessa necessária nos termos do então art. 475, I, do CPC/1973 (atual art. 496, I, do CPC/2015).

Devidamente intimado, o representante da Procuradoria-Geral de Justiça opinou pela manutenção da sentença à f. 237.

Constatado erro formal de numeração das páginas, determinou-se ao cartório que procedesse à retificação.

É o relatório.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço da remessa necessária.

Cinge-se a controvérsia a aferir a possibilidade de compelir o Município, em sede de ação civil pública proposta pelo Ministério Público Estadual, a elaborar plano municipal de atendimento socioeducativo para implementação de programas de atendimento a adolescentes infratores, bem como de instituir o sistema municipal de atendimento socioambiental nos termos da Lei federal nº 12.594/2012.

A Lei federal nº 12.594/2012, que instituiu o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (Sinase) e regulamentou a execução das medidas socioeducativas destinadas a adolescentes que pratiquem atos infracionais estabelece que os Municípios possuem o prazo de 360 dias, a partir da aprovação do Plano Nacional, para elaborar seus planos de atendimento socioeducativo, consoante os arts. 5º e 7º, § 2º, da supracitada lei:

Art. 5º - Compete aos Municípios:

I - formular, instituir, coordenar e manter o Sistema Municipal de Atendimento Socioeducativo, respeitadas as diretrizes fixadas pela União e pelo respectivo Estado;

II - elaborar o Plano Municipal de Atendimento Socioeducativo, em conformidade com o Plano Nacional e o respectivo Plano Estadual;

III - criar e manter programas de atendimento para a execução das medidas socioeducativas em meio aberto;

[...]

Art. 7º, § 2º - Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios deverão, com base no Plano Nacional de Atendimento Socioeducativo, elaborar seus planos decenais correspondentes, em até 360 (trezentos e sessenta) dias a partir da aprovação do Plano Nacional.

Nota-se que, neste Tribunal, tem-se denegado fundamento a recursos destinados a efetivar o cumprimento da obrigação prevista na Lei federal nº 12.594/2012, aos Municípios, antes do esgotamento de tal prazo, a saber: Agravo de Instrumento Cível nº 1.0411.11.002161-4/001 (1ª Câmara Cível), Agravo de Instrumento Cível nº 1.0554.13.001048-7/001 (2ª Câmara Cível), Embargos de Declaração Cível nº 1.0554.13.001048-7/002 (2ª Câmara Cível), Agravo de Instrumento Cível nº 1.0123.14.002491-0/001 (4ª Câmara Cível), Agravo de Instrumento Cível nº 1.0554.13.001047-9/001 (7ª Câmara Cível) e Agravo de Instrumento Cível nº 1.0554.13.001049-5/001 (7ª Câmara Cível).

No entanto, importante citar que toda a jurisprudência colacionada se deu em sede de decisão liminar, além de se tratar de momento no qual ainda não restava vencido o prazo de 360 dias previsto na Lei federal nº 12.594/2012, o que não se repete no caso em tela, que se encontra em sede de reexame necessário.

No presente caso, uma vez que o Plano Nacional de Atendimento Socioeducativo foi aprovado pela Resolução nº 160 do Conanda (Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente), publicada em 19.11.2013, o prazo devido por parte dos municípios para a elaboração de seus planos correspondentes se esgotou na data de 14.11.2014, conforme o art. 1º, parágrafo único, da referida resolução:

Parágrafo único. Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, conforme disposto no parágrafo 2º do art. 7º da Lei 12.594/2012, deverão, com base no Plano Nacional de Atendimento Socioeducativo, elaborar seus planos decenais correspondentes em até 360 (trezentos e sessenta) dias a partir da publicação desta Resolução que aprova o Plano Nacional e assegura sua publicidade, disponibilizando-o, a partir desta data em: www.direitoshumanos.gov.br.

Dessa forma, correta a sentença, ao dar provimento aos dois primeiros pedidos do autor, em face da expressa previsão legal.

Quanto ao terceiro pedido, qual seja o de criar e manter programa de atendimento para a execução das medidas socioeducativas em meio aberto, em que pese ter o Município apresentado contestação às f. 139/142 dos autos, para alegar o cumprimento de tal objeto da ação,

nota-se, pelo documento de f. 157 dos autos, que as medidas implementadas pelo Município não se coadunam com as diretrizes da Lei Federal nº 12.594/2012.

Conforme relatório do CREAS/Manhuaçu, o Plano Municipal de Atendimento Socioeducativo não fora elaborado, tampouco foram cumpridos os requisitos previstos no art. 11 da Lei nº 12.594/2012. Em face da expressa previsão legal, julgo igualmente procedente o terceiro pedido da parte autora.

Ante o exposto, em remessa necessária, reformo parcialmente a sentença para determinar, além dos pedidos julgados procedentes pelo Juízo *a quo*, a obrigação por parte do Município de cumprir o art. 5º, III, da Lei nº 12.594/2012, a fim de adequar às diretrizes nacionais os programas de atendimento para a execução das medidas socioeducativas, em meio aberto.

Mantida a isenção de custas pela parte ré, nos termos da Lei estadual nº 14.939/03.

É como vota a relatora.

DES. BELIZÁRIO DE LACERDA - De acordo com a Relatora.

DES. OLIVEIRA FIRMO- Senhor Presidente, reportando-me aos votos por mim proferidos, atuando na condição de vogal em diversos acórdãos desta Câmara, peço vênia para me abster de repetir aqui toda a argumentação que já desenvolvi em casos outros, bastando-me na só remissão a esses julgados, disponíveis para consulta de quem se interessar (TJMG: v. g. 1.0024.06.929596-2/002; 1.0024.11.307827-3/001; 1.0145.13.066969-3/001; 1.0145.14.020363-2/001; 1.0521.13.006996-1/002; 1.0024.04.407745-1/001; 1.0024.09.737176-9/002; 1.0024.11.044187-0/002; 1.0024.11.062949-0/002; 1.0024.12.132139-2/002; 1.0024.12.227871-6/001; 1.0024.13.169718-7/002; 1.0105.11.029460-7/002; 1.0105.13.005380-1/001; 1.0145.13.060374-2/003; 1.0151.10.003366-2/001; 1.0194.13.000898-1/002; 1.0245.12.000559-1/002; 1.0290.05.025636-8/001; 1.0324.12.006962-4/002; 1.0324.14.004900-2/002; 1.0377.13.001901-3/001).

Quero ainda reafirmar meu posicionamento, agora reforçado pelo novo Código de Processo Civil (NCPC - Lei nº 13.105/15), de que o relator tem função de protagonista no julgamento, pois a ele é dada a condução do processo, presidindo os seus principais atos, instruindo-o quando necessário e resolvendo questões postas antes de submetê-las aos vogais. E com a extinção da figura do revisor pelo NCPC, suprimiram-se os mecanismos conferidos a esse integrante da turma julgadora, que, ali no julgamento, estava também para assegurar (poder/dever) a congruência entre as questões constantes dos autos e aquelas descritas no relatório pelo relator.

Além, no julgamento da remessa necessária propriamente dita, ou de remessa necessária que resulta em prejuízo a eventual apelação, o voto do vogal,

especificamente o do segundo vogal, divergente ou convergente com as posições do relator e do primeiro vogal, será mero cumprimento formal exigido pela lei processual, visto que a questão em si já estará materialmente solucionada pela confluência do entendimento da maioria.

Assim, nos termos do NCPC, no caso de remessa necessária, ainda que acompanhada de apelação interposta pelas partes, entendo que, uma vez formada a maioria, dando por prejudicado o apelo, o resultado do julgamento resta configurado, não havendo utilidade, espaço e tempo para eventuais digressões de um vogal que já se avista vencido (convencido ou não).

E com o desaparecimento do debate, ao menos do seu original formato, e agora dos embargos infringentes, inutilizou-se o lançar de fundamentos contrários à tese vencedora, sobretudo se não há qualquer possibilidade de resgatá-los, como no caso de apelo prejudicado pela análise feita em sede de remessa necessária, em que o NCPC não permite a aplicação da técnica de julgamento prevista para a apelação com resultado não unânime.

Chega a ser hipocrisia negar esse fato. Os fundamentos da decisão do vogal vencido só terão realmente alguma valia caso o acórdão possa ser desafiado por recurso infringente, inexistente no NCPC, pois, do contrário, é gasto desnecessário de energia e tempo, que poderiam ser mais bem aplicados na relatoria ou votalato de outro feito.

Em razão disso, neste específico caso, adoto uma linha utilitarista quanto à minha participação no julgamento.

Logo, por já haver decisão da maioria quanto ao resultado de mérito deste julgamento, voto acompanhando-a, à maioria, sem, contudo, obrigar-me com a tese desenvolvida pelos demais julgadores, pois posso eventualmente dela divergir. *Mutatis mutandis*, é o que fez o Ministro Ricardo Lewandowski, como vogal, em julgamento cuja decisão já se podia antever pela maioria que se formara ao encontro de tese com a qual Sua Excelência não quis se comprometer (STF: RE 505.393/PE, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. em 26.06.2007, p. em 05.10.2007).

É o voto.

Súmula - REFORMARAM PARCIALMENTE A SENTENÇA EM REMESSA NECESSÁRIA.

...

Ação civil pública ambiental - Atividade poluidora - Mineração - Meio ambiente - Reparação de danos - Obrigação *propter rem* - Medidas corretivas e de prevenção - Proprietário do terreno - Superficiário - Participação nos lucros - Contrato de locação - Poluidor - Conceito - Enquadramento - Responsabilidade solidária - Legitimidade passiva - Caracterização

Ementa: Agravo de instrumento. Ação civil pública ambiental. Mineração. Barragem. Liminar. Interposição de recurso antes do início do prazo recursal. Tempestividade afirmada em novo entendimento do Supremo Tribunal Federal. Responsabilidade do superficiário. Legitimidade passiva confirmada.

- Desautorizada está a anterior jurisprudência que pregava a extemporaneidade do recurso interposto antes da publicação da decisão recorrida; isso porque “o Plenário do Supremo Tribunal Federal, recentemente, uniformizou o entendimento de que a interposição do recurso antes do início da fluência do prazo não implica sua intempestividade” (ARE 742221 AgR-ED/SP, 1º T/STF, Rel. Min. Dias Toffoli).

- Não havendo a renúncia de que fala o art. 12, II, do Código de Mineração (DL nº 227/1967), tendo, ao contrário, o proprietário do solo objeto da exploração de recursos minerais inequivocamente deliberado pelo exercício de seu direito à participação nos resultados da lavra (art. 11, b, DL nº 227/1967), inexorável seu enquadramento, enquanto responsável indireto pela atividade causadora de degradação ambiental, no conceito de “poluidor” dado pelo art. 3º, IV, da Lei nº 6.938/1981, o quanto basta para legitimá-lo a responder à ação civil pública que visa a coibir e reparar os danos provocados ao meio ambiente por dita atividade, notadamente aqueles relacionados às barragens de contenção ou armazenamento de resíduos ou rejeitos instaladas no imóvel explorado.

- Se a Carta Magna impõe indistintamente a todos o dever de defender e preservar o meio ambiente (art. 225, caput, CF/88) e se já pacificado pelo c. Tribunal da Cidadania que “a obrigação de reparação dos danos ambientais é *propter rem*” (REsp nº 1.090.968/SP, 1º T/STJ, Rel. Min. Luiz Fux), indiscutível a responsabilidade solidária do superficiário pela reparação dos eventuais danos ambientais gerados pela empresa de mineração titular do direito de lavra em sua propriedade, o que, inapelavelmente, o legitima a figurar no polo passivo da ação civil pública de natureza ambiental destinada a prevenir e/ou a recuperar tais danos.

AGRAVO DE INSTRUMENTO CÍVEL Nº 1.0188.14.009740-6/001 - Comarca de Nova Lima - Agravante: espólio de Fidelcino Pedrosa - Agravados: Estado de Minas Gerais e Fundação Estadual do Meio Ambiente - Feam - Interessado: Mundo Mineração Ltda. - Relator: DES. PEIXOTO HENRIQUES

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 7ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 26 de abril de 2016. - Peixoto Henriques - Relator.

Notas taquigráficas

DES. PEIXOTO HENRIQUES - Via agravo de instrumento, insurge-se o espólio de Fidelcino Pedrosa contra decisão que, prolatada em “ação civil pública” ajuizada pelo Estado de Minas Gerais e pela Feam - Fundação Estadual do Meio Ambiente em seu desfavor e da Mundo Mineração Ltda., deferiu o pedido liminar, isso para determinar aos réus que, antes do período chuvoso e sob pena de multa, realizem as seguintes medidas ambientais para fins de minorar os danos ambientais decorrentes da exploração de minério:

- a) o levantamento e adoção de medidas corretivas dos processos erosivos identificados nos taludes das duas barragens;
- b) a conformação do sistema de drenagem das duas barragens;
- c) a reconstrução do dreno interligando as duas barragens;
- d) o monitoramento dos instrumentos instalados nas barragens (piezômetros);
- e) o cronograma e execução do plantio de hidrossemeadura nos taludes;
- f) a desobstrução do sistema de drenagem do entorno das barragens;
- g) a avaliação da possibilidade de geração de drenagem ácida de mina (DAM) na embocadura subterrânea da Mina do Engenho e adoção das respectivas medidas mitigadoras;
- h) a análise da água depositada na “Barragem II” e análise do rejeito armazenado na barragem denominada “Sistema de Contenção de Rejeitos”;
- i) a apresentação de Relatórios de Auditoria Técnica de Segurança dos anos bases 2013 e 2014;
- j) a apresentação de projeto específico de recuperação ou desativação das barragens, com cronograma de execução (f. 134/135-TJ).

Em linhas gerais, sustenta o agravante: que se pretende com a ação matriz compelir os demandados a adotarem “imediatas iniciativas voltadas para a segurança de barragens de rejeitos que estariam na iminência

de provocar acidente ambiental”; que “os agravados historiam na inicial que está havendo negligência quanto às normas legais de segurança de barragens instaladas no local, mesmo após a Administração Pública, através da Feam (2ª agravada), ter notificado a ré Mundo Mineração para tanto, ressaltando haver relatório de vistoria e auditoria por ela elaborado”; que “a peça exordial deixa claro que a inclusão do espólio, ora agravante, no polo passivo da demanda, se dá pelo fato de os autores, ora agravados, entenderem que o mesmo seria responsável em razão de ser proprietário (superficiário) do imóvel que se viu na contingência de receber *royalties* e renda de locação da empresa mineradora, única titular do empreendimento minerário em questão”; que, pela legislação específica, pode-se dizer “que a União é proprietária da substância mineral ainda fixada na crosta terrestre, e o concessionário, de outro lado, é proprietário do resultado da lavra que levar a efeito na forma da lei”; que “a existência de recursos minerais no solo, todavia, não indica necessariamente a possibilidade de seu aproveitamento”; que a jazida só será aproveitada se formalmente declarada sua existência; que antes da exploração mineral se faz a pesquisa mineral, “momento em que o empreendedor, autorizado pelo Poder Público, se lança a determinada área de terras para buscar a existência de substância mineral em concentração razoável que lhe permita, ou a terceiros, explorar aquele recurso”; que a pesquisa mineral é a fase inicial de toda a cadeia de produção minerária; que “o proprietário do solo, aqui denominado ‘superficiário’, tem seu direito de propriedade afetado, na medida em que, independentemente de sua vontade, terá permitir ao empreendedor minerário intervir nas suas para poder atingir o bem que se encontra no subsolo”; que a mineração é atividade de notório interesse público; que o empreendedor tem direito de realizar os trabalhos de pesquisa e o proprietário da área o de preservá-la, razão pela qual a legislação “condiciona o início dos trabalhos de pesquisa ao pagamento ao proprietário da área (comumente chamado de ‘superficiário’) de renda pela ocupação da área de pesquisas e indenização pelos eventuais danos que possam ser causados em razão desses trabalhos”; que “o costume nas negociações entre mineradoras e ‘superficiários’, todavia, têm sido no sentido de os primeiros adquirirem a propriedade do solo onde se encontra a aglomeração de substâncias minerais, independentemente do resultado da pesquisa”; que “nem sempre é possível a aquisição da área pelo empreendedor interessado na pesquisa, notadamente quando o ‘superficiário’ não tem o interesse e resiste alienar a área”; que “não pode ser destinatário da obrigação de promover reparos e manutenções em barragens de rejeito do empreendimento minerário da ré Mundo Mineração Ltda., conforme está lhe sendo imposto pela decisão recorrida”, pois “a relação locatícia estabelecida com a empresa Mundo Mineração não se deu de forma voluntária, ao revés, foi imposta pela legislação que

se aplica ao interesse da União e do empreendedor de se explorar recursos naturais de subsolo, tudo isso mediante processo administrativo de competência do DNPM”; que o recebimento de renda locatícia não justifica sua responsabilidade, porque “a renda de ocupação recebida pelo superficiário tem caráter reparatório assim como eventual determinação de recuperação ambiental praticado pelo empreendedor também o será”; que também não pode ser responsabilizado por omissão, sendo que “a única pessoa que pode vir a ser alçada à condição de responsável concorrente com a empresa mineradora, por ato omissivo, em casos que tais é o próprio poder público, que detém o dever/poder de fiscalização”; que, “na questão vertente, está clarividente que a propriedade superficiária é completamente distinta da propriedade dos recursos minerais, estes, *in casu*, cedidos pela ‘proprietária’ (União) ao empreendedor (Mundo Mineração Ltda.)”; e, ainda, que, “pelo fato de ambas as ‘propriedades’ coexistirem, e o superficiário, por força de lei, ‘ter’ que permitir a utilização das suas terras para que o outro proprietário atinja e explore economicamente o seu bem, não pode ter o condão de fazê-lo corresponsável por eventuais obrigações pertencentes exclusivamente à atividade do empreendedor”.

Além do provimento, requer o efeito suspensivo.

Efetuada o preparo (f. 139-TJ).

Instruído o recurso com os documentos de f. 15/138-TJ.

Indeferido o efeito suspensivo (f. 143/144-TJ).

Requerida a juntada de certidão (f. 149/150-TJ).

Vieram as informações judiciais requisitadas (f. 153-TJ).

Ofertada contraminuta (f. 155/165-TJ).

A d. PGJ/MG, em parecer da lavra do i. Procurador de Justiça Luciano França da Silveira Júnior, opinou pelo não conhecimento do agravo e, caso conhecido, pelo seu desprovimento (f. 167/169-TJ).

Comprovado o indeferimento do pedido de revalidação da licença de operação da empresa Mundo Mineração Ltda. (f. 171/176-TJ).

Fiel ao breve, dou por relatado.

I - Preliminar.

Enfatizando que “a ausência de peça obrigatória para a formação do instrumento obsta se afira a tempestividade do recurso”, a d. PGJ/MG levanta preliminar de não conhecimento do recurso, sustentando “que a insurgência foi manejada antes mesmo de se encetar o lapso recursal”, isso porque, como antes afirmou, “o próprio recorrente admite, à f. 13, que a deprecata por meio da qual foi citado ainda não foi juntada aos autos da ação - juntada essa que, *ex vi* do art. 241, IV, do Digesto Processual Civil, é o marco inicial da contagem do lapso para a interposição de recurso”.

No caso em comento, como dá conta a certidão de f. 150-TJ e o comprovante de protocolo de f. 2-TJ, a carta precatória de citação/intimação do agravante

nem sequer havia sido juntada aos autos da ação matriz quando interposto este agravo de instrumento.

Assim, tem-se que, de fato, o prazo para a interposição deste agravo de instrumento não havia sequer se iniciado quando interposto.

Realmente, na esteira do que preconiza a d. PGJ/MG, o c. Tribunal da Cidadania já decidiu:

Processual civil. Agravo regimental no agravo em recurso especial. Extemporaneidade. Interposição do apelo extremo antes da publicação do acórdão que julgou o recurso de apelação. Inexistência de reiteração. Recurso manifestamente infundado, a ensejar a aplicação da multa prevista no art. 557, § 2º, do CPC. Agravo Regimental Improvido. - 1. Segundo a uníssona jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, revela-se intempestivo, por prematuro, o recurso especial interposto antes da publicação do acórdão que julgou o recurso de apelação, ainda que não interpostos embargos declaratórios contra o aludido acórdão. Precedentes. 2. 'A intempestividade dos recursos tanto pode derivar de impugnações prematuras (que se antecipam à publicação dos acórdãos) quanto decorrer de oposições tardias (que se registram após o decurso dos prazos recursais). [...] a simples notícia do julgamento, além de não dar início à fluência do prazo recursal, também não legitima a prematura interposição de recurso, por absoluta falta de objeto. Precedentes' (Al 375124 AgR-ED, Relator: Min. Celso de Mello, Segunda Turma, DJ de 28.06.2002) 3. Agravo regimental não provido, com aplicação de multa (AgRg no AREsp nº 558.116/SP, 4º T/STJ, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJe de 07.10.2014).

Todavia, a ex. Corte Constitucional já pensa de forma diversa.

Confira-se:

O Plenário do Supremo Tribunal Federal, recentemente, uniformizou o entendimento de que a interposição do recurso antes do início da fluência do prazo não implica sua intempestividade, termo relacionado à prática do ato processual após o decurso do prazo (Al nº 703.269/MG-AgR-ED-ED-EDv-ED, Relator Ministro Luiz Fux, j. em 05.03.15, Informativo nº 776) (ARE 742221 AgR-ED/SP, 1º T/STF, Rel. Min. Dias Toffoli, j. em 28.04.2015, Processo Eletrônico DJe-111 divulg 10.06.2015 public 11.06.2015 - ementa parcial) (Grifei).

O Supremo Tribunal Federal modificou entendimento anterior no sentido da extemporaneidade do recurso interposto antes da publicação do acórdão. Assim, é de ser afastada a decisão de inadmissibilidade do recurso extraordinário interposto e realizado novo julgamento (ARE 856169 AgR-ED/RS, 2º T/STF, Rel.º Min.º Cármen Lúcia, j. em 28.04.2015, Acórdão Eletrônico DJe-088 divulg 12.05.2015 public 13.05.2015 - ementa parcial) (Grifei).

Eis, no que aqui interessa, a ementa do acórdão que marca a guinada de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal acerca de seu anterior e agora superado entendimento pela intempestividade dos recursos interpostos antes da publicação da decisão recorrida:

Embargos de declaração nos embargos de divergência nos embargos de declaração nos embargos de declaração no agravo regimental no agravo de instrumento. Conversão em

agravo regimental. Interposição de embargos de divergência antes da publicação do acórdão embargado. Extemporaneidade. Instrumentalismo processual. Preclusão imprópria para prejudicar a parte que contribui para a celeridade processual. Boa-fé exigida do estado-juiz. Agravo regimental provido. - 1. A extemporaneidade não se verifica com a interposição de recurso antes do termo a quo e consequentemente não gera a ausência de preenchimento de requisito de admissibilidade da tempestividade. 2. O princípio da instrumentalidade do Direito Processual reclama a necessidade de interpretar os seus institutos sempre do modo mais favorável ao acesso à justiça (art. 5º, XXXV, CRFB) e à efetividade dos direitos materiais (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, nº 137, p. 7-31, 2006; DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2009; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010). 3. As preclusões se destinam a permitir o regular e célere desenvolvimento do feito, não sendo possível penalizar a parte que age de boa-fé e contribui para o progresso da marcha processual com o não conhecimento do recurso por ela interposto antecipadamente, em decorrência de purismo formal injustificado (Al 703269 AgR-ED-ED-EDv-ED/MG, TP/STF, Rel. Min. Luiz Fux, j. em 05.03.2015, Processo Eletrônico DJe-085 divulg 07.05.2015 public 08.05.2015 - ementa parcial).

Diante disso, desautorizada fica a anterior jurisprudência à qual se socorre a d. PGJ/MG para defender serôdio este agravo.

Rejeito, pois, a preliminar.

II - Mérito.

Embora admissível, reputo improcedente o agravo.

Na inicial da ação matriz (f. 16/39-TJ), após consignar que a "ré Mundo Mineração Ltda., conforme documentação anexa, celebrou, por instrumento particular, contrato de locação de imóvel de propriedade do réu espólio de Fidelcino Pedrosa, para exploração de minério", bem como que a empresa não está atuando conforme as exigências legais aplicáveis à espécie, requereu o agravado (Estado de Minas Gerais) fosse concedida liminar para que a empresa ré (Mundo Mineração Ltda.) e o agravante (espólio de Fidelcino Pedrosa) providenciassem uma série de medidas a fim de minorar os danos ambientais resultantes da atividade mineradora, todas relacionadas à segurança de duas barragens de resíduos do empreendimento minerário, instaladas na "Fazenda Engenho D'Água", em Rio Acima/MG, imóvel rural de propriedade do agravante.

Este agravo ataca a decisão que concedeu dita liminar, determinando a adoção das medidas já antes descritas.

Basicamente, defende o agravante sua ilegitimidade passiva.

Após enfatizar que "a propriedade superficiária é completamente distinta da propriedade dos recursos minerais, estes, *in casu*, cedidos pela 'proprietária' (União) ao empreendedor (Mundo Mineração Ltda.)", sustenta ele que, "pelo fato de ambas as 'propriedades' coexistirem e

o superficiário, por força de lei, 'ter' que permitir a utilização das suas terras para que o outro proprietário atinja e explore economicamente o seu bem", não pode ele (agravante), enquanto superficiário, ser "corresponsável por eventuais obrigações pertencentes exclusivamente à atividade do empreendedor", sendo "que a corresponsabilidade só é cabível entre aqueles que se relacionam em torno do negócio em si (a mineração) podendo se estender apenas a outros entes públicos que têm o poder dever de fiscalização e se omitem".

A seu turno, negando a corresponsabilidade do Poder Público (porque "foram adotadas todas as providências administrativas cabíveis"), defende o agravado a legitimidade passiva do agravante, apontando-o responsável porque "não apenas tinha plena ciência das atividades que seriam praticadas em seu imóvel" (visto ter firmado contrato de locação "com a finalidade de exploração de minérios existentes na mina situada no imóvel, acertando que, pela exploração, o agravante não apenas se beneficiaria das atividades mediante a percepção de aluguéis, como também restou contratualmente ajustado o pagamento de *royalties*"), bem como porque "evidenciada sua omissão (na medida em que, 'além do dever legal de vigilância e prevenção, restou contratualmente assegurado o direito de vistoria do proprietário, inclusive com a possibilidade de manifestar sua discordância quanto às irregularidades praticadas pela locatária')".

Data venia, dou razão ao agravado.

Enquanto "titular dos direitos minerários para pesquisa, lavra e exploração mineral na superfície e no subsolo da região, conforme processo nº 830.719/1982, junto ao Departamento Nacional de Produção Mineral - DNPM" (v. f. 90/91-TJ, "Escritura Pública de Constituição de Servidão Onerosa"), a empresa Mundo Mineração Ltda. se submete à seguinte regra do Código de Minas (DL nº 227/1967):

Art. 47. Ficará obrigado o titular da concessão, além das condições gerais que constam deste Código, ainda, às seguintes, sob pena de sanções previstas no Capítulo V:

[...]

V - Executar os trabalhos de mineração com observância das normas regulamentares;

[...]

VIII - Responder pelos danos e prejuízos a terceiros, que resultarem, direta ou indiretamente, da lavra;

[...]

X - Evitar o extravio das águas e drenar as que possam ocasionar danos e prejuízos aos vizinhos;

XI - Evitar poluição do ar ou da água, que possa resultar dos trabalhos de mineração;

XII - Proteger e conservar as fontes, bem como utilizar as águas segundo os preceitos técnicos quando se tratar de lavra de jazida da Classe VIII;

XIII - Tomar as providências indicadas pela Fiscalização dos órgãos Federais;

XV - Manter a mina em bom estado, no caso de suspensão temporária dos trabalhos de lavra, de modo a permitir a retomada das operações; (Grifei).

Deve dita empresa, ainda, obediência aos ditames da Lei nº 12.334/2010, que, estabelecendo "a Política Nacional de Segurança de Barragens", "estabelece a Política Nacional de Segurança de Barragens destinadas à acumulação de água para quaisquer usos, à disposição final ou temporária de rejeitos e à acumulação de resíduos industriais, cria o Sistema Nacional de Informações sobre Segurança de Barragens", assim dispõe:

Art. 2º Para os efeitos desta Lei, são estabelecidas as seguintes definições:

I - barragem: qualquer estrutura em um curso permanente ou temporário de água para fins de contenção ou acumulação de substâncias líquidas ou de misturas de líquidos e sólidos, compreendendo o barramento e as estruturas associadas;

II - reservatório: acumulação não natural de água, de substâncias líquidas ou de mistura de líquidos e sólidos;

III - segurança de barragem: condição que vise a manter a sua integridade estrutural e operacional e a preservação da vida, da saúde, da propriedade e do meio ambiente;

IV - empreendedor: agente privado ou governamental com direito real sobre as terras onde se localizam a barragem e o reservatório ou que explore a barragem para benefício próprio ou da coletividade;

[...]

VII - dano potencial associado à barragem: dano que pode ocorrer devido a rompimento, vazamento, infiltração no solo ou mau funcionamento de uma barragem.

[...]

Art. 4º São fundamentos da Política Nacional de Segurança de Barragens (PNSB):

I - a segurança de uma barragem deve ser considerada nas suas fases de planejamento, projeto, construção, primeiro enchimento e primeiro vertimento, operação, desativação e de usos futuros;

[...]

III - o empreendedor é o responsável legal pela segurança da barragem, cabendo-lhe o desenvolvimento de ações para garanti-la;

[...]

Art. 17. O empreendedor da barragem obriga-se a:

I - prover os recursos necessários à garantia da segurança da barragem; (Grifei).

A seu turno, o Copam, por meio de sua Deliberação Normativa nº 62/2002 (com as alterações e complementações introduzidas pela DN Copam nº 87/2005), estatuiu:

Art. 1º Para efeito da aplicação desta Deliberação Normativa são estabelecidas as seguintes definições:

[...]

X - Empreendedor: representante legal pelo empreendimento industrial ou minerário onde se situa a barragem.

[...]

Art. 4º Nas fases de projeto, implantação, operação e fechamento/desativação de barragens será obrigatório, por parte do empreendedor, o atendimento aos seguintes requisitos mínimos a serem incluídos no sistema de gestão de barragens:

a) Projeto de concepção do sistema, incluindo a caracterização preliminar do conteúdo a ser disposto;

b) Projeto executivo da barragem, incluindo caracterização físico-química do conteúdo a ser disposto, estudos geológico-geotécnicos da fundação, execução de sondagens e

outras investigações de campo, coleta de amostras e execução de ensaios de laboratórios dos materiais de construção, estudos hidrológico-hidráulicos e plano de instrumentação;

c) Manual de operação do sistema, incluindo procedimentos operacionais e de manutenção, frequência de monitoramento, níveis de alerta e emergência da instrumentação instalada;

d) Análise de performance do sistema e elaboração de plano de contingência, com informação às comunidades;

e) Plano de desativação do sistema;

f) Supervisão da construção da barragem e elaboração de relatórios *as built* (como construído);

g) Execução periódica de Auditorias Técnicas de Segurança, executada por profissional(is) legalmente habilitado(s);

h) Solicitação de outorga de direito de uso de água e de autorização de supressão de vegetação, quando couber.

[...]

Art. 7º Os proprietários do empreendimento são responsáveis pela implantação de procedimentos de segurança nas fases de projeto, implantação, operação, fechamento das barragens decorrentes de suas atividades industriais.

Parágrafo único. As atividades dos órgãos com atribuições de fiscalização não eximem os proprietários de empreendimentos da total responsabilidade pela segurança das barragens e reservatórios existentes nos seus empreendimentos, bem como das consequências pelo seu mau funcionamento.

Todavia, antes que se queira definir a empresa de mineração (Mundo Mineração Ltda.) como sendo a única legitimada a responder pelo “iminente risco de acidente ambiental decorrente das atuais condições de segurança das duas barragens” (f. 20-TJ) existentes na propriedade do agravante e que justificou a propositura da ação matriz, bem como pelo cumprimento das medidas liminarmente ordenadas pelo Juízo *a quo*, é impossível negar que:

O CM [Código de Mineração] brasileiro carece de uma regulação específica sobre o tema ambiental para a atividade mineral. O que de fato existe no ordenamento jurídico pátrio é a previsão constitucional do art. 225, § 2º, que obriga àquele que explora recursos minerais a restaurar o meio ambiente degradado, ademais de um arcabouço de resoluções e portarias dos órgãos ambientais, muitas vezes passíveis de ovação (ARAÚJO, Mauro Furtado. Regime Jurídico Mineário no Brasil e Espanha. In: *Mineração, energia & ambiente*, Jurídica Editora, p. 108).

Eis os exatos termos do citado preceito constitucional:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. [...]

§ 2º Aquele que explorar recursos minerais fica obrigado a recuperar o meio ambiente degradado, de acordo com solução técnica exigida pelo órgão público competente, na forma da lei.

Em assim sendo, impõe-se reconhecer:

O art. 225 da Constituição Federal tem por uma das suas grandes funções determinar como legitimados passivos pelos danos causados ao meio ambiente o Poder Público e a coletividade. Assim, é correto afirmar que ‘são legitimados passivos

todos aqueles que, de alguma forma, foram os causadores do dano ambiental. [...] a responsabilidade dos causadores é solidária, por expressa determinação do art. 1.518, *caput*, segunda parte, do Código Civil [...]. A Lei n. 6.938/81 atribui a obrigação de indenizar o dano ambiental àqueles que, com a sua atividade, causaram o dano (FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro*. Saraiva, p. 38/39) (Grifei).

Na esteira desse entendimento, tem-se assim decidido:

6. *Responsabilidade objetiva e solidária de todos os agentes que obtiveram proveito da atividade que resultou no dano ambiental não com fundamento no Código de Defesa do Consumidor, mas pela aplicação da teoria do risco integral ao poluidor/pagador prevista pela legislação ambiental (art. 14, § 1º, da Lei nº 6.938/81), combinado com o art. 942 do Código Civil (REsp nº 1.363.107/DF, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, DJe de 17.12.2015 - ementa parcial) (Grifei).*

Processual civil e ambiental. Ação civil pública. Extração de argila sem o devido licenciamento ambiental. Dano ambiental. Responsabilidade objetiva e solidária. Inversão do ônus da prova. Súmula 7/STJ. - 1. O Tribunal de origem reconheceu a inexistência de licença ambiental e os danos causados pela extração ilegal de argila. Ademais, consignou (f. 584e-STJ): *a responsabilidade ambiental ‘é objetiva, bastando a comprovação do nexo causal [...]. Em outras palavras, o dever de reparação independe de culpa do agente e se aplica a todos que direta ou indiretamente teriam responsabilidade pela atividade causadora de degradação ambiental’.*

2. O entendimento do Juízo *a quo* está em consonância com a orientação do STJ: ‘Aquele que cria ou assume o risco de danos ambientais tem o dever de reparar os danos causados e, em tal contexto, transfere-se a ele todo o encargo de provar que sua conduta não foi lesiva’ (REsp 1.049.822/RS, Rel. Ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, j. em 23.04.2009, DJe de 18.05.2009). 3. *In casu*, não há como afastar a legitimidade dos recorrentes para figurarem no polo passivo da presente demanda. No mais, incide o óbice da Súmula 7/STJ. 4. Recurso Especial não provido (REsp nº 1517403/AL, 2º T/STJ, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe de 16.11.2015) (Grifei).

A reforçar esse entendimento, sobreleva ainda lembrar que, dispondo sobre a “Política Nacional do Meio Ambiente”, a Lei nº 6.938/1981, em seu art. 3º, IV, deixa certo ser “poluidor, a pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, responsável, direta ou indiretamente, por atividade causadora de degradação ambiental”.

Como bem dito pelo Procurador de Justiça oficiente:

A Lei nº 6.938/1981, a seu turno, define poluidor como a pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, responsável, direta ou indiretamente, por atividade causadora de degradação ambiental (art. 3º, IV); a teor do § 1º do art. 14 do mesmo pergaminho, a caracterização de sobredita responsabilidade independe de culpa.

Da conjugação desses dispositivos, ressaí óbvio que o ordenamento jurídico pátrio perfilhou modelo de responsabilização objetiva e solidária de todos, que, de algum modo, concorrem para a lesão à integridade do ambiente.

[...]

O art. 176 da Lei Maior, embora atribua à União a propriedade das jazidas, em lavra ou não, e demais recursos

minerais, assegura em seu § 2º a participação do proprietário do solo - *in casu*, o recorrente - nos resultados da lavra, segundo dispuser a lei (f. 168-v./169-TJ).

Ora, no caso, inequívoca a indireta responsabilidade do agravante pela exploração minerária diretamente realizada em sua propriedade pela empresa Mundo Mineração Ltda.

É que, no “contrato de locação de imóvel para exploração de minério” por ele celebrado com dita empresa, expressamente pactuado restou que:

Cláusula Terceira - Do aluguel

O valor do aluguel estabelecido para esta locação é de R\$9.411,76 (nove mil, quatrocentos e onze reais e setenta e seis centavos) mensais, o qual deverá ser pago até o quinto dia útil de cada mês subsequente ao mês vencido, na forma de cheque nominal ao locador, que será entregue ao representante legal do mesmo que, por sua vez, emitirá o recibo de pagamento correspondente.

Parágrafo primeiro: As partes desde já convencionam que a partir do mês em que for efetivada a primeira operação de comercialização de minérios extraídos do imóvel pela locatária, data esta que deverá ser imediatamente comunicada ao locador, o valor do aluguel será reajustado para R\$7.058,82 (sete mil e cinquenta e oito reais e oitenta e dois centavos) mensais, acrescido dos *royalties* devidos aos proprietários do imóvel, nos termos do Código de Mineração, correspondente a cinquenta por cento do valor total devido aos Estados, Distrito Federal, Municípios e órgãos da administração direta da União, a título de compensação financeira pela exploração de recursos minerais e calculados na forma da lei.

[...]

Cláusula Quarta - Do compromisso de constituição de servidão sobre o imóvel

Considerado que, para a constituição de servidão sobre o imóvel, o locador depende unicamente da expedição de alvará pelo juízo da 2ª Vara de Família e Sucessões de Belo Horizonte, Minas Gerais, tão logo o referido alvará seja expedido, o locador compromete-se a celebrar escritura de servidão sobre a área do imóvel em favor da locatária, ficando acertado entre as partes que as servidões indicadas na presente cláusula e na cláusula primeira, parágrafo segundo ao presente serão constituídas por escritura única, na forma do Anexo D ao presente. O preço a ser pago pela locatária a título de indenização pelas servidões a serem constituídas nos termos da presente cláusula e da cláusula primeira, parágrafo segundo, único e integral, será o montante equivalente em reais a US\$165.000,00 (cento e sessenta e cinco mil dólares americanos), segundo a cotação oficial PTAX divulgada pelo Banco Central de até 5 dias úteis antes da data da assinatura da escritura.

[...]

Cláusula Sétima - Da vistoria

O locador reserva-se o direito de vistoriar o imóvel ora alugado, desde que comunique por escrito a locatária, com a antecedência de 72 (setenta e duas) horas, indicando os dados pessoais do representante dele, locador, que irá vistoriar o imóvel. A referida vistoria não implicará qualquer aprovação ou concordância com eventuais irregularidades cometidas pela locatária.

Não tendo o agravante optado pela renúncia de que fala o art. 12, II, do Código de Mineração (DL nº 227/1967), tendo, ao contrário, inequivocamente

deliberado pelo exercício de seu direito à participação nos resultados da lavra enquanto proprietário do solo objeto da exploração de recursos minerais (art. 11, b, DL nº 227/1967), inexorável seu enquadramento, enquanto responsável indireto por essa atividade causadora de degradação ambiental, no conceito de “poluidor” dado pelo art. 3º, IV, da Lei nº 6.938/1981, o quanto basta para legitimá-lo a responder à ação civil pública que visa coibir e reparar os danos provocados ao meio ambiente por dita atividade, notadamente aqueles relacionados às barragens de contenção ou armazenamento de resíduos ou rejeitos instaladas no imóvel explorado.

E, vale gizar, dita legitimidade passiva ainda mais se avulta diante da constatação de que, como acertadamente apontado pelo agravado, ao agravante não é lícito se omitir diante dos graves danos ambientais descortinados porque, “além do dever legal de vigilância e prevenção, restou contratualmente assegurado o direito de vistoria do proprietário, inclusive com a possibilidade de manifestar sua discordância quanto às irregularidades praticadas pela locatária” (f. 162).

Em todo caso, se a Carta Magna impõe indistintamente a todos o dever de defender e preservar o meio ambiente (art. 225, *caput*, CF/88) e se já pacificado pelo c. Tribunal da Cidadania que “a obrigação de reparação dos danos ambientais é *propter rem*” (REsp nº 1.090.968/SP, 1º T/STJ, Rel. Min. Luiz Fux, DJe de 03.08.2010), indiscutível a responsabilidade solidária do superficiário pela reparação dos eventuais danos ambientais gerados pela empresa de mineração titular do direito de lavra em sua propriedade, o que inapelavelmente o legitima a figurar no polo passivo da ação civil pública de natureza ambiental destinada a prevenir e/ou a recuperar tais danos.

Por elucidativo, trago à colação, no que aqui interessa, o seguinte trecho de aresto do Superior Tribunal de Justiça:

5. Esta Corte Superior possui entendimento pacífico no sentido de que a *responsabilidade civil pela reparação dos danos ambientais adere à propriedade, como obrigação propter rem*, sendo possível cobrar também do atual proprietário condutas derivadas de danos provocados pelos proprietários antigos. [...] 8. Pelo princípio da intranscendência das penas (art. 5º, inc. XLV, CR/88), aplicável não só ao âmbito penal, mas também a todo o Direito Sancionador, não é possível ajuizar execução fiscal em face do recorrente para cobrar multa aplicada em face de condutas imputáveis a seu pai. 9. Isso porque a aplicação de penalidades administrativas não obedece à lógica da responsabilidade objetiva da esfera cível (para reparação dos danos causados), mas deve obedecer à sistemática da teoria da culpabilidade, ou seja, a conduta deve ser cometida pelo alegado transgressor, com demonstração de seu elemento subjetivo, e com demonstração do nexo causal entre a conduta e o dano. 10. A diferença entre os dois âmbitos de punição e suas consequências fica bem estampada da leitura do art. 14, § 1º, da Lei nº 6.938/81, segundo o qual “[s]em obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo [entre elas, frise-se, a multa], é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a

indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade'. 11. O art. 14, *caput*, também é claro: '[s]em prejuízo das penalidades definidas pela legislação federal, estadual e municipal, o não cumprimento das medidas necessárias à preservação ou correção dos inconvenientes e danos causados pela degradação da qualidade ambiental sujeitará os transgressores: [...]'. 12. Em resumo: a aplicação e a execução das penas limitam-se aos transgressores; a reparação ambiental, de cunho civil, a seu turno, pode abranger todos os poluidores, a quem a própria legislação define como 'a pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, responsável, direta ou indiretamente, por atividade causadora de degradação ambiental' (art. 3º, inc. V, do mesmo diploma normativo). 13. Note-se que nem seria necessária toda a construção doutrinária e jurisprudencial no sentido de que a obrigação civil de reparar o dano ambiental é do tipo *propter rem*, porque, na verdade, a própria lei já define como poluidor todo aquele que seja responsável pela degradação ambiental - e aquele que, adquirindo a propriedade, não reverte o dano ambiental, ainda que não causado por ele, já seria um responsável indireto por degradação ambiental (poluidor, pois). 14. Mas fato é que o uso do vocábulo 'transgressores' no *caput* do art. 14, comparado à utilização da palavra 'poluidor' no § 1º do mesmo dispositivo, deixa a entender aquilo que já se podia inferir da vigência do princípio da intranscendência das penas: *a responsabilidade civil por dano ambiental é subjetivamente mais abrangente do que as responsabilidades administrativa e penal, não admitindo estas últimas que terceiros respondam a título objetivo por ofensas ambientais praticadas por outrem* (REsp nº 1.251.697/PR, 2ª T/STJ, Rel. Min. Mauro Campbell, DJe de 17.04.2012 - ementa parcial) (Grifei).

Mutatis mutandis, aqui aplicável o seguinte precedente deste eg. Supremo Tribunal Estadual:

Agravo de instrumento. Ação civil pública dano ambiental. Mineração. Liminar. Apresentação de plano de recuperação de área degradada. Proprietária do terreno. Responsabilidade solidária entre todos os envolvidos [...] Se a própria agravante reconhece a existência de dano ambiental em área de sua propriedade, somente sustentando que não é a responsável direta pelo mesmo, deve ser mantida a liminar que determinou a apresentação de Plano de Recuperação de Área Degradada atualizado, mormente porque a jurisprudência do colendo STJ é uníssona no sentido de que a não influência direta no dano ambiental não implica a ausência de responsabilidade de reparação, já que esta é solidária entre o proprietário e os efetivos causadores do dano (Al nº 1.0567.10.004990-5/001, 1ª Câmara Cível/TJMG, Rel. Des. Armando Freire, DJ de 07.10.2011 - ementa parcial).

E, ainda, esse outro do eg. TJSP:

Ação civil pública. Exploração irregular de atividade de mineração. Responsabilidade da empresa e dos sócios e do proprietário da área e arrendante. [...] Responsabilidade objetiva e obrigação *propter rem* (Ap nº 9158372-79.2009.8.26.0000, Câmara Reservada ao Meio Ambiente / TJMG, Rel. Des. Antonio Celso Aguilar Cortez, j. em 28.04.2011 - ementa parcial).

A propósito, no voto condutor desse precedente paulista, assentou o em. Relator:

Tratando-se, ademais, de responsabilidade objetiva e obrigação *propter rem*, há legitimidade passiva de todos os sócios e do titular da posse ou da propriedade. Irrelevante, perante o direito difuso ao meio ambiente equilibrado, que contratualmente alguém tenha assumido para si a responsabilidade pelos danos ambientais e/ou sua regularização.

Nesse contexto, tenho por incensurável a decisão recorrida.

Isso posto, nego provimento ao recurso.

Custas recursais, pelo agravante.

É como voto.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES WILSON BENEVIDES e ALICE BIRCHAL.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Ação - Autor - Falecimento - Inventário não aberto - Substituição processual por todos os herdeiros - Litisconsórcio ativo necessário - Art. 12 c/c art. 47, CPC/73 - Regularização - Oportunidade - Ausência - Sentença - Insustentabilidade - Cassação

Ementa: Processual civil. Ação de indenização. Desapropriação e lucros cessantes. Falecimento do autor. Substituição. Herdeiros. Litisconsorte passivo necessário. Ausência de regularização. Nulidade. Cassação da sentença.

- Vindo a parte autora a falecer no curso da ação, e não tendo sido aberto o inventário, a sucessão processual deve ser feita por todos os herdeiros do *de cujus*.

V.v.p.: - Apelação Cível/Reexame Necessário. Ação de indenização. Falecimento da parte autora no curso da ação. Inventário não aberto. Substituição por todos os herdeiros. Oportunização à parte. Descumprimento. Ausência de pressuposto de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo. Extinção sem resolução de mérito.

- Oportunizada a correção do polo ativo, e quedando-se a parte inerte, o feito deve ser extinto, por ausência de pressuposto de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo, bem como por ilegitimidade.

3. Sentença reformada, no reexame necessário conhecido de ofício.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0392.09.016848-6/001 - Comarca de Malacacheta - Apelante: Departamento de Estradas de Rodagem de Minas Gerais - DER/MG

- **Apelado: Espólio de Cristalino Dias - Relator: DES. FERNANDO DE VASCONCELOS LINS (JUIZ DE DIREITO CONVOCADO)**

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em DESCONSTITUIR A SENTENÇA, NO REEXAME NECESSÁRIO, PREJUDICADO O APELO VOLUNTÁRIO, VENCIDA PARCIALMENTE A SEGUNDA VOGAL.

Belo Horizonte, 9 de junho de 2016. - *Fernando de Vasconcelos Lins* (Juiz de Direito convocado)

Notas taquigráficas

DES. FERNANDO DE VASCONCELOS LINS (JUIZ DE DIREITO CONVOCADO) - Trata-se de Recurso de Apelação interposto contra a sentença prolatada pela magistrada Aline Gomes dos Santos Silva, f. 198/201v-TJ, nestes autos de ação de indenização ajuizada por Cristalino Dias em desfavor do DER/MG - Departamento de Estradas de Rodagem de Minas Gerais, que julgou parcialmente procedente o pedido exordial, condenando o requerido ao pagamento dos “lucros cessantes, pelo requerente experimentados, correspondentes a sua renda média mensal, no período de 24 (vinte e quatro) meses, valorados em liquidação de sentença por arbitramento”.

Inconformado e pugnando pela reforma, f. 204/206-TJ, alega o Estado de Minas Gerais inexistir restaurante ou “qualquer empreendimento comercial na área desapropriada”, descabendo falar em lucros cessantes, “sob pena de enriquecimento sem causa do autor/apelado”, argumentando, outrossim, que a “pavimentação da rodovia só lhe renderia ganhos, e não perda”.

Contrarrazões, f. 211-TJ.

Determinado o retorno dos autos à origem, para suspensão do feito e regularização do polo ativo da demanda, tendo em vista a informação de falecimento do autor, f. 218-TJ.

Na f. 245-TJ, os autos foram recebidos, acrescidos de procurações e documentos de três herdeiros, renovando-se a remessa dos autos à origem, para atendimento ao comando judicial de f. 218-TJ (f. 251-TJ).

Por meio de petição, f. 255-TJ, restou informada a ausência de abertura de inventário, bem como a impossibilidade de citação dos demais herdeiros, os quais estariam em lugar incerto e não sabido.

É o relatório.

De ofício, conheço do reexame necessário, ex vi do disposto no art. 475, I, do CPC, e do recurso voluntário, presentes os pressupostos de admissibilidade.

Contudo, há questão prejudicial a ser analisada de pronto.

Trata-se, a espécie, de Ação de Indenização proposta por Cristalino Dias em face do DER/MG,

objetivando o recebimento de indenização pela desapropriação de seu imóvel, bem como o pagamento de lucros cessantes, advindos do pequeno restaurante que possuía no local.

Contestada a demanda, realizada audiência de instrução e julgamento, restou informado o falecimento do autor, determinando a Julgadora primeva a juntada de certidão de óbito, ao que se seguiu a prolação da sentença.

Neste contexto, conforme dispõe o art. 12, do CPC:

Art. 12. Serão representados em juízo, ativa e passivamente:

[...]

V - o espólio, pelo inventariante.

[...]

§ 1º Quando o inventariante for dativo, todos os herdeiros e sucessores do falecido serão autores ou réus nas ações em que o espólio for parte.

Na hipótese, tendo em vista a ausência de abertura de inventário, tal como informado na peça de f. 255-TJ, incabível que a representação do espólio seja feita, exclusivamente, pelo filho Walington Dias da Silva, constando da certidão de óbito de f. 196-TJ outros sete herdeiros que deveriam compor o polo ativo da demanda.

Por certo, não restam dúvidas acerca da necessidade do litisconsórcio, na conformidade do disposto no art. 47 do CPC, segundo o qual:

Há litisconsórcio necessário quando, por disposição de lei ou pela natureza da relação jurídica, o juiz tiver de decidir a lide de modo uniforme para todas as partes; caso em que a eficácia da sentença dependerá da citação de todos os litisconsortes no processo.

Destarte, não há como subsistir a sentença de f. 198/201v-TJ, diante da pendência na regularização do polo ativo da demanda, valendo colacionar, a respeito, decisão deste Tribunal, como segue:

Apelação. Embargos à execução. Extinção do processo sem julgamento do mérito. Ausência de procuração. Vício sanável. Art. 13, I, CPC. Falta de intimação do patrono do embargante. Posterior juntada da procuração. Prosseguimento do feito. Julgamento no juízo *ad quem*. Possibilidade. Art. 515, § 3º, do CPC. Espólio representado por inventariante dativo. Litisconsórcio necessário dos herdeiros. Art. 12 c/c art. 47 do CPC. Inclusão posterior no feito. Momento processual. - O art. 13, I, CPC, assegura a abertura de prazo razoável para o afastamento de vícios presentes na representação dos litigantes, como ocorre nos casos de ausência de procuração. - Tendo sido juntada aos autos a devida procuração, dá-se o prosseguimento do feito, porque sanável a irregularidade de representação. Os herdeiros do *de cujus* são litisconsortes necessários nas ações quando o espólio estiver representado por inventariante dativo, nos termos do art. 12 do CPC. Isso porque a ausência dos herdeiros na lide induzirá à ineficácia da sentença, consoante orientação do art. 47 do mesmo diploma legal. O vício da ausência de inclusão dos litisconsortes necessários poderá ser sanado até a sentença, suprimindo, assim, eventual falha na formação do processo” (Apelação Cível nº 2.0000.00.480293-7/000, Relator Des.

Afrânio Vilela, j. em 02.02.2005, publicação da súmula em 19.02.2005).

Posto isto, no reexame necessário, desconstituo a d. sentença, determinando-se o retorno dos autos ao juízo de origem para regularização do polo ativo da demanda, restando prejudicado o recurso voluntário.

Custas, *ex lege*.

DES. VERSIANI PENNA - De acordo com o Relator.

DES.^a ÁUREA BRASIL - Manifesto-me de acordo com o il. Relator no tocante ao conhecimento, de ofício, do reexame necessário.

Não obstante, peço vênia para ousar divergir parcialmente de seu judicioso voto, pelas razões que passo a expor.

De fato, tendo havido o óbito do autor, faz-se cogente a sucessão processual, com a inclusão, na espécie, de todos os herdeiros do *de cujus*, ante a ausência de abertura do inventário, em consonância com o art. 43 do CPC/73 - vigente à época do acontecimento.

A manutenção apenas do filho Walington Dias da Silva é, com efeito, descabida, já que ele não ostenta a qualidade de representante do espólio, afigurando-se imprescindível que o autor originário seja substituído por todos os herdeiros.

E, compulsando os autos, vê-se que foi facultada à parte a regularização do polo ativo por duas vezes (cf. despachos do il. Relator, às f. 218 e 251), vindo o causídico do falecido, em nome do "espólio", insistir no argumento de que Walington Dias da Silva o representa, e que a citação dos demais herdeiros seria prescindível (cf. f. 255).

Desse modo, não tendo a parte providenciado a regularização do polo ativo da demanda, mesmo depois de oportunizada a sua correção, tenho que o feito deve ser extinto, por ausência de pressuposto de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo, bem como por ilegitimidade, fazendo-se despicienda a remessa dos autos ao juízo de origem.

Em casos similares, já decidiu este eg. TJMG:

Processual civil. Mandado de segurança. Falecimento da impetrante. Intimação dos sucessores para fins de substituição processual. Inércia. Falta de pressuposto de constituição e de desenvolvimento válido e regular do feito. Extinção do processo. 1 - Ocorrido o falecimento da parte autora, e não providenciada a regularização da representação processual pelos sucessores mediante pedido de habilitação (CPC, art. 1.056, inc. II), é de declarar a extinção do feito, com amparo na ausência de pressuposto de constituição e de desenvolvimento válido e regular (idem, art. 267, inc. IV). 2 - Processo extinto de ofício, sem resolução do mérito, e recurso prejudicado. (TJMG - Apelação Cível nº 1.0024.07.385767-4/001, Relator: Des. Edgard Penna Amorim, 8ª Câmara Cível, j. em 28.11.2013, publicação da súmula em 09.12.2013).

Remessa oficial e apelação cível voluntária. Ação cominatória. Falecimento da autora. Intimação do espólio para a substituição processual. Inércia. Extinção do processo sem resolução do mérito. Processo extinto. 1 - A ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo, justifica a extinção do processo sem resolução de mérito, nos termos do art. 267, IV, do CPC. 2 - Falecendo a parte autora e ausente a regularização da representação processual pelos seus sucessores ou espólio, os quais, intimados, não cumpriram a diligência, impõe-se a extinção do processo sem resolução de mérito por falta de condições para válido prosseguimento do mesmo. 3 - Remessa oficial e apelação cível voluntária conhecidas e, de ofício, decretada a extinção do processo sem resolução do mérito (TJMG - Ap. Cível/Reexame Necessário nº 1.0145.07.423762-2/001, Relator Des. Caetano Levi Lopes, 2ª Câmara Cível, j. em 22.01.2013, publicação da súmula em 1º.02.2013).

Apelação cível. Ação de indenização. Falecimento do autor. Intimação para os fins de habilitação dos sucessores. Artigos 43 e 1.055 do CPC. Regularização processual. Ausência. Extinção do processo sem julgamento de mérito. - A inércia do procurador da autora da ação indenizatória, falecida no curso do feito, em viabilizar a habilitação dos sucessores da mesma, conquanto intimado reiteradamente para tal fim, impõe a extinção do processo sem julgamento do mérito, com fulcro no art. 267, inciso VI, do Código de Processo Civil (TJMG - Apelação Cível nº 1.0556.02.001601-1/001, Relator Des. Armando Freire, 1ª Câmara Cível, j. em 09.09.2008, publicação da súmula em 17.10.2008).

Com tais considerações, renovando vênias, em Reexame Necessário, reformo a sentença, para julgar extinto o feito, sem resolução do mérito, com fulcro no art. 485, incisos IV e VI do CPC/15.

DES. MOACYR LOBATO - De acordo com o Relator.

DES. LUÍS CARLOS GAMBOGI - De acordo com o Relator.

Súmula - CASSARAM, DE OFÍCIO, A SENTENÇA, NO REEXAME NECESSÁRIO, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO, VENCIDA PARCIALMENTE A SEGUNDA VOGAL.

...

Uber - Mandado de segurança - Transporte de pessoas - Aplicativos de tecnologia móvel - Atividade econômica privada - Liberdade de exercício - Competência municipal - Poder de polícia - Fiscalização

Ementa: Agravo de instrumento. Mandado de segurança. Transporte de pessoas por meio de aplicativos. Atividade econômica privada. Medida liminar. Requisitos presentes.

- A liminar em mandado de segurança, nos termos do art. 7º, inc. III, da Lei Federal nº 12.016/09, deve ser

concedida quando houver demonstração de fundamento relevante e quando o ato impugnado puder resultar em ineficácia da medida, caso seja deferida a segurança pleiteada ao final.

- A Lei nº 10.900, de 8 de janeiro de 2016, extrapola os poderes de regulamentação inerentes ao Município de Belo Horizonte, já que afronta a liberdade constitucional de empreendedorismo privado.

- Não é razoável que o ente público, utilizando-se do poder de polícia, passe a impedir ou controlar invasivamente a celebração de contratos de transporte individual entre particulares.

AGRAVO DE INSTRUMENTO CÍVEL Nº 1.0000.16.017131-0/001 - Comarca de Belo Horizonte - Agravante: Diretor Geral do Departamento de Estradas de Rodagem do Estado de Minas Gerais - Agravado: Douglas Silva Reis - Relator: DES. DÁRCIO LOPARDI MENDES

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO, VENCIDO O SEGUNDO VOGAL.

Belo Horizonte, 16 de junho de 2016. - Dárcio Lopardi Mendes - Relator.

Notas taquigráficas

DES. DÁRCIO LOPARDI MENDES - Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo Diretor Geral do Departamento de Estradas e Rodagem do Estado de Minas Gerais, contra decisão proferida pelo MM. Juiz da 2ª Vara da Fazenda Pública e Autarquias da Comarca de Belo Horizonte, que, nos autos do mandado de segurança deferiu, em parte, a liminar pleiteada por Douglas Silva Reis, para determinar que as autoridades coatoras se abstenham de praticar, com fulcro na Lei nº 10.900/2016, do Município de Belo Horizonte, quaisquer atos ou medidas repressivas que coíbam o impetrante de exercer sua atividade econômica livremente, qual seja transporte de pessoas por meio do aplicativo Uber.

Em suas razões, alega o agravante que não foi demonstrado o *fumus boni iuris*, necessário para o deferimento da medida liminar; que independentemente de o serviço possuir natureza privada, está sujeito à fiscalização do poder concedente; que, independentemente de o transporte ser privado ou público, sendo intermunicipal, cabe ao DER/MG fiscalizar e controlar tal atividade, nos exatos termos do Decreto Estadual nº 44.035/05; que o DER/MG é responsável por manter as condições de operação das rodovias com conforto e segurança; que, havendo claro interesse público na atividade de transporte, ainda quando exercida por particulares, resta

evidenciada a necessidade de sua regulamentação pela Administração com base em seu poder de polícia; que, em momento algum, ocorre violação da liberdade ao exercício da atividade econômica do impetrante, que pode realizar o transporte intermunicipal de pessoas, desde que atendidas às exigências impostas pela autarquia estadual e normas legais pertinentes; que a Lei Estadual nº 19.445/11, ao cominar a sanção de apreensão do veículo, está em sintonia com o Código de Trânsito Brasileiro, que prevê tal sanção, bem como sua aplicação aos estados membros; que a liberação de veículos apreendidos pela fiscalização, ou, pior, a impossibilidade da administração de apreender determinados veículos, coloca em sério risco toda a coletividade.

Pede a concessão do efeito suspensivo e, ao final, requer seja dado integral provimento ao presente agravo de instrumento para revogar a decisão interlocutória que determinou a suspensão dos atos que tenham por finalidade reprimir o impetrante de exercer a sua atividade.

Ausente preparo recursal, visto que o agravante goza de isenção legal.

Recurso recebido apenas no efeito devolutivo em doc. de ordem 6.

A parte agravada apresentou contraminuta em doc. de ordem 7.

Em parecer, a Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo desprovimento do recurso.

Conheço do recurso, porquanto presentes seus pressupostos de admissibilidade.

A princípio, cumpre salientar que um número considerável de ações similares à presente foram distribuídas neste Tribunal de Justiça de Minas Gerais.

As respostas aos pedidos liminares formulados aos doutos Desembargadores deste Tribunal não são uniformes, variando a depender do relator sorteado.

Objetivando uniformizar as decisões conflitantes e privilegiar a segurança jurídica, o Ilustre Desembargador Renato Dresch suscitou o Incidente de Assunção de Competência de nº 1.0000.16.025020-5/001.

Sobre o tema, cumpre citar trechos relevantes ao caso em tela, retirados das lições de Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha, em *Curso de direito processual civil*, 13. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, v. 3:

Se já há uma divergência interna na jurisprudência do tribunal, deve ser instaurado o incidente de assunção de competência (p. 657).

[...] é possível haver a instauração do incidente de assunção de competência, cujo julgamento produz um precedente obrigatório a ser seguido pelo tribunal e pelos juízos a ele vinculados (p. 656).

Não se aplica ao incidente de assunção de competência o disposto no § 3º do art. 982 do CPC, não sendo possível haver a suspensão nacional de processos que tratem do mesmo tema, já que esta é uma regra direcionada à gestão e julgamento de casos repetitivos, não se aplicando à assunção de competência (p. 669).

Com base no exposto, mesmo diante da previsão do art. 926 do CPC de que “os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”, não há a suspensão dos processos em curso, devendo tais processos ser julgados, mesmo que de forma desuniforme.

Sendo assim, até que haja o julgamento do Incidente de Assunção de Competência de nº 1.0000.16.025020-5/001 pela Primeira Seção Cível deste Tribunal de Justiça, cabe a este Magistrado julgar o tema, com base em suas próprias convicções jurídicas e interpretações normativas.

Feitas tais considerações, passo à análise do mérito recursal.

Como cediço, o mandado de segurança, de acordo com o previsto no art. 5º, inc. LXIX, da CR/88, visa proteger direito líquido e certo do impetrante, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, contra ato de autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições públicas, eivado de ilegalidade ou abuso de poder.

Constitui requisito de admissibilidade do mandado de segurança a prova pré-constituída do direito líquido e certo do qual o impetrante alega ser detentor, não comportando, portanto, dilação probatória.

Assim, a petição deverá necessariamente vir acompanhada dos documentos necessários à comprovação dos fatos alegados, sob pena de indeferimento do mandado de segurança, de plano, ou denegação da ordem rogada.

Ademais, estabelece o inc. III do art. 7º da Lei 12.016/09 que, ao despachar a 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.

Dessa forma, para a concessão da medida liminar em mandado de segurança, devem concorrer dois requisitos: o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*. Ausente qualquer deles, não há que se deferir liminarmente a segurança pleiteada.

Nesse sentido é lição de Hely Lopes Meirelles (*Mandado de segurança*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, p. 78):

A liminar não é uma liberalidade da Justiça; é medida acauteladora do direito do impetrante, que não pode ser negada quando ocorrem seus pressupostos como, também, não deve ser concedida quando ausentes os requisitos de sua admissibilidade.

Pois bem.

Da análise acurada da questão, tenho que a decisão agravada deve ser mantida, pois verifico que os requisitos necessários para a concessão da medida liminar requerida foram devidamente preenchidos. Vejamos.

Inicialmente, cumpre ressaltar que o presente recurso envolve tema de grande interesse e repercussão social, cuja decisão repercute na rotina dos usuários.

O aplicativo de transporte privado de pessoas, Uber, originou-se da demanda das grandes capitais por alternativas rápidas de locomoção, aliadas à inserção dos meios eletrônicos na vida cotidiana e às facilidades advindas do uso de celulares e *tablets*.

A organização do mundo moderno, aliada à criatividade humana, dão origem a novos acontecimentos em uma velocidade superior à capacidade dos legisladores de prevê-los.

É inegável que as novidades não planejadas pelos entes legislativos, e que recebem grande aceitação social, atacam o ímpeto regulatório.

Nessa toada, foi editada a Lei Municipal nº 10.900/2016, cujo inteiro teor ora transcrevo:

Lei nº 10.900, de 08 de janeiro de 2016

Dispõe sobre o credenciamento de pessoas jurídicas que operam e/ou administram aplicativos destinados à captação, disponibilização e intermediação de serviços de transporte individual remunerado de passageiros no Município de Belo Horizonte; sobre dispositivos de segurança e controle da atividade; sobre penalidades e dá outras providências.

O Povo do Município de Belo Horizonte, por seus representantes, decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

CAPÍTULO I

DISPOSIÇÕES GERAIS

Art. 1º - Esta lei estabelece normas sobre o credenciamento de pessoas jurídicas que operam e/ou administram aplicativos baseados em dispositivos de tecnologia móvel ou quaisquer outros sistemas georreferenciados destinados à captação, disponibilização e intermediação de serviços de transporte individual remunerado de passageiros no Município, bem como sobre os dispositivos de segurança e controle da atividade e as penalidades aplicáveis em caso de descumprimento.

CAPÍTULO II

DO CREDENCIAMENTO

Art. 2º - A utilização dos aplicativos a que se refere esta lei está condicionada ao prévio credenciamento do respectivo operador e/ou administrador junto à Empresa de Transportes e Trânsito de Belo Horizonte S.A. - BHTrans.

§ 1º - O credenciamento de que trata o caput deste artigo aplica-se exclusivamente aos serviços de transporte individual remunerado de passageiros devidamente licenciados pela BHTrans.

§ 2º - Para fins de credenciamento, a pessoa jurídica interessada deverá firmar termo de declarações e obrigações relativas à prestação dos serviços e apresentar, sem prejuízo de outros exigidos em regulamento próprio editado pela BHTrans, os seguintes documentos:

I - comprovante de inscrição no cadastro de contribuintes municipal pertinente ao seu ramo de atividade e compatível com o objeto contratual (prestação ou agenciamento de serviços de transporte);

II - comprovantes de regularidade fiscal.

CAPÍTULO III

DOS DISPOSITIVOS DE SEGURANÇA E CONTROLE DA ATIVIDADE

Art. 3º - As pessoas jurídicas credenciadas pela BHTrans ficam obrigadas a:

I - cadastrar e disponibilizar exclusivamente condutores e veículos licenciados pela BHTrans ou por Município conveniado;

II - disponibilizar, em Belo Horizonte, somente corridas iniciadas no Município ou em Município conveniado;

III - assegurar ao usuário as opções de pagamento com cartão de débito ou crédito;

IV - disponibilizar ao usuário a funcionalidade de avaliação do condutor e da prestação do serviço;

V - registrar e manter, por 6 (seis) meses, todos os despachos com origem georreferenciada da corrida, data, hora, placa do veículo de atendimento, tipo do serviço e operador;

VI - disponibilizar à BHTrans a base de dados operacionais gerada pelo aplicativo, comprometendo-se a atualizar e fornecer todas as informações solicitadas por esta.

Art. 4º - Os serviços de transporte individual remunerado de passageiros licenciados pela BHTrans deverão contar com dispositivos de segurança e controle que possibilitem a identificação prévia dos condutores, bem como os registros dos horários, locais e valores cobrados a cada serviço prestado.

Parágrafo único - Todos os veículos autorizados a prestar serviços de transporte individual remunerado de passageiros no Município deverão estar dotados de sistema de biometria que permita a identificação do condutor antes de cada viagem realizada.

CAPÍTULO IV DAS PENALIDADES

Art. 5º - A utilização de aplicativos para captação, disponibilização e intermediação de serviços de transporte individual remunerado de passageiros em desacordo com o disposto nesta lei sujeitará as pessoas jurídicas referidas em seu art. 1º à aplicação de multa administrativa no valor de R\$30.000,00 (trinta mil reais), sem prejuízo das demais sanções cabíveis, notadamente as previstas na Lei Municipal nº 10.309, de 21 de novembro de 2011.

Parágrafo único - Em caso de reincidência, a multa prevista no caput deste artigo terá seu valor aplicado em dobro.

Art. 6º - O descumprimento das obrigações dispostas no art. 4º desta lei sujeitará o infrator às penalidades descritas em regulamento próprio.

CAPÍTULO V DISPOSIÇÕES FINAIS

Art. 7º - Compete à BHTrans regulamentar esta lei, mediante portaria, no prazo de 60 (sessenta) dias.

Art. 8º - Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

Belo Horizonte, 08 de janeiro de 2016

Márcio Araujo de Lacerda

Prefeito de Belo Horizonte

Observa-se que a citada Lei atribui à BHTrans não só a função de fiscalizar o serviço prestado pelo Uber, mas dá a ela poder de ingerência na organização interna do aplicativo, atribuindo-lhe, exclusivamente, a escolha daqueles que podem prestar serviço para a empresa, além de estabelecer a forma de pagamento do serviço.

Ora, não se deve perder de vista o fato principal para a correta análise e deslinde da presente demanda: o Uber é atividade econômica privada, e a legislação municipal transcrita impede a livre utilização de seu produto econômico.

A Constituição Federal, em seus arts. 5º, XIII, e 170 e seu parágrafo único, prega a livre iniciativa, livre concorrência e liberdade de profissão.

Nesse sentido, acentua Alexandre de Moraes:

A ordem econômica constitucional (CF, arts. 170 a 181), fundada na valorização do trabalho humano e da livre iniciativa, assegura a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos expressamente previstos em lei e tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os princípios previstos no art. 170 (*Direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Atlas, p. 594).

Dessa forma, não é razoável ou proporcional que o ente público, ao invés de fiscalizar os requisitos indispensáveis para a realização do transporte de pessoas, passe a impedir ou controlar invasivamente a celebração de contratos de transporte individual entre particulares.

Assim, saltam aos olhos dispositivos da citada lei que afrontam a liberdade constitucional de empreendedorismo privado.

Ressalta-se que não há falar que o deferimento da liminar pleiteada configura impedimento do exercício do poder de polícia pelo Município de Belo Horizonte, DER/MG ou BHTrans.

Isso porque, embora seja indiscutível que os entes públicos devem exercer vigilância sobre o transporte de pessoas em proveito da segurança comum, no presente caso, essa vigilância deve se restringir à fiscalização das condições de conservação e segurança do veículo, regularidade documental, obediência das leis de trânsito etc.

Quanto à comparação entre o serviço de táxi e Uber, revela-se descabido igualar as duas modalidades de transporte.

A atividade exercida por taxistas configura transporte público individual, previsto no art. 4º, VIII da Lei nº 12.587/12, que goza de prerrogativas não estendidas ao Uber, por exemplo: ter o serviço contratado diretamente na rua, possuir pontos em locais estratégicos, poder trafegar em corredores de ônibus, adquirir veículos com isenção fiscal.

Também não merece prosperar a comparação com os chamados “perueiros”, pois esses exercem atividade de transporte coletivo.

Frente ao relatado, entendo que a Lei 10.900, de 8 de janeiro de 2016, extrapola os poderes de regulamentação inerentes ao Município de Belo Horizonte, estando presente, pois, o *fumus boni iuris*.

No que tange ao *periculum in mora*, tem-se que, no atual momento econômico brasileiro, o transporte de pessoas por meio do Uber costuma ser a única atividade remunerada exercida pelos motoristas, significando a origem da verba alimentar indispensável à sobrevivência e vida digna do autor.

Dessa forma, sendo demonstrados, nos autos, os requisitos necessários à concessão da liminar em mandado de segurança, deve a mesma ser deferida.

Diante do exposto, firme nas razões ora aduzidas, nego provimento ao recurso, para manter a decisão primeva.

Custas, *ex lege*.

DES.ª HELOISA COMBAT - De acordo com o Relator.

DES. RENATO DRESCH - Peço vênia para divergir do eminente Relator, pelos fundamentos que passo a expor.

Inicialmente, cumpre transcrever o pedido formulado pelo impetrante nos autos do mandado de segurança, que consistiu em requerer que fosse determinado às

autoridades coatoras apontadas, assim como todos os órgãos, departamentos e agentes subordinados a elas, se abstenham de praticar quaisquer atos ou medidas repressivas que coíbam o impetrante de exercer sua atividade econômica livremente, sob pena de multa diária a ser fixada por esse MM. Juízo, conforme seu prudente arbítrio.

A liminar pretendeu a antecipação deste pedido.

Não se trata aqui de impugnação a determinado dispositivo legal que julgou abusivo, mas de pedido de irrestrita liberdade do exercício da atividade econômica.

A concessão da liminar, neste caso, implicará a total impossibilidade de fiscalização da atividade econômica exercida pelo impetrante, o que não se compatibiliza com a Constituição da República.

O art. 30, inciso I, da Constituição da República estabelece a competência do Município para legislar sobre assuntos de interesse local.

É inquestionável a competência do Município de Belo Horizonte para regulamentar as atividades econômicas exercidas pelos particulares em seu território, podendo, no exercício do poder de polícia, condicionar e restringir atividades e direitos individuais.

Do mesmo modo, ao DER/MG cabe a fiscalização do “transporte rodoviário intermunicipal e o metropolitano de pessoas a título precário, caracterizado como fretamento contínuo ou eventual”, nos termos do Decreto Estadual nº 44.035/05.

Hely Lopes Meirelles ensina que:

A razão do poder de polícia é a necessidade de proteção do interesse social, e seu fundamento está na supremacia geral que a Administração Pública exerce, em seu território, sobre todas as pessoas, bens e atividades - supremacia que se revela nos mandamentos constitucionais e nas normas de ordem pública, que a cada passo opõem condicionamentos e restrições aos direitos individuais em favor da coletividade, incumbindo ao Poder Público seu policiamento administrativo (MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito municipal brasileiro*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 482).

Utilizando-se do poder de polícia, o município pode editar normas limitadoras e condicionadoras das condutas que afetem a coletividade, buscando a garantia da segurança e do interesse público.

Para José dos Santos Carvalho Filho:

É bastante amplo o círculo em que se pode fazer presente o poder de polícia. Com efeito, qualquer ramo de atividade que possa contemplar a presença do indivíduo rende ensejo

à intervenção restritiva do Estado. Em outras palavras, não há direitos individuais absolutos a esta ou àquela atividade, mas ao contrário, deverão estar subordinados aos interesses coletivos. Daí poder dizer-se que a liberdade e a propriedade são sempre direitos condicionados, visto que sujeitos às restrições necessárias à sua adequação ao interesse público (CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 84).

Desse modo, ainda que não se trate de um serviço público concedido ao particular, a atividade puramente particular se sujeita ao poder de polícia se dela resultar impacto para a sociedade.

O poder de polícia, para sua validade, deve observar algumas condições que se aplicam aos atos administrativos da maneira geral. Sobre as condições de validade do ato de polícia, confira-se a lição de Hely Lopes Meirelles:

As condições de validade do ato de polícia são as mesmas do ato administrativo comum - ou seja, a competência, a finalidade e a forma, acrescidas da proporcionalidade da sanção e da legalidade dos meios empregados pela Administração. A competência, a finalidade e a forma são condições gerais de eficácia de todo ato administrativo, a cujo gênero pertence a espécie ato de polícia (Op. cit., p. 491).

No caso deste recurso, discute-se a abusividade dos atos normativos do Município de Belo Horizonte que condicionam a atividade do prestador de serviço particular de transporte de passageiros.

A Lei Municipal nº 10.900/16, que dispôs sobre o credenciamento de pessoas jurídicas que operam e/ou administram aplicativos destinados à captação, disponibilização e intermediação de serviços de transporte individual remunerado de passageiros no Município de Belo Horizonte, vem a ser norma que regulamenta a atividade das pessoas jurídicas que disponibilizam os aplicativos relacionados ao transporte privado de passageiros, cujo cumprimento não cabe ao condutor do veículo.

Através da Portaria nº 054, de 31 de março de 2016, a BHTrans regulamentou a Lei Municipal nº 10.900/16 e estabeleceu os critérios de credenciamento para os “operadores e/ou administradores de aplicativos baseados em dispositivos de tecnologia móvel ou quaisquer outros sistemas georreferenciados destinados à captação, disponibilização e intermediação de serviços de transporte individual remunerado de passageiros no âmbito do Município de Belo Horizonte”.

Ao agravado cumprirá, por imposição da legislação municipal, se credenciar como prestador de serviços de transporte privado individual de passageiros, observando os regulamentos próprios.

É evidente a competência do Município de Belo Horizonte para legislar sobre assuntos de interesse local e regulamentar as atividades econômicas dos particulares no âmbito de sua competência, bem como do DER/MG quanto à fiscalização do “transporte rodoviário intermunicipal e o metropolitano de pessoas a título precário,

caracterizado como fretamento contínuo ou eventual”, nos termos do Decreto Estadual nº 44.035/05.

O que se questiona aqui não é a vedação a uma atividade privada, mas o impedimento ao exercício do poder de polícia pelo Município de Belo Horizonte e pelo DER/MG.

Do mesmo modo, não se trata aqui de regulamentação de trânsito, matéria de competência da União, como sustenta o agravado. Regulamentação de trânsito é a elaboração de normas relativas à circulação de veículos e pessoas, e não se confunde com a regulamentação de uma atividade privada de transporte de passageiros.

Diante do exposto, divirjo do eminente Relator, para dar provimento ao recurso e indeferir a liminar concedida nos autos do mandado de segurança.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO, VENCIDO O SEGUNDO VOGAL.

...

Contrato de compra e venda - Lesão - Requisitos presentes - Nulidade - Vício - Decurso do tempo - Consolidação - Impossibilidade - Decadência - Inaplicabilidade - *Status quo ante* - Retorno

Ementa: Apelação cível. Ação declaratória. Nulidade de contrato de compra e venda. Decadência. Inaplicabilidade. Código Civil. Lesão. Requisitos objetivo e subjetivo. Prova. Consequência. Retorno ao *status quo ante*.

- Tratando-se de vícios que causam a nulidade do negócio jurídico, não é possível a consolidação do vício pelo decurso do tempo, não se aplicando o instituto da decadência.

- Reconhece-se a nulidade de contrato firmado quando presente o vício da lesão, que torna o objeto do contrato ilícito. Para o reconhecimento da lesão, é necessária a presença do requisito objetivo, percepção de lucro patrimonial de um dos contratantes excedente a um quinto do justo ou corrente valor, e do requisito subjetivo, dolo de aproveitamento da parte lesante em relação ao lesado.

- Declarada a nulidade do contrato em razão da lesão, as partes devem retornar ao *status quo ante*, mediante não apenas a devolução do imóvel ao lesado, com a consequente restituição do valor por ele recebido, como também a indenização pelos valores que o lesado deixou de auferir com a exploração do imóvel.

V.v.: - O art. 178 do Código Civil de 2002 trata como decadencial o prazo de 04 (quatro) anos para anulação de negócio jurídico, sendo certo que o art. 178, § 9º, V, do Código Civil de 1916, seu correspondente legal, sujeitava o mesmo prazo (quatro anos) às regras da prescrição.

- Impõe-se o reconhecimento da prescrição se a ação anulatória de contrato, firmado na vigência do CC/16, foi ajuizada 04 (quatro) anos depois da celebração.

- A alegação de simulação de documento firmado ainda na vigência do CC/1916 não pode ser invocada pela parte com intuito de invalidá-lo. Incidência do princípio *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* (ninguém pode se beneficiar da própria torpeza). Precedente do STJ.

- Não há que se falar em lesão decorrente de usura, se as partes, em comum acordo, reduziram os juros remuneratórios previstos no contrato, restabelecendo o equilíbrio contratual.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0003.06.018686-7/007 - Comarca de Abre-Campo - Apelantes: Manoel Pereira Lima e sua mulher Maria Aparecida Salgado Lima, Maria Aparecida Salgado Lima - Apelados: Carlos Honorato Ferreira e sua mulher Hilda de Souza Matos, Hilda Matos Ferreira, José Castilho de Paula Reis e sua mulher Cláudia Caldeira Duarte, Cláudia Caldeira Duarte - Relator: DES. ALEXANDRE SANTIAGO

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 11ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em REJEITAR A PREJUDICIAL DE MÉRITO E DAR PROVIMENTO AO RECURSO, VENCIDO O 2º VOGAL.

Belo Horizonte, 18 de maio de 2016. - *Alexandre Santiago* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. ALEXANDRE SANTIAGO - Senhor Presidente, ouvi com atenção as sustentações orais proferidas da tribuna. Anoto que recebi memoriais, gentilmente ofertados pelos dois ilustres advogados que aqui sustentaram pelos seus constituintes e a eles dei a devida e costumeira atenção.

Trata-se de apelação interposta contra a sentença proferida pelo MM. Juiz da 2ª Vara Cível, Criminal e de Execuções Penais de Abre-Campo que, nos autos da Ação Declaratória de Nulidade, proposta pelos apelantes, Manoel Pereira Lima e sua mulher Maria Aparecida Salgado Lima, contra os apelados, Carlos Honorato Ferreira e sua mulher Hilda de Souza Matos e José Castilho de Paula Reis e sua mulher Cláudia Caldeira Duarte, acolheu a preliminar de decadência.

Os apelantes pedem a reforma da decisão, ao argumento de que não é cabível a extinção do processo por decadência, relativa à lesão, pois tal instituto não existia na lei brasileira no momento da contratação. Quanto à reconhecida decadência, em razão de que a simulação teria sido apenas parcial, também deve ser afastada, já que as provas havidas nos autos não foram

devidamente analisadas. Alegam que o negócio jurídico deve ser anulado, pois a compra e venda do imóvel foram firmadas para encobrir um pacto comissório.

Devidamente intimados, apenas o 1º apelado apresentou contrarrazões, às f. 1.328/1.349.

É o relatório.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

Insurgem-se os apelantes contra a v. sentença de f. 1.291/1.297, que acolheu a preliminar de decadência e julgou extinto o feito, com resolução do mérito.

Quanto à extinção do feito, os apelantes argumentam que não é cabível o reconhecimento da decadência, relativa à lesão, pois tal instituto não existia na lei brasileira no momento da contratação, e que com relação à simulação, as provas havidas nos autos não foram devidamente analisadas para decidir-se que ela seria apenas parcial, tratando-se de vício sanável.

Em sua inicial, os autores, ora apelantes, formulam os seguintes pedidos: a declaração de nulidade da escritura de compra e venda, por ser ela simulação para ocultar e legitimar contrato de mútuo com juros usurários e de pacto comissório. Alternativamente, pedem a declaração de nulidade da escritura de compra e venda, em razão da lesão ocorrida, já que teriam agido por premente necessidade. Declarada a nulidade

De início, é de se afastar a alegação de que não poderia ser reconhecida a decadência relativamente ao instituto da lesão, por este não se encontrar previsto no ordenamento jurídico, uma vez que este pleito somente foi analisado por configurar um dos pedidos formulados pelos próprios apelantes em sua petição inicial.

Dito isso, deve-se recordar que o art. 178 do Código Civil dispõe que o prazo de decadência para pleitear-se a anulação de negócio jurídico será de quatro anos, contados do dia em que se realizou o negócio jurídico, no caso de lesão.

Tratando-se a lesão de vício não previsto no Código Civil de 1916, porém aplicado aos negócios jurídicos formulados durante a sua vigência, por analogia à previsão da Lei da Economia Popular (Lei nº 1.521/51), ela fazia com que o negócio jurídico fosse nulo, por ter objeto ilícito.

Dessa maneira, tanto a alegação de nulidade por lesão quanto a simulação configuram vícios insanáveis, por isso não podem convalescer e, como tal, não se sujeitam ao regime da decadência. O il. Magistrado a quo, porém, entendeu que, caso tenha havido simulação, esta foi apenas parcial, e por isso seria vício de consentimento que autorizaria a aplicação do instituto da decadência, aplicando-se ao caso o prazo geral de dois anos, previsto no art. 179 do Código Civil de 2002.

Entretanto, ao contrário do que foi decidido em 1ª Instância, não me parece que haja, no caso, alegação de simulação parcial. Os apelantes afirmam, em sua inicial, que o contrato de compra e venda de imóvel,

com cláusula de retrovenda, em realidade, simula, ao mesmo tempo, um pacto comissório, oculta e legítima um empréstimo a juros acima do permitido em lei. Vê-se, portanto, que a alegação é de que o contrato é integralmente nulo e a simulação seria integral, pelo que não há que se falar em decadência do direito dos apelantes.

Dessa maneira, deve ser afastada a decadência e analisado o mérito da demanda.

DES.º SHIRLEY FENZI BERTÃO - De acordo com o Relator.

DES. MARCOS LINCOLN - Antes de tudo, registro que, na sessão de julgamento do dia 30.03.2016, depois das sustentações orais, por prudência e cautela, para poder examinar com cuidado e atenção os pontos controvertidos da questão posta, pedi vista.

Assim, após reexaminar todo o processado, passo a decidir.

Colhe-se dos autos que os autores/apelantes propuseram essa “ação de nulidade ou anulação de escritura pública de compra e venda com pacto de retrovenda” em face dos réus/apelados, postulando a invalidação do documento tombado às f. 20/22 e o retorno das partes ao *status quo ante*.

Segundo a inicial, o primeiro autor (Manoel Pereira Lima) devia ao primeiro réu (Carlos Honorato Ferreira) a quantia de R\$126.126,96, com vencimento para dezembro de 2002, e, não tendo como pagar referida dívida, obteve novo empréstimo com o primeiro réu, dessa vez no montante de R\$600.000,00.

Ainda de acordo com os autores, para a concessão do novo empréstimo, o primeiro réu teria exigido em garantia uma propriedade rural avaliada em mais de R\$3.000.000,00, e que, “não tendo outra alternativa, os autores viram-se obrigados a dar a propriedade em questão ao réu, como garantia de empréstimo, através de escritura pública de compra e venda de bens imóveis com pacto de retrovenda” (*sic*, f. 04).

Diante dessas alegações, os autores/apelantes argumentaram que a contrato em referência seria nulo, em razão de simulação e lesão, ao passo que verdadeiramente não houve compra e venda, mas sim garantia fiduciária ao mútuo, e que os réus/apelados teriam se aproveitado da extrema necessidade dos mutuários para arbitrar juros extorsivos.

Na contestação de f. 261/275 e 278/319, os réus/apelados suscitaram preliminar de decadência e, no mérito, defenderam a legalidade da compra e venda.

Após a instrução do feito, o MM. Juiz houve por bem acolher a prejudicial suscitada pelos réus.

Inconformados, os autores apelaram.

Esses são, em síntese, os fatos.

Pois bem.

O e. Relator, em seu voto, sugere afastar a prejudicial de mérito acolhida pelo MM. Juiz de primeiro grau

e, considerando a suficiência probatória do feito, julgar procedentes os pedidos da inicial, sendo acompanhado integralmente pela Des.^a Shirley Fenzi Bertão (1^a vogal).

Com a devida vênia, ousou divergir de Suas Excelências, pelas razões a seguir.

Preliminar.

Prejudicial de mérito.

Inicialmente, cumpre assinalar que, embora o MM. Juiz tenha reconhecido a decadência do direito do autor, em verdade, no caso concreto, as regras aplicáveis são as da prescrição.

Isso porque a escritura pública objeto da lide foi lavrada na vigência do Código de 1916, em 22.03.2002 (f. 22), o qual prevê o prazo prescricional de 04 (quatro) anos para a anulação de negócio jurídico (CC/16, art. 178, § 9º, V).

Portanto, apesar de o art. 178 do Código Civil de 2002 tratar como decadencial o prazo para a anulação, no caso em apreço, aplica-se a lei vigente na data do negócio jurídico, ou seja, o CC/16, que submetia a pretensão anulatória às regras da prescrição.

Comentando a transição legal, Nestor Duarte ensina:

O prazo para anular os negócios jurídicos é decadencial, e, nesse ponto, o novo Código Civil cuidou de extremá-lo dos prazos prescicionais.

Quando sujeito o caso à decadência, em regra, direito e ação surgem simultaneamente do mesmo fato. A lei, porém, estabelece o termo inicial do prazo de quatro anos, na hipótese de nulidade relativa do negócio jurídico estabelecida no art. 171, I, e II: a) no caso de ação, do dia em que cessar; b) nos casos dos outros defeitos (erro, dolo, estado de perigo, lesão e fraude contra credores), do dia que o negócio se realizou; c) na hipótese de incapacidade relativa, a partir da cessação da incapacidade (*Código Civil comentado*. Doutrina e jurisprudência. Coord. Cezar Peluzo. 5. ed. Barueri, SP: Manole, 2011, p. 138).

Feitas essas considerações, sabe-se que a lei civil revogada determinava que o negócio jurídico seria válido se os agentes fossem capazes, se o objeto fosse lícito e se atendesse à forma prescrita ou não defesa em lei (CC/16, art. 84).

Citados requisitos compõem o plano da validade do negócio e, assim, são causas de nulidade do ato, sendo certo que os demais defeitos, via de regra, são anuláveis, sujeitando-se à convalidação com o tempo.

Na espécie, como relatado, os apelantes impugnam a validade do contrato de f. 20/22, ao argumento de que estaria viciado por simulação e lesão.

Pois bem.

Em se tratando da simulação, o Código de 1916 dispunha:

Art. 147. É anulável o ato jurídico:

I. Por incapacidade relativa do agente (art. 6).

II. Por vício resultante de erro, dolo, coação, simulação, ou fraude (art. 86 a 113).

Além disso, o vício deveria ser arguido no prazo prescricional de 04 (quatro anos):

Art. 178. Prescreve:

[...]

§ 9º Em quatro anos:

[...]

V. A ação de anular ou rescindir os contratos, para a qual se não tenha estabelecido menor prazo; contado este:

a) no caso de coação, do dia em que ela cessar;

b) no de erro, dolo, simulação ou fraude, do dia em que se realizar o ato ou o contrato;

c) quanto aos atos dos incapazes, do dia em que cessar a incapacidade;

[...].

De outro lado, no que se refere à lesão, tem-se que o instituto não era previsto pelo Código de 1916, o que, à evidência, não o torna como causa de nulidade absoluta.

Em verdade, a nulidade será assim qualificada (absoluta) caso contrarie o texto legal, pelo que, à míngua de previsão legislativa, a lesão - como vício de consentimento - não pode ser considerada causa de nulidade, tanto que a Lei Civil de 2002, na esteira civilista da já consagrada à época, prevê que é causa de anulabilidade:

Art. 171. Além dos casos expressamente declarados na lei, é anulável o negócio jurídico:

I - por incapacidade relativa do agente;

II - por vício resultante de erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão ou fraude contra credores.

Seja como for, conclui-se que ambas as hipóteses suscitadas pelos autores não maculam o plano de validade da escritura de f. 20/22, pelo contrário, constituem, no máximo, hipóteses de nulidade relativa, circunstância na qual estão sujeitas ao prazo prescricional de 04 (quatro) anos.

Em assim sendo, não há dúvidas de que o MM. Juiz de primeiro grau agiu acertadamente ao acolher a prejudicial de mérito, pois, como dito, a escritura foi lavrada em 22.02.2002, pelo que os autores teriam até 22.02.2006 para questioná-la, mas o fizeram somente em 04.08.2006 (f. 02).

Ante o exposto, peço vênia aos eminentes pares para acolher a prejudicial de mérito e manter a sentença hostilizada, apenas esclarecendo que se trata de prescrição (CC/16, art. 178, § 9º, V), e não de decadência.

É como voto.

DESA. MARIZA DE MELO PORTO - De acordo com o Relator.

DES. ALBERTO DINIZ JUNIOR - Premissa inarredável para se apreciar a prejudicial de mérito diz respeito ao fato de que a lesão, conquanto não prevista expressamente dentre os elementos invalidadores do "ato jurídico" pelo Código Civil de 1916, não pode ser considerada um indiferente jurídico no que diz respeito ao plano de validade dos negócios celebrados, porquanto a ilicitude

colhida na legislação especial, art. 4º da Lei nº 1.521/51 e mesmo pelos arts. 6º, V, 39, V, e 51, IV, do CDC, tem a potencialidade necessária para atingir a própria validade do objeto contratual.

Relevante destacar que

[...] com a introdução da lesão no direito penal, por meio da lei que definiu os crimes contra a economia popular (Decreto-Lei nº 869/38, modificado pela Lei nº 1.521/51), a doutrina do direito civil, argutamente, sustentou a sua admissibilidade nas relações contratuais. Segundo a consagrada tese de cátedra do Professor Caio Mário da Silva Pereira, se a lesão consistia em ilícito penal, a sua prática tornaria ilícito o objeto do contrato. A partir daí, a jurisprudência e a doutrina passaram a considerar a lesão presente nas relações de direito civil, ora como defeitos, ora como causa de nulidade pela ilicitude do objeto, até que, com o advento do Código de Defesa do Consumidor, o instituto foi introduzido de maneira expressa nas relações de consumo (art. 6º, V, 1ª parte, art. 39, V e art. 51, IV) (TEPEDINO, Gustavo *et al.* *Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República*. Parte Geral. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2014, v. 1, p. 298).

Note-se que eventuais dúvidas acerca de um suposto rol taxativo de vícios e defeitos no Código Civil de 1916 são facilmente superadas quando se analisa a redação da regra de transição contida no art. 2.035 do CCB vigente, no sentido de que a validade dos negócios jurídicos e demais atos jurídicos, constituídos antes da entrada em vigor desse Código, obedece ao disposto nas leis anteriores e não apenas ao estabelecido pelo próprio Código Civil revogado.

Lado outro, insta destacar que a denominada lesão enorme, sem regulamentação, expressa no CCB de 1916, conquanto reconhecida pela legislação especial como causa de ilicitude do próprio objeto contratual, implicava vício que se instaurava desde o momento em que constituída a obrigação.

Ou seja, trata-se de causa de invalidade que se apresenta desde o momento em que celebrado o contrato, em que uma das partes, em decorrência das circunstâncias objetivas - relativas ao equilíbrio contratual - e subjetivas - aproveitamento da inexperience ou necessidade -, caracterizadoras do instituto, obtém vantagem exagerada às custas da outra.

Se era tomado como elemento que implicava a validade do próprio objeto contratual, era, decerto, causa de nulidade, cujo reconhecimento guarda relação com um direito potestativo, ou seja, um direito sem pretensão, o que o sujeita, para fins de extinção à decadência, e não à prescrição.

Assim, se o prazo decadencial não estava, como o fez o CCB vigente, expressamente regulado na lei, há de se entender que ele corresponde ao tempo da prescrição do direito de crédito que o titular do direito teria contra o réu. Tal prazo prescricional é o dos direitos pessoais, que se conta em vinte anos (art. 177 do Código Civil de 1916).

Portanto, se a escritura pública de compra e venda cuja nulidade se pretende sob a argumentação da lesão da data de 22 de março de 2002, não há falar tenha se operado o prazo que ensejaria a configuração da prejudicial de mérito, como elemento extintivo do direito de buscar desconstituição do contrato de compra e venda.

Lado outro, sendo a possibilidade de se buscar a desconstituição de um contrato inválido, um dos efeitos do negócio, até poder-se-ia aplicar a regra de transição disposta no art. 2035, do CCB e, por conseguinte, sujeitar a faculdade de se pleitear o reconhecimento da invalidade ao prazo decadencial de quatro anos.

Contudo, nessa hipótese, o marco inicial do prazo seria a vigência do CCB - 13 de janeiro de 2003 - o que também afastaria a ocorrência da prejudicial de mérito.

Isso posto acompanho o relator para afastar a prejudicial de mérito, a despeito da roupagem que tome a matéria defensiva - prescrição ou decadência.

DES. ALEXANDRE SANTIAGO - A Lei dos Crimes contra a Economia Popular (1.521/51), não obstante não usar a expressão "lesão", regulou o instituto, na medida em que estabeleceu como crime a avença contratual derivada de inexperience, leviandade ou premente necessidade (art. 4º, "b", da Lei nº 1.521/51). Verificar-se-ia a lesão se uma das partes obtivesse lucro patrimonial excedente a um quinto do valor justo ou corrente da prestação.

Sendo considerada um ilícito penal a estipulação contratual acima descrita, com base no art. 145, II, do Código Civil de 1916, vigente à época da contratação, que estabelecia como nulo o ato jurídico cujo objeto fosse ilícito, permite a declaração de nulidade do contrato, caso seja verificada a ocorrência de lesão.

Não obstante, a referida Lei de Economia Popular estabelece dois requisitos para a caracterização da lesão. O primeiro de ordem objetiva, consistente na tarifação do lucro patrimonial de um dos contratantes, excedente a um quinto do justo ou corrente valor. O outro requisito, de natureza subjetiva, diz respeito ao dolo de aproveitamento da parte lesante em relação ao lesado.

Sobre esses requisitos, leciona Caio Mário da Silva Pereira:

O conceito de lesão, aproximado da noção moderna, emana do concurso dos dois elementos objetivo e subjetivo, o que implica conjugar a doutrina da lesão como vício objetivo do contrato à que o considera um vício subjetivo da vontade. O primeiro, mais fácil de precisar - obtenção de lucro patrimonial excedente de um quinto do valor corrente ou justo - decorre da comparação entre a vantagem obtida e esse valor. [...]

O segundo elemento consiste no abuso da premente necessidade, inexperience ou leviandade da outra parte. É a base da teoria da lesão, segundo De Page. Não basta que um contrato seja prejudicial, acrescenta, mas é preciso que, além da vantagem que um contraente aufera, se verifique, ainda, a especulação em torno da situação particular que levou o outro a celebrar o contrato, que lhe é tão desfavorável. Diante disto, apura-se que o outro contratante, o beneficiado, praticou um

ato consciente, positivo, ao se aproveitar daquelas condições desfavoráveis ao lesado (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Lesão nos contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 164/165).

No presente feito foi realizada perícia, cujo laudo encontra-se às f. 836/891, na qual o Il. Perito oficial apurou o valor da propriedade objeto da compra e venda, que, na data da contratação, tinha o valor de R\$1.247.279,00 (um milhão duzentos e quarenta e sete mil duzentos e setenta e nove reais).

O preço ajustado para a compra e venda da propriedade foi de R\$726.248,00 (setecentos e vinte e seis mil e duzentos e quarenta e oito reais), conforme se verifica da cópia do contrato juntado às f. 20/24. Vê-se, portanto, que há uma tarificação superior a 40% do corrente valor do imóvel, caracterizando, portanto, o requisito objetivo para reconhecimento do crime contra a economia popular.

Cumpra, então, perquirir se está presente o requisito subjetivo, qual seja o dolo de aproveitamento da parte lesante em relação ao lesado.

No caso dos autos, foram ouvidas diversas testemunhas, tanto arroladas pela parte autora quanto pela parte ré.

Marcelo Renato Bueno Silva, ouvido conforme termo de f. 719/720, afirmou “que, na época dos fatos, o depoente ouviu comentários de que o autor e sua família estariam passando ‘por dificuldades financeiras’”.

José Renato Albert Eliezer, ouvido conforme notas taquigráficas de f. 758/766, afirmou que “eu sabia que a família do Aloísio [filho do autor] estava apertada e que ele conversava com o Sr. Carlos [réu] se ele tinha interesse em adquirir a fazenda, para que pudesse pagar a dívida” (f. 762).

José Márcio Dutra, ouvido conforme termo de f. 1.176, afirmou “que não sabe precisar a época, mas o autor passou por problemas financeiros há algum tempo”.

Gilberto Costa Machado, ouvido conforme termo de f. 1.177, afirmou “que ouviu falar que Sr. Carlos Honorato emprestava dinheiro a Manoel; que teve conhecimento de que o autor passou por problemas financeiros há uns 10 anos aproximadamente”.

Felício Mendes Vieira, ouvido conforme termo de f. 1.178, afirmou

[...] que Manoel lhe disse que buscava o Sr. Carlos Honorato, porque emprestaria dinheiro a eles; que foi conversado que Sr. Carlos Honorato emprestaria o dinheiro com a garantia de uma propriedade; que não sabe qual propriedade foi utilizada para garantir a dívida; que teve conhecimento de que o autor passou por dificuldades financeiras.

Cinco testemunhas, portanto, demonstram que era público e notório que o apelante, na época dos fatos, encontrava-se com dificuldades financeiras, e o apelado Carlos Honorato tinha conhecimento disso. Configura-se, então, o requisito subjetivo para o reconhecimento da lesão, uma vez que ficou demonstrado que o apelado Carlos Honorato utilizou-se da premente necessidade

financeira do apelante para obter um benefício financeiro que superava 40% do valor do imóvel a ser adquirido.

Caio Mário da Silva Pereira discorre sobre a necessidade:

A necessidade, de que a lei fala, não é a miséria, a insuficiência habitual de meios para prover a subsistência própria ou dos seus. Não é a alternativa entre a fome e o negócio. Deve ser a necessidade contratual. [...]

A necessidade contratual não decorre da capacidade econômica ou financeira do lesado, mas da circunstância de não poder ele deixar de efetuar o negócio.

[...]

A lei, entretanto, não se contenta com a existência do dano, e de ser ele o resultado da necessidade, da inexperiência ou da levandade. Requer, mais, que o contrato resulte do fato de ter um dos contraentes abusado deste estado. [...] Para isto será preciso que ele conheça esse estado de espírito, e assim mesmo dele se aproveite para extrair vantagem (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Lesão nos contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 165/167).

O caso dos autos amolda-se perfeitamente à explicação do nobre doutrinador. O apelante, num momento de premente necessidade financeira, não podia deixar de efetuar o negócio de venda do imóvel, sob pena de, recusando-o, aprofundar a sua crise financeira. E o apelado Carlos Honorato, tendo ciência da necessidade do apelante, optou por realizar o contrato, obtendo vantagem exagerada, caracterizando-se, pois, o ilícito da usura real.

Sendo o objeto do contrato ilícito, uma vez que reconhecida a ocorrência do instituto da lesão, outro caminho não há senão reconhecer a nulidade do contrato de compra e venda firmado entre as partes.

O art. 158 do Código Civil de 1916, aplicável ao caso, assim dispõe:

Art. 158. Anulado o ato, restituir-se-ão as partes ao estado, em que antes dele se achavam, e não sendo possível restitui-las, serão indenizadas com o equivalente.

A consequência do reconhecimento da nulidade do contrato de compra e venda, portanto, é a restituição do apelante à posse e propriedade do imóvel, com a restituição do preço do imóvel devidamente atualizado ao apelado Carlos Honorato. Mas não apenas isso. Ao ser privado da posse do imóvel desde a imissão da posse dos apelados nele, deixou o apelante de receber os frutos do imóvel, que é uma fazenda produtora de café. Portanto, os apelados devem ainda indenizar o apelante relativamente àquilo que ele deixou de ganhar enquanto foi privado da posse do imóvel.

No caso, sendo necessária a prova de quanto os apelados receberam em razão da exploração econômica do imóvel no período em que estiveram na posse dele, a liquidação da presente sentença terá que se dar por artigos.

Pelo exposto, dou provimento ao recurso, para julgar procedentes os pedidos iniciais e declarar a nulidade do

contrato de compra e venda de imóvel com cláusula de retrovenda cuja cópia se encontra juntada às f. 20/22, devendo as partes ser restituídas ao *status quo ante*, com a restituição da posse do imóvel ao apelante e a restituição do valor recebido pelo apelante ao apelado Carlos Honorato, o qual deverá ser corrigido monetariamente pela tabela da CGJ/MG. Condeno os apelados a indenizarem o autor nos valores recebidos pela exploração econômica do imóvel no período em que tiveram a posse dele, conforme se apurar em liquidação de sentença.

Condeno os apelados ao pagamento das custas e despesas processuais, inclusive as recursais, bem como honorários advocatícios ao patrono do apelante, os quais fixo em 11% sobre o valor do proveito econômico do apelante (valor do imóvel previsto no contrato e da indenização por danos materiais), conforme art. 85, § 2º, do NCPC.

DES.ª SHIRLEY FENZI BERTÃO - Gostaria de, em primeiro lugar, cumprimentar os nobres advogados, que proferiram as palavras da tribuna, às quais dei a devida atenção. Acuso também o recebimento dos memoriais de ambos os advogados, aos quais também dei a devida atenção.

Entretanto, acompanhando o voto do eminente relator, quanto ao mérito, chego à mesma conclusão, no sentido de que houve uma lesão, por analogia, utilizando-se da lei de crimes contra a economia popular, sob o fundamento de que o primeiro apelado, aproveitando-se da situação por que passava o apelante, celebrou, junto ao mesmo, um contrato de compra e venda de sua fazenda, em que obteve um lucro acima de 40% do valor que realmente valia a fazenda. Isto é, o bem foi vendido por um valor bem abaixo do mercado, o qual, coincidentemente, era o mesmo valor do débito que o apelante tinha junto ao primeiro apelado, em decorrência dos empréstimos.

Então, ao meu modesto entender, pedindo vênha à ilustre advogada, mas entendendo que assiste razão ao relator e com ele me coloco de acordo.

DES. MARCOS LINCOLN - Vencido na prejudicial, passo à análise do mérito propriamente dito, cuja controvérsia cinge-se a decidir se os vícios alegados pelos apelantes ensejam a anulação da escritura de compra e venda de f. 20/22, com o restabelecimento das partes ao *status quo ante*.

Pois bem.

De acordo com o Código Civil de 1916,

Art. 102. Haverá simulação nos atos jurídicos em geral:

I. Quando aparentarem conferir ou transmitir direitos a pessoas a quem realmente se conferem, ou transmitem.

II. Quando contiverem declaração, confissão, condição, ou cláusula não verdadeira.

III. Quando os instrumentos particulares forem antedatados, ou pós-datados.

Por sua vez, o Código de 2002 dispôs:

Art. 167. É nulo o negócio jurídico simulado, mas subsistirá o que se dissimulou, se válido for na substância e na forma.

§ 1º Haverá simulação nos negócios jurídicos quando:

I - aparentarem conferir ou transmitir direitos a pessoas diversas daquelas às quais realmente se conferem, ou transmitem;

II - contiverem declaração, confissão, condição ou cláusula não verdadeira;

III - os instrumentos particulares forem antedatados, ou pós-datados.

§ 2º Ressalvam-se os direitos de terceiros de boa-fé em face dos contraentes do negócio jurídico simulado.

Com efeito, a despeito das consequências do negócio jurídico simulado (se é nulo ou anulável), certo é que as circunstâncias ensejadoras do citado vício são idênticas em ambos os Códigos.

No caso vertente, os apelantes invocam a hipótese do art. 102, II, do CC/16 (atual art. 167, § 1º, II, do CC/02), pela qual

forja-se um negócio que nunca se quis realmente praticar; ajusta-se a aparência de um negócio quando nada de verdadeiro se pretendeu contratar (simulação absoluta); ou declara-se um tipo de negócio, quando o verdadeiro é outro (simulação relativa) (THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Comentários ao novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. 3, t. 1, p. 492).

Entretanto, não lhes dou razão.

É que, a meu ver, não resta dúvida de que os autores/apelantes, de fato, tiveram a intenção deliberada de alienar a fazenda aos apelados, mediante contrato de compra e venda com cláusula de retrovenda, cujos requisitos de validade estão presentes.

Constou do contrato,

Que o preço certo e ajustado de R\$ 726.48,00 (setecentos e vinte e seis mil reais e quarenta e oito centavos), que os vendedores confessam e declaram haver recebido em moeda corrente de cujo preço lhe dá plena e geral quitação, vendem ao outorgado como de fato vendido tem os descritos bens, obrigando-se eles outorgantes vendedores a fazerem esta venda sempre boa, firme e valiosa e a responderem pela evicção quando chamados a autoria. Convencionam ainda o pacto de retrovenda, na conformidade dos artigos 1.140/1.143 do Código Civil Brasileiro, reservando-se os vendedores o direito de recobrar o domínio e a posse de todo o imóvel objeto desta venda, dentro de um prazo de três anos, a partir da assinatura desta escritura, restituindo o preço mais as despesas feitas pelo comprador (*sic*, f. 21).

Assim, o instrumento público foi devidamente registrado, surtiu efeitos *erga omnes*, previu a alienação da propriedade para os apelados, cujo valor foi integralmente pago e recebido, por partes maiores e capazes, não havendo que se falar em nulidade.

Em verdade, se houve a tradição da coisa e o posterior recebimento do preço, trata-se eminentemente de um contrato de compra e venda, tal como previsto no citado instrumento público.

Por outro lado, caso a alienação da fazenda visasse apenas à garantia da dívida, como defendido pelos autores/apelantes, as partes certamente teriam celebrado um contrato de hipoteca, penhor ou anticrese, nos termos do art. 755 e seguintes do CC/16, o que seria admitido pela lei e atenderia às necessidades da situação.

Contudo, cientes de que poderiam se utilizar de instrumentos legais e hábeis para a garantia do mútuo, as partes ainda assim celebraram a compra e venda com cláusula de retrovenda, razão pela qual não se pode imprimir outra interpretação ao contrato a não ser aquela verdadeiramente definida pelas partes.

É válido repetir que os elementos da compra e venda estão presentes, porque houve a tradição da fazenda aos compradores (réus/apelados) e o recebimento do preço respectivo pelos vendedores (autores/apelantes).

De mais a mais, mesmo que assim não fosse, impende destacar que a suposta simulação sempre foi de conhecimento dos mutuários/autores, pois a tese erigida por eles foi de que, desde o início, alienaram a fazenda com finalidades ocultas (garantir o mútuo).

Ocorre que, segundo a legislação aplicável, o negócio jurídico maculado pela simulação somente pode ser anulado por eventuais terceiros prejudicados, e nunca pelas partes que dele participaram.

Trata-se, em verdade, da aplicação do brocardo *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*, ou seja, ninguém pode se beneficiar da própria torpeza. Observe:

O Código anterior adotava como base do sistema de repressão ao negócio simulado a máxima *nemo auditur turpitudinem suam allegans*. Assim, se a simulação fosse ilícita (praticada para prejudicar terceiros ou violar a lei), somente os prejudicados poderiam argui-la contra os praticantes do negócio viciado. Os sujeitos da simulação não teriam jamais como fugir de sua própria ilicitude. Nada poderiam alegar em juízo, em face da simulação ilícita, quer contra terceiros, quer entre si (art. 104 do Código de 1916). Perante esse tipo de simulação, apenas os terceiros prejudicados dispunham de ação para discutir-lhes os termos e negar validade ao negócio aparente (THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Comentários ao novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. 3, t. 1, p. 495).

Em caso idêntico ao dos autos, o Superior Tribunal de Justiça decidiu:

Agravo regimental no recurso especial. Simulação. Documento firmado na vigência do Código Civil de 1916. Alegação. Impossibilidade. 1. A alegação de simulação de documento firmado ainda na vigência do Código Civil de 1916 não pode ser invocada pela parte com intuito de invalidá-lo. Incidência do princípio *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* (ninguém pode se beneficiar da própria torpeza). 2. Agravo regimental provido para não conhecer do recurso especial (STJ - AgRg no REsp: 747953 MG 2005/0074932-4, Relator: Ministro João Otávio de Noronha, j. em 23.02.2010, Quarta Turma, p. em 08.03.2010).

Destarte, como os próprios apelantes admitiram a simulação, e considerando que não houve prejuízo

a terceiros, o acolhimento do pleito anulatório sob tal fundamento, a meu ver, configura violação à lei civil, porque favorece a própria torpeza do contratante.

Por outro lado, seguindo essa ordem de ideias, também não se constata o vício de consentimento referente à lesão, que, associado à ideia do estado de perigo, segundo a boa doutrina,

são aspectos da chamada usura real em contraposição à usura financeira. Esta se caracteriza pela cobrança de juros a taxas superiores ao que seria legal ou honestamente aceitável nos empréstimos de dinheiro; e aquela a que se refere a qualquer prática não equitativa que transforma o contrato bilateral em fonte de prejuízos exagerados por uma das partes e de lucros injustificáveis para a outra (THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Comentários ao novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. 3, t. 1, p. 221).

Na espécie, os juros foram pactuados dentro da normalidade, pois atenderam às vontades das partes, sendo certo que, constatada a onerosidade superveniente em desfavor dos autores (teoria da imprevisão), os contratantes readequaram as taxas para 1,8% (um vírgula oito por cento) ao mês, como admitido na própria inicial e constante do acordo de f. 57.

Assim, com a celebração do acordo, não há dúvidas de que o equilíbrio contratual foi restabelecido, mormente porque contou com a concordância do próprio mutuário, não havendo que se falar em lesão.

Ante o exposto, resolvendo o mérito propriamente dito, tem-se que o contrato de compra e venda com cláusula de retrovenda não possui nenhum vício de vontade capaz de invalidá-lo, pelo contrário, é plenamente válido.

Conclusão.

Com essas fundamentações, respeitosamente, divirjo do e. Relator para negar provimento ao recurso e manter a sentença hostilizada, esclarecendo somente que se trata de prescrição, não de decadência.

Vencido na preliminar, divirjo também, no mérito, propriamente dito, para julgar improcedentes os pedidos da inicial, nos termos do art. 269, I, do Código de Processo Civil de 1973, mantendo os ônus sucumbenciais fixados na sentença.

Custas recursais, pelos apelantes.

É como voto.

O SR. DES. ALEXANDRE SANTIAGO - Senhor Presidente, pela ordem. Houve um requerimento da tribuna, do Dr. Wellington, de preclusão da sustentação, porque ele entende que, como o julgamento começou em outra sessão, se o advogado não estava... acho que temos que decidir isso.

O SR. DES. PRESIDENTE MARCOS LINCOLN - Democraticamente, vou submeter a questão a julgamento da turma julgadora. Primeiro, vou passar a palavra para o eminente Relator do processo para manifestar sobre a preliminar.

O SR. DES. ALEXANDRE SANTIAGO - Senhor Presidente, tenho o entendimento de que, iniciado o julgamento, só se poderia fazer sustentação se o advogado tivesse requerido na primeira sessão, caso ele estivesse presente lá. Contudo, parece-me que aqui, na Câmara, estamos adotando outro procedimento - que o advogado teria direito de fazer a sustentação para os dois que não estiveram presentes. Concordo. Isso é regra do Código de Processo.

Então, adoto o entendimento de que, se ele estava presente na sessão anterior e não quis sustentar, ele não teria direito a essa sustentação. Porém, não tenho essa situação provada nos autos. Por essa situação, deferiria a sustentação oral em razão da divergência para os dois Desembargadores que ainda não votaram.

A SR.^a DES.^a SHIRLEY FENZI BERTÃO - Também, nessa nova questão do 942, temos discutido muito a questão do julgamento estendido. Entendo que, pelo Código, tem direito à sustentação oral, sim. Não tem como. Houve a divergência, tem direito à sustentação oral.

A minha preocupação é cindir o julgamento preliminar, mérito, fugindo um pouquinho só do requerimento do nobre advogado, entendo que podemos votar em bloco e pedir novamente que a parte faça a sustentação, após o julgamento em bloco da preliminar e do mérito. E, então, colher os votos novamente, se for o caso, dos Desembargadores que não tiveram votado ou os que já votaram, para que não tenha alegação de cerceamento de defesa. É a minha opinião. Então, acho que ele pode fazer, sim, a sustentação.

O SR. DES. MARCOS LINCOLN - Sou o Vogal da Turma. Já manifestei anteriormente. Com toda a tranquilidade, entendo que o direito de defesa é sagrado, deve ser respeitado, independentemente, porque, na minha modesta interpretação, a convocação dos dois outros Julgadores, em princípio, configura novo julgamento. Então, o que passou, passou. O que vale é daqui para frente, mesmo porque as partes, os interessados, ainda não tiveram ciência do que foi votado nos votos que ensinaram a divergência. Então, por isso, com a devida vênia, vou acompanhar o Relator para deferir a sustentação oral para o advogado.

A SR.^a DES.^a MARIZA PORTO - Senhor Presidente, o grande problema dessa situação, de sustentação ou não, foi o problema de cindir o julgamento ou não. Respeito o contraditório, também, entendo que ele é absolutamente necessário, mas podemos ser práticos, atendendo também um princípio constitucional, do justo processo, num tempo razoável.

Não vejo necessidade de abrir uma sustentação nesse momento, porque a sustentação já ocorreu na sessão passada, onde já foi votado mérito da causa. Não vamos, aqui, fechar os olhos para uma situação de que

os dois novos Julgadores não conhecem a causa. Claro que conhecemos, porque tivemos acesso aos autos para fazer o nosso voto, que já está aqui.

Então, acredito que é absolutamente dispensável essa sustentação oral, aqui, agora, se já tivemos acesso aos autos - qual é, matéria nova, não pode trazer; não tem nenhum fato específico para se dar uma interpretação. É uma questão de Direito. Não vejo motivo para ficar protelando a situação, sendo que qual é o prejuízo que a parte vai ter? Porque temos que olhar não é nem a situação do advogado e nem a dos Juizes, é da parte - porque, aqui, não estamos resolvendo processo, estamos resolvendo problema e temos condição de resolver esse problema sem trazer o menor prejuízo para nenhuma das partes, porque a matéria está completamente conhecida dos Julgadores e dos advogados, também.

Acho que não precisa abrir. Está preclusa, aí, a situação. Até porque o outro advogado já falou na outra sessão, então, teria que voltar a palavra para ele também, porque não sei se o daqui vai abrir uma outra questão para ele. Aí, o processo justo, que é num tempo razoável, perde razão de ser.

O SR. DES. ALBERTO DINIZ JÚNIOR - A premissa maior disso tudo, aí, é o processo em contraditório, é o direito de ampla defesa, essa é a regra, senão o artigo não estava posto aqui da forma como foi colocado. Acho que a jurisprudência, aqui, do Tribunal, deve evoluir no sentido, até, de que: aquele que não pleiteou a sua sustentação no início do julgamento, vai acabar tendo precluso o direito de sustentar depois, se houver divergência, porque é sequência de julgamento. Isso é uma coisa que vai ser estudada. Para o momento, penso que o advogado pode fazer a sustentação.

O SR. DES. MARCOS LINCOLN, PRESIDENTE - Então, quer dizer que, por maioria, a Câmara entendeu que pode conceder ao advogado a sustentação oral, em face da divergência lançada.

(Proferiram sustentação oral o Dr. Marco Antônio Milfont Magalhães e o Dr. Welington Luzia Teixeira).

A SR.^a DES.^a MARIZA PORTO - Senhor Presidente, cumprimento os ilustres advogados, que trouxeram os seus argumentos da tribuna.

De acordo com o Relator.

O SR. DES. ALBERTO DINIZ JUNIOR - Senhor Presidente, acompanhei devidamente as manifestações, que foram proferidas da tribuna, cumprimento os nobres advogados.

Fiquei a tudo atento, mas tenho para comigo que o eminente Desembargador Relator deu o desate mais justo à questão, tanto pelo fato da perícia, quanto pelo fato das cinco testemunhas que levaram seus depoimentos.

Rejeito os embargos infringentes de ofício, para manter a apelação e o voto do eminente Relator.

Súmula - REJEITARAM A PREJUDICIAL DE MÉRITO E DERAM PROVIMENTO AO RECURSO, VENCIDO O 2º VOGAL.

...

Reintegração de posse - Coisa móvel - Perecimento - Culpa do credor - Art. 240 do CC - Material reutilizado - Ressarcimento - Apuração do valor devido - Liquidação de sentença - Honorários advocatícios - Art. 85, § 2º, do CPC

Ementa: Apelação. Reintegração de posse. Coisa móvel. Perecimento da coisa. Responsabilidade. Credor. Artigo 240, CC. Honorários advocatícios.

- Na ação de reintegração de posse, devem ser demonstrados o esbulho ou turbacão. Se o contrato de prestação de serviços se findou, o fornecedor deve retirar os equipamentos instalados no prazo razoável, já que a responsabilidade por qualquer avaria passa a ser dele. Inteligência do art. 240, CC. Os honorários advocatícios devem ser arbitrados levando em consideração os requisitos do art. 85 do CPC.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0145.10.058695-0/002 - Comarca de Juiz de Fora - Apelante: Alarm Fox do Brasil Ltda. - Apelada: Irmãos Bretas Filhos & Cia. Ltda. - 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, em DAR PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 19 de maio de 2016. - Antônio Bispo - Relator.

Notas taquigráficas

DES. ANTÔNIO BISPO - Alarm Fox do Brasil Ltda. interpôs recurso de apelação contra a sentença f. 171/173 nos autos da Ação de Reintegração de Posse com Pedido Liminar c/c Perdas e Danos.

O pedido foi julgado improcedente, sob o fundamento de que a apelante não retirou os seus equipamentos do estabelecimento da apelada quando notificada para tanto.

Houve condenação da apelante nas custas processuais e honorários advocatícios fixados em R\$2.000,00 (dois mil reais).

Nas f. 179/186, segue o recurso da apelante, inconformada com a sentença, alegando que foi demonstrado que a apelada ainda ficou com parte do equipamento instalado.

Afirma que a apelada não nega tal situação e que consta nos autos prova de que o equipamento também estava danificado quando da sua retirada no estabelecimento daquela.

Sustenta que toda a infraestrutura de instalação ainda se encontra com a apelada. Pugna pela redução do valor dos honorários advocatícios.

Por fim, requer o provimento do recurso para que a sentença seja anulada e o processo tenha o seu regular prosseguimento; se for mantida a sentença, requer que o valor dos honorários advocatícios seja reduzido.

Preparo, f. 186.

Recurso recebido nos efeitos legais, f. 188.

Contrarrazões, f. 189/203.

É o relatório.

Conheço do recurso, visto que próprio e tempestivo.

A apelante se insurge contra a sentença que julgou o seu pedido improcedente, por entender que foi demonstrada a posse ilegítima da apelada sobre seus aparelhos de segurança.

A presente ação tem como fundamento o pedido da apelante em reaver aparelhos de segurança, bem como a fiação de instalação de sua propriedade, mas que se encontram no estabelecimento da apelada.

Os equipamentos de segurança reclamados pela apelante são objetos de contrato de prestação de serviço e comodato entabulado entre as partes (f. 07/78). Foi juntado pela apelante Boletim de Ocorrência lavrado em 06 de setembro de 2010, em que consta:

Segundo relatos do solicitante, ele trabalha no Alarme Fox do Brasil, e nesta data ele compareceu ao Supermercado Bretas para que fosse retirado do supermercado o sistema de alarme da referida empresa. Porém, no local o solicitante verificou que o sistema havia sido retirado por outra empresa de alarme e reinstalado um novo sistema, reaproveitando o material da firma onde ele trabalha: Alarme Fox. Segundo o solicitante o supermercado não poderia autorizar a retirada vindo a descumprir cláusula do contrato firmado entre as empresas. [...] (f. 05/06).

A apelada apresentou defesa informando que já foram retirados os aparelhos da apelante em 03 (três) de suas lojas, e que houve notificação da apelante da rescisão contratual em 02 de julho de 2010, f. 103. Conforme consta em referida notificação, o contrato vigeu por mais 30 (trinta) dias.

Dos depoimentos dos informantes, extrai-se:

[...] trabalha com a autora há cerca de quatro anos. Que exerce a atividade de gerente administrativo. Que, em relação aos equipamentos da empresa demandante, que estavam nas dependências das nove sedes da requerida, em relação ao cabeamento, esses não foram retirados. Que as nove baterias também foram utilizadas pela empresa concorrente.

Que os outros equipamentos foram retirados pela empresa concorrente, quando na verdade deveriam ter sido retirados pelos prepostos da suplicante. Que os equipamentos foram retirados e colocados dentro de sacos plásticos, sendo que ficaram jogados num canto, isso nas dependências das nove sedes da empresa suplicada. Que esses equipamentos já foram entregues para a autora. Que, com a retirada do equipamento, a empresa postulante ficou sem receber sinal, eis que trabalha no ramo de segurança eletrônica. Que, diante disso, o técnico se dirigiu ao local, no caso o Senhor Moacir, e lá ele constatou que o equipamento tinha sido retirado pela empresa concorrente. Que os equipamentos eletrônicos só poderiam ser retirados pelos prepostos da empresa demandante, sendo que isto, inclusive, consta no contrato. [...] Que teve um prejuízo de vinte e dois cabos por loja, sendo que isso deve dar em torno de vinte mil reais, sem incluir mão de obra. [...] Que o carimbo e a assinatura contido na notificação de f. 103, diz respeito a preposto da empresa autora. [...]” Depoimento do informante Márcio Luiz da Silva, f. 174.

[...] trabalha há oito anos, mais ou menos, para a requerente. Que recolheram os equipamentos de todas as nove sedes das empresas da demandada. Que isso se deu há quatro anos atrás, ou seja, o recolhimento dos equipamentos. Que a empresa demandada determinou que a nova empresa de alarme, a Alarm Power, procedesse à retirada dos equipamentos da autora e os guardasse nas dependências da postulada. Que, diante disso, o informante, que é técnico da demandante, verificou que os equipamentos foram retirados indevidamente, eis que foram aproveitado os cabos. Que ficou prejudicada a questão afeta à mão de obra da empresa autora, porquanto constava no contrato que quem deveria tirar os equipamentos eram os técnicos da própria empresa, e não outros técnicos de empresa concorrente. Que houve prejuízo em termos de ‘cabiação’ (sic), sendo que esse prejuízo foi em torno de nove mil reais, fora a mão de obra.” Depoimento do informante Moacir Brás Vicente, f. 175.

Apesar de a apelante afirmar que a apelada lhe impediu o acesso aos equipamentos que lhe pertenciam, não é o que se constata nos autos. Os depoimentos dos informantes são claros no sentido de que a apelante foi notificada da rescisão do contrato, e não tomou as providências de retirada dos bens em tempo hábil.

Ora, se, conforme a notificação, o contrato ainda perduraria mais um mês a partir da ciência da apelante sobre a rescisão, os bens, objeto da ação, deveriam ter sido retirados nesse interregno.

A apelante somente mandou um funcionário ao estabelecimento da apelada após ter parado de receber o sinal dos equipamentos da apelada, fato corroborado também através do Boletim de Ocorrência, que tem data de 6 de setembro de 2010.

Nesse sentido, se o dono da coisa não for buscá-la no prazo estipulado no contrato, não pode ser o depositante da coisa responsável por alguma avaria. Ademais, não foi provada tal situação.

É o que se extrai do art. 240, CC: “Se a coisa restitível se deteriorar sem culpa do devedor, recebê-la-á o credor, tal qual se ache, sem direito a indenização; se por culpa do devedor, observar-se-á o disposto no artigo 239”.

Restou claro, que as avarias alegadas pela apelante em seu equipamento, se estas existiram, não podem ser ressarcidas pela apelada. Contudo, não é o caso dos cabos de instalação.

Percebe-se na defesa que a apelada não nega que eles foram reutilizados pela nova empresa contratada. Os depoimentos são firmes no sentido de que esses não foram devolvidos, logo, a sentença deve ser reformada nesse sentido.

Assim, tendo em vista o pedido de danos materiais, a sentença será reformada para condenar a apelada a devolver à apelante o valor correspondente aos cabos de instalação do sistema de segurança que ainda estão sendo utilizados por ela.

Os valores serão apurados em liquidação, observando as especificações do contrato de prestação de serviço e comodato.

Sobre os honorários advocatícios estes devem ser observados levando em consideração o valor da causa, mas principalmente o grau de zelo do profissional e a sua complexidade. No caso, entendo que o valor fixado a título de honorários corresponde aos requisitos do art. 85, § 2º, CPC.

Por tais razões, dou parcial provimento ao recurso e reformo a sentença para condenar a apelada a ressarcir a apelante pelos cabos de instalação que foram reutilizados pela empresa de segurança contratada, após a rescisão do contrato com a apelante, valores que deverão ser apurados em liquidação, conforme especificações nos contratos de prestação de serviços e comodato.

Custas *ex lege*.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES MÔNICA LIBÂNIO ROCHA BRETAS e CARLOS HENRIQUE PERPÉTUO BRAGA.

Súmula - DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Execução de título extrajudicial - Duplicata virtual - Boleto bancário - Mercadorias - Comprovante de entrega - Nota fiscal - Protesto por indicação - Valores - Desconformidade - Título - Descaracterização - Execução - Extinção

Ementa: Apelação cível. Execução de título extrajudicial. Duplicata virtual. Boleto bancário acompanhado do comprovante de recebimento das mercadorias. Nota fiscal em desacordo com o protesto. Impossibilidade.

- Em consonância com eg. STJ, o boleto bancário vinculado à duplicata, devidamente acompanhado do instrumento de protesto por indicação e do comprovante de

entrega da mercadoria, supre a ausência física do título cambiário e constitui título executivo extrajudicial.

- Estando em desconformidade a nota fiscal com o valor apresentado no instrumento de protesto, correta a decisão que extinguiu a execução, ante a ausência de título executivo.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.14.076976-1/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Rentalmáquinas MG Comercial, Locação e Importação Ltda. - EPP - Apelado: Ferloc Ferramentas Elétricas Ltda. - ME - Relator: DES. LEITE PRAÇA

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 17ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO À UNANIMIDADE.

Belo Horizonte, 28 de abril de 2016. - *Leite Praça*
- Relator.

Notas taquigráficas

DES. LEITE PRAÇA - Trata-se de recurso de apelação interposto por Rentalmáquinas MG Comercial, Locação e Importação Ltda., contra a r. sentença proferida pelo exmo. Juiz de Direito da 4ª Vara Cível, da Comarca de Belo Horizonte, que julgou procedentes os embargos e, por conseguinte, extinta a execução ajuizada em desfavor de Ferloc Ferramentas Elétricas Ltda. - ME, nos termos dos arts. 295, V, e 267, I, ambos do CPC.

O apelante sustenta, em apertada síntese, que a documentação juntada aos autos comprova a exigibilidade, liquidez e certeza da dívida, existindo, portanto, título hábil a embasar a execução, na medida em que juntou cópia do contrato de locação de equipamentos, nota fiscal de remessa para locação com canhoto de recebimento devidamente assinado, instrumentos de protestos e planilha de cálculos.

Afirma que a duplicata sem aceite se formaliza como título executivo extrajudicial, quando presentes os pressupostos necessários, quais sejam o protesto acompanhado do documento comprobatório da entrega e recebimento da mercadoria ou prestação de serviços.

Contrarrazões apresentadas às f. 118/126.

É o relatório.

Passo a decidir.

Consideração inicial.

Inicialmente, esclareço que a análise da controvérsia recursal, quando exija a consideração dos atos processuais praticados até a entrada em vigor da Lei nº 13.105/2015, instituidora do novo Processo Civil brasileiro, bem como de situações jurídicas anteriormente consolidadas, deve ser realizada de acordo com as regras do Código de Processo Civil de 1973.

É o que se extrai do art. 14 do Novo Processo Civil brasileiro, em vigor desde 18.03.2016, e das considerações doutrinárias sobre a questão, que cito:

Art. 14. A norma processual não retroagirá e será aplicável imediatamente aos processos em curso, respeitados os atos processuais praticados e as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da norma revogada.

O art. 14 do CPC densifica na legislação infraconstitucional o direito fundamental à segurança jurídica processual, especialmente no que tange à observância do direito processual adquirido, do ato processual perfeito e da coisa julgada. [...].

[...]. A legislação processual civil superveniente impacta de maneira imediata os processos pendentes, desde que respeitados eventuais direitos adquiridos processuais e os atos processuais perfeitos. Há efeito retroativo quando a lei nova é aplicada a situações jurídicas já consolidadas. O efeito retroativo é vedado pelo direito constitucional brasileiro (art. 5º, XXXVI, CF e 14, CPC). Há efeito imediato quando a legislação é aplicada a partir do momento em que entra em vigor, regendo as situações jurídicas posteriores. [...]. O processo, considerado globalmente, é uma situação pendente até que advenha o trânsito em julgado. É uma atividade, por definição, projetada no tempo. O processo é um procedimento em contraditório, um procedimento adequado à consecução dos fins do Estado Constitucional, formado por vários atos processuais. Alguns desses atos já foram realizados - consideram-se já praticados e imunes à eficácia da lei nova, sob pena de retroatividade e ofensa ao ato processual perfeito. Outros atos já foram praticados e há relativa independência com os demais atos que devem se seguir na cadeia procedimental. Nesse caso, a lei processual nova vincula a partir desse momento (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITDEIRO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 113).

Quanto à eficácia da lei processual em relação aos processos pendentes, aplica-se a regra do *tempus regit actum*, segundo a qual fatos ocorridos e situações jurídicas já consumadas no passado não se regem pela lei nova que entra em vigor, mas continuam valorados segundo a lei do seu tempo. As leis dispõem para o futuro e não para o passado. As previsões gerais e abstratas que contêm são realmente pré-visões e constituem tipificações de fatos e condutas possíveis de ocorrer no futuro e a serem regidos pelos preceitos nelas estabelecidos. Tal é, ao mesmo tempo, o fundamento e o significado da regra de aplicação imediata da lei processual, que não importa retroatividade e traz em si a preservação das situações jurídicas consumadas sob o império da lei revogada.

Tais situações jurídicas consumadas são referidas na Lei de introdução ao Código Civil (art. 6º) e na Constituição Federal (art. 5º, inc. XXXVI). Falam esses textos na preservação da coisa julgada, do ato jurídico perfeito e do direito adquirido [...]. A síntese racional dessa tríplice garantia constitucional é o culto à segurança das relações jurídicas, a qual em si mesma constitui um bem constitucionalmente assegurado (José Afonso da Silva). Chega-se à visão sistemática de conjunto mediante a consciência de que o que importa é preservar os efeitos já produzidos pelos fatos que a lei se destina a regular [...]. Nem à lei de direito privado nem à de direito público substancial, nem à do processo é lícito transgredir situações já consumadas, a dano do titular.

É generalizada na doutrina a exacerbação da regra de aplicação imediata da lei processual, como se no processo inexistissem ou fossem menos dignas a preservação de situações jurídicas consumadas que a Constituição e a lei querem preservar. Essas situações existem e o que há de peculiar em matéria processual consiste exclusivamente na identificação de casos onde elas ocorram. Superadas as dificuldades para essa identificação, aplicam-se as restrições constitucionais e legais sempre que a lei nova encontre diante de si uma dessas situações - ou seja, a coisa julgada, o ato jurídico perfeito ou o direito adquirido.

Essas regras de superdireito consistem em repelir a retroatividade da lei, que seria a imposição do seu império a fatos pretéritos ou a situações consumadas antes da vigência; elas chegam a repelir também a aplicação imediata, consistente em impô-la a fatos e situações pendentes quando entra em vigor - sempre que essa imposição seja incompatível com a preservação de alguma daquelas situações já consumadas (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, v. 1, p. 99-101).

O processo é uma espécie de ato jurídico. Trata-se de um ato jurídico complexo. Enquadra-se o processo na categoria 'ato complexo de formação sucessiva': os vários atos que compõem o tipo normativo sucedem-se no tempo, porquanto seja um conjunto de atos jurídicos (atos processuais), relacionados entre si, que possuem como objetivo comum, no caso do processo judicial, a prestação jurisdicional.

Cada ato que compõe o processo é um ato jurídico que merece proteção. Lei nova não pode atingir ato jurídico perfeito (art. 5º, XXXVI, CF/1988), mesmo se ele for um ato processual. [...].

Mas o processo também pode ser encarado como um efeito jurídico.

Nesse sentido, processo é o conjunto das relações jurídicas que se estabelecem entre os diversos sujeitos processuais [...]. Repita-se o que se disse acima: o termo 'processo' serve, então, tanto para designar o ato processo como a relação jurídica que dele emerge.

Há direitos processuais; direitos subjetivos processuais e direitos potestativos processuais - direito ao recurso, direito de produzir uma prova, direito de contestar etc. O direito processual é uma situação jurídica ativa. Uma vez adquirido pelo sujeito, o direito processual ganha proteção constitucional e não poderá ser prejudicada por lei. Lei nova não pode atingir direito adquirido [...], mesmo se for um direito adquirido processual (DIDIER JR. Fredie. *Curso de direito processual civil*: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 18. ed. Salvador: Jus Podivm, 2016, v. 1, p. 58).

Admissibilidade.

Conheço do recurso, uma vez presentes seus requisitos de admissibilidade.

Mérito.

Depreende-se dos autos que a apelante ajuizou execução por título extrajudicial em desfavor da apelada, que, por sua vez, apresentou embargos à execução, suscitando a nulidade do título que embasa o feito executivo.

Sobreveio, então, a sentença de f. 108/109, que acolheu os embargos e julgou extinta a execução.

Inconformada, apela a exequente, consoante razões de f. 110/114.

Entendo que razão não lhe assiste.

Importa registrar, inicialmente, que o caso dos autos retrata prática comercial corrente nos dias atuais, assim descrita por Fábio Ulhoa Coelho:

Ao admitir o pagamento a prazo de uma venda, o empresário não precisa registrar em papel o crédito concedido; pode fazê-lo exclusivamente na fita magnética de seu microcomputador. A constituição do crédito cambiário, por meio do saque da duplicata eletrônica, se reveste, assim, de plena juridicidade. Na verdade, o único instrumento que, pelas normas vigentes, deverá ser suportado em papel, nesse momento, é o Livro de Registro de Duplicatas. A sua falta, contudo, só traz maiores consequências jurídicas, caso decretada a falência do empresário. No cotidiano da empresa, portanto, não representa providência inadiável.

O crédito registrado em meio eletrônico será descontado junto ao banco, muitas vezes em tempo real, também sem a necessidade de papelização. Pela internet, os dados são remetidos aos computadores da instituição financeira, que credita - abatidos os juros contratados - o seu valor na conta de depósito do empresário.

Nesse momento, expede-se a guia de compensação bancária que, por correio, é remetida ao devedor da duplicata eletrônica. De posse desse boleto, o sacado procede ao pagamento da dívida, em qualquer agência bancária de qualquer banco do país. Em alguns casos, quando o devedor tem seu microcomputador interligado ao sistema da instituição descontadora, já se dispensa a papelização da guia, realizando-se o pagamento por transferência bancária eletrônica. Se a obrigação não é cumprida no vencimento, os dados pertinentes à duplicata eletrônica seguem, em meio eletrônico, ao cartório de protesto (Lei nº 9.492/97, art. 8º, parágrafo único). Trata-se do protesto por indicações, instituto típico do direito cambiário brasileiro, criado inicialmente para tutelar os interesses do sacador, na hipótese de retenção indevida da duplicata pelo sacado (*Curso de direito empresarial*, 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, v. 1, p. 490).

Como se vê, atualmente, a prática de envio da duplicata emitida para aceite encontra-se em desuso, tal como a emissão da própria duplicata para cobrança, sendo comuns os casos de protesto de duplicatas por mera indicação e a tentativa de haver o crédito consubstanciado nestas pela via executiva.

Com relação à exequibilidade de duplicatas virtuais, ou dos boletos bancários que as espelham, acompanhados dos instrumentos de protesto, efetuados por indicação, e do comprovante de entrega das mercadorias, manifestou-se, recentemente, o eg. STJ favoravelmente a tal prática, nos Embargos de Divergência no REsp nº 1.024.691-PR, de relatoria do eminente Ministro Raul Araújo.

Por oportuno, confira-se a ementa do referido julgado, que bem elucida o posicionamento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça:

Embargos de divergência em recurso especial. Divergência demonstrada. Execução de título extrajudicial. Duplicata virtual. Protesto por indicação. Boleto bancário acompanhado do instrumento de protesto, das notas fiscais e respectivos comprovantes de entrega das mercadorias. Executividade reconhecida. - 1 - Os acórdãos confrontados, em face de mesma situação fática, apresentam solução jurídica

diversa para a questão da exequibilidade da duplicata virtual, com base em boleto bancário, acompanhado do instrumento de protesto por indicação e das notas fiscais e respectivos comprovantes de entrega de mercadorias, o que enseja o conhecimento dos embargos de divergência. 2 - Embora a norma do art. 13, § 1º, da Lei 5.474/68, permita o protesto por indicação nas hipóteses em que houver a retenção da duplicata enviada para aceite, o alcance desse dispositivo deve ser ampliado para harmonizar-se também com o instituto da duplicata virtual, conforme previsão constante dos arts. 8º e 22 da Lei 9.492/97. 3 - A indicação a protesto das duplicatas mercantis por meio magnético ou de gravação eletrônica de dados encontra amparo no art. 8º, parágrafo único, da Lei 9.492/97. O art. 22 do mesmo Diploma Legal, a seu turno, dispensa a transcrição literal do título quando o Tabelião de Protesto mantém em arquivo gravação eletrônica da imagem, cópia reprográfica ou micrográfica do título ou documento da dívida. 4 - Quanto à possibilidade de protesto por indicação da duplicata virtual, deve-se considerar que o que o art. 13, § 1º, da Lei 5.474/68 admite, essencialmente, é o protesto da duplicata com dispensa de sua apresentação física, mediante simples indicação de seus elementos ao cartório de protesto. Daí, é possível chegar-se à conclusão de que é admissível não somente o protesto por indicação na hipótese de retenção do título pelo devedor, quando encaminhado para aceite, como expressamente previsto no referido artigo, mas também na de duplicata virtual amparada em documento suficiente. 5 - Reforça o entendimento acima a norma do § 2º do art. 15 da Lei 5.474/68, que cuida de executividade da duplicata não aceita e não devolvida pelo devedor, isto é, ausente o documento físico, autorizando sua cobrança judicial pelo processo executivo quando esta haja sido protestada mediante indicação do credor, esteja acompanhada de documento hábil comprobatório da entrega e recebimento da mercadoria e o sacado não tenha recusado o aceite pelos motivos constantes dos arts. 7º e 8º da Lei. 6 - No caso dos autos, foi efetuado o protesto por indicação, estando o instrumento acompanhado das notas fiscais referentes às mercadorias comercializadas e dos comprovantes de entrega e recebimento das mercadorias devidamente assinados, não havendo manifestação do devedor à vista do documento de cobrança, ficando atendidas, suficientemente, as exigências legais para se reconhecer a executividade das duplicatas protestadas por indicação. 7 - O protesto de duplicata virtual por indicação apoiada em apresentação do boleto, das notas fiscais referentes às mercadorias comercializadas e dos comprovantes de entrega e recebimento das mercadorias devidamente assinados não descuidou das garantias devidas ao sacado e ao sacador. 8 - Embargos de divergência conhecidos e desprovidos (EREsp 1024691/PR, Rel. Ministro Raul Araújo, Segunda Seção, j. em 22.08.2012, DJe de 29.10.2012).

Vale destacar, ainda, trecho do aresto embargado - REsp nº 1.024.691-PR, de relatoria da eminente Ministra Nancy Andrichi:

[...] Disso decorre que não há justificativa para o verdadeiro fetiche que os recorrentes desenvolveram pela representação física da cártula. Não se trata, aqui, de atribuir eficácia executiva ao boleto singularmente considerado. Esse documento bancário apenas contém as características da duplicata virtual emitida unilateralmente pelo sacador, e não se confunde com o título de crédito a ser protestado. Se, contudo, o boleto bancário que serviu de indicativo para o protesto (i) retratar fielmente os elementos da duplicata

virtual, (ii) estiver acompanhado do comprovante de entrega das mercadorias ou da prestação dos serviços e (iii) não tiver seu aceite justificadamente recusado pelo sacado, passa a constituir título executivo extrajudicial, nos termos do art. 586 do CPC. Como bem destaca o Prof. Luiz Emygdio F. da Rosa Jr., 'no caso da duplicata virtual, o título executivo extrajudicial corresponde ao instrumento de protesto feito por indicações do portador, mediante registro magnético, como permitido pelo parágrafo único do art. 8º da Lei nº 9.492/97, acompanhado do comprovante de entrega e recebimento da mercadoria pelo sacado' (ROSA JUNIOR, Luiz Emygdio Franco da. *Títulos de crédito*. Rio de Janeiro: Renovar, 6. ed., 2009, p. 759). Portanto, se a lei exige do sacador o protesto da duplicata para o ajuizamento da ação cambial e lhe confere autorização para efetuar esse protesto por mera indicação - sem a apresentação da duplicata -, é evidente que a exibição do título não é imprescindível para o ajuizamento da execução judicial, bastando a juntada do instrumento de protesto e o comprovante de entrega das mercadorias ou da prestação dos serviços. Assim, os boletos de cobrança bancária, devidamente acompanhados dos instrumentos de protesto por indicação e dos comprovantes de entrega da mercadoria ou da prestação dos serviços, suprem a ausência física do título cambiário em questão e constituem, em princípio, títulos executivos extrajudiciais.

À luz de tais entendimentos, no presente caso, entendo que a execução não pode, de fato, prosseguir, conforme passo a expor.

O exequente apresentou os seguintes documentos como fundamento para execução: contrato de locação de maquinário celebrado entre as partes (f. 10/13); instrumentos de protestos (f. 15/18); nota fiscal (f. 19) e planilha de cálculo (f. 20).

O contrato apresentado demonstra que o exequente locou ao executado 3 máquinas, cada uma no valor de R\$2.300,00 (dois mil e trezentos reais).

Os protestos foram realizados nos valores de R\$2.700,00 (f. 15), R\$5.681,43 (f. 16), R\$6.900,00 (f. 17) e R\$2.000,00 (f. 18).

A nota fiscal juntada, por sua vez, apresenta como "natureza da operação: remessa para locação", constando, contudo, o valor de R\$95.670,00.

Ora, verifica-se, assim, em conformidade com o entendimento esposado pelo Magistrado singular, que a nota fiscal não se refere a qualquer duplicata protestada e, tampouco, à soma delas.

Os documentos apresentam valores desconexos entre si, não se podendo aferir, sequer, se os valores das duplicatas protestadas encontram-se corretos, porquanto, repise-se, não são aqueles previstos no contrato celebrado entre as partes.

A nota fiscal deveria apresentar o exato valor da fatura, ou seja, o valor da locação, conforme pactuado entre as partes, uma vez que o contrato refere-se à prestação de serviços, e não à compra e venda mercantil.

Não obstante, a nota fiscal, ao que tudo indica, apresenta a somatória dos valores das máquinas, estando vinculada, assim, ao contrato, e não ao serviço prestado.

Dessarte, não foram atendidas suficientemente as exigências relativas à executividade do título, o que obsta o prosseguimento da execução, devendo o apelante, caso queira, valer-se de outros meios para ver satisfeito seu crédito.

Conclusão.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

Custas recursais, pelo apelante.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES EVANDRO LOPES DA COSTA TEIXEIRA e ROBERTO SOARES DE VASCONCELLOS PAES.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO, À UNANIMIDADE.

...

Alvará de construção - Ato formal e vinculado - Presunção de definitividade - Posterior cassação sumária pelo Poder Público - Eficácia do ato - Desconstituição - Ilegalidade e abusividade - Repercussão nos direitos individuais - Processo administrativo - Princípios - Não observância - Vedação - Direito líquido e certo configurado

Ementa: Administrativo. Mandado de segurança. Alvará para construir. Ato vinculado. Posterior cassação pelo poder público. Lei nº 9.952/2010. Devido processo administrativo. Ausência. Nulidade. Direito líquido e certo configurado. Recurso provido

- Tratando-se o Alvará de Construção de ato formal e vinculado, com presunção de definitividade, é vedado à Administração Pública cassar sumariamente a respectiva licença, pois a desconstituição da eficácia de qualquer ato administrativo que repercuta no âmbito dos interesses individuais da impetrante não pode ser realizada sem a observância dos princípios inerentes ao devido processo administrativo.

- Considerando que a execução do empreendimento estava de acordo com o prazo previsto no alvará correspondente, revela-se ilegal e abusiva a sua cassação pelo Poder Público, visto se tratar de direito líquido e certo da impetrante.

APELAÇÃO CÍVEL/REEXAME NECESSÁRIO Nº 1.0024.14.083444-1/001 - Comarca de Belo Horizonte - Remetente: JD da 3ª Vara da Fazenda Municipal da Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Construtora Monteiro Magalhães Ltda. - Apelado: Município de Belo Horizonte - Autoridade coatora: Gerente de Controle Urbano da Secretaria Municipal Adjunta - Relator: DES. EDILSON FERNANDES

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 6ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em DAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 5 de abril de 2016. - *Edilson Fernandes* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. EDILSON FERNANDES - Trata-se de recurso interposto contra a sentença proferida nos autos do Mandado de Segurança impetrado pela Construtora Monteiro Magalhães Ltda. contra ato do Gerente de Controle Urbano da Secretaria Municipal Adjunta do Município de Belo Horizonte, que denegou a segurança (f. 1.133/1.134).

Em suas razões, a apelante sustenta que protocolou, em 19.04.2011, pedido de aprovação do projeto arquitetônico para a construção do "Hotel Horizonte", mas somente obteve o respectivo alvará de construção em 07.10.2011. Afirmar que, diante dos entraves burocráticos para a expedição de diversas outras licenças, apenas em janeiro/2012 conseguiu toda a documentação necessária para dar início às obras, época que coincide com o período chuvoso, motivo que levou ao atraso do empreendimento em um ano. Diz que, em janeiro/2014, a edificação se encontrava com 100% da estrutura executada, mas o apelado cassou o seu alvará de construção por não observar o disposto na Lei Municipal nº 9.952/2010. Alega que referida norma legal, no caso de penalidade, prevê somente a possibilidade de o proprietário se sujeitar à transferência ao Poder Executivo do valor equivalente a eventual potencial construtivo excedente, sem mencionar a possibilidade de cassação sumária da licença de construção. Assevera que o prazo de validade estabelecido no art. 17 do Decreto nº 14.066/2010 (28.02.2014) é ilegal, pois contraria a validade estipulada na licença de construção, que é até 07.10.2015. Pugna pelo provimento do recurso (f. 1.148/1.161).

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

O Município de Belo Horizonte editou a Lei nº 9.952/2010, com a finalidade de estimular o desenvolvimento da infraestrutura de saúde, de turismo cultural e de negócios, visando atender às demandas da Copa do Mundo FIFA Brasil 2014.

Para tanto, a Administração Pública assegurou aos interessados nessa operação urbana, entre outras garantias, a outorga de potencial construtivo adicional limitado ao Coeficiente de Aproveitamento (CA) máximo de 5,0 (cinco).

Diante das perspectivas de um incremento no turismo local, a apelante solicitou a aprovação do alvará de construção, o qual foi expedido em outubro/2011, com prazo de validade até 07.10.2015 (f. 44/45).

Em vistoria realizada em 08.01.2014 para acompanhamento do andamento e do cronograma da obra, a servidora responsável pela fiscalização assinalou que:

Estrutura 100% concluída;
O revestimento das fachadas encontra-se em fase de inicialização;
Foram instalados os andaimes e o revestimento cerâmico começou a ser aplicado;
O reboco interno e as tubulações hidráulicas e elétricas foram executados do 3º ao 10º pavimento (a edificação possui 19 pavimentos no total);
A parte de pintura foi iniciada (1º demão nos pavimentos rebocados);
Sem esquadrias;
Sem elevadores;
Passeio não executado.

Segundo o engenheiro responsável que acompanhou a vistoria, o Comunicado de Término está previsto para maio de 2015 (f. 47).

Com base nessas informações, em 14.01.2014, o Gerente de Controle Urbano - GCON encaminhou ofício à apelante informando que o Alvará de Construção nº 2011 35369 foi cassado, tendo em vista o descumprimento do cronograma de obras.

A limitação administrativa à liberdade e à propriedade denomina-se “poder de polícia”, assim considerada a faculdade de que dispõe a Administração Pública para condicionar e restringir o uso e gozo de bens, atividades e direitos individuais, em benefício da coletividade, sempre a fim de se evitar comportamentos danosos à sociedade.

Compreende a elaboração de atos preventivos ou repressivos, como a fiscalização e imposição de sanções, respectivamente.

O poder de polícia é a atividade estatal que limita o exercício dos direitos individuais em benefício do interesse público, compreendendo este os mais variados setores da sociedade, tais como segurança, moral, saúde, meio ambiente, defesa do consumidor, patrimônio cultural, propriedade, etc.

Entretanto, essa elaboração de atos normativos não é ilimitada, estando sujeita à necessária observância do princípio da legalidade.

Referido princípio está inserido no art. 37, *caput*, da CRFB/88, traduzindo a ideia de que a atuação de toda a Administração Pública, no exercício de suas funções, somente poderá agir conforme o estabelecido em lei.

Inexistindo previsão legal para uma hipótese, não há possibilidade de atuação administrativa, visto que a vontade da Administração é a vontade expressa na lei. Logo, diz-se que a Administração, além de não poder atuar contra a lei ou além da lei, somente pode agir segundo a lei.

Os motivos invocados pelo Poder Público para obstar o direito pleiteado em juízo é o fato de a recorrente não ter observado o cronograma de execução da obra

cujo prazo de conclusão estava previsto para 28.02.2014 (art. 4º, inciso II, da Lei nº 9.952/2010).

Embora o ato administrativo impugnado tenha sido praticado no exercício do Poder de Polícia inerente à fiscalização administrativa, nas peculiaridades do caso concreto, evidencio que a Licença e/ou Alvará constitui ato administrativo vinculado e definitivo por meio do qual o ente público reconhece, em benefício do administrado, um direito relativo ao exercício de uma atividade, no caso, a realização da construção de um hotel, cujo prazo de validade estava previsto para 07 de outubro de 2015 (f. 44).

Tratando-se de ato vinculado, se o interessado preenche os requisitos legais para a concessão da licença, tem ele direito de obtê-la, não possuindo o agente público qualquer margem de liberdade quanto à avaliação de sua conduta.

O desfazimento do ato administrativo pode se dar mediante o reconhecimento de sua ilegalidade (vícios na sua formação) ou simplesmente advir da desnecessidade de sua existência; significa dizer que, mesmo legítimo, o ato pode se tornar inconveniente e inoportuno, segundo a discricionariedade da Administração.

A propósito, tais fundamentos encontram-se brilhantemente sintetizados na Súmula nº 473 do Colendo Supremo Tribunal Federal:

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 motivos de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.

Desse modo, constatada qualquer infringência à lei, deve o ato ser anulado.

Entretanto, a desconstituição da eficácia de qualquer ato administrativo que repercuta no âmbito dos interesses individuais da impetrante não pode ser realizada sem a observância dos princípios inerentes ao devido processo legal, de aplicação obrigatória “em processo judicial ou administrativo” (art. 5º, LV, da CR/88), ou em desprestígio à boa-fé do administrado, conforme lição de Hely Lopes Meirelles:

Alvará é o instrumento de licença ou da autorização para a prática de ato, realização de atividade ou exercício de direito dependente de policiamento administrativo. É o consentimento formal da Administração à pretensão do Administrado, quando manifestada em forma legal [...].
O Alvará de licença não pode ser invalidado discricionariamente, só admitindo revogação por interesse público superveniente e justificado, mediante indenização; ou cassação por descumprimento das normas legais na sua execução; ou anulação por ilegalidade na sua expedição; em todas estas hipóteses através de processo administrativo com defesa do interessado (MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 24. ed. p. 122/123, grifei).

O poder-dever conferido à Administração Pública, decorrente do princípio da autotutela, de revogar seus

atos quando inconvenientes ou anulá-los quando ilegais (Súmula 473/STF) não é absoluto, sendo vedado alterar unilateralmente a esfera de direito já alcançada pelo administrado, sem a indispensável abertura de processo administrativo (art. 5º, LV, da CR/88), conforme ressaltado.

Aliás, a Constituição da República assegura aos litigantes em geral, inclusive no âmbito administrativo, o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes, situação não verificada no caso concreto.

Nesse sentido, a colenda 5ª Câmara Cível, em acórdão de relatoria do saudoso Des. Nepomuceno Silva, já concluiu que “não pode o administrador público cassar, sumariamente, licença concedida, sem observância do devido processo legal, pois ao licenciado são assegurados o contraditório e a ampla defesa, princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito” (RN/AC nº 1.0024.09.482844-9/001, DJe de 19.02.2010).

O fato de a lei municipal estipular o prazo de conclusão da obra para 28.02.2014 deveria ter sido levado em consideração pela digna autoridade coatora antes da expedição do Alvará (com prazo de validade até 07.10.2015) e não ser utilizado como motivo para o seu cancelamento, sobretudo considerando a vultosa quantia já despendida pela apelante na construção do empreendimento e da prova inequívoca - atestada por Escritura Pública de Ata Notarial lavrada pelo 2º Tabelionato de Notas de Belo Horizonte - no sentido de que “a obra estava concluída”, o que é confirmado pelos anexos fotográficos (f. 1.163/1.179).

Diante desse quadro, a cassação da licença sem ampla oportunidade de defesa é ato contrário ao preceito constitucional acima mencionado, cuja arbitrariedade e ilegalidade são passíveis de correção pelo Judiciário, na via mandamental.

Dou provimento ao recurso para, reformando a sentença, conceder a segurança a fim de anular o ato administrativo que cassou o Alvará de Construção nº 2011 35369 em favor da apelante.

Sem honorários advocatícios (art. 25 da Lei nº 12.016/2009).

Custas processuais e recursais, pelo apelado (art. 82, § 2º, do NCPC, correspondente ao art. 20 do CPC/73), na forma prevista no art. 12, § 3º, da Lei Estadual nº 14.939/2003.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES SANDRA FONSECA e RONALDO CLARET DE MORAES (JUIZ DE DIREITO CONVOCADO).

Súmula - DERAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

**Minério de ferro - Compra e
venda - Direito de lavra - Promessa de
arrendamento - Termo aditivo - Restabelecimento
do contrato - Real intenção das partes -
Prevalência - Art. 112 do Código Civil - Cláusulas
contratuais - Cumprimento - Obrigatoriedade -
Danos materiais - Prova - Ausência - Honorários
advocatícios - Majoração - Cabimento**

Ementa: Apelação. Deserção. Ausência. Contrato de compra e venda de minério de ferro com promessa de arrendamento de direito de lavra. Termo aditivo. Restabelecimento do contrato. Prevalência da real intenção das partes. Força obrigatória do contrato. Dever de cumprimento das cláusulas contratuais. Danos materiais. Ausência de prova. Honorários advocatícios. Majoração

- O art. 112 do Código Civil é expresso ao determinar que, nas declarações de vontade, se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem.

- As cláusulas contratuais livremente pactuadas pelas partes são de força obrigatória.

- Os alegados danos materiais decorrentes da ausência de celebração de contrato de arrendamento do direito de lavra devem ser devidamente comprovados.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.13.130883-5/002
- Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Nacional Minérios S/A - Apelante adesiva: Mineração de Manganês Nogueira Duarte Ltda. - Apeladas: Nacional Minérios S/A, Mineração de Manganês Nogueira Duarte Ltda. - Relatora: DES.ª JULIANA CAMPOS HORTA

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 12ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em REJEITAR A PRELIMINAR E DAR PARCIAL PROVIMENTO AOS RECURSOS PRINCIPAL E ADESIVO.

Belo Horizonte, 13 de abril de 2016. - Juliana Campos Horta - Relatora.

Notas taquigráficas

DES.ª JULIANA CAMPOS HORTA - Trata-se de apelação interposta por ambas as partes contra a r. sentença de f. 509/512 proferida nos autos da ação ordinária ajuizada por Nacional Minérios S/A (Namisa) contra Mineração de Manganês Nogueira Duarte Ltda. e que julgou improcedente a ação, condenando a parte autora no pagamento de R\$5.000,00 (cinco mil reais), a título de honorários advocatícios.

A apelante principal, Nacional Minérios S/A (Namisa), em suas razões recursais, alega que, em 02.07.2006, a Companhia de Fomento Mineral e Participações - CFM, de que a parte apelante é sucessora (em decorrência de ato de incorporação), firmou contrato de compra e venda de minério de ferro com a parte apelada, coligado a uma promessa de arrendamento de direito de lavra, o qual contemplava dois contratos com objetos distintos - o primeiro é a aquisição de 340.000 (trezentos e quarenta mil) toneladas de minério de ferro *in situ*, a serem extraídos das reservas da parte apelada - e o segundo previa que a parte apelada assumiria o compromisso irrevogável e irrevogável de arrendar à CFM (atual Namisa) “o direito à lavra corporificado pelo Decreto, objeto do processo DNPM 831492/84”, sujeito a uma condição suspensiva que consistia na obtenção, pela parte apelada, da devida concessão de lavra na área construída pela Portaria de Lavra nº 199, de 28.05.2002, processo DNPM 831492/84.

Afirma que a condição suspensiva foi satisfeita em 18.10.2007, quando foi outorgada a concessão de lavra à parte apelada pelo Departamento Nacional de Produção Mineral. No entanto, argumenta que não foi comunicada pela parte apelada quanto a essa outorga e ficou aguardando a concessão da outorga para a realização do arrendamento da lavra, para cumprimento da segunda parte do contrato.

Alega que efetuou o pagamento integral do preço acordado no contrato pela compra de 340.000 (trezentos e quarenta mil) toneladas de minério de ferro, no entanto, a parte apelada não transferiu o direito de lavra à parte apelante, mediante arrendamento mercantil, descumprindo, assim, a cláusula prevista no contrato.

Salienta que as previsões contidas nas cláusulas 5.1, 5.2 e 5.4 do contrato celebrado entre as partes são disposições gerais, e não condição preliminar para celebração “do contrato definitivo de arrendamento” (f. 519), e que inexistia qualquer previsão de obrigação na cláusula quinta a ser cumprida pelas partes “que devesse anteceder a lavratura do Contrato Definitivo de Arrendamento de Concessão de Lavra” (f. 520); que a parte apelada, ao apresentar o pedido de registro de lavra junto ao DNPM, em 1984, anexou o memorial técnico descritivo, que é requisito indispensável e prévio à outorga da Concessão de Lavra, previsto no art. 39 do Código Mineral e que especifica o volume de mina; tece considerações acerca das cláusulas 5.1, 5.2 e 5.4 do contrato em questão.

Assevera que, em 28.01.2008, foi celebrado um termo aditivo ao contrato original, e a parte apelada passou a ser responsável pela extração do minério de ferro vendido à parte apelante, que constituía a primeira parte do contrato original celebrado em 2006, “em quantidade inferior àquela inicialmente pactuada” (f. 523), e que todas as obrigações acessórias decorrentes da exploração da lavra continuaram com a parte apelada, sendo que somente após a transferência da lavra, mediante

arrendamento, “é que se poderia dizer que a apelante poderia se encontrar em inadimplência com alguma obrigação legal ou contratual. Até então, sua única obrigação era pagar o minério extraído pela apelada” (f. 523).

Argumenta que “o negócio só foi celebrado em todo seu conjunto para que a apelada recebesse valores de que necessitava para concluir o processo de concessão de lavra junto ao órgão federal e, após, conceder, mediante arrendamento, o direito de exploração da lavra para a apelante” (f. 506), e que a parte apelada somente manifestou o seu desinteresse no arrendamento após ter sido interpelada para celebrar o contrato de arrendamento definitivo, no ano de 2012. Ao final, requer a reforma da r. sentença para determinar “a outorga do contrato de arrendamento da área constituída pela Portaria de Lavra nº 199, de 28.05.2012, processo DNPM 831492/84, registrada no Departamento Nacional de Produção Mineral desde 18.10.2007, em favor da apelante, observando-se destarte o contrato celebrado entre as partes em 2 de julho de 2006 e aditivos posteriores” (f.526), além da condenação da parte apelada no pagamento de indenização por danos materiais pela alegada exploração ilícita da área.

Em contrarrazões (f. 531/556), a parte apelada pugna pelo desprovemento do recurso, afirmando, em síntese, que não assiste razão à parte recorrente

[...] diante do incontestado inadimplemento de obrigações por parte dela e da faculdade contratual concedida às partes de manifestarem-se negativamente quanto ao contrato de arrendamento, bem como em face da concordância anterior à ação, com a opção dessa apelada, uma vez que as partes, ora litigantes, passaram a negociar contrato de fornecimento/compra e venda de minério de ferro ROM (f. 533).

Afirma que o valor pago pela parte apelante não foi utilizado para regularização do direito de lavra, pois, “à época da contratação, as quitações das obrigações assumidas bem como a formalização da cessão junto ao DNPM já se encontravam encaminhadas” (f. 535).

Assevera, ainda, que a parte apelante não cumpriu a integralidade do contrato, pois, no período em “que deveria ser retirada a integralidade do minério adquirido, isto é, 340.000 toneladas, foram retiradas pouco mais de 120.000 toneladas”, situação que gerou prejuízos para a parte apelada, “uma vez que se via impedida de exercer suas atividades, dependentes da extração do minério de ferro pela Namisa” (f. 135), ocasião em que foi firmado o termo aditivo, através do qual a parte apelante reconheceu o “seu desinteresse no minério de ferro extraído da mina da Nogueira Duarte e as dificuldades por que passava para cumprir o outrora pactuado” (f. 535). Em atenção ao princípio da eventualidade, havendo reforma da sentença, requer seja a parte apelante obrigada ao cumprimento integral das disposições contratuais e devolução dos investimentos e custos havidos pela parte apelada para a implantação da exploração mineral.

Às f. 552/555, a ré, Mineração de Manganês Nogueira Duarte Ltda., apresentou recurso adesivo, requerendo a majoração dos honorários advocatícios.

Às f. 559/567, a autora (aqui apelante principal), Nacional Minérios (Namisa), apresentou contrarrazões ao recurso adesivo, pugnado pela deserção do recurso, em razão da irregularidade na comprovação do pagamento das custas recursais e, no mérito, pela rejeição do recurso.

Às f. 575, foi determinada a regularização do preparo, tendo a parte apelante adesiva cumprido, tempestivamente, o despacho judicial às f. 578.

É o relatório.

Passa-se à análise de ambos os recursos.

Apelação principal.

Preliminar.

Deserção.

A preliminar suscitada pela Nacional Minérios (Namisa), de deserção do recurso, não merece acolhida, uma vez que a irregularidade na juntada da cópia da guia do pagamento das custas constitui vício sanável e, devidamente intimada, a parte apelante adesiva sanou o vício apontado, conforme se verifica às f. 578/579.

Ante o exposto, rejeita-se a preliminar, e, presentes os pressupostos de admissibilidade, conhece-se do recurso.

Mérito.

Cinge-se a questão em analisar a existência de obrigação da parte ré, Mineração de Manganês Nogueira Duarte Ltda., em celebrar contrato de arrendamento de direito de lavra com a parte autora, Nacional Minérios (Namisa).

A Mineração de Manganês Nogueira Duarte Ltda. (ré), em 02.07.2006, celebrou “contratos coligados de compra e venda de minério de ferro *in situ* e promessa de arrendamento de direito de lavra” (f. 30/37) com a empresa CFM, que foi sucedida pela Nacional Minérios S/A (Namisa) (autora), o qual dispõe, *in verbis*:

CLÁUSULA PRIMEIRA - DOS OBJETIVOS

1.1 [...] a Nogueira Duarte, por esta e na melhor forma de direito, vende à CFM 340.000 toneladas de minério de ferro *in situ* a serem extraídos das reservas identificadas no preâmbulo do presente, e na parte previamente estabelecida de comum acordo entre as signatárias, segundo preço e demais condições previstas na cláusula seguinte, razão pela qual se compromete a mesma vendedora, de forma irrevogável e irrevogável, a não só destinar o valor, por ela adiante recebido, ao aperfeiçoamento da opção, anteriormente definida neste instrumento, bem como, em assim sendo, tomar as providências requeridas para fazer passar para seu nome, perante a DNPM, o direito de lavra a que se refere dita opção, objetivando, como tal, arrendá-lo após à CFM, consoante a seguir se dispôs na cláusula terceira.

[...]

Cláusula terceira - Da promessa de arrendamento

3.1 A Nogueira Duarte, atendidos os requisitos previstos neste instrumento, ratifica seu compromisso irrevogável e irrevogável de arrendar à CFM o direito à lavra corporificado pelo Decreto, objeto do processo DNPM 831492/84, já antes aqui identificado, e nas condições fixadas [...], com que anui a mesma CFM por aceitá-lo, e após ter investigado técnica

e comercialmente a área mineral correspondente à aquele mesmo Decreto, devendo seu arrendamento ser levado a efeito na seguinte forma e condições especiais e necessárias adiante previstas (3.3 e 3.4): [...]

Cláusula quarta - Das penalidades

Com o aperfeiçoamento do contrato de compra e venda, peça vestibular do presente instrumento, as disposições aqui fixadas tornam-se obrigatórias em relação às partes, exceto no que concerne à hipótese relativa à faculdade concedida a ambas empresas de manifestar-se negativamente em relação ao arrendamento previsto na cláusula terceira, quando nenhuma obrigação mais subsistirá entre as partes, cessando, via de consequência, os direitos e obrigações aqui assumidos. Se a Nogueira Duarte der causa a fatos capazes de inviabilizar a contratação definitiva do arrendamento, objetivado neste instrumento, ficará obrigada a ressarcir à CFM todos os custos envolvidos no desenvolvimento da mina, tais como abertura e melhoria de acessos, remoção antecipada de estéril e recuperação de áreas degradadas.

Pela leitura do contrato, verifica-se que as partes possuíam o interesse de firmar um contrato de arrendamento de uma área de lavra, constituída “pela Portaria de Lavra nº 199 de 28.05.2002, Processo 831492/84, cuja respectiva transferência encontra-se pendente dos pagamentos finais”, e que a celebração desse contrato (arrendamento de direito de lavra) estava condicionada à formalização pelo DNPM “dos atos translativos requeridos no caso” e que a CFM, sucedida pela Nacional Minérios S/A (Namisa) “deveria disponibilizar recursos antecipados e suficientes à Nogueira Duarte visando à quitação relativa ao pagamento do total da dívida remanescente, oriunda de sua opção, na forma aqui antes tratada.” Há previsão ainda de que “CFM anuiu ao pleito em questão, condicionado, no entanto, disponibilizar o montante requerido na hipótese, através de compra de minério *in situ* a ser extraído da área objetivada por este instrumento” e que os objetos do contrato (compra e venda e arrendamento de direito de lavra) “deverão ter suas respectivas consecuições promovidas de forma coligada” (previsão contida no preâmbulo do contrato - f. 30).

O contrato prevê que a ré, Mineração de Manganês Nogueira Duarte Ltda. (aqui apelante adesiva), venderia à CFM, atual Nacional Minérios S/A (Namisa), 340.000 (trezentos e quarenta mil) toneladas de minério de ferro *in situ*, a serem extraídos pela apelante principal (autora) “em quantidades mensais, conforme programações a serem científicas à Nogueira Duarte até o dia 25 do mês anterior ao da respectiva extração. A extração de minério de ferro e serviços correlatos poderão vir a ser executados pela própria Nogueira Duarte, desde que os preços por ela praticados sejam compatíveis com os da CFM” (cláusula 2ª - f. 31) e que a quantia paga seria de R\$740.000,00 (setecentos e quarenta mil reais), em 4 (quatro) parcelas de R\$185.000,00 (cento e oitenta e cinco mil reais) cada uma (item 2.2 - f. 32).

Às f. 41/44, a parte autora (apelante principal) comprovou o pagamento da compra do minério, na

forma prevista no contrato, não tendo a parte ré, aqui apelante adesiva, impugnado o referido documento.

Em 18.10.2007, foi autorizada à Mineração de Manganês Nogueira Duarte Ltda. a averbação de transferência de concessão de lavra pela Sociedade Brasileira de Mineração Santa Bárbara Ltda., em razão da cessão de direitos minerários decorrente do processo DNPM nº 831.492/194 (f. 154/157).

Em 28.01.2008, a Mineração de Manganês Nogueira Duarte Ltda. e a Companhia de Fomento Mineral e Participações - CFM, sucedida pela Nacional Minérios S/A (Namisa), celebraram termo aditivo ao contrato de compra e venda de minério de ferro *in situ* e promessa de arrendamento de direito de lavra (f. 38/39). O termo aditivo alterou a cláusula original do contrato referente às condições gerais de compra e venda de minérios (itens 2.1, 2.1.1, 2.1.2 e 2.1.4) e incluiu o item 5.5 na cláusula quinta do contrato original, referente às disposições gerais, considerando o seguinte:

1) As dificuldades operacionais de cumprir o contrato vigente nas bases estipuladas.

2) Que a qualidade do minério em questão vem impactando negativamente a qualidade dos produtos CFM.

3) Que as condições da estrada e a distância afetaram significativamente o transporte do minério até o ponto de recebimento.

4) Que a Nogueira Duarte necessita que a lavra do minério de manganês, por ela efetuada, seja feita concomitante à lavra do minério de ferro, o que não vem ocorrendo.

5) O disposto na segunda parte do item 2.1 do contrato firmado entre as partes em 02.07.2006, que prevê que a extração do minério de ferro e serviços correlatos poderão vir a ser executados pela Nogueira Duarte, desde que os preços por ela praticados sejam compatíveis com os da CFM.

Com a celebração do termo aditivo, ficou estipulado que, no caso de compra e venda, a Nogueira Duarte ficaria responsável pela extração mensal de 30.000 (trinta mil) toneladas do minério de ferro a ser vendido à CFM e que o minério de manganês, quando ocorrida a extração, seria destinado à produção própria da Nogueira Duarte (apelante adesiva) e que

todas as 217.930.165 t iniciais lavradas serão contabilizadas para abater o saldo de 2007, já pago pela CFM e não retirado, conforme cláusulas 2.1 e 2.2 do Contrato, pagando a CFM à Nogueira Duarte, até o limite de 220.000 t apenas o custo de extração e carga do minério de ferro, de acordo com a tabela anexada a esse Primeiro Termo Aditivo Contratual. Acima do limite de 217.930.165 t, a CFM passará a pagar à Nogueira Duarte o preço por tonelada de ROM previsto no contrato, acrescido dos custos de escavação e carga (f. 38 - sem destaque no texto original).

A Mineração de Manganês Nogueira Duarte Ltda. (ré) alega que a Nacional Minérios S/A (autora)

descumpriu o contrato, pois deveriam ser retiradas 340.000 (trezentos e quarenta mil) toneladas de ferro, mas foram retiradas aproximadamente 120.000 (cento e vinte mil) toneladas.

A cláusula original do contrato que previa as condições gerais de compra e venda não estipulou a quantidade de minério mensal a ser extraída pela CFM, ficou ressaltado que a extração seria realizada mensalmente “conforme programações a serem científicas da Nogueira Duarte até o dia 25 (vinte e cinco) do mês anterior ao da respectiva extração” (f. 31 - item 2.1). Somente com o termo aditivo, conforme supramencionado, é que foi estipulada a quantidade mensal de extração de minério em 30.000 (trinta mil) toneladas e atribuída à responsabilidade pela extração à Nogueira Duarte (ré).

A quantidade mensal da extração prevista na Cláusula Terceira do contrato original se refere à promessa de arrendamento do direito de lavra em que a CFM “garantirá uma escala mínima de extração mensal de 50.000 toneladas de ROM. O minério não extraído dentro do mês poderá ser retirado dentro do mesmo ano, porém o pagamento ocorrerá dentro do mês” (f. 34 - item 3.4 (b)). Assim, não houve descumprimento das cláusulas do contrato pela parte autora referente à responsabilidade pela extração e quantidade extraída no período em que a responsabilidade lhe foi atribuída, uma vez que, repita-se, nesse período, não fora estipulado à parte apelante qualquer limite de extração de minério.

Ora, a alegação da parte ré de descumprimento da Cláusula Quinta pela parte autora não merece acolhida, uma vez que não foi fixado prazo para cumprimento das disposições gerais ali previstas, e estas somente poderiam ser exigidas a partir da celebração do contrato de arrendamento mercantil, já que os documentos e projetos previstos nos itens 5.1, 5.2 e 5.4 do contrato são exigidos pelo Departamento Nacional de Produção Mineral - DNPM quando da apresentação do requerimento de anuência e averbação do contrato de arrendamento de lavra, o qual não foi celebrado pelas partes até o presente momento.

A propósito, dispõe a Portaria nº 269, de 10.07.2008, do Departamento Nacional de Produção Mineral - DNPM, *in verbis*:

Art. 4º A anuência e a averbação de contratos de arrendamento serão pleiteadas mediante formulário de pré-requerimento eletrônico, disponível para preenchimento no sítio do DNPM na internet, após o que deverá ser impresso pelo interessado para protocolização na forma e prazo fixados na Portaria DNPM nº 268, de 27 de setembro de 2005, no Distrito em cuja circunscrição situa-se a área pretendida, onde será numerado, autuado e registrado.

Parágrafo único. O requerimento de que trata o caput deverá ser dirigido ao Ministro de Minas e Energia e assinado pelo arrendante e pelo arrendatário.

Seção II - Dos documentos essenciais
Arrendamento total

Art. 5º O pedido de anuência prévia e averbação de arrendamento total deverá ser instruído com os seguintes documentos: I - original ou cópia autenticada do contrato de arrendamento total da concessão de lavra na forma de escritura pública ou instrumento particular com firma reconhecida, ou do manifesto de mina na forma de escritura pública;

II - cópia autenticada dos atos societários do arrendante e do arrendatário, quando pessoa(s) jurídica(s), devidamente registrados na junta comercial, comprovando os poderes de representação do(s) signatário(s) do contrato de arrendamento; (Redação dada pelo art. 25 da Portaria DNPM nº 564, de 19.12.2008)

III - novo plano de aproveitamento econômico da jazida, assinado por profissional legalmente habilitado, acompanhado da respectiva anotação de responsabilidade técnica - ART, ou declaração expressa do arrendatário comprometendo-se a executar o plano já aprovado pelo DNPM; (Redação dada pelo art. 25 da Portaria DNPM nº 564, de 19.12.2008)

IV - declaração expressa do arrendatário comprometendo-se a promover a recuperação ambiental da área minerada;

V - prova de disponibilidade de fundos necessários para a execução do plano de aproveitamento econômico e operação da mina, em nome do arrendatário; e

VI - prova de recolhimento dos emolumentos no valor da averbação de cessão total de direitos minerários fixados em Portaria do DNPM. (Redação dada pelo art. 25 da Portaria DNPM nº 564, de 19.12.2008)

Parágrafo único. Em caso de a área objeto do contrato de arrendamento total localizar-se em faixa de fronteira, o arrendatário deverá atender as exigências previstas na legislação específica.

Por outro lado, a supramencionada Portaria é posterior ao contrato celebrado entre as partes, o que corrobora os fundamentos de ausência da exigência da previsão contida na Cláusula Quinta do contrato em questão, já que inexistente a previsão de elaboração dos referidos documentos e projetos pelo arrendatário, sendo estes exigíveis no caso de contratos de concessão da lavra e de inteira responsabilidade do seu titular, conforme previsto no art. 48 do Decreto nº 62.934/1968, que aprova o Regulamento do Código de Mineração.

Contudo, considerando que a parte autora somente teria o direito a exercer o arrendamento a partir da anuência e averbação do contrato junto ao Departamento Nacional de Produção Mineral - DNPM, e como este ainda não foi celebrado, não há que se falar em indenização pelos alegados prejuízos materiais que sequer restaram comprovados.

O pedido da parte ré de devolução dos investimentos e custos havidos para a implantação da exploração mineral não pode ser analisado, uma vez que não foi apresentado em reconvenção e, tampouco, como pedido contraposto, e as contrarrazões não são o meio adequado para apreciação do pedido, por não se confundirem com o recurso. Eventuais e alegados prejuízos deverão ser requeridos de forma adequada, em ação própria.

A previsão contida na Cláusula 4.1, quanto à possibilidade de as partes manifestarem-se negativamente em relação ao contrato de arrendamento do direito de lavra,

não tem o condão de afastar o cumprimento da obrigação das partes de formalizarem o contrato de arrendamento, haja vista que qualquer renúncia referente ao objeto do contrato deveria ser expressamente pactuada, o que não se verifica na hipótese dos autos, já que inexistente qualquer termo aditivo referente à manifestação das partes de desistência do contrato de arrendamento.

E, conforme previsto na Cláusula Terceira (f. 33), a empresa Nogueira Duarte manifestou o seu interesse, irratável e irrevogável, de arrendar à CFM o direito à lavra “tão logo sejam formalizados pelo DNPM os atos translativos requeridos no caso” (f. 30), e que ambos os contratos - compra e venda e promessa de arrendamento de lavra - “deverão ter suas respectivas consecuições promovidas de forma coligada” (f. 30), devendo o contrato ser cumprido nos seus exatos termos.

O art. 112 do Código Civil é expresso ao determinar que, nas declarações de vontade, se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem. *In casu*, conforme se infere da leitura do contrato, inclusive, do preâmbulo, a real intenção das partes com a celebração do contrato de compra e venda de minério de ferro é possibilitar a celebração do contrato de arrendamento mercantil.

A teoria da confiança prevista no artigo supramencionado do Código Civil tem por escopo assegurar os princípios da boa-fé objetiva, autonomia da vontade e moralidade que regem o contrato, de maneira que não se frustrar a expectativa das partes com a celebração de um contrato, cujas cláusulas foram por elas livremente negociadas e decididas e que são de força obrigatória.

Assim, o recurso principal merece parcial provimento para que seja reformada a sentença e julgada parcialmente procedente a ação para determinar que a parte ré cumpra com o pactuado na cláusula terceira - da promessa de arrendamento, formalizando o contrato de arrendamento ali previsto, já que ausente qualquer descumprimento de cláusulas pela parte apelante.

Apelação adesiva.

Recorre adesivamente a parte ré requerendo a majoração dos honorários advocatícios arbitrados no valor de R\$5.000,00 (cinco mil reais).

In casu, consoante apreciação equitativa e em observância às circunstâncias do processo e complexidade da causa, além do valor do contrato em discussão e a previsão contida no art. 20 do CPC, a verba honorária deve ser majorada para a quantia de R\$15.000,00 (quinze mil reais), valor que atende as exigências previstas no artigo supramencionado.

Assim, o recurso adesivo merece parcial provimento para que a verba honorária seja majorada para o valor de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais).

Ante o exposto, rejeita-se a preliminar e dá-se parcial provimento aos recursos principal e adesivo.

Considerando que a parte autora sucumbiu em 50% (cinquenta por cento) dos seus pedidos, condeno as partes em sucumbência recíproca.

Votaram de acordo com a Relatora os DESEMBARGADORES SALDANHA DA FONSECA e DOMINGOS COELHO.

Súmula - REJEITARAM A PRELIMINAR E DERAM PARCIAL PROVIMENTO AOS RECURSOS PRINCIPAL E ADESIVO.

...

Ação declaratória c/c condenatória - Contrato verbal de locação com a Administração Pública - Art. 60 da Lei 8.666/93 - Nulidade - Princípio da instrumentalidade das formas - Celebração do contrato - Obrigação de indenizar - Valor contratado - Ônus da prova - Prova exclusivamente testemunhal - Art. 401 do CPC/1973 - Vedação

Ementa: Apelação. Ação declaratória. Condenatória. Contrato verbal. Nulidade. Administração pública municipal. Princípio da instrumentalidade das formas. Prova exclusivamente testemunhal. Ônus da prova. Art. 373, I, do CPC/2015. Valor superior ao décuplo do salário mínimo. Sentença mantida.

- Princípio da instrumentalidade das formas - o ato não será repetido nem sua falta será suprida quando não prejudicar a parte.

- É nulo e sem nenhum efeito o contrato verbal com a Administração Pública, nos termos do parágrafo único do art. 60 da Lei Federal nº 8.666/93, contudo, embora seja nulo o contrato verbal celebrado com a Administração Pública, tem a Administração Pública a obrigação de indenizar o contrato desde que demonstrado o quanto devido.

- Cabe ao autor provar o alegado, conforme dispõe o art. 373, I, do CPC.

- Nos termos do art. 401 do CPC/1973, a prova exclusivamente testemunhal só é admitida nos contratos cujo valor não exceda o décuplo do maior salário mínimo vigente no país, ao tempo em que foram celebrados.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0056.09.208361-9/001 - Comarca de Barbacena - Apelante: Maria Lúcia Martin Oliveira Santos - Apelado: Município de Barbacena - Relator: DES. JAIR VARÃO

Acórdão

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

Belo Horizonte, 28 de abril de 2016. - *Jair Varão*
- Relator.

Notas taquigráficas

DES. JAIR VARÃO - Trata-se de recurso de apelação interposto contra a sentença de f. 91/98, que, nos autos da ação declaratória combinada com condenação proposta por Maria Lúcia Martin de Oliveira dos Santos em face do Município de Barbacena, julgou improcedente o pedido de declaração de existência de contrato locatício e condenação do Município ao pagamento de aluguéis, correspondentes.

Condenou a autora ao pagamento das custas e despesas processuais e honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor da causa, suspensos na forma da Lei 1.060/50.

Em suas razões recursais de f. 112/119, sustenta, em síntese, ofensa ao princípio da identidade física do juiz; que o juiz não colidiu as provas, o que lhe causou prejuízo; que o contrato locatício e aditivo demonstra o início de prova documental; enriquecimento sem causa do apelado; apresentação de prova verbal contundente.

Ao final, requer seja a sentença declarada nula, por ofender o princípio da identidade física do juiz, e, no mérito, seja reformada a sentença para lhe conferir o direito ao recebimento dos alugueis referente aos meses de março a outubro de 2005, devidamente corrigidos.

Contrarrazões às f. 112/119, em óbvias infirmações.
I - Juízo de admissibilidade.

Conheço do recurso, porquanto presentes os pressupostos de sua admissibilidade.

II - Preliminar - nulidade da sentença.

Alega a apelante ofensa ao princípio da identidade física do juiz. Afirma que a colheita de prova foi realizada pelo juiz titular da Comarca, Dr. Marcos Alves de Andrade, o que gerou sua vinculação ao processo para proferir a sentença, porém os autos foram conclusos para o juiz cooperador da Comarca de Machado.

Analisando os autos, observo que a instrução do feito foi realizada em abril de 2011, pelo Juiz Marcos Alves de Andrade (f. 63), quando foram ouvidas duas testemunhas; após quase um ano, houve a promoção dos presentes autos visto que o referido Magistrado estava impossibilitado de proferir decisão, em virtude de ter sofrido acidente, sem data prevista para retornar às suas funções. Nessa ocasião, seu substituto, Dr. Lélcio Erlon Alves Tolentino, designou audiência de conciliação (f. 81/82), e, finalmente, em outubro de 2014, quando os autos foram conclusos para sentença, o então juiz Titular,

Dr. Marcos Alves de Andrade, encaminhou estes autos ao Juiz Cláudio Hesketh, que, na época, estava cooperando no juízo de Barbacena (f. 90), quando, então, a sentença foi proferida, em fevereiro de 2015, pelo Juiz Cláudio Hesketh, conforme se verifica às f. 90 e 91/98, na qualidade de Juiz de Direito Cooperador.

Não se nega que é extremamente salutar que o juiz que conduz a instrução e, portanto, que teve contato direto com as provas produzidas, especialmente as provas orais, também profira a sentença.

Contudo, no caso dos autos, observa-se que, da data da audiência de instrução e julgamento até a prolação da sentença, se passaram quase cinco anos, não havendo falar em prejuízo, pois, por terem se passado muitos anos da oitiva das testemunhas, o juiz que presidiu a audiência de instrução e julgamento teria, hoje, a mesma compreensão dos fatos e das oitivas da testemunhas que teve o juiz que prolatou a sentença.

Ademais, importante observar o que estabelece o art. 282, § 1º, do Código Processo Civil 2015:

Artigo 282 - Ao pronunciar a nulidade, o juiz declarará que atos são atingidos e ordenará as providências necessária a fim de que sejam repetidos ou retificados.

§ 1º O ato não será repetido nem sua falta será suprida quando não prejudicar a parte.

Assim sendo, sem que haja efetivo prejuízo às partes em razão do desrespeito a alguma norma processual, não deve o juiz declarar a nulidade dos atos processuais. Nesse sentido, leciona Daniel Amorim Assumpção Neves: “[...] cabe ao juiz fazer o possível para evitar a necessidade de prolatar uma sentença terminativa no caso concreto, buscando com todo esforço chegar a um julgamento do mérito (NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de Processo Civil comentado artigo por artigo*. Salvador: Juspodivum, 2016, p. 443).

Posto isso, não vislumbro qualquer prejuízo às partes pelo fato de a sentença ter sido proferida por juiz cooperador, mesmo não tendo sido este quem conduziu a audiência de instrução e julgamento.

Posto isto, não acolho a preliminar de nulidade da sentença.

II - Mérito.

A requerente, por meio da presente causa, objetiva a declaração de existência do contrato locatício verbal, segundo ela firmado com a administração pública municipal, no período de fevereiro a outubro de 2005, e consequentemente a condenação do requerido ao pagamento dos aluguéis.

A sentença não merece reparos.

Cinge a controvérsia a verificar a existência de contrato verbal firmado entre a autora, ora apelante, e o Município de Barbacena.

A Lei nº 8.666/93, em seu art. 60, parágrafo único, instituiu a obrigatoriedade de licitação quando a administração pública formalizar contratos e aditamentos,

acrescentando ser nulo e de nenhum efeito o contrato verbal com a Administração, sendo permitidos apenas os contratos verbais de pequenas compras de pronto pagamento, o que não é o caso dos autos.

Por tratar de contrato verbal de locação, a nulidade do mesmo é notória; contudo, comprovada a celebração do contrato verbal, teria a administração a obrigação de indenizar o contratado, desde que comprovada mediante prova inequívoca a existência do ajuste firmado entre as partes.

Observe que a requerente afirma que o apelado lhe deve pagamento de aluguéis mensais no valor de R\$458,00 (quatrocentos e cinquenta e oito reais, referente aos meses de março a outubro de 2005, e segundo a apelante totalizam R\$5.525,21 (cinco mil quinhentos e vinte e cinco reais e vinte e um centavos).

Ocorre que a autora não se desincumbiu de provar o fato constitutivo de seu direito, visto que as testemunhas não trazem aos autos informações quanto aos valores acertados entre as partes, não alcançando a condição de prova testemunhal idônea, que comprovem os valores acordados. Além disso, não consta dos autos qualquer comprovação quanto aos valores acertados.

Importante destacar, também, que a cobrança não pode ser feita com base em prova exclusivamente testemunhal, quando o valor ultrapassar o décuplo do maior salário mínimo vigente no país, ao tempo em que foram celebrados, conforme estabelece o art. 401 do CPC/1973.

Com efeito, à míngua de prova testemunhal, não há como condenar a Administração Pública ao pagamento de valor referente ao contrato verbal, quando não há nos autos comprovação do quanto foi acordado entre a parte e a Administração Pública.

Dispositivo.

Com essas considerações, nego provimento ao recurso e mantenho a sentença de 1º grau.

Custas recursais, pelo apelante, suspensas nos termos da Lei 1.060/50.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES AMAURI PINTO FERREIRA (JUIZ DE DIREITO CONVOCADO) e ALBERGARIA COSTA.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Responsabilidade civil do município - Queda de árvore - Danos em veículo - Ato omissivo - Responsabilidade subjetiva - Indenização - Dano material - Prova - Condenação - Juros e correção monetária - Índices aplicáveis

Ementa: Apelação cível. Ilegitimidade passiva afastada. Ação de indenização. Queda de árvore. Danos em

veículo. Ato omissivo. Responsabilidade subjetiva. Indenização. Dano material. Comprovação. Juros e correção. Reforma parcial da sentença.

- Conforme dispõe o Código de Posturas do Município de Belo Horizonte, regulamentado pelo Decreto 14.060/2010, a conservação e manutenção da arborização das vias públicas são de responsabilidade do Município de Belo Horizonte, que possui o dever de realizar as podas e supressão das árvores localizadas na área urbana.

- Para a configuração da responsabilidade do Estado, necessária se faz, regra geral, a comprovação do dano, do fato administrativo e do nexo de causalidade entre eles, sendo que, no caso de ato omissivo, também é necessária a comprovação de que a Administração estava obrigada a impedi-lo.

- Patente a negligência do Município de Belo Horizonte, consistente na ausência de realização dos serviços de conservação das árvores, valendo salientar que o fato de ter ocorrido uma forte chuva no dia do evento danoso, por se tratar de condição climática normal à época do ano, não exclui a responsabilidade do Estado quanto ao ressarcimento dos danos causados à parte autora.

- Conforme entendimento do e. STF no tocante aos consectários legais (ADIs nºs 4357 e 4425), entendimento esse melhor esclarecido através da decisão proferida pelo Exc. Min. Rel. Luiz Fux no RE nº 870.947, cuja repercussão geral restou reconhecida em 27.04.2015, no sentido de que, em se tratando de ação não tributária, o valor da condenação deve ser acrescido de correção monetária e juros de mora pelos índices previstos no art. 1º-F da Lei nº 9.494/97 (na redação dada pela Lei nº 11.960/09), não havendo falar em aplicação do IPCA-E.

- Rejeitar a preliminar e dar parcial provimento aos recursos.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.13.297815-6/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelantes: 1º) Porto Seguro Companhia de Seguros Gerais; 2º) Município de Belo Horizonte - Apelados: Município de Belo Horizonte, Porto Seguro Companhia de Seguros Gerais - Relatora: DES.ª TERESA CRISTINA DA CUNHA PEIXOTO

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em REJEITAR A PRELIMINAR E DAR PARCIAL PROVIMENTO AOS RECURSOS.

Belo Horizonte, 19 de maio de 2016. - *Teresa Cristina da Cunha Peixoto* - Relatora.

Notas taquigráficas

DES.ª TERESA CRISTINA DA CUNHA PEIXOTO - Inicialmente, cumpre registrar que, desde 18 de março de 2016, vigoram as disposições do novo Código de Processo Civil, prevendo o art. 1.046 da Lei nº 13.105/15 que, “ao entrar em vigor este Código, suas disposições se aplicarão desde logo aos processos pendentes, ficando revogada a Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973”.

Com efeito, segundo a Teoria do Isolamento dos Atos Processuais adotada pelo CPC/15, a novel legislação somente será aplicada aos atos processuais praticados sob sua vigência, em consonância com a regra geral da irretroatividade da norma jurídica, insculpida no art. 6º da Lei de Introdução ao Código Civil.

Salienta-se, ainda, que o art. 200 do CPC/15 tutela as situações jurídicas já consolidadas, dispondo acerca da regra geral que “os atos das partes consistentes em declarações unilaterais ou bilaterais de vontade produzem imediatamente a constituição, modificação ou extinção de direitos processuais”.

Dessarte, tendo o ato de interposição dos recursos sido praticado sob a égide do Código Civil de 1973, conquanto o presente julgamento seja norteado pela legislação em vigor nesta data, a novel legislação processual não alcança os efeitos do ato processual já realizado e consolidado, razão pela qual os requisitos de admissibilidade recursal serão apreciados conforme a legislação em vigor na data do ajuizamento da irresignação da parte - princípio *tempus regit actum*.

Posto isso, conheço dos recursos, presentes os pressupostos de suas admissibilidades.

Trata-se de ação de ressarcimento ajuizada por Porto Seguro Companhia de Seguro Gerais em face da Prefeitura Municipal de Belo Horizonte, alegando que, no “dia 12.01.13, o veículo Fiat Novo Uno Way Celeb 1.4, 2011/2012, placa HKI 6730, segurado na suplicante por Ana Paula Silva Pinto, Apólice nº 531.06.6174777, estava estacionado na Rua Vera Lúcia, nº 322, quando houve a queda de uma árvore sobre o seu veículo”, causando-lhe “avarias diversas”, visto que “estava estacionado no local conforme consta no Boletim de Ocorrência”, sendo que o acidente “ocorreu única e exclusivamente devido à falta de cumprimento do dever de fiscalização e conservação do duplicado em realizar as podas e retiradas de árvores que apresentassem algum risco de queda, agindo com negligência e imprudência” (f. 02), o que lhe gerou o prejuízo de R\$1.953,03 (mil novecentos e cinquenta e três reais e três centavos), que foi devidamente quitado à seguradora, sub-rogando-se, em consequência, nos seus direitos que pretende ver ressarcidos, pugnando, por isso, pela procedência do pedido.

Contestação às f. 43/56, suscitando preliminar de ilegitimidade passiva e, no mérito, afirmando que o evento se deu exclusivamente por força maior, em razão das fortes chuvas ocorridas no dia do ocorrido.

Impugnação às f. 68/73, afirmando a parte requerente que são as podas malfeitas que ocasionam acidentes.

Após, o Magistrado singular proferiu a sentença de f. 86/87, julgando procedente o pedido para condenar o Município a pagar à parte autora o valor de R\$1.953,03 (mil novecentos e cinquenta e três reais e três centavos), “correspondente aos danos materiais, corrigidos pelos índices do IPCA, desde a data da lesão, e juros aplicados à caderneta de poupança, a partir do trânsito em julgado” (f. 87), bem como a quitação de honorários advocatícios, fixados em R\$550,00 (quinhentos e cinquenta reais) e “ao ressarcimento das custas adimplidas pela autora” (f. 92).

Inconformada, apelou a Porto Seguro Companhia de Seguros Gerais (f. 93/98), objetivando que seja aplicado o INPC como índice de correção e que os juros de mora incidam no percentual de 1%, bem como serem os consectários legais devidos, desde o evento danoso até o efetivo pagamento.

Igualmente irredimido, o Município de Belo Horizonte também apresentou o apelo de f. 100/115, aduzindo, preliminarmente, a sua ilegitimidade passiva, visto que compete à Fundação de Parques Municipais o inventário, a poda e a supressão de árvores existentes na Capital.

Afirmou, em sede meritória, que o sinistro ocorreu “por obra do fortuito, e não por eventual submissão do Poder Público”, devido às fortes chuvas que caíram no local do acidente no dia, devendo, ainda, ser considerada a culpa da vítima que estacionou o veículo debaixo da árvore, pugnando, por isso, pelo provimento do recurso.

Contrarrazões às f. 118/124.

I - Ilegitimidade passiva *ad causam*.

No que se refere à alegação tardia do Município de Belo Horizonte de ilegitimidade passiva, registro que contradiz a sua própria defesa, na medida em que alegou a realização do serviço de poda no local pela Gerência de Jardins e Áreas Verdes de Venda Nova/MG.

Ademais, pelo Código de Posturas do Município de Belo Horizonte, regulamentado pelo Decreto 14.060/2010, a conservação e manutenção da arborização das vias públicas são de responsabilidade do Município de Belo Horizonte, que tem o dever de realizar as podas e supressão das árvores localizadas na área urbana, pelo que não prospera a alegação de que, na localidade, a poda é realizada pela Fundação de Parques Municipais.

Nesse sentido, a jurisprudência:

Apelações cíveis. Ação de reparação de danos materiais e morais. Queda de árvore. Município. Legitimidade. Responsabilidade civil do estado. Omissão. Excludentes. Ausência. Danos materiais. Comprovação. Danos morais. Fixação do *quantum*. Razoabilidade e proporcionalidade. - Sendo o Município de Belo Horizonte responsável pela conservação e manutenção das árvores existentes em vias públicas (artigo 25 do Código de Posturas do Municipal - Lei 8.616/2003), evidente a sua legitimidade para responder pelo pedido de reparação dos danos causados pela queda de uma árvore. - A responsabilidade civil extracontratual do Estado pelos

danos decorrentes de sua omissão deve ser apurada de forma subjetiva, devendo a parte demonstrar que houve descumprimento de um dever legal que incumbia ao ente público.

- Comprovado o nexo causal entre a omissão do município quanto à conservação das árvores e o evento danoso, cabível a responsabilização do ente público pelos danos suportados pela vítima. - O fato de estar chovendo no momento da queda da árvore, inda que se trate de chuva forte, não afasta a responsabilização do ente público, quando demonstrada a sua omissão no manejo e conservação das árvores. Precedentes. - O valor alusivo à indenização pelo dano moral deve se ater às circunstâncias do caso concreto, à sua repercussão na esfera do lesado e ao potencial econômico-social do lesante, a fim de que se sinta compelido a não mais reiterar a prática da omissão ilícita que a gerou (TJMG - Apelação Cível 1.0024.11.336725-4/003, Rel. Des. Paulo Balbino, 8ª Câmara Cível, j. em 04.12.2015, p. em 29.02.2016).

Apelação cível. Recurso interposto antes da publicação da decisão que apreciou os embargos declaratórios. Inexistência de re-ratificação. Intempestividade. Cerceamento de defesa inócua. Legitimidade passiva do município reconhecida. Prescrição quinquenal. Decreto nº 20.910/32. Ação indenizatória. Queda de árvore sobre veículo do autor. Conduta omissiva. Caso fortuito não demonstrado. Danos morais configurados. Danos materiais demonstrados. Sentença confirmada. - O recurso de apelação interposto antes da publicação formal dos embargos declaratórios, sem re-ratificação posterior, é considerado intempestivo. - Inócua a alegação de cerceio de defesa porque, em se tratando de ação de indenização fundada na responsabilidade extracontratual, a denunciação da lide é facultativa, eis que resguardado ao ente público o direito de regresso. - Em se tratando de árvore mantida na via pública, exsurge a legitimidade do Município para responder por eventual demanda indenizatória decorrente de queda, por ter ele a responsabilidade de conservação da cobertura vegetal. - Conforme já reconhecido pelo c. Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp 1251993/PR, submetido ao rito dos ‘recursos repetitivos’ (art. 543-C, CPC), o Decreto 20.910/32, que regula a prescrição, seja qual for a sua natureza, das pretensões formuladas contra a Fazenda Pública, deve prevalecer sobre disposição prevista no Código Civil norma geral que regula o tema de maneira genérica, a qual não altera o caráter especial da legislação, muito menos é capaz de determinar a sua revogação. - A responsabilidade civil do Município é objetiva, nos termos do art. 37, § 6º, da Constituição da República, o que vale dizer que, na ação de reparação de dano contra ele ajuizada, basta a comprovação do nexo de causalidade entre o fato lesivo e o dano injusto. - A queda de árvore em via pública em decorrência de forte temporal, mas que não foge à normalidade, não configura caso fortuito a eximir a responsabilidade do Município de indenizar o autor quanto aos danos materiais que suportou com a compra de medicamentos e com tratamentos. - Diante do dano moral causado ao autor, por ter ficado tetraplégico em decorrência do evento danoso, mantém-se o valor indenizatório fixado pela sentença, em obediência aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade (TJMG - Apelação Cível 1.0024.10.204830-3/003, Rel. Des. Wilson Benevides, 7ª Câmara Cível, j. em 01.09.2015, p. em 04.09.2015).

Agravo de instrumento. Ação de indenização por danos morais e materiais. Queda de árvore. Legitimidade do Município de Belo Horizonte. Pedido de denunciação à lide da Cemig e do Hospital Júlia Kubitschek. Inteligência do art. 70, inciso III, do Código de Processo Civil. Impossibilidade. Recurso desprovido. 1 - É legítimo o Município de Belo Horizonte para

figurar no polo passivo de demanda indenizatória fundada em queda de árvore mantida em via pública, que ocasionou o óbito de pessoas abrigadas em guarita no local. 2 - A denunciação da lide, na hipótese do inciso III do art. 70 do Código de Processo Civil, somente tem cabimento em caso de existir terceiro obrigado, pela lei ou por contrato, a indenizar, em ação regressiva, o prejuízo da parte sucumbente. 3 - A existência de convênio celebrado entre o Município e a Cemig Distribuição S.A., para fins de apuração da necessidade de poda de árvores, por si só, não torna obrigatória a denunciação da lide à concessionária de energia elétrica, porquanto não a obriga a indenizar o ente público pela via de regresso. 4 - O fato de a árvore mantida em via pública cair sobre guarita de hospital estadual não elide a responsabilidade do ente municipal, nem mesmo serve de fundamento para a integração da lide pela Fundação Hospitalar do Estado de Minas Gerais (TJMG - Agravo de Instrumento Cível 1.0024.10.039252-1/001, Rel.^a Des.^a Sandra Fonseca, 6^a Câmara Cível, j. em 02.08.2011, p. em 26.08.2011).

Isso posto, rejeito a preliminar.

II - Mérito.

Revelam os autos que Porto Seguro Companhia de Seguros Gerais ajuizou ação de indenização em face do Município de Belo Horizonte, alegando que, na qualidade de seguradora de Ana Paula Silva Pinto, arcou com os prejuízos advindos em seu veículo, decorrentes de queda de árvore por falta do dever de diligência e cuidado da parte requerida na conservação e poda das espécies existentes na via pública, pretendendo o ressarcimento dos gastos que despendeu. O MM. Juiz de primeiro grau julgou procedente o pedido inicial, o que motivou o presente recurso.

Como sabido, a responsabilidade do Estado *lato sensu* corresponde “à obrigação de reparar danos causados a terceiros em decorrência de comportamentos comissivos ou omissivos, materiais ou jurídicos, lícitos ou ilícitos, imputáveis aos agentes públicos” (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 643).

No caso de comportamento comissivo, a responsabilidade estatal é facilmente extraída do art. 37, § 6º, da Constituição da República de 1988, que assim dispõe:

Art. 37. [...]

§ 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Conforme se infere do dispositivo supratranscrito, o texto constitucional, ao exigir a comprovação do elemento subjetivo (dolo ou culpa), apenas no caso de ação regressiva, consagrou a responsabilidade objetiva do Estado, cujos pressupostos são apenas o fato administrativo (lícito ou ilícito), o dano anormal (assim entendido aquele que supera os inconvenientes normais da vida em sociedade, decorrentes da atuação estatal) e o nexo de causalidade entre o fato e o dano.

Com efeito, tal responsabilidade se ampara na Teoria do Risco Administrativo, assim comentada por Hely Lopes Meirelles:

A teoria do risco administrativo faz surgir a obrigação de indenizar o dano do só ato lesivo e injusto causado à vítima pela Administração. Não se exige qualquer falta do serviço público, nem culpa de seus agentes. Basta a lesão, sem o concurso do lesado. Na teoria da culpa administrativa, exige-se a falta do serviço, na teoria do risco administrativo exige-se, apenas, o fato do serviço. Naquela, a culpa é presumida da falta administrativa; nesta, é inferida do fato lesivo da Administração. Aqui não se cogita da culpa da Administração ou de seus agentes, bastando que a vítima demonstre o fato danoso e injusto ocasionado por ação ou omissão do Poder Público. Tal teoria, como o nome está a indicar, baseia-se no risco que a atividade pública gera para os administrados e na possibilidade de acarretar dano a certos membros da comunidade, impondo-lhes um ônus não suportado pelos demais (*Direito administrativo brasileiro*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 631).

José dos Santos Carvalho Filho, ao tratar da responsabilidade do Estado, também consigna:

Para configurar-se esse tipo de responsabilidade, bastam três pressupostos. O primeiro deles é a ocorrência do fato administrativo, assim considerado como qualquer forma de conduta, comissiva ou omissiva, legítima ou ilegítima, singular ou coletiva, atribuída ao Poder Público. [...] O segundo pressuposto é o dano. Já vimos que não há falar em responsabilidade civil sem que a conduta haja provocado um dano. Não importa a natureza do dano, tanto é indenizável o dano patrimonial como o do dano moral. [...] O último pressuposto é o nexo causal (ou relação de causalidade) entre o fato administrativo e o dano. Significa dizer que ao lesado cabe apenas demonstrar que o prejuízo sofrido se originou da conduta estatal, sem qualquer consideração sobre o dolo ou culpa. [...] O nexo de causalidade é fator de fundamental importância para a atribuição de responsabilidade civil do Estado [...] O Estado causa danos a particulares por ação ou por omissão. Quando o fato administrativo é comissivo, podem ser gerados por conduta culposa ou não. A responsabilidade objetiva do Estado se dará pela presença dos seus pressupostos - o fato administrativo, o dano e o nexo causal (*Manual de direito administrativo*. 14. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris Editora, 2005, p. 448 e 454).

Não obstante, embora não ignore a existência de significativa divergência doutrinária e jurisprudencial sobre o tema, considero que a Teoria da Responsabilidade Objetiva somente é aplicável aos casos em que o dano decorre de um comportamento ativo do Estado.

Com efeito, a meu ver, no caso de omissão danosa, aplica-se a Teoria da Culpa do Serviço Público (também chamada de Teoria da Culpa Anônima), que exige, para a responsabilização do ente estatal, que o serviço público não haja funcionado ou que haja funcionado de forma deficiente em razão de imprudência, negligência ou imperícia do agente público, causador de um dano ao administrado.

Perfilha do mesmo entendimento o doutrinador Celso Antônio Bandeira de Mello:

Quando o dano foi possível em decorrência de uma omissão do Estado (o serviço não funcionou, funcionou tardia ou ineficientemente) é de aplicar-se a teoria da responsabilidade subjetiva. Com efeito, se o Estado não agiu, não pode, logicamente, ser ele o autor do dano. E, se não foi o autor, só cabe responsabilizá-lo caso esteja obrigado a impedir o dano. Isto é: só faz sentido responsabilizá-lo se descumpriu dever legal que lhe impunha obstar ao evento lesivo.

Deveras, caso o Poder Público não estivesse a impedir o acontecimento danoso, faltaria razão para impor-lhe o encargo de suportar patrimonialmente as consequências da lesão. Logo, a responsabilidade estatal por ato omissivo é sempre responsabilidade por comportamento ilícito. E, sendo responsabilidade por ilícito, é necessariamente responsabilidade subjetiva, pois não há conduta ilícita do Estado (embora do particular possa haver) que não seja proveniente de negligência, imprudência ou imperícia (culpa) ou, então, deliberado propósito de violar a norma que o constituía em dada obrigação (dolo). Culpa e dolo são justamente as modalidades de responsabilidade subjetiva (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 942-943).

Nessa linha, também se posiciona Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

[...] para a responsabilidade decorrente de omissão, tem que haver o dever de agir por parte do Estado e a possibilidade de agir para evitar o dano. [...] A culpa está embutida na idéia de omissão. Não há como falar em responsabilidade objetiva em caso de inércia do agente público que tinha o dever de agir e não agiu, sem que para isso houvesse uma razão aceitável (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 655).

O Superior Tribunal de Justiça, inclusive, já aplicou a responsabilidade subjetiva no caso de omissão do Poder Público por ocasião do julgamento do REsp 1172421/SP, submetido à sistemática do art. 543-C do Código de Processo Civil:

Responsabilidade civil. Recurso especial submetido à sistemática prevista no art. 543-c do CPC. Acidente ferroviário. Víctima fatal. Concorrência de causas: conduta imprudente da vítima e descumprimento do dever legal de segurança e fiscalização da linha férrea. Redução da indenização por danos morais pela metade. Indenização por danos materiais. Não comprovação de dependência econômica pelos genitores. Víctima maior com quatro filhos. Súmula 7 do STJ. - 1. A responsabilidade civil do Estado ou de delegatário de serviço público, no caso de conduta omissiva, só se concretiza quando presentes estiverem os elementos que caracterizam a culpa, a qual se origina, na espécie, do descumprimento do dever legal atribuído ao Poder Público de impedir a consumação do dano. Nesse segmento, para configuração do dever de reparação da concessionária em decorrência de atropelamento de transeunte em via férrea, devem ser comprovados o fato administrativo, o dano, o nexo direto de causalidade e a culpa. 2. A culpa da prestadora do serviço de transporte ferroviário configura-se, no caso de atropelamento de transeunte na via férrea, quando existente omissão ou negligência do dever de vedação física das faixas de domínio

da ferrovia - com muros e cercas - bem como da sinalização e da fiscalização dessas medidas garantidoras da segurança na circulação da população. Precedentes. 3. A exemplo de outros diplomas legais anteriores, o Regulamento dos Transportes Ferroviários (Decreto 1.832/1996) disciplinou a segurança nos serviços ferroviários (art. 1º, inciso IV), impondo às administrações ferroviárias o cumprimento de medidas de segurança e regularidade do tráfego (art. 4º, I) bem como, nos termos do 'inciso IV do art. 54, a adoção de 'medidas de natureza técnica, administrativa, de segurança e educativas destinadas a prevenir acidentes'. Outrossim, atribuiu-lhes a função de vigilância, inclusive, quando necessário, em ação harmônica com as autoridades policiais (art. 55). 4. No caso sob exame, a instância ordinária consignou a concorrência de causas, uma vez que, concomitantemente à negligência da concessionária ao não se cercar das práticas de cuidado necessário para evitar a ocorrência de sinistros, houve imprudência na conduta da vítima, que atravessou a linha férrea em local inapropriado, próximo a uma passarela, o que acarreta a redução da indenização por dano moral à metade. 5. Para efeitos do art. 543-C do CPC: no caso de atropelamento de pedestre em via férrea, configura-se a concorrência de causas, impondo a redução da indenização por dano moral pela metade, quando: (i) a concessionária do transporte ferroviário descumpra o dever de cercar e fiscalizar os limites da linha férrea, mormente em locais urbanos e populosos, adotando conduta negligente no tocante às necessárias práticas de cuidado e vigilância tendentes a evitar a ocorrência de sinistros; e (ii) a vítima adota conduta imprudente, atravessando a via férrea em local inapropriado. 6. Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta extensão, parcialmente provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008 (REsp 1172421/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Segunda Seção, j. em 08.08.2012, DJe de 19.09.2012).

Concluindo, das lições doutrinárias transcritas, patente que, para a configuração da responsabilidade do Estado, necessário se faz, regra geral, a comprovação do dano, do fato administrativo e do nexo de causalidade entre eles, sendo que, no caso de ato omissivo, também é necessária a comprovação de que a Administração estava obrigada a impedi-lo.

Assim decidiu o eg. Tribunal:

Responsabilidade civil do estado. Dano moral e material. Morte de servidor municipal durante o trabalho. Procedência do pedido. Reexame necessário. Obrigatoriedade. Aplicação da teoria da responsabilidade civil subjetiva. Omissão do Poder Público. - A sentença que julga procedente o pedido inicial veiculado em ação indenizatória proposta contra o Município se sujeita ao duplo grau de jurisdição obrigatório, nos termos do art. 475, inc. I, do CPC. - A responsabilidade da Administração Pública por ato omissivo é subjetiva, dependendo, para sua configuração, da efetiva ocorrência do dano decorrente de mera omissão ilícita do Município e da relação de causalidade entre o dano e a conduta culposa do ente público em deixar de fornecer equipamento de proteção individual ao seu servidor, bem como de ministrar as instruções sobre segurança no trabalho (Apelação Cível nº 1.0525.01.006541-1/001 - Relator: Des. Elias Camilo, j. em 02.04.2009, p. em 28.04.2009).

No caso dos autos, a autora pretendeu o recebimento de indenização em razão dos danos materiais

causados pela queda de uma árvore no veículo de sua segurada, quando estacionado na Rua Vera Lúcia, nº 322, no Município de Belo Horizonte, à assertiva de que cumpria ao Município a manutenção “das podas de árvores que apresentam risco de queda” (f. 04).

Com efeito, consta no Boletim de Ocorrência nº CIAD/P-2013-0015121 que:

No local, fizemos contato com a Sra. Ana Paula, e ela relatou que estacionou o seu veículo Fiat Uno, placa HKI-6730, da cor vermelha, em via pública, momento que caiu uma forte chuva, fazendo com que uma árvore caísse sobre o seu veículo, o referido carro teve a porta dianteira direita, para-lama direito, coluna direita amassados, retrovisor externo direito quebrado, para futuro fins (f. 19).

No âmbito do Município de Belo Horizonte, cumpre estabelecer que dispõe o *caput* do art. 25 do Código de Posturas Municipal - Lei nº 8.616/03 - que “somente o Executivo poderá executar, ou delegar a terceiro, as operações de transplante, poda e supressão de árvores localizadas no logradouro público, após orientação técnica do setor competente”.

Ainda prevê o Decreto 14.060/2010, que regulamenta o Código de Posturas do Município de Belo Horizonte:

Art. 23. Somente o Executivo poderá executar, ou delegar a terceiro, as operações de plantio, transplante, poda e supressão de árvores localizadas no logradouro público, após orientação técnica do setor competente.

§ 1º Excetua-se do disposto no *caput* o plantio das árvores previstas em projeto arquitetônico e arborização de novos parcelamentos aprovados pelo Executivo.

§ 2º O proprietário interessado em qualquer das operações previstas no *caput* apresentará requerimento próprio ao Executivo, que o submeterá a exame de seu órgão competente.

§ 3º No caso de supressão, para atendimento a interesse específico de particular, deferido o requerimento, cabe ao interessado a obrigação de plantar novo espécime na área indicada, sem prejuízo da reparação ambiental definida pela legislação específica.

Art. 24. Os danos ao logradouro público ou a mobiliário urbano causados nas operações de transplante, supressão e poda de árvores, bem como outras que se fizerem necessárias para a conservação e a manutenção da arborização urbana, deverão ser imediatamente reparados por aquele que vier a promovê-los.

Dessarte, conforme dispõe a legislação de regência, a conservação e manutenção da arborização das vias públicas são de responsabilidade do Município de Belo Horizonte, que, por isso, tem o dever de realizar as podas e a supressão das árvores localizadas na área urbana.

Assim, no caso em análise, patente a negligência do Município de Belo Horizonte, consistente na ausência de realização dos serviços de conservação das árvores, valendo salientar que o fato de ter ocorrido uma forte chuva no dia do evento danoso, por se tratar de condição climática normal à época do ano, não exclui a

responsabilidade do Estado quanto ao ressarcimento dos danos causados à parte autora por sub-rogação.

Registra-se, ainda, que, a despeito de constar na Manifestação nº 199282013/PGM/GECCG (f. 58) que “esta árvore recebeu duas podas em 30.08.2010 e 20.10.2012 por ocasião de poda sistemática de caráter preventivo em toda extensão da via”, tivessem os agentes públicos cumprido o seu dever de zelar pela manutenção das árvores existentes no passeio público, fazendo vistorias periódicas acerca do estado de conservação das espécies, sobretudo nas regiões urbanas que possuem arborização, o sinistro certamente não teria ocorrido.

Acrescenta-se que a Gerência de Jardins e Áreas Verdes de Venda Nova demonstrou ter realizado vistoria no local apenas após a ocorrência do sinistro, com o recolhimento parcial da árvore e do seu tronco, conforme se vê do documento de f. 49, deixando, assim, de comprovar as assertivas no sentido de que teria cumprido o dever de zelar pela conservação da arborização urbana, devendo, por isso, ser mantida a dought sentença de primeiro grau.

Nesse sentido o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

Processual civil. Administrativo. Responsabilidade civil do estado. Árvore. Queda. Veículo automotor. Particular. Danos materiais. Nexo causal. Omissão. Culpa. Configuração. Valor da indenização. Reexame de matéria fático-probatória. Impossibilidade. Súmula 07/STJ. Agravo regimental a que se nega provimento (AgRg no AREsp 150.401/SP, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, j. em 15.05.2012, DJe de 24.05.2012).

Do mesmo teor:

Administrativo. Ação de indenização. Queda de árvore sobre veículo automotor. Dano material caracterizado. - Reconhece-se o direito do autor em ser indenizado pelos prejuízos materiais sofridos em razão de queda de árvore existente em via pública sobre seu veículo, notadamente quando os elementos dos autos indicam ter a Administração falhado no dever de cuidado objetivo quanto à conservação de seu patrimônio urbanístico (Apelação Cível 1.0024.10.030971-5/001, Rel. Des. Alberto Vilas Boas, 1ª Câmara Cível, j. em 28.08.2012, p. em 06.09.2012).

Administrativo. Responsabilidade civil. Ação de indenização por danos materiais. Queda de galho de árvore sobre veículo parado em estacionamento administrado pela Fhemig. Força maior. Inocorrência. Evento previsível. Ausência de fiscalização preventiva. Conduta omissiva da ré. Responsabilidade de indenizar não afastada. Sentença mantida. Recurso parcialmente provido. - 1. Comprovados os danos causados em veículo automotor, motivado por queda de galho de árvore em estacionamento administrado pela Fhemig, fato que não se enquadra nas hipóteses de caso fortuito, diante da ausência de fiscalização preventiva, mas previsível, procede o pedido de indenização por danos materiais, com base no orçamento mais benigno. 2. Vencida a Fazenda Pública, o critério de fixação é remetido para as alíneas do art. 20, § 3º, CPC, através do arbitramento de um valor estimativo. 3. Recurso parcialmente provido (Apelação

Cível 1.0024.11.187095-2/001, Rel. Des. Raimundo Messias Júnior, 2ª Câmara Cível, j. em 07.05.2013, p. em 20.05.2013).

Indenização. Responsabilidade civil. Pessoa jurídica de direito público. Queda de árvore sobre veículo que transitava pela via pública. Dever legal do município de realizar a poda de árvores que apresentem risco de queda. Omissão. Nexo de causalidade. Prejuízos. Comprovação. Dever de indenizar. - Em que pese a teoria da responsabilidade objetiva adotada pelo artigo 37, § 6º, da Constituição Federal de 1988, 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, àquelas pessoas também se aplica a teoria da responsabilidade subjetiva, quando se tratar de um ato omissivo. - Restando demonstrados nos autos a conduta ilícita praticada pelo Município - consubstanciada na omissão do dever legal de promover a poda de árvores que apresentem risco de queda, sobretudo em período de chuvas regulares -, os prejuízos sofridos pelo autor - demonstrados nos autos através de prova idônea, não desconstituída validamente -, bem como o nexo de causalidade entre a conduta e o resultado, impõe-se a procedência do pedido do autor, com a condenação do ente público ao dever de indenizar (Apelação Cível 1.0290.09.066065-2/001, Rel. Des. Eduardo Andrade, 1ª Câmara Cível, j. em 04.12.2012, p. em 14.12.2012).

Apelação cível. Queda de galho de árvore. Veículo estacionado em via pública. Indenização por danos materiais. Responsabilidade subjetiva do Município de Belo Horizonte. Conduta omissiva do ente municipal. Negligência comprovada. Inexistência de caso fortuito. Indenização devida. Sentença mantida. - Se o dano alegado adveio de uma omissão do Município, trata-se de responsabilidade subjetiva, pelo que se faz necessária a comprovação da conduta negligente do agente público, bem como do nexo de causalidade entre esta e o evento danoso. - O contexto probatório conforta a tese de que os prejuízos sofridos pelo autor, decorrentes de queda de galhos de árvore sobre seu veículo, ocorreram pela omissão do ente Municipal em não proceder à manutenção de área verde da Capital (Apelação Cível 1.0024.11.145430-2/001, Rel. Des. Washington Ferreira, 7ª Câmara Cível, j. em 14.08.2012, p. em 24.08.2012).

No que concerne à alegação posta pelo Município de Belo Horizonte de que deve ser observada a culpa da seguradora que estacionou o seu veículo debaixo de uma árvore, tenho que não consta do Código de Trânsito brasileiro qualquer proibição nesse sentido, ao que se acresce que a parte requerida também não logrou êxito em demonstrar que era possível a uma cidadã verificar que o sinistro poderia ocorrer, visto que não é comum, após estacionar o veículo, que o condutor olhe para cima, a fim de verificar as condições de poda e conservação da árvore para que tenha a certeza de que o seu carro estaria seguro e que nenhum o evento não iria ocorrer.

Por fim, no que concerne aos consectários legais, venho adotando o entendimento do e. STF (ADIs nos 4357 e 4425), que restou melhor esclarecido na decisão proferida pelo Exc. Min. Rel. Luiz Fux no RE nº 870.947, cuja repercussão geral restou reconhecida em 27.04.2015, no sentido de que, em se tratando de ação não tributária, mesmo em ação de indenização, o valor da condenação

deve ser acrescido de correção monetária e juros de mora pelos índices previstos no art. 1º-F da Lei nº 9.494/97 (na redação dada pela Lei nº 11.960/09, a partir de sua vigência), aquela desde o desembolso (no caso dos danos materiais) e desde a decisão judicial (no caso dos danos morais, cf. Súmula 362 do STJ), e estes desde a citação (no caso dos danos materiais) e desde o evento danoso (no caso dos danos morais, cf. art. 398 do CC/02 e Súmula 54 do STJ).

De fato, a partir de 30.06.2009, devem ser observados os índices de correção monetária e juros moratórios previstos na Lei nº 11.960/09, sabendo-se que a aplicação do IPCA-E, a partir de 25.03.2015, se dá unicamente para os créditos inscritos em precatório/RPV (declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto do § 12º do art. 100 da CF/88), como entendeu o Supremo Tribunal Federal (RE nº 870.947), hipótese distinta dos presentes autos.

Isso posto, entendo que a correção monetária e os juros devem ser aplicados pelos índices da caderneta de poupança, o primeiro desde o desembolso pela autora e os juros desde a citação.

III - Dispositivo.

Com tais considerações, rejeito a preliminar e dou parcial provimento a ambos os recursos para determinar que a correção monetária e os juros de mora obedeçam aos índices da caderneta de poupança, sendo a correção devida desde o desembolso e os juros de mora desde a citação.

Por fim, quanto aos honorários advocatícios sucumbenciais, cumpre ressaltar que o Código de Processo Civil de 2015 trouxe significativas alterações, prevendo o § 11 do art. 85 que:

Art. 85. A sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor.

[...]

§ 11. O tribunal, ao julgar recurso, majorará os honorários fixados anteriormente levando em conta o trabalho adicional realizado em grau recursal, observando, conforme o caso, o disposto nos §§ 2º a 6º, sendo vedado ao tribunal, no cômputo geral da fixação de honorários devidos ao advogado do vencedor, ultrapassar os respectivos limites estabelecidos nos §§ 2º e 3º para a fase de conhecimento.

A esse respeito a doutrina de Daniel Amorim Assumpção Neves:

Segundo o § 11 do art. 85 do novo CPC, o tribunal, ao julgar o recurso, majorará os honorários fixados anteriormente, levando em conta o trabalho adicional realizado em grau recursal, observado, conforme o caso, o disposto nos §§ 2º a 6º, sendo vedado ao tribunal, no cômputo geral da fixação de honorários devidos ao advogado do vencedor, ultrapassar os respectivos limites estabelecidos nos §§ 2º e 3º para a fase de conhecimento.

Entendo que a previsão legal faz com que a readequação do valor dos honorários advocatícios passe a fazer parte da profundidade do efeito devolutivo dos recursos, de forma que mesmo não havendo qualquer pedido das partes quanto

a essa matéria, o tribunal poderá analisá-la para readequar os honorários conforme o trabalho desempenhado em grau recursal.

E, como o dispositivo impõe a fixação de novos honorários em razão do trabalho desempenhado em grau recursal, eventual omissão do tribunal, mesmo que não provocada pelas partes, tornará a decisão passível de embargos de declaração (Novo Código de Processo Civil comentado artigo por artigo. Salvador: Juspodivm, 2016, e-book 20/72).

Dessarte, *obiter dictum*, somente partir da vigência do CPC/15, a profundidade do efeito devolutivo alcança a readequação do valor dos honorários advocatícios, contudo o caso dos autos é peculiar, uma vez que o recurso fora ajuizado na vigência do Código de Processo Civil de 1973, o que impede sua aplicação, em respeito à mencionada Teoria do Isolamento dos Atos Processuais e ao princípio *tempus regit actum*, sendo vedada, ainda, a relativização do princípio da *non reformatio in pejus*.

Mais uma vez vale citar a doutrina de Daniel Amorim Assumpção Neves:

Ainda que não exista previsão expressa no ordenamento pátrio a esse respeito, não existe dúvida de que o direito brasileiro adotou o princípio da proibição da *reformatio in pejus*, de forma que na pior das hipóteses para o recorrente a decisão recorrida é mantida, não podendo ser alterada para piorar sua situação. Pela aplicação do princípio ora analisado, na pior das hipóteses para o recorrente tudo ficará como antes da interposição do recurso (Manual de direito processual civil. 7. ed. São Paulo: Método, 2015, p. 707).

Ademais, o Superior Tribunal de Justiça editou o Enunciado Administrativo nº 07, dispondo que, “somente nos recursos interpostos contra decisão publicada a partir de 18 de março de 2016, será possível o arbitramento de honorários sucumbenciais recursais, na forma do art. 85, § 11, do novo CPC”.

Custas recursais, pelos apelantes, na forma do art. 86 do NCPC/15, isento o Município, na forma da lei.

Votaram de acordo com a Relatora os DESEMBARGADORES PAULO BALBINO e ÂNGELA DE LOURDES RODRIGUES.

Súmula - REJEITARAM A PRELIMINAR E DERAM PARCIAL PROVIMENTO AOS RECURSOS.

...

Pensão previdenciária - Pagamento a maior - Ressarcimento ao erário - Poder de autotutela - Boa-fé do servidor público - Erro administrativo - Nulidade do ato

Ementa: Reexame necessário. Apelações cíveis. Pensão. Pagamento a maior. Devolução ao erário. Impossibilidade. Nulidade do ato. Recebimento de boa-fé.

- A determinação de desconto dos valores pagos que, segundo o réu, geraram diferenças a maior não se sustenta pelo fato de ter a autora recebido os valores de boa-fé, condição esta que, apesar de ser presumida, restou devidamente demonstrada, de modo que não se mostraria escoreita a decisão administrativa de descontos como forma de corrigir ato falho do ente público.

- Confirmar a sentença no reexame necessário e negar provimento ao recurso da autora.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.09.546031-7/001 - Comarca de Belo Horizonte - Remetente: Juiz de Direito da 3ª Vara da Fazenda da Comarca de Belo Horizonte - Apelantes: 1ª) Marilena Vieira Baeta da Costa - 2ª) IPSEMG - Instituto de Previdência dos Servidores do Estado de Minas Gerais - Apelados: Marilena Vieira Baeta da Costa, IPSEMG - Instituto de Previdência dos Servidores do Estado de Minas Gerais - Relator: DES. JUDIMAR BIBER

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em CONFIRMAR A SENTENÇA, NO REEXAME NECESSÁRIO, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO DO IPSEMG, E NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO DA AUTORA.

Belo Horizonte, 28 de abril de 2016. - Judimar Biber - Relator.

Notas taquigráficas

DES. JUDIMAR BIBER - Trata-se de reexame necessário e recursos de apelação interpostos em face da sentença de f. 228/235, que julgou procedente o pedido contido na inicial, para declarar o direito da parte autora de receber sua pensão sem os descontos a título de restituição por pagamentos eventualmente efetuados a maior desde janeiro de 2004, tornando definitivos os efeitos da tutela antecipada, anulando-se o ato que determinou os descontos no benefício da requerente.

Condenou, ademais, o réu ao pagamento de honorários advocatícios, estes arbitrados em R\$800,00 (oitocentos reais). Custas isentas.

Em suas razões recursais, pugna a autora, primeira apelante, pela reforma parcial da sentença para majorar os honorários advocatícios fixados em primeiro grau em valor digno e condizente com o trabalho desempenhado pelos procuradores ou, eventualmente, sejam majorados, aplicando-se analogicamente o art. 20, § 3º, do Código de Processo Civil/1973, de modo que os honorários sejam fixados entre 10% e 20% calculados sobre o valor da causa.

A seu turno, o réu, segundo apelante, insurge-se contra a sentença aduzindo que a Administração, mais

que poder ou direito, tem o dever de rever e anular os atos praticados em desconformidade com a lei, em defesa do erário e do já invocado princípio da legalidade, sustentando que o fato de a apelada ter recebido, por longo período, valores incorretos não lhe gera direito adquirido, a teor da Súmula 473 da Corte Superior.

Assevera que, uma vez demonstrada a incorreção do benefício pago à apelada, que vinha percebendo valores superiores aos devidos, necessária a restituição aos cofres públicos do que fora equivocadamente pago, o que também é feito na forma da lei.

Apenas o recurso do segundo recorrente foi contra-arrazoado.

Desnecessária a intervenção da douta Procuradoria-Geral de Justiça.

É o relatório.

Passo ao voto.

Em primeiro lugar, conheço da remessa oficial, tal como antevisto no art. 496, I, do novo Código de Processo Civil, por não se tratar o caso de condenação em valor certo e líquido.

Como a decisão produzida está sujeita ao reexame necessário, foram devolvidas todas as pretensões resultantes da ação ao Tribunal, o que, portanto, poderá gerar prejuízo ao recurso voluntário, de modo que passo à avaliação do tema, sob o enfoque da ampla devolutividade, para, apenas após a avaliação, vislumbrar se o recurso ainda apresenta objeto passível de deslinde.

Da mesma forma, presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso interposto pela autora.

Quanto à questão central, infere-se dos autos que a autora pretende o reconhecimento do seu direito de não ver descontados de sua pensão os valores porventura recebidos a maior, pelo fato de tê-los recebido de boa-fé.

Inicialmente, cumpre ressaltar que não se desconhece ser autorizado à Administração, no exercício do poder de autotutela que lhe é conferido, proceder à revisão de seus atos em caso de verificação da existência de erro, com a declaração de sua nulidade, questão essa que já é inclusive objeto das Súmulas 346 e 473 do Supremo Tribunal Federal, como verificado na espécie, em relação à revisão do benefício de pensão concedido à autora.

Todavia, quanto à determinação de desconto dos valores pagos que, segundo o Instituto de Previdência dos Servidores do Estado de Minas Gerais - IPSEMG, geraram diferenças a maior, em que pesem as suas ponderações, não se sustentam pelo fato de ter a autora recebido os valores de boa-fé, condição esta que, apesar de ser presumida, restou devidamente demonstrada, de modo que não se mostraria escorreita a decisão administrativa de descontos como forma de corrigir ato falho do ente público.

Tal questão é pacífica na iterativa jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, se não vejamos:

Administrativo. Processual civil. Servidor público. Agravo regimental. Vantagem pecuniária. Pagamento integral. Descontos. Impossibilidade. Boa-fé da servidora. Agravo não provido. - 1. "É descabida a devolução de valores indevidamente recebidos pelos servidores em face de errônea interpretação ou má aplicação da lei pela Administração Pública, desde de que constatada a boa-fé do beneficiado" (AgRg no REsp 1.108.462/SC, Rel.^a Min.^a Laurita Vaz, Quinta Turma, DJe 03.08.09). 2. Agravo regimental não provido (AgRg no AREsp 403.695/MG, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, j. em 19.11.2013, DJe de 06.12.2013).

Processual civil e administrativo. Agravo regimental no recurso especial. Servidor público federal. Devolução ao erário. Valores indevidamente recebidos por servidor de boa-fé. Restituição. Desnecessidade. Entendimento consolidado pela primeira seção em sede de recurso repetitivo (art. 543-c do CPC). Agravo regimental não provido. - 1. A 1ª Seção do STJ no julgamento do REsp 1.244.182/PB, da relatoria do Min. Benedito Gonçalves e submetido à sistemática dos recursos repetitivos (art. 543-C do CPC e Resolução 08/2008-STJ), firmou entendimento no sentido de que, 'quando a Administração Pública interpreta erroneamente uma lei, resultando em pagamento indevido ao servidor, cria-se uma falsa expectativa de que os valores recebidos são legais e definitivos, impedindo, assim, que ocorra desconto dos mesmos, ante a boa-fé do servidor público'. 2. A tese de que uma das verbas em discussão foi paga em razão de 'erro material' da Administração não pode ser examinada por constituir indevida inovação recursal. 3. Agravo regimental não provido (AgRg no REsp 1397946/RS, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, 2ª Turma, j. em 26.11.2013, DJe de 04.12.2013).

Agravo regimental no recurso especial. Ressarcimento ao erário de valores pagos a título de horas extras. Servidores ocupantes de cargo em comissão. Art. 535, II, do CPC. Inexistência de omissão. Convalidação do ato pela Lei estadual 17.618/08. Presunção de constitucionalidade da lei estadual. Alegada violação aos arts. 2º da Lei 9.784/99, 4º e 5º da Lei 8.429/92 e 884 e 876 do CC/02. Inovação recursal. Não cabe ao tribunal a quo analisar matéria não impugnada no recurso de apelação, nem alegada oportunamente durante o processo, salvo as conexas com o mérito e as de ordem pública. Ausência de prequestionamento. Súmula 211 do STJ. Agravo regimental desprovido. - 1. No tocante ao art. 535, II, do CPC, inexistente a violação apontada, tendo em vista que a Corte de origem apreciou fundamentadamente a controvérsia, não padecendo o acórdão recorrido de qualquer omissão, contradição ou obscuridade. Observe-se que o Tribunal a quo foi claro ao afirmar que houve a convalidação do ato, tido por ilegal, por Lei Estadual superveniente, razão pela qual a tese da impossibilidade de retroação da lei foi, tacitamente, rechaçada. 2. Quanto às teses de violação aos arts. 2º da Lei 9.784/99, 4º e 5º da Lei 8.429/92 e 884 e 876 do Código Civil de 2002, constata-se verdadeira inovação recursal, porquanto o recorrente, em Embargos de Declaração, passou a alegar tais questões, não defendidas oportunamente em sede de Apelação. Por se tratar de inovação recursal, obviamente, tais matérias não foram debatidas pelo Tribunal a quo, carecendo do requisito de prequestionamento. Inafastável, portanto, a incidência da Súmula 211/STJ. 3. A inovação recursal somente se mostra possível na hipótese de o recorrente comprovar que deixou de alegar anteriormente a matéria por motivo de força maior, nos termos do art. 517 do CPC. 4. Agravo Regimental desprovido. (AgRg no REsp 1334213/MG, Rel. Ministro

Napoleão Nunes Maia Filho, 1ª Turma, j. em 05.11.2013, DJe de 02.12.2013).

Não seria razoável surpreender a requerente com a devolução das verbas recebidas de boa-fé, já que não tinha o dever de reconhecer o equívoco do ato, tendo sido a pensão paga a maior exclusivamente em virtude de erro atribuído à Administração Pública, sendo que as considerações do requerido não autorizam a determinação produzida, mas tão somente investigações acerca da falha e virtual responsabilização dos responsáveis pelos cálculos, acaso se encontrem presentes as condições objetivas e subjetivas legalmente admitidas, questão, portanto, que deve ser objeto de processo próprio.

O Supremo Tribunal Federal também declina a impossibilidade do ressarcimento por parte do servidor que tenha recebido o valor de boa-fé, em caso análogo, ao firmar:

Administrativo. Agravo regimental em agravo de instrumento. Nulidade de ato administrativo. Súmula STF 473. Princípios da segurança jurídica e da boa-fé. Ressarcimento ao erário de valores recebidos a maior. Horas extras. Desnecessidade. Prescrição. Matéria preclusa. - 1. A Administração pode, a qualquer tempo, rever seus atos eivados de erro ou ilegalidade (Súmula STF 473), porém o reconhecimento da ilegalidade do ato que majorou o percentual das horas extras incorporadas aos proventos não determina, automaticamente, a restituição ao erário dos valores recebidos, uma vez comprovada a boa-fé da impetrante, ora agravada. Precedentes. 2. Encontra-se preclusa a questão envolvendo o não-reconhecimento de prescrição do ressarcimento em relação às parcelas pretendidas e que são posteriores ao quinquênio que antecederam à propositura da ação. 3. Agravo regimental improvido (AI 490551 AgR, Rel.ª Min.ª Ellen Gracie, Segunda Turma, j. em 17.08.2010, DJe-164 DIVULG 02.09.2010 PUBLIC 03.09.2010 EMENT VOL-02413-04 PP-00753 LEXSTF v. 32, n. 381, 2010, p. 94-102).

O contexto analítico dos autos não diverge das posições jurisprudenciais declinadas, antes pelo contrário, as

condições dos autos põem às claras a impossibilidade do ressarcimento buscado contra a autora e a escusável interpretação produzida pelo gestor público, diante da inexistência das condições subjetivas que autorizassem o ilícito.

Portanto, de qualquer ângulo que se veja, a pretensão recursal de afastamento da decisão que anulou o ato que determinou os descontos mostra-se manifestamente improcedente.

Em relação ao valor fixado a título de honorários advocatícios, e aqui passo a analisar o recurso da autora, deixo consignado que a mutação produzida pelo art. 85, § 4º, III, do novo Código de Processo Civil não sustenta aplicação imediata, tema, aliás, que foi fixado nesta Câmara de julgamento.

No caso dos autos, considerando o grau de zelo do profissional, o lugar de prestação do serviço, a natureza e a importância da causa e o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço, sustenta a justiça e razoabilidade do valor fixado, mesmo porque a causa não apresenta grande complexidade.

Diante do exposto, no reexame necessário, confirmo a sentença produzida, prejudicado o recurso voluntário, e nego provimento ao recurso da autora.

Condeno o réu a restituir à autora as custas e despesas processuais que eventualmente tenham sido adiantadas e por ela comprovadas.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES JAIR VARÃO e AMAURI PINTO FERREIRA (JD CONVOCADO).

Súmula - CONFIRMARAM A SENTENÇA, NO REEXAME NECESSÁRIO, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO DO IPSEMG, E NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO DA AUTORA.

...

Homicídio qualificado - Preliminar - Oitiva do réu - Advogado - Ausência - Interrogatório - Lei 10.792/2003 - Realização anterior - *Tempus regit actum* - Nulidade inexistente - Confissão espontânea - Reconhecimento - Inviabilidade - Alegada legítima defesa - Defensora dativa - Honorários - Juízo *a quo* - Fixação - Mandado de prisão - Expedição - STF - HC 126.292/SP

Ementa: Apelação criminal. Homicídio qualificado. Preliminar. Oitiva do réu sem a presença de advogado. Interrogatório realizado antes da vigência da Lei 10.792/03. Nulidade inexistente. *Tempus regit actum*. Reconhecimento da confissão espontânea. Inviabilidade. Réu que confessa a conduta, mas alega ter agido em legítima defesa.

- A presença de advogado durante o interrogatório do réu apenas tornou-se obrigatória após a vigência da Lei 10.792/03. Assim, considerando que no processo penal deve ser aplicada a lei vigente na época da realização do ato (*tempus regit actum*), a ausência de advogado no interrogatório do réu, ocorrido em data anterior à vigência da Lei 10.792/03, não redundava em nulidade do feito.

- Não se verifica a incidência da atenuante da confissão espontânea quando o réu alega ter praticado a conduta, amparado em legítima defesa.

- V.v.: - Incumbe ao Tribunal fixar os honorários da defensora dativa que atuou no feito, no que tange à apresentação das razões recursais (Des. Denise Pinho da Costa Val - Vogal vencida parcialmente).

- Não possui efeito vinculante a decisão extraída do HC nº 126.292/SP do STF, proferida em sessão plenária, em caso concreto.

- Não havendo necessidade de início de cumprimento imediato da pena, diante do caso concreto, deve-se aguardar o trânsito em julgado da condenação para a expedição do mandado de prisão e da guia de execução.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0680.03.000268-6/001 - Comarca de Taiobeiras - Apelante: J.B. - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Vítima: J.R.S. - Relator: DES. FURTADO DE MENDONÇA

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 6ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em REJEITAR A PRELIMINAR; NO MÉRITO, NEGAR PROVIMENTO AO

RECURSO E, DE OFÍCIO, DETERMINAR A EXPEDIÇÃO DE MANDADO DE PRISÃO E GUIA DE EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA, VENCIDA, EM PARTE, A VOGAL.

Belo Horizonte, 7 de junho de 2016. - Furtado de Mendonça - Relator.

Notas taquigráficas

DES. FURTADO DE MENDONÇA - Trata-se de recurso de apelação interposto por J.B., que se insurge contra a r. sentença de f. 419/420v., que, por decisão do Conselho de Sentença, o condenou, como incurso nas sanções do art. 121, *caput*, do CP, à pena de 06 (seis) anos e 08 (oito) meses de reclusão, em regime semiaberto.

Sobre os fatos, narra a proemial acusatória que, no dia 4 de junho de 2001, por volta das 17 horas, na zona rural [...], o acusado desferiu golpes com uma enxada contra a vítima J.R.S., causando-lhe lesões que foram a causa de sua morte.

Nas razões recursais de f. 425v./429v., a defesa requer, preliminarmente, a declaração de nulidade do processo, alegando que o réu, na fase de pronúncia, foi interrogado sem a assistência de defensor. No mérito, pleiteia o reconhecimento da atenuante da confissão espontânea. Por fim, requer a fixação de honorários.

Contrarrazões em f. 431/432v., em que o *Parquet* pugna pela manutenção da r. sentença vergastada.

Em parecer juntado às f. 438/440, o douto Procurador de Justiça Elias Paulo Cordeiro opinou pela rejeição da preliminar e desprovimento do apelo.

É o relatório.

Conheço do recurso, pois presentes os pressupostos de admissibilidade e processamento.

Preliminar.

Suscita a defesa, preliminarmente, a declaração de nulidade do processo, desde o interrogatório, aduzindo que o réu, na fase de pronúncia, foi inquirido sem a presença de advogado.

Em que pese o esforço da combativa defesa, tenho que razão não lhe assiste.

Extrai-se que o acusado, realmente, na fase do *judicium accusationis*, foi ouvido sem a presença de defensor.

No entanto, depreende-se que o interrogatório foi realizado antes da vigência da Lei 10.792/2003, época em que não era exigida a presença de advogado, porquanto era considerado ato personalíssimo, privativo entre réu e magistrado, não se admitindo a intervenção das partes.

Com efeito, o art. 185 do CPP, vigente à época do interrogatório, não exigia a presença de defensor durante este ato processual. Além disso, a antiga redação do art. 187 do CPP continha vedação a qualquer intervenção do defensor do acusado durante as perguntas e respostas. Confira-se:

Art. 185. O acusado, que for preso, ou comparecer, espontaneamente ou em virtude de intimação, perante a autoridade judiciária, no curso do processo penal, será qualificado e interrogado.

[...]

Art. 187. O defensor do acusado não poderá intervir ou influir, de qualquer modo, nas perguntas e nas respostas.

Assim, considerando que o interrogatório era tido como ato não sujeito ao contraditório, entendia-se que a ausência de defensor durante a sua realização não redundava em nulidade, já que não poderia interferir de qualquer modo em sua efetivação.

Vale sublinhar que, no processo penal, vige o princípio *tempus regit actum*, de modo que todos os atos processuais praticados segundo as regras processuais vigentes devem permanecer hígidos.

Nesse sentido, dispõe o art. 2º do CPP: “Art. 2º A lei processual penal aplicar-se-á desde logo, sem prejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior”.

Sobre o tema, vale trazer à baila o seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça:

Penal e processual penal. Roubo circunstanciado. Ausência de defensor no interrogatório. Ato anterior à entrada em vigor da Lei 10.792/03. Inexistência de nulidade. Ato personalíssimo do magistrado. Pleito de absolvição. Revolvimento do conjunto fático-probatório. Impossibilidade. Majorante do emprego de arma de fogo. Perícia. Prescindibilidade. Art. 158 do CPP. Impossibilidade na apreensão. Art. 167 do CPP. Constrangimento ilegal não caracterizado. Ordem denegada. 1. Somente após a entrada em vigor da Lei 10.792/03, faz-se necessária a presença de defensor no interrogatório do réu, por se tratar de ato sujeito a contraditório. 2. O não comparecimento do réu à audiência de oitiva de testemunhas, desde que nomeado defensor dativo à realização do ato, constitui nulidade relativa, motivo pelo qual deve ser suscitada em momento oportuno, qual seja até as alegações finais da sentença (art. 571, inciso II, do CPP), sob pena de preclusão, o que ocorreu na espécie. 3. ‘É relativa a nulidade do processo criminal por falta de intimação da expedição de precatória para inquirição de testemunha’ (Súmula 155/STF). 4. O revolvimento do material cognitivo produzido nos autos, a fim de verificar a alegada fragilidade das provas, a recomendar a absolvição, é inviável na via eleita, marcada por cognição sumário e rito célere. 5. Muito embora a apreensão da arma seja obrigação da polícia e sua posterior perícia imprescindível para a correta aplicação da majorante inserta no inciso I do § 2º do art. 157 do CP (art. 158 do CPP), eventual impossibilidade da apreensão, com a consequente não realização da perícia, autoriza a utilização de outros meios de provas para suprir tal deficiência instrutória, nos termos do art. 167 do CPP. 6. Ordem denegada (STJ - HC 154457/SP - Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima - Quinta Turma - j. em 29.04.2010 - DJe de 17.05.2010).

Ainda neste norte é o entendimento deste egrégio TJMG:

Habeas corpus. Invalidade da decisão que reconheceu a não ocorrência de nulidade no interrogatório do réu. Impossibilidade. Ausência de advogado no interrogatório. Ato anterior à vigência da Lei nº 10.792/03. Impossibilidade de retroação

da lei processual. Alegação de que a decisão de pronúncia fora fundamentada somente em provas produzidas na fase de inquérito. Matéria relegada ao feito principal. Ausência de documentos hábeis para se analisar tal afirmativa. Ordem denegada. - Tendo o interrogatório do réu ocorrido antes da vigência da Lei nº 10.792/2003, não há que se falar em nulidade do processo por ausência do advogado no referido interrogatório. Lado outro, há que se ressaltar que se deve aplicar a lei processual em vigor na época da realização do ato, não retroagindo em caso de lei posterior mais benéfica ao réu. - O *habeas corpus* não constitui via adequada para averiguar alegações que demandam análise aprofundada de provas. - Ordem denegada (TJMG - HC 1.0000.14.061507-1/000 - Relator: Des. Silas Vieira - j. em 07.10.2014 - p. em 17.10.2014).

De outra senda, insta salientar que nenhum prejuízo sobreveio ao acusado, já que foi posteriormente interrogado perante o Conselho de Sentença, na presença de defensor habilitado, oportunidade em que trouxe versão idêntica àquela apresentada na fase do sumário de culpa.

Dessa feita, a declaração de nulidade do processo seria mesmo um disparate.

Portanto, rechaço a preambular aventada e adentro no exame meritório.

Mérito.

No mérito, pretende a defesa o reconhecimento da atenuante da confissão espontânea.

Novamente, sem razão.

Com efeito, é inaplicável a aludida atenuante no caso em comento, visto que, malgrado ter o increpado admitido a prática do fato, invoca tese tendente a excluir a ilicitude de sua conduta, já que alega ter agido em legítima defesa.

A atenuante da confissão espontânea implica a admissão, pelo réu, sem quaisquer escusas, de que perpetró o crime que lhe foi imputado na denúncia, não sendo aplicável, então, nos casos em que o acusado alega ter praticado a conduta amparado pela legítima defesa.

Nesse sentido, têm decidido nossos tribunais:

Crimes dolosos e culposos contra a pessoa. Homicídio qualificado (art. 121, § 2º, IV, do CP). A decisão dos jurados não desgarrou da prova, havendo elementos que a sustentam, tornando inviável a determinação de novo julgamento, sendo que, no caso, *inaplicável a atenuante da confissão espontânea, visto que o acusado admitiu a prática do fato, invocando a tese da legítima defesa*. A pena aplicada foi criteriosamente calculada, não havendo motivo para alterá-la. Tratando-se de delito considerado hediondo pela legislação, sua pena deve ser cumprida em regime integral fechado. Apelação defensiva improvida e apelo do Ministério público provido (TJRS - Apelação nº 70008041022 - Segunda Câmara Criminal - Relator: Des. José Antônio Cidade Pitrez - j. em 09.09/2004 - grifei).

Habeas corpus. Homicídio duplamente qualificado tentado. Nulidade do julgamento. Impedimento do Juiz-Presidente. Requisição de instauração de inquérito policial contra o agente pela possível prática do crime de corrupção ativa. Inocorrência. Reconhecimento da confissão espontânea. Soberania dos veredictos do Conselho de Sentença. Negativa

de *animus necandi*. Confissão apenas da conduta, com a ressalva de que agia em legítima defesa putativa. Ordem denegada. I. Impossível o reconhecimento do impedimento do Juiz-Presidente do Tribunal do Júri para presidir o Conselho de Sentença unicamente em razão das providências por ele adotadas após tomar conhecimento sobre a prática, em tese, do crime de corrupção ativa por parte do acusado. II. Impedimento que, nessa hipótese, alcança apenas a ação penal ajuizada para apurar o possível cometimento do delito contra a Administração Pública, mas não o doloso contra a vida. III. Negado pelo Conselho de Sentença o reconhecimento de qualquer circunstância atenuante, não cabe ao Juiz-Presidente fazê-lo ao total arrepio da constitucional soberania de seus veredictos. IV. A atenuante da confissão espontânea pressupõe o reconhecimento por parte do acusado de que ele praticou o crime que lhe foi imputado na denúncia, excetuando, portanto, os casos em que ele nega ter agido mediante o *animus necandi*, o que faria do fato confessado atípico por ausência de dolo. V. Ordem denegada (STJ - HC 61468/SP - Relatora: Ministra Jane Silva (Desembargadora convocada do TJMG) - Quinta Turma - DJ de 15.10.2007 - grifei).

Por fim, no que concerne à fixação dos honorários advocatícios, tenho que devem ser pleiteados, inicialmente, perante o Juízo a quo.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

Considerando a recente decisão do Pleno do Supremo Tribunal Federal, prolatada nos autos do HC 126.292/SP, restando exaurida, nesta instância, a possibilidade do exame dos fatos e provas, não possuindo os recursos, nos tribunais superiores, efeito suspensivo, expeça-se mandado de prisão contra o réu, bem como a guia de execução provisória da pena, o que deve ocorrer somente após o esgotamento de eventuais recursos nesta instância (embargos declaratórios e infringentes).

DES. JAUBERT CARNEIRO JAQUES - De acordo com o Relator.

DES.^a DENISE PINHO DA COSTA VAL - Inicialmente, registro que me coloco de acordo com o voto do eminente Des. Relator quando rejeita a preliminar de nulidade suscitada pela defesa.

Da mesma forma, coaduno-me com o voto condutor quando afasta o pedido de reconhecimento da atenuante da confissão espontânea. No entanto, faço-o por fundamento diverso.

Isso porque, ao exame dos autos, verifico que, em Plenário, a defesa do ora apelante pugnou, tão somente, pela nulidade do processo, pela absolvição em face da legítima defesa; pelo reconhecimento do homicídio privilegiado e pelo decote da qualificadora.

Ocorre que, embora não seja mais exigida a questão aos jurados acerca das circunstâncias atenuantes e agravantes, tenho que, nos termos do art. 492, I, b, do CPP, seu reconhecimento pelo Juiz sentenciante somente é possível quando foram elas alegadas nos debates, *in verbis*:

Art. 492. Em seguida, o presidente proferirá sentença que:
I - No caso de condenação:

[...]

b) considerará as circunstâncias agravantes ou atenuantes alegadas nos debates; [...].

Nesse sentido, vale trazer a lume a lição de Walfredo Cunha Campos sobre o reconhecimento das circunstâncias atenuantes e agravantes pelo Tribunal do Júri:

As circunstâncias agravantes e atenuantes não serão mais decididas pelos jurados e sim pelo juiz quando da prolação de eventual sentença condenatória (art. 492, I, b, do CPP).

[...]

Importante notar que as agravantes e atenuantes só serão consideradas pelo Juiz quando alegadas nos debates (art. 492, I, b, do CPP) pelas partes. A consequência lógica desse dispositivo legal é que, mesmo se estiverem comprovadas nos autos as causas de exasperação ou de diminuição referidas, mas se não tiverem sido sustentadas pelos tribunais, o juiz estaria impossibilitado, de ofício, de reconhecê-las, aumentando ou minorando a sanção em razão de sua existência. [...] (CAMPOS, Walfredo Cunha. *Tribunal do júri: teoria e prática*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 236-237).

Na mesma linha, tem-se posicionado o colendo Superior Tribunal de Justiça:

Habeas corpus. Homicídio qualificado. Júri. Atenuante da confissão espontânea. Nova redação do art. 492 do CPP. Atribuição do Juiz-Presidente para a consideração das agravantes e atenuantes. Norma processual. Aplicação imediata. Atenuante não debatida em Plenário. Impossibilidade de incidência. 1. A Lei nº 11.689/2008 deu nova redação ao art. 492 do Código de Processo Penal, atribuindo ao Juiz-Presidente a aplicação das atenuantes e agravantes debatidas em Plenário. 2. Tratando-se de norma de caráter processual, de aplicação imediata, eventual aplicação da atenuante não implicaria violação da soberania do veredicto do Júri. 3. Não incide a circunstância atenuante não alegada pela defesa e não debatida em Plenário (art. 492, b, do CPP). 4. Ordem denegada (HC 140.042/RJ - Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior - Sexta Turma - j. em 19.11.2012 - DJe de 27.11.2012).

Registre-se, por outro lado, que me coaduno com o entendimento de que a limitação trazida pelo art. 492, I, b, do CPP, não pode ser tão rigorosa a ponto de impedir o reconhecimento, de ofício, pelo Juiz-Presidente, das circunstâncias atenuantes de cunho objetivo, tais como a menoridade e a senilidade, pois constituem direito público subjetivo do réu.

Na hipótese dos autos, todavia, tenho que era indispensável o debate em Plenário, pois a atenuante da confissão não é uma circunstância de cunho objetivo.

Guilherme de Souza Nucci, em seu livro *Individualização da pena* (São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011), ao comentar sobre a confissão como circunstância atenuante, nos ensina que:

A confissão, para valer como meio de prova, precisa ser voluntária, ou seja, livremente praticada, sem qualquer coação. Entretanto, para servir de atenuante, deve ser ainda

espontânea, vale dizer, sinceramente desejada, de acordo com o íntimo do agente. É a posição doutrinária dominante. Não é possível que o réu se beneficie de uma circunstância legal para amenizar sua pena se houver agido sem qualquer espontaneidade, apenas para locupletar-se desse benefício legal.

Além disso, por mais espontânea que tenha sido, ela perde totalmente o valor como atenuante caso haja retratação, mormente antes do julgamento. [...].

Por outro lado, não se aceita a atenuante da confissão espontânea se for realizada a admissão da culpa apenas com o intuito de obter o reconhecimento de alguma excludente de ilicitude ou culpabilidade (confissão qualificada) (p. 225-226).

Extraí-se da citada lição que, para ensejar o reconhecimento da atenuante prevista no art. 65, III, alínea d, a confissão não pode ser retratada, devendo, ainda, ser prestada de forma espontânea e integral.

Não se pode olvidar, todavia, que há posicionamentos no sentido de que a atenuante da confissão deve ser reconhecida quando a confissão for utilizada como fundamento para a condenação, independentemente de ter sido parcial ou qualificada.

Conclui-se, assim, que a confissão não é uma circunstância de cunho objetivo, uma vez que seu reconhecimento demanda uma análise mais aprofundada pelo julgador, que a aplicará conforme sua íntima convicção.

Com efeito, não sendo uma circunstância objetiva do processo, inadmissível é o reconhecimento da atenuante da confissão, de ofício, pelo Juiz sentenciante, pois é indispensável o seu debate sobre a matéria em Plenário.

Lado outro, peço vênia ao eminente Des. Relator para divergir do seu laborioso voto quando decide no sentido de que a fixação dos honorários da defensora dativa nomeada, Dra. Jamylle de Oliveira e Lucas (OAB/MG 106.425), deve ser delegada ao Juiz primevo.

É que, ao examinar a r. sentença, constata-se que já foram fixados honorários da referida defensora dativa atuante no feito, até a prolação da sentença, oportunidade na qual o nobre Magistrado já considerou o trabalho por ela exercido até aquele momento.

Resta, agora, fixar os honorários tão somente pela interposição do recurso, cujas razões recursais estão sendo apreciadas neste momento, incumbindo a esta Câmara julgadora avaliar o serviço prestado pela douta causídica, em fase recursal.

Aliás, diverso não é o entendimento deste egrégio Tribunal, *in verbis*:

Apelação criminal. Violência contra mulher. Ameaça. Violação de domicílio. Desacato. Recurso defensivo. Absolvção. Impossibilidade. Defensor dativo. Honorários. Fixação ex officio. Recurso não provido. 1. Estando devidamente comprovadas autoria e materialidade, não há que se falar em absolvição. 2. O defensor dativo tem direito à percepção de honorários pela interposição de apelação nesta instância recursal, razão pela qual, ainda que não requeridos expressamente, é possível concedê-los ex officio (TJMG - Apelação Criminal nº 1.0132.14.000123-2/001 - Relatora: Des.ª

Kárin Emmerich - 1ª Câmara Criminal - j. em 06.10.2015 - p. em 16.10.2015).

Apelação criminal. Roubo majorado. Processo penal. Preliminar de nulidade da sentença. Fixação da pena. Matéria meritória. Rejeição. Penal. Roubo majorado. Absolvção ou desclassificação. Impossibilidade. Materialidade e autoria comprovadas. Conjunto probatório robusto. Reconhecimento da forma tentada do crime. Impossibilidade. Consumação com a simples inversão da posse da *res furtiva*. Condenação mantida. Arbitramento de honorários advocatícios do defensor dativo. 1. Eventuais irregularidades na fixação da reprimenda não ensejam a nulidade da sentença condenatória, haja vista que tais incorreções são passíveis de modificação nesta Instância Revisora. 2. Estando a autoria e a materialidade do delito de roubo majorado pelo emprego de arma branca devidamente comprovadas, a manutenção da condenação é medida que se impõe, não merecendo ser acolhidas as teses absolutória ou desclassificatória. 3. O crime de roubo consuma-se a partir do momento em que a coisa é retirada da esfera de disponibilidade do ofendido e fica em poder do agente, ainda que de forma passageira, desde que cessada a violência ou grave ameaça. 4. É de se arbitrar honorários advocatícios ao defensor dativo que atuou nos autos, nos termos da Resolução nº CP/01/08 da OAB/MG (TJMG - Apelação Criminal nº 10569110035635002/MG - Relator: Des. Rubens Gabriel Soares - j. em 08.04.2014 - 6ª Câmara Criminal - p. em 15.04.2014).

Assim sendo, fixo os honorários, pela interposição do recurso e apresentação das razões recursais, em R\$400,00 (quatrocentos reais), valor este que se coaduna com o trabalho exercido.

E, muito embora não exista mais o convênio do Tribunal de Justiça com a OAB/MG, a tabela outrora existente pode e deve servir de parâmetro para a fixação dos honorários do defensor nomeado.

Por fim, divirjo também do voto condutor quando, de ofício, determina a expedição do mandado de prisão, bem como da guia de execução provisória da pena.

É que me coaduno com o entendimento de que a decisão do STF no HC nº 126.292 não possui efeito vinculante ou *erga omnes*, pois é relativa a um caso concreto.

Embora cediço que a interposição de recursos especial e extraordinário não tem efeito suspensivo, verifico que, no caso em tela, foi concedido ao réu o direito de recorrer em liberdade pelo ilustre Juiz sentenciante, não havendo motivos para se decretar, nesse momento, a prisão, com o consequente início do cumprimento da pena imposta em processo ainda não transitado em julgado.

Ademais, este egrégio Tribunal, de forma praticamente unânime, não está aplicando a decisão do colendo Supremo Tribunal, a qual, diga-se de passagem, vai contra o entendimento pacífico daquela Corte e ainda ofende o princípio constitucional da presunção da inocência.

Confira alguns acórdãos sobre o tema:

Embargos de declaração em apelação. Irresignação ministerial. Omissão/obscuridade. Expedição de mandado de prisão e de guia de execução. Decisão recente de Tribunal

Superior, HC 126.292. Interpretação sem efeito vinculante e ainda não definitiva. Ofensa ao princípio da presunção da inocência e ao *status libertatis* do acusado. Considerando que a recente decisão do STF, proferida no julgamento do HC 126.292, não foi unânime, estando sujeita a eventuais modulações, temerária a aplicação do mencionado julgamento a fato que lhe é anterior, como se o julgamento tivesse aplicação imediata e irrestrita, em suma, vinculante, com efeitos *erga omnes* e *ex tunc*, de forma que se revela prudente aguardar a consolidação do aludido entendimento, em homenagem à presunção da inocência e ao *status libertatis* do acusado (TJMG - Embargos de Declaração Criminal nº 1.0702.13.064312-6/003 - Relator: Des. Sálvio Chaves - 7ª Câmara Criminal - j. em 07.04.2016 - p. em 15.042016).

Embargos de declaração criminal. Acórdão. Contradição, omissão e obscuridade. Inocorrência. Rediscussão meritória. Inadmissibilidade. Decisão da lavra do STF não dotada de efeito vinculante. Embargos conhecidos e rejeitados. - Impõe-se a rejeição dos embargos, se interpostos com a indevida finalidade de instaurar-se uma nova discussão sobre matéria já apreciada, com o propósito de influir no resultado do julgamento. - Não se extraindo da decisão mencionada em embargos o necessário efeito vinculante, há de se rejeitar os embargos ministeriais propostos com vistas à imediata expedição de mandado de prisão e guia de execução (TJMG - Embargos de Declaração Criminal nº 1.0024.12.036119-1/002 - Relator: Des. Matheus Chaves Jardim - 2ª Câmara Criminal - j. em 17.03.2016 - p. em 04.04.2016).

Embargos de declaração criminal. Delitos de furto qualificado e corrupção de menor. Manutenção da sentença condenatória. Direito de recorrer em liberdade. Custódia cautelar. Requisitos não constatados. Expedição da guia de execução. Ausência de trânsito em julgado. Omissão ou contradição inexistente. Embargos rejeitados. 1. Constatado que os condenados responderam ao feito criminal em liberdade, relaxada a prisão preventiva por excesso de prazo, e não se fazendo presentes os requisitos da custódia cautelar, possível que permaneçam nessa condição, até o trânsito em julgado da condenação, sem que seja necessário expedir, imediatamente, a guia de execução. 2. Sendo expresso o acórdão embargado a respeito do tema, novamente suscitado, não há omissão ou obscuridade a ser sanada. 3. A rediscussão de tese expressamente enfrentada no recurso de apelação não dá ensejo à pretendida declaração, nem mesmo a título de prequestionamento (TJMG - Embargos de Declaração Criminal nº 1.0024.12.293821-0/002 - Relatora: Des.ª Beatriz Pinheiro Caires - 2ª Câmara Criminal - j. em 17.03.2016 - p. em 04.04.2016).

Em face do exposto, divirjo do eminente Desembargador Relator, para dar parcial provimento ao recurso para fixar os honorários advocatícios à defensora dativa atuante no feito. E, ainda, quanto à expedição do mandado de prisão e da guia de execução provisória da pena.

É como voto.

Súmula - REJEITARAM A PRELIMINAR; NO MÉRITO, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO E, DE OFÍCIO, DETERMINARAM A EXPEDIÇÃO DE MANDADO DE PRISÃO E GUIA DE EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA, VENCIDA, EM PARTE, A VOGAL.

...

Homicídio - Crimes conexos - Sentença de pronúncia - Competência do Tribunal do Júri - Desmembramento dos autos em relação ao corréu - Remessa dos autos ao juízo singular - Impossibilidade

Ementa: Recurso em sentido estrito. Crimes conexos ao delito de homicídio. Sentença de pronúncia. Competência do Tribunal do Júri. Elementos de prova que demonstram a possibilidade de o Conselho de Sentença decidir pela condenação dos acusados. Desmembramento dos autos em relação ao corréu. Remessa dos autos ao juízo singular. Impossibilidade. Recurso não provido.

- Tratando-se de delitos conexos ao crime de homicídio supostamente praticado pelo corréu, deve ser submetida ao Tribunal do Júri a decisão sobre sua eventual prática pelos apelantes.

- Verifica-se que os autos somente foram desmembrados em relação ao corréu que supostamente praticara o delito de homicídio, em razão do excesso de prazo. Dessa forma, deve permanecer a competência do Tribunal do Júri para julgamento dos crimes conexos supostamente praticados pelos apelantes.

Recurso não provido.

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO Nº 1.0143.14.000347-4/001 - Comarca de Carmo do Paranaíba - Recorrentes: L.D.F.C., D.H.S.B. - Recorrido: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Vítimas: A.L.M., L.I.S.M. - Corréu: L.H.S.M. - Relator: DES. CORRÊA CAMARGO

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 4ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em **NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO**.

Belo Horizonte, 13 de abril de 2016. - **Corrêa Camargo** - Relator.

Notas taquigráficas

DES. CORRÊA CAMARGO - Trata-se de recurso em sentido estrito interposto por D.H.S.B. e L.D.F.C. (f. 573), já que irredigidos com a r. sentença de f. 556/563, que pronunciou o acusado D. como incurso nas sanções dos arts. 158, § 1º, e 180, na forma do art. 69, todos do Código Penal, a acusada L.D., nas sanções dos arts. 158, § 1º, 180 e 147, na forma do art. 69, todos do Código Penal, e, por derradeiro, o acusado L.H.S.M., nas sanções dos arts. 121, § 2º, I, IV e V, 155, § 4º, II, III e IV, ambos do Código Penal, do art. 12 da Lei 10.826/03, do art. 28 da Lei 11.343/06 e do art. 244-B da Lei 8.069/90 (por duas vezes), todos na forma do art. 69 do Código

Penal, determinando sejam eles submetidos a julgamento perante o Tribunal do Júri da Comarca de Carmo do Paranaíba.

Os recorrentes, nas razões recursais de f. 580/596, pretendem a absolvição sumária em relação a todos os delitos a eles imputados. Subsidiariamente, pleiteiam o afastamento do julgamento pelo Tribunal do Júri, haja vista o desmembramento do crime de homicídio praticado pelo corréu L.H.

O Ministério Público, por seu turno, ofertou contrarrazões às f. 597/620, rebatendo as teses apresentadas e requerendo o não provimento do recurso.

Em juízo de retratação, a decisão foi mantida pelo d. Magistrado de primeiro grau (f. 621v.).

Instada a se manifestar, a Procuradoria de Justiça opinou, às f. 531/533, pelo não provimento do recurso.

É o relatório.

Passa-se à decisão:

O recurso é próprio e tempestivo, motivo pelo qual dele conheço.

Eis os fatos narrados na denúncia:

1º fato.

Consta do incluso inquérito policial que, no dia 03.01.2014, por volta das 3h [...], neste Município, o denunciado L.H.S.M., em comunhão de vontades e em unidade de desígnios, com os adolescentes [...], mediante escalada e uso de chave falsa, subtraíram coisa alheia móvel das vítimas A.L.M. e L.S.M.

2º fato.

Consta também do inquérito que, no dia 04.01.2014, em horário desconhecido, [...] os denunciados D.H.S. e L.D.F.C. ocultaram e guardaram, em proveito próprio ou alheio, coisas que sabiam ser produto de crime.

3º fato.

Relata o caderno investigatório que, no dia 04.01.2014, por volta das 21h, [...] os denunciados D.H.S. e L.D.F.C., em comunhão de vontades e em unidade de desígnios, constrangeram a vítima A.L.M., mediante grave ameaça, também por meio de uso de arma de fogo, e com o intuito de obter para si devida vantagem econômica, a pagar a quantia em dinheiro em troca da devolução dos produtos do furto.

4º fato.

Informam as investigações que, no dia 05.01.2014, em horário incerto, [...] a denunciada L.D.F.C. ameaçou a vítima L.S.M. de causar-lhe mal injusto e grave.

5º fato.

Informa também o caderno investigatório que, no dia 09.01.2014, por volta das 21h30. [...] no Município de Carmo do Paranaíba/MG, o denunciado L.H.S.M., em comunhão de vontades e unidade de desígnios com os adolescentes [...], agindo com *animus necandi*, impelidos por motivo torpe, mediante emboscada, visando assegurar a impunidade e a vantagem de outro crime, desferiram diversos disparos de arma de fogo contra a vítima A.L.M., causando-lhe lesões que foram a causa de sua morte.

6º fato.

Notícia o incluso inquérito policial que, no dia 09.01.2014, em horário incerto, [...] neste Município, o denunciado L.H.S.M., possuía munição de uso permitido, mas em desacordo com determinação legal ou regulamentar, no interior de sua residência.

7º fato.

Consta do inquérito policial que, no dia 09.01.2014, em horário incerto, [...] o denunciado L.H.S.M., guardava, para uso próprio, substância entorpecente cocaína, em desacordo com determinação legal e regulamentar.

8º fato.

Informa, ainda, o caderno de investigação que, por duas vezes, o denunciado L.H.S.M. corrompeu menores de dezoito anos, com eles praticando infrações penais.

Descrição fática.

Conforme foi apurado, na data de 03.01.2014, o denunciado L.H.S.M., juntamente com os adolescentes [...], dirigiu-se à residência das vítimas A.L.M. e L.S.M., e, aproveitando-se da ausência dos moradores, pularam o muro, entrando no local. Com uma chave mixa, os autores abriram a porta da residência e subtraíram 02 (dois) aparelhos de DVD, 1 (um) computador de mesa marca Toshiba, 1 (um) forno micro-ondas, 1 (um) par de tênis marca Adidas, 1 (um) aparelho celular marca Nokia, modelo 6101, 02 (dois) capacetes e 1 (uma) motocicleta Honda/CB 300, cor amarela, placa HJM-1290, evadindo-se posteriormente do local.

Após retornar de viagem, a vítima A.L.M. tomou conhecimento da autoria do furto e tentou reaver seus bens.

Para assegurar o produto do crime e impedir a devolução à vítima, os denunciados D.H. e L.D. ocultaram um computador e um aparelho de DVD subtraídos, que estavam na residência de P.V., guardando os objetos na casa de L.

Posteriormente, os denunciados L.D. e D.H. procuraram a vítima e exigiram o pagamento de R\$200,00 (duzentos reais) para a devolução dos bens, sob ameaça de que esta só reaveria seus pertences com o pagamento do valor.

O denunciado D. ainda mostrou ao ofendido uma arma de fogo que se encontrava em sua cintura, para intimidá-lo.

O ofendido A.L., temeroso, informou que apenas teria o valor de R\$40,00 (quarenta reais) no momento, sendo tal quantia aceita pelos denunciados.

No dia 05.01.2014, a denunciada L.D. foi até a residência da vítima L.S. e, ao tomar conhecimento de que já havia ocorrido o registro de boletim de ocorrência referente ao furto, ameaçou a ofendida dizendo: 'Você não me conhece! Você está grávida e deveria pensar no seu filho. Pois, pelo meu irmão, eu faço qualquer coisa!'

Após esses fatos, o denunciado L.H.S.M., juntamente com os adolescentes [...], descontentes com a devolução de parte da res subtraída e com o registro de ocorrência policial realizado pela vítima, motivados por vingança, planejaram ceifar a vida de A.L.

No dia 09.01.2014, os autores dirigiram-se à residência da vítima A.L., sendo que o denunciado L.H.S.M. portava um revólver calibre 38 e o adolescente portava um revólver calibre 32.

Ao chegarem ao local, o menor acionou a campainha da residência, e, assim que o ofendido A.L. abriu o portão, o denunciado L.H.S.M. e o adolescente, a uma curta distância, efetuaram vários disparos com as armas de fogo, atingindo à vítima em regiões vitais como pescoço e queixo.

A vítima ainda tentou esquivar-se e fugir, sendo atingida por vários disparos no braço e nas costas.

Ato contínuo, o denunciado e o adolescente fugiram do local, deixando a vítima caída, já sem vida.

Em diligências, a Polícia Militar realizou buscas na residência do denunciado L. onde foram encontrados e apreendidos 06 (seis) cartuchos intactos de munição de arma de fogo e um prato com duas colheres com resíduos de cocaína.

Realizado exame de eficiência nas munições apreendidas (f. 21), ficou atestado que estas se encontravam em estado

normal de funcionamento, podendo ser utilizadas com eficiência para ofender a integridade física de outrem.

Também foi realizado exame toxicológico onde ficou atestado que a substância apreendida era cocaína (f. 19/20).

No tocante ao crime de homicídio, verifica-se que teve motivação torpe, já que o denunciado e os adolescentes ceifaram a vida do ofendido por estarem descontentes com a devolução de parte da res subtraída e com o registro de ocorrência policial.

O homicídio foi praticado, ainda, para assegurar a impunidade e vantagem de outro crime, pois os autores praticaram o crime para garantir que o delito anterior, furto, não fosse descoberto e que eles não viessem a ser punidos pelo fato.

Ademais, o citado delito foi praticado mediante emboscada, já que os autores atraíram a vítima, acionando a campainha, enquanto aguardavam sua chegada, já posicionados de arma em punho em frente ao portão, impossibilitando a defesa do ofendido.

Para a prática dos crimes de furto e homicídio, verifica-se que o denunciado L.H.S.M. se utilizou dos adolescentes, corrompendo-os à prática delitiva (f. 1D/07).

O d. Magistrado sumariante pronunciou os acusados D.H.S.B., L.D.F.C. e L.H.S.M. nos termos da exordial, como já relatado, o que culminou na interposição de recurso em sentido estrito pela defesa dos recorrentes D.H.S.B. e L.D.F.C.

Importante ressaltar que, em razão do presente recurso, foram os autos desmembrados em relação ao acusado L.H.S.M.

Como é cediço, a sentença de pronúncia é aquela pela qual o Magistrado sumariante reconhece provada a materialidade do fato e a presença de indícios suficientes de autoria de um crime doloso contra a vida e conexos, determinando seja o acusado submetido a julgamento perante o Tribunal do Júri, na forma do art. 413 do Código de Processo Penal.

In casu, a materialidade delitiva encontra suporte nos autos, em face da prova testemunhal, do boletim de ocorrência de f. 03/08 e 09/11, do auto de apreensão de f. 12 e 36, do laudo de avaliação indireta de f. 17/18, do laudo de constatação preliminar toxicológico de f. 19/20, do laudo de levantamento técnico-pericial de local de homicídio de f. 22/35, do laudo de eficiência de arma de fogo de f. 358/361 e do laudo de necropsia de f. 394/401.

Primeiramente, importante ressaltar que, em relação ao crime de homicídio, não há dúvidas quanto aos indícios de sua autoria pelo corréu L., uma vez que teria ele, tanto em sede administrativa, às f. 128/129, quanto em juízo, confessado a prática delitiva, e tanto é verdade que não há recurso defensivo nesse sentido.

Da mesma forma, quanto aos delitos conexos, supostamente praticados pelos recorrentes, verifica-se a existência de sua prática, em especial diante dos depoimentos colhidos durante a instrução.

A acusada L.D.F.C., tanto na fase inquisitorial, às f. 45/46, quanto em juízo, à f. 351, relatou que realmente

estava com os pertences (computador e aparelho de DVD) da vítima. Transcrevem-se:

[...] que a declarante foi para a casa de sua genitora, pegou o computador e um aparelho DVD que o menor havia furtado e levou o computador para a casa da declarante; que, logo em seguida, a mãe do menor, o A. e o J. foram à casa da mãe da declarante e contaram sobre o furto; que a mãe da declarante permitiu que A. e J. fizessem uma busca na casa dela, e eles dois não encontraram nada, pois a declarante já havia retirado de lá o computador e o aparelho de DVD; [...] que a declarante ficou com pena do A. e falou que iria ver se o menor poderia devolver o computador; que a declarante estava com o computador, mas não quis devolver naquele momento; que mais tarde, já por volta das 21h20, a declarante ligou para o A. ir em sua residência buscar o computador; [...] que a declarante devolveu o computador e um aparelho DVD para o A., e naquele momento o A. ainda falou que daria até duzentos reais para o menor, porque teve o seu computador devolvido (em delegacia, f. 45/46).

[...] que disse à vítima que, caso o menor tivesse furtado os bens, iria devolvê-los; que, então, foi até a casa da genitora do adolescente e pegou o computador e um aparelho de DVD; que, após devolver o computador, a vítima entregou à interroganda a quantia de R\$40,00 (em juízo, f. 351).

No mesmo sentido, foram as declarações do acusado D.H.S.B., na delegacia, às f. 118/119, e em juízo, às f. 353. *In verbis*:

que o declarante afirma que um dos autores do furto na casa da vítima A. foi o menor, irmão de L.D.; que L.D. não mora na mesma casa em que mora o irmão dela; que L.D. buscou o computador e um aparelho de DVD na casa do menor e levou para a casa dela para devolver para a vítima; [...] que a vítima A. foi à casa de L.D. e esta devolveu o computador e o aparelho DVD [...]; que, perguntado se o declarante exigiu a quantia de duzentos reais e depois a quantia de quarenta reais para devolver o computador e o aparelho DVD para a vítima A., respondeu: 'não, não exige nada não. Sou contra isso'; que, após várias perguntas sobre a exigência dos duzentos reais, e, posteriormente, a exigência dos quarenta reais que o declarante teria feito à vítima A., o declarante respondeu: 'ele deu os quarenta reais mesmo. Ele entregou para mim e para a L.D., mas foi por boa vontade dele mesmo. Nós não exigimos nenhum centavo dele' (em delegacia, f. 118/119).

A vítima sobrevivente L.I.S., em sede administrativa, à f. 49, declarou que o acusado D.H., namorado de L.D. e cunhado de um dos menores que teria furtado objetos de sua residência, teria lhe devolvido alguns dos objetos subtraídos. Novamente, ao ser ouvida em sede administrativa, às f. 141/143, L.I.S. relatou que teria a vítima A. repassado R\$40,00 (quarenta reais) aos apelantes para ter os seus pertences de volta. Afirmou, ainda, que também teriam sofrido ameaças por parte da acusada.

que a depoente deseja ressaltar que, posteriormente, ficou sabendo que L.D. naquele momento já estava com o computador do A. na casa, pois ela teria ido buscar na casa da mãe dela, porém, L.D. dizia que não estava com o computador; que A. foi embora; que, mais tarde, L.D. ligou para A. dizendo que havia feito contato com o menor que teria

pegado o computador e que A. fosse à casa dela buscá-lo; que A. foi juntamente com J. e M. à casa da L.D., e ela devolveu o computador e um aparelho DVD, tudo enrolado em um cobertor da residência da depoente; que, ao chegar em casa, o A. disse que teria dado quarenta reais a D.H. para ter o computador de volta, e que teria dado o recado para D.H.; que o menor poderia ficar com o par de tênis, pois A. não tinha mais dinheiro para dar; [...]; que, perguntada se D.H., L.D. ou o menor teriam exigido, mediante ameaça, o dinheiro de A. ou se A. teria dado o dinheiro por espontânea vontade, respondeu: 'não sei se o A. me falou que teve que dar o dinheiro que tinha na carteira e o par de tênis' [...] que, naquele momento, L.D. e D.H. pediam insistentemente para não comunicar à polícia sobre o furto, e a depoente informou que já havia sido feita a ocorrência em data pretérita, e L.D. então ficou muito irritada e passou a ameaçar a depoente com os dizeres: 'Você não me conhece! Você está grávida e deveria pensar no seu filho. Pois pelo meu irmão, eu faço qualquer coisa!'; que L.D. ainda disse: 'Ocês deram foi sorte, porque bandido que é bandido não devolve nada não. Nós tomamos foi prejuízo com isso, pois esse computador já tinha sido vendido por quatrocentos reais'; que D.H. disse ao A.: 'só devolvemos o computador, porque você foi humilde e corajoso de ter ido lá em casa desarmado. Porque eu não ando desarmado. Eu tenho duas armas em minha casa' (sic, destacou-se).

Já em Juízo, à f. 343, confirmou as declarações prestadas em sede inquisitorial, declarando novamente que teria sido ameaçada pela apelante L.D.:

que L.D. chegou a ameaçar a declarante dizendo: 'Você não me conhece, você esta grávida e devia pensar em seu filho'; [...] que L.D. e D.H. restituíram o computador e um DVD; que, após devolverem o computador, D.H. L.D. e L.H. foram até a casa da declarante e que D.H. estava armado; que, nesta data, L.H. confessou ter participado do furto; que D.H. esteve por três vezes na casa da declarante, após o furto (destacou-se).

Se não bastasse, a testemunha M.A.M., na delegacia, às f. 50/52, confirmando em Juízo, à f. 346, relatou haver presenciado os apelantes exigirem da vítima A. certa quantia em dinheiro para ter de volta parte dos objetos subtraídos da residência de A.:

que, já por volta das 21h, o A. ligou o telefone celular da depoente e falou: 'M., a L.D. me ligou aqui e tá me chamando para ir lá na casa dela buscar minhas coisas. Será que não é emboscada? Estou com receio de ir lá sozinho. Você e seu irmão podem ir lá comigo?'; que a depoente e J. foram com A. até a casa da L.D., e lá esta chamou para entrarem na casa dela para pegar as coisas; que, naquele instante, o D.H., namorado de L.D., lhe mostrou o computador completo e um aparelho DVD; que a L.D. falou: 'tá aí. Pode pegar aí'; que a depoente pegou o computador e o aparelho DVD e saiu; [...] que, naquele instante, o D.H. falou para o A.: 'o menor tá querendo duzentos reais para te devolver essas coisas aí' (referindo-se ao computador e o aparelho DVD); que A. respondeu: 'uai, ninguém tinha me falado nada que eu tinha de pagar para pegar minhas coisas de volta, e por isso eu só tenho aqui na carteira quarenta reais'; que D.H. falou: 'pode ser esses quarenta então; [...] que o A. retirou da carteira os quarenta reais e entregou para o D.H.; que D.H. guardou o

dinheiro no bolso e falou: 'e a moto, quem sabe dela é o M.' (na delegacia, às f. 50/52).

que confirma o depoimento de f. 50/52, o que fica; que D.H., ao devolver os objetos, disse 'que o menor disse para ele que A. teria que lhe pagar R\$200,00'; que A. disse que teria apenas R\$40,00; que A. entregou a quantia de R\$40,00 (em juízo, f. 346).

Como se vê, há nos autos indícios suficientes de autoria da prática dos crimes de receptação e extorsão supostamente praticados por ambos os apelantes e também do crime de ameaça supostamente praticado pela acusada L.D, isso tudo associado ao crime de homicídio supostamente praticado pelo corréu L.H.S.M., devendo-se prestigiar a decisão que remeteu a questão ao conselho de sentença, juiz natural da causa, segundo a Constituição da República.

Enfatiza-se que, se realmente há nos autos uma vertente de prova no sentido de que os acusados teriam cometido os crimes conexos descritos na exordial, certo é que o Tribunal, nessa fase, não pode retirar dos jurados a possibilidade de decidir pela condenação ou absolvição dos réus, conforme orienta o Supremo Tribunal Federal:

Por ser a pronúncia mero juízo de admissibilidade da acusação, não é necessária prova incontroversa do crime, para que o réu seja pronunciado. As dúvidas quanto à certeza do crime e da autoria deverão ser dirimidas durante o julgamento pelo Tribunal do Júri. Precedentes do STF (STF, RT 730/463).

Destarte, confirmada a competência constitucional do Tribunal do Júri para julgar o crime de homicídio supostamente praticado pelo corréu L.H., os outros delitos em apuração praticados pelos apelantes restam automaticamente submetidos à apreciação dos jurados.

Da mesma forma, quanto à remessa dos autos ao juízo singular, haja vista o desmembramento ocorrido em relação ao crime de homicídio, razão também não assiste aos recorrentes.

Primeiramente, vê-se que somente foram os autos desmembrados em relação ao corréu L.H. após sentença de pronúncia, tendo em vista a ausência de recurso por ele interposto.

Assim, foi a decisão do d. Magistrado primevo:

Tendo em vista que o pronunciado L.H.S.M., atualmente preso, não interpôs recurso, determino o desmembramento do presente feito, criando novos autos em relação a ele (f. 588).

Ademais, apesar de o crime doloso contra a vida estar sendo processado em autos apartados, não há dúvidas de que os crimes a ele conexos são também da competência do Tribunal do Júri.

Nesse sentido, decidiu este egrégio Tribunal de Justiça:

Conflito negativo de competência. Vara criminal comum e Tribunal do Júri. Desmembramento. Superveniência do

juízo singular. Competência declinada quanto à formação de quadrilha imputada aos demais agentes. Descabimento. - O Tribunal de Júri permanece competente para julgamento do delito de formação de quadrilha (autos desmembrados), mesmo após o veredicto do crime doloso contra a vida, por ser o foro prevalente para os delitos conexos. [...] (TJMG - Conflito de Jurisdição nº 1.0000.12.124520-3/000 - Relator: Des. Renato Martins Jacob - 2ª Câmara Criminal - j. em 31.01.2013 - p. em 14.02.2013).

Diante disso, não há falar em remessa ao juízo singular.

Da conclusão.

Pelo exposto, nego provimento ao recurso, mantendo inalterada a r. sentença de f. 556/563, que pronunciou ambos os réus como incurso nas sanções dos arts. 158, § 1º, e 180, na forma do art. 69, ambos do Código Penal, e também a apelante nas penas do art. 147 do mesmo Codex, determinando sejam eles submetidos a julgamento perante o egrégio Tribunal do Júri da Comarca de Carmo do Paranaíba.

Custas, ao final.

É como voto.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES EDUARDO BRUM e HERBERT JOSÉ ALMEIDA CARNEIRO.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Despronúncia - Homicídio doloso - Tipicidade do fato - Nexo causal - Ausência de prova - Materialidade - Incerteza - Art. 414 do CPP - Aplicação - Crimes conexos - Remessa ao juiz competente

Ementa: Recurso em sentido estrito. Homicídio doloso. Despronúncia. Ausência de certeza da materialidade. Crimes conexos. Remessa ao juiz competente.

- Não havendo nos autos certeza sobre a materialidade delitiva, por não estar provada a tipicidade do fato e o nexo causal, a despronúncia é medida que se impõe, nos termos do art. 414 do CPP.

- Havendo a despronúncia do crime doloso contra a vida, o feito deve ser remetido, após o trânsito em julgado da decisão, para o juiz competente para o julgamento dos crimes conexos.

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO Nº 1.0518.13.000446-9/001 - Comarca de Poços de Caldas - Recorrentes: L.D.G. (1º), A.R.L. (2º) - Recorrido: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Vítimas: L.D.G., E.L.C.S. - Relator: DES. ALBERTO DEODATO NETO

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, à unanimidade, em REJEITAR A PRELIMINAR, DAR PROVIMENTO AO PRIMEIRO RECURSO E DAR PARCIAL PROVIMENTO AO SEGUNDO RECURSO.

Belo Horizonte, 14 de junho de 2016. - *Alberto Deodato Neto* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. ALBERTO DEODATO NETO - Trata-se de recursos em sentido estrito interpostos por L.D.G. e A.R.L. contra a sentença de f. 457/476, que pronunciou o primeiro como incurso nas sanções do art. 121, *caput*, c/c art. 29, e art. 13, § 2º, a, b, c, todos do CP, e o segundo como incurso nas sanções do art. 129, § 1º, III, e 121, *caput*, c/c art. 29, e art. 13, § 2º, a, b, c, todos do CP, e art. 312 do Código de Trânsito Brasileiro, submetendo-os a julgamento pelo Tribunal do Júri.

Denúncia às f. 1D/3D.

Intimações regulares, f. 477, 479 e 482.

Pleiteia a defesa de A., preliminarmente, a rejeição da denúncia por ilegitimidade das partes. No mérito, pede a impronúncia do recorrente, razões de f. 487/524.

Já a defesa de L., razões de f. 526/530, requer a impronúncia do réu e, alternativamente, a desclassificação para o crime previsto no art. 302 do CTB.

Contrarrazões às f. 533/541, em que o Ministério Público pugna pelo não provimento dos recursos.

Em juízo de retratação, foi mantida a decisão de pronúncia, f. 542.

A Procuradoria-Geral de Justiça, no parecer de f. 549/551, opina pelo provimento dos recursos, para desclassificar a conduta de A. para homicídio culposo e lesão corporal culposa e para absolver L.

É o relatório.

Conheço os recursos, pois presentes os pressupostos de admissibilidade e processamento.

Anoto que as razões recursais, embora diversas, requerem uma apreciação conjunta, haja vista a parcial identidade das matérias.

Preliminar.

Em sede de preliminar, a defesa de A. argui sua ilegitimidade para figurar como réu no processo.

Todavia, sem razão.

Sem adentrar no mérito do processo, é possível ver que A., embora não fosse o proprietário formal da van, era um dos responsáveis por sua manutenção.

Assim, rejeito a preliminar e passo à análise do mérito.

Mérito.

De início, cumpre registrar que a decisão de pronúncia, por se tratar de um mero juízo de prelibação, exige apenas a certeza da materialidade e a presença de

indícios suficientes da autoria delitiva, o que não verifico no presente caso.

Antes de analisar a materialidade e a autoria, é preciso observar a tipicidade ou não da conduta.

Os recorrentes foram pronunciados pela prática do crime doloso contra a vida, de homicídio, além dos crimes conexos (não dolosos contra a vida).

Contudo, após analisar as provas, não é possível concluir pela ocorrência do dolo, o que, consequentemente, impossibilita a configuração do referido delito.

Não há como dizer que os agentes assumiram o risco de produzir o resultado.

O relatório de inspeção veicular realizado no dia 20.07.2012 (f. 28) concluiu que o veículo estava apto a rodar, havendo uma autorização para o transporte escolar com validade até 31.12.2012 (f. 13).

Assim, não é possível afirmar que os réus sabiam que não deveriam utilizar a van para o transporte de pessoas, até porque, caso soubessem disso, L., que era o motorista do veículo na hora dos fatos, não arriscaria a própria vida.

As testemunhas também não permitem um juízo certo quanto à tipicidade delitiva. Ao passo que algumas testemunhas afirmaram que o veículo estava com problemas e que não era exigido o uso do cinto de segurança, outras disseram o contrário - afirmaram que a van estava em condição adequada para uso, tendo passado na vistoria do Inmetro e que as crianças eram sempre orientadas a usar o cinto de segurança.

O exame de levantamento pericial de acidente de trânsito constatou diversos problemas no veículo, mas não conseguiu concluir o que causou a perda do controle direcional e, consequentemente, o acidente (f. 64/76).

É importante registrar, novamente, que algumas testemunhas afirmaram que os problemas constatados após a batida foram causados exatamente em decorrência do acidente.

Assim, as provas até então produzidas não permitem a identificação do nexo de causalidade entre a conduta dos recorrentes e o resultado (morte da vítima E.).

E, embora existam indícios da ocorrência do crime de homicídio na modalidade culposa, não há a certeza necessária para a desclassificação. Nesse sentido, o doutrinador Guilherme de Souza Nucci esclarece:

[...] O juiz somente desclassificará a infração penal, cuja denúncia foi recebida como crime doloso contra a vida, em caso de cristalina certeza quanto à ocorrência de crime diverso daqueles previstos no art. 74, § 1º, do CPP [...] (NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal comentado*. 8. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 750).

A medida correta a ser tomada é a despronúncia dos recorrentes por não haver prova segura da ocorrência do crime doloso contra a vida pelo qual foram denunciados. Novamente, Guilherme de Souza Nucci leciona que:

[...] Materialidade do fato é a prova da existência do fato, que serve de base à tipificação, necessitando ser certa e precisa. A existência do delito depende da demonstração precisa da conduta do agente e do resultado produzido. [...] se a própria existência for questionável, já na fase de admissibilidade da acusação, o melhor caminho a seguir é impronunciar o réu, ao invés de remeter o processo a julgamento pelo júri. [...] (NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. 8ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora: Revista dos Tribunais, 2008, p. 744).

Por outro lado, tendo em vista a impronúncia dos acusados pelo crime doloso contra a vida, deve o feito ser remetido, após o trânsito em julgado, para o juiz competente para o julgamento dos crimes conexos (art. 129, § 1º, III, do CP e art. 312 do CTB).

Diante do exposto, rejeito a preliminar e dou provimento ao recurso de L.D. e dou parcial provimento ao recurso de A.R.L., para despronunciar os recorrentes do crime previsto no art. 121 do CP, nos termos do art. 414, do CPP, determinando a remessa do feito, após o trânsito em julgado desta decisão, ao juiz competente para o julgamento dos crimes conexos.

Sem custas.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES FLÁVIO BATISTA LEITE e WANDERLEY PAIVA.

Súmula - REJEITARAM A PRELIMINAR, DERAM PROVIMENTO AO PRIMEIRO RECURSO E PARCIAL PROVIMENTO AO SEGUNDO RECURSO.

...

Violência doméstica - Lesão corporal - Materialidade - Relatório médico - Art. 12, § 3º, da Lei nº 11.340/06 - Exame de corpo de delito indireto - Declaração da vítima - Relevância

Ementa: Apelação criminal. Lesão corporal praticada no âmbito doméstico. Relatório médico. Exame de corpo de delito indireto. Validade como meio de prova da materialidade. Palavra da vítima em consonância com os demais elementos de prova. Relevância. Condenação mantida. Recurso conhecido e desprovido.

- A materialidade do crime de lesão corporal pode ser comprovada por meio de exame de corpo de delito indireto, caso em que a vítima é atendida em hospital adequado, logo após o sofrimento da agressão.

- Nos delitos que envolvem violência doméstica, praticados, na maioria das vezes, sem a presença de testemunhas, a palavra da vítima é de suma importância para a elucidação dos fatos, sendo suficiente para alicerçar o decreto condenatório quando em consonância com o conjunto probatório.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0349.12.000637-5/001
- Comarca de Jacutinga - Apelante: F.A.M. - Apelado:
Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Vítima:
T.F.M. - Relator: DES. ADILSON LAMOUNIER

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 5ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em **NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO**.

Belo Horizonte, 24 de maio de 2016. - *Adilson Lamounier* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. ADILSON LAMOUNIER - Trata-se de apelação criminal interposta por F.A.M. em face da sentença de f. 97/101, por meio da qual o MM. Juiz de Direito da Comarca de Jacutinga julgou procedente o pedido contido na denúncia e condenou o apelante, como incurso nas sanções do art. 129, § 9º, do Código Penal, a uma pena de 04 (quatro) meses de detenção, em regime aberto.

Em suas razões de recurso de f. 114/121, a defesa do apelante pugna por sua absolvição, por ausência de prova da materialidade delitiva, em razão da imprestabilidade do laudo de exame de corpo de delito, firmado apenas por um perito não oficial. Em relação à autoria, sustenta que a condenação foi baseada exclusivamente na palavra da vítima, o que é insuficiente.

O Ministério Público, às f. 122/126, apresentou contrarrazões ao recurso, pugnando pelo seu conhecimento e desprovimento. No mesmo sentido, opinou a d. Procuradoria-Geral de Justiça em seu parecer de f. 132/134.

O acusado foi intimado por edital, conforme f. 140. É o relatório.

Conheço do recurso, presentes os seus pressupostos objetivos e subjetivos de admissibilidade.

Narra a denúncia que, no dia 4 de março de 2013, [...], em Jacutinga, o denunciado ofendeu a integridade física da vítima, sua irmã T.F.M., causando-lhe lesões.

Segundo consta, na data e local dos fatos, o denunciado, após fazer uso de bebidas alcoólicas e de substâncias entorpecentes, retornou para sua casa na companhia de dois amigos, com a intenção de realizar um churrasco, sendo que seus irmãos não o permitiram, por ser muito cedo. Após a negativa, o réu agrediu a irmã com socos.

O d. Magistrado *a quo*, conforme relatado, julgou o pedido da denúncia procedente e condenou o apelante pela prática do crime previsto no art. 129, § 9º, do Código Penal, o que motivou o presente recurso.

A materialidade delitiva restou devidamente comprovada através do auto de prisão em flagrante, às f. 05/09; auto de apreensão, à f. 13; boletim de ocorrência, às f. 18/23; e laudos médicos, às f. 25/27.

Pretende o apelante, inicialmente, sua absolvição, alegando que a materialidade do crime não restou demonstrada, visto que o exame de corpo de delito não foi elaborado por perito oficial, estando eivado de nulidade.

A pretensão não merece prosperar.

Compulsando os autos, verifico que, de fato, não foi elaborado auto de corpo de delito por meio de peritos oficiais da Polícia Civil do Estado, limitando-se a prova da natureza das lesões ao relatório médico produzido no pronto-atendimento municipal.

Assinado por médico clínico, o laudo médico atestou a ofensa à integridade corporal da vítima, produzida por meio de soco no nariz e boca, que gerou edema na região (f. 27).

É certo que vigora, no processo penal, o princípio do livre convencimento motivado ou o da persuasão racional, sendo lícito ao magistrado apreciar livremente a prova produzida, desde que de forma fundamentada. Não vigora, pois, a obrigatoriedade da realização do exame de corpo de delito direto, que pode ser perfeitamente suprido pelo indireto, servindo para comprovar as lesões como qualquer meio idôneo de prova.

No presente caso, embora a vítima não tenha se submetido a exame de corpo de delito direto, as lesões foram comprovadas por outra via, através do relatório de atendimento hospitalar, tratando-se de válido meio de prova nos exatos termos do 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.

Nesse sentido:

Apelação criminal. Preliminar. Cerceamento de defesa. Inocorrência. Mérito. Lesões corporais no âmbito doméstico. Materialidade comprovada. Relatório médico. Corpo de delito indireto. Absolvição. Impossibilidade. - Não há que se falar em nulidade da sentença, por cerceamento de defesa, se foi conferida às partes a oportunidade de apresentar alegações finais. - O laudo de atendimento médico da vítima de agressão física no âmbito doméstico é válido à comprovação das lesões corporais, se alinhado à prova testemunhal, já que é legalmente admitida a comprovação da materialidade através de corpo de delito indireto. Inteligência do art. 12, § 3º, da Lei nº 11.340/06 (Apelação Criminal nº 1.0109.12.000909-6/001 - 2ª Câmara Criminal - Relator: Des. Renato Martins Jacob - j. em 09.04.2015 - p. em 22.04.2015).

Apelação criminal. Lesão corporal no âmbito doméstico. Lei Maria da Penha. Preliminar. Inconstitucionalidade do art. 610 do CPP. Não cabimento. Atuação do Ministério Público como *custos legis*. Obrigatoriedade. Prefacial rejeitada. Mérito. Autoria e materialidade comprovadas. Corpo

de delito elaborado a partir do relatório médico. Legitimidade. Palavra da vítima. Especial relevo. Absolvição. Inviabilidade. Condenação mantida. Redução da pena-base. Possibilidade. Decote da agravante inserta no art. 61, II, f, do CP. Necessidade. *Bis in idem*. Prescrição da pretensão punitiva. Ocorrência. Delito perpetrado antes da entrada em vigor da Lei nº 12.234/10. Inovações legais não aplicáveis à espécie. Transcurso de mais de dois anos entre os marcos interruptivos. Extinção da punibilidade. Isenção das custas processuais. Pedido prejudicado. [...] - O laudo de atendimento médico da vítima de agressão física no âmbito doméstico é válido para a comprovação das lesões corporais, se alinhado à prova testemunhal, já que é legalmente admitida a comprovação da materialidade através do corpo de delito indireto. Inteligência do art. 12, § 3º, da Lei nº 11.340/06. - A palavra da vítima tem especial relevância em crimes cometidos com violência no âmbito doméstico, e, não havendo elementos nos autos que a torne suspeita, não há por que desacreditá-la, sobremaneira quando amparada por outros elementos de convicção como o depoimento de testemunhas. [...] (TJMG - Apelação Criminal nº 1.0629.08.043109-7/001 - Relator: Des. Jaubert Carneiro Jaques - 6ª Câmara Criminal - j. em 02.02.2016 - p. em 17.02.2016).

Além disso, é possível depreender a materialidade do delito a partir do boletim de ocorrência de f. 05/09, bem como pelas declarações colhidas no curso da instrução probatória.

Assim, afasto a pretensão absolutória por ausência de prova material do delito.

Quanto à autoria, verifica-se que o réu, ouvido apenas na fase policial, negou a agressão contra sua irmã, afirmando que apenas discutiu e agrediu seu irmão T., em razão de um churrasco que estava realizando na residência (f. 09). Apesar de intimado, o réu não compareceu em juízo para seu interrogatório (f. 90).

Contudo, os depoimentos da vítima e da testemunha presencial não merecem ser desprezados, visto que narram, com detalhes, a dinâmica dos fatos e da prática delitiva.

É o que se depreende do depoimento da vítima T.F.M.:

[...] que é irmã do réu; que a depoente tem um filho pequeno; que, na época dos fatos, a criança tinha um ano de idade; que, naquele tempo, a depoente e seu filho moravam na companhia dos irmãos e da genitora; que, por conta do uso de entorpecente e da agressividade do réu, a depoente e seu filho se mudaram daquele endereço; [...] que o réu consome álcool e drogas e é agressivo; que, na época dos fatos, o réu chegou em casa por volta das 7h30 da manhã, querendo fazer churrasco e *funk*; que as demais pessoas da casa ainda estavam dormindo; que iniciou uma discussão; que o réu desferiu dois socos contra a face da depoente, sendo que um atingiu a boca e o outro o nariz; que a depoente teve sangramento no nariz, mas nada que a impediu de trabalhar na terça-feira, considerando que o fato se deu domingo de manhã, e a depoente tem folga no trabalho na segunda-feira; que, quando a polícia já estava chegando em casa, o réu tinha lançado mão de uma faca e estava ameaçando os presentes [...]; que a discussão teve início entre o réu e a depoente; que seu irmão T. levantou da cama e foi separar a contenda quando percebeu que o réu estava batendo na

depoente; [...] que F. simplesmente se virou e deu um soco no rosto da depoente (f. 95/96).

No mesmo sentido, as declarações de T.F.M., irmã do réu e da vítima:

que, na data dos fatos, o réu, irmão da depoente, chegou em casa bem cedo, pela manhã, na companhia de dois amigos, portando uísque, energético e carne, dizendo que iria fazer um churrasco; que era um domingo de manhã; que todos dormiam na casa; que o réu usa álcool e entorpecentes; que ele furta as coisas em casa para obter a droga; que a depoente tinha acabado de levantar para ir trabalhar; que conversou com o réu e não permitiu que ele fizesse a festa; que uma discussão começou; que T. levantou e saiu do quarto com a criança nos braços; que o réu, excessivamente agressivo, agrediu T. mesmo com a criança no colo; que seu irmão T. ouviu os gritos da irmã e levantou para acudi-la; que o réu partiu para cima de T., sendo que eles se atracaram na sala; que, em dado momento, o réu pegou uma faca de cozinha e passou a ameaçar os presentes [...]; que o réu e T. se atracaram, que T. desferiu muitos socos no réu; que o réu ficou com raiva e feriu T. na região do tórax com uma mordida que resultou num corte que sangrava bastante (f. 93/94).

O entendimento já sedimentado na jurisprudência dominante é no sentido de que, em crimes de violência doméstica, diante da divergência das versões apresentadas pelo acusado e pela vítima, prepondera a desta, por se tratar de crimes praticados, em geral, sem a presença de testemunhas, no ambiente doméstico.

Nesse sentido:

Agravo regimental no agravo em recurso especial. Violência doméstica e familiar. Palavra da vítima. Assunção de especial importância. Trancamento da ação penal. Inviabilidade, *in casu*. Precedentes do STJ. Incidência do Enunciado nº 83 da Súmula/STJ. Agravo regimental improvido. 1. O recurso encontra-se fundamentado na negativa de vigência dos arts. 41 e 395, inciso III, do CPP, sob o argumento da falta de justa causa para a ação penal que investiga o crime de ameaça ocorrido no âmbito familiar, tendo em vista que a simples palavra da vítima, sem os demais meios probatórios, não configura indício suficiente de autoria e materialidade a autorizar o recebimento da ação penal. 2. No que tange aos crimes de violência doméstica e familiar, entende esta Corte que a palavra da vítima assume especial importância, pois, normalmente, são cometidos sem testemunhas. 3. Diante disso, *in casu*, não há possibilidade de trancamento prematuro da ação penal por falta de justa causa, incidindo, na espécie, o teor do Enunciado nº 83 da Súmula/STJ. 4. Agravo regimental improvido (AgRg no AREsp 213.796/DF - Relator: Ministro Campos Marques - Desembargador convocado do TJPR - Quinta Turma - j. em 19.02.2013 - DJe de 22.02.2013).

A palavra da vítima se revela de especial importância na narrativa da dinâmica dos fatos, sobretudo quando coerente com as demais provas dos autos. Destarte, estando coerente com os outros elementos probatórios presentes, será bastante a palavra da vítima de violência doméstica para, em contradição com a do réu, garantir a condenação deste.

No presente caso, o depoimento de uma testemunha presencial revela-se de especial importância e reforça a veracidade da palavra da ofendida. Assim, ao contrário do que sugere a defesa, a condenação não se lastreou exclusivamente no depoimento da vítima.

Ressalto que o fato de o acusado ter confessado a agressão ao irmão não significa que tenha se isentado da responsabilidade pela agressão à sua irmã, que já figurava como vítima no inquérito, ficando evidente a tentativa de autodefesa ao confessar parcialmente os fatos.

Nota-se, pois, que a autoria dos delitos restou suficientemente comprovada, bem como o elemento subjetivo do fato típico, não havendo que se falar em absolvição.

Desse modo, mantenho a condenação do apelante pela infração narrada na denúncia, bem como a pena fundamentadamente fixada um pouco acima do mínimo legal em razão da culpabilidade do réu e as circunstâncias desfavoráveis do crime.

Ante tais considerações, nego provimento ao recurso, mantendo a sentença condenatória pelos seus próprios fundamentos.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES EDUARDO MACHADO e JÚLIO CÉSAR LORENS.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

**Atentado violento ao pudor -
Estupro - Fatos ocorridos anteriormente à Lei
12.015/09 - Desclassificação - Contravenção
penal de importunação ofensiva
ao pudor - Tentativa**

Ementa: Apelação criminal. Atentado violento ao pudor. Conduta descrita no art. 214 do Código Penal. Absolvição por atipicidade. Impossibilidade. Desclassificação para a conduta descrita no art. 61 da LCP ou tentativa. Impossibilidade. Recurso não provido.

- Apesar de o art. 214 do Código Penal ter sido revogado pela Lei nº 12.015/2009, de 07.08.2009, se a conduta do agente, ato libidinoso diverso da conjunção carnal, foi praticada durante sua vigência, amolda-se ao previsto em tal dispositivo.

- Se o conjunto probatório oferece o necessário respaldo para os fatos trazidos pelo Ministério Público na exordial acusatória, a manutenção da condenação é medida que se impõe, sendo indubitável a prática do delito de atentado violento ao pudor, não havendo que se falar em desclassificação para a contravenção prevista no art. 61 do Decreto-lei 3.688/1941 (LCP), importunação ofensiva ao pudor ou estupro na forma tentada.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0064.07.001094-3/001
- Comarca de Belo Vale - Apelante: M.G.F. - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Vítima: N.P.A.S.D. - Relatora: DES.ª KÁRIN EMMERICH

Acórdão

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

Belo Horizonte, 7 de junho de 2016. - Kárin Emmerich - Relatora.

Notas taquigráficas

DES.ª KÁRIN EMMERICH - Trata-se de recursos de apelação interposto por M.G.F., em face da r. sentença de f. 185/194, por via da qual a MM. Juíza de Direito da Vara Única da Comarca de Belo Vale/MG julgou procedente a denúncia apresentada pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais para condenar o ora apelante como incurso nas sanções do art. 213, *caput*, do Código Penal, à pena de 6 (seis) anos de reclusão em regime fechado.

Inconformado, o réu apelou, e, em suas razões recursais de f. 198/208, a defesa requer a absolvição do apelante, com espeque na ausência de tipicidade da conduta, ao argumento de que tal prática nenhuma gravidade representa e, subsidiariamente, pleiteia seja a conduta desclassificada para a contravenção penal prevista no art. 61 do Decreto-lei 3.688/1941 (LCP), importunação ofensiva ao pudor ou estupro na forma tentada.

Contrarrazões do *Parquet* às f. 218/224, pugnando pelo desprovimento do recurso.

Instada a se manifestar, a Procuradoria-Geral de Justiça, através do parecer de f. 230/233, opinou pelo não provimento do recurso.

É o relatório.

Passo ao voto.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

Narra a denúncia:

Em data de 04.09.2005, por volta de 21h50, na Rua do Cruzeiro/Capela, Bairro Niterói, nesta cidade, o denunciado abordou a vítima N.P.A.S.D., que se achava acompanhada de seu namorado, H.F.M., utilizando-se de uma faca, com a qual rendeu ambos, determinando que saíssem do interior do veículo em que se encontravam.

Ato contínuo, o denunciado segurou a vítima, agindo com violência e ameaçando-a, quando arrancou sua blusa e passou a acariciar seu corpo, beijando-a, enquanto se masturbava.

Nesse momento, o namorado da vítima saiu do local em busca de socorro. Acompanhado de policiais militares, voltou ao local, quando a vítima foi encontrada, parcialmente despida.

Tanto a vítima quanto seu namorado reconheceram o denunciado como o autor dos fatos, tendo o mesmo confessado sua conduta.

A representação de f. 22, bem como o atestado de pobreza de f. 17, legitimam o Ministério Público para propor a ação penal.

Assim, tendo o denunciado incorrido nas sanções do art. 213, *caput*, do Código Penal Brasileiro, requer esta Promotoria de Justiça seja o mesmo denunciado devidamente citado para interrogatório e defesa que tiver, ouvidas as testemunhas abaixo arroladas, cumpridas as demais formalidades da lei e, afinal, condenado nas penas que lhe couberem.

Inicialmente, tenho que os fatos narrados na denúncia exigem capitulação diversa, sem que haja ofensa ao princípio da correlação ou congruência.

Isso porque, em que pese o zelo e a acuidade do ilustre Promotor de Justiça e da douta Sentenciante, tem-se que, pela narrativa dos fatos, ocorridos em 04.09.2005, atos libidinosos diversos da conjunção carnal, tal conduta se amolda ao previsto no art. 214 do Código Penal, vigente à época dos fatos.

É sabido que este Tribunal de há muito sufragou o entendimento no sentido de que, não havendo modificação quanto ao fato descrito na exordial acusatória, como ocorre na hipótese, pode o magistrado dar nova classificação jurídica ao fato narrado, ocorrendo dessa forma, *emendatio libelli*, o que dispensa o aditamento da peça exordial ou mesmo a abertura de prazo para a defesa se manifestar, já que o réu se defende dos fatos narrados pela acusação, e não da tipificação que lhe foi atribuída.

Assim, embora a denúncia tenha capitulado a conduta do apelante no art. 213 do Código Penal, é facultado ao Julgador alterar a definição jurídica dos fatos narrados na denúncia, ainda que isso importe em aplicação de pena mais gravosa.

Assim, importante esclarecer que a Lei 12.015/2009, de 07.08.2009, alterou o título do Código Penal referente aos crimes contra os costumes (agora denominados crimes contra a dignidade sexual), revogando o art. 214, sendo a conduta anteriormente nele prevista, incluída no art. 213, ou seja, após o evento da referida lei, tanto quem pratica os delitos de ato libidinoso diverso da conjunção carnal ou a própria conjunção carnal, responde pelas condutas atualmente descritas no art. 213 do Código Penal, *in verbis*:

Art. 213. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso:

Pena - reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos.

§ 1º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave ou se a vítima é menor de 18 (dezoito) ou maior de 14 (catorze) anos:

Pena - reclusão, de 8 (oito) a 12 (doze) anos.

§ 2º Se da conduta resulta morte:

Pena - reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos.

Todavia, uma vez que os fatos imputados ao apelante se amoldam ao antigo art. 214, tenho que esta deve ser a tipificação correta para os fatos narrados.

Ultrapassada tal questão, passo ao exame do mérito da apelação.

1. Absolvição por atipicidade da conduta.

Pleiteia a defesa do apelante a sua absolvição, ao argumento de que a sua conduta de despir a vítima, apalpar suas partes íntimas e satisfazer a lascívia não violou a dignidade sexual da vítima.

Tenho que tal não merece prosperar.

A materialidade e autoria restaram devidamente comprovadas através da portaria de f. 05; pelo boletim de ocorrência de f. 07/12 e pela prova oral colhida ao longo da instrução criminal, notadamente a confissão do acusado. Senão vejamos:

A vítima, tanto na fase extrajudicial como em juízo, narrou com clareza a dinâmica dos fatos:

[...] que desde o nascimento mora em companhia de sua avó F.A.S.; que atualmente está namorando com H.F.M.; que na data de 04.09.2009 saiu em companhia de seu namorado, indo até um local conhecido por Cruzeiro; que o local é um pouco afastado do centro desta cidade; que saíram por volta das 21:00 horas; que o local não possui iluminação artificial; que estando no local foram abordados por um indivíduo, tendo reconhecido que se tratava de uma pessoa conhecida pelo apelido de 'P.'; que 'P.' determinou que descesse do veículo; que fora do veículo tentaram sair correndo, mas não conseguiram, uma vez que eram perseguidos por 'P.'; que o local consta de uma capela e uma cruz; que H. tentou acionar a Polícia Militar através do aparelho celular; foi quando 'P.' acabou por tomar o aparelho; que pelo que percebeu 'P.' não queria roubar o aparelho celular, e sim impedir que ligasse para a polícia; que 'P.' conseguiu lhe segurar pelos braços passando então a lhe acariciar; que H. aproveitando que 'P.' estava agarrando a informante conseguiu sair com o veículo; que 'P.' continuou a lhe acariciar, ficando beijando seu rosto e pescoço, não sem antes conseguir arrancar sua blusa; que, enquanto 'P.' lhe beijava, ficava masturbando chegando a ejacular; que 'P.' lhe perguntou se o conhecia, e a informante, ao responder afirmativamente, inclusive chamando-o pelo apelido, foi ameaçada, caso fosse denunciado a mataria; que assim que 'P.' ejaculou soltou a informante; que 'P.' lhe entregou o aparelho celular, foi quando ligou para seu celular que ficou dentro do veículo; que H. atendeu a ligação dizendo que estava no quartel da Polícia Militar; que 'P.' chegou a perguntar com quem H. estava e ao tomar conhecimento que estava no quartel, lhe soltou e foi embora; que pode afirmar com certeza que foi 'P.' a pessoa quem lhe atacou, com objetivo de ficar lhe beijando e masturbando; que depois dos fatos não teve mais contato com 'P.'; que H. comentou com a informante que está sendo ameaçado de morte por 'P.' por ter denunciado à Polícia. Que não viu se 'P.' estava portando uma arma tipo faca, mas segundo H. o mesmo estava armado com uma faca (f. 13/14 - fase investigatória).

Em juízo, à f. 166, a vítima confirmou suas declarações:

Que confirma o depoimento de f. 13/14, reconhecendo sua assinatura ali aposta; que reconhece o denunciado presente

como autor do abuso sofrido; que o denunciado estava 'fora de si', embriagado.

Tem-se ainda a confirmação da prática delituosa por meio das declarações da testemunha H.F.M, namorado da vítima. Vejamos:

[...] que na data de 04.09.2009 na condução de seu veículo Chevette foram passear próximo ao local conhecido por Cruzeiro; que eram quase 22:00 horas conforme expressa; que no local tem uma capela e uma cruz; que estacionou o veículo atrás da capela; que o local não possui iluminação artificial; que foram surpreendidos por um indivíduo; que o indivíduo determinou que descesse do veículo; que por medo ficaram circulando ao redor do veículo; que o indivíduo estava com a blusa amarrada na região da cabeça de modo a dificultar a identificação; que da maneira como a blusa estava amarrada dava para ver parte do rosto, foi quando reconheceu a pessoa conhecida pelo apelido de "P."; que conhece muito bem "P.", uma vez que moram no mesmo bairro; que "P." estava portando uma arma tipo uma faca, sendo que tal arma, pelo que viu, a lâmina era acionada por um botão; que "P." conseguiu segurar sua namorada e passou a beijá-la; que antes tentou ligar para a Polícia Militar e "P." o obrigou a entregá-lo, não tendo outra alternativa obedeceu à ordem; que enquanto "P." ficava agarrando N., o depoente aproveitou para sair do local na direção do veículo; que foi até o quartel da Polícia Militar relatando o que estava acontecendo, dizendo que sua namorada estava com "P."; que desde o início apontou a pessoa de "P." como o autor; que, como a Polícia Militar não dispunha de meios de transporte disponibilizou seu próprio veículo; que foram até o local, lá só encontraram N.; que N. estava somente de sutiã e saia, segundo ela, fora "P." quem havia retirado sua blusa; que "P." não mais estava no local; que acompanhou a Polícia Militar até a casa de "P."; que, na casa de "P.", chamaram por alguns instantes e não foram atendidos, deixando entender que ninguém estava em casa; que levou os policiais novamente até o Cruzeiro, e os policiais procederam a uma busca no local e não encontraram; que N. afirmou que foi "P." a pessoa quem lhe atacou; que N. comentou que "P." enquanto a acariciava, ficava se masturbando até ejacular; que "P." apresentava estar bastante embriagado; que não sabe o que "P." estava fazendo em tal local; que "P." estava trajando uma bermuda preta; que "P." estava descalço e sem camisa, sendo que a blusa usou para tentar tampar o rosto; que a blusa era de cor azul escuro, com listra na cor vermelha; que a intenção de "P." foi abusar sexualmente de sua namorada; que, após a denúncia feita junto à Polícia Militar, passou a ser ameaçado de morte; que acionou a Polícia Militar devido as ameaças "P." (f. 16/17 - fase investigatória).

[...] que confirma suas declarações prestadas junto à Polícia; que reconhece o denunciado presente como autor dos fatos narrados na denúncia; que o denunciado, apesar de embriagado, encontrava-se lúcido, disposto a fazer qualquer coisa; que teve bastante medo do denunciado; que a vítima ficou tranquila e explicou os fatos ocorridos com consciência e também reconheceu o denunciado como seu agressor. Dada a palavra ao Ministério Público, às suas perguntas respondeu: que o denunciado somente fugiu do local porque o depoente conseguiu ir chamar a Polícia (f. 158 - em juízo).

No mesmo sentido, os depoimentos da policial militar A.R.S., responsável pela confecção do boletim

de ocorrência de f. 37/39 e que atendeu ao chamado efetuado pelo namorado da vítima:

[...] que confirma o BO de f. 07/08 e 11/12, conforme a versão das vítimas que lhe foram apresentadas. Dada a palavra ao Ministério Público, às suas perguntas respondeu: que a vítima reconheceu o denunciado perante o depoente (f. 159 - em juízo).

Por fim, tem-se a confissão, tanto na fase investigatória como em juízo, do ora apelante:

[...] que comparece a esta Unidade Policial, devidamente intimado, a fim de prestar declarações sobre os fatos mencionados no IP 033/2005, em que figura como vítima N.P.A.S.D., tendo a informar: que já fez uso de drogas, como maconha e bebidas alcoólicas; que, atualmente, continua a fazer uso das referidas drogas; que jogou futebol no dia antes dos fatos, sendo que seu time havia ganhado a partida, e, no intuito de comemorar, ingeriu bebidas alcólicas imoderadamente; que estava muito alcoolizado no dia dos fatos; que se dirigiu ao Bairro Cruzeiro, local que sabe que as pessoas vão para namorar e manter relações sexuais, e viu os namorados, H. e N., dentro do carro, um Chevette marrom, mantendo relações sexuais; que conhecia a pessoa de H. e sabia se tratar de um 'bundão'; que, tendo conhecimento deste fato, se dirigiu ao veículo Chevette marrom, com intuito de abordar a vítima denominada N.; que, ao abordá-los, os namorados desceram do carro e ficaram correndo ao redor do veículo, tentando fugir do autor; que, quando abordou os namorados, mandou o H. 'sair fora'; que, nesse momento, H. entrou dentro do seu veículo e saiu em busca da Polícia; que, antes disso, tomou o telefone da mão de H., não com intuito de roubá-lo, mas para que o mesmo não ligasse para a Polícia; que, durante o fato, ameaçou agredir a vítima, não se lembrando exatamente das palavras que usou; que, enquanto H. saía em busca da ajuda policial, o declarante ficou agarrando a vítima N. pelos ombros, cintura, forçando a ficar parada para que praticasse atos libidinosos, ou seja, acariciar seu corpo; que confirma ter passado as mãos pelo corpo da vítima, apalpando seus seios; que, durante o assédio, não se lembra de ter se masturbado para a vítima; que, depois que passou as mãos no corpo da vítima, foi até o mato e se masturbou; que realmente estava vestindo uma blusa em sua cabeça, mas seu rosto, em certos momentos acabou ficando visível; que a blusa era de cor preto e branco, com logotipo da Nike, e não a blusa listrada branca e vermelha, como as vítimas alegaram; que não portava a faca ou qualquer outra arma com a qual pudesse ameaçar as vítimas; que, se soubesse se tratar de outra pessoa, diversa de H., talvez não tivesse procedido de tal maneira; que, em verdade, vem a esclarecer que, no dia que os fatos ocorreram, não encontrava-se com seu sogro, o Sr. L.C.B., residente na localidade de Boa Morte, em Belo Vale; que seu sogro não tem nada a ver com este fato; que, após os fatos, não ameaçou o H. nem a vítima de morte; que, em relação ao celular, antes de sair do local, entregou o mesmo a N.; que estava com intenção inicial de dar um susto, mas, com o desenrolar dos fatos, se empolgou e teve desejos pelo corpo da N., motivo pelo qual apalpou o mesmo (f. 82/83 - fase investigatória).

[...] que são verdadeiros os fatos narrados na denúncia; que estudou até a terceira série do primário; que sabe ler e escrever "mais ou menos"; que trabalha de ajudante de pedreiro, tendo renda mensal de um salário mínimo; que é amasiado há dez anos; que possui um filho de dez anos e

que sua companheira está grávida de cinco meses; que é um bom pai e um bom marido; que confirma as declarações de f. 82/83; que no dia dos fatos havia ingerido bastante bebida (f. 164/165 - em juízo).

Dessa forma, tem-se que a autoria restou devidamente comprovada e, ao contrário do alegado pela defesa, a conduta perpetrada pelo apelante é dotada de gravidade intensa.

O professor Damásio Evangelista de Jesus conceitua ato libidinoso como

[...] o que visa ao prazer sexual. É todo aquele que serve de desafio à concupiscência. É ato lascivo, voluptuoso, dirigido para a satisfação do instinto sexual. [...] Objetivamente considerado, o ato libidinoso deve ser ofensivo ao pudor coletivo, contrastando como o sentimento de moral médio, sob o ponto de vista sexual (*Direito penal*. São Paulo: Editora Saraiva, v. 3, p. 102).

No mesmo sentido:

Apelação criminal. Estupro de vulnerável. Absolvição. Impossibilidade. Autoria e materialidade incontroversas e demonstradas por farta prova oral coligida. Validade e credibilidade dos depoimentos das vítimas, máxime por terem sido corroborados pelo conjunto probatório. Atipicidade dos atos libidinosos. Inocorrência. Dignidade sexual das vítimas patentemente ofendida. Desobediência de decisão judicial. Absolvição. Inviabilidade. Apelante exerceu direito do qual estava suspenso. Redução da pena *ex officio*. Circunstâncias judiciais favoráveis em sua totalidade. Ocorrência de *bis in idem* pela aplicação simultânea da agravante prevista no art. 61, II, f, do Código Penal, bem como da causa de aumento inserta no art. 226, II, deste mesmo diploma repressivo. Recurso conhecido e parcialmente provido (TJMG. Apelação Criminal nº 1.0056.12.007131-3/001, Rel.ª Des.ª Márcia Milanez, 6ª Câmara Criminal, j. em 07.01.2014, publicação da súmula em 10.01.2014.)

Ora, ao tocar lascivamente o corpo da vítima dando vazão aos desejos deturpados, já se consumou o delito em tela, não havendo necessidade de conjunção carnal para ofender a dignidade sexual da vítima, sendo certo que sujeitar a vítima a ser apalpada em suas partes pudicas se reveste de gravidade, dada a intensa ofensa, não havendo que se falar em atipicidade da conduta.

1.2 - Desclassificação para a contravenção de importunação ofensiva ao pudor.

Pretende a defesa a desclassificação da conduta do apelante para a contravenção de importunação ofensiva ao pudor, tipificado no art. 61 da LCP. Verifico que o pedido não procede.

Isso porque não se pode afirmar que a conduta do apelante consistiu em um mero incômodo à vítima.

Oportuna ao caso a lição do Damásio Evangelista de Jesus na sua obra *Lei das Contravenções Penais anotada*, São Paulo: Saraiva, 1997, p. 218, que, sobre a contravenção de importunação ofensiva ao pudor, tipificada no art. 61 da LCP, assim preleciona:

Conduta típica. Consiste em importunar alguém, em local público ou de acesso ao público, de modo ofensivo ao pudor. Importunar quer dizer perturbar, incomodar etc.

Ora, *in casu*, a vítima afirma que o apelante

conseguiu lhe segurar pelos braços passando então a lhe acariciar; [...] ficando beijando seu rosto e pescoço, não sem antes conseguir arrancar sua blusa; que, enquanto lhe beijava, ficava masturbando, chegando a ejacular [...].

Dessarte, a conduta descrita na inicial acusatória e confessada pelo apelante, repita-se, além de moralmente condenável, restou imbuída de grave ameaça na prática delitiva, fato suficiente para tipificar a conduta como sendo a descrita no art. 214 do Código Penal, com redação vigente à época do fato.

Assim, tenho que a conduta do apelante foi relevante, ao molestar a vítima com o fim degradante de satisfazer a própria lascívia, de forma que não procede a desclassificação pretendida pelo apelante para a contravenção penal do art. 61 do Decreto-lei 3.688/41, pois a conduta não se limitou apenas em importunar ou constranger a vítima, mas foi ofensiva ao pudor, com a finalidade de satisfação da lascívia do apelante.

Nesse sentido:

[...] É pacífico o entendimento do Superior Tribunal de Justiça de que ato libidinoso não é só o coito anal ou sexo oral; os toques, o beijo lascivo e os contatos voluptuosos também o são. 2. O Tribunal *a quo* deixou de aplicar a lei relativa ao crime do art. 214 c/c 224 do Código Penal para concluir pela desclassificação do delito com fundamento no princípio da proporcionalidade penal. 4. Recurso especial provido para afastar a aplicação do princípio da proporcionalidade e determinar o retorno dos autos ao Tribunal de origem, para fixação da pena de acordo com a nova tipificação legal. (STJ, REsp nº 1.053.083/SP, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJe de 06.04.2009).

Diante de tal contexto, não é possível a desclassificação para a contravenção de importunação ofensiva ao pudor.

1.3 - Desclassificação para a forma tentada.

No que refere ao pleito de desclassificação para a modalidade tentada, também não merece provimento.

É que o delito de atentado violento ao pudor se consuma com a efetiva prática de ato libidinoso diverso da conjunção carnal. Na hipótese dos autos, os fatos descritos na denúncia, inquestionavelmente, caracterizam o delito em sua forma consumada.

Ora, pelos fatos narrados e conforme alhures já se esposou, é inquestionável o abuso, o constrangimento e o possível trauma causado à vítima, diante do ato lascivo praticado pelo apelante.

Assim, realizado tal ato, consumado o crime de atentado violento ao pudor, não havendo, pois, que se falar em delito tentado.

Nesse sentido:

Agravo regimental. Recurso especial. Direito penal. Atentado violento ao pudor. Materialidade e autoria confirmadas. Presunção de violência. Perfeita configuração do crime. Conduta de introduzir a mão e tocar partes íntimas da vítima. 1. A violência presumida afigura-se como instrumento legal de proteção à liberdade sexual do menor, em face de sua incapacidade volitiva (art. 224, *a*, do CP). 2. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça entende que, para a consumação do delito de atentado violento ao pudor, mediante violência presumida, basta o mero contato físico. Logo, inadmissível a configuração da tentativa no caso em análise, no qual ocorreu efetivamente a execução do delito em tela (art. 214 do CP), pois ocorrida a violência, pelo que se infere dos autos. [...]. (AgRg no REsp 842.431/RS, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 22.11.2011, DJe de 14.12.2011).

[...] A prática dolosa de indiscutível ato libidinoso diverso da conjunção carnal, evidenciada a existência de contato físico entre a vítima e seu agressor, configura a consumação de atentado violento ao pudor. Não é exigível a efetiva satisfação da lascívia. Basta, portanto, que a ação seja perpetrada com este propósito (Apelação Criminal nº 1.0518.12.015108-0/001, Rel. Des. Flávio Leite, 1ª Câmara Criminal, j. em 11.03.2014, publicação da súmula em 21.03.2014).

Assim, restando devidamente comprovado que a prática perpetrada pelo acusado se amolda ao tipo descrito no art. 214 do Código Penal, na sua forma consumada, não há lugar para a desclassificação pretendida.

1.4 - Da pena.

Por fim, tem-se que não há que falar em nova dosimetria penal, uma vez que atenta ao disposto no art. 214, verifica-se que a pena cominada para o tipo penal é idêntica à cominada para o delito previsto no art. 213 e, tendo sido aplicada a pena no mínimo legal, não há que se falar em readequação de penas.

Fiel a essas considerações e a tudo mais que dos autos consta, nego provimento ao recurso para manter a condenação do acusado, todavia pela prática do delito previsto no art. 214 do Código Penal, mantendo quanto ao mais a sentença recorrida.

Prevalecendo esse voto, e, tendo em vista a decisão do STF, no dia 17.02.2016, no HC 126.292-TJ/SP, expeça-se mandado de prisão em desfavor do apelante, o que deverá ser feito após o decurso dos prazos previstos nos arts. 609 e 619 do CPP.

Custas, na forma do art. 804 do Código de Processo Penal.

Votaram de acordo com a Relatora os DESEMBARGADORES EDISON FEITAL LEITE e ALBERTO DEODATO NETO.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Estelionato - Emissão de cheque pós-datado - Dívida de valor - Fraude - Não ocorrência - Elemento constitutivo do tipo penal - Ausência - Atipicidade - Absolvição

Ementa: Apelação criminal. Estelionato. Emissão de cheque pós-datado. Dívida de valor. Fraude. Inocorrência. Ausência de um dos elementos constitutivos do tipo penal. Conduta atípica. Absolvição que se impõe.

- O cheque constitui ordem de pagamento à vista. Porém, emitido para desconto futuro, torna-se mera garantia de dívida, circunstância que afasta a existência do delito de estelionato, visto que ausente um dos elementos constitutivos desse tipo penal, ou seja, a fraude.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0343.11.001493-7/001 - Comarca de Itumirim - Apelante: M.A.A. - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Vítima: G.P.S. - Relator: DES. FORTUNA GRION

Acórdão

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

Belo Horizonte, 31 de maio de 2016. - *Fortuna Grion* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. FORTUNA GRION - O Ministério Público denunciou M.A.A., já qualificado nos autos, como incurso nas iras do art. 171, § 2º, VI, do Código Penal, isso porque teria ele, no dia 23 de fevereiro de 2011, [...] no Município de Itumirim/MG, emitido cheque sem provisão de fundos, obtendo assim vantagem ilícita em prejuízo de G.P.S.

Narra a inicial acusatória que, na data dos fatos, o denunciado adquiriu da vítima 15 cabeças de gado pela quantia de R\$15.600,00, sendo este valor pago pelo denunciado com cheque [...] do Banco Bradesco, preenchido no referido valor e pós-datado para o dia 4 de abril de 2011.

Esclarece a denúncia que a vítima, na data acordada, tentou descontar o cheque, sendo este devolvido por insuficiência de fundos, conforme cópia de f. 10. No dia 11 de abril de 2011, G. novamente tentou descontar o título de crédito, não logrando êxito devido à inexistência de fundos na conta do denunciado no banco sacado.

Após a instrução probatória, foi o réu condenado como incurso nas iras do art. 171, § 2º, VI, do CP, tendo sido submetido às penas: privativa de liberdade de 01 ano e 09 meses de reclusão, a ser cumprida no regime inicial aberto, substituída por uma restritiva de direitos

na modalidade de prestação pecuniária, e multa de 120 dias-multa no valor unitário mínimo legal.

Inconformada, recorreu a defesa, buscando, em razões de f. 128/135, a absolvição do acusado por atipicidade da conduta, alegando não constituir crime a emissão de cheque pós-datado.

Em contrarrazões de f. 137/138v., o Ministério Público manifestou-se pelo desprovemento do apelo.

Nesta instância, a douta Procuradoria-Geral de Justiça, no parecer de f. 143/146, opinou pelo provimento do recurso.

É, no essencial, o relatório.

Presentes os pressupostos extrínsecos e intrínsecos de admissibilidade, conheço do recurso.

Ausentes preliminares, passo à análise do mérito.

Busca a defesa a absolvição do acusado por atipicidade da conduta, alegando não constituir crime a emissão de cheque pós-datado.

Compulsando os autos, penso que razão assistir à defesa.

É verdade que o increpado admitiu ter emitido uma cártula a fim de pagar a dívida contraída com a vítima G.P.S. Entretanto, também revelou haver pós-datado a folha de cheque:

que, em meados do mês de fevereiro, o declarante comprou quinze vacas de G.P.S. no valor de R\$15.600,00, pagando com um cheque do Banco Bradesco esse mesmo valor; que o Sr. G. deu trinta dias de prazo para o declarante; que, findo o prazo, o Sr. G. tentou descontar o cheque, mas estava sem fundos; que não havia saldo em sua conta bancária, porque o declarante não havia conseguido receber uma dívida de uma nota promissória, com a qual estava contando para quitar a dívida do cheque; que duas semanas depois o Sr. G. procurou o declarante, tendo o declarante pedido a ele para esperar mais um pouco, para ver se conseguia receber a promissória, então quitaria a dívida; que não conseguiu o dinheiro para pagar o Sr. G., então, como forma de pagamento, deu a ele 14 bezerros no valor de R\$350,00 cada um e 02 vacas no valor de R\$1.800,00 cada uma, quitando R\$8.500,00 da dívida; que o restante da dívida mais os juros que o declarante havia combinado pagar daria aproximadamente R\$8.809,00, tendo o declarante combinado que pagaria ao Sr. G. assim que conseguisse o dinheiro; que, passados uns vinte dias, o declarante ainda não havia conseguido o dinheiro, então sua caminhonete Fiat/Strada 2005 foi penhorada pela justiça, em razão desta dívida com o Sr. G.; [...] (M.A.A. - acusado - f. 11/12).

Com efeito, verifica-se que o cheque - cuja cópia se encontra acostada às f. 13/14 - foi emitido em 23.02.2011 para ser compensado em data futura, levando-se em consideração a expressão "bom para 04.04.2011" inserida na cártula.

Também é certo que, ao tentar compensar o cheque, dias após sua emissão, G.P.S. constatou que não havia provisão de fundos na conta do acusado. É o que se depreende das declarações da vítima (f. 14 e 70).

Todavia, aludida conduta não se afigura como típica, tampouco se aperfeiçoa ao injusto descrito no

art. 171, § 2º, VI, do Código Penal, haja vista a ausência da elementar caracterizadora do tipo, isto é, a fraude.

Ora, o cheque pós-datado perde a natureza de ordem de pagamento à vista, uma vez que seu emitente, ao determinar o seu depósito em data futura, está admitindo, implicitamente, não ter suficiência de fundos no momento de sua emissão. Assim, o cheque pós-datado está fazendo, em verdade, o papel da nota promissória, ou seja, está assegurando uma dívida de valor.

Logo, não há falar em ocorrência de fraude na conduta daquele que emite cheque pós-datado, circunstância esta que afasta a existência do delito de estelionato.

Não obstante tenha o réu auferido vantagem econômica, consistente na aquisição de bens sem a devida contraprestação pecuniária, certo é que não induziu a vítima a erro, mediante ardil ou qualquer outro meio fraudulento, razão pela qual sua conduta não se afigura típica.

Na esteira desse entendimento, trago à baila lapidar lição do professor Rogério Greco:

O cheque pós-datado perde a natureza de ordem de pagamento à vista, pois que o seu emitente, ao determinar o seu depósito em data futura, implicitamente, afirma não ter suficiência de fundos no momento de sua emissão. Assim, desnatura-se essa modalidade de estelionato em virtude da ausência da fraude, pois que, na verdade, a emissão do cheque pós-datado somente fez o papel da nota promissória, com a característica da possibilidade de ser depositado ou sacado diretamente na instituição financeira (GRECO, Rogério. *Curso de direito penal*. v. 3, p. 256).

No mesmo sentido a jurisprudência do STJ:

Habeas corpus. Estelionato. Art. 171, *caput*, do Código Penal. Frustração no pagamento de cheque pré-datado. Pedido de trancamento. Atipicidade. Procedência. 1. Esta Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça tem proclamado que a frustração no pagamento de cheque pré-datado não caracteriza o crime de estelionato, seja na forma do *caput* do art. 171 do Código Penal, ou na do seu § 2º, inciso VI. 2. Isso porque o cheque pós-datado, popularmente conhecido como pré-datado, não se cuida de ordem de pagamento à vista, mas, sim, de garantia de dívida [...] (*Habeas Corpus* 121628/SC - Relator: Ministro Og Fernandes - DJ de 29.03.10).

Habeas corpus. Art. 171, *caput*, do CP. Estelionato. Alegação de falta de justa causa. Emissão de cheques pré-datados como forma de garantia de dívida. Exclusão da tipicidade da conduta. Denúncia inepta. Ausência de demonstração de um dos elementos constitutivos do tipo penal, qual seja a fraude empregada para ludibriar a vítima. Réu que se defende dos fatos e não da capitulação apresentada pelo Ministério Público. Incidência da Súmula 554 do STF. Constrangimento ilegal evidenciado. Trancamento da ação penal que se impõe. Precedentes do STJ. 1. É firme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que não há crime de estelionato, previsto no art. 171, *caput*, do Código Penal, em razão da atipicidade da conduta, quando o cheque é emitido como forma de garantia de dívida, e não como ordem de pagamento à vista. 2. De qualquer forma, a denúncia também se afigura inepta, pois não demonstrou a forma como o ora paciente induziu ou manteve em erro a vítima, através de artifício, ardil

ou qualquer outro meio fraudulento. 3. Ademais, o Ministério Público narrou na denúncia que o paciente teria se valido de cheques para a obtenção de vantagem ilícita em prejuízo alheio. Não poderia, dessa forma, a suposta conduta delitosa do paciente ter sido capitulada no *caput* do art. 171 do Código Penal, diante da existência do tipo previsto no inciso VI do mesmo artigo, que trata da 'fraude no pagamento por meio do cheque'. Nesse contexto, como o réu se defende dos fatos narrados, e não da capitulação ofertada pela acusação, o paciente seria, ainda, alcançado, diante da cobertura dos valores antes do oferecimento da denúncia, pelo teor da Súmula 554 do STF. 4. Ordem concedida para determinar o trancamento da ação penal movida em desfavor do ora paciente (200.301.774.743) (*Habeas Corpus* nº 130500 - Relatora: Ministra Laurita Vaz - j. em 13.06.2009).

Criminal. Emissão de cheque pré-datado. Débito não pago. Estelionato. Descabimento. Cártula que configura garantia de dívida, e não ordem de pagamento à vista. Fato atípico. Repercussão apenas na esfera cível. Agravo a que se nega provimento. 1. A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça sufragou o entendimento de ser atípica a conduta de emitir cheque pré-datado cujo pagamento restou frustrado, porquanto, nesta hipótese, a cártula deixa de ser uma ordem de pagamento à vista, transformando-se em uma espécie de garantia da dívida. Assim, não há que se falar em prática de estelionato, seja na modalidade prevista no *caput* do art. 171 do CP, seja na modalidade inscrita no § 2º do aludida regra. 2. Desse modo, revela-se patente a atipicidade penal dos fatos imputados ao recorrido, encontrando os mesmos apenas ressonância na esfera cível, pelo que não merece prosperar a pretensão recursal. 3. Agravo a que se nega provimento (Agr. no REsp. 953222/RS - Relatora: Ministra Jane Silva - j. em 21.08.2008).

Não bastasse isso, há, ainda, a Súmula 246 editada pelo STF, disciplinando a matéria, *in verbis*: "Comprovado não ter havido fraude, não se configura o crime de emissão de cheque sem fundos".

Por todo o exposto, vê-se que a conduta descrita na denúncia e imputada ao apelante caracterizaria, em tese, ilícito civil, não se subsumindo, contudo, ao tipo penal do estelionato.

Logo, absolvo o apelante da condenação que lhe foi imposta em primeiro grau de jurisdição por atipicidade da conduta, com fundamento no disposto no art. 386, III, do CPP.

Mercê de tais considerações, dou provimento ao recurso para absolver M.A.A., com fundamento no art. 386, III, do CPP.

Custas, pelo Estado.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES MARIA LUÍZA DE MARILAC e OCTAVIO AUGUSTO DE NIGRIS BOCCALINI.

Súmula - DERAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Corrupção ativa - Prova - Art. 333 do Código Penal - Configuração do delito - Condenação - Pena - Fixação no mínimo legal - Observância do critério trifásico - Manutenção - Custas processuais - Isenção - Impossibilidade

Ementa: Apelação criminal. Crime contra a Administração Pública. Corrupção ativa. Absolvção. Impossibilidade. Contexto probatório farto e robusto quanto à ocorrência do delito contra a Administração Pública. Condenação mantida. Dosimetria. Pena já fixada no mínimo legal. Patamar adequado e suficiente, estando em consonância com os dispositivos legais previstos nos arts. 59 e 68 do CP. Isenção das custas processuais. Impossibilidade. Recurso não provido.

- Para a configuração do crime de corrupção ativa, tem-se a exigência de oferta a funcionário público, com a finalidade de ele praticar, omitir ou retardar "ato de ofício".

- Estando a pena fixada já no mínimo legal, em patamar adequado e suficiente à reprovação do ilícito, com observância do critério trifásico determinado pelo art. 68 e da regra do art. 59 do CP, a mesma deve ser mantida.

- Indefere-se o pedido de isenção das custas processuais se o réu tem profissão definida, não comprova hipossuficiência de recursos e tem advogado constituído nos autos.

Recurso não provido.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0429.10.001514-9/001 - Comarca de Monte Azul - Apelante: P.P.R.C. - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Relator: DES. DOORGAL ANDRADA

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 4ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 27 de abril de 2016. - Doorgal Andrada - Relator.

Notas taquigráficas

DES. DOORGAL ANDRADA - Trata-se de apelação criminal interposta por P.P.R.C. em face da r. sentença de f. 125/131, que julgou procedente a denúncia para condená-lo nas iras do art. 333 do CP, à pena de 2 (dois) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa, em regime aberto, sendo a pena privativa de liberdade substituída por duas restritivas de direitos.

Nas razões recursais (f. 134/140), pretende o recorrente a sua absolvição, sob o argumento da insuficiência probatória. Alternativamente, pugna pela diminuição da

pena fixada, bem como pela isenção das custas processuais, por ser pobre no sentido legal (f. 134/140).

Contrarrazões ministeriais, às f. 165/171, no sentido da manutenção do *decisum*.

A seu turno, a d. Procuradoria de Justiça, instada a se manifestar, pronunciou-se no sentido do conhecimento e não provimento do apelo (f. 178/180-v.).

Conheço do recurso, presentes os pressupostos de admissibilidade.

Narra a denúncia que, no dia 1º de julho de 2010, por volta da 9h, na comunidade de Bicas, zona rural de Monte Azul/MG, o denunciado, agindo de forma livre e consciente, ofereceu vantagem indevida a funcionário público, para determiná-lo a omitir ato de ofício.

Segundo consta, o acusado estava conduzindo a motocicleta Honda NX-4 Falcon e, ao ser abordado pela polícia civil, apresentou a documentação de outro veículo, tendo sido permitido, no entanto, que o acusado buscasse os documentos em sua residência. Ao retornar, o acusado apresentou apenas o CRLV da motocicleta, relativo ao ano de 2008, juntamente com a importância de R\$30,00 para que o policial D.S.C. não apreendesse a motocicleta.

Para a configuração do crime de corrupção ativa, tem-se a exigência de oferta a funcionário público, com a finalidade de ele praticar, omitir ou retardar “ato de ofício”.

Verificado nos autos que o veículo do acusado estava com documentação/situação irregular, é dever de ofício lavrar a autuação e tomar as providências cabíveis. Qualquer tentativa do acusado de obstar essa obrigação mediante pagamento de dinheiro configura o delito do art. 333 do CP.

Ao contrário do alegado pela defesa, vejo que as provas colhidas na instrução são suficientes para autorizar o decreto condenatório.

Ouvido na esfera policial, o acusado confessou a prática delitiva, embora em juízo tenha se retratado e negado a versão apresentada anteriormente. Vejamos:

[...] que não sabia que o documento da moto estava atrasado, mas sabe que dar dinheiro a funcionário público com intuito de inibir sua ação em cumprimento do trabalho é crime; [...] que o policial civil D. permitiu que o declarante fosse até sua residência buscar a documentação, contudo o veículo não estava com os impostos dos dois últimos anos em dia, foi então que o declarante perguntou ao policial civil se não tinha uma forma de negociar, para que o veículo não fosse apreendido; que o policial civil D. perguntou ao declarante o que ele tinha, foi então que o declarante disse que estava com o valor de R\$30,00 e entregou ao policial civil; que, após receber o dinheiro, o policial civil D. deu ordem para que o declarante entrasse no carro, chamou o Sr. J.M. e narrou o ocorrido, dando em seguida voz de prisão ao declarante; [...] perguntado sobre o que quis dizer com a palavra negociar, respondeu que: “Sei lá, queria que liberasse a moto”; perguntado se essa foi a primeira vez em que ofereceu dinheiro a um policial, respondeu que: “Sim”; [...]” (P.P.R.C., f. 06/07).

Em juízo, o réu assim se pronunciou:

[...] que não ofereceu dinheiro a D. para que liberasse a motocicleta; que os trinta reais estavam dentro da carteira com os documentos do veículo e que não foi sua intenção tentar “comprar” o policial; [...] (P.P.R.C., f. 84/85).

Por outro lado, cumpre também destacar as declarações prestadas pela testemunha J.M.S.C. à f. 03:

[...] que, ao retornar, P. apresentou o documento CRLV ano 2008, nº 7639674574, a CNH Categoria AB nº 03955673401 e junto com a documentação entregou ao policial civil D. o valor de R\$30,00, com intuito de que a motocicleta fosse liberada; que o policial civil deu voz de prisão a P.P. e o levou conduzido para a Delegacia de Polícia; [...]

Embora, em juízo (f. 80), a referida testemunha tenha se retratado e negado a versão relatada na fase inquisitorial, alegando que não presenciou os fatos, entendo que a mera retratação judicial desacompanhada de outros elementos que a corroborem não se presta para desacreditar as provas colhidas na fase administrativa.

Certamente assim o fez pelo fato de já conhecer o réu desde pequeno, querendo, dessa forma, poupá-lo de eventual condenação pelo crime.

Por outro lado, o policial D.S.C. (f. 79) também confirmou judicialmente a conduta praticada pelo recorrente:

[...] que se recorda de que havia uma terceira pessoa presente no momento em que o réu ofereceu trinta reais ao depoente para que liberasse o veículo, não se recordando quem é essa pessoa; que o réu pediu ao depoente para que liberasse o veículo e ofereceu a quantia de trinta reais, momento em que foi dada voz de prisão; [...] que o réu confirmou na presença dos vizinhos ter oferecido dinheiro para que o depoente liberasse o veículo. [...]

Assim, diante de todo o contexto probatório, restou demonstrado que a conduta do acusado foi típica, contrária à norma jurídica e culpável, com a sua imputabilidade caracterizada diante da capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento, de modo que tinha potencial consciência da ilicitude, sendo-lhe exigível conduta diversa.

Destarte, não militando a favor do réu nenhuma justificação ou dirimente que exclua o crime ou a culpabilidade, com acerto decidiu a lide o Magistrado singular ao impor-lhe a sanção correta.

A prova testemunhal dos autos deixou clara a conduta praticada pelo apelante, de modo que a condenação deve ser mantida em desfavor do acusado.

No que tange à dosimetria, entendo que não há qualquer reparo a ser feito. Na primeira fase, a pena-base foi fixada no mínimo legal (2 anos de reclusão e 10 dias-multa), por serem todas as circunstâncias judiciais favoráveis ao réu. Na segunda e terceira fases, não houve alteração do *quantum* da pena, uma vez que inexistentes

atenuantes ou agravantes, bem como causas de diminuição ou aumento de pena.

Portanto, a meu ver, a pena fixada pelo d. Juízo *a quo* se mostrou adequada e suficiente à reprovação do delito, sendo estritamente observadas as disposições legais dos arts. 59 e 68 do CP.

Em face do exposto, nego provimento ao recurso, nos termos do presente voto.

Por fim, indefiro o pedido de isenção das custas processuais, uma vez que o réu exerce a profissão de metalúrgico e não comprovou a hipossuficiência de recursos, além de ter advogado constituído nos autos.

Custas, *ex lege*.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES HERBERT JOSÉ ALMEIDA CARNEIRO e CORRÊA CAMARGO.

Súmula - NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Furto - Forma qualificada - Majorante do repouso noturno - Compatibilidade - Crime praticado em estabelecimento comercial - Incidência da causa de aumento de prevista no § 1º do art. 155 do Código Penal - Possibilidade

Ementa: Apelação criminal. Furtos em continuidade delitiva. Majorante do repouso noturno. Compatibilidade com as formas qualificadas do crime. Incidência aos fatos praticados em estabelecimentos comerciais. Recurso não provido.

- A causa de aumento prevista no § 1º do art. 155 do Código Penal, que se refere à prática do crime durante o repouso noturno, em que há maior possibilidade de êxito na empreitada criminoso em razão da menor vigilância do bem, mais vulnerável à subtração -, é aplicável tanto na forma simples como na qualificada do delito de furto. Precedentes do STJ.

- Incide a majorante prevista no § 1º do art. 155 do Código Penal, quando o crime é cometido durante a madrugada, horário no qual a vigilância da vítima é menos eficiente e seu patrimônio mais vulnerável, o que ocorre inclusive para estabelecimentos comerciais. Precedentes do STJ.

Recurso não provido.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0188.15.001572-8/001 - Comarca de Nova Lima - Apelante: I.G.F. - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Vítimas: M.G.O. e outro - Relator: DES. EDUARDO BRUM

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 4ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em **NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO**.

Belo Horizonte, 22 de junho de 2016. - **Eduardo Brum** - Relator.

Notas taquigráficas

DES. EDUARDO BRUM - I.G.F. foi denunciado como incurso nas disposições do art. 155, § 4º, I e II, do CP (por duas vezes), sob a acusação de que:

[...] no dia 06.02.15, durante repouso noturno, por volta das 02:00 horas, na Rua [...] Bairro Centro, Município de Nova Lima/MG, [...] subtraiu, mediante escalada, com rompimento de obstáculo, para si, do estabelecimento comercial [...], 01 (um) par de tênis.

Consta, outrossim, que, na mesma data, nas mesmas condições de execução, por volta das 04:44 horas, no mesmo estabelecimento comercial, o denunciado, não satisfeito, subtraiu, para si, mais 11 (onze) pares de tênis.

Finda a instrução, a acusação foi julgada procedente, sendo o réu condenado às penas de 3 (três) anos, 1 (um) mês e 10 (dez) dias de reclusão, em regime aberto, substituídos por prestação pecuniária e prestação de serviços à comunidade, e 15 (quinze) dias-multa, arbitrada a unidade em 1/30 do salário mínimo vigente ao tempo dos fatos (r. sentença de f. 117/127).

Intimações às f. 127-v., 131v. e 132-v.

Inconformada, recorreu a defesa técnica (f. 133), apresentando razões de recurso, em que pede o decote da majorante insculpida no §1º do art. 155 do CP (furto noturno) (f. 139/141-v.).

Contrarrazões às f. 145/149.

O parecer é pelo desprovimento do recurso (f. 159/166).

Conheço do inconformismo, presentes os pressupostos de admissibilidade.

A materialidade e a autoria do crime restaram devidamente comprovadas, notadamente pela confissão do réu (f. 6/7 e 63), corroborada pelo laudo pericial de f. 90/100 e pelo arquivo de vídeo constante da mídia analisada às f. 102/111.

Não há sequer irrisignação contra tais aspectos, limitando-se o apelo a postular o decote da majorante alusiva ao repouso noturno, seja pela sua incompatibilidade com as qualificadoras, seja pelo fato de se tratar de estabelecimento comercial, onde, por óbvio, não havia ninguém repousando.

Apesar das judiciosas razões recursais, porém, não há como dar provimento ao recurso.

O STJ há muito afastou a tese da incompatibilidade da majorante, seja com as qualificadoras seja com o privilégio insculpido no § 2º do art. 155 do CP.

Nesse sentido:

A causa de aumento prevista no § 1º do art. 155 do Código Penal, que se refere à prática do crime durante o repouso noturno - em que há maior possibilidade de êxito na empreitada criminosa em razão da menor vigilância do bem, mais vulnerável à subtração -, é aplicável tanto na forma simples como na qualificada do delito de furto. Tal entendimento revela, *mutatis mutandis*, a posição firmada por este Sodalício no julgamento do Recurso Especial Representativo de Controvérsia nº 1.193.194/MG, de minha relatoria, no qual se afigura possível o reconhecimento do privilégio previsto no § 2º do art. 155 do Código Penal nos casos de furto qualificado (CP, art. 155, § 4º), máxime se presentes os requisitos (HC 306.450/SP, Rel.ª Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, j. em 04.12.2014, DJe de 17.12.2014).

Agravo regimental no agravo em recurso especial. Penal. Furto qualificado pelo rompimento de obstáculo. Aplicação da causa de aumento do repouso noturno. Possibilidade. Óbice da Súmula 83 desta Corte. Agravo improvido. 1. Ao contrário do afirmado, a decisão agravada está sim em absoluta consonância com a linha de raciocínio desenvolvida por esta Corte na apreciação do Recurso Especial Representativo da Controvérsia 1.193.194/MG, ocasião em que se decidiu pela compatibilidade do privilégio do art. 155, § 2º, do Código Penal com as hipóteses objetivas de furto qualificado. 2. Desse modo, seguindo, *mutatis mutandi*, a linha do raciocínio jurídico adotado por este Superior Tribunal de Justiça e pela Suprema Corte, verifica-se não haver, também nesta hipótese, incompatibilidade entre o furto qualificado e a causa de aumento relativa ao seu cometimento no período noturno. 3. Assim, à míngua de argumentos robustos o bastante para superar os fundamentos da decisão agravada, mantenho-a incólume pelos seus próprios termos. 4. Agravo regimental improvido (AgRg no AREsp 741.482/MG, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, j. em 08.09.2015, DJe de 14.09.2015).

Do mesmo modo, o fato de se tratar de estabelecimento comercial, sem a presença de pessoas repousando, é irrelevante para a configuração da aludida causa de aumento.

Nesse sentido:

Agravo regimental no recurso especial. Penal. Furto praticado durante o repouso noturno. Estabelecimento comercial. Aplicação da majorante do art. 155, § 1º, do Código Penal. Possibilidade. Precedentes. 1. A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça firmou-se no sentido de que 'incide a majorante prevista no § 1º do art. 155 do Código Penal, quando o crime é cometido durante a madrugada, horário no qual a vigilância da vítima é menos eficiente e seu patrimônio mais vulnerável, o que ocorre inclusive para estabelecimentos comerciais. A causa especial de aumento de pena do furto cometido durante o repouso noturno pode se configurar mesmo quando o crime é cometido em estabelecimento comercial ou residência desabitada, sendo indiferente o fato de a vítima estar, ou não, efetivamente repousando' (HC 191.300/MG, Rel.ª Min.ª Laurita Vaz, Quinta Turma, j. em 12.06.2012, DJe 26.06.2012). Precedentes. 2. Agravo regimental não provido (AgRg no REsp 1546118/MG, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, j. em 02.02.2016, DJe de 10.02.2016).

Recurso especial. Penal. Furto praticado durante o repouso noturno. - Estabelecimento comercial. Aplicação da majorante do art. 155, § 1º, do Código Penal. Possibilidade. Precedentes. 1. A majorante prevista no art. 155, § 1º, do Código Penal incide na hipótese de furto praticado em estabelecimento comercial no período do repouso noturno, em que há maior possibilidade de êxito na empreitada criminosa em razão da menor vigilância do bem, mais vulnerável à subtração. Precedentes. 2. Recurso especial provido (REsp 1193074/MG, Rel.ª Min.ª Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, j. em 05.03.2013, DJe de 15.03.2013).

Diante do exposto, com fundamento na recente jurisprudência do augusto STJ, mantenho a incidência da majorante prevista no art. 155, § 1º, do CP.

Considerando que as penas ficaram definidas nos mínimos valores possíveis para a hipótese (furtos noturnos qualificados em continuidade delitiva), sendo fixado o regime aberto e substituída a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, nada há que se alterar na dosimetria das sanções.

Acompanhando, pois, o parecer da douta Procuradoria-Geral de Justiça, nego provimento ao recurso.

Isento o réu do pagamento das custas, na forma do art. 10, II, da Lei Estadual nº 14.939/03.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES JÚLIO CEZAR GUTTIERREZ e CORRÊA CAMARGO.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Latrocínio - Tentativa - Roubos majorados - Concurso material - Emprego de violência contra diversas pessoas - Afetação de apenas um patrimônio - Crime único

Ementa: Apelação criminal. Crime de latrocínio tentado. Crimes de roubo majorados. Concurso material. Materialidade evidente. Autoria demonstrada. Palavra da vítima. Prova testemunhal. Capitulação do fato. Retificação. Necessidade. Crime único. Latrocínio tentado. Patrimônio único. Pena. Adequação.

- Restando comprovadas a autoria e a materialidade do fato delituoso narrado na denúncia, a condenação é medida de rigor.

- Nos delitos contra o patrimônio, geralmente perpetrados na clandestinidade, a palavra da vítima assume especial importância para o conjunto probatório, ainda mais quando corroborada pela prova testemunhal.

- O crime de latrocínio tentado se configura independentemente da natureza das lesões sofridas, bastando

provas no sentido de que o agente, no decorrer do roubo, atentou contra a vítima, com o desígnio de matá-la.

- Praticada a subtração mediante uma só ação, num mesmo contexto fático, atingindo o patrimônio de apenas uma vítima, faz-se necessário o reconhecimento da prática de crime único - no caso, o de latrocínio tentado -, afastando-se o concurso de crimes.

- A prática de violência e/ou grave ameaça contra pluralidade de pessoas durante a empreitada criminosa deve ser considerada como circunstância desabonadora na fixação da pena-base, respeitando-se a *ne reformatio in pejus*.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0400.15.001631-1/001
- Comarca de Mariana - Apelante: A.J.L.N. - Apelado:
Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Corréu:
R.M. - Relator: DES. CÁSSIO SALOMÉ

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 7ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em DAR PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO.

Belo Horizonte, 23 de junho de 2016. - Cássio Salomé - Relator.

Notas taquigráficas

DES. CÁSSIO SALOMÉ - Recurso de apelação interposto por A.J.L.N. contra a sentença de f. 288/306, da lavra do MM. Juiz de Direito da 2ª Vara Criminal da Comarca de Mariana/MG, que o condenou como incurso no art. 157, § 3º, c/c art. 14, II, e no art. 157, § 2º, I e II, todos do Código Penal, à pena total de vinte e dois anos, dois meses e vinte dias de reclusão, em regime fechado, e vinte e sete dias-multa, no valor unitário mínimo.

Segundo a exordial acusatória, no dia 05.05.2015, às 6 horas, no distrito [...], em Mariana/MG, A.J.L.N., ora apelante, agindo em coautoria com outros dois indivíduos não identificados nos autos, mediante violência e grave ameaça, exercidas com emprego de arma de fogo e canivete, subtraiu para si a quantia aproximada de R\$2.000,00 (dois mil reais) em dinheiro, R\$1.000,00 (mil reais) em cheques, cartões bancários, documentos pessoais, dois aparelhos celulares, um *tablet* marca Foston e uma caminhonete Fiat Strada Adventure, placa HO-8381, pertencentes às vítimas J., R., I., N. e T.

Narra, ainda, que o recorrente e seus comparsas tentaram ceifar a vida de J.T.A., mediante disparos de arma de fogo, no curso da execução do roubo, não tendo conseguido consumir o crime por circunstâncias alheias à vontade deles, pois a vítima conseguiu “fugir” e foi devidamente socorrida.

Consta que, no dia anterior ao ocorrido, os agentes obtiveram informação de que as vítimas possuíam bens

e dinheiro recebido recentemente, proveniente da venda de carvão, motivo pelo qual eles planejaram a subtração. Na data dos fatos, o recorrente e os coautores aproximaram-se da parte externa da residência das vítimas e abordaram I.M.A., agredindo-a com “coronhadas” e pontapés e “amarraram” sua boca. Contudo, I.M.A., por meio de “gemidos”, conseguiu alertar os demais moradores da casa. O ofendido J.T.A. foi verificar o que estava acontecendo, oportunidade em que os agentes efetuaram disparos de arma de fogo contra ele, atingindo-lhe o rosto. J.T.A., contudo, conseguiu afastar-se do local, buscando o auxílio da Polícia. Em seguida, os agentes ingressaram na residência e seguraram o menor I., exigindo que T. e N. abrissem a porta do banheiro, local onde elas haviam se escondido. Posteriormente, os agentes arrombaram a referida porta e as interpelaram sobre a localização do dinheiro recebido pela venda do carvão, passando a vasculhar os quartos. Lograram subtrair os seguintes bens: uma carteira da vítima J., contendo a quantia em dinheiro e os cheques mencionados, bem como cartões bancários, documentos pessoais, um *tablet* e dois celulares.

Prossigue a denúncia relatando que os autores, durante toda a empreitada criminosa, ameaçaram T., N. e I., usando armas de fogo e um canivete, bem como os agrediram. Depois de subtraírem os objetos acima mencionados, tentaram levar N. e T., dizendo que o dinheiro era insuficiente. Em seguida, de forma repentina, R.M. - também denunciado como incurso no art. 12 da Lei nº 10.826/03 - se aproximou do recorrente e efetuou contra ele um disparo de arma de fogo, atingindo-o. Em seguida, os agentes se evadiram, utilizando o veículo Fiat Strada da vítima J. Acionada, a Polícia Militar iniciou buscas na tentativa de localizar os agentes. Deslocando-se até um hospital situado na cidade de Ponte Nova/MG, ali encontraram o ora apelante, que recebia atendimento médico. Posteriormente, os policiais retornaram ao distrito [...] e efetuaram a prisão do corréu R.M., por porte ilegal de arma de arma de fogo.

O feito foi desmembrado quanto ao acusado R.M. (f. 96-v.), beneficiado com a suspensão condicional do processo (f. 92 e v.).

Vencida a instrução processual e prolatada a sentença, as intimações foram regulares (f. 306-v./307, 320/322 e 323- v.).

Em suas razões, ofertadas às f. 328/362, a defesa busca a absolvição de A.J.L.N., aduzindo que não há nos autos prova suficiente da sua participação nos crimes que lhe são imputados. Alega que o apelante negou a prática dos crimes narrados na denúncia e que as versões apresentadas pelas vítimas são contraditórias e inverossímeis. Subsidiariamente, pleiteia a desclassificação do crime de latrocínio tentado para o de roubo seguido de lesão corporal, bem como requer o reconhecimento de crime único. Caso não seja reconhecida a prática de crime único, postula a redução das penas-base de todos os delitos para o mínimo legal. Almeja, ainda, em relação

ao crime de latrocínio, a aplicação do redutor máximo, de 2/3, em razão do reconhecimento da figura da tentativa. Quanto aos crimes de roubo, busca o decote da majorante do emprego de arma de fogo, sob o argumento de que as armas não foram apreendidas e devidamente periciadas. Por fim, requer o reconhecimento do concurso formal entre os delitos narrados na inicial acusatória e a isenção do pagamento das custas processuais.

Em contrarrazões, ofertadas às f. 363/375, o ilustre Promotor de Justiça manifesta-se pela manutenção da sentença em sua integralidade.

A douta Procuradoria, em parecer exarado às f. 388/391, opina pelo desprovimento da apelação.

É o relatório.

Conheço do recurso, presentes os pressupostos de admissibilidade e processamento.

Ausentes questões preliminares, de ordem processual, passo ao exame do mérito do recurso.

A materialidade do crime está positivada nos autos mediante auto de prisão em flagrante de f. 02/08, do boletim de ocorrência de f. 16/21, dos exames de corpo de delito de f. 65 e 66, do exame de corpo de delito complementar de f. 99 e do laudo de avaliação indireta de f. 102, tudo em perfeita sintonia com a prova oral produzida.

Quanto à autoria, não obstante tenha o apelante negado a imputação, sua culpabilidade emerge cristalina das palavras das vítimas, corroborada pelos depoimentos dos policiais que efetuaram a sua prisão em flagrante.

A vítima I.M.A. - que possuía setenta e três anos de idade na época dos fatos -, em seu depoimento prestado perante a autoridade policial (f. 50/51), devidamente confirmado em juízo (f. 151), afirmou que, na data do ocorrido, aproximadamente às cinco horas da manhã, ela estava em sua residência preparando café, enquanto as demais vítimas ainda dormiam. Repentinamente, três indivíduos adentraram o imóvel, tendo um deles “tampado” os seus olhos e a sua boca e encostado uma arma de fogo em sua cabeça. Tentou gritar, mas foi contida pelos agentes, que lhe ordenaram que permanecesse em silêncio, pois, caso contrário, a matariam. Alegou, ainda, que teve a boca “amordaçada”, foi jogada ao chão, recebeu vários chutes nas costas e foi “arrastada” para o interior da residência. Nesse momento, ouviu um disparo de arma de fogo. Em seguida, ao avistar o seu neto I., o agente que a conduzia soltou-a, passando a apontar a arma de fogo para a referida vítima. Nesse momento, conseguiu sair e foi em busca de socorro. Posteriormente, soube que seu filho J.T.A. fora alvejado por um tiro desferido pelos autores, que, segundo ela, estavam armados e permaneceram encapuzados durante a ação (f. 50/51).

O ofendido J.T.A., por sua vez, afirmou perante a autoridade policial (f. 40) que, na data dos fatos, acordou por volta das 5h40min, pois ouviu voz de uma pessoa que parecia estar sendo “sufocada”. Ao descer as escadas de sua casa para verificar o que estava acontecendo,

deparou com uma de suas filhas subindo as escadas “rastejando”, e sua mãe “rendida” na cozinha. Nesse momento, um indivíduo se aproximou dele e efetuou um disparo de arma de fogo em seu rosto. Referido agente ainda tentou efetuar outros disparos contra ele, porém a arma “mascou”. Correu, então, para um dos quartos e se trancou, conseguindo sair do imóvel por meio de uma janela. Socorrido por um vizinho, foi levado ao Hospital João XXIII, onde foi medicado, permanecendo internado até o dia seguinte. Posteriormente, tomou conhecimento de que o dinheiro que ele havia recebido no dia anterior, referente à venda de carvão, havia sido subtraído por três indivíduos “encapuzados”, juntamente com seu carro, sua carteira contendo documentos e cartões bancários e um *tablet*. Soube, ainda, que, durante a empreitada criminosa, sua mãe foi “covardemente” agredida pelos agentes. Por fim, disse acreditar que os autores já o vigiavam anteriormente e sabiam que ele guardava o dinheiro da venda do carvão em sua residência.

Em juízo (f. 150/150-v.), J.T.A. confirmou o teor dos relatos supramencionados, ressaltando que perdeu a visão de seu olho direito em razão do disparo de arma de fogo desferido em seu desfavor - conforme, aliás, já haviam indicado os exames de corpo de delito. Afirmou, ainda, que um dos agentes foi alvejado por R.M., seu primo - denunciado nestes autos por porte ilegal de arma de fogo. Acrescentou que o dinheiro e os bens subtraídos não foram recuperados, tendo sofrido um prejuízo aproximado de R\$41.000,000 (quarenta e um mil reais), e que, depois do episódio, as vítimas, seus familiares, não dormem mais direito, sendo que seu neto grita durante a noite e faz tratamento psicológico.

A vítima N.A.F., na fase judicial (f. 149/149-v.), afirmou que foi ela quem entregou o dinheiro aos agentes, mediante grave ameaça e “sacolejos no pescoço”. Disse ter presenciado as ameaças e agressões ao seu filho e à sua sogra e que viu o momento em que J.T.A. foi alvejado por um disparo de arma de fogo. Afirmou, também, que um dos agentes, ao ser atingido por um disparo de arma de fogo efetuado por R. - que veio em socorro da família -, tirou o capuz, o que permitiu que vissem o seu rosto. Um dos agentes queria “pegar” o seu neto R., mas não obteve êxito, tendo este último, depois dos fatos, passado a sentir muito medo e a fazer tratamento psicológico.

Mas, não é só. Corroborando tais declarações, estão os relatos da vítima T.M.F. em juízo (f. 152 e v.). A ofendida, além de narrar os fatos com riquezas de detalhes, reconheceu o recorrente, sem sombra de dúvidas, como um dos autores dos crimes narrados na denúncia. Segundo ela, foi possível identificá-lo porque, no momento em que foi atingido por um tiro, o réu retirou o capuz que cobria o seu rosto:

[...] que confirma o depoimento de f. 53/55; que conhece o réu, ‘ele me segurou, tenho certeza, tava de touca, mas depois tirou a touca’; que a cozinha da casa fica do lado de fora da residência; que é filha de J.T.; que, ao ouvir os

gemidos, ficou com medo que sua avó estivesse gemendo; que foi chamar seu pai, mas não deu tempo; que se encontrou com seu pai nas escadas, ao passo que dois bandidos, com duas armas de fogo e um canivete, estavam no interior da cozinha de dentro da casa; que viu o momento em que um dos bandidos levou um tiro; que quem atirou foi seu primo R.M.; que estava em cima do telhado, salvo melhor juízo; que nesse momento o bandido retirou o capuz; que, quando ele levou o tiro, 'ele estava me segurando'; que nada do roubado foi restituído; que, depois dos fatos, tem medo, ninguém dorme direito, o sobrinho vive gritando; que seu sobrinho R. faz tratamento com psicólogo e a depoente já marcou uma consulta para iniciar seu próprio tratamento, bem como I.; [...] que o *tablet* roubado, que era de R., tinha marca desconhecida da depoente, mas custava uns R\$400,00 [...]; que três eram os bandidos que invadiram a casa; que o pai da depoente ficou uma média de 15 minutos caído, mas a depoente não viu a cena porque 'eu subi e escureceu tudo e eu achei que ele tinha sido morto, foi muito perto o tiro' [...] que afirma 'com certeza' que o bandido que tirou o capuz e que lhe rendia, sendo o mesmo que tomou o tiro, é o réu ora presente; que o referido portava, além do revólver, o canivete prata [...] (f. 152).

No mesmo sentido, os relatos prestados na fase inquisitorial por R.M. (f. 07), que efetuou o disparo contra o acusado e o reconheceu como um dos autores do crime. De acordo com a narrativa de R., ele também estava na residência no momento dos fatos. Ao ouvir os gritos das vítimas J. e I., pegou um revólver que estava na casa e foi verificar o que estava acontecendo. Um dos três agentes, que reconheceu como sendo o ora apelante, A.J.L.N., estava sem capuz e se preparava para atirar contra ele, motivo pelo qual, para se defender, efetuou disparos contra o réu, atingindo-o. Segundo R., os três agentes estavam encapuzados durante a ação delituosa, mas, no momento em que ele atirou contra A., este estava com o rosto descoberto, o que permitiu reconhecê-lo.

Não prospera a alegação defensiva no sentido de que os depoimentos das vítimas são contraditórios e inverossímeis. As vítimas foram abordadas em circunstâncias diferentes no interior do imóvel, o que explica as narrativas fracionadas e peculiares acerca do episódio. Contudo, as declarações são harmônicas e coerentes, tanto na fase de inquérito quanto em juízo.

Ademais, ao contrário do que alega a defesa, não só a vítima T.M.F. reconheceu o recorrente como um dos autores do crime, mas também R.M., pessoa que contra ele atirou.

Como cediço, em crimes dessa natureza, as palavras das vítimas têm especial relevância. Isso porque, em geral, os agentes cometem tais delitos sem a presença de testemunhas, às escondidas, para assegurar a impunidade - caso dos autos. Não se pode, pois, elidir a presunção de veracidade que emana das declarações das vítimas sem sólidos indícios de que estas tenham motivos para imputar falsamente o ato criminoso ao acusado.

Nesse sentido a orientação da jurisprudência deste egrégio Tribunal:

Apelação criminal. Furto. Negativa da autoria. Absolvição. Ausência de provas. Impossibilidade. Palavra da vítima. 1 - Nos crimes contra o patrimônio, entre eles o furto, rotineiramente praticados na clandestinidade, a palavra da vítima prevalece sobre a negativa do agente, ainda mais quando corroborada por outros elementos, em harmonia com as demais provas e dos contundentes indícios amalhados ao longo da instrução, são provas mais do que suficientes para alicerçar o decreto condenatório. 2. Recurso desprovido (TJMG - Relator: Desembargador Antônio Armando dos Anjos - Processo nº 1.0074.05.028532-4/001(1) - Julgamento: 24.03.2009 - Publicação: 28.04.2009).

Como se não bastasse, o reconhecimento do apelante como autor do crime foi endossado pelo testemunho judicial do policial militar D.F.P. (f. 153/154), condutor do flagrante. O teor de seu esclarecedor depoimento joga mais luz sobre o ocorrido e merece transcrição:

[...] que confirma depoimento de f. 02/04; que não conhecia o réu antes dos fatos; que foi o condutor do flagrante; que conversou com A. no hospital, no dia dos fatos, no momento em que já anoitecia, sendo certo que o réu não quis responder às perguntas do depoente; que sabe informar que os militares de Acaíaca fizeram o primeiro contato com A., que lhes respondeu que havia tomado um tiro em [...]; que sabe dizer que os referidos PM perguntaram ao réu por que ele tinha ido para o hospital de Ponte Nova, mais distante, ao invés de se dirigir ao hospital de Mariana; que, então, consoante informação do depoente, o réu não quis mais responder aos militares que [...], local do assalto, é mais próximo de Mariana, do qual é distrito, do que de Ponte Nova; [...] que R. confessou ao depoente que atirou contra um bandido; que foi acionado bem cedo; que a PM já tinha informações de que a vítima J. tinha armas de fogo em casa; que se deslocou ao hospital, onde J. não quis conversa com a PM; que, ao se deslocar para a casa da vítima, o depoente percebeu que J. mantinha vários fundos falsos em gavetas; que, na casa da vítima, recebeu a informação de que um veículo Strada havia sido visto na estrada em direção a [...]; que J. disse ao depoente que havia sido ameaçado tempos atrás; que, em [...], um morador disse ao depoente que dormiu em [...] e que ouviu muitos disparos de arma de fogo; que então soube que um rapaz de [...] estava dando entrada num hospital de Ponte Nova, vítima de disparo de arma de fogo; que, quando esteve na casa de J., como já relatado, a família não lhe passou muitas informações; que, depois que soube que havia um suspeito baleado em Ponte Nova, ligou os fatos e percebeu que a família queria esconder o fato de que um deles havia atirado contra um dos assaltantes; que então voltou à casa de J., ocasião em que obteve a informação de que R. é quem havia atirado; que uma das vítimas disse ao depoente que um dos assaltantes, cujo capuz caiu, era claro e de nariz afinado; que o depoente mostrou a foto de A. a R. e este o reconheceu como sendo um dos assaltantes; [...] que R. reconheceu A. primeiramente por foto de celular e, posteriormente, no próprio hospital, conduzido que foi pelo depoente; que R. reconheceu o réu pelo vidro, a uma distância de 5 metros; [...] (f. 153/154).

Ressalte-se que "os depoimentos dos agentes policiais merecem credibilidade como elemento de convicção, máxime quando corroborados por outras provas produzidas nos autos, constituindo, assim, elemento apto a respaldar a condenação" (STJ - HC 254.373/SP, Rel.º

Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, j. em 06.02.2014, DJe de 26.02.2014).

Ademais, os exames periciais realizados nos autos - de eficiência da arma de fogo utilizada por R., e os exames de corpo de delito a que se submeteu a vítima J. -, se encontram em perfeita consonância com a prova oral coligida. Segundo os peritos, o ofendido foi atingido por um disparo de arma de fogo na face, tendo eles acusado a incapacitação da vítima para as ocupações habituais por mais de trinta dias e a debilidade permanente da visão do olho direito.

Inequivocamente provadas, pois, a materialidade e a autoria do fato narrado na inicial acusatória.

Configurado, por outro lado, o crime de latrocínio tentado. Em face da maneira como ocorreu o disparo contra a vítima, desfechado em direção à sua cabeça, atingindo-a na região orbital, nítido o dolo do agente no sentido de ceifar a vida do proprietário dos bens que subtraía - aspecto este, aliás, ressaltado na denúncia -, o que caracteriza o crime em questão, independentemente na natureza da lesão causada.

Nesse sentido, a orientação do colendo Superior Tribunal de Justiça:

Penal. Processual penal. Agravo regimental no recurso especial. Ofensa ao art. 157, § 3º, do CP. Latrocínio tentado. Possibilidade de configuração. Participação de menor importância. Reconhecimento. Reexame do acervo fático-probatório. Impossibilidade. Súmula 7 do STJ. Condenação baseada em elementos colhidos apenas no inquérito policial. Inovação em sede recursal. Impossibilidade. Preclusão consumativa. 1. [...]. 2. O acórdão recorrido não diverge da orientação da jurisprudência desta Corte Superior de Justiça, no sentido de que o crime de latrocínio tentado se configura independentemente da natureza das lesões sofridas, bastando provas no sentido de que o agente, no decorrer do roubo, atentou contra a vítima, com o desígnio de matá-la. 3. A tese de que a condenação do ora recorrente se deu baseada apenas em elementos colhidos no inquérito policial não merece acolhida. Note-se que tal tese não foi objeto do recurso especial, vindo a ser suscitada apenas no presente agravo regimental, sendo, dessa forma, incabível seu exame por força da preclusão consumativa e por impossibilidade de inovação recursal. 4. Agravo regimental improvido (AgRg no REsp 1297836/PR, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, j. em 23.02.2016, DJe de 29.02.2016).

Não vejo configurado, todavia, o concurso de crimes, mas crime único, de latrocínio tentado, uma vez que, muito embora a violência e a grave ameaça tenham sido empregadas contra diversas pessoas da mesma família, no interior da residência comum, num mesmo contexto fático, o patrimônio almejado e alcançado pertencia apenas à vítima J.

Na dicção da jurisprudência,

para pluralizar o delito, não há que se levar em conta o número dos ameaçados para que a empreitada criminosa pudesse chegar a bom termo, se em investida única de meliantes houve desfalque tão só do patrimônio de integrantes de uma família (TACrim-SP - AC - Rel. Gonzaga

Franceschini - JuTACrim 90/386 - apud FRANCO, Alberto Silva et al. Código Penal e sua interpretação jurisprudencial. 5. ed. São Paulo: RT, 1995, p. 852).

A circunstância de terem sido diversas as pessoas constrangidas durante a perpetração do crime contra o patrimônio deve ser sopesada na dosimetria da pena - observada, no caso, a vedação da *reformatio in pejus*.

Sobre a matéria, assim se pronunciou o excelso Supremo Tribunal Federal:

Habeas corpus. Penal. Latrocínio. Art. 157, § 3º, do Código Penal. Pluralidade de vítimas na execução do delito. Unidade patrimonial. Crime único. Ordem concedida. Extensão do *habeas corpus* ao corrêu. Art. 580 do CPP. 1. Segundo entendimento acolhido por esta Corte, a pluralidade de vítimas atingidas pela violência no crime de roubo com resultado morte ou lesão grave, embora único o patrimônio lesado, não altera a unidade do crime, devendo essa circunstância ser sopesada na individualização da pena, que, no caso, é de 20 (vinte) a 30 (trinta) anos. Precedentes. 2. Desde que a conduta do agente esteja conscientemente dirigida a atingir mais de um patrimônio, considerado de forma objetiva, como requer o fim de proteção de bens jurídicos do Direito Penal, haverá concurso de crimes. Essa conclusão, todavia, somente pode ser alcançada mediante a análise das circunstâncias que envolvem a prática do ato delitivo. 3. No caso dos autos, não restou demonstrada, de modo inequívoco, a vontade do agente de atingir mais de um patrimônio. A própria denúncia, aliás, considera os bens subtraídos como pertencendo a um único patrimônio (= do supermercado). 4. Ordem parcialmente concedida para afastar o concurso de crimes, com a extensão dos efeitos ao corrêu (CPP, art. 580), e determinar ao juízo competente que considere a circunstância da pluralidade de vítimas na fixação da pena-base (CP, art. 59), respeitado o limite do *ne reformatio in pejus* (STF - HC 96.736/DF - Relator: Teori Zavascki, 2ª Turma, j. em 17.09.2013 - destaquei).

Quanto à pena fixada para o latrocínio tentado, mostrou-se equivocada a consideração do comportamento neutro da vítima como circunstância judicial desfavorável. O entendimento dos tribunais é firme no sentido de que "o comportamento da vítima é circunstância judicial que nunca será avaliada desfavoravelmente: ou seja, ou será positiva, quando a vítima contribui para a prática do delito, ou será neutra, quando não há contribuição" (HC 211.327/PB, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 23.02.2016, DJe de 02.03.2016).

Contudo, o *quantum* de vinte e dois anos de reclusão e vinte e três dias-multa, como piso da sanção - tomadas as balizas contidas no preceito secundário do dispositivo em questão (art. 157, § 3º, do Código Penal) -, mostrou-se adequado, consentâneo com a culpabilidade elevada do apelante e as circunstâncias negativas do fato, considerando-se que o réu, juntamente com seus comparsas, invadiu a casa do ofendido e praticou ameaças e atos de violência, também, contra os familiares de J. - quatro familiares, inclusive um menor de idade e uma idosa, que sofreram elevado abalo emocional. A par disso, foi vultoso o desfalque patrimonial.

Na segunda fase, a atenuante da menoridade conduziu a pena para o mínimo, de vinte anos de reclusão e dez dias-multa, o que não há de ser alterado, o mesmo se dando com a redução de 1/3 pela tentativa, tomado o *iter criminis* percorrido, aproximando-se da consumação do crime.

Mantenho, portanto, a pena de treze anos e quatro meses de reclusão - que não comporta os benefícios dos arts. 44 e 77 do Código Penal - e seis dias-multa.

O regime prisional fechado, em face do *quantum* da pena, fica mantido, bem como o valor unitário mínimo da pena pecuniária.

Ficam excluídos os demais crimes autônomos reconhecidos na sentença, pelas razões já apontadas.

Por fim, no que tange às custas processuais, verifico que o douto Magistrado (f. 306-v.), reconhecendo a hipossuficiência do réu, suspendeu a exigibilidade do pagamento. A decisão deve subsistir, em face da inviabilidade da isenção, tendo em vista a declaração de inconstitucionalidade (por vício formal) da Lei 14.939/03 pelo Órgão Especial do TJMG (Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade Cível nº 1.0647.08.088304-2/002, Rel. Des. Paulo César Dias, DJe disponibilizado em 22.10.2015).

Ante o exposto, provejo parcialmente a apelação para, mantida a condenação do apelante pelo crime previsto no art. 157, § 3º, c/c o art. 14, II, do Código Penal, inclusive no tocante à pena fixada na sentença em relação a este crime, excluir os demais delitos de roubo capitulados na decisão recorrida, reduzindo, em consequência, para treze anos e quatro meses de reclusão, em regime fechado, e seis dias-multa, no valor de 1/30 do salário mínimo vigente na época do fato, a reprimenda.

Mantenho quanto ao mais as cominações da sentença.

DES. AGOSTINHO GOMES DE AZEVEDO (REVISOR) - De acordo com o Relator.

DES. SÁLVIO CHAVES - Acompanho o eminente Desembargador Relator para dar parcial provimento ao recurso.

Cumpra esclarecer que outrora este Magistrado possuía entendimento no sentido de que a conduta tratada nos autos não abarcaria sua forma tentada como crime preterdoloso que é. Contudo, tendo em vista as recentes e maciças decisões proferidas pelo col. STJ exatamente sobre o tema sob análise e o posicionamento externado pelo Pretório Excelso, revejo o meu entendimento, em atenção ao princípio da colegialidade, de forma a reconhecer a forma tentada do delito de latrocínio.

A jurisprudência do e. STJ consolidou o entendimento no sentido de que é plenamente possível a ocorrência de latrocínio em sua forma tentada, mesmo que não se obtenha o resultado morte, bastando a comprovação de que, no decorrer da prática delitiva, o agente

tenha atentado contra a vida da vítima com a intenção de matá-la, não atingindo o resultado morte por circunstâncias adversas à sua vontade.

Assim, diante das breves digressões alhures, repositiono-me de forma a aderir ao posicionamento maciço e orientador desta colenda 7ª Câmara de Julgamento.

Isso posto, acompanho o eminente Desembargador Relator para dar parcial provimento ao recurso.

É como voto.

Súmula - DERM PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO.

...

Crime contra as relações de consumo - Art. 7º, IX, da Lei 8.137/90 - Pena de multa alternativa - Suspensão condicional do processo - Cabimento - Proposta não oferecida - Nulidade - Princípio do devido processo legal - Ofensa

Ementa: Apelação criminal. Crime contra as relações de consumo. Art. 7º, IX, da Lei 8.137/90. Preliminar em contrarrazões. Suspensão condicional do processo. Cabimento. Crime que prevê pena de multa alternativa. Proposta não oferecida em primeiro grau. Ofensa ao princípio do devido processo legal. Nulidade decretada. Preliminar acolhida.

- Cabível o oferecimento da suspensão condicional do processo a delito que comine pena de multa alternativamente à privativa de liberdade, mesmo que o preceito sancionador disponha de pena corpórea superior a 01 (um) ano (Precedentes do STJ e do STF).

- A não propositura do benefício da suspensão condicional do processo, quando cabível a medida, justifica a decretação de nulidade do feito, por ofensa ao princípio do devido processo legal, haja vista a omissão de ato procedimental de cumprimento obrigatório (art. 89 da Lei 9.099/95).

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0487.10.004848-6/001 - Comarca de Pedra Azul - Apelante: G.F.S. - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Relator: DES. NELSON MISSIAS DE MORAIS

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em ACOLHER A PRELIMINAR SUSCITADA EM CONTRARRAZÕES E DECRETAR A NULIDADE DO FEITO DESDE O RECEBIMENTO DA DENÚNCIA, A FIM DE QUE SEJA OFERECIDA PROPOSTA DE SUSPENSÃO CONDICIONAL DO

PROCESSO, FICANDO PREJUDICADA A ANÁLISE DO MÉRITO. COMUNICAR.

Belo Horizonte, 2 de junho de 2016. - Nelson Missias de Moraes - Relator.

Notas taquigráficas

DES. NELSON MISSIAS DE MORAIS - Trata-se de apelação criminal interposta por G.F.S., contra a r. sentença de f. 96/99, proferida pelo MM. Juiz de Direito da 2ª Vara Cível, Criminal e da Infância e Juventude da Comarca de Pedra Azul, que o condenou pela prática do crime tipificado no art. 7º, IX, c/c parágrafo único, da Lei 8.137/90, ao cumprimento de 01 (um) ano e 04 (quatro) meses de detenção, em regime inicialmente aberto, pena esta substituída por uma restritiva de direito, consistente em prestação de serviços à comunidade, à razão de uma hora de trabalho por dia de condenação, sendo-lhe concedidos, ainda, o direito de recorrer em liberdade e a isenção do pagamento das custas processuais.

Nas razões recursais às f. 107/109, a il. Defesa requer a absolvição do apelante, alegando insuficiência de provas da prática criminosa.

Subsidiariamente, pleiteia a redução da pena imposta.

Ao final, pede o arbitramento dos honorários advocatícios pela atuação em Segunda Instância.

Contrarrazões ministeriais às f. 110/116v., nas quais a il. Promotora de Justiça, em sede preliminar, sustenta a nulidade do feito por ausência de proposta da suspensão condicional do processo, bem como da sentença por ausência de fundamentação acerca da escolha da pena alternativa cominada ao delito, requerendo, no mérito, que seja negado provimento ao recurso defensivo.

A d. Procuradoria de Justiça, em parecer de f. 122/124, opina pelo não provimento do recurso.

Esse, em síntese, é o relatório.

Preliminar.

A il. Promotora de Justiça, em contrarrazões, suscita preliminar de nulidade, afirmando que não houve oferecimento do benefício da suspensão condicional do processo ao acusado, quando, porém, lhe era cabível.

Analizando detidamente os autos e, ainda, em atenção à jurisprudência dos Tribunais Superiores, bem como louvando a ação como *custos legis* da il. representante do Ministério Público em primeira instância, vejo que razão assiste ao *Parquet*.

Como cediço, com a finalidade de evitar as agruras e a morosidade do processo penal em casos em que se verifica, previamente, a desnecessidade de aplicação da pena de prisão, o legislador, sob o esforço da efetivação de medidas despenalizadoras e descarcerizadoras, entendeu por bem instituir o benefício da suspensão condicional do processo, previsto no art. 89 da Lei 9.099/95, o qual constitui direito subjetivo daquele que é acusado por um delito de baixa reprovabilidade.

De acordo com o referido dispositivo legal, o parâmetro autorizativo objetivo para a propositura de tal benefício, numa primeira leitura, é de que a pena mínima cominada ao delito seja igual ou inferior a 01 (um) ano, além de que o acusado não esteja sendo processado ou tenha sido condenado por outro crime. Vejamos sua redação:

Art. 89. Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal).

Entretanto, apesar do critério objetivo adotado pelo legislador (pena corpórea mínima ou igual a um ano), é evidente, pela *volunta legis* e também pela *volunta legislatoris*, o cabimento de tal benefício a crimes em que há cominação de pena de multa alternativa, sobretudo porque não se trata de delito de alta reprovabilidade, na medida em que a reprimenda de natureza pecuniária é, inequivocamente, menos gravosa que qualquer outra privativa de liberdade.

Ora, se o legislador fez prever, no preceito secundário de um crime, a pena de multa de maneira autônoma, não cumulada à privativa de liberdade, mas alternativa, conclui-se que a conduta tipificada não detém elevado grau de censurabilidade.

A respeito do assunto, confira-se a doutrina de Ada Pellegrini Grinover, Antônio Scarance Fernandes, Antônio Magalhães Gomes Filho e Luiz Flávio Gomes:

Nas hipóteses em que penas diversas vêm cominadas alternativamente (prisão mínima acima de um ano ou multa, *ad exemplum*, arts. 4º, 5º e 7º da Lei 8.137/90), nos parece muito evidente o cabimento da suspensão do processo, pela seguinte razão: a pena mínima cominada é a de multa. Se a lei (art. 89) autoriza a suspensão condicional do processo em caso de pena privativa de liberdade mínima até um ano, *a fortiori*, conclui-se que, quando a pena mínima cominada é a multa, também cabe tal instituto. Pouco importa que a multa seja, no caso, alternativa. Se o legislador previu tal pena como alternativa possível é porque, no seu entender, o delito não é daqueles que necessariamente devam ser punidos com pena de prisão. Se, para os efeitos de prevenção geral, contentou-se a lei, em nível de cominação abstrata, com a multa alternativa, é porque, conforme seu entendimento, não se trata de delito de alta reprovabilidade.

Sendo assim, entra no amplo espectro da sua nova política criminal de priorizar a ressocialização do infrator por outras vias, que não a prisional. Na essência da suspensão condicional, ademais, outros interesses estão presentes: reparação da vítima, desburocratização da Justiça etc. Para os crimes de média gravidade (e dentro desse conceito entram evidentemente os delitos punidos em abstrato com pena - alternativa - prisão ou multa), a resposta estatal adequada é a que acaba de ser descrita (*Juizados especiais criminais*. São Paulo: RT, 2005. p. 269-270).

No presente caso, imputou-se ao réu a prática da conduta tipificada no art. 7º, IX, da Lei 8.137/90, cujo preceito sancionador prevê a imposição de 02 (dois) a 05 (cinco) anos de detenção ou multa. Assim, sendo a reprimenda pecuniária a sanção de menor grau estabelecida para o tipo penal em comento, perfeitamente possível a aplicação do disposto no art. 89 da Lei 9.099/95, o que não foi feito em primeiro grau.

Neste sentido, a jurisprudência dos Tribunais Superiores:

Ação penal. Crime contra relações de consumo. Pena. Previsão alternativa de multa. Suspensão condicional do processo. Admissibilidade. Recusa de proposta pelo Ministério Público. Constrangimento ilegal caracterizado. HC concedido para que o MP examine os demais requisitos da medida. Interpretação do art. 89 da Lei 9.099/95. Quando, para o crime seja prevista, alternativamente, pena de multa, que é menos gravosa do que qualquer pena privativa de liberdade ou restritiva de direito, tem-se por satisfeito um dos requisitos legais para a suspensão condicional do processo (HC 83926 - Relator: Ministro Cezar Peluso - Segunda Turma - j. em 07.08.2007 - DJe 101 - Divulg. em 13.09.2007 - p. em 14.09.2007 - DJ de 14.09.2007, p. 85 - Ement. v. 02289-02, p. 307 - RTJ, v. 204, p. 737; RT v. 97, n. 867, 2008, p. 525-528; REVJMG, v. 58, n. 181, 2007, p. 553-556).

Processual penal. Habeas corpus. Crime contra as relações de consumo. Suspensão condicional do processo. Crime que prevê pena de multa alternativamente à pena privativa de liberdade. Possibilidades. Precedentes do STJ e do STF. Ordem concedida. 1. É cabível a suspensão condicional da pena aos delitos que preveem a pena de multa alternativamente à privativa de liberdade, ainda que o preceito secundário da norma legal comine pena mínima superior a um ano. Precedentes do STJ e do STF. 2. Ordem concedida para que o Ministério Público estadual verifique se a paciente preenche os demais requisitos necessários para a concessão da suspensão condicional do processo, formulando-lhe a proposta, em caso afirmativo (HC 126.085/RS - Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima - Quinta Turma - j. em 15.10.2009 - DJe de 16.11.2009).

Processo penal. Habeas corpus. Art. 7º, inciso II, da Lei 8.137/90. Reconhecimento da competência do Juizado Especial. Impossibilidade. Pena máxima em abstrato acima de dois anos. Competência do juízo comum. Suspensão condicional do processo. Mínimo cominado superior a um ano. Previsão alternativa de multa. Possibilidade. Ordem concedida em parte. 1. De acordo com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, apesar da previsão de pena alternativa de multa, o critério eleito pelo legislador para definir a competência dos Juizados Especiais Criminais é o *quantum* máximo da pena privativa de liberdade abstratamente cominada. 2. O preceito sancionador do delito descrito no art. 7º, inciso II, da Lei 8.137/90 comina pena privativa de liberdade superior a um ano ou multa. 3. Consistindo a pena de multa na menor sanção penal estabelecida para a figura típica em apreço, é imperiosa a aplicação do art. 89 da Lei nº 9.099/95. 4. Ordem concedida, acolhido o parecer ministerial, em parte, a fim de que o Ministério Público do Estado de São Paulo se manifeste acerca da proposta de suspensão condicional do processo (HC 125.850/SP - Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura - Sexta Turma - j. em 31.05.2011 - DJe de 08.06.2011).

Não bastasse o preenchimento, portanto, do requisito objetivo legalmente exigido, registro que o réu, à época do oferecimento de denúncia, não estava sendo processado, nem havia sido condenado por outro crime, conforme consta na CAC de f. 32, o que lhe possibilitava, em princípio, a proposta da suspensão condicional do processo pelo Ministério Público.

Destarte, sabendo que a omissão no oferecimento do benefício do art. 89 da Lei nº 9.099/95, quando possível, configura vício insanável por ofensa ao princípio do devido processo legal, imperiosa a decretação de nulidade do feito desde o recebimento da denúncia (f. 35), em consonância com as decisões similares tomadas por este eg. Tribunal de Justiça de Minas Gerais (1.0596.12.001368-2/001; 1.0382.13.005915-9/001; 1.0707.11.025967-8/001; 1.0422.11.000015-1/001; 1.0028.13.003201-5/001), ficando prejudicada a análise meritória.

Conclusão.

Ante o exposto, acolho a preliminar suscitada em contrarrazões para decretar a nulidade do processo desde o recebimento da denúncia (f. 35), determinando que seja dada vista dos autos ao Ministério Público, a fim de que se ofereça ao acusado o benefício da suspensão condicional do processo, previsto no art. 89 da Lei 9.099/95, ficando prejudicado o mérito recursal.

Sem custas.

Por ser o apelante assistido por defensora dativa, Dr.ª Maria das Graças Novais Lima, OAB/MG nº 33.359, nomeação à f. 40v, em atenção ao Termo de Cooperação Mútua 015/2012, arbitro os honorários atinentes à atuação em Segunda Instância em R\$316,98 (trezentos e dezesseis reais e noventa e oito centavos), conforme fixado no item 13, seção IV, da Resolução Conjunta nº 001, de 13.03.2013.

É como voto.

Caso prevaleça meu entendimento, comunique-se esta decisão ao juízo de origem.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES CATTÁ PRETA e BEATRIZ PINHEIRO CAIRES.

Súmula - ACOLHERAM A PRELIMINAR SUSCITADA EM CONTRARRAZÕES E DECRETARAM A NULIDADE DO FEITO DESDE O RECEBIMENTO DA DENÚNCIA, A FIM DE QUE SEJA OFERECIDA PROPOSTA DE SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO, FICANDO PREJUDICADA A ANÁLISE DO MÉRITO. COMUNICAR.

...

Homicídio duplamente qualificado - Motivo fútil - Recurso que dificultou a defesa da vítima - Discussão acalorada antecedente - Ofensas proferidas pela vítima - Comprovação - Ataque sorrateiro, insidioso e inesperado - Inocorrência - Qualificadoras manifestamente improcedentes - Exclusão da pronúncia

Ementa: Recurso em sentido estrito. Homicídio duplamente qualificado. Motivo fútil e uso de recurso que dificultou a defesa da vítima. Qualificadoras manifestamente improcedentes. Homicídio precedido de discussão acalorada. Exclusão da pronúncia.

- A conceituação do motivo fútil exclui circunstâncias que possam ter causado exaltação ou revolta no agente. Por isso, a ocorrência de discussão acalorada entre réu e vítima, tendo esta proferido diversas palavras de baixo calão contra aquele, antes do evento criminoso, afasta a futilidade do homicídio.

- A qualificadora do homicídio consistente no emprego de recurso que dificulte ou torne impossível a defesa do ofendido pressupõe a ocorrência de ataque sorrateiro, insidioso e inesperado, o que não ocorre se o réu esfaqueou a vítima num contexto de exaltada contenda.

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO Nº 1.0134.12.005273-0/001 - Comarca de Caratinga - Recorrente: J.N.S. - Recorrido: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Vítima: D.F.O. - Relatora: DES.ª BEATRIZ PINHEIRO CAIRES

Acórdão

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

Belo Horizonte, 5 de maio de 2016. - *Beatriz Pinheiro Caires* - Relatora.

Notas taquigráficas

DES.ª BEATRIZ PINHEIRO CAIRES - Cuida-se de recurso em sentido estrito manifestado por J.N.S. contra a sentença de pronúncia de f. 90/97, que o pronunciou nos termos do art. 121, § 2º, incisos II e IV, do Código Penal, porque, segundo a acusação, em 18 de novembro de 2011, por volta de 18h10, na Rua [...], Caratinga/MG, o denunciado, agindo com intenção de matar, por motivo fútil e mediante a utilização de recurso que dificultou a defesa do ofendido, desferiu um golpe de faca contra D.F.O., nele causando as lesões mortais descritas no auto de corpo de delito de f. 14/14-v.

Pretende o recorrente a reforma parcial da decisão, para o fim de excluir as qualificadoras nela reconhecidas, sob o argumento de que ambas são manifestamente improcedentes, sobretudo porque o crime de homicídio foi precedido de acalorada discussão entre réu e vítima, que foi presenciada por testemunhas.

O Ministério Público apresentou contrarrazões às f. 123/124-v., com argumentação voltada à manutenção integral da decisão atacada.

Instada a se manifestar, a douta Procuradoria-Geral de Justiça opinou no sentido do conhecimento e desprovisionamento do recurso (f. 131/132-v.).

É o relatório resumido.

Conheço dos recursos, presentes os requisitos legais de admissibilidade.

Vejo com razão o recorrente. A meu sentir, as duas qualificadoras reconhecidas na pronúncia se mostram manifestamente improcedentes.

A materialidade é incontroversa, sobretudo pelo ACD de f. 14/14-v. Do mesmo modo, a autoria não está em discussão, tendo sido confessada pelo réu e não contestada por meio do presente recurso.

O decote das qualificadoras, porém, objeto do recurso em sentido estrito em exame, se mostra necessário, em respeito às provas colhidas em instrução criminal.

Com efeito, entendo que afasta a futilidade do motivo do crime o fato de réu e vítima terem-se desentendido seriamente antes da ação delitiva, travando acalorada discussão, tendo o ofendido proferido diversas palavras de baixo calão contra o réu, na presença de várias testemunhas. Ademais, a animosidade entre o ofendido e o réu tivera início no dia anterior ao crime, quando a vítima procurou o réu para cobrar-lhe o pagamento de uma dívida no valor de R\$20,00 (vinte reais), fazendo-o de maneira agressiva.

Confira-se do depoimento de D.M.S., à f. 73 nos autos:

[...] que no dia anterior presenciou o ofendido cobrar o denunciado em um bar; que a cobrança se referia a vinte reais; que o ofendido fez a cobrança 'exaltado'; que, contudo, ele não xingou o denunciado; que, na data do delito, viu que o acusado pagou à vítima no mesmo bar que havia sido cobrado no dia anterior; que 'logo depois J. saiu e o rapaz foi atrás dele'; que a vítima estava nervosa; que, contudo, não notou a vítima xingar o denunciado.

A testemunha A.S., que presenciou toda a ação delitosa, prestou as seguintes declarações em juízo (f. 70/71):

Que, na tarde dos fatos, caminhava pelo distrito de Santa Luzia quando o acusado lhe chamou e passaram a conversar sobre a atividade do depoente, servente de pedreiro; que, momentos depois, a vítima passou caminhando e xingou o denunciado de 'vagabundo, maconheiro, safado, tratante e filho da puta'; que a vítima estava embriagada, tanto que a voz estava arrastada e o andar cambaleante; que então o denunciado se despediu do acusado e da vítima e virou

de costas seguindo o rumo da sua casa; que chegou a dar apenas alguns passos quando escutou um som forte, 'como se fosse um soco'; que, quando se virou, notou o ofendido dizendo para o acusado 'o que é isso J., o que você está fazendo?'; que a vítima fugiu na direção da casa dele, enquanto que o acusado com uma faca na mão foi conversar com a genitora, a qual estava próxima [...]; que o depoente ouviu boatos de que, em virtude de uma dívida do acusado com a vítima, o denunciado o teria agredido, pois dali havia nascido uma desavença; que também ouviu boatos de que o ofendido, naquela época, havia ameaçado o acusado; que a vítima tinha compleição física maior que o acusado [...].

A versão apresentada pelo recorrente em sua defesa, quando foi ouvido em juízo, mostrou-se coerente com o restante da prova testemunhal produzida. Confira-se:

[...] acredita que 'fiquei devendo vinte reais para a vítima'; que acredita que a dívida já perdurava uma semana quando, na véspera do delito, o interrogando estava sentado no bar e o ofendido se aproximou por suas costas e agarrou seu braço, cobrando a dívida; que não se recorda se a vítima estava embriagada, mas estava exaltada; que foi xingado pela vítima, mas não se recorda de quê; que o interrogando respondeu que não possuía o dinheiro naquele instante e 'saí de perto dele porque ele estava nervoso'; que não voltou a se encontrar com a vítima nesse dia; que, na data dos fatos, apenas se encontrou com o ofendido no final da tarde; que a vítima estava na porta do bar, e, 'como eu estava com o dinheiro, fui até ele para pagar'; que não sabe dizer se a vítima estava bêbada e 'paguei ele e saí fora'; que, mesmo após pagar, o ofendido 'continuou me xingando'; que 'fui embora e me encontrei com A. perto de casa'. Que 'comentei com A. que havia acabado de pagar uma dívida e o camarada estava me xingando'; 'que ele me perguntou quem era e eu disse que era o ofendido, e, quando eu olhei pra trás, ele já vinha vindo'; que 'a vítima entrou no meio da conversa, começou a me xingar e partiu pra cima'; que A. se afastou e a vítima 'veio pra cima de mim e eu risquei ele' [...] que agrediu a vítima porque estava sendo ameaçado 'e ele era maior e mais forte que eu' - f. 74/75.

Como se vê, não existem dúvidas de que o golpe de faca desferido pelo recorrente, que acabou por ocasionar a morte da vítima, foi precedido de exaltada discussão.

Como cediço, a conceituação do motivo fútil exclui circunstâncias que possam ter causado exaltação ou revolta no agente. Por isso, a ocorrência de contenda acalorada entre réu e vítima, tendo o ofendido proferido diversas palavras de baixo calão direcionadas ao recorrente, afasta a futilidade do homicídio.

Nesse sentido, a jurisprudência, uniforme e indiscutível, de nossos tribunais. Vejamos: "Em se tratando de crime de homicídio, afasta-se da pronúncia a qualificadora por motivo fútil caso o delito tenha sido precedido de ríspida discussão e agressão física entre réu e vítima" (RT 823/587).

Noutro giro, a qualificadora do homicídio consistente no emprego de recurso que dificulte ou torne impossível a defesa do ofendido pressupõe a ocorrência de ataque sorrateiro, insidioso e inesperado, o que não

ocorreu na espécie, pois o réu esfaqueou a vítima num contexto de exaltada discussão.

Assim, tendo o homicídio sido precedido de desentendimento, tendo testemunhas informado que o ofendido proferiu diversas palavras de baixo calão contra o recorrente, não se pode falar na utilização de recurso que dificultou a defesa do ofendido.

A circunstância de o ofendido encontrar-se embriagado no momento dos fatos não é suficiente a configurar a utilização de recurso que dificultou ou impossibilitou a defesa da vítima. Isso porque não se extrai dos depoimentos colhidos que a vítima estivesse destituída de suas forças ou fosse incapaz de se orientar no tempo e no espaço. Assim, não se encontrando a vítima em situação de incapacidade, não se pode presumir que o réu tenha se aproveitado de sua embriaguez para surpreendê-lo com um ataque.

Desse modo, diante da manifesta improcedência das qualificadoras articuladas na denúncia, impõe-se a exclusão delas da decisão de pronúncia, devendo o réu ser levado a Juri pelo delito de homicídio simples.

Com esses fundamentos, dou provimento ao recurso para excluir da pronúncia as qualificadoras nela reconhecidas, ficando o réu pronunciado pela prática de homicídio simples.

Custas, ao final.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES RENATO MARTINS JACOB e NELSON MISSIAS DE MORAIS.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Estelionato - Disposição de coisa alheia como própria - Comercialização de bens de pessoa jurídica sem anuência do sócio - Fraude de contrato de compra e venda - Aproveitamento de nulidade contratual a que deu causa - Obtenção de vantagem ilícita em prejuízo alheio - Art. 171, § 2º, I, do Código Penal - Tipicidade - Condenação

Ementa: Penal. Estelionato. Disposição de coisa alheia como própria. Sentença absolutória. Improcedência. Matéria fática. Materialidade e autoria comprovadas. Condenação que se impõe.

- Comete o crime de estelionato aquele que, com prévia intenção de fraudar contrato de compra e venda, vende bens de pessoa jurídica sem a necessária anuência do sócio, e, aproveitando-se da nulidade contratual a que deu causa, dolosamente, obtém indevida vantagem ilícita em prejuízo alheio.

**APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0672.12.006400-7/001 -
Comarca de Sete Lagoas - Apelante: Ministério Público
do Estado de Minas Gerais - Apelado: A.F.S. - Vítima:
A.E.I.L. - Relator: DES. JÚLIO CEZAR GUTTIERREZ**

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 4ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em DAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 1º de junho de 2016. - *Júlio Cezar Gutierrez* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. JÚLIO CEZAR GUTTIERREZ - A.F.S., qualificado nos autos, foi denunciado como incurso nas sanções do art. 171, § 2º, I, do Código Penal, porque, entre os anos de 2008 e 2009, obteve, para si, mediante meio fraudulento, vantagem ilícita consubstanciada na venda e dação em pagamento de imóveis alheios como próprios.

O MM. Juiz de Direito da 2ª Vara Criminal da Comarca de Sete Lagoas julgou improcedente o pedido contido na denúncia, para absolver o réu, por insuficiência de provas da materialidade delitiva (f. 243/247).

Irresignado, o Ministério Público recorreu, pleiteando a condenação do réu nos termos da denúncia (f. 252/255v.).

Contrarrazoando, a defesa se bate pelo conhecimento e improvimento do recurso (f. 260/262).

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra da ilustre Procuradora Sirlene Reis Costa, opina pelo conhecimento e provimento do recurso (f. 270/272v.).

É, em síntese, o relatório.

Conheço do recurso, presentes os pressupostos de admissibilidade.

Não se vislumbrando vício na prestação jurisdicional, passo ao exame do mérito.

Materialidade e autoria.

O Ministério Público pugna pela condenação de A.F.S. nas sanções do art. 171, § 2º, por quatro vezes, na forma do art. 71, ambos do Código Penal, porque, entre 2008 e 2009, obteve, para si, vantagem ilícita ao vender vários imóveis da empresa “República do Automóvel Comércio de Veículos Ltda.”, como se fossem de sua propriedade, confundindo, arditamente, sua personalidade com a personalidade da citada pessoa jurídica, violando o ato constitutivo desta. Consta que, em 06.08.2008 (1º fato), 05.01.2009 (2º fato), 05.02.2009 (3º fato) e 14.05.2009 (4º fato), respectivamente, o apelante, passando-se por legítimo proprietário da empresa, vendeu três apartamentos e uma loja do edifício situado no [...] centro de Sete Lagoas, para a empresa “Astra Empreendimentos Imobiliários Ltda”, nos valores de R\$120.000,00 (cento e vinte mil reais), R\$100.000,00

(cem mil reais), R\$130.000,00 (cento e trinta mil reais) e R\$50.000,00 (cinquenta mil reais).

A meu sentir, assiste razão ao apelante, não merecendo prosperar o fundamento absolutório no sentido da ausência de provas da materialidade delitiva.

A ocorrência dos crimes, vale dizer, a prova material da infração se fez colacionada em vasta documentação que compõe o acervo de provas, a saber, o contrato de incorporação celebrado entre o apelado, por meio da empresa “República do Automóvel Comércio de Veículos Ltda”, e “Astra Empreendimentos Imobiliários Ltda”, representada por C.C.A. (f. 10/10v.); a Segunda Alteração Contratual da empresa “República do Automóvel Comércio de Veículos Ltda” (f. 11/13); os quatro Termos Aditivos ao Contrato de Incorporação, nos quais o réu, por meio da referida empresa, vendeu quatro unidades habitacionais à empresa “Astra” (f. 15/18); as notificações extrajudiciais realizadas pelo sócio F.E.O.S. (f. 20/21 e 66) e pelo apelado (f. 61); o Laudo de Avaliação Direta de Bem Imóvel em Vistoria em Via Pública (f. 89/98); e a Certidão de Registro de Imóvel de f. 78/79.

Da referida documentação, resta demonstrado, de forma cristalina, que o apelado mantinha um relacionamento amoroso com a vítima C.C.A., proprietária da “Astra Empreendimentos Imobiliários Ltda”, e, aproveitando-se da confiança que esta lhe depositara, obteve, em desfavor dela, indevida vantagem ilícita, por meio de fraude na celebração de um contrato de incorporação imobiliária e sucessivos termos aditivos, senão vejamos.

Consta que o apelado, por meio da “República do Automóvel Comércio de Veículos Ltda”, celebrou com a empresa “Astra Empreendimentos Imobiliários Ltda”, um contrato de incorporação imobiliária (f. 10/10v.) tendo como objeto a realização de projeto e construção de um edifício de três andares (quatro apartamentos por andar e duas lojas) em um lote pertencente ao apelado (pessoa física).

Consta que os contratantes se comprometiam a edificar a obra em conjunto e, ao final, cada um teria 50% (cinquenta por cento) do empreendimento. No mesmo ato, o apelado (pessoa física), vendeu para a empresa “Astra”, pelo preço de R\$60.000,00 (sessenta mil reais), 50% (cinquenta por cento) do lote (uma área de terreno de 434,60m²) onde seria feita a edificação, situado no [...] centro de Sete Lagoas (Cláusula 1ª, parágrafo único).

O contrato foi celebrado em 18.09.2007, mas, nos anos seguintes, em 2008 e 2009, alegando dificuldades financeiras em arcar com a sua parte na consecução da obra, o apelado, por meio da empresa “República do Automóvel Comércio de Veículos Ltda”, celebrou 04 (quatro) Termos Aditivos ao referido contrato de incorporação imobiliária com a vítima, “Astra Empreendimentos Imobiliários Ltda”, no qual ele vendeu para esta, antecipadamente, 03 (três) apartamentos e 01 (uma) loja do edifício em construção, mediante o recebimento de um sinal, à vista, e o restante a ser desembolsado pela vítima

para pagamento das despesas diárias na obra, conforme planilha de gastos e cronograma de construção (f. 15/18).

Somando tudo que foi dado em pagamento, à vista, nestes termos aditivos, a vítima pagou ao apelado, R\$133.450,00 (cento e trinta e três mil, quatrocentos e cinquenta reais) em dinheiro e um veículo Pajero, e desembolsou, para custeio da obra, R\$226.550 (duzentos e vinte e seis mil, quinhentos e cinquenta reais), perfazendo um total de R\$400.000,00 (quatrocentos mil reais).

Ao fim desses contratos, e em cumprimento do estritamente avençado, a vítima, que já era dona de metade do empreendimento (lembre que ela adquiriu metade do terreno, consoante venda realizada no Contrato de Incorporação), passaria a ser proprietária de 09 (nove) unidades habitacionais (apartamentos) e 02 (duas) lojas do edifício, enquanto o apelado ficaria com 03 (três) apartamentos.

O último termo aditivo foi celebrado em 19.05.2009 (f. 18); ocorre que, em 05.10.2010, consoante Certidão de Registro de Imóvel de f. 78/79, o apelado, em nítido ato de fraude, vendeu o lote onde foi edificado o empreendimento para a própria empresa, “República do Automóvel Comércio de Veículos Ltda”, sem resguardar, sequer, o direito de propriedade da vítima (50%) sobre o referido terreno, avençado no Contrato de Incorporação de f. 10/10v.

Assim, segundo a vítima:

[...] quando o prédio ficou pronto e foram averbar a construção, o relacionamento da declarante e do acusado já tinha terminado, e o A. acabou incorporando o terreno onde foi feita a construção para a empresa dele, denominada República do Automóvel; que, diante disso, a declarante não tem nenhum documento das unidades que possui no referido prédio, apesar de todos os termos aditivos terem sido regularmente registrados em cartório à época; que tem apenas a posse de nove unidades do prédio, ou seja, não pode vendê-los em razão da documentação ainda não estar regularizada. (f. 177)

Mas a fraude não para por aí.

Da leitura da Segunda Alteração Contratual da empresa “República do Automóvel Comércio de Veículos Ltda” (f. 11/13), vigente à época da celebração dos contratos e do qual o apelado era sócio cotista junto com seu filho menor de idade, F.E.O.S., os poderes do apelante, como sócio-administrador, se limitavam à comercialização de bens móveis e incorporação de bens imóveis, sendo-lhe vedada, contudo, a alienação de bens imóveis sem a autorização do outro sócio. Ou seja, o apelado estava absolutamente ciente de que não poderia comercializar bens imóveis sem a anuência deste, ou seja, sem a assinatura da representante legal do menor, sua ex-esposa T.D.O., que assina a alteração contratual em nome do filho.

Neste sentido, a fim de dar ares de legalidade à fraude em curso, e valendo-se de nulidade a que deu causa, o apelado orientou seu filho F.E.O.S., que havia

recém completado 18 (dezoito) anos, a notificar a vítima (f. 20/21) e a si próprio (f. 66), de que, como não houve a sua autorização como sócio cotista, seriam nulas de pleno direito as transações de compra e venda dos imóveis realizadas pela República do Automóvel Comércio de Veículos Ltda com a “Astra Empreendimentos Imobiliários Ltda”.

Embora F.E. negue que tenha sido orientado pelo pai a fazê-lo (f. 46/47), tudo leva a crer o contrário, pois não é crível que um jovem, alheio ao empreendimento do pai e que acabou de completar 18 (dezoito) anos, fosse capaz de compreender, sozinho, questões jurídicas tão complexas, que envolvem intrincada comercialização imobiliária. Observe-se que F.E. justifica a notificação argumentando que considerou o aditamento “prejudicial à empresa e ao próprio declarante” (f. 46/47), fato que, a meu sentir, ele não tinha condições de perceber sozinho naquela idade. Ademais, só em juízo ele soube dar uma explicação efetiva para o fato, alegando que considerou os aditamentos nulos “porque [os apartamentos] foram vendidos por preço abaixo do mercado, além de não haver anuência do declarante e/ou de sua mãe” (f. 181).

No que tange à alegação de F.E., de que os apartamentos foram vendidos abaixo do preço de mercado, tenho que isso não encontra respaldo nas provas dos autos. A perícia de avaliação direta do imóvel (laudo de f. 89/98) estimou em R\$161.500,000 (cento e sessenta e um mil e quinhentos reais) o custo médio de construção de cada apartamento, segundo valores da época da avaliação, realizada em 27.03.2012. Dado que a venda questionada ocorreu bem antes, em 2008 e 2009, havendo que se computar, pois, o crescente aumento do custo da obra nestes três ou quatro anos, concluo que o valor da avaliação é absolutamente condizente com o valor de cada apartamento comercializado nos aditivos questionados, a saber, R\$120.000,00 (cento e vinte mil reais), R\$100.000,00 (cem mil reais) e R\$130.000,00 (cento e trinta mil reais).

Observe-se que os apartamentos foram comercializados na planta, ou seja, na ocasião da venda eles estavam em fase de construção - mesmo porque nesta transação a vítima assumira os custos da obra -, ou seja, em verdade, não houve a compra e venda de um bem imóvel acabado - como induz a crer F.E. em sua argumentação -, mas da celebração de um aditivo ao contrato de incorporação imobiliária em que a vítima, por meio da empresa “Astra”, passa a assumir uma parte maior na construção, resultando, assim, na natural e correta incorporação das correspondentes unidades imobiliárias.

Ademais, a elidir qualquer dúvida quanto ao intuito de fraude para prejudicar a vítima, basta ver que F.E. não questionou a venda de 02 (dois) apartamentos do prédio (também em fase de construção), feita pelo apelado a terceira pessoa, em condições absolutamente semelhantes às tabuladas com a vítima. Com efeito, consta que, 29.05.2009, poucos dias depois da celebração do último termo aditivo com a vítima, o apelado vendeu

02 (dois) apartamentos no mesmo prédio, pelo valor de R\$240.000,00 (duzentos e quarenta mil) - R\$120.000,00 (cento e vinte mil) cada - à pessoa O.G.M. (f. 70/71 e 180/180v.). Conforme declarações deste e Contrato de Compra e Venda de f. 23, tais apartamentos (e um veículo no valor de R\$80.000,00) foram dados em pagamento de uma dívida de R\$320.000,00 (trezentos e vinte mil reais) contraída pelo réu, perante o Sr. O., em negócios anteriores envolvendo a compra e venda de veículos.

Igualmente, vê-se (f. 25/26) que o apelado ainda vendeu pelo preço de R\$180.000,00 (cento e oitenta mil reais) uma última unidade habitacional do prédio (apto nº 104) - mas, desta feita, com a obra já concluída, o que justificaria a valorização do bem em consonância com os valores anteriores -, transação esta que também não foi questionada por F.E..

Indago, se F. estava se sentindo prejudicado com a atuação do pai, que vendeu bens sem a sua autorização e por preço abaixo do mercado, por que não apresentou notificação contra os outros adquirentes?

Interessante mencionar, ainda, que, mesmo após ser notificado pelo filho "quanto a atitudes ilegais e inadequadas tomadas à frente da administração da empresa" e de que, a partir daquele momento, passaria a se exigir "a assinatura de todos os sócios" para "qualquer negócio jurídico realizado pela sociedade" (Notificação de f. 66), o apelado continuou a realizar negociatas sem a assinatura do filho, tanto que, em março de 2012, celebrou contrato de aluguel de um dos imóveis em nome próprio (f. 101/106), o que, mais uma vez, me convence de que a referida notificação não passou de uma fraude para dar "ares" de credibilidade à notificação enviada à vítima.

Assim, tenho por falacioso o argumento de F.E. de que o apelado não estava autorizado a comercializar bens imóveis da sociedade sem a sua autorização, pois, a meu sentir, isto não passou de um meio de que se valeu o réu para obter indevida vantagem ilícita em prejuízo da vítima. Com efeito, o réu tinha plena ciência da regra que ele mesmo inseriu - quiçá, de forma premeditada - no contrato social da empresa, o que demonstra o dolo do agente no sentido de prejudicar a vítima.

Ademais, a par de tudo isso, é de vital importância compreender que o apelado era o legítimo proprietário, enquanto pessoa física, do lote em que fora edificado o empreendimento, e que ele alienou metade do lote em favor da empresa "Astra", como consta da Cláusula Primeira, parágrafo único, do Contrato de Incorporação (f. 10/10v.), inexistindo, quanto a esta transação, qualquer óbice legal (relativo ao contrato social da empresa, já que atuou como pessoa física) que justificasse a conduta posterior, mais uma vez fraudulenta, de alienar a totalidade deste terreno para a sua própria empresa ("República do Automóvel") sem resguardar o direito da vítima, restando, patente, portanto, o intuito de fraudar o contrato em prejuízo da mesma.

Como se vê, resta demonstrado que o apelado, por sua atuação desastrosa na condução do empreendimento - já que sem capital teve que transferir metade da incorporação à vítima no decorrer das obras, e vender os apartamentos que lhe restaram para quitar dívidas contraídas -, acabou, ao final, por não deter a propriedade de todas as unidades habitacionais que pretendia. Tudo me leva a crer, vislumbrando este desastroso fim comercial, ou previamente imbuído da intenção de obter indevida vantagem ilícita, o apelado engendrou a fraude em questão na tentativa desesperada de obter lucro ilícito, contando, para tanto, com a ajuda do filho.

Por fim, no que tange à alegação do apelado, de que ele próprio tentou ressarcir a vítima de seu prejuízo, enviando-lhe notificação "para, em prazo razoável, apresentar comprovação dos investimentos realizados, para que o notificante possa, dentro de suas possibilidades, apresentar proposta de ressarcimento dos mesmos" (f. 61), tenho que não passa de uma falácia, mais um ardil empregado pelo agente no intuito de desfazer o negócio entabulado com a vítima e obter indevida vantagem ilícita.

Ora, como a própria vítima afirmou em juízo, o apelado "nunca iniciou uma tratativa com a declarante acerca de valores para tentar compor com a mesma" (f. 177/178) e, de mais a mais, resta claro que ela adquiriu os imóveis a título de investimento imobiliário, ou seja, para renegociá-los quando entendesse por bem, investimento para o qual despendeu grande quantia em dinheiro, sendo descabida, portanto, a pretensão contida na notificação, de mero ressarcimento do investimento realizado sob a pretensa nulidade dos atos praticados - nulidade esta, ao que estou convencido, para a qual o apelado deu causa ao vender bens alheios em nome próprio.

Observe-se, derradeiramente, que a prova dos autos indica ser a vítima uma pessoa extremamente séria e respeitada no ramo imobiliário, ex vi do Relatório Policial de f. 107/118 e do depoimento de O.G.M. (f. 70/71), ao passo que, quanto ao apelante, esta testemunha afirma "que não tem nenhum intuito de entabular outros negócios com A. [...] na medida em que a experiência empresarial com ele fora extremamente desagradável" (f. 71).

Portanto, valendo-se de fraude e ardil, ou seja, com a prévia intenção de fraudar contrato de compra e venda, o apelado vendeu bens de pessoa jurídica sem a necessária anuência do sócio, e, aproveitando-se da nulidade contratual a que deu causa, dolosamente, obteve indevida vantagem ilícita em prejuízo alheio, conduta que reflete elemento subjetivo típico do estelionato, e não fraude civil, uma vez que nesta hipótese a vantagem ilícita não é *ab initio* premeditada pelo agente.

A propósito, preleciona a doutrina:

Segundo a doutrina, não há apenas fraude civil mas sim estelionato quando houver: propósito *ab initio* do agente de não prestar o equivalente econômico; um dano social e

não meramente individual; violação do mínimo ético; um perigo social, mediato ou indireto; uma *mise-en-scène* para iludir; lucro ilícito e não do negócio etc. Certo é que o mero inadimplemento de um contrato não constitui estelionato. De qualquer forma, é certo que em qualquer negócio jurídico, havendo fraude, pode existir o crime de estelionato (MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Código de Processo Penal interpretado*. São Paulo: Atlas, 2003. p. 1.360).

O apelado induziu a vítima em erro para obtenção de indevida vantagem; portanto, não se trata de simples desacordo comercial. O acervo de provas não poderia ser mais escorreito, não dando ensejo a nenhum laivo de dúvida quanto à materialidade e à autoria delitivas, bem como quanto à caputação da conduta, que se amolda perfeitamente ao tipo previsto no art. 171, § 2º, I, do Código Penal.

Assim, diversamente do que foi decidido na r. sentença hostilizada, entendo que as provas são suficientes para a condenação, bem como quanto à caputação da conduta, que se amolda perfeitamente ao crime de estelionato.

Portanto, hei por bem acolher a irressignação do apelante para condenar o réu pelo delito do art. 171, § 2º, I (quatro vezes), c/c art. 71, *caput*, ambos do Código Penal.

Aplicação da pena.

Passo, pois, a aplicar as penas.

A culpabilidade, entendida como o juízo de reprovação da conduta, ultrapassa aquela normal da espécie, pois há fortes indícios de que o apelado se aproveitou da confiança da vítima, que se envolveu amorosamente com ele, para obter indevida vantagem ilícita, aproveitando-se, ainda, da credibilidade e experiência dela no ramo imobiliário para iniciar um investimento conjunto. O apelado é primário e tem bons antecedentes (CAC de f. 119). Há elementos para desabonar a conduta social, tendo em conta o depoimento da testemunha O.G.M. (f. 70/71). A personalidade não pôde ser aferida. Circunstâncias desfavoráveis, tendo em vista que o réu envolveu seus familiares na consecução da fraude. Consequências também desfavoráveis, dado o alto valor envolvido nas transações e o grande prejuízo suportado pela vítima. Esta em nada contribuiu para a ocorrência dos fatos, ao contrário, foi ludibriada em sua boa-fé.

Em face das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, majoritariamente desfavoráveis ao réu, fixo as penas-base em 02 (dois) anos e 01 (um) mês de reclusão e 20 (vinte) dias-multa.

Considerando que o réu praticou quatro crimes, em condições semelhantes de tempo, lugar e maneira de execução, reconheço a regra do crime continuado (art. 71, *caput*, do CP) e elevo a pena em 1/4 (um quarto), concretizando a reprimenda, à míngua de outros fatores de alteração, em 02 (dois) anos, 07 (sete) meses e 07 (sete) dias de reclusão e 25 (vinte e cinco) dias-multa.

O regime inicial deverá ser o aberto (art. 33 e parágrafos do Código Penal).

Preenchendo o apelado os requisitos para a substituição prevista no art. 44 do Código Penal, uma vez que se trata de réu primário e de crime cometido sem violência ou grave ameaça à pessoa, substituo a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviços à comunidade, pelo mesmo tempo da pena privativa de liberdade, e prestação pecuniária de 100 (cem) salários mínimos, a ser destinada à vítima "Astra Empreendimentos Imobiliários Ltda.".

Justifico o montante estipulado em face da condição financeira do réu, empresário no ramo imobiliário e de veículos, devendo-se registrar que o valor poderá ser deduzido do montante de eventual condenação em ação de reparação civil, nos termos do art. 45, § 1º, do Código Penal.

Conclusão.

Por estas razões, dou provimento ao recurso para condenar A.F.S. nas iras do art. 171, § 2º, I (quatro vezes), c/c art. 71, *caput*, ambos do Código Penal.

Custas na forma da lei.

É como voto.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES DOORGAL ANDRADA e HERBERT JOSÉ ALMEIDA CARNEIRO.

Súmula - DERAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Desaforamento - Possibilidade - Interesse da ordem pública - Dúvida sobre a imparcialidade do Júri - Periculosidade dos réus - Temor da população - Requisitos suficientemente demonstrados - Falta de estrutura na comarca - Comprovação - Deslocamento para a Capital do Estado - Impossibilidade - Art. 427 do CPP - Existência de comarcas mais próximas - Desaforamento parcialmente deferido

Ementa: Desaforamento. Interesse da ordem pública e dúvida sobre a imparcialidade do Júri. Possibilidade. Periculosidade dos réus e temor da população suficientemente demonstrados. Falta de estrutura na comarca comprovada. Deslocamento para a Capital do Estado incabível. Existência de comarcas mais próximas onde não se verificam os mesmos motivos para o deslocamento. Desaforamento parcialmente deferido.

- Não há como deixar de deferir o desaforamento solicitado, se demonstrada a existência de fundada dúvida sobre a imparcialidade do Júri, diante do temor mani-

festado ou demonstrado por pessoas envolvidas no caso e, principalmente, se comprovado o interesse de ordem pública, atestado não só pelo Ministério Público e pela juíza presidente, mas pela própria Polícia Militar e pelo juiz diretor do foro.

- Em respeito à determinação legal contida no *caput* do art. 427 do CPP, quanto à preferência que se deve dar às comarcas mais próximas, não há que se falar em deslocamento do julgamento para a Capital do Estado se existirem comarcas, de médio ou grande porte, mais próximas que essa, que podem comportar o julgamento, sem prejuízo para a ordem pública ou para a imparcialidade do Júri.

DESAFORAMENTO JULGAMENTO Nº 1.0000.16.0073 17-7/000 - Comarca de Capelinha - Requerente: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Requerido: Juiz de Direito da 1ª Vara Cível e Criminal de Execuções Penais da Comarca de Capelinha - Relator: DES. JAUBERT CARNEIRO JAQUES

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 6ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em DEFERIR EM PARTE O PEDIDO DE DESAFORAMENTO.

Belo Horizonte, 17 de maio de 2016. - *Jaubert Carneiro Jaques* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. JAUBERT CARNEIRO JAQUES - Trata-se de pedido de desaforamento de julgamento com pedido de suspensão da sessão do Júri, requerido pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais, em face do julgamento dos réus J.S. e M.R.A.A., que foram denunciados como incurso no art. 121, § 2º, I, IV e V, c/c o art. 14, II, na forma do art. 29, *caput*, todos do Código Penal.

Quanto aos fatos, segundo a denúncia (f. 24/26-TJ), no dia 28.06.2014, por volta das 16h40min [...], os denunciados, de comum acordo e unidade de desígnios, agindo com *animus necandi*, com o fim de assegurar a impunidade de outro crime, por motivo torpe e mediante recurso que dificultou a defesa da vítima, desferiram disparos contra E.S., iniciando, assim, um crime de homicídio que só não se consumou por circunstâncias alheias à vontade dos agentes.

Extraí-se dos autos que, após tomar ciência de que sua amásia havia sido presa em flagrante delito pela prática de tráfico de drogas em razão de ter sido delatada por E., J.S. juntou-se a M.R.A.A.; e, portando uma arma de fogo, se dirigiram ao local de trabalho do ofendido.

Ao depararem com a vítima, os réus passaram a agredi-la com socos e chutes. Ato contínuo, J. teria sacado a arma que trazia consigo e efetuado um disparo

contra E., que não foi atingido, conseguindo desvencilhar-se dos agressores e fugir do local.

Após o devido trâmite do feito, os réus foram pronunciados nos termos da denúncia, tendo sido designada sessão plenária para o julgamento pelo Júri no dia 21.07.2016, às 8h30min.

No entanto, o Ministério Público apresentou pedido de desaforamento do julgamento, alegando, em síntese, que a “necessidade de desaforamento do julgamento é medida salutar ao processo, pois os acusados são réus de alta periculosidade e temidos na região da Comarca de Capelinha/MG, fato que conduz ao comprometimento da imparcialidade do julgamento pelo corpo de jurados” (f. 04-TJ).

O douto Promotor busca evidenciar, em sua peça, a periculosidade dos réus, argumentando que J. é um criminoso conhecido na região, sendo muito temido na comarca, já tendo sido processado várias vezes por tráfico de drogas. Quanto a M., aduz que ele possui como meio de vida a “pistolagem”, recebendo quantias em dinheiro para ceifar a vida de pessoas na região, sendo conhecido na cidade pela prática de diversos homicídios, incutindo medo generalizado na população.

Nesse sentido, destaca que até mesmo policiais militares e um representante eleito pela sociedade solicitaram a manutenção do sigilo de seus dados por temerem os réus, sustentando que tal temor não será diferente com os jurados.

Frisa que os réus conseguiram fugir da cadeia pública da comarca após terem sido presos preventivamente.

Assim, sustenta que:

a isenção e a imparcialidade dos jurados, cidadãos deste Município, ficarão comprometidas, pois, em razão de terem as suas convicções afetadas pelo temor que os réus inspiram, poderão eles realizar um julgamento injusto, absolvendo os acusados quando deveriam condená-los (f. 05-TJ).

Em seguida, argumenta que há interesse da ordem pública no caso, salientando que a cidade é de pequeno porte, oferecendo aos réus a possibilidade de identificar todos os jurados que comporão o Conselho de Sentença, comprometendo o julgamento, já que em cidades pequenas é natural que seus habitantes sejam conhecidos uns dos outros, mesmo que só de vista.

Além disso, relata que a comarca não dispõe de condições de segurança pública suficiente para sediar uma sessão de julgamento desse jaez. Nesse aspecto, informa que foi encaminhado

ofício ao Juiz Diretor do Foro, solicitando informações sobre as dimensões do Salão do Júri e a segurança do recinto, este informou que o local não possui quaisquer condições para a realização da sessão plenária, haja vista que sua diminuta extensão dificulta um maior aparato de forças policiais para a garantia da tranquilidade e segurança do julgamento, além de sua estrutura deixar vulnerável o corpo de jurados em razão de sua posição física dentro do local (documento anexo) (f. 06-TJ).

Acrescenta que a realização do julgamento demandaria a mobilização de todo o efetivo policial disponível na comarca, deixando desguarnecido o restante da cidade.

Destarte, conclui que não há dúvida de que “estamos diante de duas das situações descritas no art. 427 do CPP, dúvida sobre a imparcialidade do Júri e interesse da ordem pública”.

Por fim, o requerente afirma que, apesar de o CPP determinar que o julgamento deva ser transferido preferencialmente para as comarcas mais próximas, nenhuma das comarcas vizinhas oferece condições para um julgamento isento, requerendo que o desaforamento seja feito para a Capital do Estado.

Alega que é inviável a transferência do Júri para comarca de menor porte, pois são sabidamente mais influenciáveis, sendo que o conhecimento e a influência dos réus também ultrapassam os limites da comarca, respondendo eles, inclusive, a outros processos na região.

Colaciona doutrina e jurisprudência ao longo da peça para corroborar seus argumentos.

Diante disso, pugna pelo desaforamento do presente julgamento para a Comarca de Belo Horizonte/MG.

Requer, ainda, liminarmente, que seja determinada a suspensão da sessão do Tribunal do Júri, designada para 21.07.2016, até a apreciação definitiva da pretensão.

O pedido de suspensão da sessão do Júri foi indeferido às f. 479/481-TJ.

Informações prestadas pela autoridade indigitada coatora às f. 489/490-TJ, acompanhadas de cópias de documentos às f. 490-v./518-TJ.

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça, exarado pela douta Procuradora Nadja Kelly Pereira de Souza Miller às f. 520/521-TJ, opinando pelo deferimento do pedido de desaforamento, por entender que

as alegações trazidas aos autos são suficientes para suspeitar da isenção dos jurados para procederem ao julgamento, notadamente pelas impressões apresentadas pelo Titular da ação penal, acostadas às f. 02/09-TJ, corroboradas pelo MM. Juiz da Comarca de Monte Carmelo (f. 489/490) [...] (f. 520-v.-TJ).

O julgamento foi convertido em diligência em duas oportunidades (f. 523 e 529), para que fossem juntadas as respostas dos acusados, as quais foram devidamente remetidas e juntadas às f. 535/536-TJ pelo réu M.; e, às f. 536-v./538-TJ, pelo acusado J.

Na resposta dos réus, verifica-se que a defesa de ambos argumenta, em síntese, que as alegações do Ministério Público quanto à periculosidade deles não foram comprovadas, não passando de meras conjecturas, que não poderiam afastar o direito constitucional dos acusados de se verem julgados pelo juízo natural.

É o relatório. Decido.

Em primeiro lugar, insta ressaltar que o desaforamento é medida excepcional, regularmente prevista nos

arts. 427 e 428 do CPP, nos quais constam as hipóteses que autorizam seu deferimento, como se observa no *caput* dos arts. 427 e 428:

Art. 427. Se o interesse da ordem pública o reclamar ou houver dúvida sobre a imparcialidade do júri ou a segurança pessoal do acusado, o Tribunal, a requerimento do Ministério Público, do assistente, do querelante ou do acusado ou mediante representação do juiz competente, poderá determinar o desaforamento do julgamento para outra comarca da mesma região, onde não existam aqueles motivos, preferindo-se as mais próximas.

Art. 428. O desaforamento também poderá ser determinado, em razão do comprovado excesso de serviço, ouvidos o juiz presidente e a parte contrária, se o julgamento não puder ser realizado no prazo de 6 (seis) meses, contado do trânsito em julgado da decisão de pronúncia (destacamos).

Deflui das normas supracitadas, pois, que são quatro as hipóteses que autorizam o desaforamento do julgamento, quais sejam: o interesse da ordem pública; dúvida sobre a imparcialidade do Júri; dúvida acerca da segurança pessoal do acusado; e se for comprovado o excesso de serviço.

No caso, foram invocados dois dos requisitos necessários para o deferimento do desaforamento, o interesse da ordem pública e a dúvida sobre a imparcialidade do Júri, razão pela qual se passa à análise detida da efetiva ocorrência de cada um deles.

Quanto à dúvida sobre a imparcialidade do Júri, alega o requerente, em síntese, que os acusados são réus de alta periculosidade e temidos na região da Comarca de Capelinha/MG, fato que conduz ao comprometimento da imparcialidade do julgamento pelo corpo de jurados.

Por sua vez, os réus sustentaram que o Órgão Acusatório não cuidou de comprovar tais alegações, que seriam meras suposições.

Pois bem. Analisando detidamente os documentos juntados aos autos, observo que, de fato, o Ministério Público faz acusações que não foram devidamente comprovadas, como o fato de que M. seria um “matador de aluguel” e que J. seria um temível traficante.

Contudo, depreende-se, especialmente das fichas criminais dos denunciados - M., às f. 58/70-TJ (FAC) e 386/390-TJ (CAC), e J., às f. 104/118-TJ (CAC e FAC) -, que há, sim, lastro probatório indicando o envolvimento deles com crimes de homicídio e tráfico de drogas, respectivamente, assim como que eles incutem medo na população local.

Nesse sentido, destaca-se a suposta ameaça de morte que teria sido proferida por M. contra o policial militar responsável pela sua recaptura, o qual, temeroso, lavrou boletim de ocorrência e formalizou representação, como se verifica às f. 490-v./494. Assim como o fato de a vítima e uma testemunha do presente feito terem se mudado da comarca por temor dos acusados, conforme informou o Magistrado de 1º grau:

[...] sendo importante ressaltar que a vítima destes autos, E.S. e a testemunha V.P.S. se encontram em local incerto e não sabido, o que confirma o temor que os acusados incutem nas pessoas (f. 489-v.).

Diante de tais indícios, entendo que as suspeitas de manifesto temor da população em relação aos acusados, levantadas pelo Ministério Público e corroboradas pelo Magistrado singular (f. 489/490), são aptas a caracterizar, ao menos, a dúvida concreta sobre a imparcialidade dos jurados.

Digo, não vejo como qualificar os acusados como profissionais do crime, seja como matador, seja como traficante, mas verifico, no caso concreto, que há indícios suficientes de que eles possuem uma série de envolvimento criminais e que adotam condutas ousadas - como a fuga da cadeia pública -, o que gera temor na população local.

Dessa forma, não há que se falar em ofensa ao princípio do juiz natural, como alegou a defesa do réu J., haja vista que o desaforamento visa justamente impedir que se constitua um Conselho de Sentença parcial, como leciona o doutrinador Guilherme de Souza Nucci:

Não há ofensa ao princípio do juiz natural, porque é medida excepcional, prevista em lei, e válida, portanto, para todos os réus. Aliás, sendo o referido princípio uma garantia à existência do juiz imparcial, o desaforamento se presta justamente a sustentar essa imparcialidade, bem como a garantir outros importantes direitos constitucionais (integridade física do réu e celeridade no julgamento) (NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 8. ed. rev., atual. e amp. São Paulo: RT, 2011, p. 760).

Não obstante, mesmo que não reconhecêssemos a presença de tal requisito no caso, observo, no que tange ao argumento de interesse de ordem pública, que há substrato bastante para o desaforamento do julgamento.

Isso porque as alegações do Ministério Público de que a comarca não possui estrutura adequada ou oferece segurança para o julgamento foram ratificadas não só pela Juíza presidente, que atestou “o espaço reduzido do Salão do Júri da Comarca de Capelinha, o que pode colocar em risco a segurança de todos os presentes à sessão de julgamento” (f. 489-v.), mas também pela própria Polícia Militar e pelo Juiz Diretor do Foro, como se depreende dos ofícios constantes às f. 11 e 13-TJ, nos quais se destaca:

[...] Informo que a Polícia Militar de Capelinha não tem condições de garantir a segurança da sessão plenária do Júri de M.R.J.A.A., sem comprometer o policiamento e a segurança da coletividade na comarca. Tal fato se deve em razão do número exíguo de militares disponíveis para o policiamento (Ofício n. 23.005/2016, da 23ª Companhia de Polícia Militar da 14ª Região da Polícia Militar, f. 11-TJ).

Informo-lhe, ainda, que, quando há designação de sessão de julgamento nesta comarca, é requisitado reforço à Polícia

Militar; contudo, diante das dimensões restritas do salão e da posição em que os réus ficam assentados, considero inadequada e insegura a utilização do recinto para realização de sessões de Júri com acusados de reconhecida periculosidade (Ofício n. 65/2015/ADM, do Juiz de Direito Diretor do Foro, f. 13-TJ).

Isto é, restaram devidamente explicitados motivos razoáveis e comprovados de que a ocorrência do julgamento provocará distúrbios ou intranquilidade no local, o que autoriza o desaforamento do julgamento.

Assim sendo, não vejo como deixar de deferir o desaforamento solicitado, tendo em vista não só a existência de fundada dúvida sobre a imparcialidade do Júri, diante do temor manifestado ou demonstrado por pessoas envolvidas no caso, mas também, e principalmente, o interesse de ordem pública, atestado não só pelo Ministério Público e pela Juíza presidente, mas também pela própria Polícia Militar e pelo Juiz Diretor do Foro.

Por outro lado, no que tange ao pleito de deslocamento do julgamento para a Capital do Estado, Belo Horizonte/MG, entendo que razão não assiste ao requerente.

Isso porque, apesar de restar devidamente demonstrado que comarcas próximas, de pequeno porte, também não possuem estrutura adequada, além de as comunidades também sofrerem possível influência dos réus, verifico que há comarcas, de médio ou grande porte, mais próximas que a Capital, que podem comportar um julgamento de tal monta, sem prejuízo para a ordem pública ou para a imparcialidade do Júri.

Nessa esteira, entendo que, em respeito à determinação legal contida no *caput* do art. 427 do CPP, quanto à preferência que se deve dar às comarcas mais próximas, o julgamento poderá ser regularmente realizado na Comarca de Governador Valadares/MG, que se encontra a 200 km de Capelinha/MG, enquanto Belo Horizonte/MG está a mais de 430 km de distância.

Destarte, diante de todo o exposto, defiro parcialmente o pedido de desaforamento, determinando o deslocamento do julgamento para a comarca de Governador Valadares/MG.

Sem custas.

É como voto.

Votaram de acordo com o Relator as DESEMBARGADORAS DENISE PINHO DA COSTA VAL e LUZIENE MEDEIROS DO NASCIMENTO BARBOSA LIMA (JUÍZA DE DIREITO CONVOCADA).

Súmula - DEFERIRAM EM PARTE O PEDIDO DE DESAFORAMENTO.

...

Latrocínio - Desistência voluntária - Interrupção da conduta - Circunstâncias alheias à vontade do agente - Tentativa caracterizada

Ementa: Apelação criminal. Latrocínio. Desistência voluntária. Não configuração. Interrupção da conduta por circunstâncias alheias à vontade dos agentes. Tentativa caracterizada. Recurso não provido.

- Quando a interrupção da conduta criminosa não decorreu de ato voluntário do agente, mas, sim, de circunstâncias alheias à sua vontade, deve ser mantida a condenação pelo crime de latrocínio em sua forma tentada.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0079.15.010004-2/001 - Comarca de Contagem - Apelante: D.F.S. - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Vítima: G.G.C. - Relator: DES. JÚLIO CÉSAR LORENS

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 5ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, à unanimidade, em NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 14 de junho de 2016. - *Júlio César Lorens* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. JÚLIO CÉSAR LORENS - 1 - Relatório.

Perante o Juízo da 4ª Vara Criminal da Comarca de Contagem/MG, D.F.S., alhures qualificado, foi denunciado como incurso no art. 157, § 3º, na forma do art. 14, inciso II, ambos do CP.

Notícia a denúncia que, no dia 05.02.15, por volta das 13h30min, o denunciado, em unidade de designios com outro indivíduo não qualificado, tentou subtrair, mediante grave ameaça exercida com emprego de arma de fogo, a quantia de R\$2.000,00 (dois mil reais) pertencente à vítima G.G.C., não consumando o delito por circunstâncias alheias à vontade dos agentes, já que o ofendido reagiu, vindo a ser atingido por um disparo.

Após o regular trâmite, foi proferida sentença (f. 121/128) para condenar o réu nas sanções do art. 157, § 3º, segunda parte, c/c art. 14, inciso II, ambos do CP, à pena de 13 (treze) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e 06 (seis) dias-multa.

Inconformada, a tempo e modo, apelou a defesa (f. 129/130). Em suas razões recursais (f. 135/140), busca o reconhecimento da desistência voluntária e, em consequência, a desclassificação da infração para os crimes previstos no art. 157, § 2º, incisos I e II, e art. 129, caput, ambos do CP.

Contrarrazões apresentadas, o *Parquet* pugnou pelo não provimento do recurso defensivo (f. 138/140).

Nesta instância, a douta Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo não provimento do apelo (f. 146/154). É o relatório.

2 - Juízo de admissibilidade.

Presentes os pressupostos de admissibilidade e processamento, conheço do recurso.

3 - Fundamentação.

Trata-se de apelação interposta contra a sentença que condenou o réu pela prática do crime de latrocínio em sua forma tentada.

Inexistindo questionamentos preliminares e não vislumbrando nos autos qualquer irregularidade ou nulidade que deva ser declarada de ofício, passo ao exame do mérito recursal.

E, no mérito, como visto, a defesa almeja o reconhecimento da desistência voluntária e, em consequência, a desclassificação da infração para os crimes previstos no art. 157, § 2º, incisos I e II, e art. 129, caput, ambos do CP.

Contudo, razão não lhe assiste.

Conforme se depreende da análise dos autos, o réu, em companhia de um terceiro, estando este na condução de uma motocicleta, enquanto aquele estava na garupa e portava uma arma de fogo, ambos cientes de que a vítima havia realizado uma retirada em dinheiro no banco, deliberaram por abordá-la.

Assim, quando o ofendido saiu do banco, foi abordado pelo apelante, que desceu da motocicleta e anunciou o assalto. A vítima, porém, reagiu, segurando o revólver que o réu portava, momento em que este efetuou um disparo que atingiu a região pubiana do ofendido.

Mesmo depois de atingida, a vítima permaneceu segurando a arma de fogo, o que fez com que o acusado efetuasse novo disparo, o qual, dessa vez, atingiu-a no hemitórax esquerdo (f. 48). Diante disto, a vítima soltou o revólver, e o réu evadiu do local na garupa da motocicleta.

Certo é que as lesões ocasionadas na vítima foram devidamente comprovadas pelo laudo pericial de f. 48.

Já quanto à autoria, além de os policiais militares M.M.R. (f. 98) e C.N.B. (f. 99) terem declarado que o acusado, que foi localizado na posse de uma arma de fogo, confessou a prática do delito, o próprio réu, em seu interrogatório, confirmou a autoria delitiva, senão vejamos:

[...] que na hora em que a vítima 'pulou no revólver' ficou com medo; [...] que realmente efetuou um disparo por estar com medo; que efetuou 02 disparos contra a vítima; que atingiu o ombro e o outro abaixo da barriga; [...] que estava em companhia de um conhecido 'L.'; que L. ficou na moto enquanto o interrogando anunciava o assalto; que sabia que a vítima tinha sacado dinheiro; que sabia disso posto que L. tinha um conhecido dentro do banco [...] (f. 100).

No mesmo sentido, a vítima descreveu que se opôs à ação do acusado e, durante sua reação, este efetuou 02 (dois) disparos de arma de fogo que a atingiram e evadiu-se sem seguida:

Que foi ao banco Bradesco da Praça da Cemig e sacou R\$2.000,00; que, ao se aproximar de seu veículo para ir embora, foi abordado por um indivíduo de capacete; que o indivíduo segurava um revólver em uma das mãos e com a outra empurrou o informante; que o indivíduo disse 'seu safado, me dá o dinheiro que você tirou do banco agora'; que o dinheiro estava no bolso da calça; que o informante não entregou o dinheiro e reagiu segurando o revólver; que então o indivíduo atirou duas vezes; que o primeiro tiro entrou pela virilha e ficou alojado na base do pênis; que o segundo tiro ficou alojado no peito, próximo ao ombro; que, após o segundo tiro, uma motocicleta se aproximou e o indivíduo subiu na garupa dela fugindo do local [...] (f. 97).

Como se sabe, o latrocínio é considerado um crime complexo, haja vista que seu tipo penal é a fusão de dois tipos penais - roubo e homicídio.

No presente caso, nem o roubo nem o homicídio se consumaram, pois, pelas declarações supratranscritas, constata-se que a reação do ofendido impediu que o acusado alcançasse seu intento.

Diversamente do sustentado pela defesa, as alegações do acusado no sentido de que "desferiu dois tiros contra o indivíduo e desistiu do assalto montando na motocicleta" (f. 05), bem como de que "não tinha a intenção de tirar a vida da vítima" (f. 100), não se mostram aptas a configurar a desistência voluntária e, em consequência, a operar a desclassificação do delito.

Primeiramente, porque o acusado efetuou 02 (dois) disparos de arma de fogo contra a vítima, tendo um dos tiros atingido seu hemitórax esquerdo, próximo ao coração.

A meu ver, no momento em que o acusado disparou na região do tórax da vítima, ele demonstrou um intento homicida, ou, no mínimo, assumiu o risco de produzir o resultado morte.

Não houve desistência voluntária, como crê a defesa. A disposição do acusado era a de consumir o roubo, ainda que, para isso, tivesse que atirar e matar a vítima. A dinâmica dos fatos evidencia que o crime somente não resultou em morte porque, por sorte, o tiro não atingiu região vital, tendo o ofendido sido prontamente socorrido. Ademais, o que inibiu a continuidade da conduta criminosa foi a reação da vítima, que obrigou o acusado e seu comparsa a evadirem do local.

Nesse contexto, como a interrupção na conduta criminosa não ocorreu por ato voluntário do agente, ela se subsume perfeitamente ao tipo penal descrito no art. 157, § 3º, c/c art. 14, II, do CP, não havendo que se falar, por conseguinte, em desistência voluntária e desclassificação.

A propósito:

Apelação criminal. Crime de latrocínio tentado. Autoria e materialidade comprovadas. Palavra da vítima corroborada por outros meios de prova. Credibilidade. Absolvção. Não cabimento. Inviabilidade de acolhimento da tese de legítima defesa. Impossibilidade de reconhecimento da desistência voluntária. Cabimento da tentativa no latrocínio. Provas do dolo do agente. Desclassificação para homicídio, lesão corporal leve ou roubo qualificado pelo resultado lesão corporal grave na forma tentada. Inviabilidade. [...] Demonstradas a autoria e a materialidade delitivas, a condenação

do réu é medida que se impõe. - À palavra da vítima deve-se emprestar especial valor, principalmente quando descreve com firmeza o *modus operandi*, e se encontra em consonância com as demais provas constantes dos autos. [...] Se a interrupção da conduta criminosa não se deu de modo voluntário pelo agente, incabível é o reconhecimento do instituto da desistência voluntária. - É pacífico o entendimento do Superior Tribunal de Justiça 'no sentido de que o crime de latrocínio tentado se caracteriza independentemente da natureza das lesões sofridas pela vítima, bastando que esteja configurada a subtração demonstrado o *animus necandi* dos agentes de provocar o evento morte' (AgRg no REsp 1424377/MG). - Inviável é a desclassificação do delito imputado ao réu para lesão corporal leve, roubo qualificado pelo resultado lesão, na forma tentada, ou, ainda, para o crime de homicídio, se restou claro que ele objetivava a realização de subtração dos bens do ofendido e, para tal finalidade, iniciou a execução da morte deste, que, no entanto, foi evitada por eficiente intervenção de terceiro [...] (TJMG, Ap. Crim. nº 1.0549.13.002810-9/001, Rel. Des. Catta Preta, j em 05.03.15).

Recurso especial. Roubo qualificado pelo emprego de arma de fogo. Restabelecimento da condenação por tentativa de latrocínio. Possibilidade. Incontroversa existência do *animus necandi*. Recurso provido. 1. Prevalece nesta Corte o entendimento de que, sempre que caracterizado o dolo do agente de subtrair o bem pertencente à vítima e o dolo de matá-la, não ocorrido o resultado morte por circunstâncias alheias à sua vontade, há tentativa de latrocínio. Precedentes. 2. Para decidir a respeito da eventual desclassificação do delito de latrocínio na modalidade tentada para roubo qualificado pelo emprego de arma de fogo, é necessário analisar a possível existência do *animus necandi* e verificar se o agente atentou contra a vida da vítima, não consumando o delito por circunstâncias alheias à sua vontade. 3. Recurso provido para restabelecer a condenação do recorrido pela prática do crime previsto no art. 157, § 3º, parte final, c/c o art. 14, II, ambos do Código Penal, e, consequentemente, a pena imposta na sentença monocrática (STJ, REsp 1525956/MG, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, j em 24.11.2015).

4 - Dispositivo.

Diante do exposto, nego provimento ao recurso.

Sem custas, em razão de o réu se encontrar assistido pela Defensoria Pública. Assim como voto.

Votaram de acordo com o Relator os DESEM-BARGADORES ALEXANDRE VICTOR DE CARVALHO e PEDRO COELHO VERGARA.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Ameaça - Perigo para a vida ou saúde de outrem - Desobediência a decisão judicial (art. 359, CP) - Desclassificação - Desobediência (art. 330, CP) - Lei Maria da Penha - Medidas protetivas de urgência - Descumprimento - Sanção - Prisão preventiva - Bis in idem

Ementa: Apelação criminal. Crimes previstos nos arts. 132, 147 e 359 do Código Penal. Absolvção quanto

aos dois primeiros. Inviabilidade. Autoria e materialidade comprovadas. *Bis in idem* relativamente ao art. 359 do CP. Alegação de sanção prevista na Lei Maria da Penha. Inocorrência. Desclassificação benéfica do crime previsto no art. 359 do Código Penal. Necessidade. Caracterização dos elementos do art. 330 desse diploma.

- Comprovado que o agente ameaçou de morte sua ex-namorada e familiares dela, bem como derramou gasolina em estabelecimento comercial de que aquela era proprietária, expondo a vida dos que ali se encontravam a risco direto ou iminente, ficam aperfeiçoados em sua configuração típica os crimes previstos nos arts. 132 e 147 do Código Penal.

- Na esteira da jurisprudência firmada pelo Superior Tribunal de Justiça, o descumprimento de medidas protetivas fixadas nos termos da Lei 11.340/06 não configura o delito de desobediência (art. 330 ou 359 do Código Penal), cuidando-se de conduta atípica, visto haver previsão legal de sanção específica cominada ao ato (art. 313, III, do Código de Processo Penal).

- Em homenagem à segurança das relações jurídicas, à hierarquia do Poder Judiciário e ao princípio da confiança, aplica-se ao caso o entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça para, em respeito ao princípio da intervenção mínima, reconhecer a atipicidade do descumprimento de medidas protetivas.

V.v.: - A conduta praticada pelo réu, no sentido de descumprir medidas protetivas fixadas em favor da vítima, subsume-se perfeitamente ao tipo penal previsto no art. 330 do Código Penal, não havendo falar em *bis in idem*, mesmo em face da previsão de decretação da prisão preventiva àquele que não cumpre impostas medidas protetivas.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0027.13.015748-3/001

- **Comarca de Betim - Apelante: A.P.F. - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Vítimas: M.L.T., M.B.S., I.M.F.F. - Relator: DES. PAULO CALMON NOGUEIRA DA GAMA**

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 7ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em DAR PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO, NOS TERMOS DO VOTO DO REVISOR, VENCIDO, EM PARTE, O RELATOR.

Belo Horizonte, 16 de junho de 2016. - *Paulo Calmon Nogueira da Gama* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. PAULO CALMON NOGUEIRA DA GAMA
- Trata-se de recurso de apelação interposto por A.P.F.,

contra a sentença de f. 360/369, na qual foi condenado, pela prática dos crimes previstos nos arts. 147, por três vezes, em continuidade delitiva, 132 e 359, todos do Código Penal, na forma do art. 69 desse diploma, à pena de 7 meses e 12 dias de detenção, em regime inicial aberto, tendo ela sido suspensa.

Narrou a denúncia que, nos dias 12 de março, às 21h, aproximadamente, 25 de abril, por volta das 9h03, e 31 de dezembro, mais ou menos às 14h36, tudo em 2013, na Rua [...], Cidade e Comarca de Betim/MG, o réu ameaçou, por palavras e gestos, sua ex-namorada, M.L.T., de causar-lhe mal injusto e grave, prevalecendo-se de relações íntimas de afeto.

Ainda em 31 de dezembro de 2013, no mesmo local, o agente expôs a vida de M.L.T., M.B.S. e I.M.F.F. a perigo direto e iminente.

O apelante ainda exerceu direitos suspensos por decisão judicial.

M.L.T. e o réu namoraram por quatro anos, tendo o relacionamento terminado em 23 de fevereiro de 2013, o que não foi aceito por ele.

Em 13 de março de 2013, o réu se dirigiu ao endereço de M.L.T. e ali efetuou diversas ameaças contra ela e sua família, afirmando que, se não saíssem da residência, iria matar todos.

No dia 25 de abril do mesmo ano, o réu foi novamente à casa de sua ex-namorada e lhe disse que, caso não reatasse o namoro até o dia 29 de abril, matá-la-ia.

Em 31 de dezembro de 2013, às 14h36, o réu adentrou o salão de beleza de que é proprietária sua ex-companheira. Na posse de um facão e de galões de gasolina, afirmou que ia colocar fogo no local. O agente jogou gasolina por todo o salão, expondo, desse modo, a vida das pessoas que ali se encontravam a perigo direto e iminente.

A denúncia foi recebida no dia 12 de agosto de 2014, f. 235, e a sentença publicada, em mão do escrivão judicial, aos 30 de janeiro de 2015, f. 382, tendo o réu sido devidamente intimado, f. 383.

Inconformado, ele interpôs recurso de apelação, f. 383, pleiteando sua defesa, pelo arrazoadado de f. 392/402, a absolvição dele em relação aos crimes previstos nos arts. 147 e 132 do Código Penal. Especificamente quanto ao delito descrito no art. 359 do mesmo diploma, afirmou que a condenação do agente por sua prática configura *bis in idem*, já que o descumprimento das medidas protetivas gera a decretação da preventiva. Subsidiariamente, requereu a diminuição das reprimendas.

Em contrarrazões de f. 406/409, o Órgão Ministerial local pugnou pelo conhecimento e desprovemento do recurso.

A Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se em f. 410/414, recomendando o conhecimento e não provimento do apelo.

É o relatório.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

Não verifico nulidades ou irregularidades a serem sanadas de ofício, razão pela qual passo ao exame do mérito.

A materialidade delitiva vem confirmada, fundamentalmente, pelo boletim de ocorrência, f. 11/18.

Relativamente à autoria, embora o apelante a tenha negado (dizendo, em juízo, f. 311/312, que fora ao salão da ofendida apenas para mostrar-lhe que era capaz de atear fogo contra si mesmo), demais elementos de convicção, a começar das palavras dela própria, f. 22, atestam o contrário, dando conta do cometimento pelo agente dos crimes previstos nos arts. 147 e 132 do Código de Penal.

Ouvida ainda na fase policial, a vítima afirmou que o casal terminara o relacionamento em 23 de fevereiro de 2013. Desde então, o agente, com frequência, vinha ameaçá-la. Em várias oportunidades, o réu dizia que pegaria uma faca para matá-la. Aos 28 de março do mesmo ano, a declarante e seus familiares tiveram de deixar a residência em que moram em face de ordem do réu, o qual afirmou que, se eles não o fizessem, a todos mataria. A família foi ao interior do Estado, período no qual o apelante, mediante várias pessoas, tentou fazer contato com a ofendida. Conquanto a vítima haja aceitado conversar com A., as ameaças dele advindas, algumas das quais partidas de telefone, continuavam.

As declarações de M.L.T. foram corroboradas em juízo, f. 301/302. Em acréscimo, naquela feita declinou que o agente houvera ido ao salão de beleza onde a ofendida trabalha, isso na posse de um fósforo e três galões de combustível, os quais foram derramados ao chão, tendo o agente, em seguida, a ameaçado novamente. O réu foi atrás da vítima com um facão. No momento, estavam no salão uma criança de 10 anos, sua mãe e a da declarante.

Confirmando a versão da ofendida, os depoimentos de Isabel Maria, f. 303, dos quais se depreende que ela presenciou o momento em que o apelante chegou ao salão na posse dos galões, bem assim afirmando que iria matar sua ex-namorada.

Igualmente, a versão do pai de M.L.T., Américo Torres, f. 304. Disse, além de corroborar as palavras de sua filha, que o chão ficara uma lagoa de gasolina, bem assim que o réu empunhava uma faca de aproximadamente 30 cm, da qual se valeria para “acertar as contas” com M.L.T., conforme ele mesmo, réu, asseverava.

Esse o quadro, não se pode falar em absolvição, seja em relação aos crimes de ameaça, praticados em continuidade, seja no tocante ao crime previsto no art. 132 do Código Penal. Concretamente configurado no vertente caso ante o ato dimanado do agente concernente a ter derramado os galões de gasolina pelo chão, o que, aliado à posse de fósforo, expôs, à evidência, a vida das pessoas que se encontravam no salão a risco, dado

o caráter explosivo de que a gasolina se reveste quando em contato com o fogo, portanto apto a expor a vida de outrem a perigo.

Noutro giro, tenho que razão não assiste à defesa no que pede a declaração de *bis in idem*, ante a previsão da preventiva contra aquele que descumpre medidas protetivas, relativamente ao cometimento do crime previsto no art. 359 do Código Penal.

Tese defensiva essa que venho a rebater na sequência deste voto, ao tempo em que proponho a reclassificação delitual.

Ainda que não desconheça abalizadas opiniões diferentes, julgo que, tratando-se de desobediência à ordem legal de funcionário público, no caso decisão judicial emanada de Juiz de Direito, a conduta praticada pelo réu subsume-se perfeitamente ao tipo penal previsto no art. 330 - caracterizado pelo descumprimento das medidas impostas pela decisão de f. 45/46 - do Código Penal, mesmo havendo previsão de prisão preventiva para o caso de descumprimento de medidas protetivas.

Com efeito, o objetivo do tipo penal em questão é proteger a Administração Pública, especialmente o cumprimento de suas ordens, sendo certo que a prisão preventiva apresenta fim diverso, especialmente voltado à garantia da execução das medidas protetivas de urgência. Tanto é que, finda a medida urgente decretada, deve ser revogada a prisão. Não se olvide que, segundo o Pacto de San José da Costa Rica, do qual o Brasil é signatário, não há espaço para prisão civil, exceto por dívida de alimentos; ou seja, a cautelaridade corporal, no caso da Lei Maria da Penha, para ser legítima, deve estar ligada a alguma hipótese de direito material penal, tal como o art. 330, CPB.

Nesse sentido já decidi este e. Tribunal de Justiça:

Apelação criminal. Delitos de ameaça e desobediência. Preliminares de nulidade. Rejeição. Mérito. Autoria e materialidade comprovadas nos autos. Verossimilhança da versão exposta pela vítima. Narrativa corroborada pelos elementos de convicção coligidos. Ciência das medidas protetivas. Descumprimento de ordem legal. Possibilidade de concessão do *sursis*. Recurso conhecido e parcialmente provido. - O depoimento da vítima, em crimes envolvendo violência doméstica, possui especial relevância, na medida em que tais delitos ocorrem, normalmente, sem a presença de testemunhas. - Comete o crime do art. 330 do Código Penal o agente que, ciente das medidas protetivas impostas, descumpre deliberadamente a ordem judicial de não se aproximar da vítima ou de com ela fazer contato por qualquer meio de comunicação (Apelação Criminal nº 1.0518.12.012236-2/001; Relatora: Des.ª Márcia Milanez; julgamento: 25.03.2014).

E ainda:

Apelação criminal. Desobediência. Descumprimento de medida protetiva. Ameaça. Autoria e materialidade cabalmente comprovadas. Palavra da ofendida. Intenso valor probante. Absolvição. Impossibilidade. Condenação mantida. Recurso desprovido. - O descumprimento de ordem judicial que impõe medidas protetivas, sem justificativa plausível,

configura crime de desobediência. - Havendo provas suficientes de que o agente teria ameaçado de causar mal injusto e grave a sua ex-companheira, está configurado o crime descrito no art. 147 do Código Penal, sendo de grande relevância probatória a palavra da vítima (Apelação Criminal nº 1.0183.10.011512-4/001; Relator: Des. Jaubert Carneiro Jaques; julgamento: 1º.10.2013).

Assim, imperiosa é a manutenção da condenação do apelante pelo delito descrito no art. 330 do Código Penal. Até porque não se admite, excetuada a hipótese de prisão por alimentos, qualquer modalidade prisional que não esteja vinculada a uma lide ou a uma questão penal de fundo que lhe seja subjacente. Ou seja, não há qualquer sentido lógico-sistêmico, tampouco base jurídico-constitucional em se admitir um cárcere cautelar que seja um fim em si mesmo ou que esteja atrelado a um processo/procedimento de índole não penal. É dizer, com isso, que, se a Lei Maria da Penha prevê a medida prisional cautelar penal, por óbvio, para tanto, pressupõe a prática de crime no caso de descumprimento das medidas protetivas nela estatuídas. Somente assim se obtém higidez no sistema normativo inaugurado por essa lei.

Em relação à pena, em face da desclassificação criminal benéfica, carece ela de pontual reparo.

A pena ficou, em relação a todos os delitos, no mínimo legal cominado à respectiva espécie delitiva, tendo a reprimenda provisória quanto ao crime de ameaça sido levemente exasperada em virtude do correto reconhecimento da agravante descrita na alínea f do inciso II do art. 61 do Código Penal.

Quanto ao crime previsto no art. 330 do mesmo diploma, valho-me, para fixar as penas no mínimo, da mesma estrutura argumentativa dosimétrica de que se utilizou o Juízo a quo quando realizada a operação dosimétrica que recai sobre o delito do art. 359 do Código Penal. Ficam as reprimendas, assim, em 15 dias de detenção e pagamento de 10 dias-multa, à razão mínima (ausentes informações seguras acerca da real condição financeira do agente).

Concretizam-se as penas, pelo concurso material, em 4 meses e 27 dias de detenção e pagamento de 10 dias-multa.

Conservo o regime inicial de cumprimento da reprimenda, aberto, assim como a suspensão da pena privativa de liberdade operada em sentença. Tudo em seus termos.

Sendo assim, dou parcial provimento ao recurso, apenas para desclassificar o crime previsto no art. 359 do Código Penal ao descrito no dispositivo de nº 330 do mesmo diploma, ficando as reprimendas concretizadas em 4 meses e 27 dias de detenção, em regime inicial aberto, e pagamento de 10 dias-multa, à razão mínima, bem como suspensão, nos termos da sentença, a sanção privativa de liberdade.

Custas, *ex lege*.

É como voto.

DES. MARCÍLIO EUSTÁQUIO SANTOS - Analisei atentamente os autos e o judicioso voto do eminente Desembargador Relator e com ele concordo em relação à manutenção da condenação do acusado pelos crimes do art. 147 e art. 132 do Código Penal, bem como quanto à aplicação do instituto da *emendatio libelli* para capitular corretamente a conduta praticada pelo agente, qual seja aquela prevista no art. 330 do Código Penal.

Entretanto, peço vênica para dele divergir quanto à manutenção da condenação do agente no tocante ao crime de desobediência, haja vista entender ser caso de absolver o agente por atipicidade de sua conduta.

Colhe-se da denúncia que o delito de desobediência imputado ao agente consistiu no descumprimento de medidas protetivas de urgência que lhe haviam sido judicialmente impostas, nos termos da Lei 11.340/06, em procedimento de nº 0027.13.011224-9 (f. 31/32), dentre as quais proibição de se aproximar da ofendida, cuja distância mínima a ser observada é de 200 metros, proibição de contato com a ofendida, além de proibição de frequentar a residência desta.

Inicialmente, ressalto que, embora já tenha me posicionado anteriormente no sentido de que o descumprimento de medidas protetivas é suficiente para a configuração do delito de desobediência, após debruçar-me novamente sobre a matéria e em conformidade com o que vem decidindo o colendo Superior Tribunal de Justiça, devo reposicionar-me, de modo a entender pela atipicidade da conduta.

Isso porque, conforme prevê o art. 20 da Lei 11.340/06, o não cumprimento das referidas medidas gera, como penalidade, a prisão preventiva, a ser decretada pelo juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou mediante representação da autoridade policial:

Art. 20. Em qualquer fase do inquérito policial ou da instrução criminal, caberá a prisão preventiva do agressor, decretada pelo juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou mediante representação da autoridade policial.

De igual maneira, prevê o art. 313 do Código de Processo Penal, em seu inciso III, que é devida a decretação da custódia cautelar como forma de garantir a execução das medidas protetivas de urgência:

Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva:

[...]

III - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência;

Diante disso, em respeito ao princípio da intervenção mínima, o colendo Superior Tribunal de Justiça passou a entender que o mero descumprimento de medidas protetivas previstas na Lei 11.340/06 não tipifica o delito do art. 330 do Código Penal, ou mesmo aquele previsto pelo

art. 359 do *Codex*, motivando apenas a prisão processual, cuidando-se, portanto, de conduta atípica.

Nesse sentido, trago os seguintes julgados daquela elevada Corte de Justiça:

Habeas corpus. Impetração em substituição ao recurso cabível. Utilização indevida do remédio constitucional. Não conhecimento. [...] Desobediência a decisão judicial sobre perda ou suspensão de direito. Descumprimento de medida protetiva de urgência prevista na Lei 11.340/2006. Lei Maria da Penha. Conduta atípica. Existência de sanções específicas na lei de regência. Constrangimento ilegal caracterizado. Concessão da ordem de ofício. 1. A jurisprudência desta Corte Superior firmou o entendimento de que para a caracterização do crime de desobediência não é suficiente o simples descumprimento de decisão judicial, sendo necessário que não exista previsão de sanção específica. 2. A Lei 11.340/2006 determina que, havendo descumprimento das medidas protetivas de urgência, é possível a requisição de força policial, a imposição de multas, entre outras sanções, não havendo ressalva expressa no sentido da aplicação cumulativa do delito de desobediência. 3. Ademais, há previsão no art. 313, inciso III, do Código de Processo Penal quanto à admissão da prisão preventiva para garantir a execução de medidas protetivas de urgência nas hipóteses em que o delito envolver violência doméstica. 4. Assim, em respeito ao princípio da intervenção mínima, não há que se falar em tipicidade da conduta atribuída ao paciente, na linha dos precedentes deste Sodalício. 5. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício para determinar o trancamento da Ação Penal nº 044/2.14.0000651-5 apenas no que se refere ao crime previsto no art. 359 do Código Penal (HC 312.513/RS, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 21.05.2015, DJe de 28.05.2015).

Agravo regimental no agravo em recurso especial. Lei Maria da Penha. Descumprimento de medida protetiva. Não configuração do crime de desobediência. Súmula nº 83 do Superior Tribunal de Justiça - STJ. Impossibilidade de análise de dispositivos constitucionais. Agravo regimental desprovido. - O descumprimento de medidas protetivas de urgência não enseja o delito de desobediência. [...] Agravo regimental desprovido (AgRg no AREsp 619.593/DF, Rel. Ministro Ericson Marinho (Desembargador convocado do TJ/SP), Sexta Turma, j. em 28.04.2015, DJe de 07.05.2015).

Habeas corpus substituto de recurso. Crime de desobediência. Descumprimento de medida protetiva. Atipicidade. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício. [...] 2. Consoante dispõe a reiterada jurisprudência desta Corte, o descumprimento de medida protetiva, estabelecida com fundamento na Lei nº 11.340/2006, não configura o crime de desobediência, tipificado no art. 330 do Código Penal, em razão da sua natureza subsidiária. Precedentes. 3. Na espécie, o paciente, denunciado pelo crime de desobediência, teria descumprido medida protetiva - manter-se afastado da vítima e de seus familiares -, circunstância que não configura o delito descrito no art. 330 do Código Penal. [...] (HC 285.839/RS, Rel. Ministro Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador convocado do TJ/PE), Quinta Turma, j. em 10.03.2015, DJe de 14.05.2015).

Assim, em homenagem à segurança das relações jurídicas, à hierarquia do Poder Judiciário e ao princípio da confiança, adiro à orientação jurisprudencial

unânime e pacífica do Superior Tribunal de Justiça, também com o intuito de evitar intranquilidade no seio da sociedade e visando a uma maior celeridade na prestação jurisdicional.

Diante do exposto, atento ao posicionamento do Superior Tribunal de Justiça e em observância ao princípio da intervenção mínima, considerando que o fato em tela já traz, na própria Lei 11.340/06, sanção processual adequada, reposiciono-me para entender pela atipicidade da conduta do agente.

Posto isso, pedindo redobrada vênia ao ilustre Desembargador Relator, dele divirjo parcialmente para dar parcial provimento ao recurso somente para absolver A.P.F. das iras do art. 330 do Código Penal, com fulcro no art. 386, III, do Código de Processo Penal.

É como voto.

DES. CÁSSIO SALOMÉ - Acompanho o Exmo. Desembargador Relator para manter a condenação do acusado pelos crimes dos arts. 147 e 132 do Código Penal, bem como quanto à aplicação da *emendatio libelli* para capitular corretamente a conduta praticada pelo agente, qual seja aquela prevista no art. 330 do Código Penal

No entanto, quanto à manutenção da condenação do agente no tocante ao crime de desobediência, peço vênia para divergir da solução vislumbrada por Sua Excelência, nos termos do voto proferido pelo Exmo. Desembargador Primeiro Vogal.

Embora ressalve meu entendimento pessoal acerca do tema, já manifestado em julgados anteriores, rendi-me ao posicionamento do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que o descumprimento de medidas protetivas previstas na Lei da Violência Doméstica contra a Mulher não caracteriza crime de desobediência (art. 330, do CP).

Na dicção da jurisprudência pacífica daquele colendo Tribunal Superior, somente restará configurado o crime de desobediência quando, descumprida a ordem judicial, não houver previsão de outra sanção em lei específica, salvo ressalva expressa de cumulação. Esse não é o caso das medidas protetivas previstas na Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/2006), que antevê mecanismos próprios para a hipótese de descumprimento das medidas de urgência, entre eles a custódia preventiva do agressor.

Neste sentido, colaciono recentes julgados do STJ:

Penal. Agravo regimental no recurso especial. Medidas protetivas de urgência. Descumprimento. Não configuração do crime de desobediência. Agravo regimental não provido. 1. Ressalvado o meu posicionamento a respeito do tema, ambas as Turmas Criminais deste Tribunal Superior orientam-se no sentido de que o descumprimento de medida protetiva de urgência não configura o crime de desobediência, em face da existência de outras sanções previstas no ordenamento jurídico para a hipótese. 2. Agravo regimental não provido (AgRg no REsp 1469148/MG, Rel. Ministro Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 03.02.2015, DJe de 09.02.2015 - destaquei).

Penal. Agravo regimental no agravo em recurso especial. *Violência doméstica. Descumprimento de medida protetiva. Não configuração do delito de desobediência. Atipicidade. 1. O descumprimento de medidas protetivas previstas na Lei da Violência Doméstica contra a Mulher não caracteriza crime de desobediência. 2. É vedado a esta Corte, em sede de recurso especial, examinar afronta a dispositivos ou princípios constitucionais, ainda que com propósito exclusivo de prequestionamento, sob pena de usurpação da competência constitucional atribuída ao Supremo Tribunal Federal. 3. Agravo regimental improvido (AgRg no AREsp 575.017/DF, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, j. em 05.03.2015, DJe de 17.03.2015 - destaquei).*

Ante o exposto, pedindo redobrada vênua ao Exmo. Desembargador Relator, dirijo parcialmente de seu voto a fim de dar parcial provimento ao recurso para absolver A.P.F. das iras do art. 330 do Código Penal, com fulcro no art. 386, III, do Código de Processo Penal.

Súmula - DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO, NOS TERMOS DO VOTO DO REVISOR, VENCIDO, EM PARTE, O RELATOR.

...

Furto qualificado pelo abuso de confiança - Qualificadora - Decote - Impossibilidade - Relação pessoal e diferenciada entre vítima e réu - Vínculo de lealdade/fidelidade - Privilégio - Grau de redução - Fundamentação - Inexistência - Aumento - Fração máxima - Possibilidade - Custas - Isenção - Matéria afeta à execução penal

Ementa: Furto. Qualificadora do abuso de confiança. Decote. Privilégio. Aumento do grau de redução. Possibilidade. Custas. Isenção. Matéria afeta à execução penal.

- A qualificadora do abuso de confiança deve ser mantida quando comprovado nos autos que o autor e a vítima mantinham uma relação pessoal e diferenciada, suficiente para criar um vínculo de lealdade ou de fidelidade entre ambos, o que por certo facilitou a prática da subtração. A ausência de fundamentação idônea na aplicação do redutor do privilégio em metade impõe a reforma da sentença para que a pena seja reduzida na fração máxima permitida em lei. Ainda que o apelante esteja assistido pela Defensoria Pública, impõe-se a sua condenação ao pagamento das custas processuais, devendo a alegada miserabilidade jurídica ser examinada pelo juízo da execução, a fim de se conceder ou não a isenção reclamada.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0382.14.013109-7/001 - Comarca de Lavras - Apelante: E.P.L. - Apelado: Ministério

Público do Estado de Minas Gerais - VÍTIMA: M.A.B.N. - Relatora: DES.ª MARIA LUÍZA DE MARILAC

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em DAR PARCIAL PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 31 de maio de 2016. - *Maria Luíza de Marilac* - Relatora.

Notas taquigráficas

DES.ª MARIA LUÍZA DE MARILAC - E.P.L., inconformado com a sentença (f. 81-84) que o condenou às penas de um (1) ano de reclusão, regime aberto, e cinco (5) dias-multa, substituída a pena privativa de liberdade por uma restritiva de direitos, pela prática do crime do art. 155, § 2º e § 4º, II, do Código Penal, interpôs, por meio de Defensor Público, o presente recurso de apelação (f. 94-96), requerendo o decote da qualificadora; a redução da pena em razão do privilégio em seu patamar máximo; e a isenção do pagamento das custas processuais.

Contrarrrazões do Ministério Público pelo conhecimento e desprovimento do recurso (f. 98-103). Nesse sentido também se manifestou a d. Procuradoria-Geral de Justiça (f. 108-110).

Quanto aos fatos, narra a denúncia que

[...] na noite de 27 de setembro de 2014, o denunciado E.P.L. subtraiu para si coisa alheia móvel, consistente em 1 (um) celular da marca Samsung, modelo Galaxy Y Young, cor preta e cinza, juntamente com um chip da operadora Vivo, que somam valor de R\$330,00 (trezentos e trinta reais) pertencente a M.A.B.N. Restou apurado no inquérito que o denunciado se valeu da confiança da vítima para, de modo astuto, subtrair a *res furtiva*, ao pedir-lhe ajuda para resolver um suposto problema com a bateria de um carro. Consta ainda que, quando os policiais militares entraram na residência do denunciado, este confessou aos policiais que a *res furtiva* se encontrava em seu quarto, indicando materialidade e autoria do crime.

Denúncia recebida em 24.11.2014 (f. 42) e sentença publicada em 30.11.2015 (f. 84).

O processo transcorreu nos termos do relatório da sentença, que ora adoto, tendo sido o apelante pessoalmente intimado por mandado (f. 91).

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.

Ao exame dos 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.

A materialidade e a autoria do delito restaram devidamente comprovadas nos autos, aquela pelo auto de apreensão (f. 16), laudo de avaliação indireta (f. 18) e termo de restituição (f. 19), e esta, pela prova oral coligida aos autos, em especial confissão do apelante em juízo (f. 71), e inclusive não são objeto do recurso.

Requer a i. defesa o decote da qualificadora do abuso de confiança.

Sobre a dinâmica dos fatos, a vítima M.A.B.N. informou:

[...] que na noite de ontem, estava em sua casa vendo televisão, quando uma pessoa, fora de casa, chamou pelo seu nome: ‘pastor, professor’; que, de imediato, saiu para ver o que estava acontecendo; que, ao atender a pessoa, percebeu que se tratava da pessoa de E., o qual estava realizando tratamento na casa de recuperação J., onde o declarante presta serviços voluntários como pastor; que então E. lhe disse que o seu veículo havia lhe deixado na mão na BR-381, nas proximidades do trevo de Lavras; que o declarante começou a perguntar a E. sobre o fato, tendo ele lhe repassado respostas não satisfatórias, até porque do local onde estava o carro até a casa do declarante são cinco quilômetros de morro, e sequer suado E. estava; que, a despeito da estranheza do fato contado por E., como teve uma relação próxima cristã com ele, abstraiu o que lhe estava sendo contado e resolveu ajudar E.; que inclusive, segundo a esposa do declarante, enquanto foi trocar de roupa, E. ficava observando dois celulares que estavam próximos a ele; que a esposa do declarante, enquanto ele trocava de roupa, continuou vendo televisão; que, após se arrumar, o declarante foi em direção à casa J., com o objetivo de buscar um cabo (‘chupeta’) para dar carga na bateria do veículo do suposto autor; que, no local, não encontraram cabo, tendo ido então a vários lugares para tentar encontrar o referido cabo, até que localizaram uma pessoa que tinha o referido cabo (‘chupeta’); que então se deslocaram à BR-381, onde não localizaram nenhum veículo; que então o conduzido lhe disse o seguinte: ‘[...] O carro não está aqui [...] roubaram o carro [...] para aqui’; que, diante de todas as circunstâncias e de tudo que estava ocorrendo, concluiu que estava correndo risco, não tendo parado no local, fazendo, de imediato, o retorno e se dirigido na direção de Lavras; que, nesse momento, apenas pediu a Deus que nada lhe acontecesse, tendo o conduzido permanecido calado; que, para se proteger, disse que um veículo da ‘ronda rural’ estava atrás e que estaria lhe esperando em casa; que então deixou o conduzido na casa J., onde conseguiu chegar; que, no final da noite de ontem, já muito tarde, conseguiu desvencilhar-se de E., tendo E. permanecido na casa J.; que, ao chegar à casa, percebeu que seu celular não estava na sua casa, concluindo, então, que havia sido furtado por E.; que, como já era bastante tarde, aguardou o amanhecer, ligando para a Polícia Militar, relatando o ocorrido; que, após relatar aos militares o ocorrido, passando, inclusive, os dados do conduzido para os militares, estes deixaram o local e iniciaram rastreamento ao conduzido; que, mais tarde, quando estava agradecendo a Deus por ter se livrado do conduzido, a Polícia Militar retornou ao local, dizendo que o celular havia sido localizado; que então deslocou-se até a sede da PM, onde lhe foi apresentado o celular de sua propriedade, o qual logrou ser encontrado pelos milicianos na casa de E.; [...] que inclusive, na ocasião

em que foi abordado pelo conduzido, tinha confiança nele, até porque, quando o recebeu, E. lhe disse o seguinte ‘a paz do senhor’ [...] (Depol - f. 06-07 - grifei).

[...] que o relacionamento do depoente com o acusado também é de amizade; que é amigo dos recuperandos da C.J., assim como é do acusado; que o relacionamento não inclui frequência à casa deles, nem eles frequentaram a casa do depoente; que o relacionamento não vai além do profissional; [...] que confirma as declarações de f. 06/07, que lhe foram lidas nesta oportunidade; [...] que o celular foi recuperado [...] (em juízo - f. 68).

Acerca da qualificadora do abuso de confiança, oportuna a lição do eminente Procurador de Justiça Rogério Greco:

Relação de confiança pressupõe liberdade, lealdade, credibilidade, presunção de honestidade entre as pessoas. Abusa o agente da confiança que nele fora depositada quando se aproveita dessa relação de fidelidade existente anteriormente para praticar a subtração (*Código Penal comentado*. 5. ed. Niterói: Impetus, 2011, p. 418).

Fernando Capez ensina que

É a confiança que decorre de certas relações (que pode ser a empregatícia, a decorrente de amizade ou parentesco) estabelecidas entre o agente e o proprietário do objeto. O agente, dessa forma, aproveita-se da confiança nele depositada para praticar o furto, pois há menor vigilância do proprietário sobre os seus bens (*Curso de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 2007, Parte Especial, v. 2, p. 405 - grifei).

In casu, não há dúvida de que o apelante e a vítima mantinham uma relação pessoal e diferenciada, suficiente para criar um vínculo de lealdade ou de fidelidade entre ambos, o que por certo facilitou a prática da subtração.

A esse respeito nos chama a atenção o fato de que a vítima, mesmo desconfiada da história que o apelante lhe contou, “como teve uma relação próxima cristã com ele, abstraiu o que ele lhe estava sendo contado e resolveu ajudar E.” e, ainda, que “inclusive na ocasião em que foi abordado pelo conduzido, *tinha confiança nele*, até porque, quando o recebeu, E. lhe disse o seguinte: ‘a paz do senhor’” (f. 06 - grifei).

Também a demonstrar a relação de confiança entre o apelante e a vítima o fato de E. ter ido até a casa dela, chamando-a ao portão por “professor, pastor”.

Enfim, ao contrário do que sustenta a i. Defesa, verifica-se que o apelante gozava da confiança da vítima, não havendo dúvida de que se utilizou de tal circunstância para a prática delitiva.

No mesmo sentido:

[...] Se a prova oral demonstra a relação de amizade e confiança entre autora e vítima, é inviável o decote da qualificadora (TJMG - Apelação Criminal nº 1.0694.11.005896-3/001, Relator: Des. Octavio Augusto de Nigris Boccalini, 3ª Câmara Criminal, j. em 06.10.2015, publicação da súmula em 16.10.2015).

[...] Caracteriza-se o crime de furto qualificado pelo abuso de confiança a conduta do réu que, aproveitando-se da relação de amizade que mantinha com a vítima, dela subtrai determinada quantia em dinheiro (TJMG - Apelação Criminal nº 1.0417.12.000013-4/001, Relator: Des. Nelson Missias de Moraes, 2ª Câmara Criminal, j. em 12.03.2015, publicação da súmula em 23.03.2015).

Dessa forma, impõe-se a manutenção da condenação do apelante pela prática do crime do art. 155, § 2º e § 4º, II, do Código Penal.

Noutro giro, deve ser provido o pleito de redução da pena, em razão do privilégio. É que, de fato, a i. Juíza sentenciante, ao reduzir a pena de metade (1/2), apenas consignou que “sobre a pena-base faço incidir a causa de diminuição concernente ao furto privilegiado, reduzindo-a em 1/2” (f. 83-v.), não apresentando qualquer justificativa para tanto.

Assim, ausente fundamentação idônea para justificar a redução da pena ao patamar mínimo, impõe-se a aplicação do redutor máximo de dois terços (2/3).

Feitas essas considerações, passo à reestruturação das penas:

Na primeira fase, mantenho a pena-base em dois (2) anos de reclusão e dez (10) dias-multa. Na segunda fase, embora reconhecida a circunstância atenuante da confissão espontânea, mantenho a pena naquele patamar, em atenção ao disposto na Súmula 231 do STJ. Não foram reconhecidas circunstâncias agravantes. Na terceira fase, não foram reconhecidas causas de aumento de pena. Tendo em vista o reconhecimento do furto privilegiado e as considerações feitas linhas acima, reduzo as penas anteriores de dois terços (2/3), tornando-as concretas e definitivas em oito (8) meses de reclusão e três (3) dias-multa.

Mantenho o regime aberto, nos termos do art. 33, § 2º, c, do Código Penal, bem como a substituição da pena privativa de liberdade por uma restritiva de direitos, nos moldes da sentença.

Por fim, no tocante ao pleito de isenção das custas processuais, não há como acolhê-lo, pois, ainda que o apelante esteja assistido pela Defensoria Pública, é na fase da execução que a alegada miserabilidade jurídica deve ser examinada, a fim de se conceder ou não a isenção reclamada, ressaltando-se que o pagamento das custas processuais é efeito da condenação, nos termos do art. 804 do Código de Processo Penal.

Ante o exposto, dou parcial provimento ao recurso para reduzir as penas do apelante para oito (8) meses de reclusão, mantendo quanto ao mais a r. sentença.

Custas, nos termos definidos na sentença (f. 83-v.).

Votaram de acordo com a Relatora os DESEMBARGADORES OCTAVIO AUGUSTO DE NIGRIS BOCCALINI e PAULO CÉZAR DIAS.

Súmula - DERAM PARCIAL PROVIMENTO.

...

Abuso de autoridade e coação no curso do processo - Policial militar - Absolvição - Impossibilidade - Autoria e materialidade devidamente comprovadas - Conjunto probatório firme - Agressão injusta e desproporcional - Inteligência do art. 3º, i, da Lei nº 4.898/65 - Decretação da perda do cargo - Pedido ministerial - Desnecessidade - Previsão legal expressa - Art. 92, I, do Código Penal - Custas processuais - Isenção - Aplicação da Súmula 58 do TJMG

Ementa: Apelação criminal. Abuso de autoridade e coação no curso do processo. Preliminares de intempestividade. Rejeição. Mérito. Absolvição. Impossibilidade. Autoria e materialidade devidamente comprovadas. Conjunto probatório firme. Pedido ministerial de decretação da perda do cargo. Impossibilidade. Efeito não automático da condenação. Ausência de pedido ministerial. Isenção do pagamento das custas processuais. Inteligência da Súmula 58 do TJMG. Recursos conhecidos e desprovidos, rejeitadas as preliminares.

- Comete crime de abuso de autoridade o policial militar que agride cidadão de forma injusta e desproporcional, atentando contra sua incolumidade física. Inteligência do art. 3º, i, da Lei nº 4.898/65.

- “O juridicamente miserável não fica imune da condenação nas custas do processo criminal (art. 804, CPP), mas o pagamento fica sujeito à condição e prazo estabelecidos no art. 12 da Lei 1.060/50”.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0479.11.018055-7/001 - Comarca de Passos - Apelantes: 1º) F.L.O.; 2º) Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Apelados: Ministério Público do Estado de Minas Gerais, F.L.O. - Vítima: R.C.N.O. - Relatora: DES.ª LUZIENE MEDEIROS DO NASCIMENTO BARBOSA LIMA (Juíza de Direito convocada)

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 6ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em NEGAR PROVIMENTO AOS RECURSOS, REJEITADAS AS PRELIMINARES.

Belo Horizonte, 3 de maio de 2016. - Luziene Medeiros do Nascimento Barbosa Lima (Juíza de Direito convocada) - Relatora.

Notas taquigráficas

DES.ª LUZIENE MEDEIROS DO NASCIMENTO BARBOSA LIMA (Juíza de Direito convocada) - F.L.O.,

já devidamente qualificado nos autos do processo em epígrafe, foi denunciado como incurso nas sanções do art. 3º, i, da Lei 4.898/65 e art. 344 do Código Penal.

Narra a exordial que, em 26 de julho de 2011, por volta das 21h30min, na Rua [...], em Passos, nas proximidades da residência da vítima, o acusado, policial militar, no exercício de suas funções, atentou contra a incolumidade física da vítima R.C.N.O., ao desferir um golpe de cassetete em sua perna esquerda, no momento em que o ofendido foi abordado e submetido a busca pessoal.

Posteriormente, no dia 30 de julho de 2011, no final da tarde, nas proximidades do local onde ocorreu o primeiro crime, o denunciado usou de grave ameaça contra a vítima R.C.N.O., com o fim de favorecer interesse próprio em procedimento investigatório criminal contra si instaurado, no âmbito das Promotorias de Controle Externo da Atividade Policial, após reclamação formulada pelo ofendido (f. 02/07).

Após regular instrução criminal, o MM. Juiz de Direito julgou procedente a denúncia, condenando o acusado como incurso nas sanções do art. 3º, i, da Lei 4.898/65 e art. 344 do Código Penal, às penas definitivas de 1 (um) ano de reclusão e 1 (um) mês de detenção, ambas em regime aberto, além do cumprimento da pena pecuniária de 22 (vinte e dois) dias-multa, à razão de 1/30 do salário mínimo vigente (f. 538/548).

Inconformados, apelaram, pela ordem, o sentenciado e o representante do Ministério Público (f. 552 e 557-v.).

A defesa pugna pela absolvição, ante a insuficiência de provas a ensejar o decreto condenatório, alegando o princípio do *in dubio pro reo*. Ao final, requer a isenção das custas processuais (f. 553/557).

O ilustre representante do *Parquet*, em contrarrazões recursais, pugnou pelo não conhecimento do recurso ante sua intempestividade e, no mérito, por seu desprovidimento (f. 560/570).

Por sua vez, requer o Órgão Ministerial, em razões de f. 571/575, a decretação da perda do cargo do apelado.

Em contrarrazões recursais, a combativa defesa pugnou pelo não conhecimento do apelo ministerial, alegando a intempestividade do recurso e, no mérito, postulou por seu desprovidimento (f. 587/588).

A douta Procuradoria de Justiça, nesta instância, manifestou-se pelo não conhecimento do apelo defensivo, ante sua intempestividade, e pelo conhecimento e provimento do recurso ministerial (f. 598/602).

É o breve relatório.

Conheço dos recursos, presentes em ambos os pressupostos objetivos e subjetivos de admissibilidade.

Das preliminares de intempestividade.

Em sede preliminar, quanto à intempestividade recursal suscitada pelo ilustre Promotor de Justiça, entendendo ser o caso de conhecer do recuso de apelação

interposto pela defesa de Fernando, visto que intentado dentro do prazo legal.

O defensor do acusado foi intimado da sentença condenatória em 21.10.2014, como se vê da f. 548-v.

O réu, por sua vez, foi intimado pessoalmente do *decisum* na data de 24 de novembro de 2014, conforme certidão de f. 582, exarando sua nota de ciência e manifestando, nessa ocasião, vontade de recorrer.

Diante de tais fatos, a contagem do prazo para a interposição de recurso inicia-se a partir da última intimação pessoal, no presente caso considerar-se-á a intimação do acusado.

Sendo assim, o prazo para a interposição do recurso de apelação para o réu F. teria se esgotado somente no dia 1º.12.2014, segunda-feira. Portanto, considerando que a petição de f. 552 foi protocolizada em 12.11.2014, o inconformismo da defesa técnica restou tempestivo.

Assim, conheço do recurso manejado por F.L.O.

Da mesma forma, improcede a preliminar arguida pela i. defesa do recorrido, em contrarrazões, de intempestividade do recurso ministerial.

O representante do Ministério Público foi intimado da decisão no dia 24 de novembro de 2014 e, dentro do quinquídio legal, interpôs o presente recurso (f. 557-v. e 558).

Ademais, os autos foram entregues em carga ao Órgão Ministerial, com a intimação para o oferecimento das razões, no dia 3 de dezembro de 2014, tendo o il. membro do *Parquet* apresentado as razões do recurso em 29.01.2015, data em que os autos foram recebidos em secretaria (f. 575).

É cediço que a apresentação das razões recursais fora do prazo previsto no art. 588 do Código de Processo Penal constitui mera irregularidade, insuficiente para obstar o conhecimento do recurso, entendimento este também aplicado quando se observa o atraso no oferecimento das razões da apelação e do agravo. Este é o posicionamento adotado neste Tribunal:

Processual penal. Agravo em execução. Razões extemporâneas. Mera irregularidade. Preliminar rejeitada. Indulto. Benefício concedido com base no Decreto nº 4495/2002. Homicídios qualificados. Crimes cometidos antes das Leis nºs 8.072/90 e 8.930/94. Ausência de natureza hedionda. Violência inerente ao tipo penal. Sentenciado não reincidente. Pareceres favoráveis. Reparação dos danos ainda dependente de apuração do *quantum* na seara cível. Requisitos preenchidos. Decisão mantida. - A apresentação extemporânea das razões recursais constitui mera irregularidade, que não obsta o conhecimento do agravo em execução interposto no prazo legal. [...] - Recurso ministerial conhecido e desprovido (Agravo em Execução nº 1.0000.04.413621-6/001 - Rel. Des. Gudestev Biber - j. em 22.02.2005 - p. em 1º.03.2005).

Processual penal. Apelação. Interposição no prazo legal. Apresentação extemporânea das razões recursais - Mera irregularidade que não obsta o seu conhecimento. Preliminar rejeitada. [...] Recurso conhecido e desprovido (TJMG

- Processo nº 268.358-9 - Rel. Des. Zulman Galdino - j. em 23.04.2002, publicação em 30.04.2002).

No mesmo sentido: TJMG - Processo nº 262.657-0 - Rel. Des. Sérgio Resende - julgamento em 1º.08.2002, publicação em 27.08.2002.

Destarte, como o Ministério Público apresentou o termo de interposição do recurso dentro do quinquídio legal, há de ser conhecida a irresignação, presentes os requisitos objetivos e subjetivos de sua admissibilidade, nos termos do art. 197 da Lei de Execuções Penais.

Passo ao exame do mérito dos recursos.

Do mérito.

Segundo a inicial acusatória, no dia 26 de julho de 2011, o acusado, policial militar, no exercício de suas funções, atentou contra a incolumidade física do cidadão R.C.N.O., ao desferir um golpe de cassetete em sua perna esquerda, no momento em que o ofendido foi abordado e submetido a busca pessoal.

Aduz a denúncia que a vítima havia acabado de jantar quando resolveu ir a uma padaria, tendo comprado um bolo para o café da manhã do dia seguinte. Na volta, quando estava sentada no meio-fio nas proximidades de sua casa, foi abordada por uma viatura da Polícia Militar.

Submetido a busca pessoal, no momento em que estava de costas, o denunciado, que integrava a guarnição militar, deferiu um golpe de cassetete na perna da vítima.

Após, o denunciado ainda pisou no alimento que a vítima trazia para seu café da manhã e jogou o café que ela tomava fora.

Informa a inicial, ainda, que, em 30 de julho de 2011, no final da tarde, nas proximidades do local onde ocorreu o primeiro crime, o acusado teria usado de grave ameaça contra a vítima R.C.N.O., com o fim de favorecer interesse próprio em procedimento investigatório criminal contra si instaurado no âmbito das Promotorias de Controle Externo da Atividade Policial, após reclamação formulada pelo ofendido.

Segundo consta, a vítima compareceu à Promotoria de Justiça no dia 27 de julho para informar sobre o ocorrido no dia anterior, sendo instaurado, na mesma data, o Procedimento Investigatório Criminal nº 0479 11 000724-8.

Narra-se que, em 30 de julho de 2011, o denunciado, sabendo da notícia-crime levada ao conhecimento do Ministério Público, abordou mais uma vez a vítima, que estava acompanhada de um terceiro, e a colocou em posição de busca.

Em seguida, o denunciado disse à vítima “Deixa eu ver o sinal aí.” e “Eu sei que você foi lá, mas isso não vai ficar assim, não; mas não sou eu que vai pôr a mão em você; vão ser outros”.

Conforme a exordial, com medo de o denunciado cumprir as ameaças, em razão de a vítima ter relatado os fatos ocorridos no dia 26 de julho na Promotoria de

Justiça, o ofendido veio mais uma vez à Promotoria de Justiça, demonstrou medo extremo do denunciado e acabou por ir embora da cidade.

Consta, por fim, que, na segunda-feira, dia 1º de agosto de 2011, por volta das 23h30min, após a vítima ter prestado novo depoimento na Promotoria, o denunciado e outros dois policiais pararam uma viatura da Polícia Militar nas proximidades de sua casa e desligaram os faróis, sendo que saíram do local apenas depois de notarem a presença de terceiros.

A ilustre Defesa pretende a absolvição do acusado, ao argumento de que não existem provas robustas que deem ensejo ao decreto condenatório.

Quanto à materialidade do delito de abuso de autoridade, tenho que restou sobejamente comprovado pelo exame de corpo de delito acostado às f. 14/15 e laudo complementar de f. 347.

A autoria, por sua vez, também é inconteste, apesar da negativa do acusado em todo o decorrer do processo criminal, senão vejamos.

A testemunha A.T.S., em seu depoimento judicial, elucidando a ação do acusado com abuso de poder, aduziu às f. 253/254:

[...] que se encontrava no momento em que o acusado chegou em uma viatura e já foi descendo dando cacetada; que o acusado acertou o R.C., G., o depoente e M., sendo que este se encontra preso atualmente; que não foi encontrado nada e, quando o policial desceu já batendo, tentaram correr; que o acusado mandou encostar, sendo que encostaram normalmente, isso para a abordagem, sendo que não houve qualquer tipo de reação por parte do depoente e dos demais; que de igual forma não houve falta de respeito com o acusado; que, depois que foi agredido, o depoente correu e foi embora, bem como os demais; que tem conhecimento de que o acusado ameaçou a vítima, isso após os fatos; que de igual forma, o acusado ameaçou o depoente no sábado retrasado, sendo que o mesmo parou na camionete e aparentava estar embriagado, dizendo ao depoente: ‘Sua hora vai chegar, você ainda vai ser preso.’; que o acusado estava em uma camionete verde de sua propriedade; [...].

Ouvida perante o Ministério Público, referida testemunha assegurou que o acusado desferiu um golpe de cassetete na perna do ofendido (f. 44-C/44-D):

[...] Quanto aos fatos, o declarante afirma que na semana passada, acreditando que foi na quarta-feira, não sabendo ao certo, estava na rua [...], juntamente com R. e outros colegas quando chegaram os policiais militares F., L. e C.; e o F. e L. chegaram, desferindo cacetadas no pessoal. Que viu o momento que R. foi agredido por F., com um golpe de cassetete na perna esquerda. O declarante também tomou dois golpes de cassetete que lhe atingiram as nádegas, também desferidos pelo F. [...].

A vítima R.C.N.O., por sua vez, revela, com firmeza, a dinâmica dos fatos, demonstrando a arbitrariedade com que ocorreram (f. 10/12):

[...] o declarante compareceu a esta Promotoria de Justiça para pedir providência acerca da agressão que sofreu na noite de ontem por ocasião de uma abordagem policial, em que foi autor o policial conhecido como 'F.'. Primeiramente, o declarante esclarece que é natural da cidade de Teófilo Otoni-MG e que veio para Passos na busca de emprego no corte da cana na Usina Açucareira. O declarante afirma que não conhecia o Policial 'F.'. O primeiro contato que teve com ele foi há mais ou menos um ano, quando estava perto de sua casa e foi abordado pela Polícia. Nessa ocasião, o policial 'F.' lhe deu uma 'revista geral'. Afirma ainda que, como não estava fazendo nada de errado, foi liberado. A partir dessa 'geral', não foi mais abordado pela polícia, até que há duas semanas atrás, quando estava na esquina de sua casa, 'F.', chegou em uma motocicleta, parecendo estar alcoolizado e 'chamou o declarante para o tapa', dizendo: 'Ô bobão, vamos pegar no tapa nós dois? Você não é homem não? Aproveita que eu estou sem farda'. O declarante respondeu: 'Não estou falando com você não, nem lhe conheço'. O declarante pegou sua bicicleta e foi saindo, deixando F. no local, que logo em seguida também saiu na motocicleta. Conta ainda o declarante que, na noite de ontem, ao chegar do trabalho, se dirigiu até a casa de uma senhora que lhe serve comida e banho, sendo certo que jantou, tomou banho e foi até uma padaria comprar um lanche para tomar café na manhã do dia seguinte, antes de sair para trabalhar, como faz todos os dias. O declarante conta que comprou um bolo na padaria e voltou para perto da casa da senhora que lhe serve comida. Disse que sentou do outro lado da rua para fumar um cigarro, quando chegou de uma vez uma viatura da polícia militar. De imediato desceram os policiais 'F.' e 'C.', mandando-o encostar na parede para ser revistado. O declarante conta que, quando virou de costas e encostou a mão na parede, o policial 'F.' lhe desferiu um golpe de cacete (sic) na perna, sendo certo que de imediato caiu no chão, gritando com muita dor. O declarante percebeu que 'F.' iria lhe desferir novo golpe, momento em que saiu correndo. Nesse instante 'F.' e 'C.' retornaram para a viatura e foram embora com outro policial que ficou na viatura. [...] O declarante afirma que a pancada lhe causou um grande hematoma na perna, que doeu a noite inteira, não o deixando dormir. Disse ainda que está mancando o dia inteiro e nem conseguiu trabalhar. O declarante afirma que se sentiu muito humilhado, pois é um homem honesto, trabalhador e não merece passar por isso. E, assim sendo, protesta por providências, para que não mais sofra outra humilhação dessa natureza. [...].

O próprio acusado, quando de suas declarações em juízo, não nega ter abordado o ofendido no dia dos fatos (f. 292/293):

[...] que, no dia dos fatos, chegou a abordar a vítima, juntamente com outros elementos, em torno de cinco ou seis, dentre eles: A., N., J.; [...] que a equipe da guarnição, além do interrogando, era composta pelo Cabo C. e Soldado L.A.; que não tinha qualquer motivo para agredir a vítima, mesmo porque, se tivesse de agredi-la, diante da raiva que ela está tentando passar por parte do interrogando ao Ministério Público como também ao Judiciário, lhe agrediria com mais golpes; [...].

Tem-se ainda a versão da testemunha J.M.S., que, tanto em suas declarações prestadas na Promotoria de Justiça quanto em juízo, narrou a agressão perpetrada pelo apelante (f. 44-G/44-H e 287/288):

[...] Perguntado sobre os fatos, o declarante afirmou que, na semana passada, não sabendo precisar ao certo o dia, à noite, por volta das nove horas, também não sabendo ao certo precisar o horário, estava em casa, quando escutou os gritos na rua e saiu para ver o que era, oportunidade em que viu R. na parede e o policial militar F. desferindo um golpe de cassetete na perna de R. Então R. gritou e saiu mancando. Os policiais entraram na viatura e foram embora. [...] O mesmo policial F. pisou no bolo de R. e ainda jogou o café que ele estava tomando fora. Após o ocorrido, R. saiu mancando e contou para o declarante o que exatamente havia acontecido. Reafirma que viu a agressão policial contra R. No outro dia, R. procurou o declarante e pediu para o declarante ir trabalhar no lugar dele, pois disse que não estava aguentando de dor e nem conseguiria trabalhar. [...].

[...] que o depoente se encontrava em casa jantando quando ouviu gritos vindos da rua, quando então decidiu sair para ver o que estava acontecendo; que o depoente saiu até a calçada quando então presenciou, a uma distância de cerca de três ou quatro casas da residência do depoente, quando o acusado bateu na perna de R.C., também conhecido como 'R.'; que o acusado deu vários golpes de cassetete na perna de R.C.; que, após esse fato, o acusado entrou dentro da viatura e saiu, enquanto que R.C. permaneceu 'com as mãos na parede'; que em seguida R. saiu mancando; que posteriormente R.C. foi embora para sua residência, sendo que algum tempo depois o depoente também foi até a casa de R., para ver o que tinha ocorrido; que R. estava sozinho naquela residência; que R. exibiu a perna esquerda, salvo engano, tendo o depoente visto o hematoma preto; que R.C. perdeu dias de serviço; [...].

Portanto, não resta dúvida acerca do notório abuso de autoridade cometido pelo acusado. Diante do ACD de f. 14/15 e da prova oral produzida, tem-se que o apelante atentou contra a integridade física da vítima, praticando ato lesivo a sua honra.

Acerca da caracterização do delito em tela, diz a jurisprudência:

Levando a prova dos autos a concluir que os policiais acusados, ao se aproximarem da vítima, atentaram contra a sua incolumidade física, lesando-a a socos, sua condenação impõe-se de acordo com a Lei 4.898, de 1965 (TARS - AC - Rel. Wolney Santos - RT 446/483).

Portanto, inaplicável o brocardo *in dubio pro reo*, já que provas não faltam para demonstrar a tipicidade na conduta do réu.

Noutro norte, verifico que também restou cabalmente demonstrada a prática do crime de coação no curso do processo.

Dispõe o art. 344 do Código Penal:

Usar de violência ou grave ameaça, com o fim de favorecer interesse próprio ou alheio, contra autoridade, parte, ou qualquer outra pessoa que funciona ou é chamada a intervir em processo judicial, policial ou administrativo, ou em juízo arbitral.

Para a caracterização do tipo penal em exame, exige-se que o agente use de violência ou grave ameaça com o fim de favorecer interesse próprio ou alheio em

processo judicial, policial, administrativo ou em juízo arbitral. Sobre o crime de coação no curso do processo, explica Rogério Greco:

A utilização da violência ou da grave ameaça deve ser dirigida finalisticamente no sentido de obter algum favorecimento de interesse próprio ou alheio, que esteja sendo considerado em processo judicial, policial ou administrativo, ou em juízo arbitral (*Curso de direito penal*. Niterói: Impetus, 2008, v. 4, p. 606).

O crime se consuma com o emprego da violência ou grave ameaça, independentemente do êxito do fim visado pelo agente.

No presente caso, forçoso é concluir que as ameaças empregadas pelo apelante contra a vítima permitem o desfecho condenatório. Vejamos.

A vítima confirmou as ameaças proferidas pelo apelante, extraindo-se de seus depoimentos que realmente ficou temeroso, tanto que chegou a se mudar para Belo Horizonte. Ressai do depoimento em juízo de R.C.:

[...] que chegou nesta cidade em 2010 para trabalhar na usina; que não conhece o acusado; que, logo que chegou a esta cidade, se encontrava na porta da sua casa quando recebeu uma geral do acusado; que naquela oportunidade não foi agredido pelo acusado; que à época dos fatos o depoente estava trabalhando para o irmão do Promotor P.F. e, quando retornava do seu serviço, comprou um bolo e, quando estava sentado próximo à casa em que residia, comendo bolo na companhia de N., o acusado chegou em uma viatura na companhia dos policiais 'Q.' e Cabo C.; que o acusado desceu e pediu para que o declarante mostrasse o local onde foi agredido com o cassete; que depois disse: "Ô N., fala pra ele o jeito que eu fiz com você, porque do mesmo jeito vou fazer com ele."; que diante do declarado se sentiu ameaçado e foi para Belo Horizonte; que ficou sabendo através de seus amigos, se recordando dos prenomes R., U., J. e G., e um outro do qual não se recorda, que o acusado estava na rua com um revólver procurando o declarante; que retornou para esta cidade há aproximadamente um ano e a partir daí não foi mais incomodado pelo acusado; que o irmão do Promotor P.F. chama L.; que foi o pessoal que mora perto do declarante quem o orientou a procurar o Ministério Público. [...] que não tem qualquer motivo pessoal para ter atrito ou desavença com o acusado; que não tem passagem pela polícia; que não sabe dizer se os rapazes citados têm passagens pela polícia porque tem pouco tempo que se encontra em Passos; [...] que prestou declarações perante o Ministério Público, onde falou a verdade, reconhecendo como autênticas suas assinaturas apostas às f. 10/12 e 19/20; que conhece a testemunha A., sendo que o mesmo trabalhou com o declarante; que, lido o depoimento da testemunha A.T.S., esclarece que procurou o A. para ele prestar declarações perante o Ministério Público, porém, quando o fez, estava sozinho; que, olhando a fotografia de f. 14, se recorda da mesma, sendo que possui uma calça azul; que de igual forma esclarece que o acusado lhe bateu na perna, inclusive chegou a ficar inchado; que foi somente na perna que foi agredido. [...].

A testemunha L.J.C.F., ouvida às f. 314/315, confirmou:

[...] que, após a ameaça sofrida pela vítima R.C., e esta já ter prestado declarações perante o Ministério Público, a mesma compareceu na casa dos pais do depoente, onde ali estavam reunidos todos os filhos, inclusive o P.F. e, quando foram ver quem era a vítima, demonstrando medo, já foi entrando dentro de casa, dizendo que a viatura estava parada em frente a sua casa; que diante de tal fato, o P.F. ligou para o Promotor de plantão, G.F., quando então foi orientado a ligar para o comandante do batalhão; que o P.F. ligou para o comandante, e após comunicou a vítima R.C., dizendo que não poderia fazer mais nada, e era para ela ir para casa; que a vítima demonstrava estar com bastante medo, inclusive chegou a pedir ao depoente para dormir no imóvel onde estava construindo, o que foi permitido; [...].

Por fim, a testemunha A.T.S., acerca da coação exercida pelo militar, disse (f. 44-C/44-D):

[...] depois desses fatos, R. lhe contou que foi ameaçado por F. de que forjaria drogas para ele. R. lhe contou ainda que outro rapaz também foi abordado na ocasião, sendo certo que F. disse para o rapaz: "Fala pra ele o que eu fiz com você". O declarante esclarece que conhece essa pessoa, que tem apelido de N. O declarante sabe ainda que o N. foi forjado em outra oportunidade por F., no campinho, com sete pedras de crack. [...].

Imperioso ainda fazer aqui a transcrição de partes da avaliação médica realizada pelo médico psiquiatra que atendeu o ofendido dois dias depois do ocorrido, Dr. M.H.M., acerca do quadro de desequilíbrio emocional em que se encontrava a vítima após a ameaça exercida pelo acusado (f. 26):

[...] Quadro de angústia, ansiedade excessiva, insônia importante, prejuízo do pragmatismo e prejuízo funcional significativo, revivências traumáticas. Tais sintomas se iniciaram há cerca de 10 dias após agressão física e verbal, segundo informações do paciente.

Portanto, dúvida não há quanto ao fato de F. haver ameaçado a vítima R.C., para favorecer interesse seu, em razão de a vítima ter comparecido perante o Ministério Público em 27 de novembro de 2011 e relatado a prática do crime de abuso de autoridade por parte do apelante.

No tocante ao pedido ministerial de decretação da perda do cargo do apelado, entendo que razão não lhe assiste.

Dispõe o art. 92 do Código Penal:

Art. 92. São também efeitos da condenação:

I - a perda de cargo, função pública ou mandato eletivo:

a) quando aplicada pena privativa de liberdade por tempo igual ou superior a um ano, nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a administração pública;

b) quando for aplicada pena privativa de liberdade por tempo superior a quatro anos nos demais casos; [...]

Parágrafo único. Os efeitos de que trata este artigo não são automáticos, devendo ser motivadamente declarados na sentença.

Depreende-se da leitura do dispositivo acima que a perda do cargo ou função pública não é efeito automático

da sentença condenatória, sendo necessária, para sua aplicação, requerimento do *Parquet* nesse sentido.

Conforme se observa da exordial (f. 02/07) e das alegações finais (f. 316/325), não consta pedido do Ministério Público quanto à decretação da perda do cargo ou inabilitação para o exercício de função pública. Assim, não tendo sido a questão debatida nos autos, ficando a defesa impossibilitada de se defender quanto à perda do cargo público do réu, em respeito aos princípios do contraditório e da ampla defesa, entendo que não há que se falar na aplicação de tal medida.

Sobre o tema, este egrégio Tribunal já se manifestou:

Apelação criminal. Concussão e abuso de autoridade. Nulidade do interrogatório prestado durante investigação policial. Não ocorrência. Ausência de prejuízo. Da ausência de análise de tese defensiva. Inocorrência. Preliminar rejeitada. Mérito. Concussão e abuso de autoridade. Materialidade e autoria comprovadas. Palavra da vítima. Relevância. Condenação mantida. Pena-base. Redução. Necessidade. Abuso de autoridade. Escolha da penalidade. Ausência de critérios legais. Proporcionalidade. Perda do cargo. Efeito não automático da condenação. Falta de pedido ministerial. - O princípio do prejuízo - positivado no art. 563, do Código de Processo Penal, e apontado como a viga mestra de nosso sistema de nulidades - impede que se declare a nulidade de um ato processual sem que a irregularidade tenha acarretado qualquer prejuízo para as partes. - Verificado que a decisão condenatória confrontou atentamente todas as teses defensivas, não há que se falar em nulidade da sentença por ausência de análise das questões suscitadas. Os relatos coerentes da vítima, especialmente se apoiados por outros elementos carreados nos autos, são suficientes para comprovar a prática de delitos cometidos, em regra, na clandestinidade, como o de concussão e abuso de autoridade. - O *quantum* da pena-base deverá quedar-se entre o mínimo e o máximo cominado para o crime, e será definido conforme a análise das circunstâncias do art. 59 do Código Penal. Em que pese o fato de a lei não ter estabelecido critérios para a escolha da penalidade a ser imposta no caso do delito de abuso de autoridade, deve-se respeitar a esfera de discricionariedade do julgador, levando-se em conta, todavia, as peculiaridades do caso concreto, atendendo principalmente aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. A ausência de pedido de perda do cargo público pelo Ministério Público impede que tal imposição se dê na sentença, haja vista não ser este um efeito automático da condenação, sendo, então, o decote dessa decretação medida que se impõe. V.v.: - A fixação da pena substitutiva de prestação pecuniária deve observar não só o princípio da correlação com a pena privativa de liberdade, mas também a situação econômico-financeira do acusado, nos termos dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade (TJMG - Apelação Criminal nº 1.0334.10.001491-2/002, Relator: Des. Cássio Salomé, 7ª Câmara Criminal, j. em 13.03.2014, publicação da súmula em 21.03.2014). (Grifos nossos.)

Ademais, conforme bem fundamentado pelo douto Magistrado sentenciante, a imposição da pena de perda do cargo público restaria desnecessária ante a transferência do acusado para a inatividade. Consequentemente, não se pode impor perda de cargo a quem não mais o tem.

Assim sendo, não merece reparo a sentença hostilizada também nesse aspecto.

Por fim, quanto ao pedido de isenção do pagamento de custas processuais, saliento que o suposto estado de miserabilidade do apelante não lhe confere tal benefício. Aplica-se, no caso em comento, o preceito insculpido na Súmula nº 58 desta Corte, aprovada à unanimidade pelo Grupo de Câmaras Criminais:

O juridicamente miserável não fica imune da condenação nas custas do processo criminal (art. 804 CPP), mas o pagamento fica sujeito à condição e prazo estabelecidos no art. 12 da Lei 1.060/50.

Assim, nos termos da norma mencionada no enunciado acima transcrito, o recorrente, mesmo sendo hipossuficiente, continua obrigado a quitar as custas processuais dentro de um prazo de cinco anos, desde que possa fazê-lo sem prejuízo de seu sustento próprio e de sua família, o que deverá ser analisado no juízo da execução. Ao final de tal lapso temporal, caso não tenha conseguido condições de arcar com tal débito, restará ele prescrito.

Ante o exposto, conheço dos recursos, rejeito as preliminares e, no mérito, nego-lhes provimento, nos termos supradelineados.

Custas, *ex lege*.

DES. RUBENS GABRIEL SOARES (REVISOR) - Voto acompanhando a Relatora, com ressalva.

Coloco-me de acordo com a ilustre Relatora, contudo impende ressaltar posicionamento no que se refere à desnecessidade de pedido do Órgão Ministerial para que haja a perda do cargo público. Explico:

O art. 92, inc. I e parágrafo único, do Código Penal dispõe que:

Art. 92 - São também efeitos da condenação:

I - a perda de cargo, função pública ou mandato eletivo:

a) quando aplicada pena privativa de liberdade por tempo igual ou superior a um ano, nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública;

b) quando for aplicada pena privativa de liberdade por tempo superior a 4 (quatro) anos nos demais casos

[...]

Parágrafo único. Os efeitos de que trata este artigo não são automáticos, devendo ser motivadamente declarados na sentença.

Conforme se vê, a perda do cargo público não é um efeito automático da condenação, devendo ser motivadamente declarado na sentença.

Quanto à necessidade de pleito ministerial nesse sentido, revela-se desnecessário, uma vez que a possibilidade de perda do cargo público decorre de previsão legal expressa.

A propósito, o escólio de Cléber Masson:

[...] A possibilidade de perda do cargo público não precisa vir prevista na denúncia, pois decorre de previsão legal expressa,

como efeito da condenação (MASSON, Cléber. *Código Penal comentado*. São Paulo: Método, 2014) (Destaque nosso).

Nesse sentido, os seguintes arestos do Superior Tribunal de Justiça:

[...] Perda do cargo público. Desnecessidade de pedido expresso na denúncia. Efeito extrapenal da condenação previsto no art. 92 do Código Penal. Agravo desprovido. [...] 5. 'A possibilidade de perda do cargo público não precisa vir prevista na denúncia, visto que decorre de previsão legal expressa, como efeito da condenação, nos termos do art. 92 do Código Penal' (STJ, HC 81.954/PR, 6ª Turma, Rel.º Min.ª Maria Thereza, DJ de 17.12.2007). 6. Tal consequência ocorre sempre que configurada a hipótese prevista no art. 92, inciso I, alínea a, do Código Penal, não fazendo a lei qualquer ressalva no sentido de que, se a pena privativa de liberdade for substituída por reprimendas restritivas de direito, não haverá a perda do cargo. 7. Agravo regimental desprovido (AgRg no AREsp 46.266/SP, Rel.ª Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, j. em 26.06.2012, DJe de 01.08.2012) (Destaque nosso).

[...] 7. A possibilidade de perda do cargo público não precisa vir prevista na denúncia, visto que decorre de previsão legal expressa, como efeito da condenação, nos termos do art. 92 do Código Penal. 8. Ordem denegada. (HC 81.954/PR, Rel.ª Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, j. em 29.11.2007, DJ de 17.12.2007, p. 349) (Destaque nosso).

Ante o exposto, coloco-me de acordo com o voto da Relatora, ressaltando, contudo, posicionamento no tocante à desnecessidade de pedido do Órgão Ministerial para que haja a perda do cargo público

É como voto, *data venia*.

DES. FURTADO DE MENDONÇA - De acordo com a Relatora, aderindo, no entanto, à ressalva do Revisor.

Súmula - RECURSOS DESPROVIDOS, REJEITADAS AS PRELIMINARES.

...

Interceptação de dados telemáticos - Quebra de sigilo - Suposta prática de crimes de iniciativa privada - Ação cautelar para obtenção de provas - Ilegitimidade ativa - Decadência

Ementa: Apelação criminal. Ação cautelar. Quebra de dados sigilosos telemáticos. Exibição de IPs (Protocolos de internet). Provedor de acesso à internet. Suposta prática de crimes. Identificação de usuário. Tema que é tratado pela Lei 9.296/96 no âmbito processual penal. Legitimidade restrita. Confirmação pela Lei 12.965/2014, art. 13, § 2º. Preliminar de ofício. Ilegitimidade ativa do requerente. Delitos punidos com detenção que não estão incluídos no rol de abrangência da legislação de regência. Documentos unilaterais. Fatos supostamente ocorridos há mais de uma década. Armazenamento de dados por

longos períodos que não é obrigação da parte. Ciência do requerente do autor das possíveis práticas criminosas. Questão debatida na esfera cível. Delitos de iniciativa privada. Prazo decadencial. Art. 38 do CPP. Temas que restam prejudicados ante a decretação da ilegitimidade ativa do recorrente.

- A interceptação de dados que transitam pela rede mundial de computadores (internet) é uma medida probatória, de caráter instrutório, com legitimidade ativa restrita, que não pode ser aplicada a todo e qualquer tipo de infração penal, a teor dos arts. 2º e 3º da Lei 9.296/96 e 13, § 2º, da Lei 12.965/2014.

- Existe previsão legal expressa a respeito da legitimidade para se formular requerimento de quebra de dados telemáticos, sendo ela restrita à autoridade policial no curso de uma investigação criminal ou ao representante do Ministério Público. Assim, o particular, pessoa física, não detém legitimidade para formular tal requerimento no âmbito processual penal. Dita legitimidade é reafirmada pela Lei federal 12.965/2014 (Marco Civil da Internet), em seu art. 13, § 2º.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0480.13.019862-9/001
- Comarca de Patos de Minas - Apelante: M.J.P.A. - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Interessada: C.C.C. Ltda. - Relator: DES. SÁLVIO CHAVES

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 7ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em PRELIMINAR DE OFÍCIO, RECONHECER A ILEGITIMIDADE ATIVA E, POR CONSEQUÊNCIA, DECRETAR A EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO.

Belo Horizonte, 30 de agosto de 2016. - Sálvio Chaves - Relator.

Notas taquigráficas

DES. SÁLVIO CHAVES - M.J.P.A. intentou a presente ação intitulada de ação cautelar de quebra de sigilo de dados cadastrais e exibição de IPs (Protocolos de internet) em face de C.C.C. Ltda.

Ao final, por intermédio da decisão de f. 104 e verso, o pleito inicial foi indeferido.

Em face de referida decisão, foram interpostos, inicialmente, dois embargos declaratórios, ambos rejeitados às f. 120 e 131/131v., com publicação em 19.10.2015, f. 135.

Inconformado, recorre o autor (termo de f. 136 e razões de f. 140/142), oportunidade em que afirma que juntou aos autos documentos suficientes, mais de 80 laudas, que demonstram que suas assertivas possuem amparo legítimo e constituem indícios de prova do que se alega, mais precisamente das ofensas que sofreu.

Assevera que, ante tais provas, necessária a decretação da quebra de sigilo, requerida na peça de ingresso.

Sustenta que o d. Sentenciante fez menção ao fato de que as provas pretendidas poderiam ser obtidas por outros meios, porém não esclareceu quais seriam esses meios.

Requer, ao final, seja dado provimento ao recurso.

Contrarrazões às f. 145/146 pelo conhecimento e não provimento do apelo.

Parecer da d. Procuradoria-Geral de Justiça, da lavra do ilustre Procurador de Justiça, Dr. Marco Antônio Lopes de Almeida, às f. 150/151, em que assevera, em resumo, que o recorrente não detém legitimidade para formular o pleito inicial e que o recurso deve ser conhecido e não provido.

Esse é o relatório do essencial. Decido.

Conheço do recurso, a teor da regra contida no art. 593, II, do CPP.

Em sequência, é de se perceber que ao apelante foram deferidas as benesses da gratuidade de justiça, de modo implícito, pois o processo teve seu trâmite autorizado pelo Juízo de origem, sem o recolhimento prévio de quaisquer custas.

Preliminar de ofício - ilegitimidade ativa.

No âmbito processual penal, em se tratando de crimes cometidos por meio de computadores no ambiente denominado "internet", é possível o ajuizamento de medida cautelar para produção de provas, nos termos dos arts. 1º e 2º da Lei de Interceptação Telefônica, conjugados com o art. 5º, X e XII, da Constituição Federal. Assim, o pleito inicial possui previsão legal de existir, o que não se confunde com legitimidade.

Sabe-se que, ao intento de regulamentar o contido no citado art. 5º, X e XII, da CR/88, é que foi editada a Lei 9.296/96, cujo conteúdo e abrangência podem ser interpretados de modo amplo, isso porque não trouxe um rol taxativo de infrações penais que sujeitariam os suspeitos à captação de prova através de interceptação telefônica/dados telemáticos atuais ou pretéritos, porém dita legislação estabelece casos em que não cabe sua aplicação, isso em seu art. 2º, que determina:

Art. 2º Não será admitida a interceptação de comunicações telefônicas quando ocorrer qualquer das seguintes hipóteses:
I - não houver indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal;

II - a prova puder ser feita por outros meios disponíveis;

III - o fato investigado constituir infração penal punida, no máximo, com pena de detenção.

Parágrafo único. Em qualquer hipótese deve ser descrita com clareza a situação objeto da investigação, inclusive com a indicação e qualificação dos investigados, salvo impossibilidade manifesta, devidamente justificada.

Nesse particular contexto, é inadmissível a utilização da interceptação telefônica, por qualquer meio possível (monitoração ou obtenção de dados já arquivados) sem que esteja presente o requisito cautelar

consistente em indícios que caracterizem o *fumus commissi delicti*, ou seja, não se afigura possível decretar a medida como forma única e exclusiva de criação de provas e de colher elementos indiciários iniciais. Ao contrário, para decretá-la, o julgador tem que perquirir se existem tais indícios, para somente então justificar a decretação da medida.

Da mesma forma, as infrações penais punidas com detenção, prisão simples ou pena exclusiva de multa ou pena educativa não autorizam a utilização desse meio de prova, pelo que é vedada sua utilização para apuração de crimes contra a honra e delito de falsa identidade, salvo se, no decorrer de uma interceptação, viesse a ser descoberta a prática de um delito mais brando. Então, a prova obtida pode vir a ser utilizada, entendimento esse adotado pelo col. STF no HC 83.515/RA, Rel. Min. Nelson Jobim, DJ de 04.03.2005.

Em suma, a interceptação de dados é uma medida probatória, de caráter instrutório, com legitimidade ativa restrita, não podendo ser aplicada a todo e qualquer tipo de infração penal. Nesse sentido, é o teor dos arts. 2º e 3º da Lei 9.296/96.

A legislação de regência prevê expressamente que "quebra de dados" telemáticos somente pode ser requerida pela autoridade policial no curso de uma investigação criminal ou pelo representante do Ministério Público. Assim, o autor, pessoa física, não tem legitimidade para formular tal requerimento no âmbito processual penal. Dita legitimidade é reafirmada pela Lei 12.965/2014, em seu art. 13, § 2º.

Nesses exatos termos é a manifestação ministerial de f. 150/v., embora não elencada como questão preliminar, confira-se:

Assim, a lei não prevê a legitimidade de um particular para fazer tal pedido. Ademais, ao que se infere dos autos, sequer existe investigação criminal ou processo penal em curso, destinados a apurar os supostos crimes vislumbrados pelo autor-apelante. E, como previsto tanto na norma constitucional, quanto na legal, a quebra do sigilo só pode ser feita para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

Outrossim, não é possível confundir o crime de calúnia com o delito de denúncia caluniosa. Este último não é um crime contra a honra, mas contra a Administração Pública, previsto no art. 339 do CP, que assim prevê:

Art. 339. Dar causa à instauração de investigação policial, de processo judicial, instauração de investigação administrativa, inquérito civil ou ação de improbidade administrativa contra alguém, imputando-lhe crime de que o sabe inocente: (Redação dada pela Lei nº 10.028, de 2000)
Pena - reclusão, de dois a oito anos, e multa.

No caso concreto, não existe qualquer indício de citada prática criminosa, art. 339 do CP, ou seja, de que o apelante tenha sido alvo de alguma investigação policial

ou sido réu em eventual ação penal por conta dos fatos narrados na peça de ingresso. Lembrando-se que para dito delito a ação penal é pública incondicionada.

Aqui é de se registrar que não cabe ao Magistrado elencar para a parte quais provas ela deve obter ou como elas devem ser providenciadas.

Voltando ao cerne do debate, o apelante também não comprovou que os dados, que ele pretende descobrir, não possam ser obtidos por outros meios de provas, ou se é que eles ainda existam como previsto no já referido art. 2º, II, da Lei 9.296/96. Nem sequer um boletim de ocorrência foi lavrado ao tempo dos fatos, e, ao que se nota, o tema já foi objeto de discussão no âmbito judicial cível, vide documentos de f. 36 e 37/38 e referência contida à f. 11, *in fine*.

E mais, na peça de ingresso, o requerente afirma, de modo categórico, que sabe quem foi o autor das possíveis ofensas contra a sua pessoa e que citado indivíduo utilizava pseudônimos, tendo elencado cada um deles. O apelante ainda elencou o rol dos delitos possivelmente cometidos contra sua pessoa, dentre outros, f. 02 e 12.

Pelo que correto o ente ministerial ao opinar que o prazo previsto no art. 38 do CPP já restou ultrapassado, até mesmo porque uma ação na esfera cível já foi proposta e decidida, e o que se nota em dita ação é que os temas trazidos na presente via também foram objeto de análise, vide f. 36, 37/38.

Não bastassem tais nuances, cumpre consignar que a experiência ordinária nos ensina que, tendo em vista o grande volume de memória que os *logins* de usuários gera nos provedores de acesso à internet, esses dados normalmente eram guardados e armazenados por 30 (trinta) dias, o que podia alcançar 5 anos. Os fatos sob análise, em tese, ocorreram há mais de uma década. Ocorre que os prazos para armazenamento foram alterados em data recente pela Lei 12.965/2014, art. 13 (Marco Civil da Internet), tendo passado o prazo mínimo para um ano. No mesmo sentido, é o conteúdo do Regulamento do SCM, publicado por meio da Resolução 614, de 28 de maio de 2013, da Agência Nacional de Telecomunicações. Nesse particular contexto, o provedor de acesso à internet não tem obrigação de ter guardado os dados que se pretende obter por tão longo lapso de tempo.

Conclui-se que, sob qualquer aspecto que se aprecie a questão trazida a julgamento, razão não socorre ao apelante, pelo que, em preliminar de ofício, reconheço a sua ilegitimidade ativa, e, por consequência, decreto a extinção do processo sem resolução de mérito.

Custas, na forma da lei, isento o apelante.

É como voto.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES PAULO CALMON NOGUEIRA DA GAMA e MARCÍLIO EUSTÁQUIO SANTOS.

Súmula - EM PRELIMINAR DE OFÍCIO, RECONHECERAM A ILEGITIMIDADE ATIVA E, POR CONSEQUÊNCIA, DECRETARAM A EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO.

...

Habeas corpus - Salvo conduto - Execução cível - Ordem de pagamento sob pena de configuração do crime de desobediência - Bloqueio de valores em contas bancárias - Liberdade de locomoção - Ausência de ameaça

Ementa: *Habeas corpus*. Processo civil. Execução. Ordem judicial de pagamento pelo executado, sob pena de desobediência. Expedição de salvo-conduto. Impossibilidade. Ausência de ameaça concreta à liberdade de locomoção. Descabimento da impetração de *habeas corpus* na modalidade preventiva. Vedação ao bloqueio de valores em contas bancárias. Impossibilidade de análise na via do *habeas corpus*. Constrangimento ilegal não configurado. Ordem denegada.

- Para o cabimento de *habeas corpus* preventivo, deve haver uma iminência de restrição à liberdade de locomoção do paciente, não bastando mero temor subjetivo do impetrante acerca da futura configuração de eventual ilegalidade.

- Não se vislumbrando qualquer possibilidade de decretação de prisão, diante dos procedimentos a serem adotados pelo juiz cível, caso entenda configurado o crime de desobediência, não se constata ameaça à liberdade de locomoção a ensejar a concessão da ordem de *habeas corpus* na modalidade preventiva.

- A liberdade de locomoção é o único bem tutelável pela via do *habeas corpus*, descabendo a formulação de pedido que com ela não se relacione diretamente.

- Ordem denegada.

HABEAS CORPUS CRIMINAL Nº 1.0000.16.020631-4/000 - Comarca de Santa Rita do Sapucaí - Paciente: R.H.A.R.K. - Autoridade coatora: Juiz de Direito da 2ª Vara da Comarca de Santa Rita do Sapucaí - Relator: DES. MARCÍLIO EUSTÁQUIO SANTOS

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 7ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em DENEGAR A ORDEM.

Belo Horizonte, 19 de maio de 2016. - *Marcílio Eustáquio Santos* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. MARCÍLIO EUSTÁQUIO SANTOS - Trata-se de três *habeas corpus* conexos, com pedidos liminares, impetrados pelo Dr. Mauro Cunha Azevedo Neto, advogado inscrito na OAB/SP, sob o número 129.073, em favor de M.C.C.A.R.A. (Autos nº 28659-7), C.S.C.A.R.P. e G.P.C.C. (Autos nº 24455-4) e R.H.C.A.R.K. (Autos nº 20631-4), já qualificados, sendo apontado como autoridade coatora o r. Juízo de Direito da 2ª Vara Cível, Criminal e da Infância e Juventude da Comarca de Santa Rita do Sapucaí.

Alega o impetrante, em apertada síntese, ser evidente o constrangimento ilegal sofrido pelos pacientes, visto que estes foram intimados pela d. autoridade coatora, no bojo de processo cível de execução, a pagarem, em favor dos exequentes, a quantia mensal de R\$30.000,00, a cada dia 10, a título de frutos de bem, objeto de condomínio com os exequentes e que se encontra sob sua posse, sob pena de desobediência, o que atenta contra as normas do Pacto de San José da Costa Rica, que veda a prisão civil (excetuada a decorrente de dívida de alimentos, o que não é o presente caso), mormente diante da incapacidade econômica dos pacientes de satisfazerem tal determinação, fixada em descompasso com seu patrimônio e com os supostos frutos advindos do bem compartilhado.

Assim, pugna pela expedição de salvo-conduto em favor dos agentes, determinando à d. autoridade coatora que se abstenha de vir a atentar contra a liberdade de locomoção destes, bem como que seja determinada a vedação de bloqueios de valores em contas judiciais para satisfação do débito, até expedição do formal de partilha.

Inicialmente, distribuído o primeiro feito (Autos nº 20631-4) à relatoria do eminente Desembargador Arnaldo Maciel, da 18ª Câmara Cível deste Tribunal, foi determinada a redistribuição da ação entre os membros de Câmaras Criminais, em despacho de f. 42.

Os pedidos liminares foram indeferidos por este Relator, oportunidade em que foram requisitadas as informações de praxe, prontamente prestadas pela d. autoridade apontada como coatora.

A d. Procuradoria-Geral de Justiça opinou pela concessão parcial das ordens.

É o relatório.

Decido.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço dos pedidos de *habeas corpus* impetrados.

Examinando detidamente os presentes autos, tenho que as ordens devem ser denegadas, pelos motivos que declino.

Consta dos autos que os pacientes, executados em processo de natureza cível, foram intimados pela d. autoridade coatora a efetuarem pagamentos mensais, no importe de R\$30.000,00, no dia 10 de cada mês, em favor dos exequentes, a título de frutos provenientes de bem objeto de condomínio entre os envolvidos e

submetido à sua posse direta, sob pena de desobediência (decisões de f. 25/32, Autos nº 20631-4).

Diante disso, impetraram-se as presentes ações, pugnando pelo afastamento de qualquer possibilidade de restrição à liberdade de locomoção dos agentes em virtude de eventual descumprimento da determinação.

Inicialmente, importante salientar que, pelo texto constitucional, “conceder-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder” (art. 5º, LXVIII).

Assim, o *writ* pode ser manejado sob duas modalidades, a saber, a repressiva, quando já ultimada a coação, e a preventiva, diante da iminência desta.

Quanto à matéria, assim preleciona a Professora Ada Pellegrini Grinover:

A amplitude da proteção conferida ao indivíduo pelo *habeas corpus* decorre, fundamentalmente, da possibilidade de sua concessão em caráter preventivo, permitindo que o Judiciário se antecipe na apreciação da legalidade de uma prisão, antes mesmo que esta se concretize. Daí a distinção que se faz entre *habeas corpus liberatório* e *preventivo*: no primeiro, o que se pretende é a restituição da liberdade de alguém que se encontra efetivamente preso, ao passo que, na segunda hipótese, se pede a tutela antecipadamente, para evitar que a ameaça de prisão se efetive (grifos no original) (GRINOVER, Ada Pellegrini. *Recursos no processo penal*. 6. ed. São Paulo: RT, 2009. p. 271).

Nesse sentido, para o cabimento da ação na modalidade preventiva, certo é que deve haver uma iminência de restrição à liberdade de locomoção do paciente (bem tutelado pelo *habeas corpus*), não bastando mero temor subjetivo do impetrante acerca da futura configuração de eventual ilegalidade.

No caso dos autos, vê-se que, por ora, inexistente qualquer ameaça de restrição da liberdade dos pacientes.

Ora, o d. Magistrado de base apenas consignou na decisão que a determinação deveria ser cumprida, “sob pena de desobediência”. Não foi sinalizada eventual prisão, em momento algum.

Assim, caso o Juiz da causa venha a entender por configurado o crime de desobediência, por certo, o máximo que poderá fazer é oficiar o ilustre membro do Ministério Público atuante perante o Juizado Especial Criminal da Comarca de origem, enviando-lhe cópias do processo, para que sejam adotadas as medidas que considerar cabíveis.

Não haverá imediata decretação de prisão preventiva (visto que o magistrado atua na jurisdição cível, carecendo de competência para tanto), nem mesmo efetivação de prisão em flagrante, legalmente vedada para a hipótese (art. 69, parágrafo único, da Lei 9.099/95).

Destarte, caberá ao Promotor de Justiça atuante perante o JESP criminal, caso oficiado, proceder conforme entender devido, sendo que, caso venha a surgir eventual ilegalidade decorrente de instauração de processo

judicial, a análise de *habeas corpus* não assistirá a este Tribunal, se voltar o feito contra ato do Juizado Especial.

Nessa linha, vê-se que, por ora, não há ameaça concreta à liberdade de locomoção dos pacientes, sendo certo, ainda, que, caso venha a se abrir processo de natureza criminal, este se dará perante o Juizado Especial, tendo em vista tratar-se de crime de menor potencial ofensivo, não sendo da competência deste Tribunal de Justiça julgar *habeas corpus* contra ato daquele Juízo.

Em suma, ausente ameaça concreta de restrição da liberdade de locomoção dos pacientes, descabe a concessão da ordem de *habeas corpus* na modalidade preventiva, a qual necessita de elementos concretos a fundamentar o temor de que uma ilegalidade incidente sobre a liberdade de ir e vir esteja na iminência de se verificar.

Por derradeiro, no que tange ao pedido de vedação do bloqueio de valores em contas bancárias, é manifesto o descabimento da sua formulação nesta sede, visto ser objeto tutelável pela via do *habeas corpus*, com exclusividade, a liberdade de locomoção, não se tratando o writ de modalidade recursal cível, hábil a veicular tese de *error in iudicando* do juiz da causa de natureza não criminal.

Por todo o exposto, denego as ordens.

Sem custas.

É como voto.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES CÁSSIO SALOMÉ e AGOSTINHO GOMES DE AZEVEDO.

Súmula - DENEGARAM A ORDEM.

...

***Habeas corpus* preventivo - Reitor da USP - Ordem judicial - Fornecimento de fosfoetanolamina sintética - Pílula do câncer - Descumprimento - Crime de desobediência - Inquérito policial - Instauração - Justa causa - Ausência - Constrangimento ilegal - Salvo-conduto - Expedição - Ordem concedida**

Ementa: *Habeas corpus* preventivo. Expedição de salvo-conduto para impedir instauração de inquérito policial. Necessidade. Constrangimento ilegal evidenciado. Reitor da USP. Fornecimento de fosfoetanolamina sintética ("pílula do câncer"). Determinação judicial. Não cumprimento. Suposta prática do crime de desobediência. Ausência de justa causa. Ordem concedida para ratificar liminar.

- Comprovado o constrangimento ilegal ante a possível instauração de inquérito policial para investigação de

suposta prática de delito de desobediência, a expedição de salvo-conduto é medida que se impõe.

HABEAS CORPUS CRIMINAL Nº 1.0000.16.022046-3/000 - Comarca de Monte Alegre de Minas - Paciente: M.A.Z. - Autoridade coatora: Juiz de Direito da Comarca de Monte Alegre de Minas - Interessada: J.M.V.R., Universidade de São Paulo - USP - Relator: DES. OCTAVIO AUGUSTO DE NIGRIS BOCCALINI

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em CONCEDER PARCIALMENTE A ORDEM.

Belo Horizonte, 17 de maio de 2016. - Octavio Augusto de Nigris Boccacini - Relator.

Notas taquigráficas

DES. OCTAVIO AUGUSTO DE NIGRIS BOCCALINI - Trata-se de *habeas corpus* preventivo com pedido de liminar, impetrado por Procuradores da USP - Universidade de São Paulo, em favor de M.A.Z. - Reitor da Universidade de São Paulo, objetivando a concessão de salvo-conduto para impedir a instauração de inquérito criminal.

Alegam os impetrantes, em síntese, que o paciente padece de constrangimento ilegal, porquanto se encontra na iminência de ser criminalmente processado pela suposta prática do delito de desobediência, previsto no art. 330 do Código Penal, em virtude de ordem expedida pelo MM. Juiz de Direito da Comarca de Monte Alegre de Minas, na Ação nº 0021148-85.2015.8.13.0428.

Argumentam que a autoridade apontada como coatora determinou a instauração de inquérito para apuração de suposto crime de desobediência, em virtude do não cumprimento da decisão judicial que determinou que a Universidade de São Paulo fornecesse a substância "fosfoetanolamina sintética" (vulgarmente conhecida como "pílula do câncer") à autora da Ação nº 0021148-85.2015.8.13.0428.

Sustentam que, dentre os diversos motivos pelos quais a ordem judicial não fora cumprida, encontram-se:

- (i) o fato de a Universidade de São Paulo ser uma entidade autárquica estadual de ensino, pesquisa e extensão, não sendo atribuição primária da universidade o fornecimento de substância que sequer é considerada medicamento;
- (ii) a proibição de a Administração Pública fornecer fármaco que não possua registro na Anvisa, consoante determinado pelo STF na Suspensão de Tutela Antecipada 175, julgado em 17.03.2010;
- (iii) o fato de a Universidade de São Paulo não figurar como detentora das patentes da 'fosfoetanolamina sintética' no INPI - Instituto Nacional de Propriedade Intelectual.

Por fim, aduzem a ausência de justa causa para a instauração de inquérito para investigar suposta prática do delito de desobediência.

Assim, requerem o deferimento da liminar para que seja concedido ao paciente salvo-conduto, para impedir a instauração de inquérito, estendendo-se a ordem a todos os Juízes de Direito do Estado de Minas Gerais, em casos que envolverem o tema em questão. Ao final, pugna pela concessão definitiva da ordem.

A petição inicial (f. 02/18-TJ) veio instruída com documentos (f. 19/87-TJ).

A liminar foi parcialmente deferida, para conceder salvo-conduto ao paciente, impedindo assim a instauração de inquérito criminal para investigação de suposta prática de crime de desobediência (f. 91/94-TJ).

A autoridade apontada como coatora prestou informações (f. 102/102-v.-TJ), porém não juntou documentos.

Opina a douta Procuradoria de Justiça pela concessão da ordem, para que seja a liminar confirmada (f. 105/107-TJ).

Vieram-me os autos conclusos (f. 108-TJ).

É o relatório.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, deve o presente *writ* ser conhecido.

Almejam os impetrantes a concessão de salvo-conduto ao paciente, para impedir a instauração de inquérito criminal.

A presente impetração veio instruída com cópia da decisão que determinou a instauração de inquérito para investigar suposta prática do delito de desobediência (f. 20/21-TJ), do andamento processual da Ação nº 0021148-85.2015.8.13.0428 (f. 22/22-v.-TJ), da decisão que deferiu a antecipação de tutela, determinando que a USP fornecesse substância química (f. 24/30-TJ), de acórdão de *habeas corpus* julgado pelo TJSP concedendo a ordem para expedir salvo-conduto em favor do paciente em caso semelhante ao que ora se analisa (f. 32/35-TJ), de Nota Técnica da Anvisa (f. 46-v./48-TJ).

Extrai-se dos documentos que instruem os autos que o MM. Juiz de Direito da Comarca de Monte Alegre de Minas/MG deferiu o pedido de antecipação de tutela, determinando que a USP adotasse as providências necessárias para fornecer à parte autora, J.M.V.R., o composto “fosfoetanolamina sintética”, vulgarmente conhecida como “pílula do câncer” (f. 20/21-TJ).

Ante o não cumprimento da decisão judicial, a multa diária, inicialmente estipulada em R\$5.000,00 (cinco mil reais), foi majorada para R\$10.000,00 (dez mil reais) (f. 20/21-TJ).

Requeru a parte autora a decretação da prisão preventiva do paciente, que restou indeferida pelo Magistrado singular, ao argumento de não se fazerem presentes os requisitos elencados no art. 312 do Código de Processo Penal (f. 20/21-TJ).

Todavia, determinou o Magistrado a extração de determinados documentos do processo, para que fossem

encaminhados à autoridade policial e, assim, se instaurasse inquérito para investigação de suposta prática do delito de desobediência (f. 20/21-TJ).

Os impetrantes alegam que a determinação de instauração de inquérito gera constrangimento ilegal ante a manifesta ausência de justa causa, porquanto não pode o paciente, enquanto reitor da Universidade de São Paulo, figurar como sujeito ativo do delito de desobediência.

Com efeito, o delito de desobediência se encontra previsto no art. 330 do Código Penal, disposto, por sua vez, no Capítulo II do Título XI, que trata “Dos crimes praticados por particular contra a Administração em geral”.

Ressalta-se, neste momento, que funcionário público pode figurar como sujeito ativo do delito em comento, porém somente se atuar na condição de particular.

Neste ponto, a doutrina de Guilherme de Souza Nucci:

[...] sujeito ativo pode ser qualquer pessoa, inclusive funcionário público. Nessa hipótese, torna-se indispensável verificar se a ordem dada tem ou não relação com a função exercida, uma vez que, se tiver e não for cumprida, pode configurar o crime de prevaricação. Se o funcionário, que recebe ordem legal de outro, não pertinente ao exercício de suas funções, deixa de obedecer, é possível se configurar a desobediência, pois, nessa hipótese, atua como particular [...] (NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal comentado*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 1.319).

No caso em apreço, a decisão judicial supostamente descumprida determinava que a USP fornecesse substância química à parte autora da ação original.

Dessa forma, resta evidente que o paciente, ao deixar de cumprir a decisão judicial, não o fez na condição de particular, mas somente em razão de ocupar, atualmente, o cargo de reitor da Universidade de São Paulo e durante o exercício de sua função.

Nesse sentido já decidiu esta colenda Câmara:

Habeas corpus. Crime de desobediência. Impossibilidade de o paciente ser sujeito ativo do delito. Trancamento do inquérito policial. Concessão da ordem (*Habeas Corpus* nº 1.0000.08.472047-3/000, Rel. Des. Antônio Carlos Cruvinel - TJMG - 3ª Câmara Criminal, julgado em 06.05.2008)

Aduzem ainda os impetrantes a ausência de dolo na conduta do paciente, elementar para a configuração do delito, visto que a decisão somente não foi cumprida por absoluta impossibilidade material de cumprimento.

Nesse sentido, consoante explicitado na inicial, necessário se faz esclarecer que a Universidade de São Paulo consiste em autarquia estadual de regime especial, criada pelo Decreto estadual nº 6.283/34, e possui como finalidade o ensino, pesquisa e extensão, nos termos do art. 207 da Constituição Federal.

A saber:

Art. 207. As universidades gozam de autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial, e

obedecerão ao princípio de indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão.

§ 1º É facultado às universidades admitir professores, técnicos e cientistas estrangeiros, na forma da lei.

§ 2º O disposto neste artigo aplica-se às instituições de pesquisa científica e tecnológica.

Há, ainda, o Estatuto da Universidade, Resolução nº 3461/88, que, em seu art. 2º, especifica que os fins da USP são os seguintes:

Artigo 2º São fins da USP:

I - promover e desenvolver todas as formas de conhecimento, por meio do ensino e da pesquisa;

II - ministrar o ensino superior visando à formação de pessoas capacitadas ao exercício da investigação e do magistério em todas as áreas do conhecimento, bem como à qualificação para as atividades profissionais;

III - estender à sociedade serviços indissociáveis das atividades de ensino e de pesquisa.

Dessa forma, o fornecimento de substância química, determinado na decisão que deferiu o pedido de antecipação de tutela em ação com pedido de obrigação de fazer, de fato, não consiste atribuição primária da Universidade de São Paulo.

Ademais, não se pode ignorar a proibição de a Administração Pública fornecer substância química que não possua registro na Anvisa, consoante determinado pela Lei federal nº 6.360/76 e estabelecido pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Suspensão de Tutela Antecipada 175, julgada em 17.03.2010, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes.

Confira-se:

[...] Não raro, busca-se, no Poder Judiciário, a condenação do Estado ao fornecimento de prestação de saúde não registrada na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa). Como ficou claro nos depoimentos prestados na audiência pública, é vedado à Administração Pública fornecer fármaco que não possua registro na Anvisa.

A Lei federal nº 6.360/76, ao dispor sobre a vigilância sanitária a que ficam sujeitos os medicamentos, as drogas, os insumos farmacêuticos e correlatos, determina, em seu art. 12, que 'nenhum dos produtos de que trata esta Lei, inclusive os importados, poderá ser industrializado, exposto à venda ou entregue ao consumo antes de registrado no Ministério da Saúde'. O art. 16 da referida lei estabelece os requisitos para a obtenção do registro, entre eles o de que o produto seja reconhecido como seguro e eficaz para o uso a que se propõe. O art. 18 ainda determina que, em se tratando de medicamento de procedência estrangeira, deverá ser comprovada a existência de registro válido no país de origem.

O registro de medicamento, como ressaltado pelo Procurador-Geral da República na audiência pública, uma garantia à saúde pública. E, como ressaltou o Diretor-Presidente da Anvisa na mesma ocasião, a agência, por força da lei de sua criação, também realiza a regulação econômica dos fármacos. Após verificar a eficácia, a segurança e a qualidade do produto e conceder-lhe o registro, a Anvisa passa a analisar a fixação do preço definido, levando em consideração o benefício clínico e o custo do tratamento. Havendo produto assemelhado, se o novo medicamento não trouxer

benefício adicional, não poderá custar mais caro do que o medicamento já existente com a mesma indicação.

Por tudo isso, o registro na Anvisa configura-se como condição necessária para atestar a segurança e o benefício do produto, sendo o primeiro requisito para que o Sistema Único de Saúde possa considerar sua incorporação [...] (STA 175 AgR/Cem, Rel. Ministro Gilmar Mendes, Tribunal do Pleno, j. em 17.03.2010, destaquei)

E, conforme se infere da Nota Técnica nº 56/2015 - Assunto: "Esclarecimento sobre a fosfoetanolamina" (f. 46-v./48-TJ), inexistia na Anvisa qualquer registro ou até mesmo requisição de registro da substância em questão.

Assim, em atenção ao princípio da juridicidade, norteador da atividade administrativa, é vedado à USP promover o fornecimento da mencionada substância química. Destaco trechos:

[...] Não há na Anvisa qualquer registro concedido ou pedido de registro para medicamentos com o princípio ativo fosfoetanolamina. Neste contexto, ressaltamos que também não há em curso qualquer avaliação de projetos contendo a fosfoetanolamina para fins de pesquisa clínica envolvendo seres humanos.

A comercialização, bem como a exposição do produto fosfoetanolamina, estaria em desacordo ao que prevê a Lei nº 6.360/76, que em seu artigo 12 assim dispõe: '[...] nenhum dos produtos de que trata esta Lei, inclusive os importados, poderá ser industrializado, exposto à venda ou entregue ao consumo antes de registrado[...]'

Conforme já exposto, não há nenhuma avaliação de qualidade, segurança e eficácia realizada pela agência, portanto a Anvisa não tem como reconhecer, por absoluta falta de dados científicos, a suposta eficácia da fosfoetanolamina para o tratamento do câncer, ou seja, seus efeitos são totalmente desconhecidos. Alertamos que todos os tipos de tratamentos devem ser fundamentados em resultados de estudos cientificamente comprovados. [...] (f. 46-v./48-TJ)

Acrescentam os impetrantes que, ainda que fosse lícito o fornecimento da "fosfoetanolamina sintética" pela USP, não figura a universidade como detentora de patente devidamente registrada no INPI - Instituto Nacional de Propriedade Intelectual, de forma que qualquer produção seria, portanto, irregular.

Dessa forma e por todo o exposto, verifica-se que o descumprimento de decisão judicial se deu por absoluta impossibilidade material.

Ante todo o exposto, resta evidenciada a manifesta ausência de justa causa para instauração de Inquérito Policial, determinada na decisão dos autos da Ação nº 0021148-85.2015.8.13.0428.

Registra-se, ainda, que não há como conceder salvo-conduto extensivo, aplicando-se assim a todos os Juízes de Direito do Estado de Minas Gerais, em casos que envolverem o tema em questão.

Isso porque o salvo-conduto, previsto no art. 660, § 4º, do Código de Processo Penal, somente será concedido para evitar qualquer tipo de constrangimento ilegal, consistente na ameaça de violência ou coação ilegal.

Nesse sentido, para a correta análise da existência de constrangimento ilegal, imprescindível a análise das circunstâncias concretas de cada caso, que podem ser faticamente alteradas.

Por fim, ressalta-se que a decisão recentemente proferida pelo Ministro Ricardo Lewandowski, na Suspensão de Tutela Antecipada nº 828 de São Paulo, não torna prejudicada a presente impetração.

Mencionada decisão concedeu, de ofício, salvo-conduto às autoridades universitárias contra as quais se expediu mandado de prisão por suposto descumprimento de ordem judicial. Confira-se:

[...] Concedo, ainda, de ofício, salvo conduto às autoridades universitárias contra as quais tenha sido expedido mandado de prisão por suposto descumprimento de ordem judicial [...] (STA 828/SP, Relator Ministro Ricardo Lewandowski - Supremo Tribunal Federal, decisão prolatada em 04.04.2016).

Apesar da semelhança, diverge o caso analisado pelo Supremo Tribunal Federal do ora em apreço, porquanto neste não houve expedição de mandado de prisão, porém tão somente a determinação de instauração de inquérito.

Dessa forma, ademais, se faz necessária a confirmação da decisão que deferiu o pedido de liminar.

Com essas considerações, concedo parcialmente a ordem, para ratificar a liminar que concedeu salvo-conduto ao paciente M.A.Z., impedindo, assim, a instauração de inquérito criminal para investigação de suposta prática de crime de desobediência, ante o suposto não cumprimento de decisão judicial, exarada nos autos da Ação nº 0021148-85.2015.8.13.0428.

É como voto.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES PAULO CÉZAR DIAS e FORTUNA GRION.

Súmula - CONCEDERAM PARCIALMENTE A ORDEM.

...

Peculato e inserção de dados falsos em sistema de informação - Recurso do Ministério Público - Condenação pelo crime de lavagem de dinheiro - Ausência de prova - Ausência de dolo - *In dubio pro reo* - Inserção de dados falsos em sistema de informação - Crime-meio - Princípio da consunção - Aplicação de ofício - Absolvição - Recurso da defesa - Suspensão condicional do processo - Lei 9.099/95 - Maus antecedentes - Não incidência - Redução da pena

Ementa: Apelações criminais. Recurso ministerial. Condenação pelo crime de lavagem de dinheiro. Impossibili-

dade. Recurso defensivo. Redução da pena. Necessidade. Aplicação do princípio da consunção. Delito de inserção de dados falsos em sistema de informação como mero meio para a prática do crime de peculato.

- Sempre que se caracterizar uma situação de prova dúbia, impõe-se a absolvição, pois a dúvida em relação ao dolo do crime de lavagem de dinheiro deve ser resolvida em favor do imputado, conforme o princípio *in dubio pro reo*.

- Quando a inserção de dados falsos em sistema de informação se exaure no peculato, sem mais potencialidade lesiva, é por este absorvido (inteligência da Súmula 17 do STJ).

- O instituto da suspensão condicional do processo, previsto na Lei 9.099/95, quando cumprido, não gera reincidência nem fomenta maus antecedentes, já que não há sentença penal condenatória (inteligência da Súmula 444 do STJ).

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0393.08.022259-8/001 - Comarca de Manga - Apelantes: 1º) Ministério Público do Estado de Minas Gerais - 2º) S.S.F. - Apelados: Ministério Público do Estado de Minas Gerais, S.S.F. - Relator: DES. FLÁVIO BATISTA LEITE

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO MINISTERIAL E DAR PROVIMENTO AO APELO DEFENSIVO, COM ALTERAÇÕES DE OFÍCIO.

Belo Horizonte, 28 de junho de 2016. - Flávio Batista Leite - Relator.

Notas taquigráficas

DES. FLÁVIO BATISTA LEITE - Trata-se de apelações interpostas pelo Ministério Público e por S.S.F., que foi denunciado como incurso nas iras dos arts. 312, § 1º, e 313-A do CP (peculato e inserção de dados falsos em sistema de informação) e do art. 1º, V, da Lei 9.613/98 (lavagem de dinheiro), juntamente com M.R.B.F., que foi denunciada como incurso nas iras do art. 180 do CP e do art. 1º, § 1º, II, da Lei 9.613/98 (receptação e lavagem de dinheiro).

A denúncia narra que:

[...] no período de setembro de 2006 a outubro de 2007, por diversas vezes, o primeiro denunciado, valendo-se de facilidade que lhe proporcionava a qualidade de funcionário, subtraiu recursos públicos da Prefeitura Municipal de Manga, em proveito próprio e alheio, incorporando valores destinados ao pagamento de servidores públicos à sua conta bancária particular, em um total de R\$48.051,00 (quarenta

e oito mil e cinquenta e um reais), bem como, no período de maio de 2005 a novembro de 2007, à conta bancária da segunda denunciada, sua esposa, M.R.B., em um total de, aproximadamente, R\$9.988,00 (nove mil novecentos e oitenta e oito reais).

Infer-se dos inclusos autos que o primeiro denunciado, na qualidade de servidor público municipal e Diretor de Departamento de Pessoal, utilizou-se das facilidades do cargo, como acesso à senha do sistema eletrônico de envio da folha de pagamento de pessoal da Prefeitura Municipal de Manga para o Banco do Brasil e possibilidade de modificação de qualquer dado ali constante, para realizar os desvios.

Com efeito, a Prefeitura Municipal de Manga/MG possui convênio com o Banco do Brasil, no sentido de que aquele ente público realize os pagamentos de seus servidores por meio do crédito em contas dos referidos servidores, abertas no Banco do Brasil.

Para tanto, a Prefeitura Municipal de Manga/MG envia mensalmente arquivo eletrônico ao Banco do Brasil contendo os valores a serem creditados nas contas dos respectivos servidores.

Ocorre que o primeiro denunciado, na qualidade de Diretor do Departamento de Pessoal, tinha acesso a tais arquivos eletrônicos e senha do sistema, por meio da qual foi possível que o requerido inserisse dados falsos, alterasse ou excluísse indevidamente dados corretos no referido sistema informatizado da Administração Pública municipal, com o fim de subtrair recursos públicos para si e para outrem.

Da análise dos inclusos autos, verifica-se que o primeiro denunciado inseria o número do seu próprio CPF na folha de pagamentos, com relação a pagamentos devidos a outros servidores, modificando os dados pessoais desses últimos, de forma a alterar a destinação dos proventos devidos a outros servidores, desviando os recursos públicos para sua conta pessoal e de sua esposa, segunda denunciada.

Outrossim, o primeiro denunciado inseriu dados falsos em sistema eletrônico da Administração Pública Municipal de Manga/MG, ao manter ativa para o sistema de pagamento de pessoal a matrícula de servidores que já haviam sido demitidos, especificamente com relação à ex-servidora contratada M.R.G.S., de 04.06.05 a 13.08.2007, também desviando o pagamento indevido à sua conta particular e à da segunda denunciada.

Infer-se dos autos, ainda, que o primeiro denunciado ocultou e dissimulou a localização de valores provenientes de crime, ao transferir para a conta bancária da segunda denunciada e de terceiras pessoas diversos valores provenientes de crimes contra a Administração Pública por ele praticados, acima narrados (cf. dados bancários juntados à f. 141), enquanto a segunda denunciada, para ocultar a utilização dos valores provenientes dos referidos delitos, os recebeu, manteve em depósito e movimentou (cf. dados bancários juntados às f. 162/207).

A segunda denunciada, outrossim, recebeu valores em sua conta bancária, em um total de aproximadamente R\$9.988,00 (nove mil novecentos e oitenta e oito reais), que sabia ser produto de crime.

Por todo o exposto, estando o primeiro denunciado incurso nas sanções dos arts. 312, § 1º, 313-A, do Código Penal e do art. 1º, caput, V, da Lei 9.613/98, todos na forma do art. 69 do Código Penal, e a segunda denunciada, nas sanções do art. 180, caput, do Código Penal e do art. 1º, § 1º, II, da Lei 9.613/98, na forma do art. 69 do Código Penal [...] (sic, f. 02/04).

Finda a instrução criminal, o juiz julgou parcialmente procedente a denúncia para absolver a acusada dos delitos que lhe foram imputados, para absolver o acusado do crime do art. 1º da Lei 9.613/98 e para condená-lo pela prática dos delitos dos arts. 312, § 1º, e 313-A do CP à pena de cinco anos e oito meses de reclusão, no regime inicial semiaberto, e ao pagamento de 48 dias-multa, no valor de 1/10 do salário mínimo.

O réu encontra-se solto.

Intimações da sentença, regulares.

A acusação e a defesa apelaram.

Nas razões de f. 692/702, o Ministério Público requereu a condenação de S.S.F. nas iras do art. 1º, V, da Lei 9.613/98.

Nas razões de f. 705/706, a defesa requereu a redução da pena aplicada ao réu.

Nas contrarrazões de f. 707/710 e 711/716, a defesa e o *Parquet* pugnaram pela improcedência do recurso aviado pela parte contrária.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo conhecimento e desprovimento dos recursos (f. 721/723/v.).

Esse é, em síntese, o relatório.

Passo ao voto.

Presentes seus pressupostos de admissibilidade e processamento, conheço dos recursos.

Ausentes preliminares, arguidas ou que devam ser apreciadas de ofício, passo à análise do mérito da apelação.

Recurso ministerial.

Busca o *Parquet* a condenação do acusado pela prática do crime de lavagem de capital, previsto no art. 1º, V, da Lei 9.613/98, cuja redação à época dos fatos era a seguinte:

Art. 1º Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de crime:

[...]

V - contra a Administração Pública, inclusive a exigência, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, de qualquer vantagem, como condição ou preço para a prática ou omissão de atos administrativos; [...].

Argui o *Parquet* que o réu inseriu seu CPF e sua conta bancária nas ordens de pagamento de pessoal da Prefeitura de Manga enviadas ao Banco do Brasil e, com isso, conseguiu subtrair em proveito próprio dinheiro público, valendo-se das facilidades proporcionadas pelo seu cargo de Diretor do Departamento de Pessoal da Prefeitura. Sustenta que essa conduta, que caracteriza crime contra a Administração Pública, constituiu antecedente do crime de lavagem de capitais, que, segundo a acusação, restou caracterizado pelo fato de o acusado transferir valores de sua conta-corrente para a de sua esposa e, depois, utilizá-los para pagamento das despesas realizadas pelo núcleo familiar. Assim, pleiteia a condenação de S.S.F. pelo delito de lavagem de dinheiro.

Com a devida vênia, o pleito condenatório não merece prosperar, tanto que a Procuradoria-Geral de Justiça opinou pela manutenção da absolvição dessa imputação.

Ao contrário do que alega o *Parquet*, entendo que o simples fato de o acusado transferir alguns valores para a conta-corrente de sua esposa e com eles pagar despesas cotidianas e realizar compras para a reforma na residência do casal (pois somente ela utilizava cheque) não constitui prova hábil a demonstrar o dolo do acusado de limpar o capital ilícito e de reinseri-lo na economia com aparência lícita.

A meu ver, a prova dos autos demonstra tão somente a intenção do réu de usufruir do produto do crime de peculato, e não a vontade livre e consciente de emprestar aparência lícita aos valores desviados.

Sobre a questão, trago à baila os ensinamentos de Gustavo Badaró e de Pierpaolo Bottini:

[...] O tipo objetivo do art. 1º, *caput*, na forma de ocultação ou dissimulação exige, portanto, algum ato de mascaramento do valor procedente da infração. O uso aberto do produto do crime não caracteriza a lavagem. Se o agente utiliza o dinheiro procedente da infração para comprar imóvel, bens, ou o deposita em conta-corrente, em seu próprio nome, não existe o crime em discussão. O mero usufruir do produto infracional não é típico. Aquele que se propõe a praticar uma infração penal com resultado patrimonial o faz, em regra, com a intenção de gastar em proveito próprio os bens adquiridos. Trata-se de mero aproveitamento do produto do crime, ato irrelevante para a administração da justiça.

Por outro lado, a redação legal não exige que os atos de mascaramento sejam complexos ou sofisticados. Em outras palavras, 'quer o fato retrate modalidade tosca e elementar de lavagem do dinheiro sujo, quer materialize momento inicial de um processo mais complexo a desenvolver', basta o escamoteamento à tipicidade a ocultação ou dissimulação. O simples ato de esconder os bens ou movimentá-los de forma capaz de ludibriar a fiscalização é considerado lavagem de dinheiro do ponto de vista objetivo.

No entanto, isso não é suficiente, pois sempre será necessária a demonstração de todos os elementos subjetivos inerentes ao tipo penal, quais sejam a vontade ou intenção de limpar o capital e reinseri-lo no círculo econômico com aparência lícita (BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro; aspectos penais e processuais penais*: comentários à Lei 9.613/1998, com alterações da Lei 12.683/2012. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 61-65).

O Ministro Teori Zavascki enfrentou o tema no julgamento da Ação Penal 470 e dispôs que "a ação objetiva de ocultar reclama, para sua tipicidade, a existência de um contexto capaz de evidenciar que o agente realizou tal ação com a finalidade específica de emprestar aparência de licitude aos valores" (f. 43 do acórdão dos embargos infringentes).

Em outras palavras, a ação de ocultar - demonstrada no presente caso pela transferência de valores da conta do acusado para a de sua esposa - deve estar acompanhada da nítida intenção de distanciamento da

origem ilícita do valor ou do bem. Essa intenção não foi suficientemente demonstrada pela prova dos autos, mormente porque os recursos foram empregados dentro do próprio núcleo familiar do acusado, sem nenhum distanciamento da origem ilícita do dinheiro, produto do crime de peculato.

A jurisprudência do STJ também entende necessária a demonstração da finalidade de emprestar aparência lícita aos valores ilícitos ocultados. Nesse sentido:

[...] Ainda que a mera ocultação, identificada como a primeira fase do ciclo de lavagem de dinheiro, caracterize o crime descrito no art. 1º da Lei n. 9.613/1998, porquanto o tipo penal não exige, para a sua consumação, as demais etapas para dissimular e reinserir os ativos na economia formal, a conduta, para ser reconhecida como típica, deve estar acompanhada de um elemento subjetivo específico, qual seja a finalidade de emprestar aparência de licitude aos valores ocultados, em preparação para as fases seguintes, denominadas dissimulação e reintegração (AgRg no AREsp 328.229/SP - Relator: Ministro Rogério Schietti Cruz - Sexta Turma - j. em 15.12.2015 - DJe de 02.02.2016 - ementa parcial).

No crime de 'lavagem' ou ocultação de valores de que trata o inciso II do § 1º do art. 1º da Lei 9.613/98, as ações de adquirir, receber, guardar ou ter em depósito constituem elementos nucleares do tipo, que, todavia, se compõe, ainda, pelo elemento subjetivo consistente na peculiar finalidade do agente de, praticando tais ações, atingir o propósito de ocultar ou dissimular a utilização de bens, direitos ou valores provenientes de quaisquer dos crimes indicados na norma incriminadora. Embora seja dispensável que o agente venha a atingir tais resultados, relacionados à facilitação do aproveitamento ('utilização') de produtos de crimes, é inerente ao tipo que sua conduta esteja direcionada e apta a alcançá-los. Sem esse especial elemento subjetivo (relacionado à finalidade), descaracteriza-se o crime de ocultação [...] (APn 472/ES - Relator: Ministro Teori Albino Zavascki - Corte Especial - j. em 1º.06.2011 - DJe de 08.09.2011 - ementa parcial).

Diante do exposto, com fulcro no art. 386, VII, do CPP, mantenho a absolvição do apelante pelo delito previsto no art. 1º, V, da Lei 9.613/98.

Recurso defensivo.

Antes de analisar o recurso defensivo, entendo necessário aplicar, de ofício, o princípio da consunção e, por conseguinte, absolver o apelante da prática do crime do art. 313-A do CP. Explico.

Extraem-se da denúncia e da prova dos autos que S.S.F., valendo-se da facilidade proporcionada pelo seu cargo público, que lhe conferia acesso ao sistema eletrônico de envio da folha de pagamento de pessoal da Prefeitura de Manga/MG, inseriu seu CPF e sua conta bancária nas ordens de pagamento enviadas ao Banco do Brasil e, com isso, conseguiu subtrair em proveito próprio dinheiro público.

O princípio da consunção ou da absorção é aplicável quando ocorre relação consuntiva, isto é, de meio e fim entre os atos praticados pelo agente. Tal relação se verificará quando um crime for praticado como meio necessário ou normal na fase de preparação ou de

execução de outro, ou, ainda, nos casos de antefato e pós-fato impuníveis. Sobre o assunto, elucidativa é a lição de Rogério Greco:

Os fatos, segundo Hungria, 'não se acham em relação de *species* a *genus*, mas de *minus* a *plus*, de parte a todo, de meio a fim'. Assim, a consumação absorve a tentativa e esta absorve o incriminado ato preparatório, o crime de lesão absorve o correspondente crime de perigo, o homicídio absorve a lesão corporal; o furto em casa habitada absorve a violação de domicílio, etc.

Antefato impunível seria a situação antecedente praticada pelo agente, a fim de conseguir levar a efeito o crime por ele pretendido inicialmente e que, sem aquele, não seria possível. Para se praticar um estelionato com cheque que o agente encontrou na rua, é preciso que ele cometa um delito de falso, ou seja, é preciso que o agente o preencha e o assine. O preenchimento e a falsa assinatura aposta ao cheque são considerados antefatos impuníveis, necessários para que o agente cometa o delito-fim, isto é, o estelionato. O STJ editou a Súmula nº 17, com a seguinte redação: 'Quando o falso se exaure no estelionato, sem mais potencialidade lesiva, é por este absorvido'.

O pós-fato impunível pode ser considerado um exaurimento do crime principal praticado pelo agente e, portanto, por ele não pode ser punido. Na lição de Fragoso, 'os fatos posteriores que significam um aproveitamento e por isso ocorrem regularmente depois do fato anterior são por este consumidos'. É o que ocorre nos crimes de intenção, em que aparece especial fim de agir. A venda pelo ladrão da coisa furtada como própria não constitui estelionato. Se o agente falsifica moeda para depois a introduzir em circulação pratica apenas o crime de moeda falsa (art. 289, CP) (*Curso de direito penal: Parte Geral*. Rio de Janeiro: Impetus, 2007. p. 31-32).

Em síntese, há relação consuntiva quando a conduta prevista em uma determinada norma penal incriminadora constitui um meio necessário ou uma normal fase de preparação ou de execução de outro crime. Exige-se que exista dependência ou subordinação entre as condutas, exatamente o que ocorre na hipótese dos autos.

O delito de inserção de dados falsos em sistema de informação praticado pelo réu ao inserir o seu CPF e sua conta bancária nas ordens de pagamento enviadas ao Banco do Brasil constituiu o meio necessário para a concretização do crime de peculato-furto (recebimentos de proventos indevidos), mormente porque a inserção dos dados se exauriu no peculato-furto.

A situação dos autos é idêntica à hipótese em que, para realizar o crime de estelionato, o sujeito preenche e assina cheque de terceiro e, com isso, comete o delito de falso. O crime de falso constitui meio para a realização do estelionato e, por isso, deve ser por este absorvido, nos termos da Súmula 17 do STJ ("Quando o falso se exaure no estelionato, sem mais potencialidade lesiva, é por este absorvido").

Destarte, aplico ao caso o princípio da consunção e absolvo S.S.F. do crime previsto no art. 313-A do CP.

Feito isso, passo à análise do pleito defensivo de redução da pena relativa ao crime do art. 312, § 1º, do CP.

Em razão da discricionariedade concedida ao julgador na análise dos critérios do art. 59 do CP e no *quantum* de pena a ser majorado na primeira fase da dosimetria penal, deve o magistrado, ao individualizar a sanção do condenado, examinar com discernimento os elementos referentes ao fato para aplicar reprimenda justa, necessária, proporcional e suficiente para a prevenção e reprovação do delito. Urge salientar que a discricionariedade em questão não é sinônimo de arbitrariedade, pois o juiz deve fundamentar os motivos que o levaram a desfavorecer essa ou aquela circunstância judicial, de modo a permitir a ampla defesa.

Nesse aspecto, cabe a esta Instância Revisora avaliar se a fixação do *quantum* eleito pelo Magistrado está fundamentada em elementos válidos, observando-se o princípio da proporcionalidade, de modo a serem preservados o livre convencimento motivado e a discricionariedade vinculada do julgador.

Note-se que a ausência de justificação idônea no juízo de desvalor das circunstâncias judiciais torna indevida a exasperação da pena-base e da demanda de redução.

Dito isso, verifico que o Magistrado não agiu com o costumeiro acerto ao considerar desfavorável os antecedentes criminais do réu. afirmou ele que os "antecedentes militam desfavoravelmente ao acusado, pois possui uma condenação anterior transitada em julgado (f. 249/251), que não configura reincidência (art. 64, I, CP)" (sic, f. 678).

Todavia, a condenação a que se refere o douto colega não constitui verdadeira condenação. Trata-se da suspensão condicional do processo, prevista na Lei 9.099/95, que, caso cumprido, não gera reincidência nem fomenta maus antecedentes, já que não há sentença penal condenatória.

Assim, deve essa circunstância judicial ser considerada favorável ao réu.

Mantenho, entretanto, a análise negativa das consequências do crime, pois o Magistrado a justificou de forma idônea ao afirmar que as "consequências do crime são dignas de uma exasperação da pena, eis que o prejuízo ao erário foi de monta, mais de R\$48.000,00, já que, à época dos fatos, tal quantia era considerada de alto valor, mormente considerada a realidade social do Município de Manga/MG" (sic, f. 678).

Diante do exposto, prevalece a análise negativa de apenas uma circunstância judicial, razão pela qual fixo a pena-base do acusado em três anos e oito meses de reclusão e em 18 dias-multa.

Na segunda fase, mantenho a redução de um ano e oito meses de reclusão e de 58 dias-multa promovida pelo Juiz e fixo a pena em dois anos de reclusão e em 10 dias-multa, em observância às Súmulas 231 do STJ e 42 deste Tribunal ("Nenhuma circunstância atenuante pode reduzir a pena aquém do mínimo legal, como nenhuma agravante pode aumentá-la além do máximo cominado").

Não há causa de aumento nem de diminuição hábeis a alterar a reprimenda na terceira fase, de modo que a torna definitiva no patamar de 02 anos de reclusão e de 10 dias-multa.

Mantenho o valor do dia-multa em 1/10 do salário mínimo vigente na época dos fatos e o regime inicial aberto.

Diante do novo patamar da pena, substituo a reprimenda corporal por duas restritivas de direito (art. 44, § 2º, do CP), a saber: prestação de serviço à comunidade e limitação de final de semana, a serem reguladas pelo juízo da execução.

Dispositivo.

Por todo o exposto, nego provimento ao recurso ministerial e dou provimento ao recurso defensivo para reduzir a pena do recorrente pela prática do delito do art. 312, § 1º, do CP para 02 anos de reclusão, no regime aberto, e para 10 dias-multa, no valor de 1/10 do salário mínimo. De ofício, aplico o princípio da consunção e absolvo o réu do crime previsto no art. 313-A do CP.

Sem custas.

Se prevalecer este voto e com o trânsito em julgado do acórdão, declaro extinta a punibilidade de S.S.F. pela ocorrência da prescrição da pretensão punitiva estatal, na modalidade retroativa, nos termos dos arts. 107, IV, 109, V, e 110, § 1º, todos do Código Penal.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES WANDERLEY PAIVA e KÁRIN EMMERICH.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO MINISTERIAL E DERAM PROVIMENTO AO APELO DEFENSIVO, COM ALTERAÇÕES DE OFÍCIO.

...

Habeas corpus - Femicídio tentado - Prisão em flagrante - Conversão em prisão preventiva ex officio - Legalidade - Art. 310, II, do CPP - Alvará de soltura - Primariedade e bons antecedentes - Condições insuficientes - Periculum libertatis - Gravidade concreta do delito - Garantia da ordem pública - Constrangimento ilegal não demonstrado - Ordem denegada

Ementa: *Habeas-corpus*. Femicídio tentado. Conversão da prisão em flagrante em preventiva de ofício. Nulidade. Inocorrência. Prisão preventiva. Decisão fundamentada. Fatos concretos que indicam a necessidade da medida constritiva. Periculosidade. Infração praticada contra genitora. Garantia da ordem pública. A primariedade por si só não viabiliza a soltura do paciente. Ordem denegada. 1 - É legal a conversão da prisão em flagrante em preven-

tiva, sendo desnecessária a oitiva do Ministério Público e da defesa *ut* artigo 310, inciso II, do Código de Processo Penal. 2 - Estando presentes os pressupostos autorizadores para a manutenção da custódia cautelar, mantém-se esta sob os auspícios da garantia da ordem pública. 3 - A periculosidade concreta da conduta está evidenciada pelo *modus operandi* empregado pelo paciente, permitindo que seja sacrificada sua liberdade individual em prol da garantia da ordem pública. 4 - As condições de primariedade e bons antecedentes por si só não viabilizam a soltura do paciente. 5 - Ordem denegada.

HABEAS CORPUS CRIMINAL Nº 1.0000.16.023916-6/000 - Comarca de Sabará - Paciente: I.L.S. - Autoridade Coatora: Juiz de Direito da Comarca de Sabará - Relator: DES. PEDRO COELHO VERGARA

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 5ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em DENEGAR A ORDEM.

Belo Horizonte, 28 de junho de 2016. - *Pedro Coelho Vergara* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. PEDRO COELHO VERGARA - I - Preâmbulo - I.L.S. impetra a presente ação de *habeas-corpus*, ao fundamento de que foi preso em flagrante em 4 de abril de 2016 pela prática em tese do delito de feminicídio tentado *ad instar* do art. 121, § 2º-A, c/c art. 14, inciso II, do Código Penal [f. 02-13].

Aduz que padece de constrangimento ilegal, ao argumento de que a impetrada decretou a prisão preventiva de ofício, sem a devida fundamentação, estando ausentes os pressupostos autorizadores para a manutenção da custódia cautelar, sendo primário e possuindo bons antecedentes [idem].

Pede o deferimento da liminar, concedendo-se ao final a ordem e expedindo-se *incontinenti* o alvará de soltura [idem].

Junta documento [f. 14-29v].

A liminar foi indeferida [f. 33-33v].

A autoridade coatora prestou informações [f. 38v].

A Procuradoria-Geral de Justiça opinou pela denegação da ordem [f. 46-48v].

É o relato, decido.

II - Fundamentação - Conheço da impetração, já que presentes estão os requisitos para sua admissão.

Cuida-se de pedido de ação de *habeas-corpus* impetrada por I.L.S. ao fundamento de que foi preso em flagrante em 4 de abril de 2016 pela prática em tese do delito de feminicídio tentado *ad instar* do art. 121, § 2º-A, c/c art. 14, inciso II, do Código Penal.

Aduz que padece de constrangimento ilegal, ao argumento de que a impetrada decretou a prisão preventiva de ofício, sem a devida fundamentação, estando ausentes os pressupostos autorizadores para a manutenção da custódia cautelar, sendo primário e possuindo bons antecedentes.

Resume-se a questão à análise da legalidade da prisão e da existência dos requisitos autorizadores para a manutenção da prisão cautelar.

O art. 310, inciso II, do Código de Processo Penal dispõe que o magistrado, sendo comunicado da prisão em flagrante, apreciará a situação e, entendendo necessária, decretará a prisão preventiva.

A conversão da prisão em flagrante pela prisão preventiva é fato processual absolutamente desconforme à simples decretação da prisão preventiva, pressupondo uma prisão anterior, o que torna desnecessária a oitiva do Ministério Público.

A conversão da prisão em flagrante em preventiva de ofício portanto como ocorreu no presente caso é uma determinação legal, inexistindo ilegalidade no ato praticado pelo magistrado na espécie.

Eis a jurisprudência:

Habeas Corpus. Roubo majorado. Conversão da prisão em flagrante em preventiva ex-officio. Possibilidade. - Em conformidade com o disposto no art. 310, inciso II, do Código de Processo Penal, a conversão do flagrante em prisão preventiva pode ser realizada ex officio pela autoridade judicial [TJMG, HC nº 1.0000.16.029455-9/000, Rel.ª Des.ª Maria Luíza de Marilac, DJ de 24.05.16].

A decisão que decretou a prisão preventiva se encontra devidamente fundamentada em dados concretos do processo.

A impetrada ao decidir elucida:

[...] Como é cediço, a prisão cautelar é a exceção em nosso ordenamento jurídico, tomando-se imprescindível para a sua decretação e/ou manutenção nesta fase do procedimento, a presença dos requisitos autorizadores da prisão preventiva, dentre eles a comprovação da existência do crime e indícios suficientes de sua autoria, não se exigindo, para tanto, prova cabal da prática da conduta delituosa.

Com efeito, após uma análise superficial das provas colacionadas aos autos, observa-se, pelo menos em tese, prova da materialidade do crime e indícios suficientes de sua autoria, sobretudo se consideradas as declarações prestadas pela testemunha D.L. e pela vítima D.G.L., que, no presente momento devem ser tidas como críveis.

Em se tratando de crime com pena privativa de liberdade cominada superior a 4 (quatro) anos, satisfeito o requisito do art. 313, I, do CPP, é de rigor verificar se está presente pelo menos uma das hipóteses do art. 312 do CPP.

No caso, constata-se que a segregação justifica-se por dois motivos elencados no art. 312 do CPP, a saber: a garantia da ordem pública e conveniência da instrução criminal.

Em relação a garantia da ordem pública, a mesma está presente neste caso em da forma temerária em que ocorreu a ação até agora apurada, que já constitui em indício suficiente da condição de temibilidade dos conduzidos e justifica a decretação da prisão preventiva.

Ora, a proteção da ordem pública não se destina a proteger o processo penal, a própria comunidade, coletivamente considerada, no pressuposto de que seria duramente atingida pelo não-aprisionamento de autor do crime que causou a intranquilidade social.

[...]

In casu, as circunstâncias do delito imputado ao conduzido, que supostamente teria cometido crime de tentativa de homicídio, com ação premeditada, e em face de sua genitora, evidência personalidade atroz, constituindo indício veemente de sua periculosidade.

[...]

Lado outro, é preciso não se perder de vista que a segregação para conveniência da instrução criminal é patente em salvaguarda à própria vítima, em face da estreita relação familiar, criando condições para que a instrução criminal se faça de modo escorreito.

Ora, com a estreita relação familiar, o denunciado teria muita facilidade de pressionar a vítima ou as demais familiares para alterar a versão sobre os fatos de modo a inocentá-lo de eventual delito praticado, o que evidencia a necessidade da segregação cautelar para o bem da instrução criminal.

Desta forma, mostra-se necessária a prisão cautelar do autuado para preservar a ordem pública e para garantir a conveniência da instrução criminal não apenas por de crime de extrema gravidade e ampla repercussão social, revelando possível periculosidade do autuado.

[...]

Outrossim, verifico que é incabível, no caso em tela, a substituição da prisão por alguma outra medida cautelar, conforme disposto no art. 282, § 6º, do Código de Processo Penal, pois, além de estarem presentes os requisitos do art. 312 do CPP, a gravidade do crime e as circunstâncias em que foi praticado demonstram a inadequação de tais medidas ao caso concreto. [...] (f.26-29).

Trata-se de delito de feminicídio tentado.

A prisão preventiva se encontra fundamentada em dados concretos do processo, constando que o paciente atentou contra a vida de sua genitora.

Consta dos autos que o impetrante chegou em sua residência alcoolizado agredindo sua irmã, D.L.S, momento em que a vítima, sua mãe, intercedeu para proteger a filha.

O paciente então, de posse de uma faca, desferiu um golpe no braço esquerdo de sua genitora, empurrando-a de uma ribanceira de dois metros de altura.

A idosa, que é portadora de hipertensão arterial, apresentou várias escoriações pelo corpo e um ferimento no local onde foi atingida pela faca.

A irmã do paciente, temendo algo mais grave, acionou a Polícia Militar, uma vez que o requerente havia prometido matar seus familiares.

Com a chegada dos policiais, o paciente se mostrou agressivo e de posse de uma faca e uma alavanca de ferro ameaçou os milicianos.

Este ainda arremessou contra um deles substância semelhante a álcool e, com um isqueiro, ameaçava atear fogo no militar.

Não satisfeito, desferiu golpes contra a guarnição com a barra de ferro.

As circunstâncias do presente caso, as agressões contra a genitora, as ameaças feitas a familiares e a agressão aos policiais revelam desta forma a gravidade em concreto da infração e o *periculum libertatis*, o que demonstra a necessidade da manutenção de cautela provisória.

Agindo assim, de forma truculenta contra seus próprios familiares e contra a força policial, demonstra o paciente ingente periculosidade, a afastá-lo do meio social.

O desrespeito ao próximo, o descaso pela repressão estatal e finalmente a ausência de compromisso pela ordem pública são outros ingredientes a determinar a segregação antecipada do paciente

Portanto, diante do manancial delituoso mister se faz a prisão sob os auspícios da ordem pública.

A prisão antes da sentença definitiva tem natureza cautelar, havendo pois o impetrado demonstrado a presença de um dos pressupostos da prisão preventiva - [garantia da ordem pública] - sendo a manutenção da custódia cautelar medida que se impõe.

É o quanto basta para a manutenção da ordem pública.

Este é o entendimento jurisprudencial:

Habeas corpus. Femicídio tentado. Prisão preventiva decretada. Revogação. Impossibilidade. Presença dos requisitos constantes dos arts. 312 e 313 do CPP. Garantia da ordem pública. Gravidade concreta do delito. Constrangimento ilegal não evidenciado. Ordem denegada. - Mostra-se correta a manutenção da prisão preventiva que leva em consideração a necessidade da medida como forma de garantia da ordem pública, evidenciada pela gravidade concreta do delito cuja prática é imputada ao paciente (TJMG, HC nº 1.0000.16.029124-1/000, Relatora Des.ª Beatriz Pinheiro Caires, DJ de 19.05.2016).

Guilherme de Souza Nucci leciona:

Trata-se da hipótese de interpretação mais extensa na avaliação da necessidade da prisão preventiva. Entende-se pela expressão a necessidade de se manter a ordem na sociedade, que, em regra, é abalada pela prática de um delito. Se este for grave, de particular repercussão, com reflexos negativos e traumáticos na vida de muitos, propiciando àqueles que tomam conhecimento da sua realização um forte sentimento de impunidade e de insegurança, cabe ao Judiciário determinar o reconhecimento do agente. A garantia da ordem pública deve ser visualizada pelo binômio gravidade da infração + repercussão social (Código de Processo Penal comentado. 9. ed. São Paulo: 2009. p. 624).

Primariedade e bons antecedentes lado outro não justificam por sua vez a revogação da cautela se existem outros elementos autorizadores.

Este é o entendimento deste Tribunal:

Processual penal. *Habeas corpus*. Furto qualificado. Prisão em flagrante delito. Liberdade provisória. [...] Primariedade, bons antecedentes, residência fixa e ocupação lícita. Irrelevância. Ordem denegada. I. [...] II. [...] III. [...] IV. Presentes os requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal no

caso concreto, tão-só as supostas primariedade, bons antecedentes, residência fixa e ocupação lícita do paciente não são aptos a garantir-lhe a liberdade provisória. Precedentes. V. Ordem denegada (TJMG - 3ª Câmara Criminal, *Habeas Corpus* nº 1.0000.09.491724-2/000, Relatora Des.ª Jane Silva, data da publicação: 15.05.2009).

Não há falar assim em constrangimento ilegal.

III - Conclusão - Ante o exposto denego a ordem.

Sem custas.

É como voto.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES ADILSON LAMOUNIER e EDUARDO MACHADO.

Súmula - DENEGARAM A ORDEM.

...

**Furto qualificado -
Arrombamento - Escalada - Reincidência - Confissão
espontânea - Compensação - Reincidência
específica - Tentativa - Fração de diminuição
de pena - *Iter criminis* - Proximidade
da consumação do delito**

Ementa: Apelação criminal. Recurso defensivo. Crime contra o patrimônio. Furto qualificado tentado (art. 155, § 4º, incisos I e II c/c art.14 do CP). Reconhecimento da compensação entre a agravante de reincidência e atenuante de confissão. Inviabilidade. Reincidência específica. Decote das qualificadoras arrombamento e escalada. Impossibilidade. Existência de respaldo probatório. Aumento da fração referente a tentativa. Não acolhimento. Sentença mantida.

- O Superior Tribunal de Justiça uniformizou o entendimento, em sede de Recurso Especial representativo da controvérsia (REsp 1.341.370/MT), de que é possível a compensação integral entre a reincidência e a confissão espontânea. Contudo, tratando-se de réu cuja reincidência é específica, fato capaz de agregar maior grau de reprovabilidade à conduta, a reincidência, na hipótese em exame, deve preponderar sobre a confissão espontânea.

- Mostra-se impossível o afastamento da qualificadora prevista no art. 155, § 4º, I, do Código Penal quando os elementos constantes dos autos demonstram, com segurança, que a subtração da *res furtiva* ocorreu mediante o arrombamento.

- A qualificadora escalada é reconhecida quando o agente utiliza-se de uma via anormal de acesso, empregando esforço incomum para praticar o delito.

- Tendo em vista o *iter criminis* percorrido pelo agente, tem-se acertada a fração de 1/3 para diminuir a pena em face da minorante genérica da tentativa.

- Recurso não provido.

**APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0518.12.025659-0/001 -
Comarca de Poços de Caldas - Apelante: A.J.B. - Apelado:
Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Vítima:
B.K.J. - Relator: DES. WANDERLEY PAIVA**

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em negar provimento ao recurso defensivo.

Belo Horizonte, 21 de junho de 2016. - Wanderley Paiva - Relator.

Notas taquigráficas

DES. WANDERLEY PAIVA - Trata-se de recurso de apelação criminal interposto por A.J.B. em face da sentença de f. 140/144, por meio da qual o MM. Juiz a quo da 2ª Vara Criminal e da Infância e da Juventude da Comarca de Poços de Caldas/MG julgou procedente a pretensão deduzida na denúncia, condenando-o como incurso nas sanções do art. 155, § 4º, I e II, c/c art. 14 do Código Penal, à pena de 01 (um) ano, 06 (seis) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, a ser cumprida em regime inicial aberto, bem como 08 (oito) dias-multa.

Em suas razões recursais, f. 158/164, pugna, em suma, pela compensação da agravante de reincidência com a atenuante de confissão espontânea, pelo afastamento das qualificadoras de rompimento de obstáculo e escalada, bem como pela aplicação da fração referente à tentativa no patamar máximo, qual seja 2/3 (dois terços).

Contrarrazões apresentadas às f. 166-169, reque-rendo o não provimento do recurso, com a manutenção da sentença.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se, às f. 179-182, opinando pelo conhecimento do recurso e, no mérito, pelo parcial provimento.

É o relatório.

Não há nulidades a sanar ou faltas a suprir.

Conheço do recurso, eis que presentes os pressu-ostos de sua admissibilidade.

Narra a denúncia que

[...] No dia 4 de dezembro de 2012, por volta das 05h20min, na rua Alagoas, s/n, bairro Centro, na cidade de Poços de Caldas/MG, no estabelecimento [...], o denunciado, de maneira livre e consciente, com *animus furandi*, mediante escalada, tentou subtrair para si 01 (um) *notebook* e a quantia em dinheiro de R\$14,00 (quatorze reais), de propriedade da vítima K.M.L.B., não consumando o delito por circunstâncias alheias a sua vontade.

Restou apurado que o denunciado se dirigiu até o local dos fatos, escalou o muro através do telhado, arrombou a grade de proteção da janela, e adentrou no restaurante de propriedade da vítima. Ato contínuo, o denunciado revirou o local e, enquanto separava a *res furtiva*, foi surpreendido pela polícia militar.

O denunciado, então, tentou fugir novamente através do telhado, momento em que foi preso em flagrante delito. [...].

Encerrada a instrução criminal, foi proferida a sentença de f. 140-144, que julgou procedente a pretensão punitiva estatal para condenar A.J.B. como incurso nas sanções do art. 155, § 4º, inciso I e II c/c art. 14, inciso II, ambos do CP, às penas de 01 (um) ano, 06 (seis) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, no regime inicial aberto, além de 08 (oito) dias de pena-multa.

Pois bem.

Ab initio, cumpre-me ressaltar que não se insurge a defesa em face da condenação, restando incontroversas a materialidade e a autoria delitivas, sendo certo que o inconformismo do apelante se restringe à possibilidade de compensação entre a atenuante de confissão espontânea e a agravante de reincidência, bem como ao decote das qualificadoras “rompimento de obstáculo” e “escalada”.

Nas razões de apelo, a defesa pleiteia, primeiramente, pela compensação da agravante de reincidência com a atenuante de confissão espontânea.

Nesse tocante, ressalto que me filio ao entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do REsp nº 1.341.370, julgado sob regime dos Recursos Repetitivos, conforme art. 543-C do CPC, no qual ficou estabelecido que, quando sopesadas a atenuante da confissão espontânea e a agravante da reincidência na segunda fase da fixação da pena, é possível a compensação de uma pela outra, por serem de mesmo valor. Leia-se:

Recurso Especial Representativo da controvérsia (art. 543-C do CPC). Penal. Dosimetria. Confissão espontânea e reincidência. Compensação. Possibilidade. 1 - É possível, na segunda fase da dosimetria da pena, a compensação da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência. 2 - Recurso Especial provido. (REsp 1341370/MT, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Terceira Seção, julgado em 10.04.2013, DJe de 17.04.2013).

Também já decidiu o STJ que a compensação da confissão espontânea com a agravante genérica da reincidência deve “atender a certos parâmetros, como a espécie, a natureza e os graus de reincidência, sob pena de violação aos princípios da individualização da pena e da proporcionalidade” (AgRg no REsp 1.356.527/DF, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, 5ª T., DJe de 25.09.2013). De sorte que incumbe ao Magistrado observar as singularidades do caso concreto.

No caso específico dos autos, na segunda fase da dosimetria, o magistrado singular deixou de aplicar a atenuante da confissão espontânea, haja vista que a pena-base foi aplicada no mínimo legal. No entanto,

considerando a agravante da reincidência, majorou a pena em 04 (quatro) meses.

Embora reconheça que a reincidência e a confissão espontânea são igualmente preponderantes, é de se manter a aplicação da agravante de reincidência em sobreposição da atenuante da confissão espontânea, porém, por fundamento diverso.

Certo é que o fato de o sentenciado ser reincidente específico (CAC de f. 127/131) permite que as referidas circunstâncias sejam valoradas de formas distintas, o que não viola o entendimento fixado pela 3ª Seção sobre o tema.

A propósito, há inúmeros precedentes que não permitem a compensação integral entre a confissão e a reincidência, quando a recidiva do réu for específica e/ou numerosa, por evidenciar maior reprovabilidade da conduta, confira-se:

Agravo Regimental no Recurso Especial. Roubo qualificado. Reincidência. Confissão espontânea. Compensação. Possibilidade. Recurso representativo de controvérsia. REsp. 1.341.370/MT. Multirreincidência ou reincidência específica não comprovadas. Agravo regimental desprovido. [...] 2. À exceção de condenados multirreincidentes ou reincidentes específicos, quando poderá haver uma ponderação diferenciada entre a reincidência e a confissão espontânea, forçosa a incidência da orientação pacífica desta Corte, firmada em recurso representativo de controvérsia, segundo a qual é possível, na segunda fase da dosimetria da pena, a compensação integral da agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea, por serem igualmente preponderantes, de acordo com o art. 67 do Código Penal (REsp. 1.341.370/MT, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, DJe de 17.04.2013) [...] (AgRg no REsp 1.541.308/RO, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, j. em 23.02.2016, DJe de 29.02.2016).

Penal. Habeas Corpus. Art. 157, § 2º, I e II, e art. 70, Código Penal. Impetração substitutiva de Recurso Especial. Impropriedade da via eleita. Agravante da reincidência. Compensação. Atenuante da confissão espontânea. Impossibilidade. Reincidência específica não conhecimento. [...] 2. Esta Corte pacificou o entendimento no sentido de serem igualmente preponderantes a agravante da reincidência e a atenuante da confissão espontânea. Todavia, não é viável a compensação integral das mencionadas agravante e atenuante, quando se tratar de reincidência específica. Precedentes [...] (HC 332.211/SP, Rel.º Min.º Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, j. em 02.02.2016, DJe de 19.02.2016).

Constitucional. Penal. Habeas corpus impetrado em substituição a recurso próprio. Tentativa de furto duplamente qualificado. Dosimetria. Compensação integral entre a agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea. Impossibilidade. Multirreincidência específica. Habeas corpus não conhecido. [...] 02. “Reconhecida a multirreincidência específica, não se mostra possível promover a compensação integral e exata entre a confissão e a reincidência” (AgRg nos EDcl no REsp 1.387.261/SP, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Quinta Turma, j. em 05.11.2013; HC 287.362/SP, Rel.º Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, j. em 19.08.2014; AgRg no REsp 1.475.943/RO, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, j. em 12.02.2015).[...] (HC 319.891/

RJ, Rel. Ministro Newton Trisotto (Desembargador Convocado do TJSC), Quinta Turma, j. em 01.09.2015, DJe de 09.09.2015).

Destarte, o fato de o apelante ser reincidente pela prática do crime de tráfico de drogas, e, ainda, reincidente específico no delito de furto qualificado gera uma carga maior de reprovabilidade de sua conduta, porquanto se observa que o cumprimento das penas anteriores não foi suficiente para inibi-lo da reiteração criminosa.

De modo que, diante das peculiaridades do caso concreto, entendo que não é possível a compensação integral entre a agravante da reincidência e a atenuante da confissão, não se amoldando, portanto, à espécie tratada no posicionamento firmado pelo colendo Superior Tribunal de Justiça, em sede de recurso representativo da controvérsia (REsp nº 1.341.370/MT).

Sendo assim, embora por fundamento diverso, o acréscimo da pena na segunda fase da dosimetria se apresenta proporcional e encontra respaldo na reincidência específica do acusado, suficiente a ensejar um juízo de maior reprovabilidade da conduta, razão pela qual não há que se falar em alteração da sentença, sobretudo pelo fato de que a reprimenda se mostra adequada e suficiente à prevenção e reprovação do crime.

Por outro lado, também não assiste razão ao recorrente quanto ao pedido de decote da qualificadora rompimento de obstáculo.

Sobre essa qualificadora, anota a doutrina (BITENCOURT, Cezar Roberto. *Código Penal Comentado*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 638): “Destruir significa desfazer completamente o obstáculo, demoli-lo, ao passo que romper é arrombar, arrebentar, cortar, serrar, perfurar, deslocar ou forçar, de qualquer modo, o obstáculo, com ou sem dano à substância da coisa”.

Observa-se dos autos o laudo pericial de f. 52, pelo qual os peritos responderam:

[...] 1ª - Houve destruição ou rompimento de obstáculo à subtração da coisa?
R. - Houve rompimento do obstáculo porta.
2ª - Qual foi esse obstáculo?
R. - Vide 1.

Não obstante os argumentos da defesa no sentido de que o laudo pericial é imprestável para comprovar o rompimento de obstáculo, inexistem indícios de mácula no referido documento, até porque os elementos probatórios que instruem o feito são suficientes para comprovar a dinâmica do furto.

Daí que, a meu ver, devidamente aplicada a qualificadora prevista no art. 155, § 4º, I, do Código Penal.

Nesse sentido, já decidiu este egrégio Tribunal:

Apelação criminal. Furto qualificado tentado. Preliminar de nulidade da sentença suscitada pela Procuradoria Geral de Justiça. Rejeição. Absolvição. Impossibilidade. Materialidade e autoria comprovadas. Decote da qualificadora de rompimento de obstáculo. Inadmissibilidade. Redução das

penas-base. Cabimento. Erro material na fixação da pena. Correção. Recurso parcialmente provido. [...] 3. Imperiosa a manutenção da qualificadora de rompimento de obstáculo para a prática do furto, cuja ocorrência encontra-se inequivocamente demonstrada, tanto pela prova testemunhal, quanto pelo laudo pericial, sendo irrelevante, ademais, o fato de a violência ter sido empregada contra o obstáculo que dificulta a subtração ou contra a própria coisa. [...] (TJMG - Apelação Criminal nº 1.0024.14.334489-3/001, Relator Des. Eduardo Machado, 5ª Câmara Criminal, j. em 01.12.2015, publicação da súmula em 09.12.2015).

Apelação criminal. Crime de furto qualificado pelo concurso de pessoas. Prova suficiente. Qualificadoras do rompimento de obstáculo e da escalada. Ausência de laudo pericial ou prova idônea estreme de dúvida. Decote que se impõe. Causa de diminuição de pena do art. 29, § 1º do CP (participação de menor importância). Não aplicação. Majorante do repouso noturno. Estabelecimento comercial. Irrelevância. Manutenção. Precedentes do STJ. Dosimetria. Crime de ameaça. Dolo configurado. Condenação mantida. [...] - Para a configuração da qualificadora do rompimento de obstáculo ou da escalada, deve haver nos autos prova idônea que afaste qualquer dúvida da sua ocorrência. [...] (TJMG - Apelação Criminal nº 1.0194.14.010118-0/001, Relator Des. Catta Preta, 2ª Câmara Criminal, julgamento em 26.11.2015, publicação da súmula em 09.12.2015).

De outro norte, o pedido de exclusão da qualificadora de escalada também não merece ser acolhido.

A qualificadora “escalada”, em seu sentido literal, nos traduz a idéia de galgar, subir. É reconhecida quando o agente utiliza-se de uma via anormal de acesso, empregando esforço incomum para praticar o delito.

Sobre o tema, eis julgado elucidativo do Superior Tribunal de Justiça:

Criminal. REsp. Furto qualificado. Qualificadora da escalada. Transposição de muro de 1,80 m. Caracterização. Majorante do crime de roubo. Concurso de pessoas. Aplicação ao furto qualificado pela mesma circunstância. Impossibilidade. Recurso conhecido e provido. I - A escalada pressupõe a entrada em um local por um meio anormal, exigindo do agente esforço físico incomum, como saltar um muro de 1,80m de altura, conforme ocorrido *in casu*. II - A qualificadora da escalada incide contra aquele que não se intimida diante de um obstáculo, demonstrando uma tendência maior do agente em delinquir. [...] (REsp 680.743/RS, Rel. Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, j. em 02.12.2004, DJ de 09.02.2005, p. 222).

Percebe-se, portanto, que a referida qualificadora denota maior impetuosidade do agente na execução do furto.

Volvendo ao caso dos autos, conforme se infere dos elementos probatórios, em especial o laudo pericial de f. 52, para executar o delito, o denunciado escalou o telhado do imóvel vizinho e adentrou no estabelecimento pela janela do andar superior.

Nesse contexto, extrai-se da transcrição do depoimento da vítima K.M.L.B., nos termos da sentença (f. 141): “[...] que o réu “teria subiu” pelo telhado que faz frente à

Rua Rio Grande do Sul. Que “por onde ele entrou e saiu [...]”.

Outrossim, infere-se do depoimento do condutor do flagrante, o Policial Militar L.S.P. (f. 02): “[...] que afirma que o prédio possui uma altura aproximada de 2,5m, sendo que a janela em questão localiza-se atrás do prédio;”.

A corroborar com as evidências, extrai-se do próprio interrogatório do acusado, f. 122: “[...] que confirma ter escalado o local para cometer o furto mas não chegou a subtrair algo, só entrou e saiu do local; [...]”.

Ora, não se pode caracterizar tal fato como um esforço comum, sendo clarividente a imposição da qualificadora de escalada.

Por fim, quanto ao pedido de aumento da fração aplicada em reconhecimento da figura tentada, que foi aplicada na proporção de 1/3, entendo que não há razão de ser

É sabido que o ordenamento jurídico pátrio adotou a teoria objetiva para aferição da pena no crime tentado, constituindo-se como parâmetro para o cálculo dosimétrico o *iter criminis* percorrido pelo agente, ou seja, o quanto este se aproximou da consumação do delito que desejava perpetrar.

A respeito, o doutrinador Guilherme de Souza Nucci consigna que “o juiz deve levar em consideração apenas e tão somente o *iter criminis* percorrido, ou seja, tanto maior será a diminuição quanto mais se aproximar o agente da consumação do delito” (*Código Penal comentado*. 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 192).

Júlio Fabbrini Mirabete e Renato N. Fabbrini corroboram:

“A diminuição entre os limites legais deve ter como fundamento elementos objetivos, ou seja, a extensão do *iter criminis* percorrido pelo agente, graduando-se o percentual em face da maior ou menor aproximação da meta *optata*; quanto mais o agente se aprofundou na execução, quanto mais se aproximou da consumação, menor a redução” (*op. cit.*, p. 145).

Em observância ao parâmetro da proximidade da consumação do ilícito penal, entendo que a fração de redução aplicada, qual seja, 1/3, se demonstra proporcional ao caso dos autos, pois a consumação do delito ficou próxima de ocorrer, pois conforme afirmado pelo próprio sentenciado em sede de interrogatório, este “chegou a separar os objetos que seriam subtraídos, ocasião em que viu a polícia chegando e se apresentou voluntariamente”(f. 122).

Diante desse quadro, considerando que o juiz fundamentou de maneira concreta e idônea as razões de seu convencimento, e, ainda, que as reprimendas aplicadas não foram desarrazoadas e atingiram sua finalidade, hei por bem em mantê-la, nos moldes determinados na sentença.

Mediante tais considerações, com fulcro nos arts. 93, IX, da CF e art. 155 do CPP, nego provimento ao recurso defensivo, mantendo a sentença tal como lançada. Custas ex lege.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES KÁRIN EMMERICH e EDISON FEITAL LEITE.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO

...

Crime de tráfico de drogas -

Condenação - Fato não narrado na denúncia - Art. 384 do CPP - Inobservância - Sentença *extra petita* - Princípio da correlação - Ampla defesa - Contraditório - Violação - Recurso exclusivo da defesa - Improcedência da denúncia - Absolvição

Ementa: Apelação criminal. Preliminar da defesa de nulidade da interceptação telefônica rejeitada. Crime de tráfico de drogas. Lei nº 11.343/06. Preliminar de violação ao princípio da correlação acolhida. Condenação embasada em fato não narrado na denúncia. Sentença *extra petita*. Absolvição. Recurso exclusivo da defesa. Inteligência da Súmula nº 160 do STF.

- Ausentes provas de prejuízos à parte, afasta-se a alegação de nulidade do processo suscitada pela defesa.

- Fere o princípio da correlação e, consequentemente, a ampla defesa e o contraditório, a prolação de condenação por fato diverso do exposto na denúncia, contra o qual se defende o réu, por inobservância do art. 384 do Código de Processo Penal.

- Não tendo o Órgão Ministerial aditado a petição inicial, inviável é a este Tribunal de Justiça reconhecer a nulidade em prejuízo do réu, haja vista que o recurso em análise é exclusivo da defesa, impondo-se, por via de consequência, a improcedência da denúncia e a absolvição do acusado, em consonância com o teor da Súmula nº 160 do STF.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0301.08.042191-2/001 - Comarca de Igarapé - Apelante: D.M.S. - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Relator: DES. CATTÁ PRETA

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em REJEITAR A PRELIMINAR E DAR PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 23 de junho de 2016. - *Cattá Preta* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. CATTÁ PRETA - Trata-se de recurso de apelação criminal interposto por D.M.S. contra a r. sentença (f. 380/384) em que o Exmo. Juiz de Direito julgou parcialmente procedente a pretensão punitiva estatal, condenando o acusado pelo crime previsto no art. 33, *caput*, c/c art. 40, incisos III e VI, da Lei nº 11.343/06, imputando-lhe as penas de 10 (dez) anos de reclusão, no regime inicial fechado, mais 1.000 (mil) dias-multa.

Nas razões recursais, a defesa alegou, preliminarmente, nulidade do processo, por realização ilegal de interceptação telefônica, além de violação ao princípio da correlação. No mérito, sustentou a possibilidade de absolvição do réu e, na eventualidade, a redução das penas e alteração do regime inicial de cumprimento (f. 412/427).

Em contrarrazões, a acusação pugnou pela rejeição da preliminar e não provimento do recurso (f. 428/435).

Novo recurso de apelação interposto e não conhecido pelo d. Magistrado *a quo* (f. 439).

Em parecer, a d. Procuradoria de Justiça opinou pelo parcial provimento do recurso e declaração de nulidade da sentença, por violação ao princípio da correlação (f. 443/445).

É o relatório.

Presentes os pressupostos extrínsecos e intrínsecos de admissibilidade, conhece-se do recurso interposto.

Primeiramente, quanto às alegações preliminares, que dizem respeito à nulidade do processo, alega a defesa que, apesar de existirem informações sobre o início da investigação com base em interceptação telefônica, a prova não foi regularmente produzida ou trazida aos autos.

Embora haja, de fato, afirmação de uma testemunha no sentido de que toda a apuração se iniciou em razão de uma interceptação telefônica de um preso (f. 265), não consta nos autos, como esclareceu a própria acusação, qualquer demonstração concreta da existência da interceptação.

Ao contrário, a uma leitura dos autos, observa-se que a investigação se embasou em denúncia anônima e na produção de peças investigativas, como o auto de prisão em flagrante delito (f. 5), o boletim de ocorrência (f. 13), a comunicação de serviço (f. 16) e, ainda, os depoimentos de f. 241 e 242, que confirmam as manifestações extrajudiciais.

Logo, não há que se cogitar qualquer violação ao art. 564, inc. IV, do Código de Processo Penal, que dispõe que a nulidade ocorrerá por omissão de formalidade que constitua elemento essencial do ato, visto que nem sequer consta, no presente feito, comprovação da existência do ato que se pretende impugnar.

Outrossim, cediço é que o tema das nulidades no processo penal é regido pelo princípio *pas de nullite sans grief*, segundo o qual não pode ser declarado nulo qualquer ato que não gere demonstrado prejuízo às partes.

Nesse sentido, o art. 563 do Código de Processo Penal dispõe que “nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa”.

Portanto, ausente a prova que se alega ter sido produzida de forma ilícita, não há que se cogitar a demonstração de prejuízos.

Destaca-se, ainda, que a aceitação de denúncias anônimas não fere qualquer regra prevista na legislação, sendo um instrumento salutar contra os criminosos que atuam contra a sociedade.

Rejeita-se, assim, a primeira preliminar.

Alega o recorrente, também, violação ao princípio da correlação, por ter sido pleiteada na exordial a condenação do réu pelo crime previsto no art. 1º da Lei nº 2.252/54 e, em alegações finais, pelo crime do art. 33, *caput*, c/c art. 40, incisos III e VI, da Lei de Tóxicos, bem como por ter sido supostamente narrada na inicial apenas a prática do crime de corrupção de menores.

Em relação à alteração da capitulação do crime, não se desconhece a possibilidade de o magistrado impor ao fato definição jurídica diversa da constante na denúncia, todavia mostra-se imprescindível que a nova capitulação se adapte aos fatos nela narrados, dos quais se defende o acusado, conforme preceitua o art. 383 do Código de Processo Penal.

A ausência de descrição na denúncia de fatos impossibilita a defesa, sendo nulo, em regra, o julgamento.

Nesse sentido ensina Paulo Rangel:

É a correlação que deve existir entre o que se pediu e o que foi concedido. Trata-se de uma garantia processual decorrente do princípio constitucional da ampla defesa visando impedir surpresas desagradáveis ao réu, comprometendo sua dignidade enquanto pessoa humana.

O princípio em epígrafe vem ao encontro dos direitos de ampla defesa, do contraditório e dos poderes de cognição do juiz (limitado que é pelo objeto do processo). Nesse caso, todos os pedaços do fato que não constam do objeto do processo, porém que mudam a acusação e dos quais o réu não se defendeu, somente poderão ser conhecidos pelo juiz, em sua sentença, se houver o aditamento a denúncia e, mesmo assim, se surgirem através de provas substancialmente novas, a fim de evitar o arquivamento implícito do inquérito policial. Do contrário, a sentença será manifestamente nula (O *garantismo penal* e o *aditamento à denúncia*. Teresina: Jus Navigandi, dez. 2000).

No caso, a denúncia assim expôs:

[...] no dia 17.12.2008, por volta de 15 e 15 horas, na Rua [...], Igarapé/MG, os denunciados, em comunhão de ações e desígnios, corromperam a menor N.S.S. para que esta praticasse ato infracional análogo ao delito de tráfico de drogas.

Segundo apurado, os denunciados encontravam-se acautelados na Cadeia Pública de Igarapé quando, de forma irregular, realizaram ligações telefônicas para a referida menor. Nessa ocasião, os denunciados solicitaram que ela trouxesse para eles, durante o horário de visita da cadeia, certa quantidade de drogas e algumas serras, que seriam posteriormente utilizadas em uma tentativa de fuga. [...]

Infere-se dos autos que a referida menor atendeu à solicitação dos denunciados, levando a droga até a entrada da Cadeia, porém, em razão de vários policiais estarem próximos ao local combinado, resolveu esconder a encomenda em um padrão de luz.

[...] conseguiram abordar a menor e apreender, no local indicado por ela, toda a droga [...] (f. 2/3).

Na r. sentença, foi condenado o réu pelo crime de tráfico de drogas, com a participação de menor de idade e em estabelecimento prisional.

Todavia, constata-se que, na denúncia, não há a narrativa da prática de qualquer um dos verbos do art. 33 da Lei de Tóxicos, quais sejam

importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Pelo que consta na exordial, o denunciado apenas instruiu a menor a praticar o ato infracional análogo ao crime de tráfico de drogas, não tendo este sequer acesso à substância ilícita antes de sua apreensão pela autoridade policial.

Assim, o d. Juízo de primeiro grau condenou o apelante por fato não descrito na denúncia, em nítida violação ao disposto no art. 383 do Código de Processo Penal, que determina que deve haver correlação entre aquela e a sentença.

Trata-se, portanto, de uma condenação incongruente, porque dissonante dos termos da inicial, o que é vedado no processo penal quando não observado o devido processo legal.

Ademais, reconhecido o vício e não tendo o Órgão Ministerial aditado a denúncia, inviável é a este Tribunal de Justiça acolher a tese de nulidade em prejuízo do recorrente, haja vista que o recurso em análise é exclusivo da defesa, impondo-se, por via de consequência, a improcedência da exordial.

Logo, deve o apelante ser absolvido da prática do crime, sob pena de violação da vedação à *reformatio in pejus*.

A propósito, sobre o tema, a Súmula nº 160 do Supremo Tribunal Federal prevê que “é nula a decisão do Tribunal que acolhe, contra o réu, nulidade não arguida no recurso da acusação, ressaltando os casos de recurso de ofício”.

No mesmo sentido é a jurisprudência sobre o tema:

Apelação criminal. Roubo. Continuidade delitiva não descrita na denúncia. Ofensa ao princípio da correlação. Nulidade.

Ausência de recurso ministerial. Nulidade prejudicial à defesa. Absolvição que se impõe. Desclassificação para o delito de constrangimento ilegal. Impossibilidade. Circunstância atenuante. Redução da pena aquém do mínimo previsto. Impossibilidade. Regime prisional aberto. Possibilidade. Isenção das custas. Possibilidade. - *É extra petita e fere o princípio da correlação entre o fato descrito na denúncia e a sentença a decisão que condena o réu por fato que não descrito na peça inicial. É nula a sentença que condena o acusado por fato não descrito na denúncia, sem observar o disposto no art. 384 do CPP, configurando mutatio libelli, o que impede a ampla defesa. Se tal nulidade não é arguida em recurso interposto, o Tribunal deve absolver o réu da imputação, nos termos do que preconiza a Súmula nº 160 do Supremo Tribunal Federal.* - Diante da ocorrência da efetiva subtração de valor pertencente à vítima, mostra-se inviável a desclassificação do crime de roubo para o de constrangimento ilegal, não se podendo quebrar a unidade jurídica do crime complexo previsto no art. 157 do Código Penal, apenas porque o valor subtraído foi de pequena monta. - A incidência de circunstância atenuante não autoriza a fixação da pena-base aquém do mínimo legal previsto. - Se a reprimenda corporal foi fixada em 4 (quatro) anos de reclusão, sendo o agente primário e as circunstâncias judiciais a ele favoráveis, o regime prisional deverá ser o aberto. - Sendo o réu defendido por membro da Defensoria Pública, deve ele ser beneficiado pela isenção das custas judiciais (Apelação Criminal nº 1.0024.11.221681-7/001, Rel.º Des.º Beatriz Pinheiro Caires, 2ª Câmara Criminal, j. em 05.07.2012, publicação da súmula em 16.07.2012) (destaca-se).

Apelação criminal. Estelionato. Condenação com base em fato não narrado na denúncia. Manifesta violação ao princípio da correlação entre acusação e sentença. Preliminar da PGJ pugnando pela anulação parcial da sentença. Descabimento. Inteligência da Súmula 160 do STF. Recurso exclusivo da defesa. Necessidade de absolvição em preliminar de ofício. Uso de documento falso. Crime impossível pela ineficácia absoluta do meio. Inocorrência. Conhecimento prévio da falsidade. Inadmissibilidade. Mera suspeita que não tem o condão de desconfigurar a conduta criminosa. Condenação mantida. Recurso não provido. - *Em obediência ao princípio da correlação - corolário do postulado constitucional da ampla defesa e do contraditório -, é defeso ao juiz a análise de fato, circunstância elementar, qualificadoras e causas de aumento de pena não descritos na exordial acusatória. Se o Ministério Público não aditou a denúncia, descabe ao Tribunal reconhecer nulidade em prejuízo do apelante e anular parcialmente a sentença condenatória nos casos em que o recurso for exclusivo da defesa, impondo-se, por conseguinte, a prolação de decreto absolutório. Conforme a Súmula 160 do Supremo Tribunal Federal, 'É nula a decisão do Tribunal que acolhe, contra o réu, nulidade não arguida no recurso da acusação, ressaltando os casos de recurso de ofício'. Há dolo na conduta do agente e deve ser mantida a condenação pelo crime do art. 304 quando este, de forma livre, consciente e voluntária, apresenta documento falso com a finalidade de ludibriar terceiros. A falsificação grosseira e pretendida absolvição pelo crime impossível apenas tem lugar se a qualquer um é dado perceber a adulteração à vista de simples exame ocular do documento, não merecendo acolhida referida tese se houve a necessidade de submissão da carteira de identidade à perícia. Recurso não provido (TJMG, Apelação Criminal nº 1.0223.12.018057-3/001 - Relator: Des. Nelson Missias de Moraes - 2ª Câmara Criminal - DJe de 05.02.2015) (destaca-se).*

Sendo assim, reforma-se a r. sentença, para julgar improcedente a denúncia e absolver o réu do crime pelo qual foi condenado.

Restam prejudicadas as demais teses apresentadas pela defesa.

Diante do exposto, com respaldo nos princípios do livre convencimento motivado e da fundamentação dos atos jurisdicionais, rejeita-se a preliminar de nulidade do processo e dá-se parcial provimento ao recurso, para absolver o recorrente do delito previsto no art. 33 da Lei nº 11.343/06, por reconhecida violação da r. sentença recorrida ao princípio da correlação, isentando-o de todas as cominações decorrentes do processo.

Sem custas.

Comunicar.

Expeça-se alvará de soltura em benefício do réu D.M.S., salvo se por outro motivo estiver preso.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES BEATRIZ PINHEIRO CAIRES e RENATO MARTINS JACOB.

Súmula - REJEITARAM A PRELIMINAR DE NULIDADE DO PROCESSO E DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Latrocínio - Subtração de bens - Ausência - Morte - Ocorrência - Delito consumado - Cooperação dolosamente distinta - Art. 29, § 1º, do CP - Inexistência - Resultado previsível

Ementa: Latrocínio. Delito consumado independentemente da inocorrência da subtração de pertences. Previsibilidade do evento morte. Cooperação dolosamente distinta indemonstrada. Recurso defensivo improvido.

- A teor do comando da Súmula nº 610 do STF, o delito de latrocínio se consuma independentemente da prova de subtração de bens da vítima.

- Se fora possível ao recorrente prever resultado morte como consequência da violenta ação delitiva perpetrada, não lhe socorre a tese da cooperação dolosamente distinta prevista no art. 29, § 1º, do CP.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0024.04.198356-0/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: W.M.L. - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Vítima: F.C.M. - Relator: DES. MATHEUS CHAVES JARDIM

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em negar provimento ao recurso.

Belo Horizonte, 3 de junho de 2016. - *Matheus Chaves Jardim* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. MATHEUS CHAVES JARDIM - Trata-se de recurso de apelação movido por W.M.L., no qual se insurge contra a condenação imposta em sentença de f. 268/274-v., a lhe impor a reprimenda de vinte e três anos e quatro meses de reclusão como incurso das sanções dos arts. 157, § 3º, do CP e art. 244-B da Lei 8.069/90.

Suscitou o recorrente preliminar de nulidade do ato decisório, tendo reconhecido o Magistrado a perpetração de delito não narrado em denúncia, importando o ato em infringência ao princípio da correlação, restando infringido o procedimento previsto no art. 384 do CPP, a exigir a formulação da *emendatio libelli* pelo MP.

No mérito, sustentou o recorrente a inexistência de provas de sua participação em delito de latrocínio, lastreando-se a condenação em confissões empreendidas em fase extrajudicial, não sendo reconhecido por qualquer das testemunhas presenciais, impondo-se a edição de decreto absolutório em reverência ao princípio *in dubio pro reo*, de irrestrita aplicação à espécie.

Formulou o recorrente pedido subsidiário, consistente na desclassificação do delito em apreço para o de roubo, limitando-se o recorrente a observar a ação dos adolescentes, não havendo aquiescido à morte da vítima, sendo de se lhe reconhecer, inclusive, a hipótese de cooperação dolosamente distinta retratada no art. 29, § 2º, do CP, não lhe sendo dada a previsibilidade do resultado.

Ainda subsidiariamente, propugnou o recorrente pela desclassificação do delito de latrocínio para sua forma tentada, não havendo sido registrada a subtração de qualquer bem da vítima, devendo-se atentar ao caráter complexo do crime, a afastar a exigir a produção naturalística do resultado.

O recurso foi regularmente contra-arrazoado.

Parecer da Procuradoria de Justiça pelo desprovisionamento do recurso às f. 304/308.

Conheço do recurso, presentes os pressupostos de sua interposição.

Rejeita-se, *ab initio*, a preliminar deduzida em recurso, havendo promovido o Magistrado a denominada *mutatio libelli*, prevista no art. 383 do CPP, ao condenar o recorrente também pela prática do delito de corrupção de menores, constando da denúncia, de forma expressa, a participação de dois adolescentes em empreitada delitiva.

Adentrando o mérito, impõe-se perquirir se, ao associar-se aos menores referidos em denúncia, um dos quais responsável pelo disparos a ceifarem a vida da vítima, concorrera o recorrente de qualquer modo para a prática da conduta descrita no preceito privado da norma, ou se, ao revés, sua participação não se revelara

decisiva para a prática do ato infracional, não havendo aquiescido à deflagração dos projéteis, tendo incidência, em tal hipótese, a causa de diminuição de pena prevista no art. 29 do CP.

Inquirido em fase extrajudicial, assim se manifestara um dos adolescentes:

[...] que no dia do crime encontrou com B. e W. próximo à casa do informante e combinaram de efetuar um roubo, alegando o informante que era a primeira vez que iriam roubar alguém; [...] que seguiram para Vilarinho por volta das 22 horas e ficaram aguardando alguém passar; que viram a vítima e com ela um tênis e um celular v60, descendo a rua sozinho, e o informante e B. foram em direção à vítima e B. sacou a arma e anunciou o assalto; [...] que esclarece que W. no momento do assalto ficou na esquina 'de escolta' para avisar 'se pintasse sujeira'; que W. ficou conversando com uma moça que estava passando mas afirma que ela não sabia de nada, mas era conhecida dele e só estava passando naquele momento e aproveitou para usar a moça para despistar; que o informante gritou para B. não pegar nada porque senão era latrocínio e correram e por isso não levaram nada da vítima (f. 35/36).

Tal transcrição se fez necessária para efeito de estancar qualquer dúvida acerca da intenção dos adolescentes de cometer o delito, visando ao despojamento de bens pertencentes à vítima, pouco importando à tipificação do latrocínio a circunstância de não haver se verificado a subtração pretendida, como se verifica do comando da Súmula nº 610 de lavra do STF: "Há crime de latrocínio quando o delito se consuma, ainda que não realize o agente a subtração de bens da vítima".

Por outro lado, analisando-se minuciosamente a prova produzida, depreende-se haver sido dada ao recorrente a antevisão do resultado morte, inteirando-se este da iminente perpetração do roubo pelos menores mediante emprego de arma, como se verifica, sem subterfúgio algum, de seu depoimento prestado à autoridade policial:

[...] que os mesmos então avistaram um rapaz que passava na [...], nesta Capital, foi então que o B., de posse de um revólver calibre 22, apontou para a vítima e disparou dois tiros; [...] que naquele ínterim o B. e um menor correram em direção à favela do B., enquanto o declarante permaneceu ali; [...] que, perguntado pela autoridade policial há quanto tempo conhece B., respondeu que o conhece desde a infância; que a primeira vez que vê B. armado com um revólver e o mesmo tem envolvimento policial, não sabendo declinar neste ato qual tipo de delito (f. 37).

Sendo atribuída ao recorrente, portanto, a tarefa de assegurar o êxito do roubo, mediante observância de eventual presença de policiais, sendo-lhe possível a previsão de disparos em direção à vítima, não lhe socorre a tese da cooperação dolosamente distinta. Em acréscimo às ementas compiladas pela il. Procuradora de Justiça à f. 298, adicionam-se os seguintes julgados:

No crime de roubo praticado com o emprego de arma, respondem pelo resultado morte situado no desdobramento causal da ação todos os agentes que participaram de sua execução, e, dessa forma, assumiram o risco do resultado mais grave, independentemente de quem tenha efetivamente ceifado a vida da vítima (Ap. Criminal nº 1.0718.11.000693-6/001, Rel. Julio César Gutierrez, DJe de 04.03.2015).

Se o acusado tinha ciência do crime a ser praticado e condições de prever a ocorrência do resultado mais grave, não há que se falar em cooperação dolosamente distinta (Ap. Criminal nº 1.0245.13.023352-2/001, Rel. Alberto Deodato Neto, DJe de 03.07.2015).

À guisa de remate, há de se frisar a inconsistência da retratação empreendida em juízo pelo recorrente (f. 219), tendo este negado, de forma absolutamente inverossímil, sua aquiescência à proposta de participação no roubo formulada pelos menores, devendo-se atentar, aqui, ao teor de depoimento prestado em juízo por R.H.G., segundo o qual:

Reconhece o acusado presente como sendo a pessoa que praticou os fatos narrados na denúncia; que W. afirmou que teria combinado o assalto com os dois menores quando foi entrevistado pela testemunha (f. 170).

As penas foram fixadas no mínimo patamar legal, não se colhendo da fundamentação recursal qualquer irresignação quanto ao tema.

Pelo exposto, nego provimento ao recurso.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES CATTÁ PRETA e BEATRIZ PINHEIRO CAIRES.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Peculato-desvio - Automóvel cedido para uso da Polícia Civil - Utilização em proveito próprio

Ementa: Penal. Apelação criminal. Recurso ministerial. Peculato-desvio. Automóvel cedido para atender ao interesse público das atribuições da polícia judiciária. Utilização para proveito próprio. Tipicidade. Inteligência do art. 312 do CP. Condenação decretada. Recurso provido.

- A utilização, em proveito próprio, pelo Delegado de Polícia, de veículo disponibilizado à Polícia Civil para uso exclusivo em investigações policiais, configura o crime descrito no art. 312 do Código Penal, na modalidade de peculato-desvio.

Recurso provido.

V.v.: - É considerado atípico o uso de bem público para satisfazer interesse particular, desde que o agente não tenha a intenção de incorporá-lo ao patrimônio pessoal ou de terceiro.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0043.12.000347-0/001 - Comarca de Areado - Apelante: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Apelado: J.D.S. - VÍTIMA: 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, em DAR PROVIMENTO AO RECURSO, VENCIDO O REVISOR.

Belo Horizonte, 16 de junho de 2016. - Agostinho Gomes de Azevedo - Relator.

Notas taquigráficas

DES. AGOSTINHO GOMES DE AZEVEDO - Trata-se de recurso de apelação ajuizado pelo Ministério Público em face da sentença de f. 216/220-v., que absolveu o apelado J.D.S. das imputações de prática de peculato, previsto no art. 312 do Código Penal, na forma do art. 386, III, do Código de Processo Penal.

Quanto aos fatos, narra a denúncia que, nos autos da Ação Penal nº 0043.09.017674-4, foi apreendido, no dia 13.12.2009, o veículo Fiat Uno Mille Fire Flex, 2008, placas XXX, suspeito de ser utilizado para a prática de tráfico de drogas.

Segundo consta, em 14.01.2011, o denunciado, na qualidade de Delegado de Polícia da cidade de Areado, requereu que o automóvel fosse disponibilizado à Polícia Civil para uso em investigações policiais, o que foi autorizado pelo Juízo da Comarca, desde que o bem fosse utilizado, exclusivamente, para atender ao interesse público das atribuições da Polícia Judiciária.

Todavia, em 22 de julho de 2011, por volta das 05h10min, o denunciado, fazendo uso pessoal do referido veículo, veio a sinistrá-lo na rodovia MG-184, km 44, nas proximidades de um dos trevos de acesso à cidade de Alterosa/MG, em razão da perda do controle direcional e consecutivo capotamento, o que causou danos de excessiva monta ao automóvel.

A denúncia foi recebida em 13 de junho de 2012 (f. 85).

A sentença absolutória foi publicada em mãos do escrivão em 7 de julho de 2015 (f. 221).

Inconformado, apelou o *Parquet* (f. 222), pretendendo, em síntese, a condenação do acusado, nos termos do art. 312 do Código Penal (f. 223/227).

Em contrarrazões, a defesa requereu a manutenção da sentença hostilizada (f. 236/238).

O parecer da d. Procuradoria-Geral de Justiça é pelo provimento do recurso (f. 254/256).

É o relatório.

Conheço do apelo, visto que presentes os seus pressupostos de admissibilidade.

Não tendo sido arguidas preliminares, nem vislumbrando vício na prestação jurisdicional, passo ao exame do mérito.

Examinando detidamente a decisão recorrida, os elementos contidos nos autos e as bem lançadas razões ministeriais que promovem o presente recurso, entendo assistir razão à parte recorrente.

A materialidade do fato encontra-se demonstrada pelo boletim de ocorrência (f. 05/09), cópia do Certificado de Registro e Licenciamento de Veículo (f. 10), decisão autorizando o depósito do veículo exclusivamente no interesse público das atribuições da Polícia Judiciária (f. 52), auto de depósito (f. 53), anexos fotográficos (f. 60/63) e sindicância administrativa (f. 184/187).

A autoria dos fatos narrados na denúncia também é incontestável. Vejamos.

São fatos incontroversos que o acusado, Delegado de Polícia, se deslocou até a cidade de Alterosa, onde ocorria uma festa agropecuária, dirigindo o automóvel sobre o qual possuía autorização de uso exclusivamente no interesse público das atribuições da Polícia Judiciária. Lá chegando, deixou o veículo na residência de um casal de amigos e, com eles, se dirigiu à referida festa, sendo que, ao final, quando retornava à cidade de Areado, veio a sofrer um acidente.

O acusado não negou que esteve na festa em questão, porém, aduziu que lá compareceu em cumprimento de uma diligência, pois recebeu uma informação de que uma pessoa, cuja prisão preventiva havia sido decretada, também estaria no local.

Tal versão apresentada pelo apelado, além de se mostrar isolada nos autos, a meu ver, não é crível.

Até mesmo o ilustre Sentenciante, que absolveu o acusado por atipicidade da conduta, entendeu dessa maneira, quando muito bem salientou que

[...] as circunstâncias não deixam dúvidas de que o réu foi ao evento para se divertir, e não à procura de um criminoso. Isso se conclui pelos fatores levantados no inquérito, quais sejam: i) o réu não estava de plantão; ii) era uma festa e de madrugada, pressupondo, pois, que foi para diversão; iii) foi com um casal de amigos, deixando o carro na casa deles; iv) não foi com reforço; v) ficou várias horas no evento; vi) não possuía carro particular (f. 218/218-v.).

De fato, não me soa verossímil que um Delegado de Polícia, estando de folga e sem o auxílio de outros policiais civis, se dirigiria a uma festa agropecuária na cidade vizinha com o único objetivo de prender uma pessoa contra a qual havia sido expedido um mandado de prisão preventiva.

Aliás, à mesma conclusão chegou o Sub-corregedor da Polícia Civil, Dr. Elder Gonçalves M. Dangelo, no relatório do inquérito policial que apurou a conduta praticada pelo acusado. Confira-se:

Na realidade, a histórica-cobertura de J.D. é fraca.

Segundo ele próprio, estava se preparando para ir à festa em Alterosa e certamente iria com o veículo depositado, já que não dispunha de carro particular de sua propriedade. O argumento de que procurou pelo tal L. naquele local é, no mínimo, risível. Não é possível que na festa houvesse apenas meia dúzia de pessoas. Se o investigado tivesse ido à festa para procurar criminoso, seria melhor ter levado uma equipe. Teria que passar o tempo todo à cata de L.. É bom que se diga que o investigado disse que foi à festa com um casal de amigos e, sem sombra de dúvidas, com esse casal permaneceu. A história da namorada não tem como ser confirmada, até porque não foram apontadas testemunhas disso. [...] Detalhes à parte, e que não têm como ser confirmados, o certo é que não resta a menor dúvida de que J.D. estava fazendo uso particular de um veículo que foi depositado judicialmente para a delegacia e para serviços de polícia judiciária. Nunca para ir à festa alguma. Essa história de L., prisão preventiva, etc., foi o que J.D. encontrou para tentar justificar o erro que cometeu (f. 80).

Assim, conclui-se que o acusado, na posição de Delegado de Polícia, utilizou-se, em proveito próprio, do veículo Fiat Uno Mille Fire Flex, 2008, placa XXX, sobre o qual tinha o depósito, exclusivamente, para atender ao interesse público das atribuições da Polícia Judiciária.

Data venia do entendimento a que chegou Sua Ex.^a, o Juiz Sentenciante, concluo que a tipicidade do fato é manifesta, na forma do art. 312, *caput*, do Código Penal, em sua modalidade “peculato-desvio”, não sendo possível falar que, *in casu*, ocorreu apenas “peculato de uso”, sabidamente atípico.

Sobre o crime de peculato, na modalidade “desviar”, eis o que ensina a melhor doutrina:

Nesta figura - peculato-desvio - não há o propósito de apropriar-se, que é identificado como o *animus rem sibi habendi*, podendo ser caracterizado o desvio proibido pelo tipo, com o simples uso irregular da coisa pública, objeto material do peculato. Ao invés do destino certo e determinado do bem de que tem a posse, o agente lhe dá outro, no interesse próprio ou de terceiro. O desvio poderá consistir no uso irregular da coisa pública. No entanto, para que se complete essa conduta típica, é indispensável a presença do elemento subjetivo especial do tipo, ou seja, que se faça o desvio em proveito próprio ou alheio. Esse elemento subjetivo está implícito na figura anterior, peculato-apropriação, pois seria incompreensível apropriar-se em benefício de terceiro (*Tratado de Direito Penal*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, v. 5, p. 45-46).

In casu, dúvidas inexistem quanto à destinação diversa dada ao automóvel - utilização do veículo para comparecer a uma festa agropecuária na cidade vizinha - em benefício próprio, ao invés do destino certo e determinado do bem de que tem a posse - atender ao interesse público das atribuições da Polícia Judiciária -, caracterizando o “peculato-desvio”.

No sentido da tipicidade do ato descrito na inicial acusatória, aponto o precedente desta Corte de Justiça:

Peculato. Uso de automóvel da municipalidade para viagem particular. Desvio de finalidade. Autoria e materialidade comprovadas. Condenação que se impõe. Proveniente do recurso ministerial. - Restando amplamente comprovado

nos autos, através de farta prova testemunhal, que o agente, funcionário público, utilizou-se de automóvel pertencente à Secretaria Municipal de Saúde para a realização de longa viagem, a passeio, resta caracterizado o delito de peculato, ainda que devolvido o bem à municipalidade, ante ao patente desvio do bem de sua finalidade (Apelação Criminal nº 1.0621.03.003518-5/001, Rel. Des. Walter Pinto da Rocha, 4ª Câmara Criminal, j. em 14.11.2007, p. em 04.12.2007).

Apelação criminal. Peculato. Delegado de polícia que desvia peças de veículo apreendido em proveito próprio ou de outrem. Delito caracterizado. Prova indiciária. Validade. Recurso desprovido. I - Incide nas sanções do art. 312 do Código Penal, na modalidade de peculato-desvio, o Delegado de Polícia que, voluntária e conscientemente, determina a proprietário de oficina mecânica, amigo seu, a retirada de peças de veículo apreendido, que estava sob sua guarda, para colocá-las em uma viatura descaracterizada da Polícia Civil. II - A prova indiciária, também chamada circunstancial, tem o mesmo valor das diretas, como se atesta na Exposição de Motivos, em que se afirma não haver hierarquia de provas por não existir necessariamente maior ou menor prestígio de uma com relação a qualquer outra. Assim, indícios múltiplos, concatenados e impregnados de elementos positivos de credibilidade são suficientes para dar base a uma decisão condenatória, máxime quando excluem qualquer hipótese favorável ao acusado. III - Recurso desprovido (TJMG - Apelação Criminal nº 1.0148.02.009212-5/001, Rel. Des. Eduardo Brum, 1ª Câmara Criminal, j. em 28.04.2009, p. em 27.05.2009).

É preciso ressaltar que a moralidade da Administração Pública é ofendida quando praticado o crime de peculato. O sistema punitivo estatal, que tão severamente incide contra indivíduos desfavorecidos que se veem incursos em infrações patrimoniais, frequentemente de pequena monta, muito mais rigor deve reservar para os agentes públicos que se apropriam ou fazem uso indevido de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular, de que tem a posse em razão do cargo.

Entendo, com tais considerações, que está suficientemente provado o crime de peculato imputado ao apelado.

Julgo, portanto, o acusado J.D.S. como incurso nas sanções do art. 312 do Código Penal, e passo a dosar-lhe a reprimenda.

A culpabilidade do acusado é acentuada. Considerada a culpabilidade como medida de reprovabilidade do fato, que deve ter em conta a capacidade de entendimento potencial da ilicitude, de que dispõe o acusado, bem como a sua capacidade de autodeterminação, entendo que um Delegado de Polícia ocupa cargo de especial responsabilidade, sendo-lhe exigido profundo conhecimento do sistema legal vigente, mostrando-se especialmente reprovável a conduta por ele praticada. Seus antecedentes nada registram em seu desfavor, o mesmo devendo se afirmar de sua conduta social e sua personalidade. As circunstâncias do crime nada têm de especial. As consequências foram graves, uma vez que o veículo foi bastante danificado (f. 60/63) e, mesmo que

o acusado tenha arcado com o conserto, tenho que o automóvel não voltará a circular normalmente e haverá uma depreciação bem maior do que aquela decorrente de sua natural utilização. Os motivos não foram apurados e devem ser tidos como favoráveis ao réu. O comportamento da vítima não influiu na prática do crime.

Desfavoráveis duas circunstâncias judiciais, fixo a pena-base em 2 (dois) anos e 8 (oito) meses de reclusão e 13 (treze) dias-multa, considerada a intensidade da reprovabilidade do fato, a qual torno definitiva à míngua de atenuantes, agravantes, minorantes e majorantes.

O valor de cada dia-multa, considerando tratar-se de um Delegado de Polícia, será fixado em 1/10 (uma décima parte) do salário mínimo vigente ao tempo da infração.

Fixo o regime aberto para o cumprimento da pena, nos termos do art. 33, § 2º, do Código Penal.

Presentes os requisitos do art. 44 do Código Penal, substituo a pena privativa de liberdade por duas penas restritivas de direitos, sendo uma de limitação de final de semana, pelo tempo da condenação, e uma de prestação pecuniária, no montante de 5 (cinco) salários-mínimos (considerada a capacidade econômica do acusado), a serem pagos a entidade a ser designada pelo Juízo das execuções penais.

Mediante tais considerações, dou provimento ao recurso, para julgar procedente a pretensão ministerial e condenar o apelado J.D.S. como incurso nas sanções do art. 312 do Código Penal, à pena de 2 (dois) anos e 8 (oito) meses de reclusão, em regime aberto, e 13 (treze) dias-multa, no valor unitário de 1/10 (um décimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos, substituída a pena corporal por 2 (duas) penas restritivas de direitos, sendo uma pena de limitação de fim-de-semana, pelo tempo da condenação, e uma de prestação pecuniária, no valor de 5 (cinco) salários-mínimos, a serem cumpridas a tempo e modo determinado pelo douto Juízo das execuções penais.

Custas, pelo apelado.

É como voto.

DES. SÁLVIO CHAVES - Presentes os pressupostos de admissibilidade e processamento, também conheço do recurso.

Peço vênia ao eminente Desembargador Relator para divergir de seu judicioso voto, a fim de negar provimento ao recurso ministerial, mantendo inalterada a sentença que absolveu o apelado com fulcro no inciso III do art. 386 do Código de Processo Penal.

É que, a meu ver, a partir das provas constantes do processo, não ficou evidenciado que a intenção do apelante era de incorporação do bem indevidamente ao seu patrimônio ou de terceiro. Isso porque, mesmo tendo sido comprovado que o carro foi utilizado para uso particular na ocasião, não há nos autos qualquer indício de que tal fato seria recorrente, configurando uma mera

ocorrência literalmente esporádica. Além disso, cabe o registro de que o próprio acusado arcou com os custos do conserto do acidente que envolveu o automotor, visando ainda à sua devolução.

Diante disso, tenho que, inexistindo o dolo subjetivo específico do tipo, qual seja o agente agir com a intenção de apropriar-se do bem como se dele fosse, não há falar em violação do art. 312 do Código Penal. Vale ressaltar, todavia, que a conduta deve ser censurada, já que o denunciado terá de ser responsabilizado pelo ilícito, mas não no âmbito penal, e sim, administrativamente. Essa antijuricidade está presente no art. 9º, IV, da Lei nº 8.429/92, senão vejamos:

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

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

Sobre o assunto envolvendo a utilização de veículo oficial para fins particulares, já se decidiu no âmbito do col. Supremo Tribunal Federal:

Processual penal. *Habeas corpus*. Peculato. Favorecimento da prostituição. Exercício arbitrário ou abuso de poder. Trancamento da ação penal. Peculato de uso. Ausência de tipicidade na conduta de prática de ato sexual. Revogação do art. 350 do CP pela Lei 4898/1965. Preenchimento dos pressupostos do artigo 41 do CPP. Inexistência de constrangimento ilegal. Prosseguimento da ação. Ordem denegada. - 1. O trancamento de uma ação penal exige que a ausência de justa causa, a atipicidade da conduta ou uma causa extintiva da punibilidade estejam evidentes, independente de investigação probatória, incompatível com a estreita via do *habeas corpus*. 2. Analogamente ao furto de uso, o peculato de uso também não configura ilícito penal, tão-somente administrativo. Todavia, o peculato desvio é modalidade típica, submetendo o autor do fato à pena do artigo 312 do Código Penal. Cabe à instrução probatória delimitar qual conduta praticou o paciente (STF. 1ª Turma. HC 108433 AgR, Rel. Min. Luiz Fux, j. em 25.06.2013).

Dessa forma, entendo que a absolvição do acusado do crime de peculato deve ser obrigatória, tendo em vista a atipicidade da conduta na modalidade de peculato uso, como foi o caso dos autos, pelos motivos já dispostos.

Mediante tais considerações, com a devida vênia ao eminente Desembargador Relator, nego provimento ao recurso ministerial, mantendo inalterada a sentença que absolveu o acusado J.D.S., com fulcro no inciso III do art. 386 do CPP, por considerar a sua conduta como modalidade de peculato de uso, o que é fato atípico.

Custas, pelo Estado.

É como voto.

DES. PAULO CALMON NOGUEIRA DA GAMA - De acordo com o Relator.

Súmula - DERAM PROVIMENTO AO RECURSO, VENCIDO O REVISOR.

...

Latrocínio -

Absolvição - Impossibilidade - Negativa de autoria isolada - Confissão extrajudicial - Materialidade demonstrada - Farto conjunto probatório - Tentativa - Desclassificação - Inviabilidade - Morte da vítima - Súmula 610 do STF - Condenação mantida

Ementa: Apelação criminal. Latrocínio. Absolvição. Impossibilidade. Autoria e materialidade demonstradas. Farto conjunto probatório. Desclassificação para a modalidade tentada. Inviabilidade. Condenação mantida. Recurso não provido.

- Não há falar em absolvição do acusado quando a sua negativa de autoria se encontra isolada em face dos elementos de prova coligidos aos autos, notadamente a prova oral coligida e sua confissão extrajudicial.

- A teor da Súmula 610 do Supremo Tribunal Federal, impossível o reconhecimento da modalidade tentada do crime de latrocínio quando ocorre a morte da vítima, ainda que não sejam subtraídos bens.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0335.14.000826-9/001 - Comarca de Itapeverica - Apelante: J.R.M.A. - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Relator: DES. RUBENS GABRIEL SOARES

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 6ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em NÃO PROVER O RECURSO.

Belo Horizonte, 26 de abril de 2016. - *Rubens Gabriel Soares* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. RUBENS GABRIEL SOARES - J.R.M.A., devidamente qualificado e representado nos autos, foi denunciado pela prática do delito previsto no art. 157, § 3º, *in fine*, do Código Penal, porque, segundo narra a exordial:

[...] no dia 22.11.2013, por volta de 7h30min, na xxx, comunidade de Sabarazinho, zona rural de Itapeverica/MG, o denunciado, em ato de livre vontade, em união de desígnios e divisão de tarefas com um menor (procedimento próprio),

mediante grave ameaça, com o emprego de arma de fogo, com o dolo de roubar a vítima A.T.S.M., ceifaram-lhe a vida.

2 - Apurou-se que, na data do acontecimento, o denunciado, em companhia do menor, o qual é filho de M.T., que trabalhava na casa da vítima, partiram da cidade de Divinópolis/MG rumo ao local dos fatos, em uma moto Honda, cor azul, pertencente ao irmão do menor, com a intenção de roubar dinheiro que a vítima guardava em sua residência.

3 - Chegando ao lugar da empreitada criminosa, o denunciado e o menor ficaram escondidos no matagal defronte à residência da vítima, esperando o melhor momento para adentrar no imóvel e roubar a vítima.

4 - Conforme se infere, após aguardarem um tempo, o denunciado e o menor, ao perceberem ter sido acesa a luz da residência, buscaram adentrar o imóvel, momento em que A.T.S.M. percebeu que estava sendo vítima de um roubo, momento em que o denunciado, de posse de uma arma de fogo calibre 38, efetuou disparos contra a vítima, causando-lhe duas lesões perfuro-contusas em seu crânio, provocando-lhe a morte, conforme auto de corpo de delito de f. 60/61, tudo visando subtrair bens da vítima.

5 - Por ocasião do ato executório efetivado pelo denunciado, este, juntamente com o menor, adentraram a residência buscando encontrar algum bem, tendo revirado toda a casa, não logrando êxito, porém, em encontrar bens fáceis de locomoverem, ou o dinheiro que buscavam, sendo que, de acordo com o laudo pericial à f. 82, havia dinheiro no interior de uma bolsa na residência.

6 - Depreende-se, ainda, que, após se depararem com O.J.J., que também residia no imóvel, e não tendo encontrado os bens buscados, o denunciado e o menor infrator, empreenderam fuga do local, utilizando o veículo mencionado alhures, em sentido à BR-494, que liga Itapequerica/MG a Divinópolis/MG, tendo o réu ficado escondido por um tempo, conforme afirmado por ele [...] (f. 02/03).

A denúncia foi recebida no dia 11 de abril de 2014 (f. 129) e a resposta à acusação apresentada à f. 136-v. Após instrução processual, com oitiva das testemunhas (f. 170/174 e 182/184), interrogatório (f. 181) e alegações finais das partes (f. 198/201 e 202/204), a MM. Juíza Sentenciante, julgando procedente a peça acusatória, condenou o acusado como incurso nas sanções do art. 157, § 3º, *in fine*, do Código Penal, à pena de vinte (20) anos de reclusão, em regime fechado, mais pagamento de dez (10) dias-multa, à razão mínima (f. 205/210).

Inconformada, a defesa recorreu (f. 213). Em suas razões recursais, pugnou pela absolvição do réu, alegando insuficiência probatória. Subsidiariamente, requereu a desclassificação para a modalidade tentada do crime, aduzindo que, apesar da morte da vítima, não houve subtração efetiva de bens (f. 237/242).

Contrarrazões ministeriais às f. 244/247, pela manutenção do *decisum* hostilizado.

Instada a se manifestar, a douta Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo conhecimento e desprovemento do apelo (f. 244/247).

É o relatório.

Conheço do recurso, presentes os pressupostos de admissibilidade e processamento.

Não há preliminares nem nulidades arguidas pelas partes ou que devam ser declaradas de ofício.

Pretende a defesa a absolvição do réu, alegando insuficiência probatória. Subsidiariamente, requereu a desclassificação para a modalidade tentada do crime, aduzindo que, apesar da morte da vítima, não houve subtração efetiva de bens.

Todavia, sem razão, senão vejamos:

A materialidade delitiva está consubstanciada através do Boletim de Ocorrência (f. 07/12), da Certidão de Óbito (f. 39), do Exame de Corpo de Delito (f. 63/64) e do Laudo de Vistoria em Local de Homicídio (f. 76/87).

A autoria também é inconteste, já que restou demonstrada pelas demais provas coligidas aos autos.

O acusado, J.R.M.A., confessou, perante a autoridade policial, a autoria delitiva, descrevendo com riqueza de detalhes a dinâmica dos fatos:

[...] que confessa o fato de ter matado a pessoa de A.T.S.M., em data de 22.11.2013, juntamente com o menor filho de Vera; que o menor disse que sabia de um local onde tinha bastante dinheiro na casa de um senhor de idade na zona rural de Itapequerica, que morava sozinho com outro senhor de idade [...], no dia anterior ao fato encontrou com o menor que estava na moto dele sendo uma Honda Azul e partiram para Sabarazinho às 21h00 do dia 21; sendo que ficaram escondidos no mato esperando chegar a madrugada do dia 22 [...]; que assim que a luz da casa acendeu agiram e tentaram entrar na casa sem levantar suspeitas, mas a vítima não fez como o menor disse que faria, indo trabalhar mais abaixo da Fazenda, tendo então dado de cara com o mesmo fora de casa; que, o senhor, ao perceber que se tratava de um roubo, se apoderou de um pedaço de pau e desferiu um golpe em sua cabeça; que foi aí que o declarante, de posse de um revólver calibre 38 de sua propriedade, apontou na direção da vítima e atirou [...]; que foi na fissura por dinheiro, porque o menor disse que trabalhava na casa da vítima e, como achou que nada de errado iria acontecer, que seria só mais um furto; que, para chegar em Divinópolis, deu o maior trabalho, tendo pedido carona, até ganhar e chegar aqui [...]; que, antes de sair no asfalto, pediu informação em um sítio vizinho para saber como fazia para chegar na BR; perguntado com qual roupa estava, disse que não lembra, mas que estava de moleton cinza, do qual se desfez, e calça jeans [...] (f. 89/91).

Todavia, em juízo, como comumente ocorre em casos tais, o réu retratou-se da confissão proferida, negando qualquer envolvimento no delito:

[...] que escutou uma conversa entre o menor e G., em que os mesmos comentavam sobre um roubo em uma fazenda, não especificando o local; que conhecia o menor há pouco tempo, já que o mesmo havia se mudado para Divinópolis recentemente [...]; que o menor e G. disseram ao declarante que, se o mesmo comentasse algo sobre o que ouviu, iriam causar mal injusto a seus familiares; que o declarante chegou a comentar o ocorrido com sua mãe; [...]; que a mãe do declarante chegou a lavar um boletim de ocorrência [...]; que, após ser preso, estiveram no presídio o delegado e mais dois policiais, além de uma escrivã; que o delegado perguntou ao declarante se conhecia o menor, o irmão deste e V.; que o declarante disse que conhecia apenas o menor;

que o depoente não confirma o teor das declarações constantes às f. 89/90; que reconhece como sendo sua a assinatura aposta às f. 90, todavia não leu o teor das declarações; que não foi ameaçado por nenhum dos agentes de segurança no presídio ao proceder à sua oitiva [...]. (f. 181).

Nesse tópico, registre-se que a retratação judicial do apelante restou isolada nos autos e não merece credibilidade, uma vez que a primeira versão por ele trazida encontra total amparo no conjunto probatório coligido, senão vejamos.

Inicialmente, deve ser pontuado que, ao descrever os fatos na fase inquisitiva, o apelante mencionou que alvejou a vítima do lado de fora de sua residência e na cabeça (f. 90), informações estas que encontram total respaldo no exame de corpo de delito (f. 63/64) e laudo de vistoria no local do crime (f. 76/87).

Colhe-se dos autos que, além do comparsa menor de idade, nenhuma outra pessoa testemunhou a execução do ofendido; deste modo, a exatidão com que o apelante descreveu a dinâmica dos fatos em suas declarações extrajudiciais demonstra que ele estava presente na cena do crime.

Destaque-se também que, em seu interrogatório extrajudicial, o apelante mencionou que, após a consumação do delito, ele pediu informações em um sítio vizinho, para saber por qual caminho alcançaria a rodovia. Em harmonia com este relato, tem-se o teor da comunicação de serviço acostada às f. 72/73, na qual consta que um vizinho da fazenda do ofendido, em horário próximo ao do delito, conversou com um rapaz que pedia informações sobre como deixar o local:

[...] encontramos o senhor A.I.C., o qual disse que, por volta das 06:05 horas, chegou um rapaz moreno escuro que aparentava ter vinte e poucos anos, bem nervoso, que estava com uma calça jeans, camisa cinza e um brinco na orelha, dizendo que estava com um amigo e o mesmo havia deixado ali, que ele estava perdido, e [queria saber] qual era o caminho que ele sairia em Sabarazinho [...].

Entrevistando M.B.L., que reside próximo ao local do fato, disse que viu uma “Honda CG Titan 150 de cor Azul com dois ocupantes, logo após os disparos [...]”.

Constata-se, ainda, do trecho transcrito, que os vizinhos da vítima repassaram aos policiais descrições das vestes do agente e da motocicleta utilizada na fuga, que guardam consonância com as palavras do réu. Repise-se que, na fase policial, o apelante informou que se deslocou para o local, juntamente com o menor de idade, em uma motocicleta Honda Azul, bem como disse que estava vestindo um moletom cinza e calça jeans (f. 89).

Além disso, embora o recorrente tenha sugerido, em juízo, que sofreu ameaças por parte de seu comparsa menor de idade e de pessoa conhecida por G. para confessar o delito, tal informação não restou corroborada por nenhum outro elemento de prova.

A fim de corroborar tal tese, nos termos das declarações judiciais do apelante supratranscritas, este alegou que sua genitora tinha conhecimento das ameaças dirigidas em seu desfavor, o que a levou inclusive a registrar boletim de ocorrência (f. 181). No entanto, a genitora do acusado nada mencionou sobre as alegadas ameaças perpetradas pelo menor e “G.” (f. 173). Não bastasse, a defesa do acusado nem sequer colacionou aos autos o suposto boletim de ocorrência lavrado.

Nesse contexto, a inverossímil versão trazida em juízo pelo réu não merece prevalecer, diante de sua coerente confissão extrajudicial, em sintonia com as demais provas carreadas aos autos.

A testemunha ocular O.J.J., que residia com o ofendido, sempre que ouvida, descreveu os fatos tal como narrados na denúncia:

[...] que, no dia dos fatos acordaram pela manhã e A. saiu para dar de comer aos porcos como de costume; que ficou na casa, tendo ouvido um barulho igual a tiro; que, nisso, dois homens com os rostos cobertos já entraram dentro da casa; um deles com uma espingarda na mão o ameaçou dizendo para ficar quieto; que assim fez; que, após eles revirarem a casa, eles saíram e o depoente saiu se escondendo no mato; que, depois de algum tempo retornou e viu A. caído de bruços ensanguentado com ferimento na cabeça; que correu até um vizinho para pedir ajuda [...] (f. 58/59, ratificado à f. 183).

A testemunha civil G.B.F., ao ser ouvida em Juízo, informou que tomou conhecimento de que o autor do delito chamava-se J. (f. 184). Ademais, ratificou seu depoimento extrajudicial, no qual consta que (f. 33/35):

[...] que o fato que ensejou a morte de A. foi bem pela manhã; que, soube por ouvir dizer que dois indivíduos entraram na casa para roubar; que na casa no momento em que estes indivíduos entraram estava somente o O. que disse ter sido ameaçado com uma arma [...]; que A. estava do lado de fora da casa onde recebeu o tiro na cabeça que o vitimou; que A. foi alvejado próximo ao galinheiro [...]; que, no dia 10 de novembro, A. lhe confidenciou que recebeu um dinheiro da venda de um gado cerca de R\$14.000,00 (quatorze mil reais); que inclusive estava guardando esse dinheiro em casa porque ele dizia que não poderia depositar porque iria realizar uma cirurgia de vistas [...]; perguntado se viu alguém em uma moto por ali, respondeu que não, mas falaram que uma moto azul Honda 150 foi vista em alta velocidade [...].

Ainda, a testemunha S.H.G., em seu depoimento extrajudicial, relatou que tomou conhecimento, por meio de um indivíduo chamado M.S.F., de que o latrocínio em análise foi praticado pelo menor G.A.R.F., em companhia de um rapaz oriundo de Divinópolis:

[...] a pessoa de M.S.F. compareceu em seu bar, em Sabarazinho, e começou a dizer o seguinte: ‘ah, mataram o veio’; que veio M.?’ E ele disse: o Sr. A.; que M. ainda disse que havia sido a turma da pedra, usuários de crack que ficavam na casa de V., cujo nome é M.T. e mãe do menor; M. ainda completou que quem matou A. foi um rapaz de Divinópolis, de cor negra, juntamente com o menor; [...]; que, M. disse que a moto utilizada pela dupla foi a de H., irmão do menor,

que ficou escondida um tempo depois do crime para tentar despistar a polícia, sendo uma moto azul YBR; que se recorda que, na véspera da morte de A., V. e o menor estiveram em seu bar, sendo que, em dado momento, o menor foi embora e V. ficou, mas ouviu de pessoas que, naquele dia, o menor, ao se levantar para ir embora, teria dito: 'Hoje nós vamos roubar e matar o velho mesmo' [...]; que o menor não é boa coisa, sendo mau, frio e calculista, sendo que esta é a segunda vez que ele é apreendido por fato análogo a roubo, tendo ainda envolvimento em ocorrências com o tráfico de drogas [...] (f. 110/111).

Em juízo, a testemunha retratou-se parcialmente, esclarecendo que "[...] os fatos que ali constam o depoente teria ouvido de outras pessoas, e não diretamente de M. [...]" (f. 182).

Independentemente de quem tenha passado as informações para tal testemunha, este não se retratou quanto aos fatos narrados. Portanto, manteve a versão no sentido de que o delito foi praticado pelo adolescente G.A.R.F., que se deslocava em uma motocicleta azul, juntamente com um rapaz oriundo da cidade de Divinópolis, local onde nasceu e residia o apelante, consoante se verifica de sua qualificação na exordial acusatória (f. 02).

Ademais, em declarações extrajudiciais, ratificadas em juízo, a genitora do adolescente alhures retratado, M.T.R., vulgo "V.", confirmou que seu filho conhecia a vítima e que, no dia anterior à morte desta, esteve com seu filho no bar da testemunha S.H.G., o que confere credibilidade às palavras do último (f. 98/99 e 171).

Diante do conjunto probatório existente nos autos, especialmente pelas declarações extrajudiciais do recorrente, corroborada pela prova pericial e oral coligida em juízo, vê-se que ele, em unidade de desígnios com o adolescente G.A.R.F., perpetrou o crime de latrocínio.

Desse modo, no que diz respeito ao pedido de absolvição, entende-se não ser possível, visto que a posterior negativa de autoria sustentada pelo apelante encontra-se isolada, em face dos elementos de prova coligidos aos autos.

Nesse sentido, o entendimento da douta Procuradoria-Geral de Justiça:

[...]

Razão não assiste ao apelante.

A materialidade e a autoria delitivas encontram-se devidamente comprovadas pelo boletim de ocorrência (f. 7/12), pelo relatório de necropsia (f. 63/64), pelo laudo de levantamento de local do crime (f. 76/87) e pela prova oral produzida no feito.

Em seu interrogatório em juízo, o acusado negou os fatos a ele imputados na denúncia (f. 181).

Por outro lado, durante a fase investigatória, foi recebido na repartição certidão de f. 60.

[...]

Portanto, a confissão extrajudicial está em consonância com o acervo probatório, podendo assim embasar a condenação. A propósito:

'Roubo majorado. Materialidade e autoria comprovadas. Depoimento de testemunhas. Declarações das vítimas. Confissão na fase pré-processual. Retratação na fase judicial.

Pedido de absolvição. Impossibilidade. Recurso a que se nega provimento. - Sendo coerentes as declarações ofertadas pelas vítimas no delito de roubo, e sendo corroboradas pelo depoimento de milicianos que participaram da diligência que culminou na prisão dos agentes, faz-se mister a condenação. - Em que pese a confissão ser divisível e retratável conforme art. 200 do CPP, a jurisprudência em nossos tribunais firmou-se no sentido de que a confissão é válida pela sua verossimilhança e coesão, motivo pelo qual a simples retratação não possui valor jurídico se não encontrar ressonância nos demais elementos probatórios. Apelação criminal. Roubo majorado. Agravante da reincidência. Decote. Necessidade. Confissão espontânea. Reconhecimento. - 01. Não há falar na configuração da agravante da reincidência se, ao tempo dos fatos apurados na presente ação penal, não possuía o réu, em seu desfavor, sentença penal condenatória transitada em julgado. 02. A retratação judicial do increpado não tem o condão de infirmar a confissão espontânea por ele apresentada à autoridade policial, mormente quando esta se encontrar em harmonia com outros elementos de prova coligidos para os autos, razão pela qual deve ser reconhecida em seu favor a atenuante quando da fixação das penas' (TJMG - Apelação Criminal nº 1.0114.13.012772-2/001, Relator Des. Paulo César Dias, j. em 30.06.2015, p. em 09.07.2015).

Com efeito, demonstradas pelo conjunto probatório presente nos autos a materialidade e a autoria do delito, entendendo que deve ser mantida a condenação do apelante pelo crime do art. 157, § 3º, do Código Penal. [...] (f. 253/256).

Assim sendo, diante das provas produzidas sob a estrita observância dos preceitos constitucionais do contraditório e da ampla defesa, impossível absolver o recorrente, não merecendo maiores considerações as alegações defensivas.

No que concerne à desclassificação do crime para sua modalidade tentada, ressalte-se que a eventual ausência de subtração de bens não impede a consumação do crime. Tal questão, inclusive, foi objeto de pacificação da Súmula 610 do Supremo Tribunal Federal, *in verbis*: "Há crime de latrocínio quando o homicídio se consuma, ainda que não realize o agente a subtração dos bens da vítima".

Nesse sentido, eis a jurisprudência deste egrégio sodalício:

Apelação criminal. Latrocínio. Absolvição. Impossibilidade. Materialidade e autoria delitivas comprovadas. Desclassificação para a forma tentada do delito. Não cabimento. Pena. Dosimetria. Redimensionamento das penas-base. Inviabilidade. - 1. O pleito absolutório não comporta acolhimento quando a materialidade e a autoria delitivas estão comprovadas nos autos, e não existem causas de exclusão da tipicidade, da ilicitude ou da culpabilidade. 2. O crime de latrocínio se consuma com a ocorrência do resultado morte, portanto independe da efetiva subtração do patrimônio visado pelo agente. Inteligência da Súmula 610 do Supremo Tribunal Federal. 3. Impossível o acatamento do pedido de redução das penas-base, porquanto o recrudesimento da reprimenda se encontra suficientemente fundamentado em dados concretos dos autos (TJMG - Apelação Criminal nº 1.0433.14.030474-5/001, Relator Des. Amauri Pinto Ferreira (Juiz de Direito convocado), 4ª Câmara Criminal, j. em 25.11.2015, p. em 1º.12.2015).

Penal. Latrocínio. Desclassificação para homicídio culposo. Impossibilidade. Prova do *animus furandi*. Tentativa. Inocorrência. Súmula nº 610 do STF. Delação premiada. Inadmissibilidade. Recurso conhecido e improvido. - Impõe-se a manutenção da condenação quando se encontram comprovadas a autoria e a materialidade do delito de latrocínio. - Inadmissível é a desclassificação do delito de latrocínio para o crime de homicídio culposo quando comprovado que o objetivo do agente era a subtração de determinada quantia em dinheiro. - Consumado está o delito de latrocínio com a morte da vítima ainda que não haja a subtração dos bens (TJMG - Apelação Criminal nº 1.0382.10.000989-5/001, Relator Des. Pedro Vergara, 5ª Câmara Criminal, j. em 28.02.2012, p. em 12.03.2012).

Processo penal e penal. Denúncia anônima. Nulidade processual rejeitada. Latrocínio. Materialidade e autoria delitivas comprovadas. Reconhecimento da tentativa. Inviabilidade. Redução da pena fixada ao primeiro apelante. Primeiro recurso parcialmente provido e segundo recurso desprovido. - Rejeita-se a preliminar de nulidade processual se, além de o inquérito ter sido iniciado através de portaria, as denúncias anônimas serviram apenas para as investigações procedidas para esclarecimento da autoria, tendo os réus, na fase administrativa, inclusive, admitido a prática delitiva. Comprovada a autoria e a materialidade, mantém-se a condenação dos réus pelo delito de latrocínio, descabendo a desclassificação reclamada para o delito tentado em razão da morte da vítima. Interpretação da Súmula nº 610 do STF. Diminui-se a pena-base determinada ao primeiro apelante, porquanto fixada com espeque em circunstâncias judiciais equivocadamente consideradas desfavoráveis (TJMG - Apelação Criminal nº 1.0024.10.042576-8/001, Relator Des. Herbert Carneiro, 4ª Câmara Criminal, j. em 03.08.2011, p. em 10.08.2011).

Instada a se manifestar sobre a questão, a douta Procuradoria-Geral de Justiça assim opinou (f. 255/256):

[...] Pugna o apelante subsidiariamente pela desclassificação para a modalidade tentada do delito de latrocínio, alegando que, apesar de ter sido provocada a morte da vítima, não houve subtração efetiva do bem.

No entanto, tal súplica não merece ser acatada.

Já está consolidado na jurisprudência que o crime de latrocínio se consuma sempre que ocorrer a morte da vítima, mesmo que não seja realizada a subtração do bem [...].

Dessarte, perfeita a adequação típica da conduta do réu ao crime do art. 157, § 3º, *in fine*, do Código Penal.

Quanto à pena aplicada, impende consignar que foi bem sopesada pela Magistrada primeva, com a devida aplicação das disposições insertas nos art. 59 e 68, ambos do Código Penal, não merecendo reparos, até porque restou concretizada no mínimo legal, qual seja vinte (20) anos de reclusão e dez (10) dias-multa, à razão mínima, não havendo qualquer insurgência defensiva neste aspecto.

O regime de cumprimento deverá permanecer no fechado, consoante disposições insertas no art. 33, § 2º, a, do Código Penal.

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 para tais benefícios (arts. 44 e 77, ambos do Código Penal).

Diante do exposto, nego provimento ao recurso, mantendo inalterada a sentença primeva.

Custas, na forma da lei.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES FURTADO DE MENDONÇA e JAUBERT CARNEIRO JAKES.

Súmula - RECURSO NÃO PROVIDO.

...

Incêndio provocado em mata ou floresta - Art. 41, caput, da Lei federal nº 9.605/98 - Absolvição - Ausência de dano ambiental - Boletim de ocorrência - Danos em árvores nativas - Comprovação - Intervenção realizada sem prévia autorização - Desconhecimento da lei - Inadmissibilidade - Condenação mantida

Ementa: Apelação criminal. Recurso defensivo. Conduta tipificada no art. 41, *caput*, da Lei federal nº 9.605/98. Absolvição pela alegada ausência de dano ambiental. Impossibilidade

- O pleito de absolvição não merece prosperar, já que devidamente constatado, por especialista da polícia civil, que a intervenção foi realizada sem prévia autorização para tanto, merecendo permanecer a condenação que ora se combate, além de que escusas, com a nítida finalidade de eximir-se de responsabilidade, ou reduzi-la, alegando desconhecimento de que incorria em ilícito, não podem e não devem merecer respaldo.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0151.10.001376-3/001 - Comarca de Cássia - Apelante: M.B.C. - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Relator: DES. EDISON FEITAL LEITE

Acórdão

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

Belo Horizonte, 28 de junho de 2016. - Edison Feital Leite - Relator.

Notas taquigráficas

DES. EDISON FEITAL LEITE - A Promotoria de Justiça que atua perante a Comarca de Cássia/MG ofereceu

denúncia em desfavor de M.B.C. pelos seguintes fatos, em síntese:

Narra a denúncia que, em 20.12.2009, por volta das 15 horas, o acusado provocou incêndio em mata, decorrendo na destruição de 14 árvores de médio e pequeno porte.

Consta dos autos que, na data dos fatos, o denunciado/apelante, sem a devida autorização, provocou um incêndio em uma área de 06.00.00 ha (seis hectares), no Sítio Guarida, zona rural de Cássia/MG, o qual, por falta de controle, acabou atingindo uma mata, causando a destruição de 6 (seis) coqueiros do tipo “Macaúba” e 8 (oito) árvores nativas. No dia seguinte, a polícia ambiental compareceu no local, onde constatou a queimada. Indagado acerca da autorização para promover o incêndio, o autuado disse que só possuía o requerimento, datado de 18.12.2009, ou seja, apenas (dois) dias antes dos fatos. Com tal conduta, o autuado, além do dano ambiental, causou também despesas ao poder público, consistentes na necessidade de deslocamento da polícia ambiental até o local dos fatos.

Assim agindo, restou denunciado nas iras do art. 41, *caput*, da Lei federal nº 9.605/98.

A denúncia foi recebida em 22.04.2013, pelo despacho de f. 37.

Após encerramento da instrução criminal, pela r. sentença de f. 75/77, o MM. Juízo julgou procedente a denúncia, para condenar o denunciado/apelante M.B.C. como incurso no art. 41 da Lei nº 9.605/98, às penas de 02 anos de reclusão, em regime inicialmente aberto, e 10 dias-multa, estes calculados no mínimo legal, substituída a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, consistente no pagamento de 03 salários mínimos.

Inconformada, apela a defesa, requerendo, em suas razões, f. 82/87: a absolvição do réu, ao argumento, em síntese, de insuficiência de provas para um decreto condenatório de que efetivamente houve um dano ambiental.

Contrarrazões ministeriais, f. 89/90v, pelo conhecimento e não provimento do recurso.

O digno e honrado Procurador de Justiça, Dr. Marcelo de Oliveira Milagres, opinou pelo conhecimento e não provimento do recurso, devendo ser mantida a r. sentença recorrida em sua inteireza, f. 95/97.

Vieram-me os autos redistribuídos em razão do falecimento do ilustre colega, Des. Walter Luiz de Melo, a quem tenho a honra de suceder.

É o relatório.

Conheço do recurso, eis que presentes os pressupostos de admissibilidade, registrando que não há preliminares ou irregularidades que possam contaminar a validade deste processo, aliás, no apontado sentido, não houve nenhuma indagação dos protagonistas dos autos.

A discussão trazida à baila diz respeito à condenação do apelante.

A materialidade delitiva restou comprovada por meio do B.O., f. 06/05, das fotos de f. 06/07 e auto

de infração, f. 08. A autoria do crime, também, incontroversa, conforme se depreende da prova testemunhal, colhida ao longo da instrução processual, não deixou qualquer dúvida de que, efetivamente, procedeu-se à queimada em mata sem a devida autorização.

No boletim de ocorrência simplificado de número 850977/12, lavrado, f. 32, vê-se:

Conforme solicitação de V. Exa, via Ofício/Requisição, referente aos Autos 0151,10,001376-3, vimos por meio deste, esclarecer que:

- No Boletim de Ocorrência Nº 620.838/2009, citamos que houve um queimada no Sítio Guarida, sem a devida autorização do órgão ambiental competente - IEF (Instituto Estadual de Florestas);

- Citamos também que, devido à falta de controle do fogo, houve danos em 14 árvores nativas, sendo 06 árvores da espécie Macaúba e outras 08 árvores de outras espécies nativas.

- Informamos, por meio deste, que a área em questão, onde foi realizada a queimada, era uma área de cultivo de grãos, e que estas árvores que sofreram os danos devido à queimada se encontravam esparsas na área de plantio.

Ademais, a perícia ambiental realizada reveste-se de total idoneidade e validade, sendo reveladora acerca da efetiva ocorrência de dano ambiental em face da conduta levada a efeito pelo ora apelante.

Reza o art. 41 da Lei nº 9.605/98:

Art. 41. Provocar incêndio em mata ou floresta:

Pena - reclusão, de dois a quatro anos, e multa.

Desse modo, não há dúvidas de que o apelante, efetivamente, provocou incêndio em mata ou floresta, ação esta que se amolda ao tipo do art. 41 da Lei nº 9.605/98.

Quanto à tese de que o apelante acreditou que com o protocolo do pedido de queimada já poderia realizá-la, que desconhecia a lei, diante do brilhantismo e propriedade, rogo vênha para trazer à baila as citações feitas pelo ilustre Procurador de Justiça, f. 97:

No caso, o recorrente se colocou deliberadamente contrário às exigências da ordem jurídica, mostrando-se reprovável indiferença ao bem ambiental.

De outro lado, o desconhecimento da lei constitui erro de proibição irrelevante perante nossa lei, apenas constituindo circunstância atenuante (art. 65, II, do Código Penal). Tal situação não se confunde com o erro sobre a ilicitude do fato. A consciência da ilicitude é elemento da culpabilidade nos termos do art. 21 do mesmo Diploma Legal.

No caso desses autos, destaca-se o clássico magistério de Heleno Cláudio Fragoso (*Lições de Direito Penal*: a nova parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 1985, p. 214), “as situações em que ocorrerá o erro sobre a ilicitude são excepcionais. Como já dissemos, em regra terá o agente, praticando um fato delituoso, consciência atual de que age contrariamente ao direito. Pode-se mesmo dizer que, sendo o agente capaz e adulto, se pressupõe tenha atuado com consciência da ilicitude.” Destaca-se, ainda, a profissão do recorrente, agropecuarista.

Como verificado, o ato em voga foi efetivado sem autorização do órgão competente.

Em suma, em que pese o esforço do apelante, o que se vê, nestes autos, constitui queimada de mata ou floresta, sem a devida autorização.

Em face do exposto, neste ponto, sem maiores delongas, tem-se que o pleito de absolvição não merece prosperar, já que devidamente constatado por especialista da polícia civil que a intervenção foi realizada sem prévia autorização para tanto, merecendo permanecer a condenação que ora se combate, além de que escusas, com a nítida finalidade de eximir-se de responsabilidade, ou reduzi-la, alegando desconhecimento de que incorria em ilícito, não podem e não devem merecer respaldo.

Ante o exposto, NEGOU PROVIMENTO ao recurso defensivo, ficando mantida a r. sentença hostilizada.

Custas recursais, nos termos do art. 804 do CPP.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES ALBERTO DEODATO NETO e FLÁVIO BATISTA LEITE.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Tentativa de homicídio - Absolvição imprópria - Acusado inimputável - Aplicação de medida de segurança - Existência de outras teses defensivas - Art. 415, parágrafo único, do Código de Processo Penal - Sentença - Nulidade - Decretação - Precedentes do STJ

Ementa: Apelação criminal. Tentativa de homicídio. Absolvição imprópria. Existência de outras teses defensivas. Sentença. Nulidade. Decretação.

- Nos termos do art. 415, parágrafo único, do Código de Processo Penal, o juiz somente absolverá sumariamente o acusado inimputável quando esta for a única tese suscitada pela defesa, uma vez que, havendo a possibilidade de o réu ser absolvido pelo Conselho de Sentença, a imposição de medida de segurança se afiguraria mais gravosa ao acusado.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0242.05.010518-6/001 - Comarca de Espera Feliz - Apelante: W.R.G. - 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, na

conformidade da ata dos julgamentos, em PRELIMINAR, DE OFÍCIO, ANULAR A SENTENÇA.

Belo Horizonte, 7 de junho de 2016. - Denise Pinho da Costa Val - Relatora.

Notas taquigráficas

DES.ª DENISE PINHO DA COSTA VAL - Trata-se de apelação interposta por W.R.G. contra a sentença de f. 122/130, que o absolveu em razão de sua inimputabilidade, aplicando-lhe a medida de segurança consistente em internação, em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico, pelo prazo mínimo de 01 (um) ano, nos termos do art. 97 do Código Penal.

Narra a denúncia que, no dia 10 de agosto de 2005, por volta das 20 horas, o denunciado, imbuído de *animus necandi*, utilizando-se de um revólver de fabricação artesanal, calibre 0.16, não registrado, ao ver que seus vizinhos F.S.G. e J.O.S. passavam defronte à sua propriedade, na companhia de seus dois filhos, montados todos em uma motocicleta, apontou para o referido veículo e, sem nada dizer, efetuou um disparo, sem contudo acertar seus ocupantes.

Restou apurado que o denunciado disparou contra os ocupantes da motocicleta por acreditar que se tratava do mesmo grupo de pessoas que vinha rondando, em atitude suspeita, sua propriedade.

As investigações revelam que o denunciado agiu com o propósito deliberado de ceifar a vida das vítimas, o que não se consumou por circunstância alheia à sua vontade, consistente no erro do alvo visado.

Assim, o acusado foi denunciado como incurso nas sanções do art. 121, *caput*, c/c art. 14, II, ambos do Código Penal.

A denúncia foi recebida em 23.08.2005 (f. 24-v), e o feito, suspenso em 06.07.2009 (f. 59), em razão da instauração de incidente de sanidade mental do denunciado.

O processo retomou o seu curso normal em 21.09.2012 (f. 65), culminando com a sentença de f. 122/130, publicada em 03.02.2015 (f. 130), da qual o réu foi intimado, à f. 133, na pessoa de seu defensor.

Inconformada, a defesa interpôs recurso de apelação à f. 131, pugnando, nas razões de f. 137/144, pela absolvição do acusado, por ausência de provas de que o acusado tenha atentado contra a vida das vítimas.

Alternativamente, requer a substituição da medida de segurança de internação em Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico pela medida de segurança de tratamento ambulatorial.

Contrarrazões do Ministério Público, às f. 154/161, pleiteando o desprovimento do apelo.

Com vista dos autos, a d. Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do em. Procurador Dr. Luís Gustavo Patuzzi Bortoncello, opinou pelo não provimento do recurso (f. 166/170).

É o breve relatório.

Conheço do recurso, pois presentes os pressupostos e as condições de sua admissibilidade.

Preliminar de nulidade.

Após examinar minuciosamente os autos, tenho preliminar de ofício, consistente na nulidade da sentença, que passo à apreciação dos meus eminentes pares.

Examinando as alegações finais apresentada pela defesa (f. 109/114), vê-se que o ilustre advogado do ora apelante, além da absolvição sumária do réu, em razão de sua inimizabilidade, pugnou por sua impronúncia, por ausência de provas de que ele teria agido imbuído de *animus necandi*.

O MM. Juiz *a quo*, por sua vez, rechaçou a tese defensiva e absolveu impropriamente o acusado, aplicando a medida de segurança consistente em internação, pelo prazo mínimo de 1 (um) ano.

Ocorre que, nos termos do parágrafo único, do art. 415 do Código de Processo penal, o juiz somente absolverá o acusado impropriamente quando esta for a única tese defensiva, *in verbis*:

Art. 415. O juiz, fundamentadamente, absolverá desde logo o acusado, quando:

[...]

IV - demonstrada causa de isenção de pena ou de exclusão do crime.

[...]

Parágrafo único. Não se aplica o disposto no inciso IV do caput deste artigo ao caso de inimizabilidade prevista no caput do art. 26 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, salvo quando esta for a única tese defensiva.

Ao discorrer sobre o tema, Walfredo Cunha Campos nos ensina que:

Afirma o art. 415, em seu parágrafo único, do CPP, que o juiz não poderá absolver sumariamente quando houver prova de que o réu é inimputável por doença mental ou desenvolvimento incompleto ou retardado, se existir, além da inimizabilidade, outra tese defensiva. A finalidade desse artigo é clara: evitar que seja imposta ao acusado uma medida de segurança, que é uma sanção com prazo indeterminado, quando houver a possibilidade de o réu ser absolvido pelo Júri por existir, v.g., prova de que agiu amparado por uma causa excludente de ilicitude ou de isenção de pena, se não for o caso, é claro, de se absolver o acusado por esses motivos. Ou seja, seria a situação de existir nos autos prova não definitiva, no nosso exemplo, das teses excludentes de ilicitude ou de culpabilidade. Nessas situações, seria melhor pronunciar o réu, que tem a chance de ser absolvido pelo Conselho de Sentença, do que impor a ele uma sanção detentiva (a medida de segurança) [...] (CAMPOS, Walfredo Cunha. *Tribunal do Juri: teoria e prática*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 110).

Observa-se, assim, que, existindo outras teses defensivas, além do pedido de absolvição imprópria, deve o magistrado examiná-las e, não sendo o caso de acolhê-las de plano, submetê-lo a julgamento perante o

conselho de sentença, oportunizando ao réu a possibilidade de ser absolvido em plenário.

A jurisprudência do colendo Superior Tribunal de Justiça é pacífica quanto à nulidade do *decisum* por inobservância ao parágrafo único do art. 415 do Código de Processo Penal:

Processo penal. *Habeas corpus*. Homicídio qualificado. Pronúncia. Preclusão. Incidente de insanidade. Inimizabilidade ao tempo dos fatos imputados. Reconhecimento. Absolvição sumária prolatada pelo Juiz Presidente. Existência de tese defensiva de legítima defesa. Juiz natural. Violação. Reconhecimento. Pedido subsidiário. Impedimento de procuradora da justiça. Pleito prejudicado. 1. Em regra, o *meritum causae* nos processos de competência do júri é examinado pelo júri leigo. Excepciona-se tal postulado, por exemplo, quando da absolvição sumária, ocasião em que o juiz togado não leva a conhecimento do júri ação penal em que, desde logo, se identifica a necessidade de absolvição. Precluindo a pronúncia, deve a matéria da inimizabilidade ser examinada pelo conselho de sentença, mormente, se existe tese defensiva diversa, como a da legítima defesa. 2. Ordem concedida para anular o processo a partir da sentença que absolveu sumariamente o paciente, devendo ele ser submetido a julgamento pelo Tribunal do Júri, prejudicado o pedido subsidiário (STJ, Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura, j. em 25.06.2009, T6 - Sexta Turma).

Habeas corpus. Impetração originária. Substituição ao recurso especial cabível. Impossibilidade. Respeito ao sistema recursal previsto na carta magna. Não conhecimento. 1. Com o intuito de homenagear o sistema criado pelo Poder Constituinte Originário para a impugnação das decisões judiciais, necessária a racionalização da utilização do *habeas corpus*, o qual não deve ser admitido para contestar decisão contra a qual exista previsão de recurso específico no ordenamento jurídico. 2. Tendo em vista que a impetração aponta como ato coator acórdão proferido por ocasião do julgamento de apelação criminal, contra a qual seria cabível a interposição do recurso especial, depara-se com flagrante utilização inadequada da via eleita, circunstância que impede o seu conhecimento. 3. Tratando-se de *writ* impetrado antes da alteração do entendimento jurisprudencial, o alegado constrangimento ilegal será enfrentado para que se analise a possibilidade de eventual concessão de *habeas corpus* de ofício. Homicídio qualificado e ocultação de cadáver. Inimizabilidade. Laudo pericial. Corpo de jurados que afasta as conclusões do exame de sanidade mental. Condenação. Existência de outros elementos de convicção aptos a justificar o não acatamento da prova técnica. Inexistência de veredicto manifestamente contrário à prova produzida nos autos. Constrangimento ilegal não caracterizado. 1. A Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso XXXVIII, alíneas b e c, conferiu ao Tribunal do Júri a soberania dos seus veredictos e o sigilo das votações, tratando-se de exceção à regra contida no inciso IX do art. 93, razão pela qual não se exige motivação ou fundamentação das decisões do Conselho de Sentença, fazendo prevalecer, portanto, como sistema de avaliação das provas produzidas, a íntima convicção dos jurados. 2. Dessa forma, observa-se que a Corte Popular, após a produção das provas pela defesa e pela acusação na sessão plenária, tão somente responde sim ou não aos quesitos formulados de acordo com a livre valoração das teses apresentadas pelas partes, tendo o Conselho de Sentença entendido que o paciente não seria inimputável. 3. Embora seja certo que a decisão dos jurados é

desprovida de fundamentação, tal circunstância não permite, por si só, a conclusão de que não poderiam decidir em sentido contrário ao resultado da prova pericial, pois, embora movido pela íntima convicção, o veredicto deve ser considerado idôneo se encontrar apoio no conjunto probatório. 4. No caso em apreço, o Tribunal de origem, ao analisar o recurso de apelação da defesa, reportou-se ao conjunto probatório, apontando nos autos as provas que seriam aptas a corroborar o veredicto exarado pelo Conselho de Sentença, para concluir pela improcedência do pleito defensivo. 5. *Habeas corpus* não conhecido (STJ, Relator: Ministro Jorge Mussi, j. em 03.09.2013, T5 - Quinta Turma).

Na mesma linha é a jurisprudência deste egrégio Tribunal de Justiça:

Processo penal. Júri. Absolvição sumária imprópria. Preliminar de nulidade da sentença por cerceamento de defesa. Inteligência do art. 415, parágrafo único, do código de processo penal. Ausência de pedido expresso da defesa acerca da imputabilidade. Sentença que não analisou os pleitos defensivos. Cerceamento de defesa configurado. Sentença cassada. Preliminar acolhida para anular a sentença. Na absolvição sumária imprópria, diante da imputabilidade do agente, o juiz absolverá o acusado, mas imporá medida de segurança, restringindo, portanto, a sua liberdade. Assim, nos termos do art. 415, parágrafo único, do Código de Processo Penal, mister que esta seja a única tese defensiva. Constatase que o objetivo da limitação imposta ao réu de restringir-se à tese de absolvição sumária por imputabilidade, busca assegurar que o acusado tenha todas as oportunidades e explore todas as possibilidades de demonstrar sua inocência, comprovando fatos e alegando direitos, podendo buscar a absolvição própria, perante o Juízo competente (TJMG - Apelação Criminal 1.0024.08.077718-8/002, Relator: Des. Rubens Gabriel Soares, 6ª Câmara Criminal, j. em 07.06.2011, p. em 05.07.2011).

Com efeito, nos termos do art. 415, parágrafo único, do Código de Processo Penal, o juiz somente absolverá sumariamente o acusado inimputável quando esta for a única tese suscitada pela defesa, uma vez que, havendo a possibilidade de o réu ser absolvido pelo Conselho de Sentença, a imposição de medida de segurança se afiguraria mais gravosa ao acusado.

Em face do exposto, em PRELIMINAR, DE OFÍCIO, ANULO A SENTENÇA, DEVENDO OUTRA SER PROFERIDA, EM CONSONÂNCIA COM OS TERMOS LEGAIS.

Custas, *ex lege*.

É como voto.

Votaram de acordo com a Relatora os DESEMBARGADORES LUZIENE MEDEIROS DO NASCIMENTO BARBOSA LIMA (Juíza de Direito convocada) e RUBENS GABRIEL SOARES.

Súmula - EM PRELIMINAR, DE OFÍCIO, ANULARAM A SENTENÇA.

...

Furto majorado - Repouso noturno - Princípio da insignificância - Réu reincidente - Furto tentado - Inversão da posse da *res furtiva* - Redução da pena-base e alteração de regime - Circunstâncias judiciais desfavoráveis - Reincidência e maus antecedentes - Vítima maior de 60 anos - Obrigação de reparar danos - Violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa

Ementa: Apelação criminal. Furto majorado pelo repouso noturno. Princípio da insignificância. Inaplicabilidade. Reconhecimento da tentativa. Descabimento. Redução das penas-base e alteração de regime. Inadmissibilidade. Obrigação de reparar danos. Exclusão. Recurso parcialmente provido.

- O princípio da insignificância não encontra assento no Direito Penal Brasileiro, tratando-se de recurso interpretativo à margem da lei, que se confronta com o próprio tipo penal do art. 155 do Código Penal, que, para as situações de ofensa mínima, prevê a figura do privilégio, inaplicável na espécie diante da multirreincidência do acusado.

- Demonstrada a inversão da posse das *res furtiva*, não há como acolher o pedido de reconhecimento da tentativa.

- Incabível a redução das penas-base, se a fixação da reprimenda um pouco acima do mínimo legal encontra-se devidamente justificada pelos maus antecedentes do réu.

- Tratando-se de acusado reincidente e possuidor de maus antecedentes, não se mostra possível a alteração de regime.

- Muito embora com a nova redação do art. 387, inciso IV, do CPP, dada pela Lei 11.719/2008, o juiz, ao proferir sentença, "fixará valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido", à luz dos princípios da ampla defesa e do contraditório, é indispensável que haja pedido formal neste sentido, bem como seja oportunizado às partes o direito de produzir eventuais provas que possam interferir na convicção do julgador no momento da fixação.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0093.06.011182-5/001

- Comarca de Buritis - Apelante: G.R.S. - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Vítima: A.C. - Relator: DES. EDUARDO MACHADO

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 5ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na

conformidade da ata dos julgamentos, à unanimidade, em DAR PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 31 de maio de 2016. - *Eduardo Machado* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. EDUARDO MACHADO - Trata-se de recurso de apelação criminal interposto contra a r. sentença de f. 114/119 que, julgando procedente a denúncia, condenou o acusado pela prática do crime previsto no art. 155, § 1º, do Código Penal, às penas de 02 (dois) anos e 01 (um) mês de reclusão, em regime inicial semiberto, e 21 (vinte e um) dias-multa.

Em suas razões recursais, às f. 121/125, busca a defesa a absolvição do réu, com fulcro no princípio da insignificância. Subsidiariamente, pleiteia a redução das penas-base ao mínimo legal, o reconhecimento da tentativa e a alteração de regime.

Contrarrazões recursais, às f. 127/129, pugnando pelo conhecimento e provimento do recurso, absolvendo o apelante com base no princípio da insignificância.

Manifesta-se a douta Procuradoria Geral de Justiça, no parecer de f. 136/140v, pelo conhecimento e desprovimento do recurso.

É o relatório.

Presentes os pressupostos de admissibilidade e processamento, conheço do recurso.

Narra a denúncia, em síntese, que no dia 22 de março de 2006, em horário não determinado, sendo certo que durante o repouso noturno, na Avenida [...], Bairro Centro, na cidade e comarca de Buritis, o denunciado subtraiu para si coisa alheia móvel, pertencente à vítima A.C., a qual conta com 82 (oitenta e dois) anos de idade, consistente em 02 (duas) galinhas e 01 (um) frango.

Após regular instrução, o réu foi condenado pela prática do crime de furto majorado pelo repouso noturno.

Conforme relatado, a materialidade e a autoria delitiva encontram-se devidamente comprovadas nos autos, sobretudo diante da confissão do acusado, a qual foi corroborada pelas demais provas, tanto que sequer são objeto de inconformismo no presente recurso, limitando-se a defesa a requerer a absolvição com fulcro no Princípio da Insignificância, ou, ao menos, a redução das penas-base, o reconhecimento da tentativa e a alteração de regime.

Razão não lhe assiste quanto ao primeiro pedido.

Não obstante o valor dos bens subtraídos, entendo que o famigerado Princípio da Insignificância não encontra assento no Direito Penal Brasileiro, tratando-se de recurso interpretativo à margem da lei, que se confronta com o próprio tipo penal do art. 155 do Código Penal, que, para as situações de ofensa mínima, prevê a figura do privilégio, inaplicável na espécie diante da multirreincidência do acusado.

Assim, forçoso convir que a aplicação desse princípio por parte do Poder Judiciário, para fins de afastamento da tipicidade material, implica em ofensa aos princípios constitucionais da reserva legal e da independência dos poderes.

Sobre o tema, leciona o festejado Bitencourt:

[...] a seleção dos bens jurídicos tuteláveis pelo Direito Penal e os critérios a serem utilizados nessa seleção constituem função do Poder Legislativo, sendo vedada aos intérpretes e aplicadores do direito essa função, privativa daquele Poder Institucional. Agir diferentemente constituirá violação dos sagrados princípios constitucionais da reserva legal e da independência dos Poderes. O fato de determinada conduta tipificar uma infração penal de menor potencial ofensivo não quer dizer que tal conduta configure, por si só, o Princípio da Insignificância. [...] Os limites do desvalor da ação, do desvalor do resultado e as sanções correspondentes já foram valoradas pelo legislador. As ações que lesarem tais bens, embora menos importantes se comparados a outros bens como a vida e a liberdade sexual, são social e penalmente relevantes (BITENCOURT, César Roberto. *Manual de Direito Penal*, parte geral. São Paulo: Saraiva, v. 1, p. 19).

Nesse mesmo sentido, eis a jurisprudência:

O fato de as coisas furtadas terem valor irrisório não significa que o fato seja tão insignificante para permanecer no limbo da criminalidade, visto que no direito brasileiro o Princípio da Insignificância ainda não adquiriu foros de cidadania, de molde a excluir tal evento de moldura da tipicidade penal" (TACrim-SP - AC Rel. Juiz Emeric Levai - BMJ 84/6).

O nosso ordenamento jurídico ainda não acatou a teoria da bagatela ou da insignificância, não tendo, por isso, o ínfimo valor do bem ou do prejuízo qualquer influência na configuração do crime" (TACrim-SP. RJDTCrim 27/66).

Além do mais, não se pode perder de vista que o crime deve ser apreciado em sua inteireza, não devendo a condenação nortear-se pelo valor do bem jurídico afetado, mas sim, pelo comportamento do agente em desconformidade com a lei. Insignificância não deve ser confundida com impunidade.

Importante acrescentar, ademais, que o apelante ostenta nada menos que cinco condenações transitadas em julgado pela prática de crimes contra o patrimônio, o que demonstra a sua dedicação à atividade criminosa.

Prosseguindo, não há que se falar em reconhecimento da tentativa.

De pronto, vale registrar que é entendimento tranqüilo que para a consumação do crime de furto exige-se apenas a retirada da *res furtiva* da esfera de vigilância da vítima, ou seja, a simples inversão da posse, sendo prescindível que o agente tenha tido a posse mansa e pacífica do objeto subtraído.

É, portanto, suficiente que a vítima tenha sido privada do controle e disposição da *res*, ainda que por breve intervalo temporal. A propósito, trago à colação:

Apelação criminal. Furto qualificado. Desclassificação para furto tentado. Inadmissibilidade. Compensação da atenuante

da confissão espontânea com a agravante da reincidência. Possibilidade. 1 - Na esteira da orientação doutrinária e jurisprudencial, o furto, assim como o roubo, se esauri no momento em que o agente retira a *res furtiva* da esfera de vigilância da vítima, pouco importando se por longo ou breve o espaço temporal no qual teve a posse mansa e pacífica da mesma. 2 - Na aplicação da pena, estando presentes a atenuante da confissão espontânea e a agravante da reincidência, ambas de natureza subjetiva, sem prevalência de uma sobre a outra, impõe-se a sua compensação na individualização da pena. 3 - Recurso parcialmente provido (TJMG, 3ª Câmara Criminal, Ap. nº 1.0702.08.447421-3/001(1), Rel. Des. Antônio Armando dos Anjos, v.u., j. em 15.03.2011; in DOMG de 05.05.2011).

Apelação criminal. Furto. Autoria e materialidade. Comprovação. Desclassificação. Tentativa de furto. Inadmissibilidade. Reparação de danos. Infração praticada antes da edição da Lei nº 11.719/2008. Retroatividade. Impossibilidade. Lei mais gravosa. 1 - Restando comprovadas a autoria e materialidade do delito de furto, não há que se falar em absolvição por ausência de provas, pois a confissão extrajudicial, aliada à palavra da vítima e depoimento testemunhas, autorizam o julgador a proferir sentença condenatória. 2 - O furto se esauri no momento em que o agente retira a *res furtiva* da esfera de vigilância da vítima, ainda que por breve espaço temporal. 3 - Deve-se extirpar da condenação a reparação dos danos causados pela infração, sem prejuízo de ser pleiteado pela vítima na esfera cível, pois não poderia o juiz sentenciante utilizar-se de lei mais gravosa para alcançar fato pretérito. 4 - Recurso parcialmente provido (TJMG, 7ª Câmara Criminal, Ap. nº 1.0134.05.061757-7/001(1), Rel. Des. Marcílio Eustáquio Santos, v.u., j. em 13.01.2011; in DOMG de 31.01.2011).

Na espécie, diante da prova oral colhida, especialmente das declarações do apelante (f. 10/11), bem como das testemunhas Nativo Pereira dos Santos (f. 12/13), Marcos José da Rocha (f. 24 e 104), Manoel Valdivino César Ferreira (f. 25) e Antônio Militão dos Santos (f. 105), não restam dúvidas de que, após subtrair as aves, o autor evadiu do local e se dirigiu a um estabelecimento comercial, procedendo à venda das *res furtivas*. Destarte, inequivoca a inversão da posse dos bens subtraídos, ainda que por breve intervalo de tempo, não havendo, pois, que se falar em reconhecimento da tentativa.

Por outro lado, no que se refere às penas-base aplicadas na r. sentença, observa-se que elas não merecem qualquer retoque, pois foram fixadas em perfeita consonância com os elementos extraídos dos autos e com os parâmetros elencados no art. 59 do Código Penal, restando devidamente justificada a sua aplicação um pouco acima do mínimo legal diante dos maus antecedentes do acusado, os quais se encontram comprovados pela CAC de f. 56/59.

Destarte, diante da presença de uma circunstância judicial desfavorável, de rigor a manutenção das penas-base um pouco acima do mínimo legal.

Nesse sentido, manifesta-se a reiterada jurisprudência deste eg. Tribunal de Justiça, *in verbis*:

Roubo majorado pelo concurso de agentes. Redução da pena para o mínimo legal. Impossibilidade. Pena superior a quatro anos. Agente reincidente. Regime fechado. Manutenção. Isenção de custas. Ausência de interesse. 1 - A existência de uma circunstância judicial desfavorável justifica a fixação das penas-base um pouco acima do mínimo legal. 2 - Sendo a pena privativa de liberdade superior a quatro anos e o agente reincidente, correta a fixação de regime inicial fechado. 3 - Dispensável a renovação do exame do pedido de isenção do pagamento das custas em grau recursal, quando tal pretensão já foi deferida na sentença hostilizada (TJMG - Apelação Criminal nº 1.0024.12.039355-8/001, Relatora Des.ª Maria Luíza de Marilac, 3ª Câmara Criminal, j. em 20.11.2012, publicação da súmula em 28.11.2012).

Roubo majorado. Autoria e materialidade comprovadas. Palavra das vítimas. Condenação mantida. Circunstâncias judiciais desfavoráveis. Pena-base acima do mínimo. Possibilidade. Decote da majorante de concurso de pessoas. Impossibilidade. Redução do valor do dia-multa ao mínimo legal. - Em crimes cometidos às escuras, como é o caso do roubo, a palavra da vítima, desde que se apresente segura, coesa e condizente com as demais provas dos autos, pode render ensejo à condenação, mesmo que o agente negue veementemente a prática do delito. - A existência de uma circunstância judicial desfavorável ao réu justifica, por si só, a fixação da pena-base pouco acima do mínimo legal. - Incide a majorante do concurso de pessoas se incontroverso nos autos que o roubo foi cometido por dois ou mais agentes, ainda que não haja a apreensão de todos os autores. - A existência de patrimônio ou de rendas não se confunde com a momentânea dificuldade financeira, alegada pelo réu, não inviabilizando, pois, o estabelecimento do valor do dia-multa em 1/30 do salário mínimo vigente à época dos fatos, corrigidos até a data do efetivo pagamento (TJMG - Apelação Criminal nº 1.0024.12.196030-6/001, Relator Des. Duarte de Paula, 7ª Câmara Criminal, j. em 22.10.2013, publicação da súmula em 1º.11.2013).

Ademais, correto o reconhecimento da agravante da reincidência e da agravante prevista no art. 61, inciso II, h, do Código Penal na segunda fase da dosimetria, bem como da majorante do repouso noturno na terceira fase de aplicação de pena.

Da mesma forma, não se mostra possível a alteração de regime, eis que, a despeito do *quantum* de pena aplicado, o apelante é reincidente e possuidor de maus antecedentes.

Noutro giro, forçoso reconhecer que a obrigação de reparar os danos causados à vítima fixada na r. sentença não pode prevalecer.

Muito embora com a nova redação do art. 387, inciso IV, CPP, dada pela Lei 11.719/2008, o juiz, ao proferir sentença, “fixará valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido”, à luz dos princípios da ampla defesa e do contraditório, é indispensável que haja pedido formal neste sentido, oportunizando às partes o direito de produzir eventuais provas que possam interferir na convicção do julgador no momento da fixação.

A propósito, é a reiterada jurisprudência desse eg. Tribunal de Justiça:

Apelação. Homicídio qualificado. Exclusão da obrigação de reparar os danos causados aos sucessores da vítima. Necessidade. Violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa. Isenção do pagamento das custas processuais. Réu patrocinado pela defensoria pública. Cabimento. 1 - Apesar de a reforma do Código de Processo Penal, trazida pela Lei nº 11.719/2008, ter alterado o inciso IV do art. 387, do CPP, passando a determinar que o juiz fixe o valor mínimo para a reparação dos danos causados pela infração, é necessário, para que não haja lesão aos princípios constitucionais processuais, especialmente os que asseguram a ampla defesa e o contraditório (art. 5º, LV, da Constituição Federal), garantir espaço para a atuação probatória das partes acerca daquele valor. 2 - Ao réu patrocinado pela Defensoria Pública deve ser deferida a isenção do pagamento das custas processuais (TJMG, 5ª Câmara Criminal, Ap. nº 1.0290.03.000079-5/002(1), Rel. Des. Alexandre Victor de Carvalho, v.u., j. em 03.11.2009; in DOMG de 16/11/2009).

"Apelação criminal. Roubo majorado. Autoria e materialidade comprovadas. Absolvção. Impossibilidade. Majorantes. Concurso de pessoas e uso de arma de fogo. Manutenção. Penas. Diminuição. Obrigação de reparar os danos causados à vítima. Infringência ao princípio da ampla defesa. Desobrigação. - A confissão, além de ser a rainha das provas, é a maior prova da culpabilidade, sendo suficiente para embasar o édito condenatório, não havendo falar-se em absolvição. - Comprovado que o delito foi cometido por mais de uma pessoa, com uso de arma de fogo, configuradas estão as majorantes dos incisos I e II, do § 2º, do art. 157 do Código Penal. Embora o apelante seja reincidente e apresente algumas das circunstâncias judiciais desfavoráveis, as penas-base foram fixadas exacerbadamente, devendo ser reduzidas em observância à melhor prevenção e repressão do crime, bem como para reeducação do infrator. Deve o apelante ser desobrigado da indenização ao ofendido pelos danos causados pela infração, momentaneamente, uma vez que é defeso ao julgador fixar um montante sem apurar corretamente o valor a ser pago, mormente quando resta nítida a infringência ao princípio da ampla defesa. Provimento parcial do recurso que se impõe (TJMG, 3ª Câmara Criminal, Ap. nº 1.0040.08.078531-0/001(1), Rel. Des. Antônio Carlos Cruvinel, v.u., j. em 19.05.2009; in DOMG de 15.07.2009).

In casu, verifica-se que não foi oportunizado às partes o direito de produzir eventuais provas acerca do valor a ser fixado a título de indenização, tampouco houve instrução específica para apurar valor mínimo para o dano, sendo defeso ao julgador optar por qualquer cifra, sob pena de nítida infração ao princípio da ampla defesa, impondo-se, pois, a exclusão da referida obrigação.

Por fim, mostra-se necessária a expedição de mandado de prisão em desfavor do apelante, tendo em vista que a condenação firmada em primeira instância foi mantida em grau de recurso, sendo este o entendimento firmado em recente decisão do STF, proferida no julgamento do HC 126.292/SP.

Ao entender pela possibilidade de início da execução da pena confirmada em segunda instância sem violação ao princípio constitucional da presunção de inocência, a Suprema Corte fez renascer um entendimento que prevaleceu até 2009. A propósito, vale frisar que a execução

do julgado constitui mero efeito da condenação e não enseja qualquer ofensa ao princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade.

Tenho que o estado presumido de inocência não é um princípio absoluto. Isso porque o acusado, inicialmente, é, de fato, presumidamente inocente. Entretanto, finalizada a instrução criminal e sobrevivendo a sentença condenatória, confirmada, inclusive, por este Tribunal, essa presunção deve se inverter. Ou seja, o réu passa de presumidamente inocente para presumidamente culpado.

Não bastasse isso, eventual interposição de recurso Especial e Extraordinário pelo réu não obsta a expedição de mandado de prisão, visto que tais recursos não possuem efeito suspensivo, conforme sedimentado na Súmula 267 do STJ.

Como é sabido, após o julgamento do apelo pelo Tribunal, há preclusão da matéria envolvendo os fatos da causa, sendo que os recursos Especial e Extraordinário, destinados ao STJ e STF, possuem âmbito de cognição restrito à matéria de direito. Assim, apesar de pendente a apreciação dos referidos recursos, é possível a produção dos efeitos das decisões proferidas em primeira e em segunda instância.

Nesse contexto, sendo confirmado um juízo de incriminação em segundo grau, é plenamente possível a relativização do princípio da presunção de inocência, não se mostrando arbitrária a possibilidade de este Julgador determinar o imediato cumprimento da pena.

Ora, negar a executividade da condenação até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória incentiva a interposição de recursos protelatórios, visando, até mesmo, a configuração da prescrição da pretensão punitiva ou executória.

Tenho sustentado com veemência que o processo penal deve ter utilidade, e as decisões proferidas devem possuir efetividade; postergar a expedição de um mandado de prisão até o trânsito em julgado de uma decisão penal é o mesmo que incentivar a eternização de um processo. Afinal, este não é o papel do Judiciário, cada dia mais criticado, e com muita razão, por manter em liberdade determinadas pessoas cuja autoria de um crime já tenha sido analisada e confirmada.

Quanto à extensão propagada com veemência por aqueles que cada dia mais procuram tirar a efetividade de uma decisão em ação penal pautada na regra contida no art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, de que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória", existe aí uma sustentação equivocada no emprego da regra. O texto Constitucional disse que ninguém será culpado, e não preso antes.

Feitas tais considerações, a fim de garantir a efetividade da condenação do acusado, a determinação da expedição de mandado de prisão em seu desfavor antes do trânsito em julgado da sentença condenatória é medida que se impõe.

Diante do exposto, dou parcial provimento ao recurso apenas para decotar a obrigação de reparar danos imposta, mantendo, no mais, os exatos termos da r. sentença, por seus próprios fundamentos.

É como voto.

Custas na forma da lei.

Expeça-se o competente mandado de prisão em face do réu G.R.S..

DES. JÚLIO CÉSAR LORENS - Voto de ressalva.

Acompanho o il. Relator, Des. Eduardo Machado, para também dar parcial provimento ao recurso defensivo, para decotar o valor fixado a título de reparação de danos causados pela infração, bem como determinar a expedição de mandado de prisão.

Porém, cumpre-me ressaltar meu posicionamento no que tange à adoção do princípio da insignificância e à natureza cautelar da prisão decretada ou mantida na sentença penal condenatória recorrível.

É bem verdade que o princípio da insignificância encontra limites para a sua ocorrência. Contudo, entendo que a sua não aplicação pode levar o intérprete da lei, em alguns casos, a situações absurdas, punindo condutas que, em face de sua inexpressividade, não são dignas de guarida pelo Direito Penal.

Como se sabe, referido princípio, cuja existência e aplicabilidade são reconhecidas pelos Tribunais Superiores, representa um instrumento corretivo da larga abrangência formal dos tipos penais e decorre dos princípios da lesividade, fragmentariedade e intervenção mínima. Funciona como causa de exclusão da tipicidade, desempenhando uma interpretação restritiva do tipo penal.

Com efeito, é cediço que a privação da liberdade e a restrição de direitos do indivíduo somente se justificam quando estritamente necessárias à proteção dos bens jurídicos essenciais à sociedade e às pessoas, ou seja, o Poder Judiciário somente pode ser acionado para apuração de condutas que afetem de forma substancial os bens jurídicos protegidos pelas normas incriminadoras.

Dessa forma, a atipicidade configura-se não só pela subsunção da conduta do agente ao tipo abstratamente previsto, sendo fundamental um exame material das circunstâncias do caso concreto para se verificar a existência de lesão relevante ao bem jurídico tutelado.

Para a aplicação do princípio da insignificância é necessário se aferir o valor do objeto do crime e os aspectos objetivos do fato, tais como a mínima ofensividade da conduta do agente, a ausência de periculosidade social da ação, o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão jurídica causada.

Além disso, devem ser analisadas questões relacionadas ao agente, para que não se permita que os delinquentes, com a certeza de que sairão impunes, façam de

tais condutas criminosas de pouca monta um meio de vida, trazendo intranquilidade à população.

Sobre o assunto, o STF já decidiu:

Habeas corpus. Penal. Paciente condenado pelo crime de furto simples. Princípio da insignificância. Inaplicabilidade. Reprovabilidade e ofensividade da conduta do agente. Reiteração criminosa. Reincidência. Ordem denegada. I - A aplicação do princípio da insignificância, de modo a tornar a ação atípica, exige a satisfação, de forma concomitante, de certos requisitos, quais sejam conduta minimamente ofensiva, ausência de periculosidade social da ação, reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e lesão jurídica inexpressiva. [...] (STF, HC 115319/MG, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j em 04.06.2013).

In casu, infere-se pela CAC de f. 56/59 que o acusado ostenta diversas condenações com trânsito em julgado pela prática de delitos de natureza patrimonial, o que inviabiliza a aplicação do princípio da insignificância, sob pena de servir como incentivo ao agente contumaz na prática de crimes.

Aliás, neste mesmo sentido, confira a jurisprudência do Excelso Pretório:

[...] 2. Na concreta situação dos autos, não há como acatar a tese de irrelevância material da conduta protagonizada pelo paciente, não obstante a reduzida expressividade financeira dos objetos que se tentou furtar. De início, porque o paciente é reincidente específico em delito contra o patrimônio, constando na respectiva certidão de antecedentes criminais as numerosas situações em que foi preso por furto, inclusive. Logo, o reconhecimento da insignificância material da conduta increpada ao paciente serviria muito mais como um deletério incentivo ao cometimento de novos delitos do que propriamente uma injustificada mobilização do Poder Judiciário. 3. O acusado dá claras demonstrações de que adotou a criminalidade como verdadeiro estilo de vida. O que impossibilita a adoção do princípio da insignificância penal e, ao mesmo tempo, justifica a mobilização do aparato de poder em que o Judiciário consiste. Poder que só é de ser acionando para a apuração de condutas que afetem substancialmente os bens jurídicos tutelados pelas normas incriminadoras. [...]. (STF, HC 96202/RS, Rel. Min. Ayres Britto, j em 04.05.2010).

Além disso, a *res furtiva* foi avaliada à f. 33 em R\$50,00 (cinquenta reais), valor que não pode ser considerado ínfimo, diante do contexto econômico do país.

Portanto, em face da reiteração criminosa do acusado, bem como do valor considerável da *res furtiva*, não é possível reconhecer a configuração do crime de bagatela.

Por fim, no que tange ao mandado de prisão, como se sabe, o art. 5º, LVII, da CF, prevê que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Dessa forma, não se mostra possível que se presuma a culpa de alguém que teve sua prisão cautelar mantida ou decretada em uma sentença penal condenatória recorrível, devendo prevalecer o princípio da presunção de inocência.

No caso *sub judice*, o acusado foi condenado à pena privativa de liberdade de 02 (dois) anos de reclusão, em regime inicial semiaberto, tendo o magistrado singular lhe deferido o direito de apelar em liberdade.

Como visto, o sentenciante concedeu ao acusado apenas o direito de aguardar o julgamento de eventual recurso apelatório em liberdade, nada fazendo menção acerca da possibilidade de se aguardar, solto, o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Como se sabe, aos recursos especial e extraordinário apenas se atribui efeito devolutivo, o que torna possível, por conseguinte, a determinação de imediato cumprimento da pena, inclusive com a expedição de mandado de prisão.

Assim como voto.

DES. PEDRO COELHO VERGARA - Ressalva de posicionamento do Desembargador Vogal.

Coloco-me de acordo com o Desembargador Relator, porquanto deixou de aplicar na espécie o princípio da insignificância.

Com a vênua devida, esclareço que compartilho do entendimento de que tal construção doutrinária não encontra assento no Direito Penal Pátrio, tratando-se de recurso interpretativo à margem da lei, confrontando-se com o próprio tipo do art. 155 do Código Penal, que para as situações de ofensa mínima prevê a figura do crime privilegiado.

Esta é a jurisprudência:

É impossível o reconhecimento da atipicidade do crime de furto por aplicação do princípio da insignificância ou de 'furto de bagatela', não consagrados pela legislação penal brasileira, de modo que, violada efetivamente norma penal, deve ser responsabilizado o agente infrator, inimportando o valor da coisa subtraída e sua insignificância no contexto econômico ou no patrimônio da vítima ou do réu, não implicando a ausência de lesão descriminação, pois, independentemente de valores reais econômicos, o que se preserva com a responsabilização do agente que se dispõe a burlar a lei penal são os valores morais, cobrados pela sociedade (TACrimSP, AC. 1330533/5, Rel. Luis Soares de Mello, 11ª Câmara, DJ de 11.11.2002).

Ressalte-se ainda que o apelante demonstrou má personalidade, indicativa de que irá retornar a delinquir, sendo ele multireincidente e possuidor de maus antecedentes, conforme se depreende da certidão de f. 56-59.

Ante o exposto dou parcial provimento ao recurso nos termos do voto condutor, ressalvado o entendimento deste Vogal no que pertine ao princípio da insignificância. É como voto.

Súmula - DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Embriguez ao volante - Crime de perigo concreto - Ofensa à segurança viária - Ausência de prova - Princípio da lesividade

Ementa: Apelação. Embriguez ao volante. Demonstração de que o condutor conduzia o veículo com concentração de álcool por litro de sangue superior a seis decigramas. Inexistência de comprovação de situação fática geradora de perigo concreto para a segurança viária. Crime de perigo concreto. Princípio da lesividade. Provas insuficientes de ofensa ao bem jurídico penalmente tutelado. Absolvição decretada.

- A descrição típica do art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro (embriguez ao volante) somente se amolda à Constituição da República, mais precisamente ao princípio da ofensividade (*nullum crimen sine iniuria*), caso, além da efetiva prova de que o condutor se encontrava com concentração de álcool por litro de sangue superior a seis decigramas, houver demonstração precisa de que tal estado levou o condutor a dirigir com perigo concreto de lesão à segurança viária, bem jurídico penalmente tutelado na Lei 9.503/97, não sendo possível presumir a presença deste risco pela situação de embriguez, em face da moderna análise que se impõe da tipicidade penal.

- O princípio da lesividade ou ofensividade possui lastro constitucional exatamente no art. 5º, inciso XXXIX, CR/88, e, no âmbito penal, significa a exigência de efetiva lesão ou o perigo concreto ou idôneo de dano ao interesse jurídico para a caracterização do injusto penal, sendo este princípio próprio de um Direito Penal decorrente do Estado Democrático de Direito.

- Seja nos delitos de perigo abstrato, cuja descrição típica abdica de qualquer referência à lesividade da conduta, seja nos delitos de perigo concreto onde há expressa referência à necessidade de comprovação da situação de perigo ao bem jurídico tutelado, o resultado, entendido como real probabilidade de dano, deve estar presente, sob pena de atipicidade do fato.

V.v. - Delito de trânsito. Artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro. Absolvição. Impossibilidade. Delito de perigo abstrato. Crime de mera conduta. Recurso desprovido.

- O delito em análise é de perigo abstrato e de mera conduta, sendo desnecessário que o comportamento do agente gere um perigo de dano à incolumidade de outrem.

Recurso desprovido (voto divergente do Desembargador 1º Vogal).

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0480.12.018579-2/001 - Comarca de Patos de Minas - Apelante: A.M.S. - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Relator: DES. ALEXANDRE VICTOR DE CARVALHO

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 5ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, por maioria, em DAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 14 de junho de 2016. - Alexandre Victor de Carvalho - Relator.

Notas taquigráficas

DES. ALEXANDRE VICTOR DE CARVALHO
- Relatário.

O Ministério Público do Estado de Minas Gerais ofereceu denúncia em desfavor de A.M.S., qualificado à f. 01D, imputando-lhe a prática do crime previsto no art. 306 c/c 298, III, ambos do CTB.

Decorrida a instrução, o Juízo de Direito da Vara Criminal da Comarca de Patos de Minas condenou o acusado, nos termos da denúncia, impondo-lhe as penas de 6 meses de detenção, em regime inicial aberto, e o pagamento de dez dias-multa.

Inconformado, o acusado interpôs apelação, reque-rendo a redução da pena-base aplicada e a isenção de custas processuais.

Contrarrazões, às f. 108/110.

Instada a se pronunciar, a d. PGJ opinou pelo não provimento do recurso.

É o relatório.

Conhecimento.

Conheço do recurso em face do seu ajuste legal.

Mérito.

Analisando os autos, verifico que o acusado deve ser absolvido.

Tenho mantido posicionamento de que a ausência de lesividade ao bem jurídico protegido pela lei penal, possível nos crimes de perigo como do caso em tela, acarreta a atipicidade do fato, porquanto a punição por presunção é inadmitida num Direito Penal que respeita os direitos e garantias fundamentais do cidadão.

O princípio da lesividade ou ofensividade (*nullum crimen sine iuria*) possui lastro constitucional exatamente no art. 5º, inciso XXXIX, da Carta Magna, que enuncia o princípio da legalidade (não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal).

Ora, conforme leciona Luiz Flávio Gomes, em estudo sobre o assunto aqui analisado,

a definição de crime deve ser dada pela lei. E nossa lei (Código Penal, art. 13) estabeleceu que não há crime sem resultado, que é lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico. Entendido esse resultado em sentido material (consoante doutrina do bem jurídico), é sempre necessária da *iniuria* (da lesão ou potencialidade lesiva). A presunção legal dessa lesão ou do perigo de lesão, nesse diapasão, viola o princípio da legalidade, e, em consequência, a Constituição, que elevou tal princípio à categoria de norma constitucional. A *iniuria* (lesão ou perigo de lesão), em síntese, sempre tem que ser demonstrada, nunca pode ser presumida. Sem sua concreta

e efetiva demonstração não há crime ou contravenção, não há injusto penal. Pode a conduta inócua (do ponto de vista do bem jurídico tutelado pela norma penal) configurar infração administrativa, jamais o injusto penal. Pode a direção sem a habilitação absolutamente normal, inócua (no sentido de que não foi, de modo algum, capaz ou idônea para colocar em perigo qualquer bem jurídico), configurar infração administrativa, jamais injusto penal. No âmbito do Direito Administrativo (chamado pré-tutelar), concebe-se a tutela antecipada do bem jurídico, sem se questionar o *nullum crimen sine iuria* (até porque as sanções previstas não chegam a atingir os principais direitos fundamentais da pessoa). Já no âmbito penal é absolutamente inconstitucional qualquer tentativa de aplicação de um direito puramente preventivo (punição, pelo modo de vida, por razões moralistas ou ideológicas, pelo modo de pensar etc.). Tudo isso provoca, indubitavelmente, um dilema (ao legislador principalmente), qual seja: se se deseja um direito puramente preventivo, não serve o Direito Penal, que funda suas raízes no neoliberalismo (político) de Beccaria e tantos outros; se se opta pelo Direito Penal, não bastam normas meramente preventivas, que prescindem da efetiva lesão a um bem jurídico. O Direito Administrativo contenta-se com a possibilidade dessa lesão; já o Direito Penal só se justifica com, ao menos, a probabilidade dessa mesma ofensa, a ser demonstrada em cada caso 8, RT, out-dez 1994, p. 78).

A exigência da lesividade ao bem jurídico penalmente tutelado, consubstanciada na efetiva lesão ou no perigo concreto ou idôneo de dano ao interesse jurídico, é própria de um Direito Penal decorrente do Estado Democrático de Direito, visando restringir, ao máximo, o poder punitivo estatal, reconduzindo o Direito Penal à sua verdadeira função, a de exclusiva proteção dos bens jurídicos mais importantes da vida em coletividade.

Conforme se expressa Luigi Ferrajoli,

sólo um derecho penal reconducido únicamente a las funciones de tutela de bienes y derechos fundamentales puede, en efecto, conjugar garantismo, eficiencia y certeza jurídica (Derecho y Razón - Teoría del garantismo penal, Madrid: Editorial Trotta, 1998, p. 10).

É inaceitável interpretar o princípio da legalidade formalmente, sem dar a ele o aspecto material, substancial, que lhe é inerente. O referido princípio, conquista fundamental do Direito Penal liberal, não pode ser instrumento puramente formal para propiciar ao legislador a punição desmensurada, desproporcional, contrária à própria função de proteção de bens jurídicos reservada a este brutal, mas, em certa medida, necessário ramo do Direito.

Consoante afirma Norberto Bobbio, em prólogo a obra de Ferrajoli,

[...] a veces los extremos se tocan: la libertad debe oponerse tanto a la antilibertad, es decir, a cualquier forma de abuso del derecho a castigar, como a la carencia de reglas, o sea, a la libertad salvaje. El principio de legalidad es contrario al arbitrio pero también al legalismo obtuso, mecánico, que no reconoce la exigencia de la equidad, al que com expresión tomada de la lógica de conceptos el autor llama poder de 'connotación', y la presencia de espacios en los que habitualmente se ejerce

el poder del juez. En el positivismo jurídico el problema de la justicia está separado del de la legitimación interna del ordenamiento o de la validez: una posición como ésta se encuentra a caballo tanto de la reducción del segundo al primero, lo que es propio del iusnaturalismo clásico, como de la reducción del primero al segundo, que caracteriza al legalismo ético (Madrid: Editorial Trotta, 1998, p. 15).

A validade formal da norma, a simples vigência, não gera a validade substancial da mesma, pois um ordenamento constitucional, como o brasileiro, que recebeu os direitos fundamentais da liberdade, só se coaduna com a segunda, devendo o operador do direito penal buscar a justiça interna das leis, sem contentar-se com sua validade externa.

É certo que, em uma Constituição que proclama como fundamento básico a dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III), somente se admite a ofensa a ela, ocorrente com a apenação criminal, se houver necessidade para a tutela de outro interesse.

Não havendo a imperiosidade da proteção de bem jurídico, fato existente nos chamados crimes de perigo abstrato meramente formais, é inaceitável a intervenção penal, porquanto inócua e estigmatizante.

Noutro giro, é por demais sabido que a Magna Carta pátria acolhe, no art. 5º, inciso LVII, o princípio da presunção de não-culpabilidade.

Malgrado a infelicidade do legislador constituinte na redação do dispositivo em que se enuncia o referido princípio, é indubitoso o agasalho da chamada presunção de inocência pela Constituição, após principalmente a adesão brasileira ao “Pacto de San José”, cujo cumprimento integral foi determinado pelo Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992, publicado no Diário Oficial de 9 de novembro de 1992, cujo art. 8º, n. 1, menciona: “toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa”.

Além da relevância processual do princípio, possui também importante função no âmbito do Direito Penal.

Diz Luiz Flávio Gomes, estribado em Cabo Del Rosal e Vives de Anton, que o princípio da presunção de não-culpabilidade, no âmbito do Direito Penal material,

além de projetar sua eficácia para a interpretação das leis penais (em igualdade de condições, deve-se preferir o sentido mais favorável ao acusado), “[...] representa um limite frente ao legislador. Em virtude desse limite, e dada a natureza constitucional do mesmo, serão nulos os preceitos penais que estabeleçam uma responsabilidade baseada em fatos presumidos ou em presunções de culpabilidade” - A questão da inconstitucionalidade do perigo abstrato ou presumido (*Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 8, RT, out-dez 1994, p. 81).

Dessarte, a lei penal não pode presumir fatos ou a culpabilidade, pelo que, consequentemente, não tem o poder de presumir como um efeito inerente à mera conduta infratora do preceito legal.

Não existindo a necessidade de demonstração pelo acusador da concretude ou da idoneidade do perigo causado pela conduta, em relação ao bem jurídico, há flagrante contradição com o princípio do estado de inocência, pois este exige do acusador a comprovação legal da culpabilidade, segundo o conteúdo do art. 8º, n. 1, do já mencionado “Pacto de San José”.

Segundo assevera Luiz Flávio Gomes,

comprovar legalmente a culpabilidade significa demonstrar dentro do processo a existência de um fato lesivo ou perigoso para algum bem jurídico e, ao mesmo tempo, que ele é atribuível ao seu agente (A questão da inconstitucionalidade do perigo abstrato ou presumido - *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 8, RT, out-dez, 1994, p. 81).

Como a presunção de não-culpabilidade tem sede constitucional, hierarquicamente é superior à presunção de perigo contida na lei, motivo pelo qual prevalece sobre esta, numa visão kelseniana, na esfera do tradicional positivismo jurídico, cuja orientação teórica parece ser a observada sempre pelos operadores do direito penal.

Nos casos de delitos de perigo abstrato de conteúdo material, em que a ação é idônea ou apta a criar o perigo proibido no tipo, há evidente constitucionalidade, porquanto cabe ao acusador demonstrar que a conduta possuía aptidão, idoneidade, para lesar bens jurídicos de indeterminadas pessoas, em observância ao princípio da lesividade.

Conforme lição de Paz Mercedes de La Cuesta Aguado,

[...] *los delitos de idoneidad peligrosa o de peligro hipotético son delitos en los que no es preciso que se constate la producción de un resultado peligroso para el objeto directamente protegido, sino que basta con que la acción realizada ‘sea idónea’ con carácter general para lesionar* (Tipicidad e Imputación Objetiva. Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, Argentina, p. 96).

Todavia, essa idoneidade deve ser comprovada no âmbito processual, ou seja, por meio das circunstâncias do caso concreto, o acusador deverá demonstrar a existência da referida idoneidade para a provocação da lesão ao bem jurídico.

In casu, não há elementos concretos autorizadores de um juízo de lesividade positivo na conduta do recorrente, mormente se considerado que foi abordado, tão somente, na condução da motocicleta apreendida.

O desenvolvimento social e o surgimento da sociedade de riscos, na qual todos nós estamos imersos, exige do Direito Penal adiantar a intervenção penal a fases prévias, mas não se pode admitir que sejam elas remotas demais em relação ao dano ao bem jurídico, pois, senão, estar-se-ia admitindo que o Direito Penal poderia entrar na esfera do Direito Administrativo e estar-se-ia infringindo a principal função que o Direito Penal exerce numa sociedade, que é a de proteger os bens jurídicos fundamentais da mesma.

Nesse sentido, o progressivo adiantamento da intervenção penal que o legislador está a fazer sem nenhuma técnica, sem nenhuma vinculação ao princípio da lesividade, deve ser restringido pelo Poder Judiciário, a quem cabe, como afirmei, interpretar o princípio da legalidade materialmente e não apenas sob o ponto de vista formal.

Não havendo a imperiosidade da proteção de bem jurídico, fato existente nos chamados crimes de perigo abstrato meramente formais, é inaceitável a intervenção penal, porquanto inócua e estigmatizante.

Pode-se extrair de tudo o que foi exposto que, seja nos delitos de perigo abstrato, cuja descrição típica abdica de qualquer referência à lesividade da conduta, seja nos delitos de perigo concreto, em que há expressa referência à necessidade de comprovação da situação de perigo ao bem jurídico tutelado, o resultado, entendido como real probabilidade de dano, deve estar presente, sob pena de atipicidade do fato.

Por conseguinte, frente à correta interpretação do crime descrito no art. 306 da Lei 9.503/97, segundo a qual é sempre necessário que se demonstre o estado de embriaguez e que este estado levou o condutor a dirigir com risco concreto de lesão à segurança viária, inexistindo provas de que o apelante tenha praticado o ilícito penal que lhe é imputado, deve-se proceder à absolvição. Conclusão.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso, absolvendo o apelante das imputações constantes na denúncia. Sem custas. É como voto.

DES. PEDRO COELHO VERGARA - O Desembargador Relator deu provimento ao recurso, absolvendo o apelante por atipicidade da conduta por ausência de perigo concreto.

Dirijo de seu voto para manter a condenação do apelante.

A conduta do agente, na espécie, está devidamente prevista no art. 306 do CTB, por ser o delito em questão de mera conduta e de perigo abstrato, inexistindo a lei a efetiva exposição de outrem a risco.

Referido artigo antes da alteração introduzida pela Lei 11.705/08 realmente determinava que, além da embriaguez, era necessário que a conduta praticada se mostrasse efetivamente perigosa, sendo um crime elencado no rol dos delitos de perigo concreto.

Com as inovações trazidas pela referida lei, todavia, o delito passou a ser de mera conduta e de perigo abstrato, sendo irrelevante a ocorrência de qualquer resultado nocivo.

Guilherme de Souza Nucci leciona sobre o tema:

[...] Análise do núcleo do tipo: cuida-se do delito denominado de embriaguez ao volante. [...] Convém deixar claro que não é imprescindível, para a caracterização deste delito, a individualização de vítimas, vale dizer, é dispensável a identificação de quem, efetivamente, correu o risco de ser atingido, sofrendo lesão, em virtude do comportamento do agente. [...] Outra modificação imposta pela Lei 11.705/2008 foi a

eliminação da expressão 'expondo a dano potencial a incolumidade de outrem'. Quer-se transferir o delito do art. 306 desta Lei para o rol dos crimes de perigo abstrato, não mais se exigindo a prova da situação potencial de dano. [...] (Leis penais e processuais penais comentadas. 4. ed. ver. atual e ampl. São Paulo: 2009, p. 1.154-1.155).

A consumação do delito, portanto, se contenta com o perigo presumido pelo legislador, sendo desnecessário que o agente esteja dirigindo de forma anormal, comprovando o perigo concreto a outrem.

Esta é a jurisprudência:

Penal. Habeas Corpus. Art. 306 do CTB. Alegação de ausência de justa causa para persecução penal e inépcia da denúncia. Inocorrência. I - [...] II- O crime do art.306 do CTB é de perigo abstrato, e para sua comprovação basta a constatação de que a concentração de álcool no sangue do agente que conduzia o veículo em via pública era maior do que a admitida pelo tipo penal, não sendo necessária a demonstração da efetiva potencialidade lesiva de sua conduta. [...] [STJ - Habeas Corpus nº 140.074/DF. 5ª Turma. Rel. Min. Felix Fischer. j. em 10.11.2009, p. em 14.12.2009].

O objetivo do legislador foi antecipar a punição de fatos que apresentam potencial lesivo à população, como o dirigir embriagado, protegendo, ainda de que maneira abstrata, bens jurídicos importantes, como a vida e a integridade física dos indivíduos.

O simples fato, portanto, de o agente conduzir um veículo, em via pública, nas condições dispostas no art. 306 do CTB, evidencia uma conduta que, por si só, gera perigo a bens jurídicos tutelados, o que justifica a atuação do Direito Penal.

Este Tribunal se manifestou neste sentido:

Recurso em Sentido Estrito. Crime de trânsito. Embriaguez ao volante. Irresignação ministerial. Rejeição da denúncia. Nova redação conferida ao art. 306 do CTB pela Lei 11.705/08. Responsabilidade penal objetiva. Inocorrência. Mera opção legislativa. Política criminal de prevenção. Contornos mais severos ao CTB. Crime de perigo abstrato. Recebimento da denúncia que se impõe. Súmula 709 do STF. Recurso provido. - Com a nova redação trazida pela Lei 11.705/08, o delito previsto no art. 306 do CTB, é crime de mera conduta e de perigo abstrato, que se perfaz pela objetividade do ato em si de alguém conduzir veículo automotor, na via pública, estando com concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 (seis) decigramas, ou sob a influência de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência, sendo irrelevante a ocorrência de qualquer resultado nocivo para a sua consumação, se contentando com o perigo presumido pelo legislador. [...] (TJMG. Recurso em Sentido Estrito nº 0145487-39.2010.8.13.0672, Rel. Des. Agostinho Gomes de Azevedo, p. em 20.01.2011).

Inviável, portanto, alegar que o delito de embriaguez ao volante não ofende nenhum bem jurídico tutelado, uma vez que a incolumidade pública se encontra efetivamente ameaçada e exposta a perigo toda vez que um agente dirige sob o efeito de álcool.

O embargante, no presente caso, encontrava-se dirigindo veículo automotor, em via pública, com a concentração de álcool por litro de sangue superior ao permitido por lei, o que impõe a manutenção da condenação.

Restando, desta forma, presentes as elementares do tipo penal do art. 306 do CTB, inviável é a absolvição do embargante.

Do pedido de redução da pena - A defesa pede a redução da pena-base.

Razão, contudo, não lhe assiste, uma vez que foi fixada no mínimo legal.

Do provimento. Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

É como voto.

DES. EDUARDO MACHADO - De acordo com o Relator.

Súmula - DERAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Execução da pena - Regime prisional - Progressão - Exame criminológico - Prescindibilidade

Ementa: Agravo em execução. Realização de exame criminológico para concessão de progressão de regime. Prescindibilidade. Decisão mantida.

- Correta a decisão que indeferiu o pedido de realização de exame criminológico do reeducando para a concessão de progressão de regime prisional, porque tal medida passou a ser uma faculdade, exigindo decisão fundamentada para justificar a sua realização. Não vislumbrando o MM. Juiz *a quo* a necessidade de realização do referido exame, não seria razoável este Tribunal modificar a sua decisão, porque seria contraproducente aos fins da execução penal.

Improvemento ao recurso que se impõe.

AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL Nº 1.0079.13.018654-1/002 - Comarca de Contagem - Agravante: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Agravado: P.Q.S. - Relator: DES. ANTÔNIO CARLOS CRUVINEL

Acórdão

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

Belo Horizonte, 10 de maio de 2016. - Antônio Carlos Cruvinel - Relator.

Notas taquigráficas

DES. ANTÔNIO CARLOS CRUVINEL - Presentes os pressupostos de admissibilidade, conhece-se do recurso.

Trata-se de agravo em execução penal interposto pelo Órgão Ministerial, em face da decisão de f. 97/98, que indeferiu o seu pedido de realização de exame criminológico no agravado, "[...] sendo suficiente, inicialmente, o encaminhamento do apenado ao setor de realização do PIR".

Nas razões recursais de f. 02/16, pleiteia o agravante a reforma da decisão para que seja determinada a realização de exame criminológico no reeducando, ao argumento de que "[...] a submissão do sentenciado a exame do PIR não se mostra suficiente para embasar eventual decisão que determine o retorno do sentenciado ao convívio social, pois não tem a profundidade e amplitude do exame criminológico no tocante à análise psíquico-social do sentenciado [...]".

Correta a decisão do MM. Juiz *a quo*, não merecendo amparo o inconformismo do agravante.

Por certo, a nova redação dada ao art. 112 da LEP não mais exige a realização de exame criminológico para a concessão da progressão de regime, o mesmo se aplicando aos outros benefícios da execução penal. Conforme se extrai do citado dispositivo:

A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos um sexto da pena no regime anterior e ostentar bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão. § 1º A decisão será sempre motivada e precedida de manifestação do Ministério Público e do defensor (NR) (Redação dada ao artigo pela Lei nº 10.792, de 01.12.2003, DOU de 02.12.2003).

Vem à baila o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

Habeas corpus. Execução penal. Livramento condicional agravo em execução. Benefício revogado. Requisitos objetivo e subjetivo satisfeitos. Constrangimento ilegal caracterizado em virtude da alteração promovida pela Lei nº 10.792/03. Ordem concedida. - 1. O advento da Lei nº 10.792/03 tornou prescindíveis os exames periciais antes exigidos para a concessão da progressão de regime prisional e do livramento condicional, bastando, para os aludidos benefícios, a satisfação dos requisitos objetivo - temporal - e subjetivo - atestado de bom comportamento carcerário, firmado pelo diretor do estabelecimento prisional. 2. [...] 3. No caso dos autos, corretamente decidiu o Juízo executor da sentença, que entendeu pela desnecessidade da realização do exame criminológico, em face do atestado de boa conduta carcerária firmado pelo diretor do estabelecimento prisional, não havendo no acórdão proferido pela Corte *a quo* fundamentação idônea a respaldar entendimento diverso. 4. Ordem concedida para, anulando o acórdão ora atacado, estabelecer o benefício do livramento condicional preteritamente concedido ao paciente (STJ - HC 45268/SP - 5ª Turma - Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima - decisão unânime - j. em 03.08.2006).

Com efeito, a realização de estudo psicossocial do recuperando passou a ser uma faculdade, sendo que a

regra é a sua não realização, e a exceção, a sua realização, desde que seja fundamentada a decisão, justificando-se a sua necessidade.

O il. Juiz de primeiro grau de jurisdição, sobre a necessidade de novo exame criminológico, deixou claro em sua decisão que:

[...] analisando a execução penal do sentenciado, principalmente as sentenças condenatórias, vê-se que o sentenciado foi condenado por posse ou porte de arma de fogo, roubo e homicídio, o qual foi perpetrado com violência, que é essência do tipo penal, contudo não se vislumbra em nenhum dos casos uma crueldade excessiva por parte do sentenciado que desse ensejo à necessidade de realização de exame criminológico pelo CAMP de Ribeirão das Neves, sendo suficiente, inicialmente, o encaminhamento do apenado ao setor de realização do PIR [...]

Dessa forma, considerando as circunstâncias do caso, oficie-se a direção do complexo penitenciário Nelson Hungria requisitando a realização do exame de Evolução Criminológica do PIR em P.Q.S. [...] (f. 97/98).

Ainda, nesse sentido apresentam-se a Súmula vinculante nº 26 do Supremo Tribunal Federal e 439 do Superior Tribunal de Justiça, respectivamente:

Progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo. Inconstitucionalidade. Requisitos do benefício. Exame criminológico. - Para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche, ou não, os requisitos objetivos e subjetivos do benefício, podendo determinar, para tal fim, de modo fundamentado, a realização de exame criminológico.

Admissibilidade. Exame Criminológico. Decisão Motivada. Admite-se o exame criminológico pelas peculiaridades do caso, desde que em decisão motivada.

Ademais, o atestado de conduta carcerária, atualmente, tem mais valia do que o exame criminológico anteriormente exigido, tendo em vista que este era realizado por um profissional que atestava de uma maneira superficial o estado psíquico do reeducando, ao passo que o atestado é passado por funcionários do estabelecimento prisional, onde o recuperando se encontra, e que possuem uma relação direta com ele, podendo avaliá-lo de uma maneira mais concreta.

Sendo assim, não tendo o MM. Juiz a quo vislumbado a necessidade de realização de exame criminológico do reeducando, não seria razoável este Tribunal modificar a sua decisão, porque se mostraria contraproducente aos fins da execução penal.

Por todo o exposto, nega-se provimento ao recurso, mantendo-se a decisão agravada.

Custas, na forma da lei.

DES. PAULO CÉZAR DIAS - De acordo com o Relator.

DES. FORTUNA GRION - Sr. Presidente:

Considerando as declarações do Juízo de que não foi identificada uma excessiva violência nos crimes pelos quais punido o agravado, ponho-me acorde com o voto de V.Exª.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Posse ilegal de arma de fogo - Registro vencido - Atipicidade - Infração administrativa - Persecução penal - Ausência de justa causa - Constrangimento ilegal evidenciado - Trancamento da ação penal - Necessidade - Habeas corpus - Concessão da ordem

Ementa: *Habeas corpus*. Posse ilegal de arma de fogo. Trancamento da ação penal. Necessidade. Registro vencido. Infração administrativa. Ausência de justa causa. Constrangimento ilegal evidenciado. Ordem concedida

- A conduta de possuir arma de fogo com o registro vencido não é fato típico previsto no art. 12 da Lei nº 10.826/03, mas mera infração administrativa, motivo pelo qual o trancamento da ação penal é medida de rigor. Precedente do STJ.

HABEAS CORPUS CRIMINAL Nº 1.0000.16.027055-9/000 - Comarca de Pompéu - Paciente: V.V.N.M. - Autoridade coatora: JD da Comarca de Pompéu - Relator: DES. HERBERT JOSÉ ALMEIDA CARNEIRO

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 4ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em **CONCEDER A ORDEM**.

Belo Horizonte, 8 de junho de 2016. - *Herbert José Almeida Carneiro* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. HERBERT JOSÉ ALMEIDA CARNEIRO - Trata-se, na espécie, de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de V.V.N.M., pleiteando o trancamento de ação penal, referente ao crime previsto no art. 12 da Lei nº 10.826/03.

Afirma o impetrante, em síntese, que a arma de fogo apreendida na residência do paciente era devidamente registrada junto à Polícia Federal, apesar de vencido. Diz que o paciente é "homem xucro, caboclo da roça, que vive e garante seu sustento como trabalhador braçal [...] Ler e compreender que o registro da arma periodicamente deve ser renovado não é tarefa fácil para

o paciente”, f. 02-v. Requer a concessão da liminar, com a imediata suspensão do feito, tendo em vista a ausência de justa causa para a ação penal.

Documentos acompanhando a inicial, às f. 04/11. Os originais foram juntados às f. 20/40.

O requerimento liminar foi por mim indeferido às f. 16.

Informações da d. autoridade apontada coatora, às f. 51/53, acompanhadas dos documentos de f. 54/60.

A d. Procuradoria de Justiça, às f. 62/66, opina pela denegação da ordem.

É o relatório.

O trancamento da ação penal, pela estreita via eleita, é medida de caráter excepcional, só viável quando evidente a ausência de justa causa para a persecução penal. Nesse sentido, é impróprio, por meio do instrumento de *habeas corpus*, a análise fático-probatória, motivo pelo qual não é possível analisar matérias que demandam o aprofundado exame de provas.

Dito isso, a alegação de ausência de justa causa para o prosseguimento do feito só pode ser reconhecida quando, sem a necessidade de um exame aprofundado e valorativo dos fatos, indícios e provas apresentados, restarem inequivocamente demonstradas as possibilidades de atipicidade do fato, de ausência de indícios suficientes a fundamentarem a acusação, ou, ainda, de extinção da punibilidade.

E, compulsando os autos, vejo que com razão o impetrante ao pugnar pelo trancamento da ação penal, vez que evidente a ausência de justa causa.

O Ministério Público do Estado de Minas Gerais ofereceu denúncia em desfavor do paciente V.V.N.M., por ter ele, em tese, praticado a conduta descrita no art. 12 da Lei nº 10.826/03.

Consta da exordial acusatória que, no dia 17.05.2015, por volta das 7 horas, [...], o paciente possuía sob sua guarda uma espingarda, marca Boito, calibre nominal 20, tipo cartucheira, sistema de municiamento por retrocarga, capacidade para dois cartuchos de munição por vez, bem como 23 cartuchos de munição calibre nominal 20, marca e munições de uso permitido.

Observa-se dos documentos que instruem o presente *habeas corpus* que a arma de fogo possui o nº de registro 001694519 (f. 09-v), cujo prazo de validade expirou no dia 09.06.2013, isto é, dois anos antes da ocorrência dos fatos.

Assim, essa situação poderia ensejar a configuração da elementar do tipo penal “sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar”, o que justificaria o prosseguimento da ação penal.

Contudo, o STJ, quando do julgamento da APn nº 686/AP, firmou o entendimento de que, se o agente já procedeu ao registro da arma de fogo, a expiração do prazo constitui mera irregularidade administrativa e, portanto, a conduta não pode ser considerada ilícito penal. Vejamos:

Penal. Art. 12 do Estatuto do Desarmamento. Guarda de arma em residência com registro vencido. Conduta atípica. Ausência de dolo. Art. 16 do mesmo estatuto. Posse e guarda de munição de uso restrito. Conselheiro equiparado a desembargador. Lei Orgânica da Magistratura e direito a porte de arma para defesa pessoal. não discriminação na Loman entre munição de uso permitido e de uso restrito. Atipicidade reconhecida. 1. Os objetos jurídicos dos tipos previstos nos arts. 12 (guarda de arma de uso permitido em residência) e 16 (posse de munição de uso restrito) da Lei nº 10.826/2003 - Estatuto do Desarmamento - são a administração pública e, reflexamente, a segurança, incolumidade e paz pública (crime de perigo abstrato). No primeiro caso, para se exercer controle rigoroso do trânsito de armas e permitir a atribuição de responsabilidade pelo artefato; no segundo, para evitar a existência de armas irregulares circulando livremente em mãos impróprias, colocando em risco a população. 2. Se o agente já procedeu ao registro da arma, a expiração do prazo é mera irregularidade administrativa que autoriza a apreensão do artefato e aplicação de multa. A conduta, no entanto, não caracteriza ilícito penal. 3. Art. 16 do Estatuto do Desarmamento é norma penal em branco que delega à autoridade executiva definir o que é arma de uso restrito. A norma infralegal não pode, contudo, revogar direito previsto no art. 33, V, da Lei Complementar nº 35/1979 - Lei Orgânica da Magistratura - e que implique ainda a criminalização da própria conduta. A referida prerrogativa não faz distinção do direito ao porte de arma e munições de uso permitido ou restrito, desde que com finalidade de defesa pessoal. 4. Não se trata de hierarquia entre lei complementar e ordinária, mas de invasão de competência reservada àquela por força do art. 93 da Constituição de 1988, que prevê lei complementar para o Estatuto da Magistratura (art. 93). Conflito de normas que se resolve em favor da interpretação mais benéfica à abrangência da prerrogativa também em relação à munição de uso restrito. 5. A Portaria do Comando do Exército nº 209/2014 autoriza membro do Ministério Público da União ou da magistratura a adquirir até duas armas de uso restrito (357 Magnum e ponto 40) sem mencionar armas e munições 9mm. É indiferente reconhecer *abolitio criminis* por analogia, diante de lei própria a conferir direito de porte aos magistrados. 6. Denúncia julgada improcedente com fundamento no art. 386, III, do CPP. (APn 686/AP, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Corte Especial, j. em 21.10.2015, DJe de 29.10.2015).

Dessa forma, a não renovação do certificado de registro da arma de fogo não configura o delito previsto no art. 12 da Lei nº 10.826/03, porquanto se trata de irregularidade administrativa que autoriza apenas a apreensão do artefato e aplicação de multa, já que decorrente de mera inobservância de um procedimento burocrático por parte do agente.

Nesse mesmo sentido, apresento os seguintes julgados desta 4ª Câmara Criminal:

Habeas corpus. Posse ilegal de arma de fogo e munição. Registro vencido. Conduta atípica. Infração administrativa. Trancamento da ação penal. Possibilidade. Ordem concedida. - A conduta de possuir arma de fogo com o registro vencido é infração meramente administrativa, não caracterizando a conduta típica do delito previsto no art. 12 da Lei nº 10.826/03, tendo em vista que o fato de o registro estar vencido não impede que o Estado tenha controle sobre o artefato. E, diante da manifesta atipicidade da conduta

imputada ao paciente, impõe-se o trancamento da ação penal - Ordem concedida (TJMG - *Habeas corpus* criminal 1.0000.15.097403-8/000, Relator Des. Doorgal Andrada, 4ª Câmara Criminal, j. em 03.02.2016, p. em 12.02.2016).

Habeas corpus. Arma de fogo. Posse irregular de uso permitido. Registro vencido. Trancamento da ação penal. Possibilidade. Atipicidade da conduta atribuída ao paciente. Infração administrativa. Constrangimento ilegal configurado. Concessão da ordem. - Sendo atípica a conduta atribuída ao paciente, circunstância demonstrada de plano, deve ser determinado o trancamento da ação penal em que figura o paciente como réu. - Havendo registro da arma de fogo em questão no órgão responsável pelo controle de armas de fogo em poder da população, e não ocorrendo impedimento de tal controle pela não renovação do registro por parte do acusado, não está caracterizando a conduta típica do delito previsto no art. 12 da Lei nº 10.826/03. - Precedente do STJ. - Ordem concedida (TJMG - *Habeas corpus* criminal 1.0000.15.037748-9/000, Relator: Des. Corrêa Camargo, 4ª Câmara Criminal, j. em 05.08.2015, p. em 11.08.2015).

Assim, sendo atípica a conduta perpetrada pelo paciente, impõe-se, portanto, o trancamento da ação penal nº 0520.15.003634-8, diante da ausência de justa causa para a persecução criminal.

Ante o exposto, CONCEDO A ORDEM, nos termos supramencionados.

É o voto.

Sem custas.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES CORRÊA CAMARGO e EDUARDO BRUM.

Súmula - CONCEDERAM A ORDEM.

...

Furto qualificado - Concurso de pessoas - Desclassificação - Furto simples tentado - Recuperação imediata da *res furtiva* - Irrelevância - Inversão da posse - Dolo - Teoria da *amotio* - Redução da pena-base - Necessidade - Razoabilidade e proporcionalidade - Regime semiaberto - Manutenção - Substituição da pena - Réu reincidente

Apelação criminal. Furto qualificado. Delito praticado em sua forma consumada. Teoria da *amotio*. *Res furtiva* que passou dolosamente para o poder dos agentes. Concurso de agentes. Pena.

- Irrelevante é o fato de o bem subtraído ter sido apreendido logo em seguida ao cometimento do crime, pois a posse da *res furtiva*, concretizada, ainda que por um período curto de tempo, é suficiente para afastar a forma tentada do delito.

- Os pretórios pátrios têm reiteradamente adotado a doutrinariamente intitulada teoria da *amotio*, segundo a qual o crime de furto se consuma quando a coisa simplesmente passa para o poder do agente, desde que presente o dolo.

- Demonstrado que o agente agiu em unidade de desígnios e união de propósitos com outros indivíduos que o acompanhavam durante a empreitada criminoso, de rigor a manutenção da qualificadora relativa ao concurso de agentes.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0433.14.039574-3/001 - Comarca de Montes Claros - 1º Apelante: L.J.V. - 2º Apelante: M.S.C.S. - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Relator: DES. PAULO CÉZAR DIAS

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em DAR PARCIAL PROVIMENTO AOS RECURSOS.

Belo Horizonte, 5 de maio de 2016. - Paulo César Dias - Relator.

Notas taquigráficas

DES. PAULO CÉZAR DIAS - Trata-se de recurso de apelação interposto por L.J.V. e M.S.C.S., já qualificados nos autos, condenados em primeira instância como incurso nas sanções do art. 155, § 4º, inciso IV, do CP, respectivamente, a uma pena de 03 (três) anos e 03 (três) meses de reclusão, no regime semiaberto, e 20 (vinte) dias-multa e 02 (dois) anos de reclusão, no regime aberto, e 10 (dez) dias-multa, sendo a pena privativa de liberdade substituída por duas restritivas de direitos com relação ao segundo apelante.

Em razões de f. 169/171 e 172/174, pugnam ambos os recorrentes pela reforma da sentença para que se desclassifique o delito de furto consumado para sua forma tentada. Requer, ainda, o decote da qualificadora, a redução da pena, bem como a concessão da justiça gratuita.

Contrarrazões apresentadas nas f. 175/177.

Em parecer de f. 125/128, a douta Procuradoria de Justiça opinou pelo não provimento do apelo.

É o relatório.

Decido.

Conheço dos recursos, presentes os pressupostos de sua admissibilidade.

Segundo consta na exordial acusatória:

[...] No dia 17 de dezembro de 2014, por volta das 20h46, [...], nesta cidade e comarca, os denunciados, em concurso, subtraíram, para si, coisa alheia móvel, por meio do rompimento de obstáculo à subtração de coisa.

Conforme se apurou, na data dos fatos, operadores de câmeras do sistema “olho vivo” visualizaram quando os denunciados arrombaram um cadeado que trancava uma bicicleta, cujo proprietário não foi localizado, e subtraíram-na [...].

A materialidade do delito restou comprovada à luz do APFD (f. 02/06), Boletim de Ocorrência (f. 10/14) e Auto de Apreensão (f. 16).

A autoria, por sua vez, também não consente dúvidas, haja vista a confissão dos sentenciados em juízo.

Na realidade, requerem os apelantes a desclassificação do delito de furto qualificado para sua forma simples tentada, ao argumento de que não tiveram a posse mansa e pacífica da res. Sem razão, contudo.

Segundo as testemunhas ouvidas tanto na fase judicial quanto na inquisitiva, os réus foram presos a poucos metros do local onde a bicicleta estava trancada (f. 132).

Ademais, é irrelevante o fato de o bem subtraído ter sido apreendido logo em seguida ao cometimento do crime, pois, conforme se verifica nos autos, os meliantes tiveram a posse da *res furtiva*, ainda que por um período curto de tempo.

Ora, entre as diversas teorias do momento em que ocorre a consumação no delito *sub examine*, os pretórios pátrios têm reiteradamente adotado a doutrina intitulada teoria da *amotio*, segundo a qual o crime de furto se consuma quando a coisa simplesmente passa para o poder do agente, desde que presente o dolo.

A propósito:

O roubo está consumado no instante em que o agente se torna, mesmo que por pouco tempo, possuidor da *res* subtraída mediante grave ameaça ou violência. A rápida recuperação da coisa e a prisão do autor do delito não caracteriza a tentativa (STJ, 5.ª Turma, REsp 77.868-SP, Rel. Min. Felix Fischer, j. em 04.03.1997, DJU de 14.04.1997 e na *Revista dos Tribunais*, v. 741, p. 594).

Assim, é dever reconhecer que o ilustre magistrado de primeiro grau agiu com o costumeiro acerto quando reconheceu a figura do furto em sua modalidade consumada.

Não há que se falar, outrossim, que não restou configurada a qualificadora do concurso de pessoas. Ao exame dos autos, verifica-se que restou cabalmente demonstrado o liame subjetivo entre os apelantes, sendo certo que eles, mediante concurso de pessoas, arrombaram e subtraíram a bicicleta, tendo, inclusive, confessado o crime (f. 133/134).

Lado outro, com a devida vênia, vejo que, no que toca ao pedido de redução da pena-base em relação ao primeiro apelante, melhor sorte lhe socorre.

Entende-se como pena a sanção imposta pelo Estado ao indivíduo infrator objetivando, além de evitar novos delitos, reintegrar o apenado à sociedade, devendo ser aplicada conforme seja necessário e suficiente para

reprovação e prevenção do crime, guardando proporcionalidade e razoabilidade com o caso concreto.

In casu, da análise dos autos infere-se que a reprimenda fixada pelo MM. Juiz sentenciante ao primeiro recorrente apresentou-se exacerbada, sem que fossem apresentadas justificativas para tanto.

A apreciação das circunstâncias previstas no art. 59 do CP propiciou verificar que, à exceção dos maus antecedentes, estas ou são favoráveis ao réu, ou não podem ser aferidas das informações contidas nos autos, razão por que passo ao redimensionamento da reprimenda.

Considerando que a culpabilidade, os motivos, as circunstâncias e as consequências são próprias do delito. A conduta social e a personalidade não são possíveis de ser aferidas das informações contidas nos autos. Por sustentar várias condenações transitadas em julgado, uma delas será considerada como maus antecedentes (CAC - f. 90/94). O comportamento da vítima em nada contribuiu para a realização do delito.

Assim, ante a análise acima exposta, na primeira fase, fixo a pena-base pouco acima do mínimo, em 02 (dois) anos e 04 (quatro) meses de reclusão e 11 (onze) dias-multa.

Na segunda fase, presentes a atenuante da confissão espontânea e a agravante da reincidência, compenso-as.

Na terceira fase, ausentes causas de aumento ou diminuição da pena, razão por que a concretizo em 02 (dois) anos e 04 (quatro) meses de reclusão e 11 (onze) dias-multa.

Mantenho o regime semiaberto para início de cumprimento da pena, em conformidade com os ditames do art. 33, § 2º, *a*, do Código Penal, por ser o réu reincidente.

Também em razão da reincidência, assim como o MM. Juiz Sentenciante, deixo de substituir a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Por fim, pleiteiam os apelantes a isenção de custas.

Inicialmente, insta esclarecer que, embora exista posicionamento contrário, este Relator entende que a Lei Estadual nº 14.939/03 não pode se sobrepor ao Código de Processo Penal, art. 804, com as alterações trazidas pela Lei Complementar nº 11.719/2008, tampouco à Lei Federal nº 1.060/1950.

Dispõe o art. 12 da Lei nº 1.060/50 que:

A parte beneficiada pela isenção do pagamento das custas ficará obrigada a pagá-las, desde que possa fazê-lo, sem prejuízo do sustento próprio ou da família. Se, dentro de 5 (cinco) anos, a contar da sentença final, o assistido não puder fazer tal pagamento, a obrigação ficará prescrita.

A aplicabilidade do dispositivo supratranscrito se encontra inclusive cristalizada pelo Enunciado nº 58 da Súmula deste Eg. Tribunal de Justiça, *in verbis*:

O juridicamente miserável não fica imune da condenação das custas do processo criminal (art. 804, CPP), mas o

pagamento fica sujeito à condição e prazo estabelecidos no art. 12 da Lei 1.060/50.

Destarte, concedo o sobrestamento da obrigação de pagamento das custas processuais pelo prazo estabelecido no art. 12 da Lei nº 1.060/50.

Ante o exposto e com tais fundamentos, DOU PARCIAL PROVIMENTO aos recursos para:

- reduzir a pena do primeiro apelante, nos termos acima expostos; e
- conceder aos recorrentes o sobrestamento da obrigação de pagamento das custas processuais nos termos do art. 12 da Lei nº 1.060/50; mantenho, no mais, a sentença ora fustigada.

Custas na forma da lei.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES FORTUNA GRION e MARIA LUÍZA DE MARILAC.

Súmula - DERA PARCIAL PROVIMENTO AOS RECURSOS.

...

Homicídios culposos na direção de veículo - Defeito mecânico - Imobilização na via pública - Sinalização inadequada - Engavetamento - Colisão - Morte - Dever objetivo de cuidado - Inobservância

Ementa: Apelação Criminal. Artigo 302 do CTB. Homicídios culposos na direção de veículo. Defeito mecânico. Imobilização temporária do automotor na pista de rolamento. Situação de emergência. Sinalização de advertência inadequada. Engavetamento. Inobservância de dever objetivo de cuidado. Condenação imposta.

- Age com culpa o motorista que não sinaliza adequadamente a via pública após a imobilização de seu veículo por problema mecânico, dando causa a engavetamento que vitimou dois motociclistas.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0024.10.284879-3/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Apelado: J.M.M.F. - Vítimas: A.A.F.S., C.F.S. - Relator: DES. RENATO MARTINS JACOB

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em dar provimento ao recurso.

Belo Horizonte, 5 de maio de 2016. - Renato Martins Jacob - Relator.

Notas taquigráficas

DES. RENATO MARTINS JACOB - O Ministério Público do Estado de Minas Gerais interpõe recurso de apelação em face da respeitável sentença de f. 305/314, que julgou improcedente a pretensão punitiva estatal e absolveu J.M.M.F e H.A.T da prática do delito previsto no art. 302, *caput*, c/c art. 298, I, ambos da Lei 9.503/97, com espeque no art. 386, incisos V e VII, do Código de Processo Penal.

Nas razões de f. 316v/322v, o Órgão Ministerial insurge-se somente contra a absolvição do acusado J.M.M.F e pede sua condenação nos termos da denúncia, dizendo não haver dúvida de que ele agiu com negligência, pois não sinalizou devidamente a via pública quando imobilizou seu veículo na faixa central da rodovia, em razão de problemas mecânicos, dando causa a engavetamento que vitimou fatalmente C.F.S e A.A.F.S.

Contrariedade deduzida às f. 332/335.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se às f. 341/344, opinando pelo desprovimento do apelo.

A denúncia foi recebida no dia 14.10.2013 (f. 140), tendo a sentença sido publicada em 03.08.2015 (f. 315).

Esse, resumidamente, é o relatório.

Não há preliminares nem se vislumbram nulidades a serem apreciadas de ofício.

Conheço do recurso, eis que presentes os pressupostos de admissibilidade.

O apelado foi denunciado por infração ao art. 302, *caput*, c/c o art. 298, I, ambos da Lei nº 9.503/97, porque no dia 27.10.2010, por volta das 11h20min, no Anel Rodoviário de Belo Horizonte, especificamente no km 461 da Rodovia BR-381, Bairro São Gabriel, nesta Capital, agindo negligentemente, praticou homicídio culposo na condução de veículo automotor, vitimando C.F.S e A.A.F.S.

Consta da peça de ingresso que o recorrido conduzia o caminhão Scania/R-124 360, placas MTG-4334, cor vermelha, quando tal veículo apresentou problemas mecânicos e teve de ser imobilizado no meio da via, sem a possibilidade de retirada. "Ocorre que, de forma negligente, o denunciado deixou de sinalizar corretamente a via, tendo colocado o triângulo na carroceria do seu veículo, sendo que, de acordo com o art. 46 do CTB c/c o art. 1º da Resolução nº 36 do Conselho Nacional de Trânsito, o triângulo deveria ser colocado a, no mínimo, trinta metros de distância da traseira do veículo".

Narra a exordial que, em virtude da má sinalização, "uma série de frenagens súbitas realizadas pelos veículos que transitavam atrás foi desencadeada, sendo que neste contexto a motocicleta Yamaha/YBR-125, de placa GXD-5821, de cor vermelha, pilotada por A.A.F.S e tendo C.F.S como passageiro, chocou-se contra a traseira do caminhão Mercedes Benz/ATEGO 1725, de placa MFA-1709, cor amarela, sendo posteriormente

imprensada pelo caminhão Volvo/N10, de placa GKO-4381, cor branca, conduzido pelo segundo denunciado”.

Por fim, a denúncia afirma que, devido ao impacto, as vítimas sofreram lesões que foram a causa efetiva de suas mortes, conforme exames de corpo de delito e certidões de óbito acostadas aos autos (f. 02-d/03-d).

A materialidade encontra-se estampada nas certidões de óbito (f. 28 e 38), nos relatórios de necropsia (f. 50/51 e 54/55) e no laudo pericial (f. 58/72). A autoria também é incontestada, pois o apelado confirmou ser ele o condutor do Caminhão Scania que apresentou problemas mecânicos e acabou sendo imobilizado na faixa central do Anel Rodoviário, causando o engavetamento (f. 276/277).

Cinge-se a controvérsia, portanto, ao elemento normativo, ou seja, se há provas de que o réu agiu com culpa no acidente, o que me parece perfeitamente demonstrado no caso em pauta, razão pela qual não pode subsistir o decreto absolutório, *rogata venia*.

Conforme preveem os art.s 46 do CTB e 1º da Resolução nº 36 do Contran, sempre que for necessária a imobilização temporária de um veículo no leito viário, em situação de emergência, deve o condutor providenciar a imediata sinalização, mediante acionamento das luzes de advertência e colocação de triângulo de sinalização à distância mínima de 30 metros da parte traseira do automotor.

No caso em pauta, muito embora o acusado afirme que sinalizou o local adequadamente, acionando o pisca-alerta, colocando o triângulo de segurança “a mais de vinte metros da carroceria” e “alguns galhos de vegetação” (f. 276/277), os demais elementos de convicção apontam de forma diversa.

Nesse sentido, chamo atenção para o testemunho de E.P.M. Ao ser ouvido em Juízo, o policial não apenas esclareceu que “o caminhão que estava quebrado não providenciou a sinalização do local”, mas também afirmou que o motorista, ao ser indagado a respeito do assunto, disse não tê-lo feito “porque a obrigação seria da polícia”. A testemunha ainda observou que o triângulo de sinalização “estava colocado na carroceria traseira do caminhão” e que o veículo estava na faixa central da rodovia (f. 252).

Tais declarações foram corroboradas pelo testemunho de Ivair Ferreira Borges, motorista do caminhão contra o qual a motocicleta colidiu. Ele disse que trafegava pelo Anel Rodoviário quando o veículo que estava em sua frente parou de forma repentina, pois havia uma carreta quebrada logo adiante, na pista central. Ivair conseguiu frear, porém “sentiu um forte impacto em sua traseira”, e, ao verificar a situação, percebeu que se tratava de uma motocicleta, que havia sido prensada pela carreta que vinha imediatamente atrás. A testemunha também constatou que a carreta quebrada estava “com o triângulo de sinalização preso na carroceria”, de modo que não teve

tempo de desviar para as pistas laterais, já que o trânsito era intenso (f. 09/10 e 228).

As declarações de Antônio Marcos da Silva também são nesse sentido. Ele afirmou que a carreta danificada “estava sinalizando com o triângulo preso na carroceria e com o pisca alerta ligado”, conforme se apura às f. 46/47 e 267.

Pois bem. Ainda que se alegue que as condições da via eram favoráveis - tratava-se de trecho retilíneo, em leve aclive, três faixas de rolamento, com piso asfáltico seco e em boas condições de trafegabilidade (f. 59) -, fica patente a inobservância de dever de cuidado pelo réu.

Ora, o mínimo que se poderia esperar do apelado - motorista profissional - era a correta sinalização da via, a fim de alertar os demais condutores, valendo rememorar que se tratava de local de intenso tráfego de veículos e que o caminhão permaneceu imobilizado na faixa central.

Melhor dizendo, o acusado podia e devia tomar as cautelas exigíveis no caso concreto, que poderiam evitar o engavetamento de veículos que se sucedeu, mas não o fez por displicência, o que acabou vitimando fatalmente duas pessoas.

Reconheço que outros motoristas conseguiram evitar a colisão, desviando para outras faixas de rolamento ou parando, mas isso, a meu ver, não beneficia o acusado. Indica somente que esses outros condutores ou eram mais habilidosos ou tiveram a sorte de se deparar com trânsito um pouco menos intenso nas faixas da direita e da esquerda, o que possibilitou a mudança.

Do mesmo modo, ainda que se reconhecesse que as vítimas tiveram alguma parcela de responsabilidade no acidente - o que não me parece ser o caso -, isso também não ensejaria a absolvição do acusado, já que o Direito Penal não admite a chamada “compensação de culpas”, de forma que somente se afastaria a responsabilidade do agente se estivesse devidamente comprovada a culpa exclusiva da vítima, o que não ocorreu.

É o que explica Júlio Fabrini Mirabete, em comentário ao art. 18 do Estatuto Repressivo:

Ao contrário do que ocorre no Direito Civil, as culpas não se compensam na área penal. Havendo culpa do agente e da vítima, aquele não se escusa da responsabilidade pelo resultado lesivo causado a esta. Só se exclui a responsabilidade do causador do evento quando há culpa exclusiva da vítima. Em caso de condenação, porém, o comportamento da vítima, bem como o grau da culpa, devem ser levados em conta na fixação da pena base (art. 59)” (*Código Penal interpretado*. São Paulo: Atlas, 1999, p. 174).

Nos termos do art. 18, inciso II, do Código Penal, o delito culposo depende da conjugação de alguns elementos, a saber: conduta voluntária omissiva ou comissiva, inobservância de um dever objetivo de cuidado, resultado lesivo não querido, mas previsível, nexo de causalidade entre a conduta e o resultado e a tipicidade.

E, consoante demonstrado, não há dúvidas de que a conduta negligente do apelado (não sinalizar

adequadamente a via pública quando imobilizou seu veículo na faixa central de rolamento, por defeito mecânico), redundou (nexo de causalidade) em um resultado lesivo (morte de duas vítimas), tratando-se de conduta prevista no art. 302 do Código de Trânsito Brasileiro.

Havendo, pois, um vínculo objetivo entre o engavetamento que se sucedeu e a inobservância das regras de trânsito por parte do réu, que deixou de seguir o dever imposto no art. 46 do Código de Trânsito Brasileiro, imperativo se torna o decreto condenatório, não havendo o mínimo espaço para a manutenção da absolvição.

Incide ao caso a agravante do art. 298, I, do Código de Trânsito Brasileiro, pois o acusado, com sua conduta negligente, além de provocar danos concretos, ceifando a vida de duas pessoas, ainda expôs inúmeras outras a risco potencial, haja vista que o acidente ocorreu em um local com trânsito intenso de veículos e pessoas - o famigerado Anel Rodoviário que circunda a capital mineira -, agravando a conduta.

O apelado, mediante uma só omissão, praticou dois crimes idênticos, que acarretaram a morte de duas vítimas, incidindo ao caso o disposto no art. 70 do Estatuto Repressivo.

Comprovadas, pois, a materialidade, a autoria e a culpa do apelado, ausentes causas excludentes de ilicitude ou de culpabilidade, impõe-se sua condenação nas iras do art. 302, c/c 298, I, do Código de Trânsito Brasileiro, por duas vezes, na forma do art. 70 do Código Penal.

Passo à aplicação da pena, não sem antes ressaltar que os delitos incidem no mesmo juízo de reprovabilidade, admitindo-se uma única análise das circunstâncias judiciais, a fim de evitar repetições desnecessárias.

A culpabilidade do acusado se mostra desfavorável, diante da grave violação do dever objetivo de cuidado, já que, naquelas condições, era perfeitamente possível que o acidente fosse evitado, desde que ele tivesse mais atenção na sinalização da via, principalmente por se tratar de motorista profissional. O réu possui bons antecedentes, consoante se apura às f. 141. Em relação à conduta social e à personalidade, não há nos autos elementos capazes de autorizar conclusão negativa. Nada há de extraordinário quanto aos motivos e circunstâncias, ao passo que as consequências do crime, embora graves, não destoam daquela prevista no tipo penal. O comportamento da vítima não contribuiu para a ocorrência do delito.

Forte em tais considerações, fixo a pena-base ligeiramente acima do mínimo, em 02 (dois) anos e 02 (dois) meses de detenção.

Na segunda etapa, em virtude da agravante do art. 298, I, do Código Penal, elevo a reprimenda em 1/6 (um sexto), totalizando 02 (dois) anos, 06 (seis) meses e 10 (dez) dias de detenção para cada delito.

Na terceira fase, não incidem causas de diminuição ou aumento.

Atento ao disposto no art. 70 do Estatuto Repressivo, aplico a reprimenda de um só dos crimes, eis que

idênticas, aumentada no patamar mínimo de 1/6 (um sexto), concretizando-a em 02 (dois) anos, 11 (onze) meses e 11 (onze) dias de detenção.

Fixo em 03 (três) meses o prazo de suspensão da habilitação, nos exatos termos dos artigos 293 do CTB e do art. 59 do Código Penal.

Com esquite no art. 33, § 2º, c, do Código Penal, fixo o regime aberto para início de cumprimento da pena.

Satisfeitos os requisitos do art. 44 do Estatuto Repressivo, substituo a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviços à comunidade, pelo período da condenação, e prestação pecuniária, no valor de 02 (dois) salários mínimos, em favor de entidade a ser indicada pelo Juízo da execução, nos exatos termos dos artigos 45, § 1º, e 46, ambos do Código Penal.

Mercê de tais considerações, dou provimento ao recurso ministerial para condenar J.M.M.F nas sanções do art. 302, c/c 298, I, ambos do Código de Trânsito Brasileiro, por duas vezes, na forma do art. 70 do Codex, fixando-lhe a reprimenda de 02 (dois) anos, 11 (onze) meses e 11 (onze) dias de detenção, em regime aberto, além de 03 (três) meses de suspensão da habilitação, substituída a reprimenda carcerária por duas restritivas de direitos, nos moldes supraestabelecidos.

Considerando que o réu respondeu ao presente feito em liberdade e por não vislumbrar a presença dos requisitos para acautelamento provisório, até mesmo porque foi concedido o benefício das penas substitutivas, concedo-lhe o direito de interpor eventuais recursos em liberdade.

Após o trânsito em julgado, determino a inscrição de seu nome no rol dos culpados, bem como a suspensão de seus direitos políticos.

Isento de custas, na forma do art. 10, II, da Lei Estadual nº 14.939/03.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES NELSON MISSIAS DE MORAIS e MATHEUS CHAVES JARDIM.

Súmula - DERAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Regimental - Agravo em recurso especial - Subtração de coisa alheia móvel - Ausência de violência à pessoa, mas dirigida à coisa - Furto - Precedentes - Reenquadramento para roubo - Impossibilidade - Incidência da Súmula 7/STJ - Recurso improvido

1. Para a configuração do crime de roubo é necessário que a violência empregada seja direcionada à vítima e não à coisa, sendo certo que a configuração do delito previsto no art. 157, *caput*, do Código Penal - na hipótese de violência dirigida ao objeto - ocorrerá apenas se a violência repercutir na pessoa, impedindo-a de oferecer resistência, o que não é a hipótese dos autos.

2. Agravo regimental a que se nega provimento.

AGRG NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 742.765 - MG (2015/0168582-7) Relator: MINISTRO JORGE MUSSI

Agravante: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Agravado: Marcos Ramos dos Santos. Advogada: Elisabete da Silva. Agravado: Claudinei Pires da Silveira. Advogado: Ademir de Alcântara Filho.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental. Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 16 de junho de 2016 (data do julgamento) - *Ministro Jorge Mussi* - Relator.

Relatório

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator) - Cuida-se de regimental interposto pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais contra decisão unipessoal desta Relatoria que negou provimento ao seu agravo em recurso especial ante o óbice das Súmulas 7 e 83/STJ.

Alega o agravante, em síntese, que a pretensão posta no apelo nobre prescinde do reexame do conjunto fático-probatório.

Sustenta, também, que a ação, inicialmente dirigida ao objeto subtraído, repercutiu na vítima, caracterizando o crime de roubo, razão pela qual o acórdão recorrido diverge do entendimento deste Sodalício.

Requer, ao final, o provimento do regimental, restabelecendo a sentença que condenou os agravados nas

penas do artigo 157, § 2º, inciso II, do Código Penal. É o relatório.

Voto

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator) - Os elementos existentes nos autos dão conta que Marcos Ramos dos Santos e Claudinei Pires da Silveira foram denunciados pela prática da conduta descrita no artigo 157, § 2º, inciso II, do Código Penal por terem subtraído coisa alheia móvel mediante violência à pessoa.

A imputação foi julgada procedente, reformada a sentença em sede de apelação da defesa, para desclassificar o crime para o delito previsto no artigo 155, § 4º, inciso IV, do Código Penal, condenando-os a 1 (um) ano e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime inicial aberto, substituída por duas restritiva de direitos.

Interposto recurso especial pelo *Parquet* estadual, alegou-se violação do artigo 157, § 2º, inciso II, do Código Penal, pois o acusado, de forma abrupta e violenta, arrancou o aparelho de telefone celular das mãos da vítima, que estava utilizando-o, vindo a atingir o seu rosto, causando-lhe leve escoriação, circunstância apta para a configuração do crime de roubo.

Inadmitido pelo Juízo Prévio de Admissibilidade, foi protocolado o correspondente agravo do artigo 544 do Código de Processo Civil/73.

Instado a se manifestar, o Ministério Público Federal ofertou parecer pelo seu acolhimento.

Por decisão monocrática desta Relatoria, foi-lhe negado provimento ante o óbice das Súmulas 7 e 83/STJ.

Daí a apresentação deste regimental.

A irrisignação, porém, não merece prosperar.

O Tribunal de origem determinou a desclassificação das condutas dos réus para o crime de furto, pelos seguintes fundamentos (f. 337/350):

Como é cediço, o crime de roubo diferencia-se do de furto porque naquele o agente, para obter a coisa móvel, vale-se de violência ('vis absoluta') ou de grave ameaça (violência moral).

Quando a denúncia diz que o réu 'desferiu um soco' no rosto da vítima para, só então, subtrair-lhe o aparelho celular, presumo que tenha havido violência física, entretanto, as provas dos autos, extraídas das declarações da própria vítima, não permitem esta conclusão.

Isto porque, embora a vítima tenha afirmado, em um primeiro momento (f. 22), ter levado um soco de um dos acusados quando da subtração de seu aparelho celular, ela mesma, em outras duas oportunidades (f. 72 e f. 149), procurou esclarecer o ocorrido, sendo assente em afirmar não ter sofrido nenhum tipo de lesão em decorrência da conduta do agente, apenas um leve arranhado no rosto, pelo que fora desnecessário qualquer tipo de atendimento médico, dizendo, inclusive, não se lembrar de ter relatado a existência de um soco, uma vez que o contado havido entre ela e o acusado fora resultado da ação perpetrada por Marcos em furtar seu telefone móvel, eis que o utilizava no momento dos fatos, não sendo, contudo, intencional. Veja-se:

[...]

Assim, como visto, a conduta do agente dirigiu-se contra o aparelho celular que a vítima fazia uso e a violência física, caracterizadora do crime de roubo, exige tenha sido a conduta dirigida contra a pessoa, ainda que se trate apenas de vias de fato.

[...]

No caso presente, tenho que a violência empregada pelo agente dirigiu-se contra a coisa e não contra a vítima e que esta, em momento algum, se sentiu amedrontada a ponto de ver turbada sua capacidade de resistência, razão pela qual, vejo estarem ausentes as elementares do roubo, cabendo a desclassificação da conduta para o delito de furto.

[...]

É ônus da acusação comprovar, extreme de qualquer dúvida, a existência da elementar do crime a que imputa ao réu, sob pena de, não sendo aferível pela provas dos autos, ter-se de necessariamente operar a desclassificação do delito.

Desta maneira, o que se vê é que não há provas suficientemente aptas para comprovar que o réu tenha cometido o crime de roubo, mas sim, o de furto, uma vez que sua ação foi dirigida diretamente à coisa e não à pessoa, uma vez que o contato físico entre o réu e a vítima, quando do arrebatamento da 'res', não fora suficiente para caracterizar a violência

[...]

Desta feita, considerando os elementos coligidos, e ante a ausência de prova cabal do emprego de violência ou mesmo grave ameaça na conduta criminosa, acolhendo o pleito defensivo, desclassifico o crime imputado ao réu para furto qualificado pelo concurso de pessoas, em razão da 'emendatio libelli' autorizada pelo artigo 383 do Código de Processo Penal [...].

Como visto, a Corte a quo procedeu à desclassificação das condutas dos agravados para o delito de furto, pois, após o exame dos elementos probatórios constantes dos autos, restou comprovado que os agentes dirigiram os seus atos diretamente contra a *res furtiva*, e não contra a vítima, eis que teriam arrebatado o telefone celular das mãos da ofendida que, naquele momento, encontrava-se com o mesmo junto ao seu rosto, não tendo, em nenhum momento, procedido ao emprego de violência ou de grave ameaça contra a pessoa da vítima.

Quanto ao tema, o mestre Júlio Fabbrini Mirabete leciona: "No caso do roubo, é necessário que a violência seja dirigida à vítima e não à coisa, a não ser que, neste caso, repercuta na pessoa, impedindo-a de oferecer resistência" (*Código Penal interpretado*, 2. ed. Atlas, p. 181).

De igual forma, consoante a jurisprudência da Quinta Turma deste Superior Tribunal de Justiça, para a configuração do crime de roubo é necessário que a violência empregada seja direcionada à vítima e não à coisa, sendo certo que a configuração do delito previsto no art. 157, *caput*, do Código Penal - na hipótese de violência dirigida ao objeto - ocorrerá apenas se a violência repercutir na pessoa, impedindo-a de oferecer resistência.

A propósito, confirmam-se os seguintes precedentes:

Penal. Agravamento regimental em recurso especial. Desclassificação do crime de roubo para o de furto. Conclusão do tribunal de origem pela ausência de grave ameaça ou

de violência. Incidência do verbete n. 7 da súmula do STJ. Agravamento regimental não provido. - A Corte de origem, soberana na matéria fático-probatória, não vislumbrou na ação delituosa o uso de violência ou grave ameaça, desclassificando o crime de roubo para o delito de furto. Assegurou que o desapossamento abrupto da bolsa da vítima não se deu com o emprego de violência contra a pessoa da vítima, restringindo-se apenas e tão-somente à coisa. - Nesse contexto, para afastar a desclassificação operada, seria necessário o revolvimento do material fático-probatório carreado aos autos, providência vedada pela Súmula 7 desta Corte Superior. Agravamento regimental desprovido (AgRg no REsp 1413287/MG, Rel. Ministro Ericson Marinho (Desembargador Convocado do TJ/SP), Sexta Turma, DJe de 29.06.2015).

Agravamento regimental. Recurso especial. Direito penal. Art. 155 do CP. Furto. Desnecessidade da posse tranquila da res. Consumação do delito. Desclassificação para roubo. Impossibilidade. Violência direcionada para a res. - 1. [...] 2. Segundo consta nos autos, o atual agravado, na tentativa de subtrair a res, 'acabou empurrando a vítima. A vítima então acabou indo de encontro a um muro e o réu saiu correndo do local na posse da mochila'. 3. Irretocável o acórdão estadual com relação à inexistência, *in casu*, de suposta ocorrência de roubo, pois, consoante se depreende do voto condutor do *decisum*, a violência foi dirigida à res, portanto não se configura a modalidade descrita no art. 157 do Código Penal - roubo. 4. [...] 6. O agravamento regimental não merece prosperar, porquanto as razões reunidas na insurgência são incapazes de infirmar o entendimento assentado na decisão agravada. 7. Agravamento regimental improvido (AgRg no REsp 1226382/RS, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, j. em 15.09.2011, DJe de 13.10.2011).

Na espécie, constata-se que o acórdão recorrido está em consonância com a jurisprudência deste Superior Tribunal, porquanto a violência foi dirigida ao objeto do crime e, conquanto a vítima tenha sofrido lesões leves em decorrência da subtração do celular, não há, como bem ressaltado no acórdão recorrido, provas de que tal circunstância lhe tenha reduzido, de qualquer modo, a capacidade de resistência.

Vale registrar que a violência empregada, na hipótese da configuração do crime de roubo, é aquela que tem por finalidade reduzir ou anular a possibilidade de resistência da vítima. Não se verificando tal intenção, mas sobrevivendo lesões em razão do arrebatamento, nada impede a persecução penal quanto ao crime de lesão corporal culposa.

Assim, a pretensão de desconstituir o julgado por suposta contrariedade à lei federal, pugnando pela condenação dos agravados pela prática do crime de roubo no sentido da existência de violência direta contra a vítima, não encontra campo na via eleita, dada a necessidade de revolvimento do material probante, procedimento de análise vedado a esta Corte Superior de Justiça, a teor do Enunciado nº 7 da Súmula desta Corte.

Nessa linha:

Agravamento regimental no agravamento em recurso especial. Crime de roubo. Desclassificação para furto qualificado. Impossibilidade. Necessidade de revolvimento de prova. Súmula 7/STJ.

Incidência. - 1. Nos termos da Súmula 7/STJ, 'a pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial'. 2. Hipótese em que a análise do pedido de desclassificação do crime de roubo para furto qualificado demanda o revolvimento das provas dos autos, na medida em que o recurso especial e o acórdão recorrido partiram de premissas fáticas distintas quanto ao momento da verificação do simulacro da arma de fogo. 3. Agravo regimental não provido (AgRg no AREsp 529.509/DF, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Quinta Turma, DJe de 09.10.2014).

Penal. Agravo regimental no agravo em recurso especial. Insurgência do Ministério Público contra a desclassificação do crime de roubo tentado para o de furto tentado. Conclusão das instâncias ordinárias pela ausência de grave ameaça ou de violência. Incidência do verbete n. 7 da Súmula do STJ. Agravo desprovido. - Após análise das provas da causa, a sentença e o acórdão da Corte a quo asseveraram que não houve violência ou grave ameaça contra a vítima, desclassificando o crime de roubo tentado para o de furto tentado. Assim, diante do quadro fático-probatório delineado nas instâncias ordinárias, importa em reexame de provas o acolhimento da pretensão formulada no recurso especial, devendo ser aplicado ao caso o enunciado n. 7 da Súmula desta Corte. Agravo regimental desprovido (AgRg no AREsp 277.260/MG, Rel.ª Ministra Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ/SE), Sexta Turma, DJe de 11.06.2014).

Penal e processo penal. Agravo regimental. Recurso especial. Pretensão de desclassificação da conduta de furto para roubo. Reexame fático-probatório. Impossibilidade. Súmula 7/STJ. Agravo regimental a que se nega provimento. - 1. Para se chegar a conclusão diversa da que chegou o Tribunal local, ao desclassificar a conduta do acusado de roubo para furto, seria necessário um reexame do contexto fático-probatório dos presentes autos, procedimento sabidamente inviável nesta instância especial, conforme estabelece o enunciado nº 7 da súmula desta Corte. 2. Agravo regimental a que se nega provimento (AgRg no REsp 1.188.310/SP, Rel.ª Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe de 12.12.2012).

Nega-se, portanto, provimento ao agravo regimental. É o voto.

Certidão

Certifico que a egrégia Quinta Turma, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental."

Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 16 de junho de 2016. - *Marcelo Pereira Cruvinel* - Secretário.

(Publicado no DJe de 24.06.2016.)

...

Recurso especial - Civil - Seguro DPVAT - Indenização - Credor putativo - Teoria da aparência

1 - Pela aplicação da teoria da aparência, é válido o pagamento realizado de boa-fé a credor putativo.

2 - Para que o erro no pagamento seja escusável, é necessária a existência de elementos suficientes para induzir e convencer o devedor diligente de que o recebente é o verdadeiro credor.

3 - É válido o pagamento de indenização do DPVAT aos pais do *de cujus* quando se apresentam como únicos herdeiros mediante a entrega dos documentos exigidos pela lei que dispõe sobre seguro obrigatório de danos pessoais, hipótese em que o pagamento aos credores putativos ocorreu de boa-fé.

4 - Recurso especial conhecido e provido.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.601.533 - MG (2012/0115 489-7) - Relator: MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA

Recorrente: Unibanco AIG Seguros S/A - Advogados: Jackson Freire Jardim Santos e outro, Diego Francisco Rodrigues Fleck e outro - Recorrido: K.F.M.G. (menor) representado por: M.M.S. - Advogado: José Roberto de Carvalho e outro.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso especial e dar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Paulo de Tarso Sanseverino, Ricardo Villas Bôas Cueva, Marco Aurélio Bellizze e Moura Ribeiro votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 14 de junho de 2016 (data do julgamento) - *Ministro João Otávio de Noronha* - Relator.

Relatório

O SENHOR MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA (Relator) - Trata-se de recurso especial por Unibanco AIG Seguros S/A contra acórdão assim ementado:

Apelação cível. Ação de cobrança. DPVAT. Pagamento realizado a terceira pessoa não autorizada. Obrigação de pagar novamente, art. 308 do Código Civil. Honorários advocatícios. Princípio da causalidade. Critérios de fixação. 1 - Quem paga a pessoa diversa daquela legitimada a receber tem obrigação de pagar novamente à pessoa de direito, consoante regra do art. 308 do Código Civil. 2 - Nas causas em que há condenação, os honorários deverão ser fixados observando-se os critérios do art. 20, § 3º, do CPC. 3 - Não é

possível a compensação de honorários, tendo em vista que a verba pertence ao advogado e não à parte.

A parte recorrente aponta violação do art. 309 do Código Civil, bem como divergência jurisprudencial, sustentando que o pagamento de indenização deve ser declarado como válido, pois realizado de boa-fé, mesmo tendo o recorrido comprovado depois que era o legítimo beneficiário.

Sustenta ainda que, na certidão de óbito, documento munido de fé pública, consta a informação de que o falecido era solteiro e não possuía filhos.

Requer o provimento do recurso especial para que seja julgada improcedente a ação.

K.F.M.G. (menor) não apresentou contrarrazões, conforme certidão de f. 341 (e-STJ).

Inicialmente inadmitido o apelo extremo, foi interposto agravo de instrumento, que foi provido, determinando-se a subida do presente recurso especial.

É o relatório.

Voto

O SENHOR MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA (Relator) - Trata-se de ação de cobrança de seguro obrigatório (DPVAT) interposto por K.F.M.G. (menor) em desfavor do Unibanco AIG Seguros S/A, em decorrência do falecimento do genitor, A.E.G.J., em acidente automobilístico.

A seguradora alega que a indenização já foi paga aos pais do *de cujus*, uma vez que, na certidão de óbito, consta que o falecido não tinha filhos. Assim, defende que não mais existe obrigação quanto ao pagamento do DPVAT. Sustenta que a indenização foi paga de boa-fé aos credores putativos.

A questão em discussão refere-se ao cabimento ou não de pagamento de indenização ao filho do falecido, visto que a seguradora já efetivara o pagamento aos pais do *de cujus*.

Registre-se, desde logo, que, tendo o sinistro ocorrido em 03.06.2007 e, em observância ao princípio *tempus regit actum*, a Lei nº 6.194/74 deve reger toda a matéria referente ao presente caso, com as alterações introduzidas pela Lei nº 8.441/92 e legislações posteriores.

De acordo com o art. 4º da lei de regência, a indenização no caso de morte será paga de acordo com o disposto no art. 792 do Código Civil:

Art. 792. Na falta de indicação da pessoa ou beneficiário, ou se por qualquer motivo não prevalecer a que for feita, o capital segurado será pago por metade ao cônjuge não separado judicialmente, e o restante aos herdeiros do segurado, obedecida a ordem da vocação hereditária.

Parágrafo único. Na falta das pessoas indicadas neste artigo, serão beneficiários os que provarem que a morte do segurado os privou dos meios necessários à subsistência.

O art. 5º da referida lei, por sua vez, quanto ao pagamento, dispõe o seguinte:

Art. 5º O pagamento da indenização será efetuado mediante simples prova do acidente e do dano decorrente, independentemente da existência de culpa, haja ou não resseguro, abolida qualquer franquia de responsabilidade do segurado.

§ 1º A indenização referida neste artigo será paga com base no valor vigente na época da ocorrência do sinistro, em cheque nominal aos beneficiários, descontável no dia e na praça da sucursal que fizer a liquidação, no prazo de 30 (trinta) dias da entrega dos seguintes documentos: (Redação dada pela Lei nº 11.482, de 2007)

a) certidão de óbito, registro da ocorrência no órgão policial competente e a prova de qualidade de beneficiários no caso de morte; (Redação dada pela Lei nº 8.441, de 1992)

b) Prova das despesas efetuadas pela vítima com o seu atendimento por hospital, ambulatório ou médico assistente e registro da ocorrência no órgão policial competente - no caso de danos pessoais.

§ 2º Os documentos referidos no § 1º serão entregues à Sociedade Seguradora, mediante recibo, que os especificará.

§ 3º Não se concluindo na certidão de óbito o nexo de causa e efeito entre a morte e o acidente, será acrescentada a certidão de auto de necropsia, fornecida diretamente pelo instituto médico legal, independentemente de requisição ou autorização da autoridade policial ou da jurisdição do acidente. (Incluído pela Lei nº 8.441, de 1992)

§ 4º Havendo dúvida quanto ao nexo de causa e efeito entre o acidente e as lesões, em caso de despesas médicas suplementares e invalidez permanente, poderá ser acrescentado ao boletim de atendimento hospitalar relatório de internamento ou tratamento, se houver, fornecido pela rede hospitalar e previdenciária, mediante pedido verbal ou escrito, pelos interessados, em formulário próprio da entidade fornecedora. (Incluído pela Lei nº 8.441, de 1992)

§ 5º O Instituto Médico Legal da jurisdição do acidente ou da residência da vítima deverá fornecer, no prazo de até 90 (noventa) dias, laudo à vítima com a verificação da existência e quantificação das lesões permanentes, totais ou parciais. (Redação dada pela Lei nº 11.945, de 2009). (Produção de efeitos).

§ 6º O pagamento da indenização também poderá ser realizado por intermédio de depósito ou Transferência Eletrônica de Dados - TED para a conta corrente ou conta de poupança do beneficiário, observada a legislação do Sistema de Pagamentos Brasileiro. (Incluído pela Lei nº 11.482, de 2007)

§ 7º Os valores correspondentes às indenizações, na hipótese de não cumprimento do prazo para o pagamento da respectiva obrigação pecuniária, sujeitam-se à correção monetária segundo índice oficial regularmente estabelecido e juros moratórios com base em critérios fixados na regulamentação específica de seguro privado. (Incluído pela Lei nº 11.482, de 2007)

Portanto, de acordo com o art. 5º, § 1º, *a*, da lei que dispõe sobre seguro obrigatório de danos pessoais causados por veículos automotores de via terrestre, a seguradora deverá efetuar o pagamento da indenização mediante simples prova do acidente e do dano decorrente, após a entrega dos seguintes documentos: certidão de óbito, registro da ocorrência policial e prova da qualidade de beneficiário.

No caso, em relação aos documentos, o juízo de primeiro grau afirmou:

O boletim de ocorrência: nº 496/07 (f. 15/19) e a certidão de óbito (f. 13) demonstram que o pai do suplicante faleceu

em razão de acidente, no dia 03.06.2007, na BR 452, Município de Tupaciguara.

Os documentos de f. 48/50, 68/69 e 72/101 demonstram que a indenização referente ao sinistro descrito na inicial foi paga a Antônio Eurípedes Guimarães e Lúcia Ferreira de Rezende, pais da vítima, em 06.08.2007, recebendo cada um a quantia de R\$6.750,00 (seis mil setecentos e cinquenta reais).

Apesar de a certidão de óbito ter fé pública e nela constar que a vítima não deixou filhos, caberia à suplicada averiguar se as pessoas que requereram o pagamento da indenização (os pais) eram os verdadeiros legitimados (e-STJ, f. 144).

Verifica-se, então, que todos os documentos exigidos pela lei que rege a matéria foram apresentados. Além disso, na certidão de óbito, que é documento público, dotado de presunção de veracidade, constava que o falecido era solteiro e não tinha filhos. Diante disso, a seguradora efetivou o pagamento da indenização aos pais da vítima.

O art. 309 do CC estabelece que o pagamento feito de boa-fé ao credor putativo é válido, mesmo que provado depois que não era ele credor.

Carlos Roberto Gonçalves, em *Direito Civil brasileiro*, v. 2, 13. ed., acentua:

Credor putativo é aquele que se apresenta aos olhos de todos como o verdadeiro credor. Recebe tal denominação, portanto, quem aparenta ser credor, como é o caso do herdeiro aparente. Se, por exemplo, o único herdeiro conhecido de uma pessoa abonada, e que veio a falecer, é o seu sobrinho, o pagamento a ele feito de boa-fé é válido, mesmo que se apure, posteriormente, ter o *de cujus*, em disposição de última vontade, nomeado outra pessoa como seu herdeiro testamentário.

[...]

A boa-fé tem, assim, o condão de validar atos que, em princípio, seriam nulos. Ao verdadeiro credor, que não recebeu o pagamento, resta somente voltar-se contra o *accipiens*, isto é, contra o credor putativo, que recebeu indevidamente, embora também de boa-fé, pois o *solvens* nada mais deve.

Inclusive no julgamento do REsp 1.044.673/SP, de minha relatoria, pronunciei-me a respeito do credor putativo nestes termos:

A regra invocada pela recorrente preceitua que o pagamento realizado de boa-fé a credor putativo é válido ante a aplicação da teoria da aparência. É necessário, para tanto, que o erro seja escusável, por acreditar a parte estar tratando com quem deve receber o pagamento em questão. A boa-fé, por

sua vez, se presume desde que inexistam provas da má-fé daquele que realizou o pagamento equivocado.

Não basta, porém, que o credor putativo como tal se apresente, sendo necessária a existência de elementos suficientes para induzir e convencer o devedor, cuja diligência não pode ser desprezada, pois ele tem, além do interesse, o dever de pagar o verdadeiro credor, devendo assegurar-se que o recebente é quem deve auferir o pagamento.

No caso dos autos, entendo que a indenização do DPVAT foi paga de boa-fé aos credores putativos, ou seja, àqueles que demonstraram ser os únicos herdeiros do *de cujus*.

A seguradora agiu de acordo com a lei que rege o pagamento do DPVAT, exigindo os documentos nela previstos. Não há previsão de obrigação da seguradora em averiguar a existência de outros beneficiários da vítima e não ficou configurado nenhum indício de irregularidade nos documentos apresentados.

Dessa forma, a despeito da legitimidade do filho para pleitear a indenização, houve o pagamento putativo aos pais do falecido, o que desobriga a seguradora de efetivar novo pagamento. Fica respaldado, entretanto, o direito do autor de pleitear o ressarcimento dos valores recebidos pelos pais do *de cujus*.

Ante o exposto, conheço do recurso especial e dou-lhe provimento para julgar improcedente o pedido inicial. Condeno a parte recorrida ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, que ora fixo em R\$1.000,00 (mil reais). Ônus suspensos na hipótese de assistência, nos termos do art. 12 da Lei nº 1.060/50.

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, conheceu do recurso especial e deu-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Paulo de Tarso Sanseverino, Ricardo Villas Bôas Cueva, Marco Aurélio Bellizze e Moura Ribeiro votaram com o Sr. Ministro Relator.

(Publicado no DJe de 16.06.2016.)

...

***Habeas Corpus* - Delito do art. 16, caput, da Lei nº 10.826/2003 - Paciente portando munição - Atipicidade material da conduta - Incidência do princípio da insignificância - Ordem concedida**

1. A análise dos documentos pelos quais se instrui pedido e dos demais argumentos articulados na inicial demonstra a presença dos requisitos essenciais à incidência do princípio da insignificância e a excepcionalidade do caso, a justificar a flexibilização da jurisprudência deste Supremo Tribunal segundo a qual o delito de porte de munição de uso restrito, tipificado no art. 16 da Lei n. 10.826/2003, é crime de mera conduta.

2. A conduta do paciente não resultou em dano ou perigo concreto relevante para a sociedade, de modo a lesionar ou colocar em perigo bem jurídico na intensidade reclamada pelo princípio da ofensividade. Não se há subestimar a natureza subsidiária, fragmentária do direito penal, que somente deve ser acionado quando os outros ramos do direito não forem suficientes para a proteção dos bens jurídicos envolvidos.

3. Ordem concedida.

HABEAS CORPUS Nº 133.984 - MG - Relatora: MINISTRA CÁRMEN LÚCIA

Paciente: R.D.V. - 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 Segunda Turma, sob a Presidência do Ministro Celso de Mello, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade, em conceder a ordem para confirmar a liminar deferida e restabelecer a decisão da Quarta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, proferida no julgamento da Apelação Criminal nº 1.0702.09.603123-3/001, pela qual se absolveu o Paciente, com base no art. 386, inc. III, do Código de Processo Penal, por não perceber lesão ou ameaça de lesão ao bem jurídico tutelado pelo art. 16, caput, da Lei n. 10.826/2003, nos termos do voto da Relatora. Ausente, justificadamente, o Ministro Dias Toffoli.

Brasília, 17 de maio de 2016. *Ministra Cármem Lúcia* - Relatora.

Relatório

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (Relatora) - 1. *Habeas corpus*, com requerimento de medida

liminar, impetrado pela Defensoria Pública da União, em benefício de R.D.V., contra decisão da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, que, em 08.03.2016, negou provimento ao Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.469.322, Relator o Ministro Jorge Mussi.

O caso.

2. O paciente foi denunciado pela prática do delito do art. 16, caput, da Lei n. 10.826/2003:

No dia 11 de julho de 2009, por volta das 22:00 horas, na rua Encanador, bairro Planalto, nesta cidade, o denunciado portava, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar, uma munição de uso proibido, especificamente um cartucho calibre 0.40 marca S & W.

Segundo se apurou, na ocasião dos fatos, policiais militares avistaram o denunciado em via pública e o abordaram, para fiscalização de rotina. Após breve busca pessoal, os militares encontraram referido cartucho em poder do denunciado, que foi preso em flagrante delito.

A materialidade delitiva consubstancia-se no Auto de Apreensão [...], e no Laudo Pericial de Eficiência em Munição.

3. A denúncia foi recebida, autuou-se a ação penal com o número 0702.09.603123-3. Em 20.3.2013, o Juízo da Terceira Vara Criminal da Comarca de Uberlândia/MG julgou procedente a denúncia para condenar o Paciente à pena de três anos de reclusão, substituída por duas penas restritivas de direitos consistente em prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária, e dez dias-multa, sendo fixado o regime inicial aberto e concedido o direito de recorrer em liberdade.

4. A defesa interpôs a Apelação Criminal nº 1.0702.09.603123-3/001. Em 11.12.2013, a Quarta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de Minas Gerais não conheceu desse recurso por ser intempestivo, mas concedeu a ordem de ofício para absolver o paciente com base no art. 386, inc. III, do Código de Processo Penal, por não perceber lesão ou ameaça de lesão ao bem jurídico tutelado pelo art. 16, caput, da Lei n. 10.826/2003:

Apelação criminal. Porte de munição de arma de fogo. Absoluta inexistência de lesão ou perigo de lesão aos bens jurídicos tutelados. Recurso não conhecido por intempestividade. *Habeas corpus* de ofício. Ordem concedida para absolver o réu, que está na iminência de sofrer coação ilegal, nos termos do art. 386, III, do Código de Processo Penal. - Uma vez que a conduta imputada ao sentenciado não representou qualquer perigo de lesão aos bens jurídicos tutelados pela norma, imperiosa a reforma da sentença que condenou o apelado, sob pena de adotar-se medida desarrazoada e completamente despida de bom senso.

5. Contra esse acórdão a acusação opôs embargos de declaração, rejeitados em 19.02.2014, e, posteriormente, o Recurso Especial nº 1.469.322, admitido e distribuído ao Ministro Jorge Mussi, do Superior Tribunal de Justiça.

6. Em 25.08.2015, o Ministro Jorge Mussi, do Superior Tribunal de Justiça, deu provimento ao Recurso Especial nº 1.469.322, “para afastar a atipicidade da conduta e cassar a ordem concedida pelo Tribunal de Justiça, restabelecendo a condenação imposta na sentença”. Este o teor da decisão:

Trata-se de recurso especial interposto com fulcro no art. 105, inciso III, alínea a, da Constituição Federal, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais que não conheceu do apelo defensivo por ser intempestivo, e concedeu *habeas corpus* de ofício para absolver o recorrido da imputação prevista no art. 16, *caput*, da Lei n. 10.826/03, por atipicidade de conduta.

Sustenta o *Parquet* estadual negativa de vigência ao art. 16 da Lei nº 10.826/03, argumentando que, ao contrário do firmado no aresto objurgado, o crime de posse de munição de uso restrito é formal, de mera conduta e de perigo abstrato, se consumando independentemente da quantidade de munição apreendida ou do fato de estar desacompanhada da respectiva arma de fogo.

Requer, desse modo, o provimento do apelo nobre, para que seja reconhecida a tipicidade da conduta imputada ao recorrido, restabelecendo-se a condenação imposta na sentença. Apresentadas as contrarrazões (f. 281 a 287), após o juízo positivo de admissibilidade (f. 289), os autos ascenderam a esta Corte Superior de Justiça, tendo o Ministério Público Federal, na condição de *custos legis*, se manifestado pelo provimento da irresignação (f. 303 a 307).

É o relatório.

Satisfeitos os pressupostos de admissibilidade, passa-se ao exame do mérito recursal.

Acerca do assunto em discussão, assim tratou o acórdão recorrido, *in verbis*:

‘Contudo, no caso vertente, não se pode olvidar que o recorrente portava apenas 01 munição de calibre 40.

Tal conduta não representa qualquer lesão, ou mesmo perigo de lesão aos bens jurídicos tutelados pela norma, seja imediato - incolumidade pública, ou mediatos - vida, integridade física, patrimônio, liberdade, dentre outros.

Assim, para não adotar medida desarrazoada, completamente despida de bom senso, hei por bem dar provimento ao recurso, reformando a sentença que condenou o recorrente mediante o fundamento de atipicidade material da conduta, eis que a apreensão de 01 (uma) munição de calibre 40 com o apelante não representa qualquer ofensa ao bem jurídico tutelado’ (f. 224 e 225).

Verifica-se, pois, que o Tribunal estadual decidiu pela atipicidade da conduta de possuir munição desacompanhada de arma, entendendo pela inexistência de ofensividade ao bem jurídico tutelado.

Contudo, no que se refere ao disposto no art. 16 da Lei nº 10.826/03, esta Corte Superior já firmou a compreensão de que a previsão do delito em exame busca tutelar a segurança pública, colocada em risco com a posse ou porte de arma, acessório ou munição à revelia do controle estatal, não impondo à sua configuração, pois, resultado naturalístico ou efetivo perigo de lesão.

Dessarte, basta o simples porte ou posse de arma de fogo, munição ou acessório, de uso permitido ou restrito, em desacordo com determinação legal ou regulamentar para a incidência do tipo penal, uma vez que a impossibilidade de uso

imediato da munição não descaracteriza a natureza criminosa da conduta.

[...]

Dessa forma, ao considerar a atipicidade da conduta de posse de munição praticada pelo recorrido, a instância a quo dissentiu da jurisprudência do STJ sobre o tema.

Por todo o exposto, com fundamento no art. 557, § 1º-A, do Código de Processo Civil, cumulado com o art. 3º do Código de Processo Penal, dá-se provimento ao recurso especial para afastar a atipicidade da conduta e cassar a ordem concedida pelo Tribunal de Justiça, restabelecendo a condenação imposta na sentença.

7. Contra essa decisão foi interposto agravo regimental pela defesa, ao qual a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça negou provimento em 08.03.2016:

Agravo regimental em recurso especial. Porte ilegal de munição de uso restrito. Tipicidade material da conduta. Crime de perigo abstrato. Lesão à segurança pública e à paz coletiva. Insurgência desprovida. 1 - Os crimes de perigo abstrato são os que prescindem de comprovação da existência de situação que tenha colocado em risco o bem jurídico tutelado, ou seja, não se exige a prova de perigo real, pois este é presumido pela norma, sendo suficiente a periculosidade da conduta, que é inerente à ação. 2 - As condutas punidas por meio dos delitos de perigo abstrato são as que perturbam não apenas a ordem pública, mas lesionam o direito à segurança, daí por que se justifica a presunção de ofensa ao bem jurídico. 3 - O simples fato de portar ilegalmente munição de uso restrito caracteriza a conduta descrita no art. 16 da Lei 10.826/2003, por se tratar de crime de perigo abstrato, cujo objeto imediato é a segurança coletiva. 4 - Agravo regimental a que se nega provimento.

8. Esse julgado é o objeto do presente *Habeas Corpus*, no qual o Impetrante pede a aplicação do princípio da insignificância e alega a atipicidade material da conduta imputada ao paciente.

Ressalta que “o Direito Penal só deve ser invocado quando houver lesão ou perigo concreto de lesão ao bem jurídico tutelado pela norma penal, o que não restou demonstrado *in casu*. Vejamos, inclusive, que na sentença penal condenatória, o i. Magistrado [...] consignou que o paciente não sabia, sequer, usar o artefato que portava”.

Sustenta que a “posse de apenas uma munição não tem o condão, por si só, de causar qualquer que seja lesão à sociedade. Por mais que haja verificação e comprovação por perícia da eficiência do material apreendido, não há prova nos autos de que a incolumidade pública ou integridade física de nenhuma pessoa tenha ocorrido risco direto e concreto”.

Este o teor dos pedidos:

A) seja conhecido o presente *writ*, concedendo-se a medida liminar pretendida, até a decisão final do mérito, para que seja suspensa a execução relativa à Ação Penal nº 0702.09.603123-3 - 03ª Vara Federal da Comarca de Uberlândia - MG;

B) no mérito, seja reconhecida a atipicidade da conduta do paciente.

9. Em 12.04.2016, deferi a medida liminar requerida para suspender a execução da pena imposta ao paciente na Ação Penal n. 0702.09.603123-3 até o julgamento do mérito desta impetração, requisitei informações e determinei vista ao Procurador-Geral da República.

10. As informações foram prestadas e a Procuradoria-Geral da República opinou “pelo não conhecimento do writ e, se conhecido, pela denegação da ordem, com a revogação da liminar concedida”.

É o relatório.

Voto

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (Relatora) -

1. Razão jurídica assiste à impetrante.

2. Afasto a alegação exposta no parecer da Procuradoria-Geral da República de descabimento do presente *Habeas Corpus* por ser utilizado como sucedâneo de revisão criminal.

O acórdão impugnado transitou em julgado no Superior Tribunal de Justiça em 18.04.2016, e o presente *Habeas Corpus* foi protocolizado em 10.04.2016, antes desse trânsito, pelo que pode ser apreciado sem que seja tido como sucedâneo de revisão criminal.

3. Sustenta a defesa ser aplicável na espécie o princípio da insignificância.

4. É consabido não se poder perceber a tipicidade penal como o trivial exercício de adequação do fato concreto à norma abstrata. Além da correspondência formal, para a configuração da tipicidade faz-se necessária análise materialmente valorativa das circunstâncias do caso concreto para se verificar a ocorrência de lesão grave, contundente e penalmente relevante do bem jurídico tutelado.

O princípio da insignificância reduz o espaço de proibição aparente da tipicidade legal e, por consequência, torna atípico o fato na seara penal, apesar de haver lesão a bem juridicamente tutelado pela norma penal.

5. Pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, “para a incidência do princípio da insignificância devem ser relevados o valor do objeto do crime e os aspectos objetivos do fato, tais como a mínima ofensividade da conduta do agente, a ausência de periculosidade social da ação, o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão jurídica causada” (HC n° 109.739, de minha relatoria, DJ 14.02.2012).

6. Não desconheço a jurisprudência deste Supremo Tribunal sobre o delito de porte de munição de uso restrito, tipificado no art. 16 da Lei n. 10.826/2003, ser crime de mera conduta (HC n° 127.652-AgR, Relator o Ministro Teori Zavascki, DJe 17.06.2015; RHC n° 123.553-AgR, Relator o Ministro Gilmar Mendes, DJe 22.10.2014; entre outros).

7. Entretanto, na espécie vertente, a análise dos documentos pelos quais se instrui o pedido e dos demais argumentos articulados na inicial demonstra a presença dos requisitos essenciais à incidência do princípio da insignificância e a excepcionalidade do caso a justificar a flexibilização da jurisprudência acima mencionada, sendo determinante para o deslinde de controvérsia, como a dos autos, o relevo do bem jurídico tutelado diante da específica situação cuidada.

8. O paciente foi denunciado pela prática do delito do art. 16, *caput*, da Lei n° 10.826/2003, pois, no “dia 11 de julho de 2009, por volta das 22:00 horas, na rua Encanador, bairro Planalto, nesta cidade, [...] portava, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar, uma munição de uso proibido, especificamente um cartucho calibre 0.40 marca S & W”.

9. A conduta atribuída ao Paciente aparenta ser materialmente atípica, pois não está caracterizada a lesão ou ameaça de lesão ao bem jurídico tutelado pelo art. 16, *caput*, da Lei n. 10.826/2003, nos termos do que assentado pela Quarta Câmara Criminal do Tribunal do Justiça de Minas Gerais, ao proferir o acórdão reformado no Superior Tribunal de Justiça e que pretende a defesa seja restabelecido, no qual se tem:

Após a regular instrução, o d. Juiz de primeiro grau julgou procedente a ação penal.

Saliente-se que a materialidade e a autoria do delito restaram comprovadas.

Não obstante, em sede de *Habeas Corpus* de ofício, deve ser reformada a r. sentença condenatória proferida.

Não se olvida do entendimento, inclusive majoritário, do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que o porte de munições, ou de arma desmuniçada, tipifica a infração penal, descrita no art. 16 da Lei 10.826/03 [...].

No que tange à arma desmuniçada, comungo do entendimento de que a sua posse já configura o delito, pois se trata de incriminação da mera conduta, desprezando-se a exigência de produção de resultado naturalístico. Ademais, não se pode olvidar que a arma de fogo representa um instrumento eficiente para alcançar objetivos espúrios, pois intimida, constrange, violenta, transformando-se assim em um risco objetivo à paz social. Do mesmo modo, o porte de várias munições, em um contexto que indique que o agente possa delas fazer uso, merece a punição estatal, pois representa perigo de lesão ao bem jurídico tutelado.

Contudo, no caso vertente, não se pode olvidar que o recorrente portava apenas 01 munição de calibre 40.

Tal conduta não representa qualquer lesão, ou mesmo perigo de lesão aos bens jurídicos tutelados pela norma, seja imediato, incolumidade pública, ou mediatos - vida, integridade física, patrimônio, liberdade, dentre outros.

Assim, para não adotar medida desarrazoada, completamente despida de bom senso, hei por bem dar provimento ao recurso, reformando a sentença que condenou o recorrente mediante o fundamento de atipicidade material da conduta, eis que a apreensão de 01 (uma) munição de calibre 40 com o apelante não representa qualquer ofensa ao bem jurídico tutelado. Saliente-se que tal entendimento não denota qualquer equívoco [...].

Em remate, vale consignar que a intenção do réu não era usar a munição para fins ilícitos, mas fazer um pingente para servir-lhe de adorno”.

10. A conduta do Paciente não resultou em dano ou perigo concreto relevante para a sociedade, de modo a lesionar ou colocar em perigo bem jurídico na intensidade reclamada pelo princípio da ofensividade. Não se há subestimar a natureza subsidiária, fragmentária do direito penal, que somente deve ser acionado quando os outros ramos do direito não forem suficientes para a proteção dos bens jurídicos envolvidos.

11. Pelo exposto, diante da incidência do princípio da insignificância, voto pela concessão da ordem para confirmar a liminar deferida e restabelecer a decisão da Quarta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, proferida no julgamento da Apelação Criminal nº 1.0702.09.603123-3/001, pela qual se absolveu o paciente, com base no art. 386, inc. III, do Código de Processo Penal, por não perceber lesão ou ameaça de lesão ao bem jurídico tutelado pelo art. 16, *caput*, da Lei n. 10.826/2003.

Comunique-se o teor desta decisão ao Superior Tribunal de Justiça, ao Tribunal de Justiça de Minas Gerais e ao Juízo da Terceira Vara Criminal da Comarca de Uberlândia/MG.

Extrato de Ata

Decisão: A Turma, por votação unânime, deferiu o pedido de *Habeas corpus* para confirmar a liminar deferida e restabelecer a decisão da Quarta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, proferida no julgamento da Apelação Criminal nº 1.0702.09.603123-3/001, pela qual se absolveu o Paciente, com base no art. 386, inc. III, do Código de Processo Penal, por não perceber lesão ou ameaça de lesão ao bem jurídico tutelado pelo art. 16, *caput*, da Lei nº 10.826/2003, nos termos do voto da Relatora. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Dias Toffoli. Presidência do Senhor Ministro Celso de Mello. 2ª Turma, 17.5.2016.

Presidência do Senhor Ministro Celso de Mello. Presentes à sessão os Senhores Ministros Gilmar Mendes, Cármen Lúcia e Teori Zavascki. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Dias Toffoli, em face da participação no XXVIII Fórum Nacional, promovido pelo Instituto Nacional de Altos Estudos (INAE), realizado na cidade do Rio de Janeiro-RJ.

Subprocuradora-Geral da República, Dra. Deborah Duprat.

Ravena Siqueira - Secretária.

(Publicado no DJe de 02.06.2016.)

...

Direito Constitucional, Civil e Administrativo - Lei municipal - Dever de indenizar - Estacionamento rotativo - Direito Civil - Competência da União - Consonância da decisão recorrida com a jurisprudência cristalizada no Supremo Tribunal Federal - Recurso extraordinário que não merece trânsito - Reelaboração da moldura fática - Procedimento vedado na instância extraordinária - Recurso manejado em 28.02.2014

1. O entendimento adotado pela Corte de origem, nos moldes do assinalado na decisão agravada, não diverge da jurisprudência firmada no âmbito deste Supremo Tribunal Federal. Entender de modo diverso demandaria a reelaboração da moldura fática delineada no acórdão de origem, o que torna oblíqua e reflexa eventual ofensa, insuscetível, como tal, de viabilizar o conhecimento do recurso extraordinário.

2. As razões do agravo regimental não se mostram aptas a infirmar os fundamentos que lastrearam a decisão agravada.

3. Agravo regimental conhecido e não provido.

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO Nº 672.930 - MG - Relatora: MINISTRA ROSA WEBER

Agravante: Presidente da Câmara Municipal de Belo Horizonte - Advogada: Sirlene Nunes Arêdes - Agravado: Prefeito do Município de Belo Horizonte - Advogado: Procurador-Geral do Município de Belo Horizonte - Interessado: 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 do Supremo Tribunal Federal, em Primeira Turma, sob a Presidência do Senhor Ministro Luís Roberto Barroso, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto da Relatora.

Brasília, 10 de maio de 2016. - *Ministra Rosa Weber* - Relatora.

Notas taquigráficas

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER (Relatora) - Contra a decisão por mim proferida, pela qual negado seguimento ao recurso, maneja agravo regimental o Presidente da Câmara Municipal de Belo Horizonte.

A matéria debatida, em síntese, diz com a possibilidade de norma municipal determinar a obrigatoriedade de o Poder Executivo indenizar proprietário de veículo roubado em estacionamento rotativo, considerada a competência legislativa prevista na Constituição Federal.

O agravante ataca a decisão impugnada, ao argumento de que a violação dos preceitos da Constituição Federal se dá de forma direta. Sustenta a competência do Município para legislar sobre a matéria. Afirma não criar obrigação que já não decorra do próprio texto constitucional. Insiste na afronta aos arts. 37, § 6º, e 173, § 1º, II, da Constituição Federal.

O Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais julgou a controvérsia em decisão cuja ementa reproduz:

Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei municipal. Estacionamento rotativo. Veículo roubado. Indenização. Obrigação civil. Competência privativa da união. Ofensa ao art. 165, § 1º, da Constituição Estadual. Procedência da ação. - É inconstitucional por ofensa ao art. 165, § 1º, da Constituição do Estado de Minas Gerais, a Lei Municipal que 'dispõe sobre a obrigatoriedade de o Executivo indenizar proprietário de veículo roubado em estacionamento rotativo', já que compete privativamente à União legislar sobre Direito Civil, onde se insere tal matéria. Julgada precedente a ação.

Acórdão recorrido publicado em 17.12.2010.

Recurso manejado em 28.02.2014.

É o relatório.

Voto

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER (Relatora)

- Preenchidos os pressupostos genéricos, conheço do agravo regimental e passo ao exame do mérito.

Nada colhe o agravo.

Transcrevo o teor da decisão que desafiou o agravo:

"Vistos etc.

Contra decisão monocrática por mim proferida, mediante a qual negado seguimento ao recurso extraordinário com agravo, maneja embargos de declaração a Câmara Municipal de Belo Horizonte (petição/STF 25.125/2013).

É o relatório.

Decido.

Sopesados os argumentos trazidos pela agravante acerca do julgamento do recurso extraordinário interposto, reconsidero a decisão embargada e passo ao exame do recurso. Prejudicada a análise dos embargos de declaração (petição/STF 25.125/2013).

Contra o acórdão prolatado pelo Tribunal de origem, maneja recurso extraordinário, com base no art. 102, III, da Lei Maior, a Câmara Municipal de Belo Horizonte (f. 304-319). Aparelhado o recurso na afronta aos arts. 37, § 6º, e 173, § 1º, II, da Constituição Federal.

Preenchidos os pressupostos extrínsecos.

Nada colhe o recurso.

O entendimento adotado no acórdão recorrido não diverge da jurisprudência firmada no âmbito deste Supremo Tribunal Federal, razão pela qual não se divisa a alegada ofensa aos dispositivos constitucionais suscitados. Nesse sentido colho a ADI 2.875/DF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, DJe 20.06.2008, cuja ementa transcrevo:

'Lei distrital. Notificação mensal à Secretaria de Saúde. Casos de câncer de pele. Obrigação imposta a médicos públicos e particulares. Admissibilidade. Saúde pública. Matéria inserida no âmbito de competência comum e concorrente do Distrito Federal. Arts. 23, I, e 24, XII, da CF. Responsabilidade civil dos profissionais da saúde. Matéria de competência exclusiva da união. Art. 22, I. Procedência parcial da ação. I - Dispositivo de lei distrital que obriga os médicos públicos e particulares do Distrito Federal a notificarem a Secretaria de Saúde sobre os casos de câncer de pele não é inconstitucional. II - Matéria inserida no âmbito da competência da União, Estados e Distrito Federal, nos termos do art. 23, I, da Constituição Federal. III - Exigência que encontra abrigo também no art. 24, XII, da Carta Magna, que atribui competência concorrente aos referidos entes federativos para legislar sobre a defesa da saúde. IV - Dispositivo da lei distrital que imputa responsabilidade civil ao médico por falta de notificação caracteriza ofensa ao art. 22, I, da CF, que consigna ser competência exclusiva da União legislar acerca dessa matéria. V - Ação direta parcialmente procedente'.

Nesse sentir, não merece processamento o apelo extremo, consoante também se denota dos fundamentos da decisão que desafiou o recurso, aos quais me reporto e cuja detida análise conduz à conclusão pela ausência de ofensa direta e literal a preceito da Constituição da República.

Assim, reconsidero a decisão embargada e nego seguimento ao recurso (art. 21, § 1º, do RISTF). Prejudicada a análise dos embargos de declaração (petição/STF 25.125/2013).

Irrepreensível a decisão agravada.

Conforme consignado, o entendimento adotado no acórdão recorrido não diverge da jurisprudência firmada no âmbito deste Supremo Tribunal Federal, razão pela qual não há falar em afronta aos preceitos constitucionais invocados no recurso, a teor da decisão que desafiou o agravo. Nesse sentido:

Ação direta de inconstitucionalidade. Lei nº 11.265/02 do Estado de São Paulo. Seguro obrigatório. Eventos artísticos, desportivos, culturais e recreativos com renda resultante de cobrança de ingressos. Inconstitucionalidade formal. Competência privativa da União. 1. Lei estadual nº 11.265/02, que instituiu a obrigatoriedade de cobertura de seguro de acidentes pessoais coletivos em eventos artísticos, desportivos, culturais e recreativos com renda resultante de cobrança de ingressos. Competência privativa da União para legislar sobre Direito Civil, Direito Comercial e política de seguros (CF, art. 22, I e VII). 2. Não se trata de legislação concernente à proteção dos consumidores (CF, art. 24, inciso VII, §§ 1º e 2º), de competência legislativa concorrente dos estados-membros, pois a lei impugnada não se limita a regular as relações entre os consumidores e os prestadores de serviço, nem a dispor sobre responsabilidade por dano ao consumidor. Na verdade, cria hipótese de condicionamento da realização de alguns espetáculos ou eventos à existência de contrato de seguro obrigatório de acidentes pessoais coletivos. 3. Não obstante a boa intenção do legislador paulista de proteger o espectador, a lei do Estado de São Paulo criou nova modalidade de seguro obrigatório, além daquelas previstas no art. 20 do Decreto-Lei federal nº 73/66 e em outros diplomas federais, invadindo a competência privativa da União para legislar sobre direito civil, direito comercial e política de seguros (CF, art. 22, I e VII). 4. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente (ADI 3.402, Rel. Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, DJe 11.12.2015)

Direito Constitucional, do Consumidor e Civil. Contrato de consumo. Descumprimento de prazo. Estipulação de multa. Ação direta de inconstitucionalidade de lei estadual por alegada afronta a dispositivo da Constituição Estadual. Usurpação de competência do Supremo Tribunal Federal inexistente. Consonância da decisão recorrida com a jurisprudência cristalizada no Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário que não merece trânsito. Reelaboração da moldura fática. Procedimento vedado na instância extraordinária. Acórdão recorrido publicado em 11.04.2014. 1 - O entendimento adotado pela Corte de origem, nos moldes do assinalado na decisão agravada, não diverge da jurisprudência firmada no âmbito deste Supremo Tribunal Federal. O controle abstrato de constitucionalidade das leis ou atos normativos estaduais em face da Constituição Estadual compete aos Tribunais de Justiça dos Estados (art. 125, § 2º, da Lei Fundamental), incluídos os dispositivos de reprodução compulsória da Constituição da República. Aos Estados é vedado, a pretexto de veicularem norma em defesa do consumidor, legislar sobre direito civil, notadamente sobre relações contratuais. Precedentes. 2. As razões do agravo regimental não se mostram aptas a infirmar os fundamentos que lastrearam a decisão agravada. 3. Agravo regimental conhecido e não provido (RE 877596 AgR, da minha lavra, 1ª Turma, DJe 30.06.2015).

As razões do agravo regimental não se mostram aptas a infirmar os fundamentos que lastrearam a decisão agravada, mormente no que se refere à ausência de ofensa a preceito da Constituição da República.

Agravo regimental conhecido e não provido.
É como voto.

Extrato de ata

Decisão: A Turma negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto da Relatora. Unânime. Presidência do Senhor Ministro Luís Roberto Barroso. 1ª Turma, 10.05.2016.

Presidência do Senhor Ministro Luís Roberto Barroso. Presentes à Sessão os Senhores Ministros Marco Aurélio, Luiz Fux, Rosa Weber e Edson Fachin.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Edson Oliveira de Almeida.

Carmen Lilian Oliveira de Souza - Secretária da Primeira Turma.

(Publicado no DJe de 25.05.2016.)

...

SÚMULAS DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Enunciado 31

O governador é parte ilegítima no *writ* impetrado por servidor que objetiva a percepção de adicional de local de trabalho.

Referência legislativa:

- Lei 12.016, de 7 de agosto de 2009, art. 6º, § 3º.

Precedentes:

- Mandado de Segurança 1.0000.13.097470-2/000 - 0974702-98.2013.8.13.0000. Acórdão: 25/03/2015. Diário do Judiciário Eletrônico: 09/04/2015. Publicação: 10/04/2015.

- Mandado de Segurança 1.0000.11.078302-4/000 - 0783024-62.2011.8.13.0000. Acórdão: 24/10/2012. Diário do Judiciário Eletrônico: 08/11/2012. Publicação: 09/11/2012.

- Mandado de Segurança 1.0000.14.068950-6/000 - 0689506-13.2014.8.13.0000. Acórdão: 10/02/2015. Diário do Judiciário Eletrônico: 25/02/2015. Publicação: 26/02/2015.

- Mandado de Segurança 1.0000.14.023297-6/000 - 0232976-54.2014.8.13.0000. Acórdão: 02/10/2014. Diário do Judiciário Eletrônico: 13/10/2014. Publicação: 14/10/2014.

Enunciado de súmula do Órgão Especial aprovado em sessão do dia 29/03/2015, no julgamento da Petição Cível nº 1.0000.15.060386-8/000, e publicado no DJe de 16/05/2016, 23/05/2016 e 15/06/2016.

Enunciado 32

Dispositivo de lei que impõe autorização legislativa para alienação de bens públicos móveis é incompatível com a Constituição Estadual, que não contém exigência nesse sentido.

Referência legislativa:

- Constituição do Estado de Minas Gerais, art. 18, § 1º.

Precedentes:

- Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.0000.13.023168-1/000 - 0231681-16.2013.8.13.0000. Acórdão: 13/11/2013. Diário do Judiciário Eletrônico: 12/11/2013. Publicação: 20/11/2013.

- Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.0000.12.118569-8/000 - 1185698-11.2012.8.13.0000. Acórdão: 11/12/2013. Diário do Judiciário Eletrônico: 18/12/2013. Publicação: 19/12/2013.

- Apelação Cível 1.0476.11.001226-9/002 - 0012269-81.2011.8.13.0476. Acórdão: 13/03/2014. Diário do Judiciário Eletrônico: 20/03/2014. Publicação: 21/03/2014.

Enunciado de súmula do Órgão Especial aprovado em sessão do dia 29/03/2015, no julgamento da Petição Cível nº 1.0000.15.060428-8/000, e publicado no DJe de 16/05/2016, 23/05/2016 e 15/06/2016.

Enunciado 33

Os agentes fiscais de tributos estaduais têm direito ao acréscimo de cinquenta por cento da hora extraordinária de plantão e ao adicional noturno de vinte por cento, referente ao trabalho desenvolvido entre vinte e duas horas de um dia e as cinco da manhã seguinte.

Referência legislativa:

- Constituição da República, art. 39, § 3º.

- Constituição da República, art. 7º, incisos IX e XVI.

- Lei Estadual nº 6.762, de 23 de dezembro de 1.975.

Precedentes:

- Apelação Cível/Reexame Necessário 1.0251.11.001950-1/001 - 0019501.43.2011.8.13.0251. Acórdão: 08/04/2014. Diário do Judiciário: 23/04/2014

- Apelação Cível/ Reexame Necessário 1.0024.10.149485-4/001 - 149485443.2010.8.13.0024. Acórdão: 20/02/2014. Diário do Judiciário: 26/02/2014.

Publicação: 09/11/2012.

- Apelação Cível/ Reexame Necessário 1.0024.11.109718-4/001 - 109718444.2011.8.13.0024. Acórdão: 08/08/2013. Diário do Judiciário: 19/08/2013.

- Apelação Cível 1.0024.02.741147-9/001 - 7411479-23.2002.8.13.0024. Acórdão: 27/11/2003. Diário do Judiciário: 03/02/2004.

...

ÍNDICE NUMÉRICO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Órgão Especial

Número	Espécie	Comarca	Relator: Des.	Pág.
1.0000.11.037668-8/000	Ação Penal - Ord.	Belo Horizonte	Paulo César Dias	53
1.0313.13.023933-5/002	Arg. Inconst.	Ipatinga	Corrêa Camargo	47

Jurisprudência Cível

Número	Espécie	Comarca	Relator: Des.	Pág.
1.0000.16.006627-0/001	Agr.Instr.Cível	Belo Horizonte	Evangelina Castilho Duarte	128
1.0000.16.017131-0/001	Agr.Instr.Cível	Belo Horizonte	Dárcio Lopardi Mendes	265
1.0000.16.017524-6/001	Agr.Instr.Cível	Juiz de Fora	Pedro Aleixo	161
1.0003.06.018686-7/007	Ap. Cível	Abre-Campo	Alexandre Santiago	270
1.0003.09.031458-8/001	Ap. Cível	Abre-Campo	Evandro Lopes da Costa Teixeira	179
1.0003.16.000237-8/001	Ap. Cível	Abre-Campo	Wilson Benevides	60
1.0016.10.009388-5/002	Ap. Cível	Alfenas	Mariza de Melo Porto	141
1.0024.09.546031-7/001	Ap. Cível	Belo Horizonte	Judimar Biber	298
1.0024.10.174513-1/001	Ap. Cível	Belo Horizonte	Aparecida Grossi	209
1.0024.10.178619-2/001	Ap. Cível	Belo Horizonte	Sérgio André da Fonseca Xavier	214
1.0024.11.168357-9/001	Ap. Cível	Belo Horizonte	Wagner Wilson Ferreira	207
1.0024.13.130883-5/002	Ap. Cível	Belo Horizonte	Juliana Campos Horta	285
1.0024.13.203004-0/001	Ap. Cível	Belo Horizonte	Hilda Teixeira da Costa	216
1.0024.13.297815-6/001	Ap. Cível	Belo Horizonte	Teresa Cristina da Cunha Peixoto	291
1.0024.13.324469-9/001	Ap.Cível/Reex.Nec.	Belo Horizonte	Ronaldo Claret de Moraes	226
1.0024.14.007802-3/001	Ap. Cível/Reex.Nec.	Belo Horizonte	Ana Paula Caixeta	131
1.0024.14.076976-1/001	Ap. Cível	Belo Horizonte	Leite Praça	279
1.0024.14.083444-1/001	Ap. Cível/Reex.Nec.	Belo Horizonte	Edilson Fernandes	283
1.0024.14.144340-8/001	Ap. Cível	Belo Horizonte	Marco Aurelio Ferenzini	207
1.0024.14.292088-3/001	Agr.Instr.Cível	Belo Horizonte	Álvares Cabral da Silva	219
1.0024.14.329683-8/001	Ap. Cível	Belo Horizonte	Carlos Henrique Perpétuo Braga	230
1.0024.15.126742-4/001	Ap. Cível	Belo Horizonte	Belizário de Lacerda	201
1.0024.15.134740-8/001	Ap. Cível	Belo Horizonte	Carlos Roberto de Faria	203
1.0027.10.006171-5/002	Ap. Cível	Betim	Luciano Pinto	123
1.0051.12.001692-1/001	Ap. Cível	Bambuí	José Flávio de Almeida	77
1.0056.09.208361-9/001	Ap. Cível	Barbacena	Jair Varão	290
1.0056.11.016378-1/001	Agr.Instr.Cível	Barbacena	Roberto Soares de Vasconcellos Paes	157
1.0074.13.003744-8/001	Ap. Cível	Bom Despacho	Gilson Soares Lemes	245
1.0079.07.383745-6/001	Ap. Cível	Contagem	Alberto Diniz Junior	232
1.0079.09.990728-3/002	Ap. Cível	Contagem	Luís Carlos Gambogi	234
1.0079.13.005787-4/001	Ap. Cível/Reex.Nec.	Contagem	Washington Ferreira	121
1.0105.12.023191-2/001	Ap. Cível	Gov. Valadares	Mariangela Meyer	174
1.0105.12.025190-2/001	Ap. Cível	Gov.Valadares	Márcio Idalmo Santos Miranda	177
1.0106.14.000766-2/001	Ap. Cível	Cambuí	Mota e Silva	65
1.0106.14.004098-6/001	Ap. Cível	Cambuí	Vicente de Oliveira Silva	114
1.0133.15.004766-9/001	Ap. Cível	Carangola	Raimundo Messias Júnior	119
1.0145.10.058695-0/002	Ap. Cível	Juiz de Fora	Antônio Bispo	278

1.0145.12.052985-7/001	Ap. Cível	Juiz de Fora	Heloísa Combat	187
1.0145.13.020494-7/001	Ap. Cível	Juiz de Fora	Newton Teixeira Carvalho.....	167
1.0145.13.020923-5/001	Ap. Cível	Juiz de Fora	Saldanha da Fonseca	169
1.0145.14.053150-3/001	Ap. Cível	Juiz de Fora	Eduardo Mariné da Cunha.....	191
1.0188.14.009740-6/001	Agr.Instr.Cível	Nova Lima	Peixoto Henriques	257
1.0209.14.003595-4/001	Agr.Instr.Cível	Curvelo	Armando Freire	109
1.0223.14.014707-3/001	Agr.Instr.Cível	Divinópolis	Cláudia Maia.....	150
1.0231.11.019097-3/001	Ap. Cível	Rib. das Neves	Yeda Athias	163
1.0261.13.009765-0/001	Ap. Cível	Formiga	Amorim Siqueira.....	145
1.0281.14.001069-1/001	Ap. Cível/Reex.Nec	Guapé	Amauri Pinto Ferreira	69
1.0290.13.015467-4/001	Ap. Cível	Vespasiano	Versiani Penna.....	153
1.0312.07.006299-6/001	Ap. Cível	Ipanema	Geraldo Augusto de Almeida	252
1.0313.07.229335-7/001	Ap. Cível	Ipatinga	Alberto Henrique	218
1.0313.09.295504-3/001	Ap. Cível	Ipatinga	José Augusto Lourenço dos Santos.....	222
1.0313.14.007912-7/001	Ap. Cível	Ipatinga	Ângela de Lourdes Rodrigues.....	134
1.0313.14.020489-9/002	Agr.Instr.Cível	Ipatinga	Tiago Pinto.....	165
1.0319.13.002961-8/004	Emb.Infring.	Itabirito	Marcos Lincoln.....	95
1.0319.13.003423-8/001	Ap. Cível	Itabirito	Shirley Fenzi Bertão.....	106
1.0331.13.000004-4/003	Ap. Cível	Itanhandu	Estevão Lucchesi.....	59
1.0334.15.002146-0/001	Agr.Instr.Cível	Itapajipe	Otávio de Abreu Portes	91
1.0335.15.001834-9/001	Agr.Instr.Cível	Itapecerica	Moreira Diniz	83
1.0338.11.000043-1/001	Ap. Cível	Itaúna	Oliveira Firmo	236
1.0351.15.001718-1/001	Ap. Cível	Janaúba	Mônica Libânio Rocha Bretas.....	80
1.0390.13.006324-6/001	Agr.Instr.Cível	Machado	José Arthur Filho	126
1.0392.09.016848-6/001	Ap. Cível	Malacacheta	Fernando de Vasconcelos Lins	263
1.0394.13.006352-9/001	Reex.Nec.Cível	Manhuaçu	Alice Birchall	254
1.0429.13.002244-6/001	Ap. Cível/Reex.Nec.	Monte Azul	Elias Camilo Sobrinho.....	93
1.0431.14.003182-1/001	Ap. Cível	Monte Carmelo	João Cancio	85
1.0433.14.014757-3/001	Ap. Cível	Montes Claros	José de Carvalho Barbosa.....	103
1.0439.14.012029-6/002	Ap. Cível	Muriae	Afrânio Vilela	151
1.0452.12.007319-5/001	Ap. Cível	Nova Serrana	Audebert Delage	148
1.0459.15.000869-4/002	Ap. Cível	Ouro Branco	Moacyr Lobato	129
1.0459.16.000396-6/001	Ap. Cível	Ouro Branco	Luiz Artur Hilário.....	67
1.0472.08.021296-3/001	Ap. Cível	Paraguaçu	Manoel dos Reis Morais	171
1.0479.10.001467-5/002	Ap. Cível	Passos	Arnaldo Maciel.....	75
1.0479.12.003989-2/001	Ap. Cível	Passos	Domingos Coelho	250
1.0518.13.002019-2/001	Ap. Cível	Poços de Caldas	Renato Dresch.....	86
1.0534.13.001552-0/001	Ap. Cível	Pres.Olegário	Sandra Fonseca.....	238
1.0625.98.002996-5/001	Ap. Cível	São João del-Rei	Áurea Brasil	99
1.0637.10.009327-6/001	Ap. Cível	São Lourenço	Marcelo Rodrigues.....	139
1.0637.15.001908-0/001	Agr.Instr.Cível	São Lourenço	Edgard Penna Amorim	84
1.0686.12.016582-0/001	Ap. Cível	Teófilo Otoni	Rogério Medeiros	159
1.0699.12.003814-5/001	Ap. Cível	Ubá	Pedro Bernardes	111
1.0702.13.062458-9/001	Agr.Instr.Cível	Uberlândia	Alberto Vilas Boas.....	198
1.0702.14.033129-0/001	Ap. Cível	Uberlândia	José Marcos Rodrigues Vieira	183
1.0702.15.081004-3/001	Agr.Instr.Cível	Uberlândia	Albergaria Costa	199
1.0704.12.004320-0/001	Ap. Cível	Unai	Valdez Leite Machado	99
1.0713.11.002656-2/001	Ap. Cível	Viçosa	Veiga de Oliveira.....	117
1.0720.10.003329-2/001	Ap. Cível	Visc.Rio Branco	Maurílio Gabriel.....	241

Jurisprudência Criminal

Número	Espécie	Comarca	Relator: Des.	Pág.
1.0000.16.007317-7/000	Desafor. Julgam.	Capelinha	Jaubert Carneiro Jaques	335
1.0000.16.020631-4/000	Habeas Corpus	Santa Rita do Sapucaí	Marcílio Eustáquio Santos	355
1.0000.16.022046-3/000	Habeas Corpus	Monte Alegre de Minas	Octavio Augusto de Nigris Bocalini	357
1.0000.16.023916-6/000	Habeas Corpus	Sabará	Pedro Vergara	346
1.0000.16.027055-9/000	Habeas Corpus	Pompéu	Herbert José Almeida Carneiro.....	395
1.0024.04.198356-0/001	Apel. Crim.	Belo Horizonte	Matheus Chaves Jardim.....	372
1.0024.10.284879-3/001	Apel. Crim.	Belo Horizonte	Renato Martins Jacob	399
1.0027.13.015748-3/001	Apel. Crim.	Betim	Paulo Calmon Nogueira da Gama	340
1.0043.12.000347-0/001	Apel. Crim.	Areado	Agostinho Gomes de Azevedo.....	374
1.0064.07.001094-3/001	Apel. Crim.	Belo Vale	Kárin Emmerich.....	313
1.0079.13.018654-1/002	Ag. em Exec. Penal	Contagem	Antônio Carlos Cruvinel.....	394
1.0079.15.010004-2/001	Apel. Crim.	Contagem	Júlio César Lorens	339
1.0093.06.011182-5/001	Apel. Crim.	Buritit	Eduardo Machado	385
1.0134.12.005273-0/001	Rec.Sent.Est.	Caratinga	Beatriz Pinheiro Caires	330
1.0143.14.000347-4/001	Rec.Sent.Est.	Carmo do Paranaíba	Corrêa Camargo	305
1.0151.10.001376-3/001	Apel. Crim.	Cássia	Edison Feital Leite.....	381
1.0188.15.001572-8/001	Apel. Crim.	Nova Lima	Eduardo Brum.....	321
1.0242.05.010518-6/001	Apel. Crim.	Espera Feliz	Denise Pinho da Costa Val.....	383
1.0301.08.042191-2/001	Apel. Crim.	Igarapé	Catta Preta	370
1.0335.14.000826-9/001	Apel. Crim.	Itapeceira	Rubens Gabriel Soares	377
1.0343.11.001493-7/001	Apel. Crim.	Itumirim	Fortuna Giron	317
1.0349.12.000637-5/001	Apel. Crim.	Jacutinga	Adilson Lamounier.....	310
1.0382.14.013109-7/001	Apel. Crim.	Lavras	Maria Luíza de Marilac	345
1.0393.08.022259-8/001	Apel. Crim.	Manga	Flávio Batista Leite.....	360
1.0400.15.001631-1/001	Apel. Crim.	Mariana	Cássio Salomé	322
1.0429.10.001514-9/001	Apel. Crim.	Monte Azul	Doorgal Andrada	319
1.0433.14.039574-3/001	Apel. Crim.	Montes Claros	Paulo César Dias	397
1.0479.11.018055-7/001	Apel. Crim.	Passos	Luziene Medeiros do N. B. Lima (JD Conv.) ..	347
1.0480.12.018579-2/001	Apel. Crim.	Patos de Minas	Alexandre Victor de Carvalho	390
1.0480.13.019862-9/001	Apel. Crim.	Patos de Minas	Sálvio Chaves	353
1.0487.10.004848-6/001	Apel. Crim.	Pedra Azul	Nelson Missias de Moraes	327
1.0518.12.025659-0/001	Apel. Crim.	Poços de Caldas	Wanderley Paiva.....	366
1.0518.13.000446-9/001	Rec.Sent.Est.	Poços de Caldas	Alberto Deodato Neto	309
1.0672.12.006400-7/001	Apel. Crim.	Sete Lagoas	Júlio Cesar Gutierrez	331
1.0680.03.000268-6/001	Apel. Crim.	Taiobeiras	Furtado de Mendonça	301

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Número	Espécie	Relator: Min.	Pág.
742.765	AgRg no Agravo em Recurso Especial	Jorge Mussi	403
1.601.533	Recurso Especial	João Otávio de Noronha	405

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Número	Espécie	Relator: Min.	Pág.
133.984	Habeas Corpus	Cármem Lúcia	409
672.930	Agr. Reg. no Rec. Ext. com agravo	Rosa Weber	412

ÍNDICE ALFABÉTICO E REMISSIVO

- A -

ABSOLVIÇÃO IMPRÓPRIA

Tentativa de homicídio - Absolvição imprópria - Acusado inimputável - Aplicação de medida de segurança - Existência de outras teses defensivas - Art. 415, parágrafo único, do Código de Processo Penal - Sentença - Nulidade - Decretação - Precedentes do STJ..... 383

ABUSO DE AUTORIDADE E COAÇÃO NO CURSO DO PROCESSO

Policial militar - Absolvição - Impossibilidade - Autoria e materialidade devidamente comprovadas - Conjunto probatório firme - Agressão injusta e desproporcional - Inteligência do art. 3º, I, da Lei nº 4.898/65 - Decretação da perda do cargo - Pedido ministerial - Desnecessidade - Previsão legal expressa - Art. 92, I, do Código Penal - Custas processuais - Isenção - Aplicação da Súmula 58 do TJMG 347

AÇÃO CIVIL PÚBLICA

Improbidade administrativa - Propositura pelo município em face de ex-prefeito - Convênio firmado com o governo federal - Recursos recebidos - Incorporação ao patrimônio municipal - Ilícito na execução do acordo - Prejuízo ao erário - Pedido de ressarcimento - Forma de indenização - Município - Legitimidade ativa *ad causam* 252

Pedido - Condenação - Obrigação de fazer - Ente público - Construção de celas na delegacia de polícia para acolhimento provisório de menores até apresentação ao Ministério Público - Critérios de conveniência e oportunidade da Administração Pública - Interferência do Poder Judiciário - Inadmissibilidade - Ausência de prejuízo aos menores - Manutenção em sala separada - Art. 175, § 2º, do ECA..... 148

Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (Sinase) - Plano municipal de atendimento socioeducativo - Prazo para elaboração - Vencimento - Obrigação do Município 254

AÇÃO CIVIL PÚBLICA AMBIENTAL

Atividade poluidora - Mineração - Meio ambiente - Reparação de danos - Obrigação *propter rem* - Medidas corretivas e de prevenção - Proprietário do terreno - Superfidiário - Participação nos lucros - Contrato de locação - Poluidor - Conceito - Enquadramento - Responsabilidade solidária - Legitimidade passiva - Caracterização 257

AÇÃO DE COBRANÇA

Dívida comprovada - Sucessão empresarial - Reconhecimento por presunção - Índícios e provas convincentes - Possibilidade - Responsabilidade solidária pelo pagamento - Reconhecimento 218

AÇÃO DE COBRANÇA C/C INDENIZAÇÃO

Sistema de pirâmide financeira - Ilegalidade do objeto - Nulidade do negócio jurídico - Impossibilidade de pretensão de ressarcimento - Danos materiais e morais - Não configuração 167

AÇÃO DE MANUTENÇÃO DE POSSE

Área rural comum - Frações ideais - Delimitação fática - Composse *pro diviso* - Acessão - Construção de apartamento - Recursos próprios - Uso exclusivo - Demais compossuidores - Exercício da posse - Exclusão 95

AÇÃO DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO

Cooperativa - Autoliquidação extrajudicial - Suspensão do processo - Artigo 76 da Lei 8.764/71 - Inaplicabilidade - Ação de conhecimento - Massa liquidanda - Efeitos imediatos - Inexistência - Tentativa de reestruturação - Ausência de prejuízo - Prosseguimento da ação 157

AÇÃO DE USUCAPIÃO

Herdeiro-Condômino - Possibilidade - Herança - Partilha efetuada - Posse indivisa - Imóvel - Posse exclusiva - Comprovação - Ausência de oposição - Requisitos legais - Presença - Prescrição aquisitiva - Configuração 179

AÇÃO DECLARATÓRIA C/C CONDENATÓRIA

Contrato verbal de locação com a administração pública - Art. 60 da Lei 8.666/93 - Nulidade - Princípio da instrumentalidade das formas - Celebração do contrato - Obrigação de indenizar - Valor contratado - Ônus da prova - Prova exclusivamente testemunhal - Art. 401 do CPC/1973 - Vedação 290

AÇÃO DECLARATÓRIA INCIDENTAL

Desnecessidade - Pedido de retrocessão - Artigo 35 do Dec. Lei nº 3.365/41 - Discussão sobre sua recepção - Controle incidente da constitucionalidade - Matéria de ordem pública - Requerimento por simples petição no processo principal 198

AÇÃO DEMOLITÓRIA

Obra irregular - Alteração da fachada do edifício - Aprovação unânime da assembleia de condôminos - Necessidade 207

AÇÃO INIBITÓRIA

Ação demolitória - Reintegração de posse - Pedido de antecipação de tutela - Construção em faixa de domínio e área *non aedificandi* de rodovia administrada pelo DER/MG - Ilegalidade da obra - Demolição de imóvel - Possibilidade..... 245

AÇÃO MONITÓRIA

Ausência de título executivo - Contrato sem assinatura de testemunhas - Adequação da via eleita - Associação - Condição para desligamento - Impossibilidade - Obrigação com termo certo - Mora ex re 241

ADOÇÃO

Morte do adotando - Reconhecimento posterior - Possibilidade - Aplicação de analogia - Art. 42, § 6º, do Estatuto da Criança e do Adolescente 129

ALIENAÇÃO DE BENS IMÓVEIS APÓS PENHORA

- Imóvel residencial - Único imóvel resguardado - Bem de família - Impenhorabilidade - Lei 8.009/90 - Insolvência por equiparação - Fraude à execução - Ineficácia da alienação 165

ALVARÁ DE CONSTRUÇÃO

Ato formal e vinculado - Presunção de definitividade - Posterior cassação sumária pelo Poder Público - Eficácia do ato - Desconstituição - Ilegalidade e abusividade - Repercussão nos direitos individuais - Processo administrativo - Princípios - Não observância - Vedação - Direito líquido e certo configurado..... 283

AMEAÇA

Perigo para a vida ou saúde de outrem - Desobediência a decisão judicial (art. 359, CP) - Desclassificação - Desobediência (art. 330, CP) - Lei Maria da Penha - Medidas protetivas de urgência - Descumprimento - Sanção - Prisão preventiva - *Bis in idem* 340

ANTECIPAÇÃO DE TUTELA

Obrigação de fazer - Fosfoetanolamina sintética ("pílula do câncer") - Produção e fornecimento - Inexistência de verossimilhança da alegação - Ausência de prescrição médica - Ausência de autorização da Anvisa 91

ASSÉDIO MORAL

Lei Complementar estadual 116/2011 - Servidor - Ostracismo temporário - Conduta administrativa - Inadequação - Recolocação do servidor - Demora - Ausência de justificativa - Condições de trabalho - Degradação - Exposição pessoal - Boatos e comentários - Dano moral devido - Indenização - Valor - Conduta - Gravidade - Ponderação - Honorários - Fixação adequada - Juros e correção monetária - ADIs 4.357 e 4.425 - Efeitos - Modulação 226

ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR

Estupro - Fatos ocorridos anteriormente à Lei 12.015/09 - Desclassificação - Contravenção penal de importunação ofensiva ao pudor - Tentativa 313

AUTORIZAÇÃO JUDICIAL PARA INTERRUPTÃO DE GRAVIDEZ

Má-formação fetal - Síndrome de Edwards - Aborto necessário - Risco iminente à vida da gestante - Ausência de prova - Gravidez de risco - Alegação insuficiente - Aborto eugênico - Nascituro - Direito à vida - Princípio da dignidade da pessoa humana - Gravidez em estágio avançado 62

- C -

CLÁUSULA DE INCOMUNICABILIDADE

Doação - Compra e venda - Negativa de registro - Cancelamento judicial do gravame - Suscitação de dúvida - Inalienabilidade - Não configuração..... 201

CONCURSO PÚBLICO

Cadastro de reserva - Mera expectativa de direito - Candidato - Designação a título precário - Necessidade do serviço público - Carência de pessoal - Direito subjetivo à nomeação em caráter efetivo - Convolação 69

CONSÓRCIO

Aquisição de imóvel - Desistência do consorciado - Restituição das parcelas pagas - Momento da restituição 183

CONTRATO DE COMPRA E VENDA

Lesão - Requisitos presentes - Nulidade - Vício - Decurso do tempo - Consolidação - Impossibilidade - Decadência - Inaplicabilidade - *Status quo ante* - Retorno..... 270

CONTRATO DE TRANSPORTE DE LEITE

Rescisão unilateral - Descumprimento do contrato pelo transportador - Divergências intransponíveis com os produtores rurais e empregados das fazendas - Cláusula resolutiva expressa - Notificação desnecessária - Art. 474 do Código Civil - Indenização por perdas e danos - Não cabimento 214

CORRUPÇÃO ATIVA

Prova - Art. 333 do Código Penal - Configuração do delito - Condenação - Pena - Fixação no mínimo legal - Observância do critério trifásico - Manutenção - Custas processuais - Isenção - Impossibilidade 319

CRIME CONTRA AS RELAÇÕES DE CONSUMO

Artigo 7º, IX, da Lei 8.137/90 - Pena de multa alternativa - Suspensão condicional do processo - Cabimento - Proposta não oferecida - Nulidade - Princípio do devido processo legal - Ofensa 327

CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO

Regimental - Agravo em recurso especial - Subtração de coisa alheia móvel - Ausência de violência à pessoa, mas dirigida à coisa - Furto - Precedentes - Reenquadramento para roubo - Impossibilidade - Incidência da Súmula 7/STJ - Recurso improvido (STJ) 403

CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS

Condenação - Fato não narrado na denúncia - Artigo 384 do CPP - Inobservância - Sentença *extra petita* - Princípios da correlação - Ampla defesa - Contraditório - Violação - Recurso exclusivo da defesa - Improcedência da denúncia - Absolvção 370

- D -

DESAFORAMENTO

Possibilidade - Interesse da ordem pública - Dúvida sobre a imparcialidade do júri - Periculosidade dos réus - Temor da população - Requisitos suficientemente demonstrados - Falta de estrutura na comarca - Comprovação - Deslocamento para a Capital do Estado - Impossibilidade - Art. 427 do CPP - Existência de comarcas mais próximas - Desaforamento parcialmente deferido..... 335

DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA

Pedido de indenização - Imóvel demolido situado em área de risco - Desocupação - Anuência do morador - Interesse do mesmo no financiamento de outra moradia - Programa "Minha Casa, Minha Vida" - Indenização indevida 121

DESOBEDIÊNCIA A DECISÃO JUDICIAL (ART. 359, CP)

Ameaça - Perigo para a vida ou saúde de outrem - Desclassificação - Desobediência (art. 330, CP) - Lei Maria da Penha - Medidas protetivas de urgência - Descumprimento - Sanção - Prisão preventiva - *Bis in idem* 340

DESPEJO C/C COBRANÇA

Abandono do imóvel pelo locatário antes da citação - Extinção da ação - Perda do objeto - Artigo 267, I e VI, do CPC - Impossibilidade - Caráter múltiplo da pretensão - Desocupação e rescisão do contrato com retomada da posse e cobrança de alugueis e acessórios 151

DESPRONÚNCIA

Homicídio doloso - Tipicidade do fato - Nexo causal - Ausência de prova - Materialidade - Incerteza - Artigo 414 do CPP - Aplicação - Crimes conexos - Remessa ao juiz competente 309

DIREITO À EDUCAÇÃO

Direito fundamental - Matrícula em UMEI - Indisponibilidade de vagas - Dever do Município - Instituição próxima à residência do menor - Teoria do fato consumado - Segurança jurídica - Honorários advocatícios - Fazenda Pública 131

DOAÇÃO INOFICIOSA

Ação anulatória - Prescrição - Inexistência - Herdeiros necessários - Legítima - Garantia - Excesso - Comprovação - Nulidade - Decote 141

- E -

EDIFICAÇÃO DE POSTO DE GASOLINA

Alvará de construção - Concessão sob a égide de determinada Lei - Alteração legislativa posterior - Empreendimento - Características - Alterações relevantes - Redução da área do imóvel - Mudança na titularidade do empreendedor - Lei municipal vigente - Desconformidade - Suspensão do alvará - Ordem mantida 109

EMBARGOS À EXECUÇÃO

Título executivo extrajudicial - Nota promissória - Assinatura falsa - Vício de forma - Ausência de requisito essencial - Art. 54, § 4º, do Dec. 2.044/1908 - Título inexistente 104

EMBARGOS DE TERCEIRO

Execução fiscal - Imóvel - Doação parcial após citação - Fraude à execução - Configuração - Bem de família - Comprovação - Impenhorabilidade - Abrangência - Totalidade do bem 153

Nulidade de penhora - Benfeitorias realizadas no imóvel - Averbação e registro - Desnecessidade - Bem de família - Impenhorabilidade - Não ocorrência - Imóvel residencial e comercial - Dupla destinação - Divisibilidade do bem - Penhora da parte comercial - Parte residencial - Ausência de prejuízo 80

EMBRIAGUEZ AO VOLANTE

Crime de perigo concreto - Ofensa à segurança viária - Ausência de prova - Princípio da lesividade 390

ESPAÇO PÚBLICO

Utilização por particular - Barracas comerciais - Mera tolerância da Administração Pública - Ato negocial discricionário e precário - Revogação - Oportunidade e conveniência - Reintegração de posse - Demolição - Indenização - Não cabimento 139

ESPÓLIO

Reserva de bens - Dívida do *de cujus* - Cobrança - Denúnciação à lide - Art. 70, III, do CPC/73 - Obrigação de indenizar em regresso - Ausência - Supressão de instância - Inexistência 128

ESTACIONAMENTO ROTATIVO

Direito Constitucional, Civil e Administrativo - Lei municipal - Dever de indenizar - Direito Civil - Competência da União - Consonância da decisão recorrida com a jurisprudência cristalizada no Supremo Tribunal Federal - Recurso

extraordinário que não merece trânsito - Reelaboração da moldura fática - Procedimento vedado na instância extraordinária - Recurso manejado em 28.02.2014 (STF) 412

ESTELIONATO

Disposição de coisa alheia como própria - Comercialização de bens de pessoa jurídica sem anuência do sócio - Fraude de contrato de compra e venda - Aproveitamento de nulidade contratual a que deu causa - Obtenção de vantagem ilícita em prejuízo alheio - Art. 171, § 2º, I, do Código Penal - Tipicidade - Condenação 331

Emissão de cheque pós-datado - Dívida de valor - Fraude - Não ocorrência - Elemento constitutivo do tipo penal - Ausência - Atipicidade - Absolvição 317

EXECUÇÃO

Empresa executada - Citação do representante legal - Ocorrência - Citação da pessoa jurídica - Desnecessidade .. 207

EXECUÇÃO DA PENA

Regime prisional - Progressão - Exame criminológico - Prescindibilidade 394

EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL

Duplicata virtual - Boleto bancário - Mercadorias - Comprovante de entrega - Nota fiscal - Protesto por indicação - Valores - Desconformidade - Título - Descaracterização - Execução - Extinção 279

EXECUÇÃO FISCAL CONTRA MASSA FALIDA

ICMS - Multa de revalidação - Moratória - Penalidade administrativa - Não incidência - Exclusão - Juros moratórios - Fluência - Interrupção - Pagamento - Condição - Sobra de ativo 99

EXECUÇÃO POR QUANTIA CERTA

Penhora *on-line* - Conta bancária do cônjuge do executado - Regime de comunhão universal de bens - Comunicação de dívidas - Art. 592, IV, do CPC/1973 - Art. 1.667 do CC/2002 - Reserva da meação 126

- F -

FAUTE DU SERVICE

Apreensão de objetos de pesca - IEF/MG - Responsabilidade estatal pela guarda dos bens - Furto praticado por terceiros - Ausência de quebra denexo causal - Omissão da administração pública - Teoria da culpa do serviço público - *Faute du service* - Responsabilidade subjetiva do Instituto Estadual de Florestas (IEF) - Obrigação de indenizar - Configuração - Culpa *in vigilando* - Danos materiais - Valor comprovado nos autos - Honorários advocatícios - Manutenção 238

FEMINICÍDIO TENTADO

Habeas corpus - Prisão em flagrante - Conversão em prisão preventiva *ex officio* - Legalidade - Art. 310, II, do CPP - Alvará de soltura - Primariedade e bons antecedentes - Condições insuficientes - *Periculum libertatis* - Gravidade concreta do delito - Garantia da ordem pública - Constrangimento ilegal não demonstrado - Ordem denegada . 364

FURTO MAJORADO

Repouso noturno - Princípio da insignificância - Réu reincidente - Furto tentado - Inversão da posse da *res furtiva* - Redução da pena-base e alteração de regime - Circunstâncias judiciais desfavoráveis - Reincidência e maus antecedentes - Vítima maior de 60 anos - Obrigação de reparar danos - Violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa 385

FRANQUIA

Contrato - Rescisão - Relação negocial - Comprovação - Descumprimento - Caracterização - Ruptura do pacto - Valores devidos - Inadimplemento - Pagamento - Condenação 250

FURTO

Forma qualificada - Majorante do repouso noturno - Compatibilidade - Crime praticado em estabelecimento comercial - Incidência da causa de aumento de prevista no § 1º do art. 155 do Código Penal - Possibilidade 250

FURTO QUALIFICADO

Arrombamento - Escalada - Reincidência - Confissão espontânea - Compensação - Reincidência específica - Tentativa - Fração de diminuição de pena - *Iter criminis* - Proximidade da consumação do delito 366

FURTO QUALIFICADO

Concurso de pessoas - Desclassificação - Furto simples tentado - Recuperação imediata da *res furtiva* - Irrelevância - Inversão da posse - Dolo - Teoria da *amotio* - Redução da pena-base - Necessidade - Razoabilidade e proporcionalidade - Regime semiaberto - Manutenção - Substituição da pena - Réu reincidente 397

FURTO QUALIFICADO PELO ABUSO DE CONFIANÇA

Qualificadora - Decote - Impossibilidade - Relação pessoal e diferenciada entre vítima e réu - Vínculo de lealdade/fidelidade - Privilégio - Grau de redução - Fundamentação - Inexistência - Aumento - Fração máxima - Possibilidade - Custas - Isenção - Matéria afeta à execução penal 345

- G -

GOLPE DO ENVELOPE VAZIO

Depósito - Terminal de autoatendimento - Serviço bancário - Prestação - Falha - Resolução 3.694/2009 do Bacen - Princípio da boa-fé objetiva - Inobservância - Relação de consumo - Responsabilidade objetiva - Dever de indenizar ... 191

- H -

HABEAS CORPUS

Salvo conduto - Execução cível - Ordem de pagamento sob pena de configuração do crime de desobediência - Bloqueio de valores em contas bancárias - Liberdade de locomoção - Ausência de ameaça 355

Delito do art. 16, *caput*, da Lei nº 10.826/2003 - Paciente portando munição - Atipicidade material da conduta - Incidência do princípio da insignificância - Ordem concedida (STF) 409

HABEAS CORPUS PREVENTIVO

Reitor da USP - Ordem judicial - Fornecimento de fosfoetanolamina sintética - Pílula do câncer - Descumprimento - Crime de desobediência - Inquérito policial - Instauração - Justa causa - Ausência - Constrangimento ilegal - Salvo-conduto - Expedição - Ordem concedida 357

HOMICÍDIO

Crimes conexos - Sentença de pronúncia - Competência do Tribunal do júri - Desmembramento dos autos em relação a corréu - Remessa dos autos ao juízo singular - Impossibilidade 305

HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO

Motivo fútil - Recurso que dificultou a defesa da vítima - Discussão acalorada antecedente - Ofensas proferidas pela vítima - Comprovação - Ataque sorrateiro, insidioso e inesperado - Inocorrência - Qualificadoras manifestamente improcedentes - Exclusão da pronúncia 330

HOMICÍDIO QUALIFICADO

Preliminar - Oitiva do réu - Advogado - Ausência - Interrogatório - Lei 10.792/2003 - Realização anterior - *Tempus regit actum* - Nulidade inexistente - Confissão espontânea - Reconhecimento - Inviabilidade - Alegada legítima defesa - Defensora dativa - Honorários - Juízo *a quo* - Fixação - Mandado de prisão - Expedição - STF - HC 126.292/SP 301

HOMICÍDIOS CULPOSOS NA DIREÇÃO DE VEÍCULO

Defeito mecânico - Imobilização na via pública - Sinalização Inadequada - Engavetamento - Colisão - Morte - Dever objetivo de cuidado - Inobservância 399

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

Defensor dativo - Idoneidade da certidão apresentada pelo autor - Erro da secretaria do juízo - Imputação ao advogado - Impossibilidade - Honorários de sucumbência - Redução - Critério do art. 20, § 4º, e alíneas do § 3º - Cabimento..... 119

Nova fixação - Condição - Novos trabalhos executados - Não comprovação - Descabimento 75

- I -

ICMS

Ação anulatória de débito tributário - Mercadoria alienada em um ente da Federação - Emissão de nota fiscal em filial situada em outro ente federativo - Fato gerador - Configuração - Local de realização da operação - Multa tributária - Princípio da vedação ao confisco 86

IDOSO

Realização de negócio jurídico - Plena capacidade física e mental - Ação civil pública - Ministério Público - Defesa de direito individual disponível - Ilegitimidade ativa - Configuração - Extinção do processo sem resolução de mérito - Inteligência do artigo 267, VI, do CPC/73 117

IMIÇÃO DE POSSE

Pretensão de reaver a posse de bem imóvel público - Matéria de defesa - Restrição à ineficácia do título - *Fumus boni iuris* e *periculum in mora* - Presença 84

INCÊNDIO PROVOCADO EM MATA OU FLORESTA

Art. 41, *caput*, da Lei federal nº 9.605/98 - Absolvição - Ausência de dano ambiental - Boletim de ocorrência - Danos em árvores nativas - Comprovação - Intervenção realizada sem prévia autorização - Desconhecimento da lei - Inadmissibilidade - Condenação mantida 381

INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE

Irrelevância - Art. 297, § 1º, IV, do Regimento Interno do TJMG - Dispositivo revogado - Manutenção - Princípios do *tempus regit actum* e da segurança jurídica - Debates em Sessão do Órgão Especial - Fundamento diverso - Não conhecimento do incidente - Falta de interesse processual 47

INDENIZAÇÃO

Acidente de trânsito - Animal na pista - Atropelamento - Concessionária de serviço público - Responsabilidade objetiva - Art. 37, § 6º, da CR/88 - Dano material - Prova - Orçamento de oficinas especializadas - Dano moral - Configuração - Dever de indenizar - Juros de mora - Responsabilidade extracontratual - Incidência - Súmula 54 do STJ - *Reformatio in pejus* - Vedação..... 145

INDENIZAÇÃO POR ACESSÃO

Retenção - Construção de casa - Possuidores de boa-fé - *Animus domini* - Possibilidade - Reconvenção - Ressarcimento - Fruição da casa - Aluguéis - Pagamento - Início - Data da ocupação - Compensação - Viabilidade 123

INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL

Aquisição de pedras para piso - Manchas - Avaria - Comprovação - Restituição do valor pago e devolução do piso - *Status quo ante* - Danos morais - Não configuração - Meros dissabores - Indenização não devida - Decote..... 65

Leilão - Veículo - Arrematação - Transferência - Entrega da documentação - Demora - Dano moral - Configuração - Empresa organizadora - Legitimidade passiva..... 232

INTERCEPTAÇÃO DE DADOS TELEMÁTICOS

Quebra de sigilo - Suposta prática de crimes de iniciativa privada - Ação cautelar para obtenção de provas - Ilegitimidade ativa - Decadência 353

INVENTÁRIO

Herdeiros menores - Testamento - Ausência - Inventário judicial - Opção da parte - Interesse de agir - Imposição de realização extrajudicial - Não cabimento..... 60

ISENÇÃO DE ITBI

Mandado de segurança - Pessoa jurídica - Integralização de capital social - Bens imóveis - Art. 156, § 2º, I, da CR/88 - Art. 37 do CTN - Atividade preponderante - Contrato social - Administração de imóveis próprios - Atividade secundária - Locação de imóveis próprios - Direito líquido e certo - Ausência de prova pré-constituída - Dilação probatória - Ordem denegada 236

ISSQN

Construção - Venda - Imóveis - Incorporação direta - Programa de Arrendamento Residencial - Prestação de serviço - Ausência - Não incidência 234

Serviços notariais e registrais - Inexigibilidade do tributo - Posterior declaração de constitucionalidade da cobrança pelo STF - Relação jurídica continuativa - Alteração do estado de direito - Superação da coisa julgada 83

- L -

LATROCÍNIO

Desistência voluntária - Interrupção da conduta - Circunstâncias alheias à vontade do agente - Tentativa caracterizada 339

Subtração de bens - Ausência - Morte - Ocorrência - Delito consumado - Cooperação dolosamente distinta - Artigo 29, § 1º do CP - Inexistência - Resultado previsível 372

Tentativa - Roubos majorados - Concurso material - Emprego de violência contra diversas pessoas - Afetação de apenas um patrimônio - Crime único 322

LATROCÍNIO E SÚMULA 610/STF

Absolvição - Impossibilidade - Negativa de autoria isolada - Confissão extrajudicial - Materialidade demonstrada - Fato conjunto probatório - Tentativa - Desclassificação - Inviabilidade - Morte da vítima - Súmula 610 do STF - Condenação mantida 317

LOCAÇÃO

Imóvel comercial - Turbação - Obras irregulares - Locatário impedido de utilizar o imóvel locado - Responsabilidade do locador - Dever de garantir o uso pacífico - Indenização - Danos morais - Lucros cessantes 174

LOCAÇÃO DE IMÓVEIS

Exercício do direito de compra previsto contratualmente - Fato imprevisível - Inocorrência 114

- M -

MANDADO DE SEGURANÇA

Ato administrativo - Redução de vencimento de servidores públicos - Exercício do poder de autotutela - Prejuízo ao administrado - Ausência de prévio processo administrativo - Princípios do contraditório e da ampla defesa - Concessão da segurança - Nulidade do ato 93

MEDIDA CAUTELAR

Arrolamento de bens - Sócio retirante - Interesse de agir - Dissolução parcial de sociedade - Fundado receio de dilapidação dos bens - Conservação do patrimônio social 230

MINÉRIO DE FERRO

Compra e venda - Direito de lavra - Promessa de arrendamento - Termo aditivo - Restabelecimento do contrato - Real intenção das partes - Prevalência - Art. 112 do Código Civil - Cláusulas contratuais - Cumprimento - Obrigatoriedade - Danos materiais - Prova - Ausência - Honorários advocatícios - Majoração - Cabimento 285

- N -

NEGÓCIO JURÍDICO

Nulidade - Ação declaratória - Pedido de tutela de urgência - Art. 300 do novo Código de Processo Civil - Requisito - Probabilidade do direito da alegação - Ausência - Medida requerida - Indeferimento 150

NOTA PROMISSÓRIA

Falecimento do cônjuge emitente do título - Ausência de assinatura do cônjuge sobrevivente - Ilegitimidade passiva em ação de execução embasada nesse título 77

- P -

PARTILHA

Herdeiro necessário preterido - Anulatória - Prazo prescricional - Art. 205 do Código Civil - Aplicabilidade - Prescrição - Não ocorrência - Impossibilidade jurídica do pedido - Inexistência - Nulidade - Declaração 216

PECULATO E INSERÇÃO DE DADOS FALSOS EM SISTEMA DE INFORMAÇÃO

Recurso do MP - Condenação pelo crime de lavagem de dinheiro - Ausência de prova - Ausência de dolo - *In dubio pro reo* - Inserção de dados falsos em sistema de informação - Crime meio - Princípio da consunção - Aplicação de ofício - Absolvição - Recurso da defesa - Suspensão condicional do processo - Lei 9.099/95 - Maus antecedentes - Não incidência - Redução da pena 360

PECULATO-DESVIO

Automóvel cedido para uso da Polícia Civil - Utilização em proveito próprio 374

PENSÃO PREVIDENCIÁRIA

Pagamento a maior - Ressarcimento ao erário - Poder de autotutela - Boa-fé do servidor público - Erro administrativo - Nulidade do ato 294

PERIGO PARA A VIDA OU SAÚDE DE OUTREM

Ameaça - Desobediência a decisão judicial (art. 359, CP) - Desclassificação - Desobediência (art. 330, CP) - Lei Maria da Penha - Medidas protetivas de urgência - Descumprimento - Sanção - Prisão preventiva - *Bis in idem* 340

PIRÂMIDE FINANCEIRA

Comércio eletrônico - Aquisição de pontos - Prova produzida - Ilícito civil - Participante - Risco de prejuízo futuro - Ciência - Vítima e autor ao mesmo tempo - Recomposição material e moral - Lesão a direito da personalidade - Não ocorrência - Conversão dos pontos em moeda corrente do País - Inviabilidade - Indenização - Inadmissibilidade 169

POSSE ILEGAL DE ARMA DE FOGO

Registro vencido - Atipicidade - Infração administrativa - Persecução penal - Ausência de justa causa - Constrangimento ilegal evidenciado - Trancamento da ação penal - Necessidade - *Habeas corpus* - Concessão da ordem 395

PROCEDIMENTO DE JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA

Autorização judicial - Visita de menor a padrasto em penitenciária - Genitora guardiã - Autonomia para condução da vida dos filhos - Relações pessoais - Livre arbítrio - Vida privada - Realidade social - Convívio familiar - Direito de visitas - Concessão 203

Retificação do registro de casamento - Modificação do regime de bens - Possibilidade - Art. 1.639, § 2º, do Código Civil - Fundamentação suficiente - Boa-fé dos cônjuges - Idoneidade das partes - Ausência de ofensa a direito de terceiros - Retificação determinada 163

PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR

Pena de demissão - Autoridade incompetente - Delegação - Ausência de previsão legal - Vício insanável - Decreto demissional - Convalidação - Impossibilidade - Competência - Requisito essencial - Nulidade do ato administrativo 199

PROPRIEDADE INDUSTRIAL

Indenização - Nome de marca - Reprodução parcial - Abstenção de uso - Direito de exclusividade sobre sílaba - Art. 124, XIX, da Lei 9.279/96 - Não incidência - Confusão entre as marcas - Impossibilidade - Desvio desleal de clientela - Proveito econômico parasitário - Não configuração - Registro no INPI - Marcas distintas - Produtos diferenciados - Livre concorrência de mercado 111

- Q -

QUEIXA-CRIME

Promotor de justiça - Calúnia - Vítimas - Desembargadores - Crime de corrupção passiva privilegiada - Ofensa irrogada em plenário - Dolo específico - *Animus caluniandi* - Comprovação - Ofensas - Limites da lide ultrapassados - Imunidade funcional - Art. 133, CF/88 - Inviolabilidade relativa - Crime de calúnia não alcançado - Precedentes do STF - Condenação decretada..... 53

- R -

REINTEGRAÇÃO DE POSSE

Benfeitorias - Apuração do valor - Prova testemunhal - Perícia não efetivada - Inércia do réu - Estimativa feita pelo magistrado com base na prova documental e testemunhal - Congruência e possibilidade 159

Coisa móvel - Perecimento - Culpa do credor - Art. 240 do CC - Material reutilizado - Ressarcimento - Apuração do valor devido - Liquidação de sentença - Honorários advocatícios - Art. 85, § 2º, do CPC..... 278

RENAJUD

Prontuário do veículo - Lançamento de impedimento - Execução de título extrajudicial - Preexistência de gravame - Cláusula de alienação fiduciária - Possibilidade de coexistência das restrições 161

RESPONSABILIDADE CIVIL

Danos morais - Menor de idade - Suspeita de maus-tratos - Acionamento da PM e do Conselho Tutelar pelas médicas que prestaram atendimento - Dever legal - Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) - Ausência de dolo ou culpa..... 187

RESPONSABILIDADE CIVIL DO MUNICÍPIO

Queda de árvore - Danos em veículo - Ato omissivo - Responsabilidade subjetiva - Indenização - Dano material - Prova - Condenação - Juros e correção monetária - Índices aplicáveis 291

Transporte escolar público - Aluno deixado do lado de fora da escola - Menor não transportado para casa - Responsabilidade civil objetiva - Dever de vigilância por parte do município - Indenização - Dano moral - Arbitramento - Observância aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade - Dano moral reflexo - Genitora - Legitimidade ativa 134

RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS

Responsabilidade civil - Agência de viagem - Contratação de transporte aéreo - Intermediação - Prestação de serviços - Defeito - Múltiplos prestadores - Responsabilidade solidária - Art. 25, § 1º, CDC - Denúnciação da lide - Impossibilidade - Relação de consumo - Celeridade - Exigência - Arts. 6º, VIII, e 88 do Código de Defesa do Consumidor - Legitimidade ativa - Qualidade - Gratuidade de justiça - Possibilidade - Declaração de pobreza assinada - Presunção relativa de necessidade - Danos materiais - Desembolso de taxas e aquisição de novas passagens - Danos morais - Peculiaridades do caso concreto - *Quantum* indenizatório - Prudente arbítrio do julgador - Princípios da proporcionalidade e da razoabilidade - Manutenção 222

- S -

SEGURO DPVAT

Recurso especial - Civil - Indenização - Credor putativo - Teoria da aparência (STJ)..... 405

SERASA

Banco de dados - Remoção de informação - Execução fiscal - Impossibilidade - Veracidade - Caráter público - Ilegalidade - Inexistência..... 103

SERVIÇOS MÉDICO-HOSPITALARES

Cobrança - Rede privada de saúde - Autorização da família do paciente - Estado de perigo - Não configuração - Denúnciação da lide - Município - Impossibilidade 209

SERVIDOR PÚBLICO APOSENTADO PELO RGPS

Cargo público - Vacância - Extinção do vínculo - Dispensa - Legalidade - Proventos de aposentadoria - Remuneração do cargo público - Percepção simultânea - Vedação - Direito líquido e certo - Inexistência..... 67

SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL

Ação - Autor - Falecimento - Inventário não aberto - Substituição processual por todos os herdeiros - Litisconsórcio ativo necessário - Art. 12 c/c art. 47, CPC/73 - Regularização - Oportunidade - Ausência - Sentença - Insubstância - Cassação 263

- T -

TELEFONIA CELULAR

Ação cominatória - Dano moral - Gravações e dados telefônicos - Correio de voz - Número não identificado - Telefone celular - Comunicação registrada em caixa postal - Armazenagem de dados - Contrato - Prazo expirado - Impossibilidade técnica..... 177

TEMPESTIVIDADE

Novo CPC/2015 - Entrada em vigor no curso do prazo recursal - Decisão publicada na vigência do CPC/1973 - Pretensão cautelar - Requisitos 219

TRANSAÇÃO JUDICIAL

Atos da parte - Efeitos imediatos - Art. 158 do Código de Processo Civil/73 - Sentença homologatória - Ato formal - Mera eficácia declarativa - Efeito de *semplique accertamento* 59

- U -

UBER

Mandado de segurança - Transporte de pessoas - Aplicativos de tecnologia móvel - Atividade econômica privada - Liberdade de exercício - Competência municipal - Poder de polícia - Fiscalização 265

USUCAPIÃO

Bem objeto de doação - Incapacidade do donatário - Causa impeditiva da prescrição - Posse - Comodato verbal - Ausência de *animus domini* 171

USUCAPIÃO EXTRAORDINÁRIA

Pressupostos - Presença - Arrematação do bem - Irrelevância - Direito preexistente - Ação declaratória - Intervenção do possuidor - Ausência - Direito de terceiro - Violação 106

- V -

VIOLÊNCIA DOMÉSTICA

Lesão corporal - Materialidade - Relatório médico - Exame de corpo de delito indireto - Declaração da vítima - Relevância 310

...

Criada em 1950, a Revista *Jurisprudência Mineira* veicula decisões selecionadas da mais alta Corte de Justiça de Minas Gerais, tendo como principal objetivo difundir o pensamento jurídico do TJMG.

A partir de 1990, passou a divulgar, devidamente credenciada, decisões do Superior Tribunal de Justiça, privilegiando aquelas relativas à competência recursal do TJMG. Dez anos depois, em 2000 (ano de seu Cinquentenário), obteve a permissão para publicar, também como repositório autorizado, acórdãos do Supremo Tribunal Federal.

Em 2002, incorporou-se à Escola Judicial Des. Edésio Fernandes-EJEF, tendo sido projetada sua modernização editorial (novos formato e capa), consolidada em dezembro de 2003.

Desde 2007, a Revista *Jurisprudência Mineira* encontra-se disponível, para acesso e *download*, no portal do TJMG e na página da EJEF, pelo endereço www.tjmg.jus.br/ejef, no *link* *Jurisprudência Mineira*, com certificado digital de autenticidade emitido pela Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira (ICP-Brasil).

Além das seções de jurisprudência, a Revista abre espaço a matérias que exponham ou promovam a reflexão acerca de temas relevantes do mundo jurídico, bem como àquelas que contribuam para a preservação da Memória do Judiciário Mineiro.

Importante fonte de consulta para magistrados, assessores jurídicos, advogados, professores e estudantes de Direito, a *Jurisprudência Mineira* coloca-se à disposição de seus usuários e assinantes pelos *e-mails* gejur@tjmg.jus.br ou codit@tjmg.jus.br.

EJEF / DIRGED / GEJUR / CODIT



Informações: (31) 3247.8766 / 3247.8950