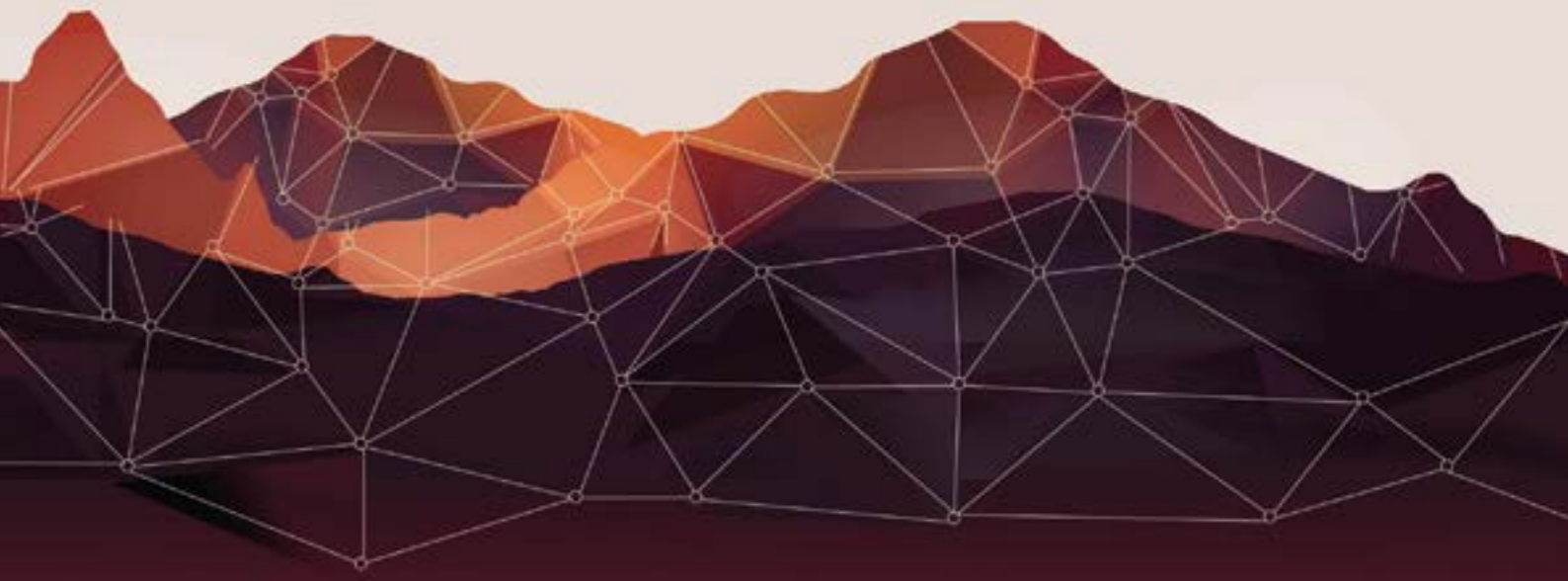
Revista Eletrônica

Jurisprudência Mineira

Ano 72 | v. 230 | julho a dezembro de 2021



EJEF | TJMG

Revista Eletrônica
Jurisprudência Mineira

Órgão Oficial do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais

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

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

Jurisprudência Mineira	Belo Horizonte	a. 72	v. 230	p.1-592	jul./dez. 2021

Escola Judicial Desembargador Edésio Fernandes

Superintendente
Des. Tiago Pinto

Superintendente Adjunta
Des.ª Mariangela Meyer Pires Faleiro

Coordenador do Centro de Estudos Jurídicos Juiz Ronaldo Cunha Campos
Des. José Marcos Rodrigues Vieira

Juiz Auxiliar da 2ª Vice-Presidência
Juiz de Direito Murilo Sílvio de Abreu

Diretora Executiva de Desenvolvimento de Pessoas
Thelma Regina Cardoso

Diretor Executivo de Gestão da Informação Documental
Fernando Rosa de Sousa

Gerente de Jurisprudência e Publicações Técnicas
Thiago Israel Simões Doro Pereira

Coordenação de Jurisprudência e Publicações Técnicas (COJUR)
Claudiciano dos Santos Pereira

Alexandre Silva Habib
Bernardino Senna de Oliveira
Cristiane de Araujo Mendes
Eliana Whately Moreira
Guilherme de Assis Moreira
Guilherme de Macedo Machado
Leda Jussara Barbosa Andrade
Leila El Bizri Grossi Coura
Luciana Lobato Barros
Mariana de Souza Sickert Rodrigues
Maurício Tobias de Lacerda
Waldir Batista Pinheiro de Barcelos

Escola Judicial Desembargador Edésio Fernandes
Rua Raul Pompeia, 101 - 7º andar - Telefone (31) 3289-8601
30330-080 - Belo Horizonte/MG - Brasil
www.ejef.tjmg.jus.br - cojur@tjmg.jus.br

Projeto Gráfico, Capa e Diagramação: Cristina Baía Marinho - DIRCOM/COPUB
Normalização Bibliográfica: EJEF/COBIB

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 72 n° 2 1950-2021
Belo Horizonte, Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais

Semestral.
ISSN 0447-1768

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

CDU 340.142 (815.1)

ISSN 0447-1768

Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais

Presidente

Desembargador GILSON SOARES LEMES

Primeiro Vice-Presidente

Desembargador JOSÉ FLÁVIO DE ALMEIDA

Segundo Vice-Presidente

Desembargador TIAGO PINTO

Terceiro Vice-Presidente

Desembargador NEWTON TEIXEIRA CARVALHO

Corregedor-Geral de Justiça

Desembargador AGOSTINHO GOMES DE AZEVEDO

Comitê Técnico da Escola Judicial Desembargador Edésio Fernandes

Desembargadores

Tiago Pinto

Mariangela Meyer Pires Faleiro

José Marcos Rodrigues Vieira

Jaubert Carneiro Jaques

Moacyr Lobato de Campos Filho

Juiz de Direito

Murilo Sílvio de Abreu

Diretora Executiva de Desenvolvimento de Pessoas

Thelma Regina Cardoso

Diretor Executivo de Gestão da Informação Documental

Fernando Rosa de Sousa

Comissão de Divulgação da Jurisprudência

Desembargadores

Tiago Pinto

Segundo Vice-Presidente

Armando Freire

Evangelina Castilho Duarte

Júlio César Lorens

Lailson Braga Baeta Neves

Maria Beatriz Madureira Pinheiro Costa Caires

Osvaldo Oliveira Araújo Firmo

Rogério Medeiros Garcia de Lima

Sandra Alves de Santana e Fonseca

SUMÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Órgão Especial 07

Súmulas 22

Jurisprudência Cível 31

Jurisprudência Criminal 404

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA 545

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL 563

Ação Direta de Inconstitucionalidade - Emenda à Lei Orgânica Municipal nº 001/2018, que alterou o art. 136 da Lei Orgânica do Município de Caratinga - Exclusão de matérias curriculares, relativas à ideologia de gênero, na rede municipal de ensino e na rede privada - Impossibilidade – Art. 171, inciso II, alínea c, da Constituição Estadual - Inconstitucionalidade formal - Arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 457 - Procedência da ação

- O art. 171, inciso II, alínea *c*, da Constituição do Estado de Minas Gerais, estabelece que ao Município compete legislar sobre educação em caráter regulamentar, observadas as peculiaridades dos interesses locais e as normas gerais da União e as suplementares do Estado. Assim, a Emenda à Lei Orgânica Municipal nº 001/2018, que alterou o art. 136 da Lei Orgânica do Município de Caratinga, ao excluir matérias curriculares relativas à ideologia de gênero, na rede municipal de ensino e na rede privada, padece de vício de inconstitucionalidade formal, na medida em que houve extrapolação da competência que lhe foi atribuída pela Constituição do Estado de Minas Gerais, que estabelece que o Município só pode agir para regular algum dispositivo já previsto na legislação federal, para adequá-lo aos interesses locais.

V.v.: - Em análise dos dispositivos legais e constitucionais, não se verifica vício de iniciativa, vez que o Município não exorbitou em sua competência, estando em consonância com os limites estabelecidos pelas Constituições Federal e Estadual e seus princípios.

- A norma impugnada não viola as diretrizes e bases da educação nacional, nem altera conteúdo pedagógico ou metodologia de ensino, ressaltando que na Constituição, bem como nas diretrizes do PNE (Lei nº 13.005/14), não há qualquer menção ao ensino da ideologia de gênero nas escolas, não havendo que se falar em vício material.

AÇÃO DIRETA INCONST N° 1.0000.20.049073-8/000 - Comarca de Caratinga - Requerente: Procurador-Geral de Justiça - Requerido: Prefeito Municipal de Caratinga, Presidente da Câmara Municipal de Caratinga. Relator: DES. MOREIRA DINIZ.

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 O PEDIDO, POR MAIORIA.

Belo Horizonte, 24 de novembro de 2021. - *Moreira Diniz* - Relator.

Voto

DES. MOREIRA DINIZ - Cuida-se de ação direta de inconstitucionalidade promovida pelo Procurador-Geral de Justiça do Estado de Minas Gerais, tendo como objeto a Emenda à Lei Orgânica Municipal n° 001/2018, que alterou o art. 136 da Lei Orgânica do Município de Caratinga.

O autor narra que "à luz dos mandamentos constitucionais, é privativa da União a competência para legislar sobre 'diretrizes e bases da educação nacional', nos termos do inciso XXIV, do art. 22 da CF/88"; que "é inconstitucional a legislação municipal que prevê diretrizes para a educação, eis que o referido ente político carece de competência constitucional para tal"; que "ainda que se entenda que a legislação fustigada se trate de matéria atinente à competência concorrente para legislar sobre educação, nos termos do art. 24, IX, CF/88, certo é que também assim se chegaria à conclusão de que está é formalmente inconstitucional"; que "forçoso concluir pela exorbitação da competência suplementar do Município para complementar a legislação federal e estadual naquilo que pertine ao interesse local, eis que a legislação municipal em tela prevê diretrizes para a educação em dissonância com a norma geral federal (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional - Lei Federal n° 9.394/1996)"; que "além de usurpar a competência da União sobre a matéria, a norma em referência não se coaduna com o direito à liberdade e igualdade de condições de estudar a aprender, consagrados na Constituição Federal no art. 206, II e III, normas estas repetidas pela Constituição Estadual"; que "a crítica a uma suposta 'ideologia de gênero' usualmente diz respeito à negativa à abordagem, discussão e conscientização de temas relacionados à identidade de gênero, ao preconceito de gênero e outras questões afins relevantes para a estruturação de uma sociedade justa, solidária e sem discriminação, como determina a ordem constitucional"; que "incontornável, portanto, o vício de inconstitucionalidade da Emenda à Lei Orgânica Municipal n° 001/2018, que altera o art. 136 da Lei Orgânica do Município de Caratinga"; e que se deve declarar "a inconstitucionalidade da Emenda à Lei Orgânica Municipal n° 001/2018, que altera o art. 136 da Lei Orgânica do Município de Caratinga, por afronta aos arts. 4º e 165, § 1º, da Constituição do Estado de Minas Gerais". Por fim, sustenta a presença dos requisitos para o deferimento da medida cautelar, pede a suspensão liminar dos efeitos da Emenda à Lei Orgânica Municipal n° 001/2018, que alterou o art. 136 da Lei Orgânica do Município de Caratinga, e pugna, ao final, pelo reconhecimento da inconstitucionalidade da norma.

A Coordenação de Pesquisa e Orientação Técnica do Tribunal de Justiça de Minas Gerais informou sobre a ausência de manifestação do Órgão Especial sobre o dispositivo impugnado (documento de ordem eletrônica n° 03).

Medida cautelar deferida (documento de ordem eletrônica n° 23).

Em 13 de julho de 2021 decorreu *in albis* o prazo para que os requeridos, Presidente da Câmara Municipal de Caratinga e Prefeito Municipal de Caratinga, prestassem informações sobre o mérito da presente ação, apesar de devidamente intimados (documento de ordem eletrônica n° 39).

A douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pela procedência da ação (documento de ordem eletrônica n° 41).

Cumpre registrar, inicialmente, que, em se tratando de Ação Direta de Inconstitucionalidade de lei municipal, proposta em Tribunal de Justiça, o parâmetro é a Constituição Estadual (CF, art. 125, § 2º.), de forma que não é cabível a análise da alegada inconstitucionalidade de lei municipal por violação de dispositivos de lei federal ou da Lei Orgânica Municipal, ou mesmo por violação direta de dispositivos da Constituição Federal.

Dito isso, observo que o caso envolve questionamento sobre a constitucionalidade da Emenda à Lei Orgânica Municipal n° 001/2018, que alterou o art. 136 da Lei Orgânica do Município de Caratinga. Confira-se:

> Emenda à Lei Orgânica Municipal n° 001/2018 (Proposta de Emenda n° 001/2017, de autoria dos Vereadores Rômulo Fabrício Gomes Costa, Johny Claudy Fernandes, Ronaldo Gomes de Carvalho, Valdeci Dionísio da Silva, Neuza Maria de Freitas Paiva, Welington Batista Corrêa) altera o art. 136 da Lei Orgânica do Município de Caratinga.
>
> O Presidente do Poder Legislativo de Caratinga, faço saber que a Câmara Municipal aprovou e a Mesa promulga a seguinte Resolução:
>
> Art. 1º Fica acrescentado os incisos I e II no art. 136 da Lei Orgânica do Município de Caratinga que terão as seguintes redações:
>
> Art. 136 [...]
>
> I - Fica terminantemente proibida na grade curricular na Rede Municipal de Ensino do município de Caratinga e na rede privada, a disciplina denominada de Ideologia do gênero, bem como toda e qualquer disciplina que tente orientar a sexualidade dos alunos ou que tente extinguir o gênero masculino e/ou feminino como gênero humano.
>
> II - Igualmente fica vedado a utilização de qualquer outro meio para que sejam disseminadas nas escolas públicas ou privadas as disciplinas descritas no inciso I deste artigo.
>
> Art. 2º - Esta Emenda à Lei Orgânica do Município de Caratinga entra em vigor na data da sua promulgação, revogando todas as disposições em contrário. Caratinga, 13 de março de 2018 (documento de ordem eletrônica n° 02).

Como se percebe, a referida norma proíbe, na grade curricular da rede municipal e na rede privada de ensino, do Município de Caratinga, a disciplina denominada de "ideologia do gênero", bem como toda e qualquer disciplina que tente orientar a sexualidade dos alunos, ou que tente extinguir o gênero masculino e/ou feminino como gênero humano.

Ademais, veda a utilização de qualquer outro meio para que sejam disseminadas nas escolas públicas ou privadas as disciplinas supracitadas.

Por sua vez, o art. 171, inciso II, alínea *c*, da Constituição do Estado de Minas Gerais, estabelece que ao Município compete legislar sobre educação em caráter regulamentar, observadas as peculiaridades dos interesses locais e as normas gerais da União e as suplementares do Estado. Confira-se:

> Art. 171 - Ao Município compete legislar:
>
> [...]
>
> II - sobre os seguintes assuntos, entre outros, em caráter regulamentar, observadas as peculiaridades dos interesses locais e as normas gerais da União e as suplementares do Estado:
>
> [...]
>
> c) educação, cultura, ensino e desporto.

Assim, o que se tem é que o Município só pode agir para regular algum dispositivo já previsto na legislação federal, para adequá-lo aos interesses locais.

Mas ressai óbvio que o Município não pode criar ou excluir matérias curriculares; o que só a União - e nem os Estados a tanto são permitidos - pode fazer. A competência do Estado é apenas suplementar.

Ou seja, os Municípios não possuem competência legislativa para criar ou excluir conteúdo pedagógico, metodologia de ensino ou forma de exercer a atividade docente.

Sendo assim, não há dúvida de que, quando o Município edita norma que proíbe, na grade curricular da rede municipal e da rede privada de ensino, a disciplina denominada de ideologia do gênero, bem como toda e qualquer disciplina que tente orientar a sexualidade dos alunos ou que tente extinguir o gênero masculino e/ou feminino como gênero humano, e veda a utilização de qualquer outro meio para que sejam disseminadas as disciplinas supracitadas, excede sua competência de suplementar as normas gerais da União, e as suplementares do Estado.

Afinal, quando há a exclusão das referidas matérias na grade curricular, da rede pública e da privada do Município de Caratinga, há interferência direta no conteúdo pedagógico, na metodologia de ensino e até mesmo na forma de exercer a atividade docente; o que não é admitido.

Somente a União, repito, por normas gerais, poderia legislar sobre referida exclusão.

Pelo exposto, o que se pode concluir é que a norma agora em exame padece de inconstitucionalidade formal, na medida em que viola vedação posta na Constituição do Estado de Minas Gerais, que limita o poder de legislar.

O Supremo Tribunal Federal, recentemente, por unanimidade, julgou procedente o pedido formulado na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 457, para declarar a inconstitucionalidade formal e material da Lei nº 1.516/2015 do Município de Novo Gama - GO, nos termos do voto do Relator Ministro Alexandre de Moraes, que destacou:

> Em complemento, a Constituição também conferiu primazia à União ao imputar-lhe a competência para estabelecer normas gerais sobre educação e ensino, reservando aos Estados e ao Distrito Federal um espaço de competência suplementar, consistente no "poder de formular normas que desdobrem o conteúdo de princípios ou normas gerais ou que supram a ausência ou omissão destas" (da Silva, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 30ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 481), e, aos Municípios, apenas a possibilidade de suplementar a legislação federal e a estadual, no que couber, e em conformidade com seu interesse local.
>
> [...] Nesse contexto, os Municípios não dispõem de competência legislativa para a edição de normas que tratem de currículos, conteúdos programáticos, metodologias de ensino ou modos de exercício da atividade docente. A eventual necessidade de suplementação da legislação federal, com vistas à regulamentação de interesse local, jamais justificaria a edição de proibição à conteúdo pedagógico, não correspondente às diretrizes fixadas na Lei nº 9.394/1996. A proibição de divulgação de conteúdos na atividade de ensino em estabelecimentos educacionais, nos moldes efetivados pela lei municipal impugnada, implica ingerência explícita do Poder Legislativo municipal no currículo pedagógico ministrado por instituições de ensino vinculadas ao Sistema Nacional de Educação (art. 214, CF, c.c. Lei Federal nº 13.005/2014) e, consequentemente, submetidas à disciplina da Lei Federal 9.394/1996, Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional.
>
> Dessa forma, além de disciplinar matéria que, em razão da necessidade de tratamento uniforme em todo o País, é de competência privativa da União (art. 22, XXIV, da CF), a Lei nº1.516/2015 do Município de Novo Gama/GO excedeu do raio de competência suplementar reconhecida aos Municípios ao contrariar o sentido expresso nas diretrizes e bases da educação nacional estatuídos pela União (art. 30, II, da CF). Reconheço, portanto, a inconstitucionalidade formal da lei impugnada.
>
> Sob a ótica material, ao vedar a divulgação de "material com referência a ideologia de gênero" (art. 1º), estabelecer normatização correlata concernente à censura desses materiais (art. 2º), estender a proibição aos "materiais que fazem menção ou influenciam ao aluno sobre ideologia de gênero" (art. 3º) e aos que "foram recebidos mesmo que por doação" (art. 4º), a Lei municipal impugnada violou os princípios atinentes à liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber (art. 206, II, CF) e ao pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas (art. 206, III, CF), regentes da ministração do ensino no País, amplamente reconduzíveis à proibição da censura em atividades culturais em geral e, consequentemente, à liberdade de expressão (art. 5º, IX, da CF)".

Sobre o tema, também vale a transcrição de trechos da decisão proferida pelo Ministro Dias Toffoli, do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da medida cautelar da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 526:

> Com efeito, a lei municipal ora em análise proíbe, nos ambientes escolares mantidos pela Municipalidade, "a adoção, divulgação, realização ou organização de políticas de ensino, currículo escolar, disciplina obrigatória, complementar ou facultativa, ou ainda atividades culturais que tendam a aplicar a ideologia de gênero, o termo 'gênero' ou 'orientação sexual'".
>
> [...] Assim, é que, no tocante ao tema educação, caberá à União a edição de normas gerais que estruturarão o sistema nacional de educação e orientarão as demais esferas federativas na implementação dos objetivos e valores traçados pelo constituinte.
>
> Nesse intuito é que o legislador federal, exercendo sua competência constitucional para editar normas gerais em matéria de educação, editou a Lei nº 9.394/1996, Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional [...] Conquanto os Estados e Municípios detenham competência para suplementar a legislação federal e adaptá-la à sua realidade local, naquilo que for peculiar ao seu sistema de ensino, não poderão as entidades federativas menores dispor de modo contrário ao quanto estabelecido na legislação federal" (ADPF 526 MC, Rel. Min. Dias Toffoli, j. em 28.06.2018, p. em Processo Eletrônico *DJe*-153, divulg. em 31.07.2018 public. em 01.08.2018).

Portanto, repito, como o Município não agiu dentro da competência que lhe foi atribuída pela Constituição Estadual, ou seja, não regulamentou a norma geral, ante o interesse o local, mas, de forma genérica, excluiu matérias curriculares, na rede municipal e na rede privada de ensino, a Emenda à Lei Orgânica Municipal nº 001/2018, que alterou o art. 136 da Lei Orgânica do Município de Caratinga, violou o disposto no art. 171, inciso II, alínea, *c*, da Constituição do Estado de Minas Gerais.

Por fim, é importante deixar claro que, sob o ponto de vista da inconstitucionalidade material, a resposta estaria no art. 206 da Constituição Federal, mas isso foge à alçada deste Tribunal de Justiça, por se tratar de inconstitucionalidade à vista da Constituição Federal; com solução reservada ao Supremo Tribunal Federal.

Com tais apontamentos, julgo procedente o pedido, para declarar a inconstitucionalidade da Emenda à Lei Orgânica Municipal nº 001/2018, que alterou o art. 136 da Lei Orgânica do Município de Caratinga.

Cumpra-se o disposto no art. 336 do Regimento Interno deste Tribunal de Justiça. Sem custas.

DES. SÉRGIO ANDRÉ DA FONSECA XAVIER - Peço vênia ao em. Relator Des. Moreira Diniz para divergir do seu judicioso voto e julgar improcedente a representação.

A Emenda n° 001/2018 que altera o art. 136 da Lei Orgânica do Município de Caratinga, veda o ensino da disciplina denominada "ideologia do gênero", bem como toda e qualquer disciplina que tente orientar a sexualidade dos alunos ou que tente extinguir o gênero masculino e/ou feminino como gênero humano, na grade curricular da rede municipal e na rede privada de ensino do município de Caratinga.

Sobre a educação, a teor do art. 22, XXIV, da CF/88, compete privativamente à União legislar sobre diretrizes e bases da educação nacional.

A Constituição Federal também prevê a competência concorrente da União e dos Estados para legislar sobre educação, cultura, ensino e desporto (art. 24, IX), bem como a competência dos Municípios para manter, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, programas de educação infantil e de ensino fundamental (art. 30, VI).

Já nos termos do art. 171 da CEMG:

> Art. 171 - Ao Município compete legislar:
>
> [...]
>
> II - sobre os seguintes assuntos, entre outros, em caráter regulamentar, observadas as peculiaridades dos interesses locais e as normas gerais da União e as suplementares do Estado:
>
> [...]
>
> c) educação, cultura, ensino e desporto.

A Lei Federal n° 9.394/96, estabelece como princípios e fins da educação nacional:

> Art. 2º A educação, dever da família e do Estado, inspirada nos princípios de liberdade e nos ideais de solidariedade humana, tem por finalidade o pleno desenvolvimento do educando, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.
>
> Art. 3º O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios:
>
> I - igualdade de condições para o acesso e permanência na escola;
>
> II - liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar a cultura, o pensamento, a arte e o saber;
>
> III - pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas;
>
> IV - respeito à liberdade e apreço à tolerância;
>
> V - coexistência de instituições públicas e privadas de ensino; VI - gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais; VII - valorização do profissional da educação escolar;

> VIII - gestão democrática do ensino público, na forma desta Lei e da legislação dos sistemas de ensino; IX - garantia de padrão de qualidade;
>
> X - valorização da experiência extraescolar;
>
> XI - vinculação entre a educação escolar, o trabalho e as práticas sociais.
>
> XII - consideração com a diversidade étnico-racial. (Incluído pela Lei nº 12.796, de 2013)
>
> XIII - garantia do direito à educação e à aprendizagem ao longo da vida. (Incluído pela Lei nº 13.632 de 2018).

Por seu turno, são diretrizes do Plano Nacional de Educação - PNE (Lei nº 13.005/14):

> Art. 2º São diretrizes do PNE:
>
> I - erradicação do analfabetismo;
>
> II - universalização do atendimento escolar;
>
> III - superação das desigualdades educacionais, com ênfase na promoção da cidadania e na erradicação de todas as formas de discriminação;
>
> IV - melhoria da qualidade da educação;
>
> V - formação para o trabalho e para a cidadania, com ênfase nos valores morais e éticos em que se fundamenta a sociedade;
>
> VI - promoção do princípio da gestão democrática da educação pública; VII - promoção humanística, científica, cultural e tecnológica do País;
>
> VIII - estabelecimento de meta de aplicação de recursos públicos em educação como proporção do Produto Interno Bruto - PIB, que assegure atendimento às necessidades de expansão, com padrão de qualidade e equidade;
>
> IX - valorização dos (as) profissionais da educação;
>
> X - promoção dos princípios do respeito aos direitos humanos, à diversidade e à sustentabilidade socioambiental.

Observa-se que não há qualquer menção ao tema da ideologia de gênero, seja na Lei Federal nº 9.394/96, seja nas diretrizes do PNE (Lei nº 13.005/14).

Dessa forma, em análise dos dispositivos legais e constitucionais, não se verifica que o Município tenha exorbitado em sua competência, vez que não houve exclusão de matérias curriculares, estando em consonância com os limites estabelecidos pelas Constituições Federal e Estadual e seus princípios, não havendo que se falar em vício de iniciativa.

Nesse contexto, a norma impugnada não viola as diretrizes e bases da educação nacional, nem altera conteúdo pedagógico ou metodologia de ensino, ressaltando que na Constituição, bem como

nas diretrizes do PNE (Lei n° 13.005/14), não há qualquer menção ao ensino da ideologia de gênero nas escolas, não havendo que se falar em vício material.

Frisa-se que antes de discutir se o tema relativo à ideologia de gênero deve ou não ser abordado em sede escolar, é necessário estabelecer, de forma clara, expressa e consciente, como e a partir de qual faixa etária tal questão deverá ser tratada nas escolas, como será a formação dos professores e demais profissionais para lidar com referido tema e sua capacidade para contornar qualquer situação dele decorrente.

Fato é que a discussão acerca da ideologia de gênero acarretará, inevitavelmente, profundas alterações sociais, culturais e até mesmo linguísticas, vez que modifica comportamentos, convicções doutrinárias e religiosas, impõe uma linguagem neutra, alterando até mesmo as regras da língua portuguesa.

Diante disso, necessário se faz todo um estudo sociocultural e psicopedagógico, de âmbito nacional, formado por uma equipe multidisciplinar, abrangendo também todos os segmentos da sociedade, antes de iniciar tal discussão nas escolas, não bastando, para tanto, somente distribuição de cartilhas, nem debates isolados dentro de cada unidade escolar.

Ante o exposto, renovando vênia ao em. Relator, divirjo do seu judicioso voto para julgar improcedente a representação.

DES. DOMINGOS COELHO - Em que pese a divergência levantada no julgamento do mérito da presente Ação Direta de Inconstitucionalidade pelo Des. Sérgio André da Fonseca Xavier, acompanho a conclusão alcançada no voto do e. Relator, Desembargador Moreira Diniz, para julgar procedente o pedido e declarar a inconstitucionalidade formal da lei municipal, tendo em vista o Município ter extrapolado a competência que lhe foi atribuída pela Constituição Estadual que permite o estabelecimento pelo Município apenas para regulamentar normas relativas à educação, adequando-as aos interesses locais.

DES. JOSÉ FLÁVIO DE ALMEIDA - Acompanho o voto proferido pelo e. Relator, Desembargador Moreira Diniz, porque a lei municipal em tela extrapola os limites da competência normativa suplementar (CR/88, art. 30 II), consoante jurisprudência do Excelso Supremo Tribunal Federal consolidada no julgamento da ADPF 465, nos termos da fundamentação exposta quando do julgamento da medida cautelar nesta ação direta de inconstitucionalidade.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES VALDEZ LEITE MACHADO, TERESA CRISTINA DA CUNHA PEIXOTO, SALDANHA DA FONSECA, TIAGO PINTO, JÚLIO CEZAR GUTTIERREZ, WANDERLEY PAIVA, AGOSTINHO GOMES DE AZEVEDO, NEWTON TEIXEIRA CARVALHO, CORRÊA JUNIOR, MAURÍCIO SOARES, CARLOS ROBERTO DE FARIA, AMAURI PINTO FERREIRA, KILDARE CARVALHO, MÁRCIA MILANEZ, ANTÔNIO CARLOS CRUVINEL, WANDER MAROTTA, GERALDO AUGUSTO, BELIZÁRIO DE LACERDA, BEATRIZ PINHEIRO CAIRES e ELIAS CAMILO SOBRINHO.

Súmula - JULGARAM PROCEDENTE, POR MAIORIA.

Ação Direta de Inconstitucionalidade - Município de Lagoa Santa - Lei nº 4.496/2020 - Norma que institui o passe livre no transporte público para idosos com 60 (sessenta) anos ou mais, sem restrição de dias, horários e linhas - Interferência na gestão do contrato de concessão de serviço público - Iniciativa privativa do chefe do poder executivo - Vício de iniciativa - Art. 90, inciso XIV, e 165, § 1, ambos da Constituição do Estado de Minas Gerais - Procedência da ação

- Nos moldes do entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do ARE 1.075.713, "compete ao Chefe do Poder Executivo a iniciativa de leis que interfiram na gestão de contratos de concessões de serviços públicos".

- É inconstitucional a Lei nº 4.496/2020, do Município de Lagoa Santa, de iniciativa da Câmara Municipal, que instituiu o passe livre no transporte público para idosos com 60 (sessenta) anos ou mais, sem restrição de dias, horários e linhas, pois a referida norma gera indevida interferência na gestão de contratos de concessão de serviços públicos, cuja iniciativa é privativa do Chefe do Poder Executivo.

AÇÃO DIRETA INCONST Nº 1.0000.20.474698-6/000 - Comarca de Lagoa Santa - Requerente: Prefeito Municipal de Lagoa Santa - Requerido: Presidente da Câmara Municipal de Lagoa Santa. Relator: DES. MOREIRA DINIZ.

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 AÇÃO.

Belo Horizonte, 10 de novembro de 2021. - *Moreira Diniz* - Relator.

Voto

DES. MOREIRA DINIZ - Cuida-se de ação de direta de inconstitucionalidade, promovida por Rogério César de Matos Avelar, Prefeito do Município de Lagoa Santa, com pedido de declaração de inconstitucionalidade da Lei nº 4.496/2020 do Município de Lagoa Santa.

O autor alega que a Lei nº 4.496/2020, do Município de Lagoa Santa, que instituiu o passe livre no transporte público para idosos com 60 (sessenta) anos ou mais, sem restrição de dias, horários

e linhas; que a referida norma é fruto de iniciativa parlamentar, e foi objeto de veto por parte do Prefeito Municipal; que compete privativamente ao Prefeito Municipal a iniciativa de projeto que verse sobre serviços públicos; que "a Lei anterior nº 4.198/2018, instituiu o mesmo passe livre no transporte público para idosos no âmbito municipal [...] destaca-se que a Lei nº 4.198, já declarada inconstitucional pelo TJMG, dispôs como matéria de iniciativa reservada ao Chefe do Executivo a propositura de leis sobre o tema, em virtude da interferência na gestão do contrato administrativo de concessão de transporte"; que houve vício de iniciativa, com violação do disposto no art. 173 da Constituição do Estado; que a lei municipal exigirá imediata revisão tarifária, com majoração do valor a ser pago pelos usuários, com interrupção dos investimentos para melhoria da frota e da infraestrutura da bilhetagem eletrônica; e que todos esses pontos demonstram que a lei municipal interfere de forma direta no contrato de concessão. Por fim, sustenta a presença dos requisitos para o deferimento da medida cautelar, pede a suspensão liminar dos efeitos da Lei Municipal nº 4.486/2020, e pugna, ao final, pelo reconhecimento da inconstitucionalidade da norma.

A medida cautelar foi deferida (documento de ordem eletrônica nº 34).

A Câmara Municipal de Lagoa Santa prestou informações (documento de ordem eletrônica nº 39), sustentando que a norma impugnada é constitucional.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça opinou pela improcedência da ação (documento de ordem eletrônica nº 45).

O caso envolve ação direta de inconstitucionalidade promovida pelo Prefeito Municipal de Lagoa Santa, cujo objeto é a Lei nº 4.496/2020, do Município de Lagoa Santa.

A referida norma, decorrente de projeto de lei de iniciativa parlamentar, "dispõe sobre o passe livre no transporte público para idosos com 60 (sessenta) anos ou mais no Município de Lagoa Santa e dá outras providências" (documento de ordem eletrônica nº 06).

Confira-se o texto da lei:

> Art. 1º. Fica instituído no âmbito do Município de Lagoa Santa o passe livre no transporte público para idosos com 60 (sessenta) anos ou mais, sem restrição de dias, horários e linhas.
>
> Art. 2º. Para fins de não onerar o poder executivo no cumprimento desta lei, no que compete emissão de eventuais cartões ou similares para fins de identificação, os idosos, para fazer jus ao benefício, bastarão apresentar documento oficial com foto no ato de embarque.
>
> Art. 3º. Compete à TRANSLAGO regulamentar esta Lei, mediante ato administrativo interno, no prazo de 30 (trinta) dias.
>
> Art. 4º. Esta Lei entra em vigo na data da publicação. Câmara Municipal de Lagoa Santa, em 02 de julho de 2020.

Conforme se extrai do art. 1º da referida lei, foi instituído no âmbito do Município de Lagoa Santa o passe livre no transporte público para idosos com 60 (sessenta) anos ou mais, sem restrição de dias, horários e linhas.

Além disso, no art. 3º da Lei nº 4.496/2020, restou definido que a empresa concessionária de serviço de transporte deveria regulamentar esta lei, mediante ato administrativo interno, no prazo de 30 (trinta) dias.

A lei em questão, por tratar de matéria referente à gestão do contrato de concessão do serviço público de transporte coletivo urbano municipal, padece de vício de iniciativa.

O Supremo Tribunal Federal já se posicionou sobre a questão, entendendo que compete ao Chefe do Poder Executivo a iniciativa de leis que interfiram na gestão de contratos de concessão de serviços públicos. Confira- se:

> Direito constitucional. Agravo interno em recurso extraordinário com agravo. Representação de inconstitucionalidade. Lei nº 5.127/2015. Município de Volta Redonda. Obrigatoriedade de instalação de ar condicionado nos veículos de transporte coletivo municipal. Processo legislativo. Iniciativa privativa. Poder executivo. Serviços públicos. - O Supremo Tribunal Federal firmou orientação no sentido de que compete ao Chefe do Poder Executivo a iniciativa de leis que interfiram na gestão de contratos de concessão de serviços públicos. - Inaplicável o art. 85, § 11, do CPC/2015, uma vez que não é cabível, na hipótese, condenação em honorários advocatícios. - Agravo interno a que se nega provimento, com aplicação da multa prevista no art. 1.021, § 4º, do CPC/2015 (ARE 1.075.713 AgR, Rel. Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, j. em 29.06.2018, Processo Eletrônico *DJe*-157, divulg. em 03.08.2018, public. em 06.08.2018).

Nos moldes do entendimento do Supremo Tribunal Federal, resta claro que a lei impugnada gera indevida interferência na gestão do contrato de concessão do serviço público de transporte coletivo municipal, ou seja, envolve matéria atinente à denominada "reserva da Administração", razão pela qual a iniciativa, que partiu da Câmara Municipal, deveria ter sido do Chefe do Poder Executivo.

Desse modo, entendo que a lei combatida constitui indevida ingerência normativa do Legislativo em matéria sujeita à competência do Executivo, na medida em que se exclui da margem de apreciação do Chefe do Executivo Municipal condições específicas referentes ao contrato de concessão do serviço público de transporte coletivo.

Ressalte-se, ainda, que o cumprimento da norma impugnada poderia exigir inclusive a revisão tarifária do contrato de concessão, o que enfatiza o apontado vício de iniciativa.

Nesse contexto, convém destacar o disposto no art. 90, inciso XIV, da Constituição do Estado, que estabelece que compete privativamente ao Governador dispor, na forma da lei, sobre a organização e a atividade do Poder Executivo, norma que, pelo princípio da simetria, é estendida do modelo estadual para o modelo municipal.

Ademais, o § 1º do art. 165 da Constituição Estadual, prevê que o Município "organiza-se e rege-se por sua Lei Orgânica e demais leis que adotar, observados os princípios da Constituição da República e os desta Constituição", e o art. 6º, também da Constituição do Estado, prevê o princípio da separação dos Poderes.

Em suma, não há dúvida de que a norma impugnada, originada de projeto de iniciativa da Câmara Municipal, acaba por incidir em matéria sujeita à "reserva da Administração", por envolver contratos administrativos celebrados com as concessionárias de serviço de transporte coletivo urbano municipal.

Cumpre destacar, ainda, que este egrégio Órgão Especial já se manifestou no mesmo sentido:

> Transporte público. Gratuidade de tarifas. Iniciativa reservada ao chefe do executivo. Interferência indevida nos contratos celebrados com concessionárias de serviço público, sem contrapartida orçamentária prevista e conhecida. Precedentes do STF. - A matéria que trata da gratuidade dos transportes públicos sujeita-se a reserva da Administração, já que interfere com a execução de contratos administrativos celebrados com as concessionárias do serviço de transporte coletivo urbano municipal. Os custos decorrentes da gratuidade concedida acabam, todavia, por onerar a economia desses contratos, atingidos pela imprevisão que pode decorrer da gratuidade e das suas consequências para quem, ao fim e ao cabo, vai pagar a conta da benesse. Não há, no caso, indicação da fonte de custeio das despesas e, segundo o entendimento do STF, a competência reservada para dispor a respeito, pela via da iniciativa de lei, é do Poder Executivo. - Representação acolhida para declarar a inconstitucionalidade da Lei Municipal 4.198/2018, do Município de Lagoa Santa. V.v.: Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei nº 4.198/18, do Município de Lagoa Santa. Iniciativa do Poder Legislativo. Isenção tarifária no transporte coletivo para idosos maiores de 60 (sessenta) anos de idade. Vício não verificado. Pedido julgado improcedente (TJMG - Ação Direta Inconst nº 1.0000.18.096944-6/000, Rel. Des. Audebert Delage, Órgão Especial, j. em 21/11/2019, p. da súmula em 22.01.2020).
>
> Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei nº 3.258, de 28.12.2018, do Município de Mariana. Iniciativa do poder legislativo. Concessão de serviço público. Proibição de acúmulo de função de motorista e cobrador de tarifa em transporte coletivo urbano. Competência do poder executivo. Vício de iniciativa. Violação ao princípio da separação de poderes. Procedência. Devido a sua natureza excepcional, são taxativas as hipóteses de iniciativa privativa do Poder Executivo para a instauração do processo legislativo, não sendo enquadrada em tais exceções lei que versa acerca de transporte coletivo municipal. Contudo, "o Supremo Tribunal Federal firmou orientação no sentido de que compete ao Chefe do Poder Executivo a iniciativa de leis que interfiram na gestão de contratos de concessões de serviços públicos". Anota-se que o desrespeito à prerrogativa de iniciar o processo legislativo, que resulte da usurpação do poder sujeito à cláusula de reserva, traduz vício que não admite convalidação pela ulterior aquiescência do Chefe do Poder Executivo (Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.0000.19.008118-2/000, Rel. Des. Paulo Cézar Dias, Órgão Especial, j. em 01.11.2019, p. da súmula em 06.11.2019).

Assim, não há dúvida de que compete ao Chefe do Poder Executivo a iniciativa de leis que interfiram na gestão de contratos de concessão de serviços públicos, o que torna evidente a inconstitucionalidade da lei impugnada.

Com tais apontamentos, julgo procedente o pedido, para declarar a inconstitucionalidade da Lei n° 4.496/2020, do Município de Lagoa Santa.

Cumpra-se o disposto no art. 336 do Regimento Interno deste Tribunal de Justiça. Sem custas.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES EDILSON OLÍMPIO FERNANDES, ARMANDO FREIRE, TERESA CRISTINA DA CUNHA PEIXOTO, SALDANHA DA FONSECA, JOSÉ FLÁVIO DE ALMEIDA, TIAGO PINTO, JÚLIO CEZAR GUTTIERREZ, WANDERLEY PAIVA, AGOSTINHO GOMES DE AZEVEDO, NEWTON TEIXEIRA CARVALHO, CORRÊA JUNIOR, SÉRGIO ANDRÉ DA FONSECA XAVIER, MAURÍCIO SOARES, CARLOS ROBERTO DE FARIA, AMAURI PINTO FERREIRA, KILDARE CARVALHO, MÁRCIA MILANEZ, ANTÔNIO CARLOS CRUVINEL, GERALDO AUGUSTO, CAETANO LEVI LOPES, BELIZÁRIO DE LACERDA, DOMINGOS COELHO E ALBERGARIA COSTA.

Súmula - JULGARAM PROCEDENTE A AÇÃO.

Enunciado nº 79

É inconstitucional a lei municipal que dispõe sobre a forma de apresentação dos valores dos combustíveis nos painéis de preços e nas bombas medidoras nos postos de combustíveis, pois ultrapassa o limite da competência legislativa suplementar."

Órgão Julgador

Órgão Especial, Projeto de Súmula 1.0000.19.145364-6/000.

Data do Julgamento

28/04/2021

Data da Publicação/Fonte

Diário do Judiciário Eletrônico de 02/09/2021, 09/09/2021 e 16/09/2021.

Referência Legislativa

Constituição da República – artigos 22, IV, VI ; 24,V; 30,II e 238.

Constituição do Estado de Minas Gerais – artigos 10, XIV, “e” e § 2º ; 170,VI e § único e art. 171.

Resolução 41/2013 da Agência Nacional de Petróleo –ANP - artigo 20.

Precedentes

Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.0000.18.059829-4/000.

Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.0000.18.001633-9/000.

Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.0000.18.006250-7/000.

Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.0000.18.001633-9/000.

Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.0000.18.006250-7/000.

Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.0000.18.004783-9/000.

Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.0000.17.109542-5/000.

Nota de Atualização

RE 1378744 AgR-EDv, STF.

RE 1391563, STF.

RE 1311345, STF.

Enunciado nº 80

Para a aferição de competência das ações propostas perante o Juizado Especial, em se tratando de litisconsórcio ativo facultativo, deve ser considerado o valor da pretensão de cada autor individualmente, não importando se a soma ultrapassa o limite dos 60 (sessenta) salários mínimos.

Órgão Julgador

Órgão Especial, Projeto de Súmula 1.0000.20.503673-4/000.

Data do Julgamento

25/08/2021

Data da Publicação/Fonte

Diário do Judiciário Eletrônico de 25/11/2021, 02/12/2021 e 09/12/2021.

Referência Legislativa

Constituição da República Federativa do Brasil – art. 98, I.

Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995 (Dispõe sobre os Juizados Especiais e Criminais e dá outras providências) - art. 2.

Lei nº 12.153, de 22 de dezembro de 2009 (Dispõe sobre os Juizados Especiais da Fazenda Pública no âmbito dos estados, do Distrito Federal, dos territórios e dos municípios) – arts. 1º, 2º, 5º, 23 e 28.

Precedentes

1ª Câmara Cível

Apelação Cível/Remessa Necessária 1.0000.19.017901-0/001.

Conflito de Competência 1.0000.19.010092-5/000.

Agravo de Instrumento Cível 1.0301.17.007339-1/001.

Apelação Cível 1.0000.17.046521-5/001.

2ª Câmara Cível

Apelação Cível 1.0000.16.087561-3/001.

Conflito de Competência 1.0000.18.138929-7/000.

Apelação Cível 1.0000.16.034553-4/002.

Apelação Cível 1.0000.17.026125-9/002.

3ª Câmara Cível

Agravo de Instrumento Cível 1.0000.18.001654-5/001.

Apelação Cível 1.0000.17.020472-1/001.

4ª Câmara Cível

Apelação Cível 1.0000.18.062161-7/001.

Conflito de Competência 1.0000.18.028591-8/000.

5ª Câmara Cível

Apelação Cível 1.0000.17.048179-0/001.

Apelação Cível 1.0000.18.109672-8/001.

Apelação Cível 1.0000.17.080818-2/001.

Apelação Cível 1.0000.17.066348-8/001.

Apelação Cível 1.0000.17.048179-0/001.

6ª Câmara Cível

Embargos de Declaração Cível 1.0000.17.089204-6/002.

Apelação Cível 1.0000.18.042780-9/001.

Agravo de Instrumento Cível 1.0000.18.139693-8/001.

Conflito de Competência 1.0000.18.080979-0/000.

7ª Câmara Cível

Conflito de Competência 1.0000.19.101521-3/000.

Conflito de Competência 1.0000.19.001406-8/000.

Apelação Cível 1.0000.18.050987-9/001.

Conflito de Competência 1.0000.18.029286-4/000.

Apelação Cível/Remessa Necessária 1.0672.13.024893-9/001.

8ª Câmara Cível

Conflito de Competência 1.0000.18.126425-0/000.

Apelação Cível 1.0000.20.004188-7/001.

Apelação Cível 1.0000.17.105084-2/001.

19ª Câmara Cível

Conflito de Competência 1.0000.19.017276-7/000.

Conflito de Competência 1.0000.19.100618-8/000.

Apelação Cível 1.0000.18.088146-8/001.

Nota de Atualização

RE 1164174/SE, STF.

AgInt no AREsp n. 1.983.344/SP, STJ.

Remessa Necessária Cível 1.0000.18.024874-2/001, TJMG.

Enunciado nº 81

A existência de convenção de arbitragem afasta a jurisdição estatal para solução de conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis decorrentes do contrato firmado entre as partes, exceto nas ações que envolvam relação de consumo.

Órgão Julgador

Órgão Especial, Projeto de Súmula 1.0000.21.092370-2/000.

Data do Julgamento

25/08/2021

Data da Publicação/Fonte

Diário do Judiciário Eletrônico de 25/11/2021, 02/12/2021 e 09/12/2021.

Referência Legislativa

Lei Federal nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil) - artigos 3º, § 1º, 337, inciso X, e 485, VII.

Lei Federal nº 9.307, de 23 de setembro de 1996 (Lei de Arbitragem) - artigos 4°, 8°, § único, 19, 20 e 33.

Precedentes

9ª Câmara Cível

Agravo de Instrumento Cível 1.0000.20.068707-7/001.

Apelação Cível 1.0000.19.097610-0/001.

Apelação Cível 1.0000.16.050571-5/003.

10ª Câmara Cível

Agravo de Instrumento Cível 1.0000.20.068080-9/001.

Apelação Cível 1.0024.14.212201-9/002.

Apelação Cível 1.0433.15.016507-7/001.

Apelação Cível 1.0024.13.262193-9/001.

11ª Câmara Cível

Apelação Cível 1.0000.17.066052-6/002.

Apelação Cível 1.0024.14.042023-3/002.

12ª Câmara Cível

Apelação Cível 1.0024.13.303293-8/001.

13ª Câmara Cível

Agravo de Instrumento Cível 1.0000.17.094695-8/002.

14ª Câmara Cível

Apelação Cível 1.0000.16.078173-8/005.

15ª Câmara Cível

Apelação Cível 1.0000.19.009350-0/001.

Agravo de Instrumento Cível 1.0702.07.381444-5/002.

16ª Câmara Cível

Apelação Cível 1.0000.19.039012-0/001.

Apelação Cível 1.0148.15.000498-1/001.

Apelação Cível 1.0525.12.022304-1/002.

Apelação Cível 1.0521.08.078708-3/001.

17ª Câmara Cível

Apelação Cível 1.0024.12.051441-9/001.

18ª Câmara Cível

Apelação Cível 1.0000.17.046072-9/004.

Apelação Cível 1.0000.19.020111-1/001.

Apelação Cível 1.0000.18.142743-6/001.

Agravo de Instrumento Cível 1.0223.07.230690-3/005.

20ª Câmara Cível

Apelação Cível 1.0000.20.480496-7/001.

Apelação Cível 1.0000.20.035790-3/001.

Nota de Atualização

AgInt no REsp 2004322, STJ.

Agravo de Instrumento Cível 1.0000.22.227796-4/001, TJMG.

Agravo de Instrumento Cível 1.0000.22.092608-3/001, TJMG.

Enunciado nº 82

O recolhimento do preparo é ato incompatível com o requerimento da justiça gratuita e configura preclusão lógica da questão.

Órgão Julgador

Órgão Especial, Projeto de Súmula 1.0000.21.126995-6/000.

Data do Julgamento

25/08/2021

Data da Publicação/Fonte

Diário do Judiciário Eletrônico de 25/11/2021, 02/12/2021 e 09/12/2021.

Referência Legislativa

Constituição da República Federativa do Brasil – artigo 5º, inciso LXXIV.

Lei Federal nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil) – artigos 5, 98, 99, §§ 2º e 3º e 1.000.

Precedentes

1ª Câmara Cível

Apelação Cível 1.0471.10.000228-9/001.

2ª Câmara Cível

Apelação Cível 1.0470.10.008659-9/001.

3ª Câmara Cível

Apelação Cível 1.0051.08.023034-8/006.

4ª Câmara Cível

Apelação Cível 1.0278.11.001264-0/001.

5ª Câmara Cível

Agravo Interno Cível 1.0000.19.120722-4/002.

6ª Câmara Cível

Apelação Cível/Remessa Necessária 1.0386.11.001149-4/001.

7ª Câmara Cível

Apelação Cível 1.0024.12.265335-5/001.

8ª Câmara Cível

Apelação Cível 1.0317.14.013852-8/001.

9ª Câmara Cível

Apelação Cível 1.0148.15.005821-9/002.

10ª Câmara Cível

Apelação Cível 1.0625.11.000981-2/001.

11ª Câmara Cível

Agravo de Instrumento - Cível 1.0097.17.000282-4/001.

12ª Câmara Cível

Agravo Interno Cível 1.0236.14.001250-1/002.

13ª Câmara Cível

Apelação Cível 1.0701.17.004261-1/001.

14ª Câmara Cível

Apelação Cível 1.0702.15.048970-7/001.

15ª Câmara Cível

Apelação Cível 1.0024.13.201763-3/001.

16ª Câmara Cível

Apelação Cível 1.0000.18.120834-9/001.

17ª Câmara Cível

Apelação Cível 1.0607.15.003036-1/001.

18ª Câmara Cível

Agravo de Instrumento - Cível 1.0000.20.441167-2/001.

19ª Câmara Cível

Apelação Cível 1.0000.19.018616-3/001.

20ª Câmara Cível

Apelação Cível 1.0000.19.171474-0/001.

Órgão Especial

Agravo Interno Cível 1.0000.19.063402-2/001.

Agravo Interno Cível 1.0000.19.157303-9/001.

Conselho da Magistratura

Recurso Administrativo 1.0474.17.000071-2/001.

Nota de Atualização

REsp n. 1.907.531, STJ.

Apelação Cível 1.0000.23.004391-1/001, TJMG.

Apelação Cível 1.0000.22.288697-0/001, TJMG.

Apelação cível - Embargos de terceiro - Execução fiscal - Penhora de sacas de café - Bens do espólio - Pessoa jurídica devedora - Bens dos sócios - Impossibilidade de penhora - Recurso provido.

- Os embargos de terceiro são cabíveis nos casos em que determinada pessoa, jurídica ou natural, sofra constrição ou ameaça de constrição sobre seus bens que possua ou quando tenha direito incompatível com o ato constritivo.

- As pessoas físicas dos sócios não se confundem com a pessoa jurídica.

- Para alcançar o patrimônio dos sócios por dívida fiscal da pessoa jurídica, é necessária a instauração do incidente de desconsideração da personalidade jurídica, medida essa excepcional, como em qualquer sociedade limitada, dependendo da comprovação de abuso da personalidade, caracterizado pelo desvio de finalidade ou confusão patrimonial, nos termos do art. 50 do Código Civil.

- Não sendo a empresa executada produtora de café, impossível é a penhora de sacas de café não produzidas por ela, mas pertencente ao espólio do genitor dos sócios.

- É inadmissível a penhora de bem integrante do acervo hereditário para quitação de dívida da empresa pertencente a alguns dos herdeiros, sob pena de esbarrar na indivisibilidade do direito dos co-herdeiros (parágrafo único do art. 1.791 do Código Civil).

Apelação Cível nº 1.0112.04.048405-0/001 - Comarca de Campo Belo - Apelantes: Soraia Lima Gambogi, Augusta Cambraia Lima Gambogi, Fernando Aquiles Gambogi e outros - Apelados: Romano Gambogi, Estado de Minas Gerais. – 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 dar provimento ao recurso.

Belo Horizonte, 09 de novembro de 2021. - *Washington Ferreira*. – Relator.

Voto

DES. WASHINGTON FERREIRA - Cuida-se de apelação cível da sentença proferida pelo MM. Juiz de Direito da 2ª Vara Cível da Comarca de Campo Belo que, nos autos dos embargos de terceiro opostos por Augusta Cambraia Lima Gambogi, Niva Lima Gambogi Paletta, Fernando Aquilies Gambogi e Soraia Lima Gambogi, em face do Estado de Minas Gerais e Romano Gambogi, julgou improcedentes os pedidos iniciais, condenando os embargantes ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios no valor de 10% (dez por cento) sobre o "importe econômico obtido pelos embargados".

Nas razões recursais às f. 188-194, os embargantes/apelantes alegam, basicamente, que os embargados ofereceram bens à penhora que não lhes pertenciam. Pugnam pelo provimento ao recurso e a reforma da sentença. Comprovante de preparo às f. 196.

Nas contrarrazões às f. 198, o Estado de Minas Gerais alega a ilegitimidade ativa dos embargantes. Quanto ao mérito, requereu a manutenção a sentença.

Romano Gambogi não apresentou contrarrazões.

É o relatório.

Atendidos os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso de apelação. A preliminar de ilegitimidade ativa dos embargantes não se sustenta.

Sabe-se que, consoante o disposto no art. 674, *caput*, do Código de Processo Civil, os embargos de terceiro são cabíveis nos casos em que determinada pessoa, jurídica ou natural, sofra constrição ou ameaça de constrição sobre seus bens que possua ou quando tenha direito incompatível com o ato constritivo.

O bem penhorado (114 sacas de café beneficiado) era de propriedade de Basileu Gambogi (pai dos embargantes), falecido em 12.05.1999 e, portanto, pertencia ao espólio, sendo do interesse dos herdeiros/apelantes o cancelamento da constrição realizada em processo cujo devedor é pessoa jurídica que não compõe o acervo patrimonial do autor da herança a ser partilhado.

Rejeito, portanto, a preliminar.

Cuida-se de embargos de terceiros, ajuizados por Augusta Cambraia Lima Gambogi, Niva Lima Gambogi Paletta, Fernando Aquiles Gambogi e Soraia Lima Gambogi, visando a desconstituição da penhora de 114 (cento e quatorze) sacas de café beneficiado penhoradas nos autos da Execução Fiscal nº 0112.01.002557-8, que move a Fazenda Pública Estadual contra a Serraria Fazenda Paraíso Ltda., e os sócios/irmãos Jarbas Gambogi Lima, Romano Gambogi e Baliseu Gambogi Filho.

Alegam, para tanto, que a empresa executada - Serraria Fazenda Paraíso Ltda. - não empreende no ramo de cafeicultura, pois sua atividade empresária sempre foi serraria.

Asseguram que as sacas de café são bens do espólio de Basileu Gambogi (pai dos executados), conforme processo de inventário nº 0112.01.003132-9, tendo os ora executados oferecido bens que não lhes pertenciam com exclusividade, pois, ao tempo da execução, o processo de inventário ainda estava em curso.

A sentença julgou improcedentes os pedidos.

Pois bem.

Da análise dos autos, observa-se que a Fazenda Pública Estadual ajuizou, em julho de 1999, a ação de Execução Fiscal nº 0112.01.002557-8, em face de Serraria Fazenda Paraíso Ltda. (CNPJ nº 17.650318/0001-10) e os irmãos/sócios Jarbas Gambogi Lima, Romano Gambogi e Basileu Gambogi Filho, pretendendo a satisfação de crédito tributário decorrente de ICMS dos exercícios de 1996 e 1997 não quitados.

Em garantia da Execução Fiscal, o sócio Romano Gambogi, em 13.10.1999, ofereceu à penhora 114 (cento e quatorze) sacas de café beneficiado (f. 15), conforme termo de penhora às f. 17.

Entretanto, referido café foi colhido da Fazenda Paraíso, de propriedade do espólio de Basileu Gambogi (pai dos sócios na Serraria Fazenda Paraíso Ltda.) falecido em 12.05.1999.

Nessa perspectiva e da análise do acervo probatório, tenho que, de fato, a penhora deva ser desconstituída por três motivos relevantes.

Primeiro porque as sacas de café, ao tempo em que foram indicadas à penhora, não pertenciam à executada Serraria Fazenda Paraíso Ltda., lembrando que as pessoas físicas dos sócios não se confundem com a pessoa jurídica.

Neste sentido:

> Apelação civel. Embargos de terceiro. Penhora de cotas socias. Lucros do devedor. Possibilidade. - Em regra, a penhora das cotas sociais da empresa, por dívida particular de um dos seus sócios, pode atingir a parte dos lucros que cabe ao devedor, mas não os bens da pessoa jurídica. A pessoa jurídica tem personalidade autônoma das pessoas que integram o seu quadro societário, motivo pelo qual o seu patrimônio não se confunde com o dos seus sócios (TJMG - Apelação Cível 1.0024.19.006279-4/001, Relator: Des. Alberto Henrique, 13ª Câmara Cível, j. em 31.01.2020, p. em 07.02.2020).

Caso fosse a pretensão de alcançar o patrimônio dos sócios por dívida fiscal da pessoa jurídica, seria necessária a instauração do incidente de desconsideração da personalidade jurídica, medida esta excepcional como em qualquer sociedade limitada, dependendo da comprovação de abuso da personalidade, caracterizado pelo desvio de finalidade ou confusão patrimonial, nos termos do art. 50 do Código Civil.

A propósito:

> Agravo de instrumento. Cumprimento de sentença. Penhora sobre bens de EIRELI. Necessidade de instauração de incidente de desconsideração de personalidade jurídica. Ausência de confusão patrimonial entre a pessoa física e a jurídica. - Constituída a pessoa jurídica como EIRELI (Empresa Individual de Responsabilidade Limitada), seus bens não se confundem com o do sócio individual, não se podendo alcançar os bens da pessoa física antes de instaurado o incidente legal pertinente, de desconsideração da personalidade jurídica, porque sua responsabilidade fica limitada até o capital social da empresa, de modo que a expropriação somente poderá ocorrer em casos personalíssimos (TJMG - Agravo de Instrumento-Cv 1.0024.10.144682-1/002, Relator: Des. José Augusto Lourenço dos Santos, 12ª Câmara Cível, j. em 22.10.2020, p. em 26.10.2020).

Segundo, porque não há evidência de ser a empresa executada produtora rural, não há notas fiscais de compra de insumos ou mudas para o cultivo do café, nem gastos com a produção da safra ou colheita. Também não se comprovou qualquer dispêndio com mão de obra de terceiros para ajuda no plantio ou colheita de café.

A prova dos autos revela que o café foi produzido na Fazenda Granja Paraíso, não sendo presumível que, estando a executada instalada no mesmo endereço, a produção pertencia à Serraria Fazenda Paraíso Ltda., cujo objeto social não inclui o ramo de cafeicultura.

Por fim e não menos importante, a dívida não é do espólio, de modo que inadmissível a penhora de bem integrante do acervo hereditário para quitação de dívida da empresa pertencente a alguns dos herdeiros.

A indicação das referidas sacas de café à penhora esbarra na indivisibilidade do direito dos co-herdeiros (parágrafo único do art. 1.791 do Código Civil), de modo que deveriam os embargados aguardar a partilha para que a penhora recaísse sobre os bens que lhe cabem.

Não bastasse, não se pode olvidar que o Estado de Minas Gerais reúne condições de satisfazer os créditos por outros meios sendo certo que, se viável a desconsideração da personalidade jurídica e, ainda existindo processo de inventário em curso, possível é a penhora no rosto dos autos do inventário em que os devedores são herdeiros para assegurar o pagamento da dívida objeto da execução.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso para determinar a desconstituição da penhora das 114 (cento e quatorze) sacas de café beneficiado, nos autos do processo de Execução Fiscal nº 0112.01.002557-8. Oficie-se o Juízo da Execução.

Inverto os ônus de sucumbência, devendo os embargados arcar com o pagamento das custas processuais e recursais, além dos honorários advocatícios. Isento o Estado de Minas Gerais do pagamento das custas processuais.

É como voto.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores Márcio Idalmo Santos Miranda e Geraldo Augusto.

Súmula - DERAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Civil – Família - Ação de divórcio litigioso - Controvérsia sobre a pertinência e o percentual de alimentos à ex-cônjuge - Igualdade formal e igualdade material - Igualar os desiguais - Limitação temporal da verba alimentícia – Impossibilidade - Ex-esposa que não estudou nem se qualificou ao longo de 31 anos de casamento. - Inserção no mercado de trabalho - Impossibilidade prática - Excepcionalidade presente - Alimentos mantidos sem fixação de termo final – Percentual - Manutenção do valor determinado no agravo de instrumento - Primeiro apelo provido.

- Conquanto os precedentes oriundos do STJ sejam no sentido de que a pensão entre cônjuges devam, em regra, ser limitadas no tempo, as situações fáticas de cada caso concreto podem justificar a duração ilimitada da obrigação alimentar.

- Se a autora permaneceu 31 anos casada - até os 51 anos de idade, quando dedicou-se inteiramente à família e criação dos filhos - terminou o ensino médio em 2017, não se qualificou e não se inseriu no mercado de trabalho, nem tampouco recolheu contribuição previdenciária para o INSS, não é lícito determinar que a obrigação alimentar seja limitada a um ou dois anos.

- Este contexto fático da lide autoriza entendimento no sentido de que a igualdade entre homens e mulheres não será alcançada, pelo menos não sob o aspecto material, deixando a ex-cônjuge sem fonte de sustento, após dois anos do recebimento de pensão.

- Há incapacidade prática de obtenção de sustento digno, dotado de certeza e estabilidade, e não se pode relegar fonte de sustento apenas à incerta obtenção de aluguel com ponto comercial que obteve na partilha.

- A partir da regra do art. 1.694, CC, mantém-se o percentual dos alimentos em 15% (quinze por cento) dos rendimentos do réu, montante razoável, que não põe em risco sua própria subsistência e provê o mínimo às despesas da autora.

Apelação Cível nº 1.0000.19.069535-3/002 - Comarca de Governador Valadares - Apelante: C.M.A.G., G.G. - Apelados: C.M.A.G., G.G. – relator: Des. Alberto Vilas Boas.

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em dar provimento ao primeiro apelo e negar provimento ao segundo apelo.

Belo Horizonte, 30 de novembro de 2021. - *Alberto Vilas Boas*. – Relator.

Voto

DES. ALBERTO VILAS BOAS - Conheço dos recursos.

A espécie em exame.

Cuida-se de ação ordinária, promovida por C. M. A. G., contra G. G., na qual objetiva a ruptura definitiva do vínculo conjugal, a partilha de bens e a fixação de alimentos em seu favor.

Segundo se extrai da inicial, autora e réu casaram-se em 1988, sob o regime da comunhão parcial de bens, tiveram três filhos - todos maiores de idade - e adquiriram patrimônio ao longo do vínculo matrimonial. Após mais de trinta anos de união, a vida em comum tornou-se inviável e o réu deixou a residência comum.

A autora elencou os bens adquiridos e postula a partilha; enfatizou que continuará usando o nome de casada, que é desnecessário apreciar questão da guarda, porque os filhos são maiores, e pede a fixação de pensão alimentícia em quantia equivalente a 50% (cinquenta por cento) da remuneração do réu.

Salientou que permaneceu casada por 31 (trinta e um) anos, contando atualmente com 51 (cinquenta e um) anos. Afirmou que se dedicou aos cuidados com a casa, o marido e os filhos, e, por isso, não estudou, não se desenvolveu profissionalmente e não tem experiência alguma, dependendo inteiramente do réu para seu sustento.

Pede a divisão igualitária dos bens adquiridos no período de união conjugal, bem como que o réu pague aluguel enquanto ocupe o imóvel de propriedade do casal.

A tutela antecipada foi parcialmente deferida, com fixação de alimentos provisórios em 15% (quinze por cento) dos rendimentos do ex-esposo, e, na contestação o réu alegou que não há provas nos autos de que a autora se dedicou exclusivamente aos cuidados dos filhos e do lar. Disse que ela não anexou aos autos comprovantes de gastos, que possui casa própria, carro, goza de boa saúde e preenche todos os requisitos para se reintegrar no mercado de trabalho.

O réu impugnou cada um dos gastos apresentados pela autora e registrou que ela reside com três filhos maiores, que devem arcar com sua parte das despesas, e, por isso, o valor máximo de alimentos seria de R$660,75 (seiscentos e sessenta reais e setenta e cinco centavos).

Em audiência de instrução e julgamento (e-doc. 92), as partes compuseram parte do objeto da lide, sendo acordado o divórcio com partilha dos bens adquiridos na constância do casamento. A causa prosseguiu no que se refere à pensão alimentícia.

Após regular contraditório, o pedido foi julgado parcialmente procedente (e-doc. 100) e, irresignados, ambas as partes interpuseram recursos de apelação.

No primeiro apelo, a autora sustentou que dedicou sua vida ao marido e aos filhos, não tem profissão, curso superior ou técnico, não domina nem tem acesso a tecnologias, elementos que revelam a excepcionalidade do deferimento dos alimentos sem termo final.

Alegou que o réu confessou em audiência que não tinha empregada em casa e enfatizou que realizava todo o trabalho doméstico, que nunca vai poder se aposentar, porque não contribuiu com o INSS, e que é incerta a renda de aluguel de pequeno espaço em bairro simples da cidade.

Pugnou pela manutenção dos alimentos fixados à razão de 15% (quinze por cento) dos rendimentos do réu, a título de pensão até o julgamento do recurso, em razão de não auferir renda e estar passando por dificuldades financeiras.

No segundo apelo, o réu destacou que a apelada não conseguiu provar a necessidade de uma pensão no valor de 10% (dez por cento) sobre seu salário por um período de dois anos e que somente admite pagar a pensão nesse percentual pelo prazo de um ano.

Invocou a igualdade entre homens e mulheres, discorreu sobre a gradativa inserção da mulher no mercado de trabalho, e argumentou que a pensão alimentar entre ex-cônjuges passou a ser considerada pelo STJ como exceção à regra, somente se justificando em casos excepcionais.

As contrarrazões foram oferecidas pelo réu.

O primeiro apelo (autora).

Antes do mais, é desnecessária a concessão do efeito suspensivo pretendido pela apelante, porque, na decisão dos embargos declaratórios, a autoridade judiciária enfatizou que a redução do percentual da pensão só ocorreria após o trânsito em julgado.

Com efeito, parte dos pedidos formulados na inicial foi objeto de acordo, sendo certo que remanesce a controvérsia sobre a pertinência e o valor da pensão alimentícia em favor da autora.

Por certo, ela alega que se dedicou por trinta anos à família, aos afazeres domésticos, ao marido e à criação dos filhos, não estudou e não se inseriu no mercado de trabalho. Requereu, a partir de cálculos que formulou na inicial, a fixação de pensão alimentícia em quantia equivalente à metade dos rendimentos do réu - policial militar aposentado.

Os alimentos foram fixados provisoriamente em 15% (quinze por cento) dos rendimentos do réu e elevados por força de decisão deste Tribunal em tutela antecipada recursal e, posteriormente, reduzidos no julgamento do agravo de instrumento, em consideração às dívidas apontadas pelo demandado (e-doc. 70).

Sobreveio a sentença na qual o Juiz *a quo*, considerando que malgrado a autora não tenha, ainda, se inserido no mercado de trabalho, é nova, não tem problemas de saúde e ainda pode fazê-lo, limitou a pensão ao período de 2 (dois) anos e reduziu seu valor a 10% (dez por cento) dos rendimentos líquidos do ex-cônjuge.

Nesse particular, a sentença deve ser reformada porque, não obstante teoricamente seja limitada a obrigação alimentar entre cônjuges, o parâmetro a ser seguido é aquele visualizado no caso concreto, e, nesta demanda em especial, limitar a pensão alimentícia a dois anos, representa causar um dano irreparável ao sustento da autora.

É preciso considerar ser incontroverso que ela, casada aos vinte anos de idade, permaneceu por trinta e um anos com o autor, não estudou e nunca teve um emprego formal. Não pagou INSS a fim de obter benefício de aposentadoria e não tem fonte alguma que lhe permita manter-se.

Não são necessários maiores meios probatórios, por ser de amplo conhecimento, que a mulher que se dedica à casa, ao marido e aos filhos, sem se inserir no mercado de trabalho terá dificuldade de obter ocupação com renda suficiente para se sustentar dignamente. Essa situação é agravada no caso em julgamento, porque, conforme documentos que se juntou à inicial (e-doc. 9), a recorrente só terminou o ensino médio em 2017 e já atingiu a meia idade, contando com cinquenta e um anos na época da propositura da ação.

De fato, o STJ e a doutrina vêm esposando entendimento de que, na esteira da igualdade entre homem e mulher, o deferimento de pensão alimentícia sem prazo final é exceção, justificada apenas em casos específicos:

> Processo civil e direito civil. Família. Alimentos. Ação de separação judicial litigiosa. Imputação de culpa. Violação dos deveres do casamento. Presunção de perdão tácito. Alimentos transitórios. Atualização monetária. - A presunção de perdão tácito declarada pelo TJ/MG constitui circunstância fática imutável na via especial, a teor da Súmula 7/STJ. - A boa-fé objetiva deve guiar as relações familiares, como um manancial criador de deveres jurídicos de cunho preponderantemente ético e coerente. - De acordo com os arts. 1.694 e 1.695 do CC/02, a obrigação de prestar alimentos está condicionada à permanência dos seguintes pressupostos: (i) o vínculo de parentesco, ou conjugal ou convivencial; (ii) a necessidade e a incapacidade do alimentando de sustentar a si próprio; (iii) a possibilidade do alimentante de fornecer alimentos. - O fosso fático entre a lei e o contexto social impõe ao Juiz detida análise de todas as circunstâncias e peculiaridades passíveis de visualização ou de intelecção no processo, para a imprescindível aferição da capacidade ou não de autossustento daquele que pleiteia alimentos, notadamente em se tratando de obrigação alimentar entre ex-cônjuges ou ex-compaheiros. Disso decorre a existência ou não da presunção da necessidade de alimentos. - A realidade social vivenciada pelo casal ao longo da união deve ser fator determinante para a fixação dos alimentos. Mesmo que se mitigue a regra inserta no art. 1.694 do CC/02, de que os alimentos devidos, na hipótese, são aqueles compatíveis com a condição social do alimentando, não se pode albergar o descompasso entre o *status* usufruído na constância do casamento ou da união estável e aquele que será propiciado pela atividade laborativa possível. - A obrigação de prestar alimentos transitórios a tempo certo é cabível, em regra, quando o alimentando é pessoa com idade, condições e formação profissional compatíveis com uma provável inserção no mercado de trabalho, necessitando dos alimentos apenas até que atinja sua autonomia financeira, momento em que se emancipará da tutela do alimentante outrora provedor do lar, que será então liberado da obrigação, a qual se extinguirá automaticamente. - Nos ter-

> mos do art. 1.710 do CC/02, a atualização monetária deve constar expressamente da decisão concessiva de alimentos, os quais podem ser fixados em número de salários mínimos. Precedentes. - Recurso especial parcialmente provido (REsp 1.025.769/MG, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, j. em 24.08.2010, *DJe* de 01.09.2010).

Dos fundamentos do acórdão, extraem-se os seguintes fundamentos que corroboram o entendimento ora adotado:

> Uma das características da obrigação alimentar, segundo o supracitado autor, é a sua condicionalidade à permanência dos pressupostos que determinam a prestação, ao entendimento de que "para subsistir a pensão é preciso que os pressupostos do nascimento da pensão se mantenham" (RIZZARDO, Arnaldo. p. 750).

Dessa forma, com a condicionalidade, nas palavras do professor Orlando Gomes, a "relação obrigacional surge e perdura só e enquanto se verifiquem e permaneçam concretamente aqueles determinados elementos de fato previstos em lei" (apud RIZZARDO, Arnaldo, p. 750).

Nesse contexto, consideram-se pressupostos para a obrigação alimentar aqueles contidos nos arts. 1.694 e 1.695 do CC/02, a constituir a seguinte trilogia - que devem estar presentes em todas as imposições de prestar alimentos:

i) o vínculo de parentesco, ou conjugal ou convivencial;

ii) a necessidade e a incapacidade - ainda que temporária - do alimentando de sustentar a si próprio;

iii) a possibilidade do alimentante de fornecer alimentos.

A adoção dos pressupostos legais aparentemente objetivos, porém, não é simples, porquanto sobre eles devem incidir elementos diversos, revestidos de elevada carga subjetiva, que informarão os limites da recíproca obrigação alimentar, tendo como pano de fundo uma sociedade hipercomplexa e multifacetada.

O fosso fático entre a lei e o contexto social impõe ao Juiz detida análise de todas as circunstâncias e peculiaridades passíveis de visualização ou de intelecção no processo, para a imprescindível aferição da capacidade ou não de autossustento daquele que pleiteia alimentos.

Dessa forma, é possível, ou talvez, até necessária, a definição de balizas conjunturais indicativas que venham a dimensionar a presunção de necessidade ou, ainda, que sinalizem no sentido de sua inexistência.

Habitualmente, são três as possíveis situações decorrentes de uma dissolução de sociedade conjugal ou convivencial, em cuja constância houve acordo entre os então cônjuges ou companheiros para que um deles se abstivesse da prática de atividade profissional remunerada ou, ainda, que não buscasse ascender profissionalmente, em virtude de atribuições com a administração do lar e de comodidades oferecidas pelo parceiro:

i) o ex-cônjuge ou ex-companheiro, em decorrência da combinação idade avançada e deficiência ou desatualização na formação educacional, não consegue ou apresenta enorme dificuldade para se estabelecer profissionalmente com remuneração digna;

ii) o ex-cônjuge ou ex-companheiro, em idade compatível com a inserção no mercado de trabalho, possui formação profissional que lhe garanta, ao menos em tese, colocação profissional que assegure a manutenção de seu *status quo ante*;

iii) o ex-cônjuge ou ex-companheiro, apesar de ter idade compatível com o exercício de atividade remunerada, carece de instrução para uma colocação profissional condigna.

A primeira situação descrita torna evidente a presunção da necessidade de alimentos. Isso porque é inadmissível que, após um longo período de relação conjugal ou convivencial, seja o ex-cônjuge ou ex-companheiro tangido ao mercado de trabalho, sem qualificação técnica ou experiência que o habilite a conseguir emprego condizente com a realidade social a que esteve habituado na constância do casamento ou da união estável.

Note-se que a realidade social vivenciada pelo casal ao longo da união deve ser fator determinante para a fixação dos alimentos. Mesmo que se mitigue a regra inserta no art. 1.694 do CC/02 - de que os alimentos devidos, na hipótese, são aqueles compatíveis com a condição social do alimentando -, não se pode albergar o descompasso entre o *status* usufruído na constância do casamento ou união estável e aquele que será propiciado pela atividade laborativa possível.

Em sentido inverso, encontra-se a segunda situação hipotética traçada, porquanto nela a presunção opera contra o ex-cônjuge ou ex-companheiro que pleiteia alimentos, por apresentar condições, idade e formação profissional adequadas a uma provável inserção no mercado de trabalho.

Por fim, quanto à última situação hipoteticamente delineada, a confirmação da necessidade demandaria maior labor e cuidadosa análise do Juiz para evitar o esvaziamento do texto legal. Não se pode tolerar, além do mais, a estipulação da perpetuidade da obrigação de prestar alimentos ao ex-parceiro que, por motivos imponderáveis, mantém-se inerte quanto à sua colocação profissional, ainda que se encontre em idade laboral ativa e em plenas condições de desenvolver atividade que lhe propicie autossustento.

> Sob a perspectiva inescapável da boa-fé objetiva - que deve guiar não apenas as relações negociais, como também as decorrentes de vínculos familiares, como um manancial criador de deveres jurídicos entre os envolvidos, de cunho preponderantemente ético e coerente, como o são os deveres de lealdade, de respeito, de honestidade e de cooperação -, munir-se-á o Juiz de um verdadeiro radar a fim de auscultar a melhor forma de concretização das expectativas e esperanças recíprocas outrora criadas, nascidas do afeto e nutridas pela confiança. [...].

Com efeito, essa demanda representa a exceção prevista no referido acórdão. É que há demonstração de situação excepcional, sendo irrazoável exigir de pessoa que colocou a família, o estudo dos filhos, a ascensão na carreira do marido, à frente de seus próprios estudos, de sua colocação

profissional e de seus desejos, e passe a promover seu próprio sustento sem as mínimas condições de fazê-lo, sob a dependência de retirar sustento de (incerto) aluguel de espaço comercial em bairro residencial de cidade interiorana.

É preciso observar que a igualdade invocada pelo réu proveniente da Constituição Federal, embora almejada e de concretização em curso, é incipiente e ainda não chegou a todos os lares e realidades das mulheres no Brasil.

Por certo, não é possível, em absoluto, igualar um homem, policial militar aposentado, com rendimentos garantidos, a uma mulher de meia idade, que até ha pouco não tinha concluído o ensino médio, nunca trabalhou, não domina as tecnologias do mundo moderno e, portanto, não tem como se 'reinserir' no mercado. Limitar sua fonte de sustento a dois anos e reduzir o montante da pensão não constituem tratamento igualitário, mas acentuam as desigualdades já existentes entre as partes e deixam à míngua a ex-esposa que se dedicou à família.

Não houve igualdade no âmbito da relação trintenária, desempenhando as partes tarefas absolutamente distintas no seio familiar, sendo as da autora despidas de expressão econômica, de modo que igualar os ex-cônjuges agora não passa por deixar a autora sem fonte de renda.

É possível extrair do depoimento do réu em audiência (e-doc. 92) que a autora fazia todo o trabalho doméstico, voltado a cuidados com a casa, filhos, alimentação e fardas do marido policial e que ele, marido, não pagava INSS em seu favor para que obtivesse aposentadoria.

Segundo se visualiza a partir do minuto 47 da audiência de instrução e julgamento, a autora não detinha valores em espécie para aquisições em seu favor, mas fazia gastos da casa em cartão de crédito titularizado e disponibilizado pelo réu.

O réu afirmou na audiência que nunca recolheu as contribuições ao INSS em favor da autora porque pretendia com ela permanecer até o fim da vida, tendo inclusive mencionado que, se morresse, ela receberia sua pensão por morte.

Soa estranho que após trinta anos de união e criação de três filhos, ao menos a intenção de que a ex-esposa tenha algum sustento tenha se dissipado de forma tão definitiva como o casamento.

Se a ruptura do vínculo pela morte conferiria um sustento à autora na forma de pensão por morte, é justo e razoável que a ruptura em vida - ainda que por diversas razões - também propicie algum meio de sustento à recorrente.

Como antes exposto, contar apenas com o aluguel de ponto comercial é incerto - quanto à existência de inquilino e respectivos valores -, notadamente em período pós-pandemia do novo Coronavírus, em que a crise econômica pela qual atravessa o país é notável.

Além da igualdade entre homens e mulheres - valor cuja concretização ainda exige longo caminho -, deve-se preconizar a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF), não sendo proporcional ou

razoável deixar pessoa não qualificada à própria sorte em dois anos, quando dedicou os últimos 31 (trinta e um) aos cuidados do lar, formação dos filhos e carreira do marido.

A manutenção da sentença representa manter uma igualdade formal alienada do caso concreto e das particularidades da autora, que, repita-se, até 2017 não terminara o ensino médio e nunca trabalhou.

Logo, a igualdade a ser buscada no caso concreto é a material, de modo que, ainda que a autora tenha permanecido com a casa que contém ponto comercial, não há garantia de recebimento constante de aluguel, nem de valores suficientes à sua subsistência.

Outrossim, se é certo que os filhos podem contribuir com a sobrevivência da mãe, o ex-marido também tem plenas condições de fazê-lo, e é para tanto que está sendo chamado a fazer nesta demanda.

O e-doc 49, referente a junho de 2019, revela condição de aposentado da Polícia Militar de Minas Gerais, e, além da dívida com o pagamento da chácara ter terminado em junho de 2021 (e-doc. 48), uma das filhas já se graduou, estando suficientemente provada a disponibilidade financeira para pagamento da pensão sem fixação de termo final.

Mesmo que as despesas da casa sejam divididas por quatro pessoas, que os filhos maiores tenham empregos e sejam concursados, os gastos listados dizem respeito à casa, e ali não estavam elencados gastos pessoais com vestuário, saúde e lazer.

Sendo assim e atento ao fato de que restou incontroversa a incapacidade prática da autora de inserção (veja-se, inserção, e não reinserção) no mercado de trabalho, o pedido de pensão alimentícia sem prazo final deve ser deferido.

O art. 1.694, do Código Civil norteia a fixação dos alimentos. Não tendo sido comprovados gastos extraordinários, e, sendo, de fato, natural a ajuda dos filhos nas despesas com a casa, pois ali também residem, o percentual de 15% (quinze por cento) dos rendimentos do réu mostra-se razoável e deve ser mantido.

O segundo apelo (réu).

Observadas as razões empregadas para acolher o primeiro apelo e determinada a reforma da sentença com relação ao termo final da obrigação e majorado o respectivo percentual, o pedido de redução do período a um ano deve ser rejeitado.

Conclusão.

Fundado nessas considerações, dou provimento ao primeiro apelo para retirar o limite temporal de pagamento da pensão alimentícia e manter o encargo em 15% (quinze por cento) dos rendimentos do autor fixado em sede de agravo. E, em consequência, nego provimento ao segundo apelo.

Custas pelo recorrido, suspensa a exigibilidade em razão da gratuidade da justiça.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores Washington Ferreira e Geraldo Augusto.

Súmula - DERAM PROVIMENTO AO PRIMEIRO RECURSO E NEGARAM PROVIMENTO AO SEGUNDO RECURSO.

Apelação – Registro tardio de óbito - Lei nº 6.015/73 - Requisitos - Não comprovação - Impossibilidade.

Nos termos do art.83 da Lei de Registros Públicos, "Quando o assento for posterior ao enterro, faltando atestado de médico ou de duas pessoas qualificadas, assinarão, com a que fizer a declaração, duas testemunhas que tiverem assistido ao falecimento ou ao funeral e puderem atestar, por conhecimento próprio ou por informação que tiverem colhido, a identidade do cadáver".

Ausente a comprovação do falecimento, mostra-se inviável a procedência do pedido de registro tardio de óbito .

Apelação Cível nº 1.0000.21.162027-3/001 - Comarca de São João Evangelista - Apelante: Joel Inacio da Silva - Interessado: E.P.S. Espólio de .. – Relator: Des. Geraldo Augusto.

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em negar provimento ao recurso.

Belo Horizonte, 26 de outubro de 2021. - *Geraldo Augusto*. – Relator.

Voto

DES. GERALDO AUGUSTO - Trata-se de apelação, interposta em face da sentença que, nos autos de ação de Registro Tardio de Óbito, julgou improcedente o pedido inicial. Custas pela parte autora, suspensa a exigibilidade, em face da assistência judiciária concedida.

Irresignado recorre o autor argumentando, em síntese, que foram juntados aos autos todos os documentos possíveis e que comprovam a existência da falecida Efigênia e o seu falecimento sem nenhum registro, inclusive com prova testemunhal; que os requisitos necessários para a realização da certidão de óbito foram informados; que necessita da certidão para vender um imóvel de sua propriedade.

Parecer da d. Procuradoria de Justiça, em síntese, pela desnecessidade de sua intervenção no feito. É o breve relatório.

Conhece-se do recurso, presentes os requisitos à sua admissibilidade.

Verifica-se dos autos que Joel Inácio da Silva ajuizou a presente ação com vistas ao registro tardio do óbito de sua genitora.

Informa que sua mãe, Efigênia Pereira dos Santos, faleceu em 16.10.1996, aos 100 (cem) anos, de causas naturais; que o falecimento se deu em seu domicílio, sem assistência médica; que, na época dos fatos, tendo em vista a baixa instrução e ao elevado abalo emocional dos parentes da falecida,

esses não providenciaram o registro do óbito em cartório no prazo legal, e, com o passar dos anos, a necessidade de providenciar o documento mostrou-se esquecida e não conhecida; que não foram encontrados documentos da falecida, nem CPF, nem certidão de nascimento.

Entendeu, no entanto, o d. juízo *a quo*, pela improcedência do pedido, ao argumento de que "o requerente não trouxe aos autos provas condizentes para a devida apreciação judicial, vez que o registro de óbito tardio não encontra respaldo legal para o seu acolhimento, com a simples apresentação do pedido" (f.55 - documento único).

Da detida análise do caso concreto e da matéria que o rege, tem-se por escorreita a d. sentença.

De plano, tem-se que, havendo o transcurso dos prazos previstos no art. 50 da Lei de Registros Públicos (Lei 6.015/73) - quinze dias, que será ampliado em até três meses para os lugares distantes mais de trinta quilômetros da sede do cartório -, sem que se tenha procedido ao pertinente registro do óbito, esse só poderá ser feito mediante autorização judicial. Nesse sentido, determina o art. 109 da citada lei:

> Art. 109. Quem pretender que se restaure, supra ou retifique assentamento no Registro Civil, requererá, em petição fundamentada e instruída com documentos ou com indicação de testemunhas, que o Juiz o ordene, ouvido o órgão do Ministério Público e os interessados, no prazo de cinco dias, que correrá em cartório.

Não obstante, conforme bem salientado pelo d. juízo e em consonância com o artigo supracitado, não basta o mero pedido para que seja deferido o registro tardio, há que se comprovar o aduzido.

Conforme determina o art. 83 da Lei nº 6.015/73,

> Quando o assento for posterior ao enterro, faltando atestado de médico ou de duas pessoas qualificadas, assinarão, com a que fizer a declaração, duas testemunhas que tiverem assistido ao falecimento ou ao funeral e puderem atestar, por conhecimento próprio ou por informação que tiverem colhido, a identidade do cadáver.

E, nesse ponto, embora as alegações do apelante, esse não conseguiu comprovar o falecimento de sua genitora, nem as circunstâncias em que teria ocorrido.

Com efeito, a única testemunha limitou-se a informar que "é irmã do Joel (o autor) e filha de dona Efigênia, que nunca viu o RG nem o CPF de sua mãe, que a pessoa que enterrou sua mãe também já faleceu. Que morou no Serro-MG até os 3 (três) anos de idade" (f.30-documento único). Não havendo nem sequer a informação de que esteve presente quando do falecimento e enterro de sua genitora.

E, ainda, instado a se manifestar, o responsável pelo cemitério onde alegadamente teria sido enterrada a mãe do autor, informou que "não localizamos nenhum registro ou anotação com relação ao falecimento ou sepultamento de Efigênia Pereira dos Santos" (f.39-documento único).

Dessa forma, é patente a inexistência de provas que comprovem o falecimento de Efigênia Pereira dos Santos; devendo ser mantida a sentença primeva.

Nesse sentido, este Tribunal:

> Apelação cível. Registro tardio de óbito. Cerceamento de defesa: inocorrência. Prova idônea do óbito: inexistência. Impossibilidade do registro. - O magistrado, como destinatário da prova, além da iniciativa probatória, pode, de forma discricionária, rejeitar aquelas que repute impertinentes ou protelatórias, fulcrando-se no disposto no art. 370, p. único, do CPC/15, podendo também, entendendo estar o processo apto a ser julgado, dispensar a dilação de provas, proferindo de plano a sua sentença, nas hipóteses preceituadas no art. 355 da Lei Adjetiva Civil. - Inexistindo nos autos prova segura para comprovar o óbito, impossível autorizar seu registro nos assentamentos civis, notadamente quando as testemunhas não dão qualquer informação acerca do falecimento ("que tiverem assistido ao falecimento ou ao funeral e puderem atestar, por conhecimento próprio ou por informação que tiverem colhido, a identidade do cadáver" - art. 83, Lei nº 6.015/73) (TJMG - Apelação Cível 1.0620.14.004188-5/001, Relator: Des. Peixoto Henriques, 7ª Câmara Cível, j. em 30.10.2018, p. em 07.11.2018).

Com tais razões, nega-se provimento ao recurso.

Sem honorários recursais.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores Armando Freire e Alberto Vilas Boas.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Agravo de instrumento - Ação declaratória - Escritura pública de doação - Nulidade - Inexistência de outorga marital - Casamento religioso - Inscrição no registro civil - Requisito de validade - Diligência não comprovada - Inteligência do art. 146 da Constituição de 1934 - União estável - Dilação probatória - Imprescindibilidade - Incapacidade civil - Hipótese não demonstrada - Alienação do imóvel - Lançamento de impedimento - Pedido indeferido - Decisão mantida – Recurso não provido.

- Segundo o art. 146 da Constituição de 1934, o casamento perante ministro de qualquer confissão religiosa, cujo rito não contrarie a ordem pública ou os bons costumes, produzirá os mesmos efeitos que o casamento civil, desde que perante a autoridade civil, na habilitação dos nubentes, na verificação dos impedimentos e no processo da oposição sejam observadas as disposições da lei civil e inscrito no registro civil.

- Considerando que não foi comprovada a inscrição do casamento religioso no registro civil, requisito para a validade do ato, a inexistência da outorga marital, a princípio, não macula a doação do imóvel *sub judice*.

- A constituição de união estável demanda dilação probatória, devendo dirimir-se em cognição exauriente, no curso do devido processo legal, para que sejam comprovados os requisitos previstos no Código Civil, notadamente a convivência pública, contínua e duradoura, com o objetivo de constituir família.

- Não havendo elemento capaz de corroborar a tese de incapacidade civil da doadora, prudente que a análise da matéria seja precedida da realização de outros meios de prova, devendo ser mantida a decisão que indeferiu o lançamento de impedimento de alienação do imóvel.

- Recurso não provido.

Agravo De Instrumento-Cv nº 1.0000.21.000523-7/001 - Comarca de Visconde do Rio Branco - Agravantes: Celi Ribeiro Pereira, Geraldo Ribeiro da Silva - Agravada: Eliane da Penha Sousa. – Relator: Des. Raimundo Messias Júnior.

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em negar provimento ao recurso.

Belo Horizonte, 23 de novembro de 2021. - *Raimundo Messias Júnior*. – Relator.

Voto

DES. RAIMUNDO MESSIAS JÚNIOR - Trata-se de agravo de instrumento da decisão proferida pelo MM. Juiz de Direito da Vara Cível, da Infância e da Juventude e de Precatórias da Comarca de Visconde do Rio Branco (ordem nº 14), que, nos autos da ação declaratória ajuizada por Geraldo Ribeiro da Silva e Celi Ribeiro Pereira, contra Eliane da Penha Sousa, indeferiu a antecipação dos efeitos da tutela.

Sustentam os agravantes, em síntese, que são filhos de Amélia Ribeiro dos Reis e Sebastião Arcanjo Gregório. Afirmam que sua genitora, Amélia Ribeiro dos Reis, realizou a doação de 50% (cinquenta por cento) do imóvel descrito na inicial para a neta, ora agravada. Salientam que a escritura lavrada em 15.03.1994 é nula, pois a doadora qualificou-se como solteira e consta apenas a sua assinatura a rogo. Alegam, que os pais, Amélia Ribeiro dos Reis e Sebastião Arcanjo Gregório, casaram-se no religioso em 19.01.1935, conforme certidão da Diocese de Leopoldina, sendo a outorga marital indispensável para fins de doação do bem. *Ad argumentandum tantum*, defendem que os genitores viviam em união estável, a ensejar também a outorga do companheiro para a doação do imóvel, o que não ocorreu. Discorrem sobre a incapacidade civil da doadora. Ressaltam que o impedimento de alienação do imóvel é imprescindível para assegurar o resultado útil do processo, além de evitar prejuízos a terceiros.

Com tais razões, requerem o provimento do recurso, para que seja lançado impedimento de alienação do imóvel indicado na peça recursal.

Através da decisão de ordem nº 16, admiti o processamento do recurso, indeferindo a antecipação dos efeitos da tutela recursal.

O MM. Juiz prestou informações (ordem nº 18), noticiando a manutenção da decisão agravada.

Intimada, a agravada não apresentou contraminuta (ordem nº 20).

A Procuradoria-Geral de Justiça considerou desnecessária sua intervenção (ordem nº 21).

É o relatório.

Conheço do recurso, uma vez presentes os requisitos de admissibilidade.

Cinge-se a controvérsia a aferir se deve ser lançado impedimento de alienação do imóvel indicado na peça recursal.

Trata-se de ação declaratória de anulação de escritura pública de doação ajuizada por Geraldo Ribeiro da Silva e Celi Ribeiro Pereira, ora agravantes, contra Eliane da Penha Sousa (agravada).

O MM. Juiz indeferiu a tutela de urgência, vez que não há elementos que evidenciem a probabilidade do direito, pois inexiste mácula na qualificação da doadora, por força do art. 146 da Cons-

tituição da República dos Estados Unidos do Brasil (1934), vigente à época da celebração do casamento religioso.

Além disso, consignou que a existência de união estável exige dilação probatória.

Por fim, assinalou que não há qualquer documento capaz de corroborar a tese de incapacidade da doadora para os atos da vida civil.

Pois bem.

Preceitua o art. 301 do CPC: "Art. 301. A tutela de urgência de natureza cautelar pode ser efetivada mediante arresto, sequestro, arrolamento de bens, registro de protesto contra alienação de bem e qualquer outra medida idônea para asseguração do direito".

Nessa perspectiva, como as medidas para asseguração do direito visam efetivar tutela de urgência de natureza cautelar, a pretensão deve estar amparada em elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo (art. 300, *caput*, CPC).

In casu, a escritura pública (ordem nº 08), comprova a doação do imóvel realizada por Amélia Ribeiro dos Reis à Eliane Penha Sousa, ora agravada.

A tese principal dos agravantes é que a doação padece de nulidade, vez que concretizada sem a outorga marital.

Todavia, colhe-se dos autos que os pais dos recorrentes casaram-se no religioso no dia 19.01.1935, conforme certidão da Diocese de Leopoldina (ordem nº 07).

Segundo o art. 146 da Constituição de 1934, vigente à época da celebração do casamento religioso:

> Art. 146 - O casamento será civil e gratuita a sua celebração. O casamento perante ministro de qualquer confissão religiosa, cujo rito não contrarie a ordem pública ou os bons costumes, produzirá, todavia, os mesmos efeitos que o casamento civil, desde que, perante a autoridade civil, na habilitação dos nubentes, na verificação dos impedimentos e no processo da oposição sejam observadas as disposições da lei civil e seja ele inscrito no Registro Civil. O registro será gratuito e obrigatório. A lei estabelecerá penalidades para a transgressão dos preceitos legais atinentes à celebração do casamento.

Na espécie, a inscrição no Registro Civil, requisito para a validade do casamento religioso, não foi comprovada pelos agravantes.

Assim, não obstante o casamento tenha se concretizado perante a autoridade religiosa, não possui o efeito jurídico previsto em lei, mormente considerando que o ato registral não foi efetivado.

Nessa senda, a inexistência da outorga marital, a princípio, não macula a doação do imóvel *sub judice*.

Lado outro, para o reconhecimento da união estável, é necessária a comprovação dos requisitos previstos no Código Civil, notadamente a convivência pública, contínua e duradoura, com o objetivo de constituir família.

Nesse passo, a questão demanda dilação probatória, devendo dirimir-se em cognição exauriente, no curso do devido processo legal.

Da mesma arte, não há qualquer elemento capaz de corroborar a tese de incapacidade civil da doadora.

Com efeito, os documentos juntados não permitem concluir, nesta fase de cognição sumária, a probabilidade do direito dos agravantes, já que a matéria demanda ampla dilação probatória, na medida em que não se pode aferir, de plano, o vício alegado e as circunstâncias em que a doação ocorreu.

Nesse contexto, prudente que a análise da matéria seja precedida da realização de outros meios de prova, não havendo, por ora, subsídios para deferir o pleito recursal.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

Custas pelos agravantes, suspensa a exigibilidade, pois litigaram sob o pálio da justiça gratuita.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores Maria Inês Souza e Afrânio Vilela.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Apelação cível - Ação exoneratória - Alimentos avoengos - Maioridade - Prova da necessidade - Ônus do alimentado - Prorrogação da obrigação - Condição de estudante - Limites - Capacidade da avó alimentante reduzida - Gastos com tratamento de doenças - Comprovação - Exoneração - Possibilidade – Recurso provido.

- A maioridade civil, por si só, não exime o alimentante da obrigação de prestar alimentos, mas, a partir de então, torna-se necessária prova cabal da necessidade, a qual deixa de ser presumida.

- O curso técnico no qual se matriculou a alimentada tão logo foi citada para responder a ação exoneratória não é prova suficiente de que persiste a necessidade nos mesmos parâmetros anteriores à maioridade.

- A obrigação de alimentos entre ascendentes e descendentes, notadamente, os avoengos, que é complementar e subsidiária, não pode ser prorrogada sem limites no tempo, devendo ser considerada a plena aptidão da alimentada para o trabalho, pessoa jovem e saudável, ainda que mantenha sua condição de estudante, sendo aconselhável que busque meios próprios de contribuir com seu sustento.

- Deve ser reformada a sentença que julga improcedente o pedido de exoneração da obrigação alimentar quando, alcançada a maioridade, a alimentada não comprova que persiste sua necessidade e, de outro, lado, a avó alimentante demonstra a redução de sua situação financeira.

Apelação Cível nº 1.0000.21.087110-9/001 - Comarca de Ipatinga - Apelante: T.J. - Apelada: M.B.S.T.- Relator: Des. Afrânio Vilela.

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em dar provimento ao apelo.

Belo Horizonte, 13 de julho de 2021. - *Afrânio Vilela*. – Relator.

Voto

DES. AFRÂNIO VILELA - Em exame, apelação cível interposta por T.J. contra sentença de f. 107\111 (doc. único) que, nos autos da ação de exoneração de alimentos ajuizada em face de M.B.S.T., julgou improcedente o pedido, resolvendo a lide com âncora no art. 487,I, do CPC, e condenando a autora ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios fixados em 15% (quinze por cento) do valor da causa, suspensa a exigibilidade por litigar sob o pálio da justiça gratuita.

Em razões de f. 117\124, a apelante requer a reforma da sentença, aduzindo, em síntese, que houve alteração no binômio capacidade-necessidade, contando com 83 anos, vários problemas de saúde, acamada e com elevados gastos com medicamentos e cuidadora; que a alimentada conta com 20 anos de idade, trabalha e possui ótimo estado de saúde; que também paga alimentos avoengos no percentual de 50% (cinquenta) do salário mínimo para a irmã da apelada, os quais, somados ao devido à M.B.S.T., perfaz o total de 90% (noventa por cento) do salário mínimo, restando-lhe 10% (dez por cento) de sua aposentadoria para sua manutenção; que a matrícula no curso apresentado foi feita após o ajuizamento da presente ação, agindo, portanto, de forma desleal a justificar a manutenção da pensão; que, nos termos da Súmula 596 do STJ, a obrigação alimentar dos avós tem natureza complementar e subsidiária; que não há comprovação de que a apelante é frequente no curso, tampouco de que necessita dos alimentos, pois não trouxe aos autos prova dos gastos mensais.

Contrarrazões às f. 136\144, pelo não provimento do recurso.

A Procuradoria-Geral de Justiça afirmou ser desnecessária a intervenção no feito (f. 159\160).

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

Cinge-se a controvérsia a verificar a possibilidade de exoneração da pensão alimentícia avoenga paga pela apelante T.J. à neta M.B.S.T., no importe de 40% (quarenta por cento) do salário mínimo, ao argumento de que a alimentada é capaz de prover seu próprio sustento, possui renda própria, bem como em face da modificação do binômio necessidade-possibilidade, visto que seu estado de saúde é precário.

Os pressupostos do dever alimentar vêm expressos no art. 1.695 do Código Civil, que estabelece: "São devidos os alimentos quando quem os pretende não tem bens suficientes, nem pode prover, pelo seu trabalho, à própria mantença, e aquele, de quem se reclamam, pode fornecê-los, sem desfalque do necessário ao seu sustento".

Sabe-se que o acolhimento do pleito exoneratório está condicionado à efetiva prova de alteração nas necessidades do recebedor dos alimentos ou nas possibilidades de quem os presta, nos termos do art. 1.699 do Código Civil Brasileiro, *in verbis*: "Art. 1699. Se, fixados os alimentos, sobrevier mudança na situação financeira de quem os supre, ou na de quem os recebe, poderá o interessado reclamar ao juiz, conforme as circunstâncias, exoneração, redução ou majoração do encargo".

Todavia, com o implemento da maioridade, os alimentos deixam de encontrar fundamento no poder familiar (arts. 1.630 e 1.631, ambos do Código Civil), subsistindo, porém, o dever de sustento pautado no vínculo de solidariedade humana que une os membros do agrupamento familiar, impondo aos que pertencem ao mesmo grupo o dever recíproco de socorro (arts. 1.694 e 1.696 do Código Civil).

Vejamos:

> Art. 1.694. Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação.
>
> § 1º Os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada.
>
> [...]
>
> Art. 1.695. São devidos os alimentos quando quem os pretende não tem bens suficientes, nem pode prover, pelo seu trabalho, à própria mantença, e aquele, de quem se reclamam, pode fornecê-los, sem desfalque do necessário ao seu sustento.
>
> Art. 1.696. O direito à prestação de alimentos é recíproco entre pais e filhos, e extensivo a todos os ascendentes, recaindo a obrigação nos mais próximos em grau, uns em falta de outros.

Nesse sentido é a lição de Yussef Said Cahali: "Extinto o poder familiar em razão da maioridade, e, conseguintemente, cessando o dever de sustento, exsurge, obviamente, para o filho um direito de alimentos, mas agora nas condições do art. 1.694" (CAHALI, Yussef Said. Dos alimentos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 467).

Os alimentos avoengos, ademais, possuem caráter complementar e subsidiário, nos termos da Súmula 596 do C. Superior Tribunal de Justiça: "A obrigação alimentar dos avós tem natureza complementar e subsidiária, somente se configurando no caso de impossibilidade total ou parcial de seu cumprimento pelos pais."

E, embora a maioridade civil, por si só, não seja suficiente para eximir o alimentante da obrigação de prestar alimentos, uma vez implementada, necessária prova cabal da necessidade, a qual deixa de ser presumida, como bem argumenta a apelante.

In casu, como dito, a alimentante ancora sua pretensão em três pilares:

a) no implemento da maioridade da alimentada;

b) no exercício de atividade remunerada;

c) na alteração de sua possibilidade de arcar com os alimentos.

Desse modo, cabia à apelada comprovar a necessidade de continuar recebendo os alimentos, visto que impossibilidade de se manter por seus próprios esforços.

Todavia, essa prova não é forte nos autos, extraindo-se, em verdade, do acervo probatório, que a apelada hoje possui 20 (vinte) anos de idade, sendo, portanto, jovem e saudável, razão pela qual possui plena capacidade de inserção no mercado de trabalho.

Destarte, não cuidou a apelada de comprovar seus gastos mensais para averiguação da impossibilidade de se sustentar. O único documento juntado por ela foi o contrato de prestação de serviços educacionais firmado, diga-se de passagem, após o ajuizamento desta ação exoneratória, em 03 de

março de 2020. Contudo, referido documento (f. 66\70 doc. único), sem o amparo de outras provas, é, inegavelmente, insuficiente para se aferir a necessidade de manutenção dos alimentos avoengos.

Ademais, de se considerar que do contrato de prestação de serviços educacionais se infere no campo de "qualificação" da alimentada que ela declarou exercer atividade de "secretária".

E nem se alegue que a apelada comprovou sua situação de desemprego ao trazer aos autos cópia de sua CTPS sem anotações, notadamente porque, para fins de exoneração da pensão alimentícia, não é necessário que a pessoa alimentada possua contrato de trabalho formal, bastando que não comprove a necessidade de receber a prestação alimentícia.

De outro lado, em relação à avó paterna, nota-se que ela é pessoa idosa, atualmente com 82 anos de idade (f. 10 doc. único), tendo como renda a pensão por morte de seu ex-marido e sua aposentadoria de 01 (um) salário mínimo mensal, a qual é consumida, quase na totalidade (90%), com prestação alimentícia para a apelada (40% do s.m.) e sua irmã (50% do s.m.).

Ainda, provou a apelante que sofre do Mal de Parkinson (f. 15 doc. único), em estado avançado, e possui hipertensão arterial, necessitando de melhores recursos para subsistência digna, bem como para arcar com os gastos advindos da nefasta doença, como, por exemplo, os vários medicamentos que comprovou ingerir (f. 14 e 16 doc. único), além do pagamento de acompanhante\cuidador\enfermeiro, tendo em vista que possui dificuldades de locomoção (laudo médico de f.14 doc. único) e a impossibilidade de se manter sozinha.

Nesse contexto, há evidências de mudança negativa na situação financeira da apelante T.J., desde a fixação dos alimentos há mais de 15 anos, já que sua renda atualmente se encontra em grande parte comprometida com suas necessidades básicas e com a prestação alimentícia de outra neta, além do que importa destacar que, com a idade avançada, naturalmente as despesas ordinárias tendem a aumentar.

Considerando a redução da possibilidade financeira da apelante, bem como a ausência de demonstração de impossibilidade da requerida de se sustentar, conjugada com os indícios de que exerce atividade laborativa, a teor do art. 1.694 do Código Civil, levando-se, ademais, em consideração, o caráter subsidiário da obrigação avoenga, entendo que é o caso de exonerar a apelante da obrigação alimentar, porque não comprovada a necessidade de manutenção dos alimentos, bem ainda a incompatibilidade entre estudos e trabalho.

Posto isso, dou provimento ao recurso para reformar a sentença e julgar procedente o pedido, exonerando a apelante do encargo alimentar em relação à neta M.B.S.T., julgando extinto o feito com resolução do mérito, com fulcro no art. 487, I, do CPC.

Inverto os ônus sucumbenciais e condeno a apelada ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados em 15% (quinze por cento) do valor da causa, suspensa a exigibilidade por litigar sob o pálio da justiça gratuita.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores Marcelo Rodrigues e Raimundo Messias Júnior.

Súmula - DERAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Agravo de instrumento - Ação de divórcio - Alimentos - Ex-cônjuges - Incapacidade laboral transitória- Comprovação - Alimentos mantidos - Fixação de prazo certo - Necessidade.

- Os alimentos devidos entre ex-cônjuges, em observância ao previsto no art. 1.695 do Código Civil, são excepcionais e ostentam caráter auxiliar e transitório, isto é, persistem apenas pelo tempo necessário ao alimentando se reerguer financeiramente e inserir-se no mercado de trabalho.

- Tratando-se a agravada de pessoa com 57 (cinquenta e sete) anos, existindo a informação nos autos de que ela sempre auferiu renda na venda de queijos artesanais, cujo insumo advém de animais, os quais, todavia, estão na posse do agravante, revela-se prudente a manutenção da decisão que fixou os alimentos, observada a adequação do valor aos limites do pedido.

- Não se vislumbrando qualquer excepcionalidade em relação à situação da agravada que justifique a não fixação de prazo certo para exoneração da obrigação, não havendo qualquer indício nos autos de inaptidão definitiva para a atividade laboral, prudente a fixação do prazo de 01 (um) ano para que se vigore a prestação da obrigação alimentícia.

Agravo de Instrumento-Cv nº 1.0000.20.577250-2/001 - Comarca de Uberlândia - Agravante: V.P.R. - Agravado: D.S.R. – Relatora: Desª Maria Inês Souza.

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 ao recurso.

Belo Horizonte, 29 de junho de 2021. - Maria Inês Souza. – Relatora.

Voto

DESª MARIA INÊS SOUZA - Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de atribuição de efeito suspensivo, interposto por V.P.R., contra a r. decisão proferida pelo MM. Juiz de Direito da 3ª Vara de Família e Sucessões da Comarca de Uberlândia (documento de ordem 07) que, nos autos da "Ação de divórcio litigioso, com pedido de alimentos", ajuizada por D.S.R., concedeu a tutela de urgência e fixou alimentos provisórios em seu favor, no valor de 40% (quarenta por cento) do salário mínimo.

Em suas razões recursais, alega o agravante que o valor fixado a título de alimentos é incompatível com sua capacidade financeira. Alega, ainda, que o valor arbitrado é superior àquele pleiteado pela ora agravada, qual seja, 30% (trinta por cento) do salário mínimo.

Aduz que a agravada é capaz de prover o seu próprio sustento, pois, além da força de trabalho, aufere renda extra, advinda de dois aluguéis.

Com tais alegações, entende evidenciados a probabilidade do direito e o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo, nos termos do art. 300 do Código de Processo Civil.

Requer a concessão da tutela antecipada recursal, para exonerá-lo do encargo alimentar ou fixar os alimentos em dez por cento do salário mínimo, e, ao final, o provimento do recurso, confirmando a liminar e, em caso de fixação da pensão nos moldes pleiteados, o estabelecimento de prazo não superior a um ano para o fim do encargo.

Recebido o recurso (doc. de ordem 49), foi indeferida a tutela recursal pleiteada, porém, de ofício, adequado o valor arbitrado aos limites do pedido, qual seja, 30% (trinta por cento) do salário mínimo.

Apesar de devidamente intimada, a agravada não apresentou contraminuta.

É o relatório.

Presentes os pressupostos de admissibilidade subjetivos (legitimidade e interesse recursal) e objetivos (recurso cabível e adequado, tempestivo, dispensado o preparo em face do deferimento da Justiça Gratuita), conheço do recurso interposto.

Cinge-se a controvérsia à verificação quanto ao acerto da decisão interlocutória que deferiu alimentos a ex-cônjuge, nos seguintes termos:

> [...]
>
> No caso dos autos a requerente informa que não possui meios de se sustentar. Conta que sempre trabalhou com o marido na produção de queijos e, hoje, diante da separação do casal, e por não estar com a posse dos animais que forneciam a matéria prima, encontra-se impedida de exercer a única atividade laboral que desenvolveu ao longo da vida. Desse modo, tenho que mostra-se necessário para sobrevivência da autora a fixação de alimentos provisórios em seu favor [...] (doc. ordem nº 07).

O dever de prestar alimentos entre ex-cônjuges, como cediço, em observância ao previsto nos arts. 1.694 e 1.695 do Código Civil, é excepcional e ostenta caráter auxiliar e transitório, isto é, persiste apenas pelo lapso necessário ao alimentando se reerguer financeiramente e inserir-se no mercado de trabalho.

Conforme firme jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, à luz do disposto no art. 1.695 do Código Civil, o dever de prestar alimentos entre ex-cônjuges pressupõe a satisfação de dois requisitos, a saber, "a ausência de bens suficientes para a manutenção do alimentando e sua incapacidade de prover a própria mantença pelo seu trabalho" (AgRg no AREsp 473.005/CE, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, j. em 18.03.2014, DJe de 31.03.2014).

Sobre o tema, leciona Rolf Madaleno:

> É fato incontroverso que os alimentos entre esposos é direito cada vez mais escasso nas demandas judiciais, e nessa linha se tem direcionado o STJ considerando que, em regra,

> todos os alimentos entre cônjuges e conviventes são transitórios, especialmente em decorrência da propalada igualdade constitucional dos cônjuges e gêneros sexuais, reservada a pensão alimentícia para casos pontuais de real necessidade de alimentos, quando o cônjuge ou companheiro realmente não dispõe de condições financeira e tampouco de oportunidades de trabalho, talvez devido à sua idade, ou por conta da sua falta de experiência, assim como faz jus a alimentos quando os filhos ainda são pequenos e dependem da atenção materna" (MADALENO, Rolf. Direito de Família. 10.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, edição Kindle, cap. 15).

Estabelecidas tais premissas, e com base nos fatos e documentos até o momento trazidos aos autos, conclui-se que a situação da agravada se insere na excepcionalidade da norma.

No caso, a agravada possui 57 (cinquenta e sete) anos, existindo a informação nos autos, inclusive confirmada pelo ora agravante de que ela sempre auferiu renda na venda de queijos artesanais, cujo insumo advém de animais, os quais, todavia, estão na posse do agravante.

Quanto à alegação de que a agravada aufere renda advinda de aluguéis, o agravante não juntou aos autos qualquer prova.

Nesse cenário, considerando a notícia de que a agravada não se encontra inserida formalmente no mercado de trabalho, revela-se prudente a manutenção da decisão que fixou alimentos, porém, com a adequação do valor, conforme decisão desta relatora de ordem 49.

Necessário, todavia, a fixação de prazo final, tornando os alimentos transitórios, pois, não obstante mencione a r. decisão ora impugnada a provisoriedade dos alimentos, não fixou prazo para o seu término.

No caso, não nada há nos autos a justificar a não fixação de prazo certo para exoneração da obrigação, não havendo qualquer indício de inaptidão definitiva para a atividade laboral.

Em hipóteses semelhantes, assim tem decidido este egrégio Tribunal de Justiça:

> Agravo de instrumento. União estável. Alimentos provisórios. Ex-companheira. Não demonstração de incapacidade para o trabalho. Decisão mantida. - A fixação de alimentos provisórios entre ex-cônjuges/companheiros pressupõe a demonstração, por quem os pleiteia, de sua incapacidade para o trabalho ou da impossibilidade de reinserção no mercado de trabalho, de forma a não "fomentar a ociosidade ou estimular o parasitismo". (Washington de Barros Monteiro, Curso de Direito Civil, Saraiva, p. 293) (TJMG - Agravo de Instrumento-Cv 1.0000.18.049503-8/001, Relator: Des. Peixoto Henriques, 7ª Câmara Cível, j. em 20.11.2018, p. em 26.11.2018).

Assim, vislumbrando-se risco de dano pela manutenção dos efeitos da decisão, ante a possibilidade de enriquecimento ilícito da alimentanda, prudente a fixação do prazo de 01 (um) ano para que vigore a prestação da obrigação alimentícia.

Diante do exposto, dou parcial provimento ao recurso, mantendo os alimentos em arbitrados pelo MM. Juiz a quo, observando-se a adequação do valor para trinta por cento do salário mínimo vigente, conforme decisão de ordem 49, porém, considero-os devido tão somente pelo prazo de 01 ano, contado a partir da publicação do presente acórdão.

Custas pelo agravante, suspensa a exigibilidade em razão da assistência judiciária por mim concedida quando do recebimento do presente recurso.

É como voto.

Votaram de acordo com a Relatora os Desembargadores Afrânio Vilela e Marcelo Rodrigues.

Súmula - DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO.

Ação de indenização - Queda de caminhão de ponte de madeira - Via pública municipal - Má conservação - Ausência de sinalização - Comportamento omissivo do poder público - *Faute du service* - Responsabilidade civil subjetiva - Fato administrativo e nexo de causalidade comprovados - Danos materiais - Comprovação - Culpa concorrente - Não reconhecimento - Primeira apelação parcialmente provida - Correção monetária a partir do desembolso das despesas - Súmula 43 do Superior Tribunal de Justiça - Segunda apelação desprovida - Condenação do ente público ao pagamento integral do ônus sucumbencial - Majoração da verba honorária - Admissibilidade.

- A responsabilidade em caso de omissão da Administração é subjetiva, dependendo, para sua configuração, da efetiva ocorrência do dano, de uma omissão do ente público e da relação de causalidade entre o dano e a conduta culposa ao deixar de prestar ou prestar mal o serviço público.

- O ente público é responsável pela reparação por danos materiais comprovados, devido a acidente provocado pelo desabamento de ponte localizada em via pública local, em decorrência da má-conservação, bem como da ausência de sinalização e proteção.

- Não comprovada pelo réu a culpa exclusiva ou concorrente da autora, a reparação integral pelos danos materiais causados impõe-se.

4. Na forma da Súmula 43 do Superior Tribunal de Justiça, o prejuízo da autora, no que concerne às despesas de reparo e translado do veículo de sua propriedade, ocorrem na data dos respectivos desembolsos, a partir de quando deve fluir a correção monetária.

- Com a reforma parcial da sentença, julgando integralmente procedente o pedido inicial, a condenação do réu ao pagamento do ônus sucumbencial em sua totalidade é medida que se impõe.

- Nos termos do art. 85, § 11, do CPC, ao julgar o recurso, o Tribunal deverá majorar os honorários advocatícios anteriormente fixados, observados os trabalhos adicionais realizados em grau recursal e os requisitos previstos no seu § 2º.

Apelação Cível nº 1.0334.15.000132-2/001 - Comarca de Itapagipe - 1º apelante: J.A Terraplenagem Ltda - EPP - 2º apelante: Município de Itapagipe - Apelados: J.A Terraplenagem Ltda - EPP, Município de Itapagipe. – 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 dar parcial provimento ao primeiro apelo, negando-o ao segundo.

Belo Horizonte, 05 de outubro de 2021. - *Elias Camilo Sobrinho*. – Relator.

Voto

DES. ELIAS CAMILO SOBRINHO - Trata-se de recursos de apelação interpostos, o primeiro, por J.A. Terraplanagem S/C Ltda. - ME, e o segundo pelo Município de Itapagipe, contra a sentença de Ordem 8 que, nos autos da ação de indenização ajuizada pela primeira apelante, julgou parcialmente procedente o pedido inicial para condenar o segundo apelante ao ressarcimento de 50% (cinquenta por cento) do valor dos danos materiais sofridos pela primeira, no valor de R$20.439.50 (vinte mil quatrocentos e trinta e nove reais e cinquenta centavos), sobre o qual incidirá correção monetária, pelos índices adotados pela Corregedoria Geral de Justiça, e juros de mora, na forma do art. 1°-F da Lei Federal nº 9.494/1997, com a redação dada pela Lei Federal nº 11.960/2009, ambos a partir dos desembolsos.

Outrossim, condenou a primeira apelante ao pagamento de 50% (cinquenta por cento) das custas e despesas processuais, observada a isenção em relação ao segundo, *ex vi* do art. 10, I, da Lei Estadual nº 14.939/2003.

E diante da sucumbência recíproca, determinou que cada um dos apelantes arque com honorários advocatícios ao Procurador da parte *ex adversa*, no importe de 10% (dez por cento) do valor da condenação.

Insurge-se a primeira apelante, com as razões recursais de Ordem 11, sustentando que não há provas de que o motorista do caminhão tenha concorrido com culpa para a ocorrência do sinistro, visto que a ponte que desabou estava em péssimo estado de conservação, não havendo no local qualquer sinalização de perigo.

Assevera que o ente público se omitiu de forma cabal de seus compromissos administrativos, consistentes no dever de zelar pelo bem público, não promovendo as medidas necessárias para a manutenção e sinalização da ponte, devendo, portanto, responder integralmente pelos danos materiais causados ao administrado em razão do desabamento, descabendo falar em culpa concorrente.

Pugna pelo provimento do recurso para reformar, em parte, a sentença, julgando-se procedente o pedido inicial em sua totalidade, com a condenação do segundo apelante ao pagamento integral do ônus sucumbencial.

Requer, ainda, que a correção monetária incida a partir do evento danoso e não do desembolso das despesas despendidas.

Contrarrazões batendo-se pelo desprovimento, bem como a aplicação do § 11 do art. 85, do CPC (Ordem 18).

Insurge-se o segundo apelante, com as razões recursais de Ordem 16, sustentando, em apertada síntese, que não houve demonstração de culpa administrativa. Aduz que nunca recebeu qualquer solicitação de reparos ou manutenção corretiva da ponte e que, por outro lado, havia manutenção preventiva.

Ressalta que não é razoável obrigar o ente público a fiscalizar toda a extensão do município, que mede 1.802,438 km², com os recursos públicos limitados, que tem, razão pela qual a Administração conta com diversos canais diretos com a população para receber denúncias e requerimentos, de problemas em pontes, vias públicas e estradas vicinais de responsabilidade do município, o que, no caso concreto, não ocorreu.

Assevera que não foram demonstrados pela primeira apelante os requisitos para o reconhecimento do dever de indenizar, não tendo sido demonstrados o dano, a culpa e o nexo de causalidade.

Pugna pelo provimento do recurso para, reformando a sentença, julgar improcedente o pedido inicial, com a condenação da primeira apelante ao pagamento integral do ônus sucumbencial.

Contrarrazões batendo-se pelo desprovimento e pela majoração da verba honorária fixada em primeiro grau (Ordem 26).

Desnecessária a intervenção do Órgão Ministerial.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço dos recursos.

Passo à decisão.

Uma vez que as apelações arguem questões contrapostas, para melhor disposição e julgamento da matéria, o exame das questões será feito em bloco.

A primeira apelante ajuizou a presente ação em face do segundo apelante, pela qual pleiteia indenização por danos materiais. Narra que prestava serviços de terraplanagem para o ente público e que em 28.02.2014, o caminhão Mercedes-Benz, 1620, placas BSG-6899, ao trafegar em estrada local, caiu no Córrego Moeda, uma vez que a ponte de madeira ali existente cedeu. Afirma que as condições da ponte eram precárias, sendo a responsabilidade de manutenção do ente municipal. Aduz que não existia qualquer sinalização indicativa de perigo no local, implicando em omissão na manutenção/fiscalização, devendo, pois, o segundo apelante ser condenado ao pagamento de indenização pelos danos materiais advindos ao veículo, em razão da queda.

O Juiz singular reconheceu a omissão do segundo apelante na conservação e manutenção da ponte, mas, considerando haver culpa concorrente do motorista do caminhão de propriedade da primeira

apelante, julgou parcialmente procedente o pedido inicial para condenar o segundo apelante ao pagamento da metade do valor requerido, a título de indenização por danos materiais, com incidência dos consectários legais, conforme anteriormente relatado.

Controvertem as partes sobre a responsabilidade pelo evento danoso, alegando a primeira apelante que não há provas de concorrência culposa do motorista, seu preposto, para o implemento do referido acidente, enquanto o segundo apelante insiste que não se omitiu quanto à manutenção da ponte que desabou, visto que se encontrava em bom estado de conservação, imputando, portanto, a culpa pelo acidente ao preposto da primeira apelante.

Registre-se que ao segundo apelante compete zelar pela conservação das vias de circulação mediante a adoção de meios eficazes contra a ocorrência de acidentes. É fato, ainda, que o alegado evento danoso ocorreu em via pública municipal, cuja administração e destinação são reservadas ao ente público. Assim, pelos danos causados a terceiros nas vias públicas, o segundo apelante responde imediata e diretamente.

Ainda que consagre o texto constitucional a responsabilidade objetiva, não há como não reconhecer a adequação da imputação ao segundo apelante, na hipótese de omissão, a não ser pela teoria subjetiva. É que, no campo da responsabilidade civil, se o prejuízo adveio de uma omissão do Poder Público, invoca-se a teoria da responsabilidade subjetiva, que exige a demonstração da ocorrência de culpa, em uma de suas vertentes: negligência, imprudência e imperícia. É dizer, em caso de omissão ou falha de serviço, a responsabilidade do ente público ou das empresas prestadoras de serviços públicos é subjetiva, devendo ser comprovada a culpa que acarretou o acidente.

O caso concreto versa sobre possível condenação do segundo apelante por danos materiais, em decorrência do mau funcionamento do serviço (*faute du service*), caso em que se fala, portanto, em responsabilidade subjetiva. Com efeito, tratando-se de danos por omissão, só deve ser responsabilizado o ente público quando, embora obrigado a impedir os danos, descumpre o seu dever legal.

Sobre o tema, colhe-se da lição de 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. (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 28ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 1.021).

E prossegue:

> Não bastará, então, para configurar-se responsabilidade estatal, a simples relação entre ausência do serviço (omissão estatal) e o dano sofrido. Com efeito: inexistindo obrigação legal de impedir um certo evento danoso (obrigação, de resto, só cogitável quando haja possibilidade de impedi-lo mediante atuação diligente), seria um verdadeiro absurdo imputar ao Estado responsabilidade por um dano que não causou, pois isto equivaleria a ex-

> traí-la do nada; significaria pretender instaurá-la prescindindo de qualquer fundamento racional ou jurídico. Cumpre que haja algo mais: a culpa por negligência, imprudência ou imperícia no serviço, ensejadoras do dano, ou então o dolo, intenção de omitir-se, quando era obrigatório para o Estado atuar e fazê-lo segundo um certo padrão de eficiência capaz de obstar o ato lesivo. Em uma palavra; é necessário que o Estado haja incorrido em ilicitude, por não ter acorrido para impedir o dano ou por haver sido insuficiente neste mister, em razão de comportamento inferior ao padrão legal exigível. (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 28ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 1.021).

Incontroverso o acidente, conforme registra o Boletim de Ocorrência (f. 29-33 - Ordem 3), ocasionando danos materiais em veículo de propriedade da primeira apelante ("CRLV" de f. 34 - Ordem 3), de acordo, inclusive, com fotografias (f. 35-41 - Ordem 3) e Notas Fiscais referentes às despesas de reparo e reboque do bem acidentado (f. 42-45 - Ordem 3).

Ressalte-se que as aludidas notas fiscais estão em consonância com o "Boletim de Ocorrência", que descreve o acidente e os danos sofridos, do qual se extrai:

> HISTÓRICO DA OCORRÊNCIA
>
> O Senhor Elias Naves de Queiroz nos relatou o seguinte fato: que conduzia o caminhão Mercedes 1620 Placa BSG-6899 cor branco licenciado no Município Santa Adélia-SP de propriedade da Empresa J.A. Terraplanagem Ltda., carregado de terra na estrada vicinal que dá acesso Itapagipe-MG à Rodovia MG 255. Ao atravessar a ponte do Córrego da Moeda o Senhor Elias ouviu um barulho muito forte tendo uma das vigas de madeira quebrado, devido esta não suportar o peso do caminhão vindo a desabar, derrubando o caminhão no córrego. O caminhão ficou com as rodas para cima e com a cabine totalmente destruída. O motorista Senhor Elias conseguiu sair por uma janela logo após o acidente, e ficou com ferimentos leves, na mão esquerda. Foi feito contato com a Perícia Técnica, e o Perito Sr. Leonardo Eulálio da Silveira Dias MASP 12296125 relatou que não compareceria. Que poderia vir posteriormente se necessário. Foi feito contato com funcionários da prefeitura cientificando do fato ocorrido. (sic). (f. 32 - Ordem 3).

Pois bem. Do cotejo das provas documentais, verifica-se que a ponte era feita de tábuas, demonstrando as fotografias anexadas ao feito o péssimo estado de conservação da madeira, sem qualquer indicação de que havia sinalização de perigo, bem como de aviso no sentido de impedir ou de cuidado com a passagem no local.

Destarte, o mau estado de conservação da ponte foi demonstrado, bem como a falta de sinalização no local, sem qualquer indicativo que pudesse avisar aos eventuais motoristas e transeuntes, com antecedência e segurança, os perigos do tráfego no local.

Nesse passo, restou demonstrada a *faute de service*, visto que Administração Municipal tem a obrigação de fiscalizar as vias públicas e sinalizar eventual estado de precariedade, e providenciar a re-

forma, ou, pelo menos, dispositivos de proteção e sinalização, no sentido de impedir que acidentes do mesmo jaez produzam danos contra terceiros.

Não é excesso de zelo asseverar que deveria o segundo apelante utilizar de pessoal especializado para verificar as condições da ponte, e ter efetivado as medidas necessárias à manutenção, ou, ao menos, à sinalização e segurança, o que não ocorreu, ocasionando assim, o acidente.

Com efeito, a sua responsabilidade restou cabalmente demonstrada. É obrigação do ente público manter e conservar as vias públicas incólumes de riscos a transeuntes, realizando as obras e serviços necessários para a sua conservação e segurança. Caso contrário, responde pelas consequências de sua negligência.

Os danos materiais, como se disse acima, restaram sobejamente demonstrados, ressaltando-se que na insurgência recursal do Ente Público não houve impugnação ao *quantum* fixado na condenação.

Indiscutível se afigura, também, no caso concreto, o nexo de causalidade entre o dano e o acidente ocorrido, tendo em vista que a ausência de manutenção e conservação no local, de fato, foi o fator desencadeante dos danos sofridos pela primeira apelante.

Assim, apurado que o segundo apelante faltou com o dever de fiscalização/conservação, demonstrados também os danos e o nexo causal, o dever de indenizar pelos danos materiais sofridos por aquele que se acidentou impõe-se, sendo de rigor o desprovimento de seu recurso.

Noutro giro, com a devida vênia do Juiz sentenciante, não restou demonstrado que o motorista, preposto da primeira apelante, conduzia o veículo de forma inadequada, com excesso de carga ou que tenha contribuído, de alguma forma imperita, imprudente, ou negligentemente para dar causa ao evento, até porque, como se disse acima, não houve provas de que havia no local qualquer sinalização que alertasse de eventual perigo ao tráfego de veículos, pesados ou não.

Nesse passo, o que restou demonstrado pela prova dos autos foi o estado de abandono da ponte, que não tinha condições favoráveis ao trânsito, o que ocasionou o acidente.

Dessa forma, demonstrada a *faute du service*, ou, na verdade, a própria inexistência do serviço, quanto à obrigação do segundo apelante em dar manutenção ou sinalizar a ponte onde ocorreu o acidente, não tendo sido, por outro lado, demonstrado a culpa concorrente do motorista da primeira apelante, é de rigor o provimento do primeiro apelo, nesse particular, para a exclusão da consideração da culpa concorrente, com a condenação do segundo apelante ao pagamento do valor total da indenização vindicada, na importância de R$40.879,00 (quarenta mil oitocentos e setenta e nove reais), com base nas notas fiscais anexadas ao feito.

A propósito, sobre o tema, destacam-se da jurisprudência deste Sodalício, *mutatis mutandis*:

> Apelação cível. Responsabilidade civil do estado. Queda de veículo em buraco não sinalizado em via pública. Danos materiais emergentes e lucros cessantes. Dever do município de conservação das vias locais. Ato omissivo. Falta do serviço. Culpa caracterizada. - Não há possibilidade de imposição de responsabilidade objetiva derivada de falta do serviço o

> que, no entanto, não importa no seu afastamento, já que, em se tratando de responsabilidade subjetiva, presumível a culpa administrativa na eclosão do evento danoso derivado da só inexistência dos serviços que lhe são acometidos legalmente e a só existência de buraco não sinalizado em via pública, causa determinante para danos impingidos ao patrimônio do autor, é condição apta a suscitar a responsabilidade do Município, mormente diante da sua omissão na prestação de serviço adequado. [...] (TJMG, 3ª Câmara Cível, Apelação nº 1.0145.12.066283-1/001, Relator Des. Judimar Biber, j. em 31.10.2019, p. em 01.11.2019).
>
> Apelação cível. Responsabilidade civil do município. Acidente de trânsito. Queda do caminhão no rio em razão do rompimento de ponte de madeira. Ausência de sinalização e fiscalização da ponte. Danos ao veículo e perda da carga transportada. Culpa do município. *Faute du service*. Ausência de prova de imprudência do motorista. Culpa concorrente ou exclusiva afastada. Dever de indenizar configurado. Dano material e lucros cessantes demonstrados. Procedência. Recurso desprovido. - Age com negligência o Município que deixa de fiscalizar e tomar as medidas cabíveis para garantir a segurança e a integridade física dos administrados que circulam na via pública. - Sendo omissiva a conduta do ente público, a responsabilidade é subjetiva. - Comprovado a omissão do ente municipal, resta afastada a tese de que o acidente teria decorrido de culpa concorrente ou exclusiva da vítima, sendo certo que acaso houvesse o administrador zelado, com a diligência necessária, teria sido evitado o fato danoso. - Provada a ocorrência dos danos materiais, por meio da apresentação de orçamentos e notas fiscais dos valores gastos com o reparo do veículo e ainda os lucros que o administrado deixou de auferir durante o período de conserto do veículo, cabível a condenação do ente público ao pagamento dos danos materiais e lucros cessantes. - Recurso desprovido (TJMG, 6ª Câmara Cível, Apelação nº 1.0095.12.000734-9/001, Relatora Desª. Sandra Fonseca, p. em 23.04.2019, p. em 03.05.2019).

Não procede, no entanto, a insurgência recursal da primeira apelante quanto ao pedido de incidência da correção monetária a partir do evento danoso, visto que, de acordo com a Súmula 43 do Superior Tribunal de Justiça, os efetivos prejuízos da primeira apelante, no que concerne às despesas de reparo e translado do veículo, ocorreram na data dos respectivos desembolsos, não tendo sido requerido, na inicial, lucros cessantes em razão da não utilização do veículo acidentado durante o período entre o acidente e o reparo do bem.

Ressalte-se, por derradeiro, que não houve insurgência recursal quanto aos índices de atualização fixados na sentença.

Com tais considerações, dou parcial provimento ao primeiro apelo para decotar o reconhecimento sentencial de culpa concorrente e condenar o segundo apelante ao pagamento do valor total da indenização requerida, na importância de R$40.879,00 (quarenta mil oitocentos e setenta e nove reais), mantida a atualização da dívida na forma do dispositivo sentencial.

Nego provimento ao segundo apelo.

Tendo em vista a sucumbência total do segundo apelante, condeno-o ao ressarcimento das custas e despesas processuais adiantadas pela primeira apelante, na forma do art. 12, § 3º, da Lei Estadual nº 14.939/2003, bem como na totalidade dos honorários advocatícios, no percentual de 10% (dez

por cento) sobre o valor atualizado da condenação, na forma do § 3º, I, do art. 85, do CPC, os quais elevo para 12% (doze por cento) do valor atualizado da condenação, *ex vi* do § 11 do art. 85, do CPC, em virtude do desprovimento do segundo apelo.

Votaram de acordo com o Relator o Desembargador Maurício Soares e a Juíza de Direito Convocada Luzia Peixôto.

Súmula - DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO PRIMEIRO APELO, NEGANDO-O AO SEGUNDO.

Apelação cível - Alvará para visitação do companheiro da genitora em presídio - Ausência de provas de socio afetividade - Impossibilidade.

- O direito constitucional à convivência familiar dever ser garantido aos filhos menores e seus genitores, recolhidos em estabelecimento prisional, e devidamente acompanhados de seus representantes legais, sempre que as circunstâncias não demonstrarem risco excepcional e real à integridade física e mental das crianças e adolescentes.

- Indefere-se o pedido de expedição de alvará judicial para que o menor visite o companheiro de sua genitora, recolhido em unidade prisional, quando ausentes provas da suposta socioafetividade existente entre as partes.

- Recurso conhecido, mas não provido.

Apelação Cível nº 1.0346.19.001936-1/001 - Comarca de Jabuticatubas - Apelante: L.B.S. - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. – Relator: Desª 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, 05 de outubro de 2021. - *Albergaria Costa*. – Relatora.

Voto

DESª ALBERGARIA COSTA - Trata-se de recurso de apelação, interposto contra a sentença de f. 21/23-PJe, que julgou improcedente o pedido inicial de expedição de alvará para autorizar a menor K.B.S., na companhia de sua mãe biológica, a visitar seu suposto pai afetivo, Luiz Fernando da Silva Freitas, que se encontra acautelado na Unidade prisional de Jaboticatubas.

Em suas razões recursais, a apelante alegou que o direito do detento receber visitas encontra amparo legal, não havendo qualquer indício que impeça a visitação da menor ao padrasto, que ocorrerá com a aprovação e o acompanhamento da mãe. Aduziu haver comprovação de que a apelante convive em união estável com o Sr. Luiz Fernando da Silva Freitas há aproximadamente 05 (cinco) anos. Sustentou estar nítido que os envolvidos formam um núcleo familiar, sendo legítimo o direito do convívio da enteada com o reeducando, a fim de se preservar o vínculo afetivo entre eles. Assegurou que, desde o seu nascimento, a menor passou a conviver com o apenado, sempre o considerando como pai. Narrou que a menor está sofrendo com a situação, vez que suas irmãs, filhas biológicas de Luiz, podem visita-lo. Ressaltou que a probabilidade de direito está demonstrada na condição da criança e sua necessidade em manter o convívio familiar, enquanto o perigo de dano

reside no prolongamento do período sem o convívio familiar, dificultando a ressocialização do preso e enfraquecendo os laços familiares. Pediu a antecipação da tutela recursal para autorizar que a menor K.B.S. possa visitar seu pai socioafetivo, acompanhada pela genitora, no presídio de Jaboticatubas/MG e, no mérito, seja dado provimento ao recurso.

Não foram apresentadas contrarrazões.

Indeferida a antecipação da tutela recursal.

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

O cerne da controvérsia consiste em verificar se é possível a concessão de alvará judicial para que a menor K.B.S. visite o companheiro de sua genitora, recolhido em estabelecimento prisional, acompanhada por sua mãe.

Sobre o assunto, não se desconhece o direito do preso à visita do cônjuge e demais familiares, nos termos do art. 41, inciso X, da Lei de Execução Penal, como também o dever de todos de assegurar e prevenir as crianças e adolescentes de ameaça ou violação aos seus direitos, tal como previsto no art. 227 da Constituição Federal, com disposição semelhante no art. 70 do Estatuto da Criança e do Adolescente:

> Art. 227. 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.

"Art. 70. É dever de todos prevenir a ocorrência de ameaça ou violação dos direitos da criança e do adolescente."

Assim, se por um lado é dever de todos assegurar o direito à integridade física e emocional das crianças e adolescentes, também o é o direito de proporcionar-lhes a convivência familiar, garantindo-lhes o desenvolvimento adequado.

Corroborando essa garantia constitucional, dispõe o já mencionado art. 19, § 4º do ECA:

> 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.

Como se nota, a questão posta sob a apreciação consiste em solucionar o conflito específico entre o dever de proteção à criança e o direito à convivência familiar.

E havendo colisão entre valores, é possível ao Julgador afastar a aplicação de uma norma em benefício da outra, cuja carga axiológica, naquele caso específico, torna-se mais recomendável.

Sobre o tema, colhe-se da doutrina:

> [...] quando houver conflito entre dois ou mais direitos ou garantias fundamentais, o intérprete deve utilizar-se do principio da concordância prática ou da harmonização de forma a coordenar e combinar os bens jurídicos em conflito, evitando o sacrifício total de uns em relação aos outros, realizando uma redução proporcional do âmbito de alcance de cada qual (contradição dos princípios), sempre em busca do verdadeiro significado da norma e da harmonia do texto constitucional com sua finalidade precípua (MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 7ª ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2000, p.59).

Voltando para a hipótese dos autos, verifica-se que, não obstante o presídio não ser um local apropriado para crianças - como não é para ninguém -, não foram demonstrados nos autos quaisquer indícios de que exista paternidade socioafetiva entre a menor e o companheiro de sua genitora.

Veja-se que a criança nasceu em 16.04.2015, enquanto a escritura pública de união estável foi lavrada em 12.07.2016, quando o seu companheiro já se encontrava recolhido no presídio de Contagem.

Ponha-se relevo no fato de que a declaração, feita unilateralmente pela convivente, foi realizada com o intuito de "permitir o seu acesso à referida Unidade Prisional para visitas e demais direitos conferidos aos familiares, cônjuges e companheiros."

Assim, não se vislumbra qualquer motivo apto a ensejar a visita da menor ao companheiro de sua mãe, que se encontra preso, ainda que de forma assistida.

Isso posto, nego provimento ao recurso de apelação.

Sem custas, por se tratar de causa afeta à Justiça da Infância e da Juventude (art. 141, § 2º, ECA).

É como voto.

Votam de acordo com a Relatora os Desembargadores Elias Camilo Sobrinho e Maurício Soares.

Súmula - RECURSO NÃO PROVIDO.

Apelação cível - Ação revisional de alimentos - Trinômio necessidade/possibilidade/proporcionalidade - Constituição de nova família - Impossibilidade de se impor tal fato ao filho anterior - Ausência de comprovação da modificação das circunstâncias fáticas que autorizam a revisão da obrigação alimentar - Manutenção do valor da pensão - Recurso desprovido.

- A fixação da verba alimentar deve atender ao trinômio necessidade/possibilidade/proporcionalidade, buscando equilibrar as necessidades do alimentando e a capacidade do alimentante, a teor do disposto no art. 1.694, § 1º, do Código Civil, podendo o arbitramento anterior ser revisto em caso de modificação das circunstâncias fáticas que o fundamentaram, ou na hipótese de o valor inicial se mostrar manifestamente desproporcional, nos termos do art. 1.699, do mesmo Diploma Legal.

- A constituição de nova família, por si só, não é fundamento capaz de justificar a necessidade de minoração da obrigação alimentar, anteriormente fixada, caso não seja comprovada a piora da condição financeira do alimentante.

- Não comprovada, por meio de prova cabal, a piora da situação financeira do alimentante, que o impede de arcar com o valor da pensão alimentícia fixada anteriormente, uma vez que o desemprego que se apresentava na data da propositura da demanda desapareceu ao longo da lide, persistindo a necessidade presumida dos filhos menores, deve a obrigação alimentar ser mantida.

Apelação Cível nº 1.0000.21.181843-0/001 - Comarca de Contagem - Apelante: C.H.T. - Apelado: N.H.C.T. Repdo p/curador especial D.P.E.M.G., T.H.C.T. – Relator: Des. Maurício Soares.

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, 09 de dezembro de 2021. - *Maurício Soares*. – Relator.

Voto

DES. MAURÍCIO SOARES - Trata-se de recurso de apelação, interposto por C.H.T., contra a sentença de ordem nº 71, proferida pela MM. Juiz de Direito da 3ª Vara de Família e Sucessões da Comarca de Contagem, nos autos da ação revisional de alimentos ajuizada pelo apelante em desfavor de N.H.C.T e outro.

A sentença julgou improcedente o pedido, revogando a decisão que reduziu o valor dos alimentos para o importe equivalente a 30% (trinta por cento) do salário mínimo. Condenou o autor ao pagamento das custas e dos honorários advocatícios, que fixou em R$1.500,00, ficando suspenso o pagamento das verbas de sucumbência, em razão da gratuidade de justiça a ele deferida.

Nas razões recursais de ordem nº 73, alega o apelante, em síntese, que o valor dos alimentos deve ser reduzido, tendo em vista que a sua situação financeira diminuiu drasticamente, pois, no emprego anterior, percebia renda de aproximadamente R$3.360,00 (três mil trezentos e sessenta reais), e no emprego atual, aufere renda em torno de R$1.870,00 (mil oitocentos e setenta reais), sendo obrigado ao pagamento da pensão aos apelados no valor de R$ 654,50 (seiscentos e cinquenta e quatro reais), que equivale a 35% (trinta e cinco por cento) dos seus rendimentos líquidos, sobejando o montante de R$1.215,05 (mil duzentos e quinze reais e cinco centavos), que não é suficiente para custear a sua própria sobrevivência e de sua nova família, composta pela companheira que não possui renda e as outras duas filhas menores, o que inviabiliza o pagamento da obrigação alimentar no importe anteriormente fixado.

Afirma que, muito embora, no curso da presente ação, tenha conseguido novo emprego, sua situação socioeconômica não mudou muito em relação ao desemprego, pois o valor percebido pouco ultrapassa o salário mínimo vigente.

Aduz que os alimentos devem ser fixados com base na capacidade do alimentante, tanto para aumentar como para diminuir os valores pactuados, defendendo que, até que consiga aumento de salário ou emprego com renda superior, é necessária a revisão dos valores estabelecidos a título de alimentos, restando comprovada a impossibilidade de manter os valores pactuados.

Assevera que a genitora dos apelados possui trabalho fixo, percebe renda e também tem obrigação de prestar alimentos aos filhos, que são adolescentes.

Sustenta que devem ser observados os princípios constitucionais, tais como, proporcionalidade, dignidade da pessoa humana, a não discriminação entre os filhos, e ainda a real situação do país em razão da pandemia causada pelo COVID-19.

Ao final, requer o provimento do recurso para reformar a sentença, a fim de que a prestação seja reduzida para o importe equivalente a 30% (trinta por cento) do salário mínimo vigente.

Dispensado o preparo, por litigar o apelante sob o palio da gratuidade de justiça.

Contrarrazões de ordem nº 78.

Decisão de ordem nº 79, indeferindo o pedido de atribuição de efeito suspensivo ao recurso.

Parecer da d. Procuradoria-Geral de Justiça de ordem nº 81, opinando pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

A controvérsia recursal cinge-se na análise da possibilidade de redução da pensão alimentícia devida pelo apelante aos seus dois filhos menores, fixada anteriormente em 35% (trinta e cinco por cento) dos rendimentos líquidos do alimentante, para 30% (trinta por cento) do salário mínimo, sendo 15% (quinze por cento) para cada filho.

Como se sabe, a fixação da verba alimentar deve atender ao trinômio necessidade/possibilidade/proporcionalidade, buscando equilibrar as necessidades do alimentando e as possibilidades do alimentante, a teor do disposto no art. 1.694, § 1º, do Código Civil. Vejamos:

> Art. 1.694. Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação.
>
> § 1º Os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada.

Ou seja, os alimentos devem ser arbitrados em valor que garanta uma proporcionalidade entre as necessidades de quem vai recebê-los e a capacidade financeira de quem vai prestá-los.

Nesse diapasão, impende-se invocar as lições de Maria Berenice Dias, em seu Manual de Direito das Famílias, 10ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 605:

> Tradicionalmente, invoca-se o binômio necessidade-possibilidade, perquirindo-se as necessidades do alimentando e as possibilidades do alimentante para estabelecer o valor do pensionamento. No entanto, essa mensuração é feita para que se respeite a diretriz da proporcionalidade. Por isso se começa a falar, com mais propriedade, em trinômio: proporcionalidade-possibilidade-necessidade (DIAS, Maria Berenice Dias. Manual de Direito das Famílias, 10ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 605).

Todavia, o valor da pensão alimentícia poderá sofrer variações quantitativas ou qualitativas ao longo do tempo, uma vez que é arbitrado levando em consideração a realidade fática das partes à época do arbitramento.

Diante disso, sobrevindo alteração na capacidade financeira de quem paga ou na necessidade de quem recebe a pensão, o interessado poderá pleitear a revisão ou exoneração da obrigação alimentícia, tal como autoriza o art. 1.699 do Código Civil, desde que comprove as circunstâncias que fundamentam seu pedido. Vejamos também: "Art. 1.699. Se, fixados os alimentos, sobrevier mudança na situação financeira de quem os supre, ou na de quem os recebe, poderá o interessado reclamar ao juiz, conforme as circunstâncias, exoneração, redução ou majoração do encargo".

Importante ressaltar, também, que o filho menor goza da presunção absoluta de necessidade, tendo em vista que a obrigação dos pais de prestar alimentos se justifica pelo dever de sustento - estabelecido constitucionalmente (art. 229) - e está expressamente disposta no art. 22 do ECA, *verbis*: "Art. 22. Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais".

Não se pode esquecer, também, que os alimentandos estão atualmente com 16 e 14 anos de idade, (ordens nº 16 e nº 14), tendo necessidades com alimentação, vestuário, material escolar e outras típicas dos adolescentes em desenvolvimento.

Observa-se que a pensão alimentícia foi fixada em 35% (trinta e cinco por cento) dos rendimentos líquidos em acordo realizado em 14.04.2015, quando o alimentante era empregado da empresa Tower Automotivos do Brasil S/A, exercendo a função de operador de máquinas, auferindo remuneração por hora de trabalho (ordem nº 09).

O pedido inicial da presente ação revisional fundamenta-se na diminuição da capacidade do apelante, em função da alteração da sua situação econômico-financeira, tendo em vista que em 04.05.2020 ficou desempregado, juntando carteira de trabalho para comprovar tal alegação, vivendo de bicos, além de ter constituído nova família, sendo o único responsável pelos gastos desta.

Entretanto, embora realmente tenha restado incontroverso o desemprego temporário do apelante e a redução de sua possibilidade econômica em prover alimentos para seus filhos menores, em determinado período, fato que motivou o deferimento da liminar que reduziu provisoriamente os alimentos para 30% (trinta por cento) do salário mínimo, nota-se que, no curso do processo, o requerente conseguiu restabelecer sua condição de empregado, em outra empresa, auferindo renda bruta em torno de R$1.847,00 (mil oitocentos e quarenta e sete reais), como comprovado pelos últimos rendimentos constantes dos autos nos meses de fevereiro a abril de 2021, (ordens nº 58/60), o que não é empecilho para o pagamento da pensão alimentícia anteriormente fixada, já que fixada sobre seus rendimentos líquidos.

Ademais, não restou comprovado que o alimentante recebia renda mensal no valor aproximado de R$3.360,00 (três mil trezentos e sessenta reais), no vínculo empregatício anterior.

Nesse sentido, considerando o conjunto probatório dos autos, o apelante possui condições de arcar com a obrigação alimentar da forma fixada anteriormente, sem nenhum prejuízo para o seu sustento, não comprovando a existência de despesa extraordinária que o impeça de arcar com a pensão dos seus dois filhos, nos moldes antes fixados.

Registra-se, também, que a constituição de nova família, com o nascimento de novo filho, por si só, não é fundamento capaz de justificar a necessidade de minoração da obrigação alimentar, anteriormente fixada, caso não seja comprovada a piora da condição financeira do alimentante, pois a decisão do genitor em constituir nova família deveria levar em conta a já existente obrigação alimentar, não podendo o filho anterior suportar o ônus causado por uma situação na qual não contribuiu.

Nesse sentido, veja-se jurisprudência do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

> Processual civil. Agravo interno no agravo em recurso especial. Recurso manejado sob a égide do NCPC. Ação revisional de alimentos. Revisão do binômio necessidade-possibilidade. Impossibilidade. Não comprovação da alteração da capacidade financeira. Aplicação da Súmula nº 7 do STJ. Incidência da multa do art. 1.021, § 4º, do NCPC. Agravo não provido. - Aplica-se o NCPC a este julgamento ante os termos do Enunciado Administra-

> tivo nº 3, aprovado pelo Plenário do STJ na sessão de 09.03.2016: Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/2015 (relativos a decisões publicadas a partir de 18 de março de 2016), serão exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma do novo CPC. - Concluindo a instância ordinária, a partir do exame do acervo probatório, que não houve mudança na situação financeira do alimentante, não pode esta egrégia Corte Superior rever tal conclusão, em razão do óbice contido na Súmula nº 7 do STJ. - Nos termos da jurisprudência do STJ, o fato de o devedor dos alimentos ter constituído nova família, por si, não implica revisão dos alimentos prestados aos filhos da união anterior, sobretudo se não ficar comprovada a mudança negativa na sua capacidade financeira. Precedentes. - Em virtude do não provimento do presente recurso, e da anterior advertência em relação à aplicabilidade do NCPC, incide ao caso a multa prevista no art. 1.021, § 4º, do NCPC, no percentual de 3% sobre o valor atualizado da causa, ficando a interposição de qualquer outro recurso condicionada ao depósito da respectiva quantia, nos termos do § 5º daquele artigo de lei, observado o teor do art. 98, do mesmo diploma legal. - Agravo interno não provido, com imposição de multa (AgInt no AREsp 1230230/SP, Rel. Ministro Moura Ribeiro, Terceira Turma, j. em 17.04.2018, *DJe* de 27.04.2018).

Ademais, a genitora dos menores aufere renda informal no importe de R$900,00, (novecentos reais) e contribui com o sustento dos filhos, na medida de suas possibilidades, de forma que persiste a obrigação do genitor com a mantença dos alimentantes.

Dessa forma, não restou comprovado nos autos mudança na capacidade financeira do apelante, que o impeça de arcar com a pensão alimentícia em questão, o que justifica a manutenção da obrigação alimentar da forma anteriormente fixada.

Com tais considerações, nego provimento ao recurso.

Majoro os honorários advocatícios para R$1.600,00 (mil e seiscentos reais), nos termos do art. 85, § 11, do CPC, ficando ainda o apelante responsável pelo pagamento das custas recursais, suspensa a exigibilidade de tais verbas, em razão da gratuidade de justiça a ele concedida.

É como voto.

Votaram de acordo com o Relator a Juíza de Direito Convocada Luzia Peixôto e a Desembargadora Albergaria Costa.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Apelação cível - Ação civil pública - Improbidade administrativa - Doação de imóveis - Famílias em situação de vulnerabilidade social - Requisitos legais - Inobservância - Improbidade - Inocorrência - Elemento subjetivo - Dolo - Ausência.

- A Lei 8.429/92 divide os atos de improbidade administrativa entre aqueles que importam em enriquecimento ilícito em razão do recebimento de vantagem patrimonial indevida (art. 9º), os que causam prejuízo ao erário por ação ou omissão dolosa (art. 10) e aqueles que atentam contra os princípios da administração pública, violando os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições (art. 11).

- Na análise do elemento subjetivo do tipo para a caracterização do ato de improbidade administrativa, deve ser acentuado de que se trata de conduta que somente poderá ser tipificada na modalidade dolosa, mediante vontade livre e consciente de alcançar o resultado ilícito tipificado nos arts. 9º, 10 e 11 da Lei nº 8.429/92.

- A doação de lotes mediante autorização legal a famílias carentes, embora efetivada por ato formalmente irregular e sem observância das normas de parcelamento urbano, não constitui ato de improbidade administrativa se não há prova da intenção do requerido em obter vantagem ilícita ou enriquecer terceiros em prejuízo do erário.

Apelação Cível nº 1.0693.15.011642-6/001 - Comarca de Três Corações - Apelante: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Apelado: Jose Roberto da Silva - Litisconsorte: Município de São Tomé das Letras. – Relator: Des. Renato Dresch.

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em rejeitar a preliminar e negar provimento ao recurso.

Belo Horizonte, 16 de dezembro de 2021. - *Renato Dresch*. – Relator.

Voto

DES. RENATO DRESCH - Trata-se de apelação cível, interposta nos autos da ação de improbidade administrativa, ajuizada pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais, em face de José Roberto Silva, cuja pretensão inicial consiste na condenação do requerido em razão da: I) doação de imóvel público com inobservância das formalidades legais (art. 10, I e III, da Lei nº 8.429/92); e II) instituição de loteamento sem anuência do órgão ambiental (art. 11, Lei nº 8.429/92).

Por sentença (ordem 9) a Juíza Fernanda Machado de Moura Leite, da 2ª Vara Cível da Comarca de Três Corações, julgou improcedentes os pedidos iniciais, nestes termos:

> Isto posto e por tudo mais que dos autos consta, julgo improcedentes os pedidos iniciais e, nos termos do art. 487, 1 do CPC, resta extinto o processo, com resolução de mérito.
>
> Sem custas e sem condenação em honorários, visto que incabível na espécie.

O Ministério Público do Estado de Minas Gerais apelou (ordem 13) e argumenta que ajuizou ação civil por ato de improbidade administrativa em face de José Roberto da Silva, visando à condenação do apelado por comportamento ilícito, que importou em dano ao erário e violação aos princípios da administração pública quando exercia o cargo de prefeito municipal de São Tomé das Letras e, à época dos fatos, fora o responsável pela desapropriação de área para a instituição de loteamento denominado Sentinelas do Leão, cujo desiderato declarado seria beneficiar famílias que se encontravam em situação de vulnerabilidade social, mas que, na realidade, representou transgressão às normas aplicáveis, impedindo a concretização do objetivo e, por conseguinte, resultou em prejuízo ao erário e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Informa que imóvel objeto da matrícula nº 26.464 do Cartório de Registro de Imóveis de Três Corações fora desapropriado por utilidade pública na ação de desapropriação movida pelo Município de São Tomé das Letras contra o então proprietário (processo nº 0693.09.088532-0) e, na referida área, a gestão municipal pretendia instalar loteamento urbano com 15 (quinze) lotes, o que favoreceria aproximadamente 45 (quarenta e cinco) pessoas vinculadas ao conhecido programa Minha Casa, Minha Vida. Afirma que o Município de São Tomé das Letras não logrou preencher os requisitos do aludido programa habitacional para o espaço em questão, tendo prosseguido com a instituição do loteamento à revelia da legislação vigente e realizado a seleção dos possíveis beneficiários de forma obscura, sem observar cadastros previamente existentes ou mesmo critérios objetivos, não atendendo aos requisitos do programa Minha Casa, Minha Vida, pois as doações se deram de forma informal e os beneficiários começaram a realizar as obras com recursos eminentemente particulares. Aduz que a falta do projeto de parcelamento do solo e da consequente aprovação por parte dos órgãos competentes resultou na impossibilidade de regularização do loteamento e também em dano ambiental, mormente diante das intervenções em área de preservação permanente constatadas *in loco*. Alega que a prova da hipossuficiência das famílias beneficiária cabe ao requerido e não ao Ministério Público, assim como a comprovação da regularidade do loteamento, uma vez que não há nos autos nenhum indicativo de que o recorrido tenha, concretamente, elaborado projeto prévio de parcelamento do solo urbano e adotado todas as providências inerentes à instituição de um novo loteamento e, em vistoria realizada, a Central de Apoio Técnico do Ministério Público - CEAT aferiu que, apesar do início das obras de dois imóveis, o local não contava com a infraestrutura essencial de um loteamento, como, por exemplo, vias de circulação, sistema de drenagem e rede de energia elétrica, além de tratar-se de local inadequado para o parcelamento do solo urbano, uma vez que se tratava de área de preservação permanente. Sustenta que os atos praticados pelo requerido implicaram a lesão ao erário (artigo 10 da Lei nº 8.429/92) e atentou contra os princípios da administração pública (artigo 11 da Lei nº 8.429/92) e requer o provimento do recurso para que o requerido seja condenado pela prática de improbidade administrativa.

Contrarrazões apresentadas (ordem 15) nas quais o apelado requer seja acolhida a preliminar de inovação em sede recursal quanto às afirmações de cessão de uso de bem público ao particular, transmissão de posse desses bens aos particulares e inadequação do imóvel desapropriado à finalidade a que se destinava, configurando dano ao erário, ao passo que se despendeu recursos públicos onde não comportava parcelamento do solo. No mérito, requer seja mantida a sentença.

A Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se pelo provimento do recurso (ordem 20).

É o relatório.

Conheço do recurso, porque presentes os pressupostos para a sua admissibilidade.

Preliminar.

O requerido suscita, em suas contrarrazões, preliminar de inovação recursal, pois as matérias referentes à cessão de uso de bem público ao particular, transmissão de posse desses bens aos particulares e inadequação do imóvel desapropriado à finalidade a que se destinava, não foram discutidas em primeiro grau.

As matérias apontadas pelo apelado, contudo, traduzem argumento tangencial e que não interfere no mérito do recurso, não caracterizando inovação recursal.

Assim, rejeito a preliminar de inovação recursal.

Mérito.

Inicialmente, cabe considerar que, embora a ação tenha sido ajuizada antes das alterações promovidas pela Lei nº 14.230/2021 na Lei nº 8.429/92, as normas de conteúdo processual têm aplicação imediata ao processo, de forma não retroativa, e em relação às normas sancionadoras, é cabível a sua aplicação retroativa para beneficiar o requerido.

A retroatividade da lei mais benéfica em favor do agente constitui princípio fundamental do direito sancionador, conforme art. 5º, inciso XL, 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:
>
> [...]
>
> XL - a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu; [...].

Sobre o tema, Garcia e Alves lecionam:

> A irretroatividade da lei punitiva que agrave a situação do agente, princípio há muito consagrado no Direito Penal, deve prevalecer em qualquer seara na qual o Estado exerça seu poder sancionador, pois a violação e consequente recomposição da ordem jurídica sempre possuem um alicerce comum [...]. De forma correlata, será igualmente aplicável a segunda parte do art. 5º, XL, da Constituição, que consagra a retroatividade da lei mais benéfica.

> Assim, violado o preceito proibitivo previsto, de forma implícita ou explícita, na norma, estará o agente sujeito à sanção cominada, cujo conteúdo e intensidade sempre estarão sujeitos aos influxos sociais. Verificada a severidade de determinada sanção e optando o legislador por atenuá-la, aqueles que praticaram atos sob a égide da lei antiga haverá de ser alcançados pela alteração legislativa (GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. Improbidade Administrativa. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2010. p. 186-187).

Assim, as normas de conteúdo processual serão aplicadas imediatamente e as normas sancionadoras de forma retroativa, quando beneficiarem o requerido.

Feitas as considerações necessárias, passo à análise da matéria recorrida.

Da caracterização da improbidade administrativa.

A ação civil pública por ato de improbidade administrativa encontra fundamento no art. 37, § 4º, da Constituição Federal, pelo qual: "§ 4º - Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível".

Para Arnaldo Rizzardo:

> Os atos de improbidade são aqueles que atentam contra o erário, o patrimônio público e os princípios e parâmetros da ordem moral e constitucional, praticados pelos agentes públicos ou por aqueles que lidam com o erário e os bens do Estado, isto é, pelas pessoas ligadas a atividades que interessam ou são executadas em favor dos entes públicos. (RIZZARDO, Arnaldo. Ação Civil Pública e Ação de Improbidade Administrativa. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 359)

A Lei 8.429/92 divide os atos de improbidade administrativa entre aqueles que importam em enriquecimento ilícito em razão do recebimento de vantagem patrimonial indevida (art. 9º), os que causam prejuízo ao erário por ação ou omissão dolosa (art. 10) e aqueles que atentam contra os princípios da administração pública, violando os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições (art. 11).

Com as alterações promovidas pela Lei nº 14.230/2021, não se admite a imputação da prática de improbidade administrativa com fundamento no art. 11 da LIA sem que o fato esteja tipificado nas hipóteses taxativas de seus incisos. Ou seja, o art. 11 da LIA foi alterado em sua tipologia, para restringir as condutas às hipóteses expressamente previstas em seus incisos, não se admitindo mais a tipificação aberta do *caput*.

Bem assim, a Lei nº 14.230/2021 excluiu a possibilidade de tipificação do ato de improbidade administrativa decorrente de conduta culposa, passando a exigir dolo específico, mediante vontade livre e consciente de alcançar o resultado ilícito tipificado nos arts. 9º, 10 e 11 da Lei nº 8.429/92 (art. 1º, §§ 1º e 2º, LIA).

Na análise do elemento subjetivo do tipo para a caracterização do ato de improbidade administrativa, portanto, deve ser comprovado o dolo específico do agente em atingir o resultado ilícito.

No caso em análise, embora o autor da ação tenha comprovado a prática de irregularidades por parte do requerido José Roberto Silva em razão da doação de lotes a pessoas hipossuficientes, sem o preenchimento dos requisitos legais, assim como a irregularidade do parcelamento do solo e desrespeito às normas ambientais, não há comprovação do dolo do agente público.

Ao prestar esclarecimentos sobre o loteamento, o Departamento de Meio Ambiente e Mineração do Município de São Tomé das Letras informou que se tratava de "[...] um Empreendimento Destinado à Construção de Habitações de Interesse Social: Loteamento destinados à moradia de população de baixa renda, previsto na Lei municipal de n° 1235/2010 (cópia anexa) especifica sobre a área em questão [...]" e que

> As doações estão sendo realizadas conforme critérios sugeridos em Reunião com os representantes dos órgãos governamentais sociais e urbanísticos, do poder legislativo, de ONGs e de movimentos populares realizada em 20.12.2011 (cópia Ata anexa) que tratou da concessão de lotes de terras para fins de reassentamento de famílias em situação de vulnerabilidade.

Por sua vez, a Lei nº 1.235/2010, do Município de São Tomé das Letras, que autorizou a doção dos lotes para fins de implantação de programa social, faz referência à doação de imóveis mediante financiamento das construções dentro do programa Minha Casa, Minha Vida.

Não obstante não tenha ocorrido a vinculação dos lotes ao programa Minha Casa, Minha Vida, trata-se de irregularidade que, sem a demonstração do dolo específico em lesar o erário, não caracteriza ato de improbidade administrativa previsto no art. 9º da Lei nº 8.429/92.

Bem assim, quanto à ocorrência de dano ambiental, cabe destacar que a Lei nº 8.429/92 não possui como objetivo a proteção do meio ambiente, inexistindo a possibilidade de enquadramento do agente público que causa dano ambiental aos tipos descritos no art. 11 da Lei nº 8.429/92.

O que se extrai da prova produzida pelo autor é que, apesar das irregularidades comprovadas, não há comprovação do dolo do agente público em lesar o erário com a desapropriação e posterior edição de lei que previa a doação dos lotes a pessoas hipossuficientes.

Os atos apontados na inicial demostram a inobservância de formalidades legais que, sem o intuito de obtenção de vantagem ilícita, da ocorrência de prejuízo ao erário ou de violação intencional dos princípios que regem a Administração Pública, não se converte em prática de improbidade administrativa, para a qual se exige o elemento subjetivo do dolo.

A ilegalidade nem sempre resultará em improbidade, pois para a caracterização da improbidade administrativa, faz-se necessária a presença da intenção do agente em se beneficiar ilicitamente, de causar prejuízo ao erário ou de descumprir a lei de forma manifesta, em oposição aos princípios que regem a Administração Pública.

Para Mauro Roberto Gomes de Mattos:

> A ilegalidade, por ação ou omissão, que atenta contra os princípios da administração pública, violadora dos deveres da imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições nem sempre será tida como tipificadora da improbidade administrativa. Deverá ser sobrepesada a intenção dolosa do agente, com o componente da desonestidade, geradora do prejuízo ao ente público, tudo para possibilitar vantagens ilícitas para si ou para outrem. Sem estes componentes, fica comprometida a ação de improbidade administrativa. (MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. O limite da improbidade administrativa. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 373)

O ato administrativo ilegal e a prática de improbidade administrativa geram efeitos distintos, na medida em que a ilegalidade repercutirá na possibilidade de anulação do ato e eventual ressarcimento ao erário, enquanto a improbidade, além desses efeitos, poderá resultar na aplicação de sanções pecuniárias e restrições a direitos políticos do agente público e do particular envolvido no ato.

Como neste caso não restou demonstrado o elemento subjetivo do tipo, deve ser mantida a sentença de improcedência dos pedidos iniciais.

Diante do exposto, rejeito a preliminar e nego provimento ao recurso.

Sem custas ou honorários.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores Pedro Aleixo e Moreira Diniz.

Súmula - REJEITARAM A PRELIMINAR E NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

• • •

Direito administrativo - Direito processual civil – Apelação- Ação ordinária - Juízo de retratação - Artigo 1.030, inciso II, do Código de Processo Civil - Recurso Extraordinário nº 633.782/MG - Tema 532 - Idêntica controvérsia - Multa de trânsito - BHTrans - Empresa de capital misto - Constitucionalidade da delegação do poder de polícia - Competência para aplicação de multa de trânsito - Existência - Acórdão que contraria decisão do Supremo Tribunal Federal - Juízo de retratação - Recurso provido - Improcedência da ação.

- Ante o posicionamento definitivo do Supremo Tribunal Federal, que, no julgamento do Recurso Extraordinário nº. 633.782/MG (Tema 532), reconheceu a constitucionalidade da delegação feita à Empresa de Transporte e Trânsito de Belo Horizonte - BHTRANS, no tocante ao poder de polícia de trânsito, inclusive quanto à aplicação de multas, não há como anular as multas de trânsito impugnadas na ação.

Apelação Cível nº 1.0024.10.112860-1/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: BHTrans Empresa de Transportes e Trânsito de Belo Horizonte - Apelada: Maria Conceição Baltazar de Almeida. – 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 rever o acórdão, para dar provimento à apelação.

Belo Horizonte, 02 de dezembro de 2021. - *Moreira Diniz*. – Relator.

Voto

DES. MOREIRA DINIZ - Reportando-me aos relatórios de f. 100 e 117, bem como aos acórdãos de f. 105/110 e 118/120, acrescento que a Empresa de Transporte e Trânsito de Belo Horizonte S/A - BHTrans - aviou o Recurso Extraordinário de f. 123/144.

O Primeiro Vice-Presidente negou seguimento ao referido recurso extraordinário (f. 167/169), sendo interposto agravo pela BHTrans, o qual foi provido (f. 178/180).

Em decisão de f. 303/304, foi determinada a devolução do feito a este egrégio Tribunal, para que fosse observado o decidido no Recurso Extraordinário nº 633.782/MG (Tema 532).

Em razão disso, o feito foi a mim encaminhado pelo Primeiro Vice-Presidente (f. 311/312v), para que, ante o julgamento do Recurso Extraordinário nº. 633.782/MG (Tema 532), no qual foi reconhecida a existência de repercussão geral, pudesse exercer eventual juízo de retratação, nos termos do art. 1.030, inciso II, do Código de Processo Civil.

Portanto, passo a reexaminar a questão discutida nos autos à vista da mencionada decisão do Supremo Tribunal Federal.

A aplicação do art. 1.030, inciso II, do Código de Processo Civil, pressupõe que o Supremo Tribunal Federal ou o Superior Tribunal de Justiça, nos regimes de repercussão geral ou de recursos repetitivos, tenham se pronunciado e deliberado sobre a matéria submetida à reapreciação do Órgão Julgador do tribunal de origem.

No caso, a leitura do acórdão proferido nos autos do Recurso Extraordinário de nº. 633.782/MG permite constatar que a situação nele enfrentada é semelhante à discutida nestes autos.

Confira-se a ementa do referido julgado:

> "Recurso extraordinário. Repercussão geral. Tema 532. Direito constitucional e administrativo. Preliminares de violação do direito à prestação jurisdicional adequada e de usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal afastadas. Poder de polícia. Teoria do ciclo de polícia. Delegação a pessoa jurídica de direito privado integrante da administração pública indireta. Sociedade de economia mista. Prestadora de serviço público de atuação própria do estado. Capital majoritariamente público. Regime não concorrencial. Constitucionalidade. Necessidade de lei formal específica para delegação. Controle de abusos e desvios por meio do devido processo. Controle judicial do exercício irregular. Indelegabilidade de competência legislativa. - O Plenário deste Supremo Tribunal reconheceu repercussão geral ao *thema decidendum*, veiculado nos autos destes recursos extraordinários, referente à definição da compatibilidade constitucional da delegação do poder de polícia administrativa a pessoas jurídicas de direito privado integrantes da Administração Pública indireta prestadoras de serviço público. - O poder de polícia significa toda e qualquer ação restritiva do Estado em relação aos direitos individuais. Em sentido estrito, poder de polícia caracteriza uma atividade administrativa, que consubstancia verdadeira prerrogativa conferida aos agentes da Administração, consistente no poder de delimitar a liberdade e a propriedade. - A teoria do ciclo de polícia demonstra que o poder de polícia se desenvolve em quatro fases, cada uma correspondendo a um modo de atuação estatal: (i) a ordem de polícia, (ii) o consentimento de polícia, (iii) a fiscalização de polícia e (iv) a sanção de polícia. - A extensão de regras do regime de direito público a pessoas jurídicas de direito privado integrantes da Administração Pública indireta, desde que prestem serviços públicos de atuação própria do Estado e em regime não concorrencial é admissível pela jurisprudência da Corte. (Precedentes: RE 225.011, Rel. Min. Marco Aurélio, Red. p/ o acórdão Min. Maurício Corrêa, Tribunal Pleno, j. em 16.11.2000, *DJe* 19.12.2002; RE 393.032-AgR, Rel. Min. Cármen Lúcia, Primeira Turma, *DJe* 18.12.2009; RE 852.527-AgR, Rel. Min. Cármen Lúcia, Segunda Turma, *DJe* 13.02.2015). - A constituição de uma pessoa jurídica integrante da Administração Pública indireta sob o regime de direito privado não a impede de ocasionalmente ter o seu regime aproximado daquele

da Fazenda Pública, desde que não atue em regime concorrencial. - Consectariamente, a Constituição, ao autorizar a criação de empresas públicas e sociedades de economia mista que tenham por objeto exclusivo a prestação de serviços públicos de atuação típica do Estado e em regime não concorrencial, autoriza, consequentemente, a delegação dos meios necessários à realização do serviço público delegado. Deveras: a) A admissão de empregados públicos deve ser precedida de concurso público, característica que não se coaduna com a despedida imotivada; b) o RE 589.998, esta Corte reconheceu que a ECT, que presta um serviço público em regime de monopólio, deve motivar a dispensa de seus empregados, assegurando-se, assim, que os princípios observados no momento da admissão sejam, também, respeitados por ocasião do desligamento; c) Os empregados públicos se submetem, ainda, aos princípios constitucionais de atuação da Administração Pública constantes do artigo 37 da Carta Política. Assim, eventuais interferências indevidas em sua atuação podem ser objeto de impugnação administrativa ou judicial; d) Ausente, portanto, qualquer incompatibilidade entre o regime celetista existente nas estatais prestadoras de serviço público em regime de monopólio e o exercício de atividade de polícia administrativa pelos seus empregados. - As estatais prestadoras de serviço público de atuação própria do Estado e em regime não concorrencial podem atuar na companhia do atributo da coercibilidade inerente ao exercício do poder de polícia, mormente diante da atração do regime fazendário. - *In casu*, a Empresa de Transporte e Trânsito de Belo Horizonte - BHTRANS pode ser delegatária do poder de polícia de trânsito, inclusive quanto à aplicação de multas, porquanto se trata de estatal municipal de capital majoritariamente público, que presta exclusivamente serviço público de atuação própria do Estado e em regime não concorrencial, consistente no policiamento do trânsito da cidade de Belo Horizonte. Preliminares. - A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de que o princípio da fundamentação das decisões não obriga o órgão julgador a responder a todas as questões suscitadas pelas partes, mas somente aqueles que sejam suficientes para motivar o seu convencimento. Preliminar de violação do direito à prestação jurisdicional adequada afastada. - A alínea d, inciso III, artigo 102, da Constituição exige, para atração da competência do Supremo Tribunal Federal, declaração expressa da validade de lei local contestada em face de lei federal, o que, *in casu*, não se verifica. Preliminar de usurpação de competência afastada. - Os recursos extraordinários interpostos pela Empresa de Transporte e Trânsito de Belo Horizonte - BHTrans e pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais devem ser conhecidos em razão do preenchimento de todos os requisitos de admissibilidade, notadamente o da tempestividade, prequestionamento, legitimidade e o do interesse recursal, além da repercussão geral da matéria reconhecida pelo Plenário Virtual desta Corte. - *Ex positis*, voto no sentido de (i) CONHECER e DAR PROVIMENTO ao recurso extraordinário interposto pela Empresa de Transporte e Trânsito de Belo Horizonte - BHTrans e (ii) de CONHECER e NEGAR PROVIMENTO ao recurso extraordinário interposto pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais, para reconhecer a compatibilidade constitucional da delegação da atividade de policiamento de trânsito à Empresa de Transporte e Trânsito de Belo Horizonte - BHTrans, nos limites da tese jurídica objetivamente fixada pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal. 13. Repercussão geral constitucional que assenta a seguinte tese objetiva: "É constitucional a delegação do poder de polícia, por meio de lei, a pessoas jurídicas de direito privado integrantes da Administração Pública indireta de capital social majoritariamente público que prestem exclusivamente serviço público de atuação própria do Estado e em regime não concorren-

cial" (destaquei - RE 633782, Relator: Luiz Fux, Tribunal Pleno, j. em 26.10.2020, processo eletrônico repercussão geral - mérito DJe-279, d. em 24.11.2020, p. em 25.11.2020).

Da leitura do referido julgado, infere-se que foi reconhecida a constitucionalidade da delegação do poder de polícia feita à BHTrans, para fiscalizar o trânsito, sendo declarada a competência da referida sociedade de economia mista para aplicar sanções em razão do descumprimento das normas de trânsito.

Em outras palavras, a conclusão do acórdão foi pela possibilidade de aplicação de multas pela BHTrans.

Nesse contexto, é evidente que o acórdão de f. 105/110 e 118/120, ao entender pela impossibilidade de aplicação de sanções de trânsito por parte da BHTrans, diverge do posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário nº 633.782/MG (Tema 532).

Assim, considerando que o único argumento discutido nos autos refere-se à competência da BHTrans para aplicar sanções decorrentes do descumprimento das normas de trânsito, e tendo em vista o posicionamento do Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário nº. 633.782/MG (Tema 532), é evidente que não há como anular as multas aplicadas em desfavor da parte autora, relativas aos AITs L- 002771670, B-025222447, L-001867272 e B-025027990, no período compreendido entre 02.08.2003 e 09.01.2009.

Ademais, cumpre registrar que a competência fiscalizatória e sancionatória da BHTrans foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal desde a efetivação da delegação do poder de polícia, ocorrida com a Lei Municipal nº 5.953/1991, razão pela qual não procede o argumento de que apenas as multas aplicadas após o trânsito em julgado do acórdão seriam válidas.

Por fim, destaco que, especificamente em relação à notificação de penalidade identificada à f. 03, como sendo a de número 7023178 - AIT AB01388347, verifica-se à f. 15 que o referido documento foi expedido pela Prefeitura de Belo Horizonte, no exercício do poder de polícia que lhe foi originariamente conferido, não podendo ser reconhecida sua nulidade.

Com tais apontamentos, no exercício do disposto no art.1.030, inciso II, do Código de Processo Civil, revejo o posicionamento adotado nos acórdãos de f. 105/110 e 118/120, para dar provimento à apelação e julgar improcedente a ação.

Condeno a autora ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, os quais fixo em R$1.500,00 (mil e quinhentos reais); suspensa a exigibilidade, ante o deferimento da gratuidade de justiça.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores Pedro Aleixo e Kildare Carvalho.

Súmula - REVIRAM O ACÓRDÃO, PARA DAR PROVIMENTO À APELAÇÃO.

Agravo de instrumento - Incidente de desconsideração da personalidade jurídica - Indisponibilidade de bens - Possibilidade - Bem de família - Lei nº 8.009/90 - Não constatação.

- A desconsideração da personalidade jurídica é espécie de intervenção de terceiro, pela qual, em sua modalidade direta, as pessoas físicas que integram o quadro societário da pessoa jurídica passam a compor o respectivo polo processual, com a responsabilização dos seus patrimônios individuais pelas dívidas firmadas, originariamente, pela pessoa jurídica.

- A tutela do bem de família amparada pela Lei nº 8.009/90 limita-se à penhora do imóvel, de forma que a determinação de indisponibilidade dos imóveis, e não a sua penhora, impede tão somente a alienação dos bens, sem afetar o exercício do seu direito à moradia, não havendo que se falar em indevida constrição.

- Recurso desprovido.

Agravo de Instrumento-Cv nº 1.0000.19.156655-3/000 - Comarca de Belo Horizonte - Agravante: M.L.M.S. - Agravada: Massa Falida de Habitare Construtora e Incorporadora S/A. – Relator: Des. Kildare Carvalho.

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em negar provimento ao recurso.

Belo Horizonte, 02 de dezembro de 2021. - *Kildare Carvalho*. – Relator.

Voto

DES. KILDARE CARVALHO - Trato de agravo de instrumento, interposto por M.L.M.S, em face da r. decisão de ordem nº123/130-TJ, proferida pela M.M. Juíza de Direito da 1ª Vara Empresarial da Comarca de Belo Horizonte que, nos autos do incidente de desconsideração de personalidade jurídica, ajuizado pelo administrador judicial da M.F.H.C.I., deferiu parcialmente a tutela de urgência determinando a desconsideração da personalidade jurídica, para atingir os patrimônios pessoais da agravante.

Em suas razões recursais, a agravante aponta que a r. decisão possui abrangência desmedida, além de, em momento algum, apontar de que forma teria concorrido, participado ou se beneficiado do hipotético estratagema de esvaziamento e blindagem patrimoniais. Ressalta que fora mencionada apenas duas vezes ao longo do incidente processual, sem que lhe fosse imputada qualquer prática individualizada. Assevera que a r. decisão foi prolatada de forma genérica, sem observar as particularidades de cada réu, sendo que a agravante e seu falecido esposo sempre foram pessoas de

pouquíssimas posses, vivendo de forma simples e módica, vindo adquirir imóvel somente após mais de 40 (quarenta) anos de casamento, através de financiamento bancário, pago com grande esforço. Frisa residir no imóvel mencionado, de forma a se tratar de bem de família, intangível pela indisponibilidade e arresto, conferindo a r. decisão agressão à Lei nº 8.009/90. Destaca ser inaceitável que a agravante seja apontada como partícipe em desvio patrimonial milionário, face à sua realidade, e, tendo em vista que somente participou, minoritariamente, do capital social de 02 (duas) sociedades em substituição ao seu esposo que faleceu em 2017, não tendo, portanto, participado de nenhum ato diretivo ou decisório. Defende que, para ser deferida a tutela de urgência em desconsideração da personalidade jurídica, há de existir provas efetivamente hábeis para aquilatar a ocorrência de fraude e de que a agravante tenha concorrido diretamente para tais atos de forma prática e efetiva, sob pena de subverter a ordem processual do incidente processual, malferindo os princípios da presunção de inocência. Sustenta que a jurisprudência brasileira utiliza a teoria maior da desconsideração da personalidade jurídica, admitindo-se somente nas hipóteses de ocorrência simultânea das elementares previstas no art. 50 do Código Civil. Isto posto, requer a concessão do efeito suspensivo e, ao final, o provimento do presente recurso, com a reforma da r. decisão.

Ausente o preparo, tendo em vista que a concessão dos benefícios da justiça gratuita à agravante.

Pedido de atribuição de efeito suspensivo indeferido às f. 257/258-TJ.

Contraminuta recursal apresentada às f. 264/296-TJ, acompanhada dos documentos de f. 297/397-TJ.

Parecer da il. Procuradoria-Geral de Justiça, opinando pelo desprovimento do recurso (f. 398/401-TJ).

Às f. 402-TJ, foi proferida decisão monocrática pelo em. Des. Elias Camilo, determinando a redistribuição do recurso, por prevenção, a este Desembargador, nos termos do art. 79 do RITJMG.

Intimadas acerca da remessa dos autos, a agravada manifestou-se ciente e em concordância às f. 405-TJ; a agravante, decorrido o prazo, não se manifestou, conforme certidão de f. 410.

Novo parecer da il. Procuradoria-Geral de Justiça, em concordância com a redistribuição e, no mérito, ratificou o parecer de f. 398/401-TJ, pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

Como sabido, a desconsideração da personalidade jurídica é espécie de intervenção de terceiro, pela qual, em sua modalidade direta, as pessoas físicas que integram o quadro societário da pessoa jurídica passam a compor o respectivo polo processual, com a responsabilização dos seus patrimônios individuais pelas dívidas firmadas, originariamente, pela pessoa jurídica.

O Código de Processo Civil trouxe o regramento procedimental do instituto, instrumentalizando-o em incidente, com fortalecimento do contraditório e ampliação do direito de defesa exercido pelas partes possivelmente afetadas pela desconsideração.

Em verdade, o robustecimento dos mecanismos de defesa à disposição das partes denota o caráter excepcional da medida, respeitoso da importância que a autonomia patrimonial da pessoa jurídica representa para a viabilidade e sucesso da empresa que ela desempenha.

Por sua vez, no que tange à tutela de urgência, o art. 300, *caput*, do CPC/15 assim dispõe: "Art. 300. A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo".

Todavia, além dos requisitos acima expostos, o parágrafo terceiro do mencionado art. 300 da legislação processual vigente aponta ainda outro requisito necessário à concessão da tutela provisória de urgência, qual seja, a possibilidade de reversibilidade da medida pretendida.

Pautado nessas considerações iniciais e de uma análise atenta dos autos, tenho pela impossibilidade de reforma da decisão agravada, pelos motivos que passo a expor.

Com efeito, alega a recorrente não ser possível o lançamento de indisponibilidade judicial no bem imóvel de sua propriedade, por se tratar de bem de família.

A esse respeito, o art. 1º da Lei nº 8.009/90 assim estabelece, *in verbis*:

> 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.

Da leitura do supracitado dispositivo legal, percebe-se que a tutela do bem de família amparada pela mencionada lei se limita à penhora do imóvel.

No presente caso, todavia, verifica-se que a decisão agravada determinou apenas a indisponibilidade do aludido imóvel e não a sua penhora, o que impede à recorrente que aliene o referido bem, sem afetar o exercício do seu direito à moradia.

Ademais, em que pese ter a recorrente, a princípio, demonstrado que reside no imóvel em comento, tenho que não logrou êxito em comprovar ser ele o único imóvel de sua propriedade, não havendo que se falar, portanto, ao menos neste momento processual, em indevida constrição de bem de família.

Outrossim, da análise do caderno processual, observa-se ainda verdadeiro estratagema desenvolvido por pessoas, sócios e administradores, integrantes do Grupo Habitare, com o intuito de efetivar desvio de recursos e blindagem patrimonial, mediante fraude e confusão societária.

Nesse sentido, registro que fraudes perpetradas no âmbito de grandes grupos econômicos, compostos por diversas sociedades, como aparentemente é o caso dos autos, é complexa, rapidamente implementada e de difícil prova, o que exige atuação célere do Poder Judiciário, motivo pelo qual se mostra prudente, a meu ver, a manutenção da decisão agravada.

Com base nestas considerações, nego provimento ao recurso, mantendo incólume a decisão agravada.

Custas *ex lege*.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores Moreira Diniz e Renato Dresch.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Apelação cível - Reexame necessário - Direito tributário - Ação declaratória de inexistência de relação jurídica - Discussão acerca do imposto incidente sobre o bem - Pretensão de recebimento de IPTU pelo município - Imóvel comprovadamente destinado à atividade pecuária - Incidência de ITR - Precedentes do STJ em recurso repetitivo - Recurso não provido.

- Segundo o entendimento consolidado pelo STJ em sede de recurso repetitivo, sujeita-se a ITR o imóvel cuja finalidade é a exploração extrativa, vegetal, agrícola, pecuária ou agroindustrial, sendo, portanto, ilegítima a cobrança de IPTU pelo município (REsp 1.112.646/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção, *DJe* de 28.08.2009).

- No caso, o conjunto probatório demonstra inequivocamente a manutenção e o exercício de atividade pecuária nos imóveis da autora no período questionado pelo Fisco, pelo que deve ser mantida a sentença que julgou parcialmente procedentes os pedidos iniciais.

- Sentença confirmada em reexame necessário. Recurso voluntário prejudicado.

Ap Cível/Rem Necessária nº 1.0188.16.014238-9/003 - Comarca de Nova Lima - Remetente: Juiz de Direito da 1 ª Vara Cível da Comarca de Nova Lima - Apelante: Município de Nova Lima - Apelado: Rio São Francisco Incorporadora Ltda. – Relator: Des. Wander Marotta.

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em confirmar a sentença, no reexame necessário, prejudicado o recurso voluntário.

Belo Horizonte, 30 de setembro de 2021. - *Wander Marotta*. – Relator.

Voto

DES. WANDER MAROTTA - Trata-se de reexame necessário e apelação cível, interpostas pelo Município de Nova Lima, contra a r. sentença (doc. de ordem 19) que, nos autos de ação declaratória de inexistência de relação jurídica ajuizada por Rio São Francisco Incorporadora Ltda., julgou parcialmente procedentes os pedidos para declarar a inexistência de relação jurídica entre a autora e o réu quanto ao imóvel descrito na inicial, declarando, ainda, a nulidade da cobrança de IPTU sobre o imóvel, devendo o Município de Nova Lima proceder ao seu cancelamento enquanto não atendidos os requisitos previstos no art. 1º da Lei Municipal nº 2.029/07. Via de consequência, con-

denou-o ao pagamento de honorários advocatícios fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor atualizado da causa, isento das custas, nos termos da Lei Estadual nº 14.939/2003.

Nas razões recursais, o apelante sustenta que, em que pese o fato de a autora/apelada pagar o Imposto Territorial Rural - ITR, a sua propriedade está sujeita ao pagamento do Imposto Predial e Territorial Urbano - IPTU. Ressalta que, para uma área ser considerada urbana, deve estar prevista como tal em Lei Municipal, bem como possuir, ao menos, 2 (dois) melhoramentos construídos ou mantidos pelo Poder Público, nos termos do art. 32, § 1º, do CTN. Defende, no entanto, que o § 2º do referido dispositivo autoriza considerar urbanas as áreas urbanizáveis, ou de expansão urbana, constantes de loteamentos aprovados pelos órgãos competentes, destinados à habitação, à indústria ou ao comércio, mesmo que localizados fora das zonas urbanas. Destaca que o imóvel da autora está localizado na Macrozona de Expansão Urbana (MZEU), conforme Plano Diretor do Município de Nova Lima (Lei nº 2.007/2007) e Comunicação Interna nº 04/2017 do Departamento de Cartografia, sendo, portanto, legítima a cobrança do IPTU. Sob outro ângulo, frisa que o ITR é imposto lançado por homologação, de modo que se a autora/apelada reputou ser sujeito passivo desse tributo e procedeu à declaração e recolhimento do valor que entendeu devido, esse fato não autoriza concluir ser legítima a incidência do imposto federal. Enfatiza que o entendimento do STJ aponta para a legalidade da cobrança do IPTU sobre imóvel situado em área de expansão urbana, mesmo que não esteja dotada de qualquer dos melhoramentos elencados no art. 32, § 1º, do CTN. Conclui que, localizando-se a propriedade da apelada em zona de expansão urbana, não há embasamento jurídico apto a desconstituir o crédito tributário de IPTU. Requer, assim, o provimento do recurso para que, reformando-se a r. sentença, sejam julgados improcedentes os pedidos iniciais. (doc. de ordem 23)

Intimada, a apelada apresentou contrarrazões, batendo-se pelo desprovimento do recurso. (doc. de ordem 25)

É o relatório.

Admissibilidade.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

Mérito.

Cuida-se de ação declaratória de inexistência de relação jurídica ajuizada por Rio São Francisco Incorporadora Ltda., contra o Município de Nova Lima, alegando ser pessoa jurídica de direito privado, tendo celebrado contrato de promessa de compra e venda com dação em pagamento de um terreno rural, constituído por 2 (duas) glebas de terras, de 15,1ha e 22,5 ha, ambas situadas no lugar denominado "Pico de Itabirito" ou "Retiro das Pedras Botadas", em Nova Lima - MG. Ressalta que o contrato foi celebrado para realização futura de empreendimento imobiliário, cujo projeto ainda se encontra em fase de idealização, e nem sequer teve início o processo de aprovação pelos órgãos competentes. Enfatiza que, em virtude de circunstâncias alheias à sua vontade, notadamente a crise imobiliária e econômica que assola o país, o projeto de construção do empreendimento foi

suspenso, permanecendo inalterada a natureza rural do imóvel objeto do contrato. Destaca que não apenas a localização em que se encontra, mas as atividades desempenhadas no imóvel são de cunho unicamente rural, consistindo, predominantemente, na criação de cavalos, e, em menor escala, apicultura, conforme relatório técnico juntado à inicial. Defende que, em razão da atividade exercida no imóvel, incide, até o momento, o Imposto Territorial Rural - ITR. Todavia, afirma ter sido surpreendida com a cobrança de IPTU, feita pelo réu, no valor de R$12.235,93 (valor principal da gleba 1) e R$18.232,35 (valor principal da gleba 2). Pontua ser descabida a incidência do IPTU sobre o imóvel, em razão de a propriedade não se enquadrar nas hipóteses previstas no art. 32, §§ 1º e 2º, do CTN, além de que são exercidas nela atividades rurais, com registro perante o INCRA. Salienta que a Lei Municipal nº 2.029/2007 é clara ao determinar como zona urbana toda e qualquer área pertencente ao Município de Nova Lima, independentemente de sua localização. Assevera causar estranheza a fixação pelo Município da totalidade da sua área como urbana, o que evidencia o objetivo de aumentar a arrecadação em afronta ao princípio do não-confisco. Acrescenta que o local não preenche os requisitos previstos no art. 32, §§ 1º e 2º, do CTN, não possuindo os 2 (dois) melhoramentos exigidos pela legislação tributária, nem dispõe de loteamento aprovado pelos órgãos competentes. Discorre sobre a inconstitucionalidade da Lei Municipal nº 2.029/2007 por ofender o art. 146, III, *a*, e 153, § 4º, da Constituição Federal. Requer, ao final, a procedência dos pedidos, para que seja declarada a inexistência de relação jurídica entre parte autora e o Município de Nova Lima, com o consequente cancelamento da cobrança do IPTU sobre o exercício de 2016 e que a parte ré se abstenha de efetuar a cobrança do referido imposto municipal sobre os imóveis (doc. de ordem 01).

Após o regular processamento do feito sobreveio a r. sentença, que julgou parcialmente procedentes os pedidos, para declarar a inexistência de relação jurídica entre a autora e o réu quanto ao imóvel descrito na inicial, declarando, ainda, a nulidade da cobrança de IPTU sobre o referido bem, devendo o Município de Nova Lima proceder ao seu cancelamento enquanto não atendidos os requisitos previstos no art. 1º da Lei Municipal nº 2.029/07 (doc. de ordem 19).

Inconformado, o réu interpôs a presente apelação.

Cinge-se a controvérsia recursal em verificar qual o tributo (IPTU ou ITR) incide sobre os imóveis da autora/apelada, situados no Município de Nova Lima e que se alega como destinados à atividade rural.

O sistema tributário brasileiro instituiu dois impostos sobre a propriedade imobiliária, de modo que incide o Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana - IPTU sobre os imóveis localizados em áreas urbanas e o Imposto sobre a Propriedade Territorial Rural - ITR sobre aqueles situados em área rural.

O Código Tributário Nacional, adotando o critério da localização do imóvel, considera área urbana aquela definida em lei municipal e que observe pelo menos 2 (dois) melhoramentos dispostos nos incisos do seu art. 32, § 1º, *in verbis*:

> Art. 32. O imposto, de competência dos Municípios, sobre a propriedade predial e territorial urbana tem como fato gerador a propriedade, o domínio útil ou a posse de bem imóvel por natureza ou por acessão física, como definido na lei civil, localizado na zona urbana do Município.
>
> § 1º Para os efeitos deste imposto, entende-se como zona urbana a definida em lei municipal; observado o requisito mínimo da existência de melhoramentos indicados em pelo menos 2 (dois) dos incisos seguintes, construídos ou mantidos pelo Poder Público:
>
> I - meio-fio ou calçamento, com canalização de águas pluviais;
>
> II - abastecimento de água;
>
> III - sistema de esgotos sanitários;
>
> IV - rede de iluminação pública, com ou sem posteamento para distribuição domiciliar;
>
> V - escola primária ou posto de saúde a uma distância máxima de 3 (três) quilômetros do imóvel considerado.

No âmbito do Município de Nova Lima, a Lei nº 2.029/2007, que dispõe sobre o Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana - IPTU, estabelece:

> Art. 1º - O Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana - IPTU, tem como fato gerador à propriedade, o domínio útil ou a posse de bem imóvel, por natureza ou acessão física, como definido na lei civil, localizado na zona urbana do Município.
>
> Parágrafo único. Para os efeitos deste imposto, entende-se como zona urbana:
>
> I - a que for definida como tal na legislação urbanística municipal e que seja dotada dos melhoramentos e equipamentos mínimos exigidos nos termos da Lei Federal nº 5.172, de 25.10.1966, que instituiu o Código Tributário Nacional;
>
> II - as áreas urbanizáveis ou de expansão urbana constantes de loteamentos aprovados pelos órgãos competentes, destinados à habitação, a indústria, ao comércio ou ao serviço, mesmo que localizados fora das zonas definidas no inciso anterior, conforme disposto no § 2º do artigo 32 da Lei Federal nº 5.172/66;
>
> III - as glebas, chácaras e terrenos não loteados, aproveitados ou não em qualquer atividade agrícola, pecuária, agropecuária ou agro-industrial, localizadas no perímetro urbano.

A seu turno, o Decreto-Lei nº 57/1966, recepcionado pela Constituição como lei complementar, acrescentou o critério da destinação do imóvel para fins de delimitação das competências tributárias, nos seguintes termos:

> Art. 15. O disposto no art. 32 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, não abrange o imóvel de que, comprovadamente, seja utilizado em exploração extrativa vegetal, agrícola, pecuária ou agroindustrial, incidindo assim, sobre o mesmo, o ITR e demais tributos com o mesmo cobrados

Nessa linha, a Primeira Seção do STJ pacificou a questão quando do julgamento do REsp 1.112.646/SP, sob a sistemática dos recursos repetitivos (Tema 174), prevista no art. 543-C do CPC/73 (art. 1.036 do CPC), fixando a tese de que "não incide IPTU, mas ITR, sobre imóvel localizado na área urbana do Município, desde que comprovadamente utilizado em exploração extrativa, vegetal, agrícola, pecuária ou agroindustrial (art. 15 do DL 57/1966)."

Destaque-se, por ser relevante, a ementa do acórdão:

> Tributário. Imóvel na área urbana. Destinação rural. IPTU. Não-incidência. Art. 15 do DL 57/1966. Recurso repetitivo. Art. 543-C do CPC. - Não incide IPTU, mas ITR, sobre imóvel localizado na área urbana do Município, desde que comprovadamente utilizado em exploração extrativa, vegetal, agrícola, pecuária ou agroindustrial (art. 15 do DL 57/1966). - Recurso Especial provido. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução 8/2008 do STJ (REsp 1112646/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção, j. em 26.08.2009, *DJe* de 28.08.2009).

Dessa maneira, caso um imóvel esteja localizado na zona urbana do município, mas comprovadamente seja utilizado em exploração extrativa, vegetal, pecuária ou agroindustrial, ficará sujeito ao ITR.

Feitas essas considerações, e voltando ao caso, constata-se que a autora é proprietária de imóvel rural constituído por 2 (duas) glebas de terras, sendo a gleba 1 com área de 15,1 ha (quinze hectares e dez ares) e a gleba 2 com área de 22,5 ha (vinte e dois hectares e cinquenta ares), ambas situadas no lugar denominado "Pico do Itabirito" ou "Retiro das Pedras Botadas", em Nova Lima - MG, registradas respectivamente sob matrículas de nº 58964 e 58963 no Cartório de Registro de Imóveis da Comarca de Nova Lima (doc. de ordem 05 - f. 55/58).

Verifica-se que o município realizou a cobrança do valor histórico de R$12.235,93 (valor principal da gleba 1) e R$18.232,35 (valor principal da gleba 2), a título de IPTU referente ao exercício de 2016 (doc. de ordem 05 - f. 80 e 82).

Segundo o relatório técnico juntado pela autora, as glebas objeto da inicial não possuem meio-fio ou calçamento, com canalização de águas pluviais, rede de iluminação pública, nem há escola primária ou posto de saúde a uma distância máxima de 3 (três) quilômetros (doc. de ordem 05 - f. 62/68).

Além disso, a requerente comprovou o recolhimento do ITR relativo ao ano de 2014, conforme recibos juntados aos docs. de ordem 05 (f. 71/78), além de ter juntado amplo acervo fotográfico (doc. de ordem 05 - f. 66/68), indicando a exploração pecuária do imóvel, com a criação de equinos e a apicultura.

Percebe-se, ainda, ter sido juntado Certificado de Cadastro de Imóvel Rural - CCIR, emitido pelo Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (INCRA), tendo por objeto o imóvel em questão, o que corrobora as alegações iniciais (doc. de ordem 05 - f. 86).

Como bem anotou a i. Juíza, muito embora o réu defenda que o imóvel encontra-se localizado em área urbanizável ou de expansão urbana, constante de loteamento aprovado pelos órgãos competentes, não fez prova dessa alegação, na forma exigida pelo art. 373, II, do CPC.

Pelo contrário, a Comunicação Interna emitida pela Secretaria Municipal de Planejamento e Gestão informa que "ainda não foi protocolado nenhum empreendimento para as referidas áreas"; e que "dentro das áreas não existe nenhum melhoramento público e a escola mais perto se encontra a 6 km de distância" (doc. de ordem 10 - f. 02).

Nesse contexto, o conjunto probatório evidencia que o imóvel objeto da inicial, embora possa estar em área de expansão urbana, possui comprovadamente destinação econômica voltada para a exploração pecuária, o que afasta a cobrança do IPTU, na esteira do paradigma firmado pelo c. STJ, sujeitando-o, portanto, ao ITR.

Dessa maneira, e considerando a existência de prova cabal do desenvolvimento de atividades pecuárias no imóvel, revela-se forçosa a manutenção da r. sentença reexaminada.

No mesmo sentido, já decidiu este eg. TJMG:

> Apelação cível. Embargos à execução fiscal. Direito tributário. Imposto predial e territorial urbano. Imposto territorial rural. Zona urbana. Atividade preponderante desenvolvida no imóvel. - Ainda que o imóvel esteja localizado em zona urbana, não incidirá IPTU, mas, ITR, sempre que restar comprovada a utilização em exploração extrativa, vegetal, agrícola, pecuária ou agroindustrial (TJMG - Apelação Cível 1.0114.01.004614-1/001, Relator: Des. Edgard Penna Amorim, 8ª Câmara Cível, j. em 16.11.2017, p. em 04.12.2017).
>
> Apelação cível. Embargos à execução fiscal. Município de Guaxupé. IPTU. Alegação de que o imóvel se encontra em zona urbana. Argumento incipiente e não comprovado. Terrenos destinados à atividade agrícola, sujeitos ao ITR. Bitributação. Impossibilidade. Embargos acolhidos. Recurso não provido. - A simples alegação de que o imóvel está situado em zona urbana não constitui motivo suficiente para tornar exigível o IPTU, devendo o município editar a lei respectiva, mediante demonstração da efetivação dos melhoramentos previstos no § 1º do art. 32 do Código Tributário Nacional. - Embora admissível a expansão urbana para fins de incidência do IPTU, necessária a comprovação, em âmbito administrativo, da inexistência de aproveitamento econômico no imóvel, porquanto não é possível exigir o referido tributo quando comprovado que o bem é destinado à atividade rural, o qual está sujeito apenas à cobrança de ITR. Precedente do STJ. - Comprovação de que a contribuinte é produtora agrícola, de que as propriedades se encontram registradas no cadastro de produtores rurais e de que são objeto da cobrança do ITR. Impossibilidade de bitributação. Ilegitimidade da exação do IPTU. - Recurso a que se nega provimento (TJMG - Apelação Cível 1.0287.12.004966-6/001, Relatora: Desª. Áurea Brasil, 5ª Câmara Cível, j. em 09.02.2017, p. em 21.02.2017).

Ante o exposto, em reexame necessário, confirmo a r. sentença. Fica prejudicado o recurso voluntário.

Majoro os honorários advocatícios fixados na sentença para 12% (doze por cento) sobre o valor atualizado da causa, considerado o trabalho adicional realizado em grau recursal, nos termos do art. 85, §§ 2º, 3º e 11, do CPC.

Custas pelo apelante, isento nos termos da Lei Estadual nº 14.939/03.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores Carlos Levenhagen e Moacyr Lobato.

Súmula - EM REEXAME NECESSÁRIO, CONFIRMARAM A SENTENÇA, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

Conflito de competência - Ação de cobrança - Contrato temporário – FGTS - Remessa dos autos para o juizado especial - Necessidade de perícia técnica contábil - Ausência de prova complexa - Tese fixada no IRDR nº 1.0000.17.016595-5/001 - Competência dos juizados especiais para instrução e julgamento da lide - Conflito rejeitado para declarar o juízo suscitante (2ª Unidade Jurisdicional Cível do Juizado Especial) competente para julgar a causa.

- A 1ª Seção Cível deste Tribunal, ao julgar o IRDR n° 1.0000.17.016595- 5/001, fixou a tese de que "a necessidade de produção de prova pericial formal, imbuída de maior complexidade, influi na definição da competência dos Juizados Especiais da Fazenda Pública, porquanto incompatível com os princípios da simplicidade, oralidade, economia processual e celeridade, que regem esse microssistema, e com o propósito para o qual foram instituídos, a saber, julgamento de causas menos complexas."

- Ainda que se admita ser vedada a prolação de sentença ilíquida nos Juizados Especiais da Fazenda Pública, no caso em análise, embora os valores do FGTS devam ser apurados em liquidação de sentença, o magistrado pode nomear um *expert* para apurar, mediante perícia contábil, os valores devidos antes da prolação da sentença, conforme art. 10 da Lei n° 12.153/09, não se tratando de perícia complexa, mas de cálculos aritméticos.

- A ação preenche os requisitos para a fixação da competência do Juizado Especial: foi distribuída em 12.01.2018, o valor da causa é de R$22.547,08 (vinte e dois mil quinhentos e quarenta e sete reais e oito centavos) e não se trata de questão complexa, a demandar realização de perícia técnica de maior complexidade para apurar o valor devido ao autor a título de FGTS, o que torna o juízo suscitante (2ª Unidade Jurisdicional de Pará de Minas) competente para analisar a presente ação.

Conflito de Competência nº 1.0000.18.038579-1/000 - Comarca de Pará de Minas - Suscitante: Juiz de Direito Atribuição da Parte em Branco da 2ª Unid. Jurisd. do Juizado Especial da Comarca de Pará de Minas - Suscitado: Juiz de Direito da 2ª Vara Cível da Comarca de Pará de Minas. – Relator: Des. Wander Marotta.

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em rejeitar o conflito negativo de competência

e declarar a competência da Juíza da 2ª Unidade Jurisdicional do Juizado Especial da Comarca de Pará de Minas.

Belo Horizonte, 30 de setembro de 2021. - *Wander Marotta*. – Relator.

Voto

DES. WANDER MAROTTA - Cuida-se de conflito negativo de competência, suscitado pela MM. Juíza da 2ª Unidade Jurisdicional Cível do Juizado Especial da Comarca de Pará de Minas nos autos de ação ordinária ajuizada por Reginaldo Basilio da Silva, contra o Estado de Minas Gerais.

O autor ajuizou a referida ação em 12.01.2018, objetivando obter a declaração de nulidade do contrato administrativo firmado entre as partes, em que foi contratado como Agente de Segurança Penitenciário no Complexo Penitenciário Dr. Pio Canedo, na cidade de Pará de Minas, pleiteando a condenação do réu ao pagamento de verba relativa ao FGTS, observada a prescrição quinquenal (f. 06/28-TJ).

Distribuídos os autos à 2ª Vara Cível da Comarca de Pará de Minas, a MM. Juíza declarou-se incompetente para julgar o feito, visto que já havia a superação do prazo máximo de limitação da competência do Juizado Especial da Fazenda Pública no âmbito dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios, quando do ajuizamento desta ação (12.01.2018). Assevera que o pedido não se enquadra nas vedações do art. 2º, § 1º, da Lei nº 12.153, de 2009, e, considerando que o valor da causa não excede a 60 (sessenta) salários mínimos, o Juízo comum seria absolutamente incompetente para o processamento e julgamento desse feito. Ressalta que a competência para o processamento e o julgamento é do Juizado Especial da comarca, uma vez que tem ele a competência de Juizado Especial da Fazenda Pública, conforme Resolução nº 700, de 2012, do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, e, por isso, declina da competência, de ofício, em razão do disposto no § 4º do art. 2º da Lei Federal nº 12.153, de 2009, que determina ser absoluta a competência dos Juizados Especiais da Fazenda Pública (f. 40/43-TJ).

A MM. Juíza suscitante alega que a sentença condenatória ilíquida não é admitida nos Juizados Especiais, assim como a modalidade de prova pericial, haja vista a complexidade da matéria, que não se compatibiliza com as diretrizes da Lei nº 9.099/95 (f. 02/05-TJ).

Vieram os autos a este Tribunal para julgamento do conflito.

Às f. 48/49, nomeei provisoriamente a i. Juíza suscitante para resolver as eventuais medidas urgentes, nos termos do art. 955 do CPC e solicitei informações à douta Juíza suscitada.

Em suas informações, ela noticia que os autos foram remetidos à Unidade Jurisdicional do Juizado Especial, tendo em vista que já havia transcorrido o prazo de cinco (5) anos previsto no art. 23 da Lei nº 12.153/09 quando do ajuizamento da ação e porque o valor da causa é inferior a 60 (sessenta) salários mínimos. Acrescenta que a necessidade de produção de prova pericial complexa não interfere na definição da competência dos juizados especiais, conforme entendimento pacificado pelo STJ; e que o caso refere-se a simples pedido de declaração de nulidade de contrato administrativo

e condenação ao pagamento de valores relativos a FGTS, não havendo complexidade ou a necessidade de realização de prova pericial (f. 57v/58).

Foram os autos à douta PGJ, que se manifestou no sentido de ser desnecessária a sua intervenção no feito (f. 59).

Às f. 60/62, determinei o sobrestamento do feito até o julgamento do IRDR nº 1.0000.17.016595-5/001.

Em virtude do julgamento do IRDR em questão, vieram-me os autos conclusos para julgamento (f. 66).

É o relatório.

Conheço do conflito, que está referido à verificação da competência para o processamento e julgamento de ação ordinária ajuizada por Reginaldo Basílio da Silva contra o Estado de Minas Gerais.

A ação foi ajuizada em 12.01.2018 perante o juízo da 2ª Vara Cível da comarca de Pará de Minas, que se declarou incompetente.

O objetivo da ação é a declaração de nulidade do contrato administrativo firmado entre as partes, via da qual o autor foi contratado como Agente de Segurança Penitenciário no Complexo Penitenciário Dr. Pio Canedo, na cidade de Pará de Minas, pleiteando a condenação do réu ao pagamento de verba relativa ao FGTS correspondente aos últimos cinco anos de trabalho, além das parcelas vincendas. Foi atribuído à causa o valor de R$22.547,08 (vinte e dois mil quinhentos e quarenta e sete reais e oito centavos).

Foram os autos distribuídos para a 2ª Vara Cível da comarca de Pará de Minas, tendo a MM. Juíza, conforme relatado, se declarado incompetente para julgar o feito, visto que já havia ocorrido a superação do prazo máximo de limitação da competência do Juizado Especial da Fazenda Pública no âmbito dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios, quando do ajuizamento desta ação, não se enquadrando o pedido nas vedações do art. 2º, § 1º, da Lei nº 12.153, de 2009.

Redistribuídos os autos para a 2ª Unidade Jurisdicional do Juizado Especial da comarca de Pará de Minas, a douta Juíza suscitou esse conflito negativo de competência, ao fundamento de que a sentença condenatória ilíquida não é admitida nos Juizados Especiais, assim como a modalidade de prova pericial, haja vista a complexidade da matéria, que não se compatibiliza com as diretrizes da Lei 9.099/95.

Há, de fato, um conflito negativo entre as duas magistradas envolvidas, ou seja, o juízo da 2ª Unidade Jurisdicional (suscitante) e o juízo da 2ª Vara Cível (suscitado), ambos da Comarca de Pará de Minas.

Dispõe o art. 66 do CPC:

> Art. 66. Há conflito de competência quando:
>
> I - 2 (dois) ou mais juízes se declaram competentes;
>
> II - 2 (dois) ou mais juízes se consideram incompetentes, atribuindo um ao outro a competência;

> III - entre 2 (dois) ou mais juízes surge controvérsia acerca da reunião ou separação de processos.
>
> Parágrafo único. O juiz que não acolher a competência declinada deverá suscitar o conflito, salvo se a atribuir a outro juízo.

O conflito de competência ocorre, portanto, quando dois ou mais juízes se declaram incompetentes (conflito negativo) para o julgamento da mesma causa ou de mais de uma causa.

Pois bem.

A Lei nº 12.153/2009 dispõe sobre o rito especial dos Juizados Especiais da Fazenda Pública do seguinte modo:

> Art.2º É de competência dos Juizados Especiais da Fazenda Pública processar, conciliar e julgar causas cíveis de interesse dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios, até o valor de 60 (sessenta) salários-mínimos.
>
> §1º Não se incluem na competência do Juizado Especial da Fazenda Pública:
>
> I - as ações de mandado de segurança, de desapropriação, de divisão e demarcação, populares, por improbidade administrativa, execuções fiscais e as demandas sobre direitos ou interesses difusos e coletivos;
>
> II - as causas sobre bens imóveis dos Estados, Distrito Federal, Territórios e Municípios, autarquias e fundações públicas a eles vinculadas;
>
> III - as causas que tenham como objeto a impugnação da pena de demissão imposta a servidores públicos civis ou sanções disciplinares aplicadas a militares.
>
> §2º Quando a pretensão versar sobre obrigações vincendas, para fins de competência do Juizado Especial, a soma de 12 (doze) parcelas vincendas e de eventuais parcelas vencidas não poderá exceder o valor referido no *caput* deste artigo.
>
> [...]
>
> §4º No foro onde estiver instalado Juizado Especial da Fazenda Pública, a sua competência é absoluta.

Em momento posterior, foi editada a Resolução nº 700, de 23 de junho de 2012, da Corte Superior deste eg. Tribunal, visando regulamentar a matéria e a instalação dos Juizados Especiais da Fazenda Pública, em complementação à Lei nº 12.153/2009, a qual previu expressamente a competência dos Juizados em seu art. 8º.

Nesse sentido, dispõe a mencionada Resolução, *verbis*:

> Art. 1º - A partir de 23 de junho de 2012, os juízos e unidades jurisdicionais do Sistema dos Juizados Especiais do Estado de Minas Gerais, em suas respectivas comarcas, ficam investidos de competência para conciliação, processo, julgamento e execução das causas de que cuida a Lei federal nº 12.153, de 22 de dezembro de 2009.

> Parágrafo único - Nas comarcas do interior do Estado em que houver dois ou mais juízes de direito do Sistema dos Juizados Especiais, os processos de que trata o caput deste artigo serão distribuídos igualitariamente entre eles.
>
> Art. 2º - Nas comarcas em que não existir ou não tiver sido instalada unidade jurisdicional do Sistema dos Juizados Especiais, os feitos da competência dos Juizados Especiais da Fazenda Pública tramitarão perante o juiz de direito com jurisdição comum, atualmente investido de competência para os feitos da fazenda pública, e a respectiva secretaria, observado o procedimento especial das Leis federais nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, e nº 12.153, de 2009.
>
> Art. 8º - A competência dos Juizados Especiais da Fazenda Pública, na Justiça do Estado de Minas Gerais, ficará limitada às causas no valor máximo de quarenta salários mínimos, relativas a:
>
> I - multas e outras penalidades decorrentes de infrações de trânsito; II - transferência de propriedade de veículos automotores terrestres; III - imposto sobre serviços de qualquer natureza (ISSQN);
>
> [...]
>
> IV - imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestação de serviços (ICMS);
>
> V - imposto sobre propriedade predial e territorial urbana (IPTU);
>
> VI - fornecimento de medicamentos e outros insumos de interesse para a saúde humana, excluídos cirurgias e transporte de pacientes.

"Art. 9º - As demandas ajuizadas até o dia 22 de junho de 2012 não serão redistribuídas aos Juizados Especiais".

"Art. 10 - Os recursos interpostos contra decisões proferidas nas ações previstas no art. 8º desta Resolução serão julgados pelas Turmas Recursais do Sistema dos Juizados Especiais, observado o disposto na Resolução nº 386, de 22 de março de 2002."

O artigo 23 da Lei 12.153/09 possibilitou que os Tribunais limitassem a competência dos juizados por no máximo cinco (5) anos. Confira-se: "Art. 23. Os Tribunais de Justiça poderão limitar, por até 5 (cinco) anos, a partir da entrada em vigor desta Lei, a competência dos Juizados Especiais da Fazenda Pública, atendendo à necessidade da organização dos serviços judiciários e administrativos".

Destarte, o período de restrição se encerrou em 23 de junho de 2015 e, para as ações ajuizadas após essa data, a competência dos Juizados Especiais da Fazenda Pública deve ser definida, a princípio, somente com base nos requisitos previstos na Lei nº 12.153/2009.

Todavia, não basta que a ação tenha sido distribuída após 23.06.2015 e que tenha sido atribuído valor até 60 (sessenta) salários-mínimos, pois a análise dos autos deve evidenciar a ausência de complexidade, inclusive porque se assim não o fosse, estar-se-ia ignorando a própria natureza dos

Juizados, que tem como princípios norteadores a oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade (art. 2º, da Lei nº 9.099/95).

Não é o objeto da causa que define a competência, e, na verdade, não se desconhece inclusive a possibilidade de realização de perícia técnica no âmbito dos Juizados, conforme o que dispõe o art. 10 da Lei nº 12.153/2009 ("para efetuar o exame técnico necessário à conciliação ou ao julgamento da causa, o juiz nomeará pessoa habilitada, que apresentará o laudo até 5 (cinco) dias antes da audiência"), mas a competência será definida pelo objeto da prova.

O Fórum Nacional de Juizados Especiais - FONAJE já se manifestou a respeito: Enunciado 54: "A menor complexidade da causa para a fixação da competência é aferida pelo objeto da prova e não em face do direito material."

A 1ª Seção Cível deste TJMG, quando do julgamento do IRDR nº 1.0000.17.016595-5/001, fixou a tese de que a necessidade de produção de prova pericial formal, imbuída de maior complexidade, influi na definição da competência dos Juizados Especiais da Fazenda Pública, porquanto incompatível com os princípios da simplicidade, oralidade, economia processual e celeridade. O v. aresto ficou assim ementado:

> Incidente de resolução de demandas repetitivas. Fixação de tese. Prova pericial complexa. Juizados Especiais da Fazenda Pública. Incompatibilidade. Critério norteador para definição da competência. - Nos termos do artigo 98, I, da CR/88, a competência dos Juizados Especiais compreende "a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo". - A necessidade de produção de prova pericial formal, imbuída de maior complexidade, influi na definição da competência dos Juizados Especiais da Fazenda Pública, porquanto incompatível com os princípios da simplicidade, oralidade, economia processual e celeridade, que regem esse microssistema, e com o propósito para o qual foram instituídos, a saber, julgamento de causas menos complexas. (Des. Wilson Benevides) Vv. Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas - Fixação de tese - Juizado Especial da Fazenda Pública - Competência absoluta - Definição pela matéria e pelo valor da causa - Necessidade de prova complexa - Não influência na definição da competência. - A competência absoluta do Juizado Especial da Fazenda Pública é definida pela matéria e pelo valor da causa. - Eventual necessidade de realização de prova técnica complexa não afasta a competência do Juizado Especial da Fazenda Pública, que comporta a referida prova. (Des. Marcelo Rodrigues) (TJMG - IRDR - Cv 1.0000.17.016595-5/001, Relator: Des. Wilson Benevides, 1ª Seção Cível, j. em 22.08.2019, p. em 03.09.2019).

Depreende-se, portanto, que a necessidade de realização de prova pericial, por si só, não afasta a competência dos Juizados Especiais da Fazenda Pública, o que somente ocorre quando se tratar de perícia complexa.

Ademais, ainda que se admita ser vedada a prolação de sentença ilíquida nos Juizados Especiais da Fazenda Pública, no caso em análise, embora os valores do FGTS devam ser apurados em liquidação de sentença, o magistrado pode nomear um *expert* para apurar, mediante perícia contábil, os

valores devidos antes da prolação da sentença, conforme art. 10 da Lei n° 12.153/09, não se tratando, data vênia, de perícia complexa.

Na hipótese, a ação preenche os requisitos para a fixação da competência do Juizado Especial: foi distribuída em 12.01.2018, o valor da causa é de R$22.547,08 (vinte e dois mil quinhentos e quarenta e sete reais e oito centavos) e não se trata de questão complexa, a demandar a realização de perícia técnica de maior complexidade para apurar o valor devido ao autor a título de FGTS, o que torna o juízo suscitante (2ª Unidade Jurisdicional de Pará de Minas) competente para analisar a presente ação.

Com efeito, a perícia contábil aqui exigida não afasta a competência do Juizado Especial.

Feitas essas considerações, rejeito o conflito negativo de competência e declaro competente a ilustre Juíza da 2ª Unidade Jurisdicional do Juizado Especial da Comarca de Pará de Minas, aqui suscitante, para julgar o caso.

Sem custas deste.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores Carlos Levenhagen e Moacyr Lobato.

Súmula - REJEITARAM O CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA E DECLARARAM A COMPETÊNCIA DA JUÍZA DA 2ª UNIDADE JURISDICIONAL DO JUIZADO ESPECIAL DA COMARCA DE PARÁ DE MINAS.

Reexame necessário - Recurso voluntário - Preliminar de inadequação da via eleita – Rejeição - Ação de cobrança - Fornecimento de materiais médico-hospitalares - Inadimplência do Município de Francisco Sá - Vedação de enriquecimento sem causa – Condenação - Honorários advocatícios de sucumbência - Critérios de valoração.

- O Código de Processo Civil, em seu art. 785, autoriza a utilização do procedimento comum, mesmo quando existente título executivo extrajudicial, para o caso de o demandante objetivar a obtenção de um título executivo judicial. Preliminar rejeitada.

- No momento de liquidação da despesa, a Administração Pública verifica o direito do credor, analisa os contratos e os comprovantes da prestação de serviço, sendo certo que, tendo a Municipalidade ingressado na fase de liquidação, emitindo ordem de empenho, conclui-se que restou verificada e constatada a efetiva prestação dos serviços.

- Iniciado o processo de liquidação da despesa com serviços contratados pela Administração Pública junto ao particular e existindo provas no processo que evidenciam o vínculo negocial, bem como a efetiva execução do contrato por parte do credor/particular, cabe ao Poder Público promover o adimplemento da contraprestação, sob pena de caracterização de enriquecimento sem causa.

- Diante do elevado valor atribuído à causa, bem como da condenação, os honorários sucumbenciais deverão ser arbitrados por apreciação equitativa, observando o grau de zelo do profissional, o lugar de prestação do serviço, a natureza e a importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço. Inteligência do art. 85, § 8º, do Código de Processo Civil.

Ap Cível/Rem Necessária nº 1.0000.21.231303-5/001 - Comarca de Francisco Sá - Apelante: Município de Francisco SA - Apelado: Disfarmoc Distribuidora de Produtos Farmacêuticos Ltda. – Relator: 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 a preliminar e dar parcial provimento ao recurso voluntário, exaurido o objeto da remessa necessária.

Belo Horizonte, 16 de dezembro de 2021. - *Moacyr Lobato*. – Relator.

Voto

DES. MOACYR LOBATO - Trata-se de remessa necessária e de apelação cível, interpostas pelo Município de Francisco Sá, em face da sentença de ordem 25, p.15-22, proferida pelo MM. Juiz de Direito da Vara Única da Comarca de Francisco Sá que, nos autos da ação de cobrança ajuizada por Disfarmoc Distribuidora de Produtos Farmacêuticos Ltda., julgou parcialmente procedente o pedido, condenando o réu a pagar em favor da autora o valor de R$123.377,35 (cento e vinte e três mil trezentos e setenta e sete reais e trinta e cinco centavos), corrigido monetariamente pelo IPCA-E, a partir da data em que deveria ter sido quitado cada débito, bem como de juros moratórios segundo o índice de remuneração da caderneta de poupança, a partir da citação. Julgou extinto o processo, sem resolução do mérito, em relação ao Fundo Municipal de Francisco Sá e ao Hospital Municipal de Francisco Sá. Condenou a municipalidade ao pagamento de honorários advocatícios arbitrados em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação, isentando-a do pagamento das custas, em virtude de lei, ressalvada a condenação ao reembolso das custas adiantadas pela autora.

Em suas razões (doc. ordem 32), o apelante argui, preliminarmente, a inadequação da via eleita, ao fundamento de que o procedimento correto para a cobrança pretendida pela autora seria a ação monitória, que tem como finalidade dar liquidez e certeza ao título para que, posteriormente, possa ser executado, sendo que a autora se valeu do procedimento equivocado para a cobrança pretendida.

No mérito, sustenta, em síntese, que a sentença deve ser reformada, ao argumento de que não foi comprovado que as mercadorias foram entregues, salientando que

> diante da ausência da assinatura do recebedor das mercadorias e de contrato, como também do próprio processo licitatório que pudesse originar a obrigação, e por conseguinte, comprovar a relação jurídica preestabelecida, conclui-se pela nulidade das notas fiscais apresentadas.

Defende que não existe prova da relação jurídica havida entre as partes, bem como que há necessidade de que as contratações públicas sejam formalizadas, não se admitindo contratação verbal com a Administração Pública.

Sustenta que não se fez prova da identificação do recebedor dos produtos, o que seria requisito essencial para a validade de uma nota fiscal, além do fato de que não há demonstração de liquidação de despesa pelo município, asseverando, subsidiariamente, que há excesso de cobrança, pois a correção monetária deveria incidir desde o ajuizamento da ação, e não desde o vencimento, como foi sentenciado. Quanto aos honorários advocatícios, pugna para que sejam fixados apenas quando houver a liquidação da sentença, por apreciação equitativa. Pugna, então, pelo provimento do recurso, com a reforma da sentença e a improcedência dos pedidos iniciais.

Devidamente intimada, a apelada apresentou suas contrarrazões à ordem 42.

Recurso próprio e tempestivo, estando ausente de preparo em face da isenção legal.

É o relatório.

Passo a decidir.

Preliminar.

O recorrente suscita preliminar de inadequação da via eleita, ao argumento de que o procedimento correto para a cobrança pretendida pela autora seria a ação monitória, que tem como finalidade dar liquidez e certeza ao título para que, posteriormente, possa ser executado, sendo que a autora se valeu do procedimento equivocado para a cobrança pretendida.

Todavia, tenho que razão não lhe assiste.

Isso porque o Código de Processo Civil, em seu art. 785, expressamente autoriza a utilização do procedimento comum, mesmo quando existente título executivo extrajudicial, para o caso de o demandante objetivar a obtenção de um título executivo judicial. *In verbis*: "Art. 785. A existência de título executivo extrajudicial não impede a parte de optar pelo processo de conhecimento, a fim de obter título executivo judicial."

Humberto Theodoro Júnior leciona: "[...] O NCPC, na esteira da jurisprudência do STJ, dispôs, expressamente, em seu art. 785,30 que "a existência de título executivo extrajudicial não impede a parte de optar pelo processo de conhecimento, a fim de obter título executivo judicial" (THEODORO JÚNIOR, Humberto).

Em verdade, a utilização pelo credor do processo de conhecimento, mesmo dispondo de título executivo extrajudicial, "gera situação menos gravosa para o devedor, com maior amplitude de defesa" (THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil - Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum - vol. III, 47. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. *E-book*).

Desse modo, rejeito a preliminar.

Conheço da remessa necessária, bem como do recurso voluntário, destacando que serão conjuntamente analisados, em razão da identidade das matérias.

Mérito.

Extrai-se dos autos que Disfarmoc Distribuidora de Produtos Farmacêuticos Ltda. ajuizou ação de cobrança em desfavor do Município de Francisco Sá, do Fundo Municipal de Saúde de Francisco Sá e do Hospital Municipal de Francisco Sá, alegando que foi vencedora em licitação promovida pelo município réu, tendo por objeto o fornecimento de materiais médico-hospitalares, sendo que este teria deixado de pagar diversas das notas fiscais emitidas, correspondentes ao valor histórico de R$150.121,31 (cento e cinquenta mil cento e vinte e um reais e trinta e um centavos).

Devidamente processado e instruído o feito, sobreveio a sentença que jugou extinto o processo sem resolução do mérito em relação ao Fundo Municipal de Francisco Sá e ao Hospital Municipal de Francisco Sá e julgou parcialmente procedente o pedido inicial para condenar o Município de Francisco Sá a pagar à autora a quantia de R$123.377,35 (cento e vinte e três mil reais trezentos e se-

tenta e sete reais e trinta e cinco centavos), corrigida monetariamente pelo IPCA-E, a partir da data em que deveria ter sido quitado cada débito, bem como de juros moratórios segundo o índice de remuneração da caderneta de poupança, a partir da citação. Condenou a municipalidade ao pagamento de honorários advocatícios arbitrados em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação, isentando-a do pagamento das custas em virtude de lei, ressalvada a condenação ao reembolso das custas adiantadas pela autora. Essa a sentença recorrida.

Inicialmente, no que se refere ao reconhecimento da ilegitimidade passiva do Fundo Municipal de Francisco Sá e do Hospital Municipal de Francisco Sá, tenho que a sentença deve ser mantida, visto que o processo licitatório para fornecimento de materiais médico-hospitalares foi deflagrado pela municipalidade, sendo o Hospital mero destinatário dos materiais, enquanto o Fundo Municipal não possui personalidade jurídica para ser parte na ação.

Logo, considerando subsistir legitimidade passiva somente ao Município de Francisco Sá, deve ser mantida a extinção do feito, sem resolução do mérito, relativamente ao Fundo Municipal de Francisco Sá e do Hospital Municipal de Francisco Sá.

Quanto ao mérito propriamente dito, a pessoa jurídica demandante asseverou que cumpriu com suas obrigações contratuais, realizando a entrega dos materiais médico-hospitalares, sem que houvesse a correta contraprestação por parte do ente público.

Ao contrário do que alega a municipalidade recorrente, foi juntada aos autos a Ata de Registro de Preços referente ao Processo Licitatório nº 028/2013, Pregão Presencial 019/2013, que demonstra a existência de relação contratual entre a autora e o requerido, valendo a transcrição do seguinte excerto:

> ATA DE REGISTRO DE PREÇOS PROCESSO LICITATÓRIO N°. 028/2013 PREGÃO PRESENCIAL N°. 019/2013
>
> ATA DE REGISTRO DE PREÇOS N° /2013
>
> Aos 04 dias do mês de março de 2013, o Município de Francisco Sá/MG, inscrito no CNPJ sob o n° 22.681.423/0001-57, isento de inscrição estadual, com sede no endereço à Av. Getúlio Vargas, 1.014, Centro, Francisco Sá/MG, CEP 39.580-000, neste ato representado pelo Prefeito Denilson Rodrigues Silveira, nos termos do art. 15 da Lei Federal n° 8.666/93, observadas, ainda, as disposições do Edital do Processo Licitatório n° 028/2013, na modalidade Pregão Presencial n° 019/2013, do tipo menor preço por item, para registro de preços. regido pela Lei Federal n.° 10.520/02, Lei Federal no 8.666/93, Lei Complementar n° 123/06, e demais disposições legais aplicáveis, de acordo com o resultado da classificação das propostas apresentadas no Pregão
>
> Presencial em epígrafe, resolve registrar os preços da empresa abaixo citada, de acordo com o item disputado e a classificação por ela alcançada, observadas as condições do Edital que integram este instrumento de registro, mediante as condições a seguir pactuadas. [...]

Além disso, cumpre destacar que o conteúdo existente nas notas fiscais anexadas aos autos consigna um determinado campo que discrimina os materiais entregues, o que caracteriza o reconhecimento de que a prestação do serviço teria ocorrido.

Ademais, ao emitir as ordens de fornecimento, a Administração fez constar o número dos respectivos empenhos, pressupondo a comprovação da prestação do serviço pelo fornecedor Disfarmoc Dist. de Produtos Farmacêuticos Ltda.-ME, a liquidação das despesas e a requisição emitida pelo Fundo Municipal de Saúde.

Sobre o assunto, assim estabelece a Lei Federal nº 4.320/64:

> Art. 58. O empenho de despesa é o ato emanado de autoridade competente que cria para o Estado obrigação de pagamento pendente ou não de implemento de condição.
>
> [...]
>
> Art. 62. O pagamento da despesa só será efetuado quando ordenado após sua regular liquidação.
>
> Art. 63. A liquidação da despesa consiste na verificação do direito adquirido pelo credor tendo por base os títulos e documentos comprobatórios do respectivo crédito.
>
> § 1° Essa verificação tem por fim apurar:
>
> I - a origem e o objeto do que se deve pagar;
>
> II - a importância exata a pagar;
>
> III - a quem se deve pagar a importância, para extinguir a obrigação.
>
> § 2º A liquidação da despesa por fornecimentos feitos ou serviços prestados terá por base:
>
> I - o contrato, ajuste ou acordo respectivo;
>
> II - a nota de empenho;
>
> III - os comprovantes da entrega de material ou da prestação efetiva do serviço.
>
> Art. 64. A ordem de pagamento é o despacho exarado por autoridade competente, determinando que a despesa seja paga.

Mostra-se evidenciado pelos dispositivos transcritos que, na fase de liquidação, a Administração Pública verifica o direito do credor, analisa os contratos e os comprovantes da prestação de serviço, sendo certo que, tendo a municipalidade ingressado na fase de liquidação, emitindo ordem de empenho, conclui-se que restou verificada e constatada a efetiva prestação dos serviços.

Nesse sentido, a Jurisprudência deste Sodalício:

> Reexame necessário. Apelação cível. Embargos à execução. Município de Ibiá. Título executivo extrajudicial. Contrato. Serviços de engenharia. Licitação. Carta convite. Nota fiscal. Notas de empenho. Autorização para pagamento. Prestação dos serviços. Comprovação. Pagamento devido. Correção monetária. Ajuste. Juros de mora. Lei 11.960/09. Verba

honorária de sucumbência. Redução. Cabimento. Artigo 20, § 4º, do CPC. Adequação. Necessidade. - Havendo elementos nos autos que apontam para a comprovação da efetiva prestação dos serviços contratados, mediante licitação da modalidade carta-convite, sem a quitação correspondente, é devido o pagamento pelo Município contratante, sob pena de enriquecimento ilícito da Administração; - Nas dívidas de natureza não tributária, os juros de mora e a correção monetária deverão ser calculados de acordo com os índices oficiais de remuneração básica e juros aplicáveis à caderneta de poupança, até 25.03.2015, data a partir da qual a incidência de correção monetária deve ser ajustada, a fim de que sejam seguidos os índices do IPCA-E; - Nos casos em que a Fazenda Pública restar vencida, os honorários advocatícios de sucumbência devem ser reduzidos quando fixados em descompasso com o disposto no aplicável artigo 20, § 4º, do CPC (TJMG - Ap Cível/Reex Necessário 1.0295.10.000027-8/001, Relator: Des. Washington Ferreira, 1ª Câmara Cível, j. em 26.05.2015, p. em 03.06.2015).

Direito administrativo. Direito civil. Direito processual civil. Reexame necessário. Condenação em valor inferior a 60 salários mínimos. Não conhecimento. Apelação. Ação de cobrança. Contrato de prestação de serviço de transporte. Notas fiscais assinadas por funcionário do município. Emissão de notas de empenho com liquidação de despesa e ordem de pagamento. Comprovação do serviço prestado. Enriquecimento ilícito da administração. Inadmissibilidade. Correção monetária. Débito posterior à Lei 11.960/2009. Índices oficiais de remuneração básica aplicados à caderneta de poupança. Honorários advocatícios. Redução. Não cabimento. Recurso parcialmente provido. - Nos termos do artigo 475, parágrafo 2º, do Código de Processo Civil, não se conhece do reexame necessário, no caso de condenação de valor que não supera 60 salários mínimos. - É inevitável o decreto de procedência de ação de cobrança movida contra o Município, quando restam comprovadas a contratação e o cumprimento, pela autora, de sua parte do contrato, ou seja, da prestação do serviço, não se admitindo o locupletamento ilícito do ente público. - Nas condenações impostas à Fazenda Pública, quando o inadimplemento é posterior à Lei 11.960/09, a correção monetária deve observar somente os índices oficiais de remuneração básica aplicados à caderneta de poupança. - Deve ser mantido o valor dos honorários advocatícios, fixado em montante razoável que atende ao disposto no artigo 20, parágrafo 4º, do Código de Processo Civil (TJMG - Ap Cível/Reex Necessário 1.0019.13.000898-0/001, Relator: Des. Moreira Diniz, 4ª Câmara Cível, j. em 05.02.2015, p. em 19.02.2015).

Coaduno, ainda, com o entendimento do d. Magistrado *a quo*, quando consigna que a autora se desincumbiu de seu ônus de comprovar que forneceu os materiais ao município, ao passo que esse não se desincumbiu de provar que os materiais não foram entregues ou que já teria adimplido sua obrigação.

Dessa forma, devido o pagamento/contraprestação pela entrega dos materiais que foram objeto do contrato entabulado entre as partes, respeitada a prescrição quinquenal consoante previsão do Decreto n° 20.910/1932.

Relativamente à insurgência recursal quanto ao termo *a quo* da correção monetária, defende o recorrente que a correção monetária deveria incidir desde o ajuizamento da ação, e não desde o vencimento, como foi sentenciado.

Todavia, a correção monetária deve ter seu termo inicial conforme as regras previstas no Código Civil, sendo que, no caso dos presentes autos, é a data do inadimplemento.

> Art. 394. Considera-se em mora o devedor que não efetuar o pagamento e o credor que não quiser recebê-lo no tempo, lugar e forma que a lei ou a convenção estabelecer.
>
> [...]
>
> Art. 397. O inadimplemento da obrigação, positiva e líquida, no seu termo, constitui de pleno direito em mora o devedor.
>
> Parágrafo único. Não havendo termo, a mora se constitui mediante interpelação judicial ou extrajudicial.

Noutro norte, relativamente à condenação ao pagamento de honorários de sucumbência, esta 5ª Câmara Cível, em julgamentos ampliados (art. 942, do CPC), tem adotado o posicionamento majoritário de que, apesar de o § 8º, do art. 85, do CPC, fazer menção de sua aplicação apenas nas causas em que o valor da causa for inestimável ou irrisório, este dispositivo não deve ser interpretado de forma literal, devendo, também, ser aplicado quando o valor da causa é elevado, para permitir-se a fixação equitativa dos honorários advocatícios, de acordo com o trabalho realizado: "§ 8º Nas causas em que for inestimável ou irrisório o proveito econômico ou, ainda, quando o valor da causa for muito baixo, o juiz fixará o valor dos honorários por apreciação equitativa, observando o disposto nos incisos do § 2º."

No caso dos autos, o valor da causa é elevado, pois indicado no importe de R$150.121,31 (cento e cinquenta e um mil cento e vinte um reais e trinta e um centavos), tendo o réu sido condenado ao pagamento de honorários no importe de 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação, que foi de R$123.377,35 (cento e vinte três mil trezentos e setenta e sete reais e trinta e cinco centavos), a ser devidamente atualizado.

Nesse contexto, verifica-se que a fixação de honorários entre o mínimo de dez e o máximo de vinte por cento do valor da condenação, sem atualização, encerra o valor inicial superior a R$12.000,00 (doze mil reais), o que, notadamente, afigura-se desproporcional à espécie, mesmo porque foi reconhecida ocorrência de parcial prescrição do débito.

Cumpre destacar que não se está ignorando o disposto nos §§ 2º e 6º do CPC, mas a interpretação literal de tais dispositivos na situação aqui evidenciada resultaria em arbitramento desarrazoado da aludida verba, o que ocorreu, sendo certo que, mesmo a orientação da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que "para o arbitramento da verba honorária, o julgador, na sua apreciação subjetiva, pode se utilizar de percentuais sobre o valor da causa ou da condenação, ou mesmo de um valor fixo, não se restringindo aos percentuais previstos no § 3º do art. 20 do CPC" (AgInt no REsp 1600361/RS, Rel. Ministro OG Fernandes, Segunda Turma, j. em 25.10.2016, *DJe* de 04.11.2016).

Desse modo, a fixação dos honorários advocatícios não está adstrita aos limites percentuais de 10% (dez por cento) e 20% (vinte por cento), podendo ser adotado como base de cálculo o valor

da condenação, do proveito econômico obtido ou valor da causa, nos termos do art. 85, § 2º, do CPC, ou mesmo um valor fixo, segundo o critério de equidade, conforme preceitua o parágrafo 8º do citado artigo.

Com efeito, faz-se necessário observar o grau de zelo do profissional, o lugar de prestação do serviço, a natureza e a importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.

Por conseguinte, aplicando o § 8º do art. 85 do CPC por analogia, e considerando todas as particularidades da causa, fixo os honorários de sucumbência em R$2.500,00 (dois mil e quinhentos reais).

Mediante tais considerações, rejeito a preliminar e dou parcial provimento ao recurso voluntário, apenas para fixar o valor dos honorários advocatícios de sucumbência devidos pelo réu/apelante à autora/apelada no importe de R$2.500,00 (dois mil e quinhentos reais), com fundamento do art. 85, §§ 2º e 8º, do Código de Processo Civil, mantendo a sentença quanto ao mais. Exaurido o objeto da remessa necessária.

Custas recursais, na forma da lei.

Considerando o resultado do presente julgamento, deixo de proceder ao disposto no art. 85, § 11, do Código de Processo Civil.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores Luís Carlos Gambogi e Wander Marotta.

Súmula - REJEITARAM A PRELIMINAR E DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO VOLUNTÁRIO, EXAURIDO O OBJETO DA REMESSA NECESSÁRIA.

Apelação - Embargos à execução fiscal - Direito tributário - Município de Santa Luzia - IPTU - Cemig - Imunidade tributária recíproca - Art. 150, VI, a, da Constituição Federal - Inaplicabilidade - Entendimento firmado em sede de repercussão geral - Prescrição parcial - TSU - Inconstitucionalidade - Divisibilidade não vislumbrada - Recurso provido em parte.

- "Sociedade de economia mista, cuja participação acionária é negociada em Bolsas de Valores, e que, inequivocamente, está voltada à remuneração do capital de seus controladores ou acionistas, não está abrangida pela regra de imunidade tributária prevista no art. 150, VI, *a*, da Constituição, unicamente em razão das atividades desempenhadas" (RE 600867, Relator: Joaquim Barbosa, Relator p/ Acórdão: Luiz Fux, Tribunal Pleno, j. em 29.06.2020, processo eletrônico repercussão geral - Mérito DJe-239, d. em 29.09.2020, p. em 30.09.2020).

- À luz da tese firmada no âmbito do colendo Supremo Tribunal Federal, deve ser afastado da Cemig o direito à imunidade recíproca, considerando tratar-se de sociedade de economia mista com capital aberto e ações negociadas em Bolsas de Valores.

- Em se tratando o IPTU de tributo sujeito a lançamento de ofício, a constituição definitiva do crédito fiscal ocorre com a notificação do contribuinte, mediante o envio do carnê de pagamento ao seu endereço, presumidamente em 1º de janeiro do mesmo exercício, oportunidade em que se inicia o lapso prescricional.

- Decorridos mais de cinco anos entre a constituição do crédito fiscal e o despacho que ordena a citação do devedor, marco interruptivo do prazo prescricional, impõe-se o reconhecimento da prescrição em relação ao exercício de 2007.

- Diante da ausência de especificidade e divisibilidade, é inconstitucional a Taxa de Serviços Urbanos instituída pelo Código Tributário do Município de Santa Luzia.

- Recurso provido em parte.

Ap Cível/Rem Necessária nº 1.0245.14.004904-1/001 - Comarca de Santa Luzia - Remetente: Juiz de Direito da 3ª Vara Cível da Comarca de Santa Luzia - Apelante: Município Santa Luzia - Apelados: Cemig Companhia Energética de Minas Gerais, Cemig Distribuição S/A e outros. – Relator: Des. Corrêa Junior.

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 6ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em dar parcial provimento ao recurso.

Belo Horizonte, 05 de outubro de 2021. - *Corrêa Junior*. – Relator.

Voto

DES. CORRÊA JUNIOR - Trata-se de remessa necessária e de recurso de apelação, interposto pelo Município de Santa Luzia, contra a sentença encartada ao doc. eletrônico nº 17 proferida pela MMª Juíza de Direito, da 3ª Vara Cível da comarca de Santa Luzia, que, nos autos dos embargos à execução fiscal manejados pela Cemig - Companhia Energética de Minas Gerais, julgou procedente o pedido para extinguir a execução fiscal em apenso.

Nas presentes razões recursais, alega o apelante, em síntese: que a apelada pretende o afastamento dos tributos, por ausência de *animus domini* e da faculdade de dispor e reaver o imóvel em questão; que a Constituição da República sujeita as empresas públicas e sociedades de economia mista que explorem atividade econômica às mesmas obrigações tributárias; que o § 3º, do art. 150, da Constituição Federal dispõe que a imunidade não se aplica "ao patrimônio, à renda e aos serviços, relacionados com exploração de atividades econômicas regidas pelas normas aplicáveis a empreendimentos privados, ou em que haja contraprestação ou pagamento de preços ou tarifas pelo usuário"; que o serviço de energia elétrica é remunerado mediante tarifa paga pelos usuários, o que enseja vultosos lucros para os acionistas da sociedade em questão; que o fato de determinada sociedade, ainda que integrante da administração indireta, prestar serviço remunerado mediante tarifa, deter participação acionária que é negociada em bolsas de valores, e que, inequivocamente, está voltada à distribuição de lucro entre os seus controladores e acionistas, afasta, por completo, o argumento de que não haveria capacidade contributiva; que a finalidade lucrativa é indissociável da entidade, o que a diferencia dos entes submetidos ao regime jurídico público, que prestam serviço sem o intuito de lucro; que não há razão constitucional para se estender a imunidade à recorrida.

Contrarrazões acostadas ao doc. eletrônico nº 22. É o relatório, no essencial.

Não conheço da remessa necessária, por força do disposto no art. 496, § 3º, II, do Código de Processo Civil, tendo em vista o valor da execução (R$3.968,49).

Conheço, contudo, do recurso voluntário, porquanto presentes os pressupostos de admissibilidade.

A controvérsia submetida à apreciação por meio do presente recurso refere-se, de início, à aplicação do disposto no art. 150, VI, *a*, e § 2º, da Constituição da República, à embargante, ora apelada, que, instituída sob a forma de sociedade de economia mista, tem por objeto a prestação do serviço público de fornecimento de energia elétrica, mediante concessão, nos termos do art. 21, XII, *b*, da CR/88:

> Art. 21. Compete à União:
>
> [...]
>
> XII - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão:
>
> [...]
>
> b) os serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água, em articulação com os Estados onde se situam os potenciais hidroenergéticos;

Pois bem.

Acerca da matéria em debate, importa destacar que sempre me manifestei, com lastro em orientação jurisprudencial sedimentada pelo colendo Supremo Tribunal Federal, no sentido de que a "imunidade recíproca" prevista na Carta Magna se estendia às sociedades de economia mista, independentemente de contarem ou não com finalidade lucrativa.

Ocorre que, em julgado vinculante, visto que proferido em sede de repercussão geral, aquela Excelsa Corte, em verdadeiro *overruling*, superou a jurisprudência antes pacificada, para firmar novo precedente, em acórdão assim ementado:

> Tributário. IPTU. Imunidade recíproca. Sociedade de economia mista. Natureza jurídica de direito privado. Participação acionária dispersa e negociada em bolsa de valores. Exame da relação entre os serviços públicos prestados e o objetivo de distribuição de lucros a investidores públicos e privados como elemento determinante para aplicação da salvaguarda constitucional. Serviço público de saneamento básico sem fins lucrativos. CF/88, arts. 5º, II, XXXV, LIV e LV; 37, incisos XIX e XXI e § 6º; 93, IX; 150, VI; e 175, parágrafo único. Precedentes que não se adequam perfeitamente ao caso concreto. Imunidade que não deve ser reconhecida. Redator para acórdão (art. 38, IV, *b*, do RISTF). Fixação da tese de repercussão geral. - A matéria foi decidida por maioria pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, que acompanhou o voto do I. Relator, Min. Joaquim Barbosa. Redação da proposta de tese de repercussão geral (art. 38, IV, b, do RISTF). - A imunidade tributária recíproca (art. 150, IV, *a*, da Constituição) não é aplicável às sociedades de economia mista cuja participação acionária é negociada em Bolsas de Valores, e que, inequivocamente, estão voltadas à remuneração do capital de seus controladores ou acionistas, unicamente em razão das atividades desempenhadas. - O Supremo Tribunal Federal nos autos do RE 253.472, Redator para o acórdão Min. Joaquim Barbosa, DJe 1º.02.2011, já decidiu, *verbis*: atividades de exploração econômica, destinadas primordialmente a aumentar o patrimônio do Estado ou de particulares, devem ser submetidas à tributação, por apresentarem-se como manifestações de riqueza e deixarem a salvo a autonomia política. - *In casu*, trata-se de sociedade de economia mista de capital aberto, autêntica S/A, cuja participação acionária é negociada em Bolsas de Valores (Bovespa e New York Stock Exchange, e.g.) e que, em agosto de 2011, estava dispersa entre o Estado de São Paulo (50,3%), investidores privados em mercado nacional (22,6% - Bovespa) e investidores privados em mercado internacional (27,1% - NYSE), ou seja, quase a metade do capital social pertence a investidores. A finalidade de abrir o capital da empresa foi justamente conseguir fontes sólidas de financiamento, advindas do mercado, o qual espera receber lucros como retorno deste

> investimento. - A peculiaridade afasta o caso concreto da jurisprudência da Suprema Corte que legitima o gozo da imunidade tributária. - Recurso Extraordinário improvido pela maioria do Supremo Tribunal Federal. - Proposta de tese de repercussão geral: Sociedade de economia mista, cuja participação acionária é negociada em Bolsas de Valores, e que, inequivocamente, está voltada à remuneração do capital de seus controladores ou acionistas, não está abrangida pela regra de imunidade tributária prevista no art. 150, VI, *a*, da Constituição, unicamente em razão das atividades desempenhadas (RE 600867, Relator: Joaquim Barbosa, Relator p/ Acórdão: Luiz Fux, Tribunal Pleno, j. em 29.06.2020, processo eletrônico repercussão geral - Mérito DJe-239 d. em 29.09. 2020, p. em 30.09.2020).

Conforme se depreende da ementa colacionada, foi firmada a tese no sentido de que a

> sociedade de economia mista, cuja participação acionária é negociada em Bolsas de Valores, e que, inequivocamente, está voltada à remuneração do capital de seus controladores ou acionistas, não está abrangida pela regra de imunidade tributária prevista no art. 150, VI, *a*, da Constituição, unicamente em razão das atividades desempenhadas.

Em seu voto, o ilustre Ministro Luiz Fux salientou que as pessoas jurídicas que integram a Administração Pública Indireta e, conquanto prestem serviço público, inserem-se no mercado concorrencial junto com a iniciativa privada, não fazem jus à imunidade recíproca constitucionalmente prevista, visto que o caráter empresarial ostentado afasta o objetivo precípuo do benefício tributário em apreço, qual seja, "a satisfação dos objetivos institucionais imanentes do ente federado, cuja tributação poderia colocar em risco a respectiva autonomia política", *in verbis*:

> A descentralização da prestação dos serviços públicos pelo Estado cria situações peculiares, que exigem a determinação do regime jurídico dessa forma indireta de atuação estatal. Isso é particularmente verdadeiro, no que se refere às empresas públicas e às sociedades de economia mista prestadoras de serviços públicos. Os três níveis da federação utilizam-se, com frequência, dessas pessoas jurídicas de direito privado para a prestação de serviços públicos, apesar de serem precipuamente voltadas à exploração de atividade econômica (art. 173, CF/88). Assim, ao mesmo tempo em que prestam serviços públicos essenciais à população, inserem-se no mercado, auferem lucros e competem com a iniciativa privada.
>
> [...]
>
> *In casu*, estamos diante de sociedade de economia mista de capital aberto, autêntica S/A, cuja participação acionária é negociada em Bolsas de Valores (Bovespa e New York Stock Exchange, e.g.) e que, em agosto de 2011, estava dispersa entre o Estado de São Paulo (50,3%), investidores privados em mercado nacional (22,6% - Bovespa) e investidores privados em mercado internacional (27,1% - NYSE), ou seja, quase a metade do capital social pertence a investidores.
>
> A finalidade de abrir o capital da empresa foi justamente conseguir fontes sólidas de financiamento, advindas do mercado, o qual espera receber lucros como retorno deste investimento.
>
> Esta peculiaridade afasta o caso concreto da jurisprudência da Suprema Corte, segundo as balizas que vêm sendo assentadas, em especial a satisfação dos objetivos institucionais

> imanentes do ente federado, cuja tributação poderia colocar em risco a respectiva autonomia política.
>
> Outrossim, a empresa presta serviço de abastecimento de água a diversos municípios do Estado de São Paulo, o que reforça o seu caráter empresarial.
>
> Nesta senda, o art. 173, § 2º, CF/88 veda a concessão da imunidade.
>
> *Ex positis*, diante da maioria formada pelo Supremo Tribunal Federal no sentido de acompanhar o entendimento do I. Relator pelo não reconhecimento da imunidade no caso, proponho a seguinte redação de tese de repercussão geral: "Sociedade de economia mista, cuja participação acionária é negociada em Bolsas de Valores, e que, inequivocamente, está voltada à remuneração do capital de seus controladores ou acionistas, não está abrangida pela regra de imunidade tributária prevista no art. 150, VI, *a*, da Constituição, unicamente em razão das atividades desempenhadas."

À luz das premissas assentadas no paradigma acima, entendo que a Cemig Distribuição S/A não mais faz jus, *data venia*, à imunidade recíproca.

Isso porque a embargante, ora apelada, a despeito de prestar relevante serviço público, ostenta inequívocos característicos empresariais, pois tem ações negociadas nas Bolsas de Valores de São Paulo, Nova York e Madri, conforme consta de seu sítio eletrônico.

Ademais, de acordo com as informações extraídas do mesmo sítio eletrônico (http://ri.cemig.com.br/governanca-corporativa/composicao-acionaria/) da concessionária, a Companhia Energética de Minas Gerais - a qual é detentora de 100% (cem por cento) das ações da Cemig Distribuição S/A, ora embargante - conta com participação acionária do Setor Privado em quase 40% (quarenta por cento) de suas ações.

Destarte, não faz jus a recorrida à imunidade recíproca almejada, conforme já proclamou este colendo Tribunal de Justiça:

> Apelação cível. Embargos à execução fiscal preliminar. Julgamento *ultra petita*. Adequação do provimento judicial ao pedido inicial. Decote do excesso. - Verificado o vício por julgamento *ultra petita*, ou seja, além da pretensão exordial, impõe-se a adequação do provimento judicial ao pleito inicial. - Preliminar de nulidade parcial da sentença acolhida. Mérito. IPTU. Cemig. Sociedade de economia mista de capital aberto. Ausência de regime de monopólio. Concessão adquirida por concorrência. Objetivo lucrativo. Impossibilidade de extensão da imunidade tributária recíproca. – Consoante entendimento firmado pelo STF no RE 600867 (Tema 508), sociedade de economia mista, cuja participação acionária é negociada em Bolsas de Valores e que, inequivocamente, está voltada à remuneração do capital de seus controladores ou acionistas, não está abrangida pela regra da imunidade tributária prevista no art. 150, IV, *a*, da Constituição Federal, unicamente em razão das atividades desempenhadas. - A Cemig, como sociedade de economia mista de capital aberto, que distribui lucro entre seus acionistas e presta serviços em concorrência com as demais empresas, não pode se beneficiar da imunidade fiscal, sob pena de provocar distorções no mercado. Inteligência do art. 173, CF/1988. - Recurso provido

(TJMG - Apelação Cível 1.0000.21.005589-3/001, Relatora: Desª Áurea Brasil, 5ª Câmara Cível, j. em 15.04.2021, p. em 15.04.2021).

Lado outro, também não agasalha a pretensão da embargante a alegação de que o IPTU e a taxa são inexigíveis pelo fato de que a posse sobre o imóvel não é exercida com *animus domini*.

Ora, a alegada posse com base apenas na utilização do imóvel para a passagem de linhas de transmissão não restou comprovada.

Malgrado reconhecida a sujeição passiva da embargante em relação ao IPTU e à taxa, por força do disposto no art. 1.013, § 2º, do CPC, passo à análise das demais alegações contidas na exordial, a saber, a prescrição dos créditos relativos ao ano de 2007, bem como a inconstitucionalidade da Taxa de Serviços Urbanos.

Relativamente à prescrição suscitada, entendo que razão assiste à embargante.

Conforme se afere dos autos, a Fazenda Pública do Município de Santa Luzia ajuizou, aos 27.08.2012, a presente execução fiscal em desfavor da Cemig Distribuição S/A, objetivando o recebimento de débito fiscal relativo a IPTU, TLCR, CIP, à época correspondente ao valor de R$3.968,49 (três mil novecentos e sessenta e oito reais e quarenta e nove centavos), referente aos exercícios fiscais de 2007, 2008 e 2009.

Em se tratando do IPTU e da TLCR de tributos sujeitos a lançamento de ofício, a constituição definitiva consolida-se com a notificação do contribuinte mediante a entrega do carnê no seu endereço, ocorrida, presumidamente, no primeiro dia do exercício a que se refere o imposto, e é esse o termo *a quo* para a contagem do prazo prescricional quinquenal.

Em relação aos tributos relativos ao ano de 2007, é forçoso concluir que o prazo prescricional se escoou no início do ano de 2012; antes, portanto, do ajuizamento da presente ação.

A propósito, nesse sentido, posta-se a jurisprudência do colendo Superior Tribunal de Justiça:

> Agravo regimental nos embargos de declaração no recurso especial. Tributário. Execução fiscal. IPTU. Prescrição. Constituição definitiva do crédito tributário. Envio do carnê. Notificação do lançamento. Precedentes do STJ. Ajuizamento da ação. Decurso do prazo prescricional. Agravo provido em parte. - A jurisprudência desta Corte possui orientação firme no sentido de que nos tributos sujeitos a lançamento de ofício, como é o caso do IPTU, a própria remessa do carnê no endereço do contribuinte pelo Fisco constitui o crédito tributário (notificação presumida do lançamento), momento em que se inicia o prazo prescricional quinquenal para sua cobrança, nos termos do art. 174 do CTN. Precedentes. - No caso, o lançamento do crédito tributário deu-se em 1º de janeiro de 1998 e a ação executiva fiscal foi proposta em 17 de novembro de 2003, quando já decorrido o prazo prescricional. Agravo regimental provido em parte para dar parcial provimento ao recurso especial, declarando a prescrição no exercício de 1998 (AgRg nos EDcl no REsp 1244220/PR, Rel. Ministro Cesar Asfor Rocha, Segunda Turma, j. em 28.08.2012, *DJe* de 04.09.2012).

> Tributário e processual civil. IPVA. Execução fiscal. Lançamento de ofício. Prescrição quinquenal. Termo *a quo*. Notificação. Precedentes. Súmula 83/STJ. - Nos tributos sujeitos a lançamento de ofício, como no caso do IPVA e IPTU, a constituição do crédito tributário perfectibiliza-se com a notificação ao sujeito passivo, iniciando, a partir desta, o termo *a quo* para a contagem do prazo prescricional quinquenal para a execução fiscal, nos termos do art. 174 do Código Tributário Nacional. - Na hipótese dos autos, a cobrança diz respeito ao lançamento do IPVA relativo ao exercício de 1999, cuja Execução Fiscal somente foi ajuizada pela Fazenda Pública Estadual em 07.01.2009, quando já ultrapassado o quinquênio legal. - O Tribunal *a quo* decidiu de acordo com jurisprudência desta Corte, de modo que se aplica à espécie a Súmula 83/STJ. Agravo regimental improvido (AgRg no Ag 1399575/RJ, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, j. em 25.10.2011, *DJe* de 04.11.2011).

Razão, portanto, assiste à embargante, no que tange à arguida prescrição da pretensão executória em relação aos tributos de 2007.

Merece acolhida, outrossim, a asseverada inconstitucionalidade da TSU/TLCR.

Conforme cediço, as taxas, por excelência, são espécie de tributo cujo fato gerador atrela-se ao exercício do poder de polícia pelo ente público ou à utilização, ainda que de forma potencial, de serviço público específico e divisível prestado ou posto à disposição do contribuinte, nos moldes do art. 145, inciso II, da Constituição Federal.

Para fins de adequação do tributo à especificidade e à divisibilidade exigidas constitucionalmente, deve ser observada a conceituação trazida pelas normas insertas no art. 79, do Código Tributário Nacional, *verbis*:

> Art. 79. Os serviços públicos a que se refere o artigo 77 consideram-se:
>
> I - utilizados pelo contribuinte:
>
> a) efetivamente, quando por ele usufruídos a qualquer título;
>
> b) potencialmente, quando, sendo de utilização compulsória, sejam postos à sua disposição mediante atividade administrativa em efetivo funcionamento;
>
> II - específicos, quando possam ser destacados em unidades autônomas de intervenção, de unidade, ou de necessidades públicas;
>
> III - divisíveis, quando suscetíveis de utilização, separadamente, por parte de cada um dos seus usuários.

Estabelecida tal premissa, cumpre colacionar o disposto nos arts. 146 e 147, da Lei nº 1.744/94 - Código Tributário Municipal - (dispositivos expressamente citados na CDA), que regulamentam a Taxa de Serviços Urbanos/TLCR no âmbito do município de Santa Luzia:

> Artigo 146 - A taxa de serviços urbanos tem como fato gerador a utilização dos serviços públicos municipais, específicos e divisíveis, efetivamente utilizados pelo contribuinte ou postos a sua disposição, relativos a:

I - Limpeza das Vias Públicas Urbanas;

II - Iluminação Pública;

III - Taxa de Conservação de Calçamento;

IV - Licença de Fiscalização de abate de gado bovino.

Artigo 147 - São contribuintes da taxa de serviços urbanos os proprietários, titulares do domínio útil ou os possuidores, a qualquer título, de imóveis localizados no território do município que efetivamente se utilizem ou tenham a sua disposição quaisquer dos serviços públicos a que se refere o artigo anterior, isolada ou cumulativamente.

Ora, em que pese a menção no *caput* do art. 146, no sentido de que a TSU se estriba em serviços públicos municipais específicos e divisíveis, é certo que se mostram ausentes os referidos atributos, considerando que, além de destinados a toda a comunidade, de forma indistinta, a sua utilização pelo cidadão individualmente não é mensurável.

Aliás, são vários os precedentes deste colendo Tribunal em casos envolvendo a mesma matéria, e o Órgão Especial deste Sodalício, em caso similar envolvendo o Município de Juiz de Fora, declarou inconstitucional o tributo em questão:

> Ação direta de inconstitucionalidade. Lei municipal em face da constituição do estado. Taxa de serviços urbanos Município de Juiz de Fora. - Não obstante a redação do artigo 144 da Constituição do Estado se referir diretamente apenas aos tributos estaduais; respeitada a competência tributária definida pela Constituição Federal, aplica-se, no que couber, aos tributos municipais. Portanto, as regras definidas para as taxas estaduais, sendo conferida competência aos Municípios para a instituição de taxas, devem ser-lhes estendidas. Como os Municípios são dotados de competência apenas para a instituição dos tributos (art. 30, III, da CF), e não para legislar sobre normas gerais de direito tributário, a legislação tributária municipal deve, também, submissão às normas da Constituição do Estado. Não se admite a cobrança de taxa vinculada, cumulativamente, não apenas à coleta de lixo, mas também a serviços genéricos de limpeza urbana. Situação em que a ausência de separação das parcelas, que são fatos geradores do tributo e de previsão legal para a incidência do tributo apenas em virtude da coleta de lixo, impede a caracterização da divisibilidade e especificidade dos serviços, conjuntamente considerados, por não ser um desses serviços, o de limpeza urbana, dotado dos requisitos indicados (TJMG - Ação Direta Inconst 1.0000.00.283793-8/000, Relator: Des. Roney Oliveira, Corte Superior, j. em 26.05.2004, p. em 16.06.2004).
>
> Apelação cível. Embargos à execução fiscal. Cemig. Sociedade de economia mista. TSU. Fato gerador composto cumulativamente. Taxa de limpeza pública. Irregularidade da cobrança. Declaração do órgão especial em caso análogo (ADI 1.0000.00.283793-8/000). Recurso provido. - Verificada a previsão de fato gerador envolvendo a prestação de serviços de forma cumulativa, pela Taxa de Serviços Urbanos e, ainda, aferida a presença, dentre tais serviços, de espécies onde restam ausentes os requisitos da especificidade e divisibilidade, manifesta resta a irregularidade da cobrança da referida taxa, pelo Município de Santa Luzia, cuja inconstitucionalidade já foi, inclusive, reconhecida pelo Órgão Especial

> deste Tribunal, em caso análogo, relativo ao Município de Juiz de Fora. (Juiz Convocado Amauri Pinto Ferreira) (TJMG - Apelação Cível 1.0245.08.140627-5/001, Relator: Des. Amauri Pinto Ferreira, 3ª Câmara Cível, j. em 02.02.2017, p. em 21.02.2017).
>
> Tributário. Ação declaratória. Repetição de indébito. Legitimidade. Proprietário. Taxa de manutenção de logradouros. Inconstitucionalidade. Taxa de coleta de lixo. Súmula Vinculante nº 19. Constitucionalidade. - O direito à repetição de indébito da Taxa de Manutenção de Logradouros e da Taxa de Limpeza Pública cabe ao sujeito passivo que efetuou o pagamento indevido. Não caracterizadas a especificidade e a divisibilidade dos serviços abrangidos pela Taxa de Manutenção de Logradouros Públicos do Município de São Lourenço, descabida é a cobrança de tal exação. O c. STF já editou a Súmula Vinculante nº 19, no sentido de que "a taxa cobrada exclusivamente em razão dos serviços públicos de coleta, remoção e tratamento ou destinação de lixo ou resíduos provenientes de imóveis, não viola o art. 145, II, da Constituição Federal" (Apelação Cível 1.0637.09.067855-7/001, Rel. Des. Antônio Sérvulo, 6ª Câmara Cível, j. em 16.08.2011, p. em 23.08.2011).

Desta feita, patenteada a inconstitucionalidade da cobrança debatida referente à TSU, deve ser declarada a inexigibilidade do mencionado tributo.

Ademais, importa asseverar que resta afastada a necessidade de instauração de incidente de inconstitucionalidade relativamente à norma de regência do tributo questionado, tendo em vista que o procedimento descrito nos arts. 947 a 949, do Código de Processo Civil, deixa de ser aplicado quando verificado o prévio pronunciamento do Órgão Especial sobre a questão debatida, *in verbis*:

> Art. 949. Se a arguição for:
>
> I - rejeitada, prosseguirá o julgamento;
>
> II - acolhida, a questão será submetida ao plenário do tribunal ou ao seu órgão especial, onde houver.
>
> Parágrafo único. Os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário ou ao órgão especial a arguição de inconstitucionalidade quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão.

Desta feita, caracterizada a situação que excepciona a cláusula de reserva de plenário, apresenta-se prescindível a submissão da matéria à análise da Corte Especial.

Conclusão.

Ante o exposto, dou parcial provimento ao recurso de apelação interposto pelo município de santa luzia e, nos termos do art. 1.013, § 2º, do CPC, reformo em parte a sentença e julgo parcialmente procedentes os embargos à execução, para:

- afastar a imunidade recíproca reconhecida em favor da embargante;

- reconhecer a prescrição relativamente aos créditos tributários de 2007;

- afastar a cobrança da TSU/TLCR, ante a sua inconstitucionalidade;

- determinar o prosseguimento da execução fiscal em relação aos créditos remanescentes.

Custas à razão de setenta por cento pela Cemig e o restante pelo ente municipal, com a isenção legal. Fixo honorários de advogado em dez por cento do valor atualizado da causa, a serem repartidos na mesma proporção acima indicada, vedada a compensação.

Sem honorários recursais, ante a reforma da sentença. É como voto.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores Yeda Athias e Edilson Olímpio Fernandes.

Súmula - RECURSO PROVIDO.

Remessa necessária conhecida de ofício – Apelação- Ação previdenciária - Aposentadoria por invalidez - Servidora abarcada pela LC nº 100/2007 - Inconstitucionalidade - Doença incapacitante antecedente à modulação dos efeitos da inconstitucionalidade - Manutenção no regime próprio de previdência social - Perícia judicial - Suprimento - Aposentação reconhecida - Termo inicial - Data do desligamento estipulado pelo pretório excelso - Juros e correção monetária - Lei nº 11.960/09 - Honorários de advogado - Fixação por ocasião da liquidação do julgado - Sentença parcialmente reformada na remessa necessária conhecida de ofício - Apelo voluntário prejudicado.

- A Corte Suprema, ao julgar a ADI nº 4.876, declarou a inconstitucionalidade do art. 7º, da LC nº 100/07. Em sede de modulação de efeitos do *decisum*, foi ressalvado o direito à permanência no regime próprio de previdência dos servidores já aposentados e daqueles que, até a data da publicação da ata do julgamento, já preenchiam os requisitos para a aposentadoria.

- Chancelada pela perícia judicial a invalidez permanente da demandante para qualquer atividade laborativa em momento antecedente ao marco final da modulação de efeitos da inconstitucionalidade da LC nº 100/07, deve ser reconhecido o direito à aposentadoria.

- Nos termos do art. 85, § 4º, II, do CPC, em se tratando de condenação ilíquida proferida em desfavor da Fazenda Pública, os honorários devem ser fixados quando da liquidação.

- Nos termos do entendimento sedimentado pelo Supremo Tribunal Federal (Tema nº 810), bem como pelo Superior Tribunal de Justiça (Tema nº 905), a incidência concreta dos ditames da Lei nº 9.494/97, com a redação da Lei nº 11.960/09, impõe a correção do débito pela variação do IPCA-E e o cômputo dos juros da caderneta de poupança.

- Sentença parcialmente reformada na remessa necessária conhecida de ofício, prejudicado o recurso voluntário.

Apelação Cível nº 1.0384.16.006575-9/001 - Comarca De Leopoldina - Apelante: Estado de Minas Gerais - Apelada: Elizabete Santos Macedo Morais. – Relator: Des. Corrêa Junior.

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 6ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em reformar parcialmente a sentença na remessa necessária conhecida de ofício, prejudicada a análise do recurso voluntário.

Voto

DES. CORRÊA JUNIOR - Trata-se de recurso de apelação interposto pelo Estado de Minas Gerais, contra a sentença proferida pelo MM. Juiz de Direito da 1ª Vara Cível da comarca de Leopoldina, que, nos autos da ação ajuizada por Elizabete Santos Macedo Morais, julgou parcialmente procedente o pedido inicial, para assegurar o direito da autora à aposentadoria por invalidez, com proventos proporcionais, a partir de 24 (vinte e quatro) meses após o seu afastamento no ano de 2011, bem como para condenar o réu ao pagamento das diferenças retroativas eventualmente existentes, com incidência de juros de mora aplicados à caderneta de poupança, a partir da citação, e de correção monetária pelos índices oficiais de remuneração básica aplicados à caderneta de poupança, até 25.03.2015, e, após a referida data, pelo IPCA-E, desde a data em que cada pagamento deveria ter sido realizado. Em face da sucumbência mínima, condenou o réu ao pagamento dos honorários advocatícios no importe de 10% (dez por cento) do valor das parcelas vencidas até a sentença.

Nas presentes razões recursais, alega o apelante, em síntese: que, conforme os documentos constantes nos autos, notadamente a afirmação da demandante às f. 891v e a página do Diário Oficial de 05.02.2020, a autora permaneceu afastada de suas atividades laborativas até pelo menos 31.12.2020, em licença para o tratamento de saúde; que a autora foi abrangida pela regulamentação da LC nº 138, de 28.04.2016, e foi restabelecida a sua licença saúde nos moldes do Decreto Estadual nº 47.000, de 18.05.2016; que o documento de f. 61/63 e aquele colacionado à petição de apelação - publicação do Diário Oficial de 05.02.2020 - atestam que a autora teve a licença para o tratamento de saúde restabelecida na via administrativa e permaneceu afastada até pelo menos 31.12.2020; que o prazo legal final para o afastamento para o tratamento de saúde corresponde a 31 de dezembro de 2023, conforme o § 4º, do art. 11, da lei complementar acima mencionada, com a redação dada pela LC nº 152, de 30.12.2019; que não há a comprovação de que a perícia médica oficial já concluiu pelo preenchimento de todos os requisitos para a aposentadoria por invalidez, os quais devem ser obrigatoriamente analisados pela Junta Médica Oficial competente; que a concessão da aposentadoria é ato administrativo vinculado e deve respeitar inteiramente os requisitos legais previstos na Lei Estadual nº 869/52; que, ausente dos autos a comprovação de doença incapacitante que torne a autora inválida para o serviço público até a presente data e se encontrando a servidora em licença saúde, a partir de sucessivas perícias médicas, não se revela possível a concessão da pleiteada aposentadoria por invalidez.

Em que pese intimada, a parte apelada não apresentou contrarrazões ao recurso.

É o relatório, no essencial.

Conheço de ofício da remessa necessária, *ex vi* do art. 496, I, do Código de Processo Civil. Por consequência, postergo a análise do recurso voluntário, caso não reste, ao final, prejudicado.

Emerge dos autos que Elizabete Santos Macedo Morais ajuizou a presente ação ordinária buscando a concessão do benefício de aposentadoria no cargo de serviços gerais, no qual foi efetivada por força da Lei Complementar nº 100/2007.

Asseverou que sofre de problemas ortopédicos que a incapacitam permanentemente para o exercício de atividade laboral, o que, de acordo com os relatos da exordial, foi reconhecido em perícia médica realizada em ação ajuizada contra o INSS.

Pontuou que, em novembro de 2015, foi considerada apta ao trabalho pelo Estado de Minas Gerais, mas, após três meses, foi novamente contratada, oportunidade em que o ente público a considerou inapta e deferiu licenças médicas, o que, a seu ver, demonstra a incapacidade laborativa.

O digno sentenciante julgou parcialmente procedente o pedido, aos seguintes fundamentos, *in verbis*:

> ln casu, a requerente foi diagnosticada com transtorno de disco ceivical com mielopatia (CIDIO M50.0), transtornos de discos lomba res e de outros discos invetíebrais com rnielopatia (CID M 51.0), sinovite crepitante crônica da mão e do punho (CID 10 M70.0), reumatismo não especificado ClD 10 M 79), discoarirose em L4-L5 e L5-S1, espondiloartrose cervical, hérnia disca! mediana em C-C6, transtornos de discos lombares e de outros discos invertebrais com radiculopatia (CID lo P151. 1).

O caderno probatório revela que a requerente está de licença de saúde, desde o ano de 2011, considerando que sua doença é incurável e impede que ela desempenhe qualquer atividade laborativa, de sorte que sua única opção seria aposentadoria por invalidez.

Em que pese ter se submetido a diversas perícias junto ao órgão responsável do Estado os quais concluíam pela incapacidade e impossibilidade de reassumir o cargo, sendo prorrogada a licença, por ser portadora de doença grave e incurável, a Administração até o momento não resolveu sua situação.

Note-se que o próprio ente público contratou temporariamente a requerente, à burla do principio do concurso público, e a efetivou anomalamente como titular de cargo público, por meio de lei estadual inconstitucional, para, após, já incapaz, desligá-la, não obstante os descontos previdenciários efetuados no contracheque e o trabalho efetivamente exercido.

A incapacidade laboral restou demonstrada pelo conjunto probatório, principalmente nos laudos médicos e resultados de exames acostados à inicial e pela prova pericial produzida sob o crivo do contraditório, quando o *expert* concluiu que a incapacidade é total, permanente, multiprofissional e insusceptível de reabilitação (lis. 80/81).

Ademais, o requerido não demonstrou a possibilidade de readaptação da autora, de modo que não se desincumbiu de seu ônus probatório, nos termos do que dispõe o art. 373, II, CPC/15.

Resta claro, portanto, que a requerente tem direito à aposentadoria por invalidez, devendo o termo inicial do beneficio ser fixado a partir de 2013, quando esgotou o prazo de 24 (vinte e quatro)

meses para concessão de licença médica e a requerente já havia sido diagnosticada com a doença incapacitante no ano de 2011.

Por conseguinte, até o prazo modulado na ADI 4876/DF do STF, qual seja, 31.12.2015, conclui-se que ela já havia preenchido os requisitos da aposentadoria por invalidez pelo RPPS, pelo que procede o pedido aviado na proemial.

[...]

Finalmente, improcede o pleito para recebimento de proventos integrais. Isso porque caracterizada a moléstia como incurável, incapacitante permanente, mas não prevista no rol taxativo, os proventos não podem ser integrais, mas proporcionais.

[...]

Desta feita, levando-se em consideração toda prova carreada para os autos, bem como a legislação aplicável à espécie, a procedência do pedido inicial é medida que impõe, visto que preenchidos todos os requisitos para concessão do beneficio pleiteado.

Dispositivo.

Ex positis, com arrimo no art. 487, inciso I, da Lei de Ritos, julgo parcialmente procedente o pedido para assegurar o direito da autora à aposentadoria por invalidez, com proventos proporcionais, a partir de 24 (vinte e quatro) meses após o seu afastamento no ano de 2011, bem como para condenar a parte ré ao pagamento das diferenças retroativas eventualmente existentes, com incidência de juros de mora aplicados à caderneta de poupança a partir da citação, e correção monetária pelos índices oficiais de remuneração básica aplicados á caderneta de poupança até 25.03.2015 e, após a referida data, a correção monetária deverá observar o Índice de Preços ao Consumidor Amplo Especial - IPCA-E, desde data em que cada pagamento deveria ter sido realizado.

Com a respeitosa vênia, tenho que a sentença merece apenas parcial reparo nesta Instância Revisora.

Emerge do conjunto fático-probatório dos autos, notadamente do memorando acostado às f. 61 dos autos físicos, que a autora, designada para o exercício da função de Auxiliar de Serviço de Educação Básica, foi efetivada no cargo correlato, por força da Lei Complementar nº 100/07.

No período compreendido entre 2013 a 2015, manteve-se em gozo de licença para o tratamento de saúde, motivada por problemas ortopédicos e psiquiátricos, a qual se findou em dezembro de 2015, em virtude da cessação do vínculo funcional decorrente da inconstitucionalidade do referido diploma legal, reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal no bojo da ADI 4876.

Posteriormente, em razão da superveniência da Lei Complementar nº 138/2016, que determinou o restabelecimento da licença para o tratamento de saúde dos servidores que estavam licenciados e foram desligados em 31.12.2015, a autora teve o seu vínculo funcional restabelecido e, desde então, encontra-se afastada para o tratamento de saúde.

Delineadas as nuances de fato que circundam a controvérsia instaurada, passo à análise do direito da autora à aposentadoria.

Conforme cediço, o art. 7º, da Lei Complementar Estadual nº 100/2007, teve sua inconstitucionalidade declarada pelo colendo Supremo Tribunal Federal, no bojo da ADI nº 4.876/DF:

> Ação direta de inconstitucionalidade. Artigo 7º da Lei Complementar nº 100/2007 do Estado de Minas Gerais. Norma que tornou titulares de cargos efetivos servidores que ingressaram na Administração Pública sem concurso público, englobando servidores admitidos antes e depois da Constituição de 1988. Ofensa ao art. 37, inciso II, da Constituição Federal, e ao art. 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Modulação dos efeitos. Procedência parcial. - Desde a Constituição de 1988, por força do seu art. 37, inciso II, a investidura em cargo ou emprego público depende da prévia aprovação em concurso público. As exceções a essa regra estão taxativamente previstas na Constituição. Tratando-se, no entanto, de cargo efetivo, a aprovação em concurso público se impõe. – [...]. - Com exceção do inciso III (que faz referência a servidores submetidos a concurso público), os demais incisos do art. 7º da Lei Complementar nº 100, de 2007, do Estado de Minas Gerais, tornaram titulares de cargo efetivo servidores que ingressaram na Administração Pública com evidente burla ao princípio do concurso público (art. 37, II, CF/88). - Modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, nos termos do art. 27 da Lei nº 9.868/99, para, i) em relação aos cargos para os quais não haja concurso público em andamento ou com prazo de validade em curso, dar efeitos prospectivos à decisão, de modo a somente produzir efeitos a partir de doze meses, contados da data da publicação da ata de julgamento, tempo hábil para a realização de concurso público, a nomeação e a posse de novos servidores, evitando-se, assim, prejuízo à prestação de serviços públicos essenciais à população; ii) quanto aos cargos para os quais exista concurso em andamento ou dentro do prazo de validade, a decisão deve surtir efeitos imediatamente. Ficam, ainda, ressalvados dos efeitos da decisão (a) aqueles que já estejam aposentados e aqueles servidores que, até a data de publicação da ata deste julgamento, tenham preenchido os requisitos para a aposentadoria, exclusivamente para efeitos de aposentadoria, o que não implica efetivação nos cargos ou convalidação da lei inconstitucional para esses servidores, uma vez que a sua permanência no cargo deve, necessariamente, observar os prazos de modulação acima; (b) os que foram nomeados em virtude de aprovação em concurso público, imprescindivelmente, no cargo para o qual foram aprovados; e (c) a estabilidade adquirida pelos servidores que cumpriram os requisitos previstos no art. 19 do ADCT da Constituição Federal. - Ação direta julgada parcialmente procedente (ADI nº 4.876, Rel. Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, DJe de 01.07.2014).

Contra o referido acórdão, o Estado de Minas Gerais interpôs embargos de declaração, os quais foram parcialmente acolhidos, para, "em relação aos servidores da educação básica e superior do Estado, estender o prazo de modulação dos efeitos até o final de dezembro de 2015", e para esclarecer que

> devem ser mantidos válidos os efeitos produzidos pelo acordo celebrado entre a União, o Estado de Minas Gerais e o INSS - o qual foi homologado judicialmente pelo Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial nº 1.135.162/MG -, no que tange à aplicação do regime próprio de previdência social aos servidores atingidos pela declaração de inconstitucionalidade parcial do art. 7º da Lei Complementar nº 100/2007.

Na modulação da inconstitucionalidade declarada, foram ressalvados dos efeitos da decisão os servidores já aposentados e aqueles que preenchiam, até a data da publicação da ata de julgamento, os requisitos para a aposentadoria.

Diante desse quadro normativo, pretende a autora o reconhecimento de que se enquadra na modulação dos efeitos do *decisum*, na medida em que se encontrava, aos 31.12.2015, incapaz permanente para o exercício de atividade laborativa.

Acerca do direito à aposentadoria por invalidez, preconizava a Constituição da República à época do ajuizamento da presente ação:

> Art. 40. Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo.
>
> § 1º Os servidores abrangidos pelo regime de previdência de que trata este artigo serão aposentados, calculados os seus proventos a partir dos valores fixados na forma dos §§ 3º e 17:
>
> I - por invalidez permanente, sendo os proventos proporcionais ao tempo de contribuição, exceto se decorrente de acidente em serviço, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável, na forma da lei; [...].

Em sede local, o dispositivo constitucional foi regulamentado pela Lei Complementar nº 64/2002, que previa, quando da propositura da demanda:

> Art. 8º O servidor integrante do Regime Próprio de Previdência de que trata esta Lei Complementar será aposentado:
>
> [...]
>
> III - por invalidez permanente, atestada na forma do art. 13:
>
> a) com proventos integrais, se a invalidez for decorrente de acidente em serviço, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável, mencionada no § 2º deste artigo;
>
> b) com proventos proporcionais ao tempo de contribuição, nos demais casos.
>
> (Inciso com redação dada pelo art. 1º da Lei Complementar nº 110, de 28/12/2009).

Frise-se, ainda, o disposto no art. 108, da Lei nº 869/52, com a redação dada pela Lei Complementar nº 44/96:

> Art. 108 - O funcionário, ocupante de cargo de provimento efetivo, será aposentado:
>
> [...]
>
> c) quando verificada a sua invalidez para o serviço público;
>
> [...]

> § 5º - A aposentadoria, a que se referem as alíneas 'c', 'd' e 'e' só será concedida quando verificado o caráter incapacitante e irreversível da doença ou da lesão, que implique a impossibilidade de o servidor reassumir o exercício do cargo mesmo depois de haver esgotado o prazo máximo admitido neste Estatuto para o gozo de licença para tratamento de saúde.

In casu, sobressai da perícia judicial realizada que a autora encontra-se total e permanentemente incapacitada para o exercício de atividade laborativa, em decorrência do quadro de saúde irreversível apresentado, consistente em "transtorno do disco cervical com mielopatia", "transtorno dos discos lombares", "sinovite crepitante crônica da mão e punho", "reumatismo não especificado", "hérnia cervical irradiada para membros superiores", "infiltração na região lombar", além de "hérnia discal lombar" e "fibromialgia e hipotireoidismo".

O ilustre *expert* constatou, ainda, que a doença não é passível de cura, por não ter a autora apresentado melhoras com os tratamentos realizados e nem tampouco logrado permanecer no ajuste funcional deferido pelo Estado.

A propósito, em resposta ao quesito nº 6, formulado pelo Estado de Minas Gerais, a saber, se é possível dizer que a condição de incapacidade permanente é anterior a 31.12.2015, asseverou o perito: "De forma documentada com exame de imagem desde 18.10.2012 - por meio de RNM da região lombas e cervical".

Dessa forma, nota-se que a autora foi acometida por incapacidade total e permanente muito antes de 31.12.2015, pelo que se encontra abrangida pela modulação dos efeitos da sobredita ADI.

Remanesce patenteado, desta feita, o direito da demandante à aposentadoria por invalidez.

Ressalte-se, ainda, que a prova pericial produzida em juízo é suficiente para chancelar que a autora apresenta incapacidade total e permanente para as suas atividades laborativas, pelo que não necessita se submeter à outra inspeção médica no âmbito administrativo, para a concessão do benefício almejado.

Tudo a ensejar a manutenção do reconhecimento judicial do direito à aposentação por invalidez com proventos proporcionais.

Nesse mesmo sentido, já decidiu esta colenda Câmara Julgadora, em acórdão de minha relatoria:

> Remessa necessária conhecida de ofício. Apelação. Ação previdenciária. IPSEMG. Legitimidade passiva. Aposentadoria por invalidez. Professora abarcada pela LC nº 100/2007. Inconstitucionalidade. Doença incapacitante antecedente à modulação. Manutenção no regime próprio de previdência social. Neoplastia maligna. Doença inserida no rol da Lei Complementar nº 64/2002. Proventos integrais. Ausência de inspeção médica administrativa. Perícia judicial. Suprimento. Aposentação reconhecida. Juros de mora. Lei nº 11.960/09. Honorários de advogado. Fixação por ocasião da liquidação do julgado. Sentença parcialmente reformada na remessa necessária conhecida de ofício. Apelo voluntário prejudicado. - Detém o IPSEMG a legitimidade *ad causam* para responder por demanda em que servidor efetivado nos moldes da LC nº 100/207 busca a concessão de aposentadoria por invalidez, haja vista a vinculação legal da referida autarquia à cogestão

> do FUNFIP - Fundo Financeiro de Previdência. - O STF, por meio da ADI 4.876, declarou a inconstitucionalidade do artigo 7º, da LC nº 100/07, ressalvando, contudo, o direito dos servidores já aposentados, bem como daqueles que preencham, até a data da publicação da ata de julgamento, os requisitos para a aposentadoria. - Em se tratando de aposentadoria por invalidez, o servidor, em regra, fará jus a proventos proporcionais, salvo nas hipóteses taxativamente elencadas no artigo 40, § 1º, da Constituição da República, a saber, se decorrente a invalidez de acidente em serviço, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável, na forma da lei. - A Lei Complementar nº 64/2002 regulamentou, no âmbito do Estado de Minas Gerais, as enfermidades que, acarretando a incapacidade definitiva do servidor para a atividade laboral, ensejam o percebimento de proventos integrais, incluindo no respectivo rol expressamente a neoplasia maligna. - Chancelada pela perícia judicial realizada no processado a invalidez permanente da demandante para qualquer atividade laborativa em momento antecedente ao marco final da modulação acima comentada, a confirmação do direito à aposentação com proventos integrais é medida que se impõe. - Concretizada a citação dos réus após o advento da Lei nº 11.960/09, os juros de mora hão de incidir ao *case* com base nos juros aplicados à caderneta de poupança. - Nos termos do artigo 85, § 4º, II, do CPC, a fixação da verba honorária deve ser relegada à liquidação da condenação. - Sentença parcialmente reformada na remessa necessária conhecida de ofício, prejudicado o recurso voluntário (TJMG - Apelação Cível 1.0092.16.000518-4/001, Relator: Des. Corrêa Junior, 6ª Câmara Cível, j. em 21.01.2020, p. em 31.01.2020).

Nada obstante, pequeno reparo merece a sentença, no que tange ao termo inicial da aposentadoria.

Isso porque, a despeito da previsão inserta no art. 13, da Lei Complementar nº 64/02, em razão da peculiar situação dos autos, notadamente o fato de que a pretensão autoral apenas restou veiculada em juízo em decorrência do desligamento da servidora ocorrido aos 31.12.2015, a aposentadoria deve retroagir à data da rescisão do vínculo, no ano de 2015, quando o Estado deveria ter aposentado a autora, por força da modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade.

Com efeito, deve ser reconhecido direito da autora à aposentadoria com proventos proporcionais desde 31.12.2015, com o percebimento dos proventos daí decorrentes e o decote, por óbvio, dos benefícios previdenciários auferidos em razão do restabelecimento do vínculo funcional por força da Lei Complementar nº 138/16.

No que tange aos consectários da condenação, deve ser esclarecido que a correção monetária, desde quando devida cada parcela, deve incidir em todo o período pelo IPCA-E, em razão do entendimento assentado pelo Excelso Pretório, ao apreciar a aplicação da Lei Federal nº 9.494/1997, com a redação conferida pela Lei Federal nº 11.960/2009. E os juros, pela mesma razão, devem ser computados pelo índice de juros da caderneta de poupança, a partir da citação:

> Quatro embargos de declaração. Inexistência de vícios de fundamentação no acórdão embargado. Rejeição. Requerimento de modulação de efeitos indeferido. - O acórdão embargado contém fundamentação apta e suficiente a resolver todos os pontos do Recurso Extraordinário. - Ausentes omissão, contradição, obscuridade ou erro material no julgado, não há razão para qualquer reparo. - A respeito do requerimento de modulação de efeitos

> do acórdão, o art. 27 da Lei 9.868/1999 permite a estabilização de relações sociais surgidas sob a vigência da norma inconstitucional, com o propósito de prestigiar a segurança jurídica e a proteção da confiança legítima depositada na validade de ato normativo emanado do próprio Estado. - Há um juízo de proporcionalidade em sentido estrito envolvido nessa excepcional técnica de julgamento. A preservação de efeitos inconstitucionais ocorre quando o seu desfazimento implica prejuízo ao interesse protegido pela Constituição em grau superior ao provocado pela própria norma questionada. Em regra, não se admite o prolongamento da vigência da norma sobre novos fatos ou relações jurídicas, já posteriores à pronúncia da inconstitucionalidade, embora as razões de segurança jurídica possam recomendar a modulação com esse alcance, como registra a jurisprudência da Corte. - Em que pese o seu caráter excepcional, a experiência demonstra que é próprio do exercício da Jurisdição Constitucional promover o ajustamento de relações jurídicas constituídas sob a vigência da legislação invalidada, e essa Corte tem se mostrado sensível ao impacto de suas decisões na realidade social subjacente ao objeto de seus julgados. - Há um ônus argumentativo de maior grau em se pretender a preservação de efeitos inconstitucionais, que não vislumbro superado no caso em debate. Prolongar a incidência da TR como critério de correção monetária para o período entre 2009 e 2015 é incongruente com o assentado pela Corte no julgamento de mérito deste RE 870.947 e das ADIs 4357 e 4425, pois virtualmente esvazia o efeito prático desses pronunciamentos para um universo expressivo de destinatários da norma. - As razões de segurança jurídica e interesse social que se pretende prestigiar pela modulação de efeitos, na espécie, são inteiramente relacionadas ao interesse fiscal das Fazendas Públicas devedoras, o que não é suficiente para atribuir efeitos a uma norma inconstitucional. - Embargos de declaração todos rejeitados. Decisão anteriormente proferida não modulada (RE 870947 ED, Relator: Luiz Fux, Relator p/ Acórdão: Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, j. em 03.10.2019, processo eletrônico, *DJe*-019, d. em 31.01.2020, p. em 03.02.2020).

Posta-se nesse mesmo sentido o entendimento chancelado pelo colendo Superior Tribunal de Justiça no Tema nº 905 dos recursos repetitivos.

Finalmente, na forma do disposto no art. 85, § 4º, II, do CPC, os honorários de advogado deverão ser fixados por ocasião da liquidação da sentença.

Pelo exposto, reformo em pequena parte a sentença na remessa necessária conhecida de ofício, tão somente para:

a) reconhecer o direito da autora à aposentadoria e aos respectivos proventos desde 31.12.2015, decotados os montantes já saldados por força da Lei Complementar nº 138/2016;

b) determinar que a correção monetária, em todo o período, incida com base no IPCA-E, e os juros sejam computados pelo índice de juros da caderneta de poupança;

c) determinar que os honorários de advogado sejam arbitrados por ocasião da liquidação da sentença.

Em consequência, declaro prejudicado o recurso voluntário.

Custas à razão de setenta por cento pelo recorrente, com a isenção legal, e o restante pela recorrida, com a suspensão da exigibilidade. Sem honorários recursais, ante a parcial reforma da sentença.

É como voto.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores Edilson Olímpio Fernandes e Júlio Cezar Guttierrez.

Súmula - SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA NA REMESSA NECESSÁRIA CONHECIDA DE OFÍCIO, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

Agravo de instrumento - Ação de divórcio - Alimentos compensatórios - Desequilíbrio econômico-financeiro - Demonstração.

- Os alimentos compensatórios visam reduzir os efeitos do desequilíbrio econômico-financeiro entre o casal, quando uma das partes fica na administração exclusiva dos bens comuns ou quando há grave alteração no padrão de vida de um cônjuge em detrimento do outro. Demonstrada nos autos situação flagrantemente desvantajosa da autora em relação ao requerido, há que se fixar os alimentos compensatórios pleiteados no presente agravo de instrumento.

Agravo de Instrumento-Cv nº 1.0000.21.197935-6/001 - Comarca de Três Pontas - Agravante: G.A.B.A. - Agravado: S.R.A. – Relator: Des. Edilson Olímpio Fernandes.

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 6ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em dar provimento parcial ao recurso.

Belo Horizonte, 14 de dezembro de 2021. - *Edilson Olímpio Fernandes*. – Relator.

Voto

DES. EDILSON OLÍMPIO FERNANDES - Trata-se de recurso, interposto contra decisão proferida nos autos da ação de divórcio litigioso ajuizada por G.A.B.A., em face de S.R.A., que indeferiu o pedido de tutela de urgência (documento nº 36).

A agravante afirma que os alimentos familiares representam uma das principais efetivações do princípio da solidariedade e preservação da dignidade humanada, no sentido de preocupação, cuidado e responsabilidade pelo outro. Sustenta que os alimentos compensatórios constituem uma prestação periódica em dinheiro, efetuada por um cônjuge em favor do outro por ocasião da separação ou do divórcio, em que se produziu um desequilíbrio econômico em comparação com o estilo de vida experimentado durante a convivência matrimonial. Salienta que, não obstante tenha enfrentado limitações de acesso aos documentos contábeis, o recorrido ficou na posse e administração plena da empresa da qual se extraia toda fonte de renda de ambos os cônjuges. Esclarece que ficou na posse do imóvel residencial do ex-casal, tendo em vista que o agravado se mudou com a filha das partes para um apartamento na região central. Alega ser necessária a fixação de alimentos compensatórios para que possa manter a sua subsistência até a partilha de todo o acervo patrimonial do casal. Pugna pelo provimento do recurso (documento nº 01).

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

Cuidam os autos de ação de divórcio ajuizada pela ora agravante visando, em sede de tutela de urgência, a fixação de alimentos compensatórios em seu favor no importe de R$2.200,00 (dois mil e duzentos reais - documentos nº 12).

Os alimentos compensatórios, segundo os ensinamentos de Rolf Madaleno, têm por finalidade "corrigir o desequilíbrio existente no momento do divórcio, quando o juiz compara o *status* econômico de ambos os cônjuges e o empobrecimento de um deles em razão da dissolução da sociedade conjugal" (MADALENO, Rolf. Responsabilidade civil na conjugalidade e alimentos compensatórios In: Família e responsabilidade: Teoria e Prática do Direito de Família. Coordenado por Rodrigo da Cunha Pereira (coord.), Porto Alegre: Magister/IBDFAM, 2010, p. 488).

Assim, a verba fixada a título de alimento compensatório não se trata de pensão necessária à subsistência do ex-cônjuge, mas é devida quando o fim do casamento ocasiona grave desequilíbrio econômico-financeiro entre as partes.

Importante ressaltar que o fim do casamento das partes não pode se traduzir em significativa redução do padrão de vida da agravante, conforme ensina o ilustre Professor Dimas Messias de Carvalho:

> Os alimentos compensatórios diferem da pensão alimentícia e dos alimentos transitórios por não ter como objetivo suprir uma necessidade do alimentado, permanente ou transitória, mas reduzir parcialmente os efeitos do desequilíbrio econômico entre o casal, causado pela ruptura do casamento ou união estável em razão do regime de bens, ou ainda, indenizar até que ocorra a partilha, o cônjuge afastado dos rendimentos e administração dos bens comuns. [...] Rodrigo da Cunha Pereira ressalta que os princípios constitucionais da igualdade, solidariedade, responsabilidade e dignidades humanas criam a obrigação de o cônjuge afortunado solidarizar-se com o menos favorecido. Dão suporte e autorizam os alimentos compensatórios, pois o fim de uma união não pode significar desequilíbrio no modo e padrão de vida socioeconômico pós-divórcio. [...] Os alimentos compensatórios podem ocorrer em duas hipóteses: a) em razão da administração dos bens do casal por apenas um dos parceiros; b) em razão do desequilíbrio financeiro entre o casal com o fim da união (CARVALHO, Dimas Messias de. Direito das Famílias, 3ª edição, 2014, p. 667/669).

Da mesma forma, relevante a citação de julgado do colendo Superior Tribunal de Justiça:

> - Os chamados alimentos compensatórios, ou prestação compensatória, não têm por finalidade suprir as necessidades de subsistência do credor, tal como ocorre com a pensão alimentícia regulada pelo art. 1.694 do CC/2002, senão corrigir ou atenuar grave desequilíbrio econômico-financeiro ou abrupta alteração do padrão de vida do cônjuge desprovido de bens e de meação. [...] (REsp 1290313/AL, Rel. Ministro Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, j. em 12.11.2013, *DJe* de 07.11.2014).

Consoante ensina Maria Berenice Dias, a origem dos alimentos compensatórios "está no dever de mútua assistência (CC 1.566 III) e na condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos

encargos da família que os cônjuges adquirem com o casamento (CC 1.565)" (DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 11 ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2016. p. 1.276).

Restou incontroverso nos autos que o réu é quem permanece na administração exclusiva do bem comum de maior rentabilidade das partes, qual seja, a sociedade empresária BS Comércio e Indústria Ltda (documento nº 07), auferindo, por conseguinte, os frutos gerados.

Havendo bens comuns que produzam rendimentos e que estejam sob a administração exclusiva de um dos cônjuges, o outro terá direito de receber parte desses rendimentos.

Assim, os frutos percebidos pelo cônjuge que é titular de quotas sociais de sociedade empresarial, as quais são bens comuns, deverão ser divididos entre ele e o cônjuge não sócio até o pagamento do *quantum* apurado a título de meação.

É o que autoriza, inclusive, o art. 1.027 do Código Civil de 2002, ao dispor que "os herdeiros do cônjuge de sócio, ou o cônjuge do que se separou judicialmente, não podem exigir desde logo a parte que lhes couber na quota social, mas concorrer à divisão periódica dos lucros, até que se liquide a sociedade".

Nesse sentido, a Lei nº 5.478/68 também prescreve que, "se se tratar de alimentos provisórios pedidos pelo cônjuge, casado pelo regime da comunhão universal de bens, o juiz determinará igualmente que seja entregue ao credor, mensalmente, parte da renda líquida dos bens comuns, administrados pelo devedor" (art. 4º, parágrafo único).

Sobre o tema em questão, oportuna a lição da insigne Professora Maria Berenice Dias:

> Com o fim do relacionamento, modo frequente, fica o patrimônio na posse de somente um dos cônjuges. Sendo dois os titulares e estando somente um usufruindo o bem, impositiva a divisão de lucros ou o pagamento pelo uso, posse e gozo. Reconhecer que a mancomunhão gera um comodato gratuito é chancelar o enriquecimento injustificado. [...] Ficando o patrimônio nas mãos de somente um dos cônjuges, o administrador tem a obrigação de prestar contas, bem como deve entregar parte da renda líquida ao outro (LA 4.º parágrafo único). Tal determinação tem cabimento não só no regime da comunhão universal de bens, mas em qualquer regime em que haja comunhão de aquestos (DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias, 7ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 322).

Logo, enquanto não ultimada a partilha do patrimônio, o cônjuge que não tem a posse e a administração exclusiva dos bens comuns terá direito à participação nas rendas desses, sob pena de ocorrência de enriquecimento sem justa causa e de se prolongar uma situação econômica desfavorável de um cônjuge em detrimento do outro.

Dessa forma, considerando que a família vivia com a renda que era oriunda da empresa pertencente ao cônjuge varão e à filha do casal, evidencio que a ruptura da sociedade conjugal ocasionou desequilíbrio econômico entre as partes, o que justifica o estabelecimento da prestação compensatória.

Assim, demonstrada nos autos situação flagrantemente desvantajosa da agravante em relação ao agravado, há que se fixar os alimentos compensatórios pleiteados no presente agravo de instrumento.

No tocante ao importe devido a título de compensatórios, constato que a quantia de R$1.100,00 (um mil e cem reais) revela-se suficiente para indenizar minimamente o ex-cônjuge e evita a onerosidade excessiva do alimentante, sobretudo considerando-se que o faturamento líquido da empresa ainda é desconhecido.

Cumpre ressaltar, por fim, que os alimentos compensatórios não são fixados para atender a necessidade do credor, razão pela qual o eventual percebimento de rendimentos pela autora não afasta o dever do réu de arcar com referida prestação.

Diante do exposto, dou provimento parcial ao recurso para, reformando a decisão impugnada, deferir parcialmente o pedido de tutela de urgência e fixar alimentos compensatórios em favor da recorrente no importe correspondente a R$1.100,00 (um mil e cem reais), até a solução definitiva da controvérsia.

Custas recursais ao final, pela parte vencida, na forma da lei.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores Júlio Cezar Guttierrez e Sandra Fonseca.

Súmula - DERAM PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO.

Reexame necessário - Dano ambiental – Verificação - Recuperação da área degradada – Indenização - Danos morais e materiais - Sentença reformada em duplo grau.

- Presentes os requisitos necessários à correta interposição do recurso, como pedido e causa de pedir, narração lógica dos fatos, possibilidade jurídica, bem como interesse e legitimidade recursal, deve-se afastar a preliminar de ausência de causa de pedir.

- Preconiza o art. 225 da Constituição da República que todos têm direito a um 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.

- Configurada a existência de danos materiais nada impede que os valores sejam apurados em liquidação de sentença.

- Na fixação do valor devido a título de indenização por danos morais, prevalecerá o prudente arbítrio do julgador, levando-se em conta as circunstâncias do caso e evitando que a verba indenizatória se traduza em captação de vantagem indevida para a vítima, ou que seja fixado em valor irrisório incapaz de servir como dissuasão ao autor para que não venha a praticar ato semelhante.

- Havendo a constatação de que o réu contribuiu diretamente para a degradação de área ambiental dos córregos em análise atingidos pelo esgoto *in natura*, tem-se que irretocável é a sentença ao impor obrigação de fazer consubstanciada na reparação do dano, bem como na obrigação de não fazer, qual seja, se abster de lançar no córrego o esgotamento doméstico e industrial.

Ap Cível/Rem Necessária nº 1.0625.10.011198-2/008 - Comarca de São João Del-Rei - Remetente: Juiz de Direito de 1ª Vara Cível de São João Del-Rei - Apelante: Município Ritapolis - Apelados: Lúcio Sérgio Ribeiro e outros, Iole Emilia Imbroisi Ribeiro. – 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 reexame necessário, rejeitar a preliminar suscitada e reformar parcialmente a sentença. Prejudicado o recurso voluntário.

Belo Horizonte, 26 de outubro de 2021. - *Belizário de Lacerda*. – Relator.

Voto

DES. BELIZÁRIO DE LACERDA - Cuida-se de reexame necessário e de recurso de apelação voluntário, interposto pelo Município de Ritápolis/MG, contra a sentença de ordem 34 proferida pelo

MM. Juiz de Direito da 1° Vara Cível da Comarca de São João Del-Rei, que, nos autos da "Ação de Obrigação de Não Fazer e Pedido de Tutela Antecipada c/c Indenização", ajuizada por Lúcio Sérgio Ribeiro e sua esposa Iole Emília Imbroisi Ribeiro, julgou procedentes os pedidos para: 01) Determinar ao réu que se abstenha de lançar no córrego Catirina o esgotamento doméstico e industrial produzido no Município de Ritápolis. 02) Que o Município promova a recuperação ambiental do solo e da lagoa que foram submetidos a degradação ambiental, devendo apresentar nos autos laudo do Instituto Mineiro de Gestão de Águas (IGAM), ou Órgão Público equivalente, em até 180 (cento e oitenta) dias, comprovando o cumprimento integral das obrigações, sob pena de multa diária de R$1.000,00 (mil reais) até o limite de R$100.000,00 (cem mil reais). 03) Condenou o Município de Ritápolis/MG a pagar a Lúcio Sérgio Ribeiro e Iole Emilia Imbroisi Ribeiro a importância de R$20.000,00 (vinte mil reais) para cada um, a título de indenização por danos morais, valor a ser corrigido monetariamente pelos índices adotados pela Corregedoria Geral de Justiça, a contar de 22.07.14 (data da constatação dos danos pela perícia, f. 309), e juros moratórios de 1% (um por cento) ao mês, a contar da data da citação; 04) Condenou o Município de Ritápolis/MG a indenizar a Lúcio Sérgio Ribeiro e Iole Emilia Imbroisi Ribeiro por todos os danos materiais que sofreram desde que assumiram a propriedade, o que será apurado em liquidação de sentença. Extinguiu o processo com fincas no art. 487, I, do Código de Processo Civil. Condenou o requerido ao pagamento das despesas com perícia e verba honorária aos patronos da parte adversa que arbitrou em 15% (quinze por cento) do valor atualizado da condenação. Retificou o valor da causa para R$140.000,00 (cento e quarenta mil reais). Determinou a remessa dos autos à Instância Superior para reexame obrigatório.

Inconformado, o Município de Ritápolis interpôs recurso de apelação voluntário à ordem 37, a fim de que a sentença monocrática seja totalmente reformada e que sejam julgados improcedentes os pedidos dos apelados, condenando-os em custas e honorários advocatícios.

Alega, em suma, que há ausência de danos morais; que, quando se fala em reparação de danos, é necessário que haja um ato ilícito a ser reputado ao agente causador para que se desencadeie a obrigação de indenizar; que não houve qualquer dano causado pela Prefeitura Municipal de Ritápolis; que os responsáveis pela degradação ambiental e dos despejos de resíduos é a Fábrica de Laticínios Nata Mineira; que a Copasa foi impedida de realizar as ações de saneamento básico por fatos alheios a sua vontade, pois a Câmara Municipal votou contra a concessão do saneamento; que o direito à reparação de dano depende da ocorrência de três requisitos para se configurar o ato ilícito, quais sejam: a) fato lesivo voluntário, causado pelo agente, por ação ou omissão voluntária, negligência, imperícia ou imprudência; (b) ocorrência de um dano patrimonial e/ou moral; (c) nexo de causalidade entre o dano e o comportamento do agente; que tais requisitos não estão presentes no caso.

Afirma que há ausência de danos materiais; que não basta mera alegação do prejudicado de possível perda de um ganho esperável ou diminuição patrimonial; que foi bloqueado aproximadamente R$72.000,00 (setenta e dois mil reais) do Município de Ritápolis para a construção do poço artesiano na área pretendida pelos apelados.

Menciona que há ausência de poluição; que a mortandade de peixes noticiada no boletim de ocorrência de f. 609/617 foi ocasionada pelo laticínio São Vicente de Minas; que não houve qualquer culpa do município quanto ao evento mencionado pelo autor.

Foram apresentadas contrarrazões de ordem 39.

Em seu judicioso parecer de ordem 44, a Douta Procuradoria Geral de Justiça manifestou pelo desprovimento do recurso e pela manutenção da r. sentença.

É o relatório.

Da preliminar de ausência na causa de pedir.

Em sede de contestação à ordem 15, o réu, ora apelante, arguiu a preliminar de que se encontra ausente a causa de pedir; alegando que os pedidos são desarrazoados; que o objetivo dos autores é obrigar o município a interromper o despejo de esgotamento sanitário e paralisar a vida comum de todos os cidadãos; que o pedido é juridicamente impossível.

Analisando os autos, verifico que o réu/apelante está desprovido de fundamentação em sua preliminar, haja vista que os autores claramente evidenciaram nos autos a causa de pedir, sendo que os pedidos elencados na demanda são legítimos frente ao dano ambiental causado, bem como a citação do Município de Ritápolis no litígio como réu é fidedigna, visto que o Município é o operador e o responsável pelo sistema de esgoto sanitário que propiciou o derramamento de esgoto pluvial, doméstico e industrial, na propriedade dos autores/apelantes, sendo que tal fato gerou inúmeros prejuízos na propriedade dos autores. Além disso, há fundamentos jurídicos suficientes que sustentam o pedido e a causa de pedir bem elucidados na presente ação.

Porquanto, presentes os requisitos necessários à correta pretensão, como pedido e causa de pedir, narração lógica dos fatos, possibilidade jurídica, bem como interesse e legitimidade recursal, deve-se afastar a preliminar de ausência de causa de pedir.

Por isso, rejeito a preliminar suscitada em contestação.

Conheço do reexame necessário e do recurso voluntário, posto que satisfeitos os pressupostos de admissibilidade.

Extrai-se dos autos da "ação de obrigação de não fazer e pedido de tutela antecipada c/c indenização" que a controvérsia cinge-se quanto à responsabilidade civil do Município de Ritápolis, ora apelante, diante dos danos sofridos pelos apelados, que são donos de uma pousada na propriedade e foram afetados e prejudicados, sofrendo prejuízos em decorrência da degradação da região do Córrego da Catirina devido ao lançamento de esgoto *in natura* pluvial, doméstico e industrial em sua propriedade.

A Constituição Federal impõe ao Poder Público e à coletividade o dever de defender e preservar o meio ambiente para as presentes e futuras gerações, conforme prevê o art. 225 da Constituição Federal: "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. "

Denota-se que a ordem constitucional vigente cuidou de erigir o meio ambiente como um direito fundamental e indisponível de titularidade coletiva e intrinsecamente ligado ao direito à vida, colocando como dever de todos - particulares e poder público - a sua proteção.

Ademais, a água é um bem de domínio público, em que deve ser garantida sua disponibilidade para as futuras gerações, sobretudo, com o padrão de qualidade adequado.

Acerca do tema, vejamos o que prevê os fundamentos da Lei nº 9.433197:

> Art. 1º A Política Nacional de Recursos Hídricos baseia-se nos seguintes fundamentos:
>
> I - a água é um bem de domínio público;
>
> II - a água é um recurso natural limitado, dotado de valor econômico;
>
> III - em situações de escassez, o uso prioritário dos recursos hídricos é o consumo humano e a dessedentação de animais;
>
> IV - a gestão dos recursos hídricos deve sempre proporcionar o uso múltiplo das águas;
>
> V - a bacia hidrográfica é a unidade territorial para implementação da Política Nacional de Recursos Hídricos e atuação do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos;
>
> VI - a gestão dos recursos hídricos deve ser descentralizada e contar com a participação do Poder Público, dos usuários e das comunidades.
>
> Art. 2º São objetivos da Política Nacional de Recursos Hídricos:
>
> I - assegurar à atual e às futuras gerações a necessária disponibilidade de água, em padrões de qualidade adequados aos respectivos usos;
>
> II - a utilização racional e integrada dos recursos hídricos, incluindo o transporte aquaviário, com vistas ao desenvolvimento sustentável;
>
> III - a prevenção e a defesa contra eventos hidrológicos críticos de origem natural ou decorrentes do uso inadequado dos recursos naturais.
>
> IV - incentivar e promover a captação, a preservação e o aproveitamento de águas pluviais (Incluído pela Lei nº 13.501, de 2017).

Pois bem.

Após compulsar detidamente o caderno processual, verifico que os requerentes possuem em sua propriedade uma lagoa natural que é abastecida pelo Córrego Catirina, no qual há um derramamento de esgoto *in natura*; que a situação se agravou, devido ao fato de que todo o esgoto da cidade

está sendo despejado neste córrego, sem que haja nenhum controle sanitário; que a lagoa teve sua capacidade reduzida devido ao acúmulo de dejetos; que, nos períodos de chuva, há aumento de volume de água, o que gera riscos na região.

Restou provada a degradação ambiental, bem como que o Laudo Pericial 049/007 de ordem 03 (p. 15/16 - Documento único) demonstrou que o sistema de esgoto é operado pela Prefeitura Municipal de Ritápolis, sendo que o referido esgoto foi despejado *in natura* no córrego.

Visto isso, é sabido que a responsabilidade por dano ambiental prescinde de culpa ou dolo do agente, bem como é o entendimento jurisprudencial que a responsabilidade por dano ambiental é decorrente da Teoria do Risco Integral.

Vide sobre o tema os seguintes precedentes do Superior Tribunal de Justiça.

> A responsabilidade por dano ambiental é objetiva, informada pela teoria do risco integral, tendo por pressuposto a existência de atividade que implique riscos para a saúde e para o meio ambiente, sendo o nexo de causalidade o fator aglutinante que permite que o risco se integre na unidade do ato que é fonte da obrigação de indenizar, de modo que, aquele que explora a atividade econômica coloca-se na posição de garantidor da preservação ambiental, e os danos que digam respeito à atividade estarão sempre vinculados a ela, por isso descabe a invocação, pelo responsável pelo dano ambiental, de excludentes de responsabilidade civil e, portanto, irrelevante a discussão acerca da ausência de responsabilidade por culpa exclusiva de terceiro ou pela ocorrência de força maior (EDcl no REsp. 1346430/PR, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, j. em 05.02.2013, DJe 14.02.2013).

Nesse diapasão, apenas a demonstração de que os danos sofridos decorreram do lançamento de esgoto, que é inclusive de responsabilidade do próprio Município, o que gerou a citada degradação ambiental, configura o dever de indenizar do Município face aos apelados.

Com isso, verifico que os três requisitos para se configurar o ato ilícito, quais sejam, a) fato lesivo voluntário causado pelo agente (derramamento de esgoto *in natura* nos Córregos de Catirina); b) ocorrência de um dano patrimonial e/ou moral (poluição e mal cheiro que atingiram os domínios da propriedade dos requerentes) e c) nexo de causalidade entre o dano (poluição; mal cheiro; exposição de doenças; água imprópria para consumo; cisternas e caixas d'água poluídas por coliformes fecais; mortandade de peixes) e o comportamento do agente (derramamento de esgoto *in natura*), o que efetiva o ato ilícito e o devido dever de indenizar.

Salienta-se novamente que o sistema de esgoto sanitário é operado pelo Município de Ritápolis e que todo o esgoto é lançado *in natura* nos Córregos de Catirina, Córrego da Biquinha e Córrego do Gazinho. Tal fato gerou inúmeros prejuízos na região, sobretudo na propriedade dos autores, que tiveram sua pousada atingida pelo derramamento de esgoto e, devido a isso, paralisaram suas atividades.

Mostra-se imperiosa a necessidade de execução de interceptores para a proteção dos cursos d'água do Município, posto que o lançamento dos efluentes comprometa seriamente a qualidade ambiental.

Além de que, conforme preconiza o art. 23, VI, da Constituição Federal, é de competência dos Municípios proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas, o que é gravemente ferido quando esse mesmo Município, que é responsável pela proteção ambiental, derrama esgoto *in natura* em córregos, o que é expressamente proibido pela Lei Estatual nº 2.126/60, que prevê a proibição de lançamento de resíduo industrial ou de qualquer tipo de esgoto sanitário nos cursos de água do Estado de Minas Gerais.

Diante disso, juntamente com a minuciosa análise do laudo pericial, sobretudo do seguinte trecho: "o sistema de esgotamento sanitário é operado pela prefeitura Municipal de Ritápolis; todo esgoto é lançado *in natura* nos Córregos de Catirina, Córrego de Biquinha e Córrego do Gazinho" (doc. ordem 22).

Tenho que correta foi a r. sentença na condenação do Município quanto à obrigação de não fazer (que o apelante se abstenha de lançar no córrego Catirina o esgotamento doméstico e industrial produzido no Município de Ritápolis) e na obrigação de fazer (promover a recuperação ambiental do solo e da lagoa que foram submetidos à degradação ambiental).

Quanto à alegação de que a Copasa foi impedida de realizar as ações de saneamento básico por fatos alheios a sua vontade, vejo através dos autos que a Copasa foi contratada para fornecer água à cidade, mas sem que fosse incluídos no serviço a coleta e o tratamento de esgoto da cidade. É sabido que é de responsabilidade municipal o saneamento de esgoto que permeia o município, por isso, não há que se falar em fatos alheios impeditivos à implementação de infraestrutura de saneamento básico, sendo essa uma responsabilidade Municipal.

Sobre os danos materiais, diante de todo o conjunto probatório dos autos, tenho que foram configurados danos materiais, visto que, por anos, a propriedade em que se localiza à pousada dos requerentes foi atingida pela contaminação e mau cheiro provindos do esgoto municipal *in natura* que era despejado diariamente no Córrego de Catirina, diante disso, tenho que tais danos devem ser apurados em liquidação de sentença, bem como definiu a r. decisão *a quo*.

Tratando-se de dano moral, o conceito de ressarcimento abrange duas forças: uma de caráter punitivo, que visa castigar o causador do dano pela ofensa que praticou; outra, de caráter compensatório, que pretende proporcionar à vítima algum bem, em contrapartida ao mal sofrido.

O dano moral, que, na verdade, sob o aspecto patrimonial, apresenta-se como "não-dano", é fixado apenas para compensar a dor, o vexame, o abalo psicológico, a tristeza e outros fatores anímicos, devendo constituir valor único e fixo.

Segundo o entendimento de Caio Mário (in "Responsabilidade civil", n. 49, p. 60):

> [...] a vítima de uma lesão a algum daqueles direitos sem cunho patrimonial efetivo, mas ofendida em um bem jurídico que em certos casos pode ser mesmo mais valioso do que os integrantes de seu patrimônio, deve receber uma soma que lhe compense a dor ou o

> sofrimento, a ser arbitrada pelo Juiz, atendendo às circunstâncias de cada caso, e tendo em vista as posses do ofensor e a situação pessoal do ofendido. Nem tão grande que se converta em fonte de enriquecimento, nem tão pequena que se torne inexpressiva. Mas se é certo que a situação econômica do ofensor é um dos elementos de quantificação, não pode ser levada ela ao extremo de se defender que as suas más condições o eximam do dever ressarcitório. Como proclama Santos Britz, "o fato patrimonial é só um entre vários que se há de levar em conta". Esta situação é de ser ponderada, como também a existência de um seguro de responsabilidade, posto não seja este um elemento decisivo (MÁRIO, Caio. In: Responsabilidade civil. n. 49, p.60).

Dito isso, entendo que o apelante tem o dever de indenizar os apelados, a fim de reparar os danos que lhes foram causados tanto materialmente quanto moralmente, visto que os fatos narrados e comprovados se mostram suficientes para incidência de tais indenizações, posto ser inequívoco que os apelados sentiram enorme desconforto e constrangimento diante do derramamento de esgoto no córrego Caitirina, não havendo dúvidas de que a perda na procura pela sua pousada não pode ser considerada mero dissabor do cotidiano, sobretudo se causados por dano ambiental.

Assim, entendo ser devido ao autores/apelados, a título de indenização por dano moral, o valor de R$5.000,00 (cinco mil reais) para cada, montante que se revela compatível com os objetivos que norteiam o instituto desse tipo de indenização, ou seja, em tal arbitramento, deve-se levar em consideração a sua gravidade objetiva, a personalidade da vítima, sua reputação e situação familiar e social e a gravidade da falta e as condições do autor do ilícito.

O montante aquilatado que não se convola em fonte de locupletamento ilícito da postulante e, do mesmo modo, manifesta quantia razoável e proporcional, notadamente porque necessária à recomposição do prejuízo moral manifestado.

Por tais fundamentos, em reexame necessário, rejeito a preliminar suscitada e reformo parcialmente a sentença para reduzir o valor do dano moral à quantia de R$5.000,00 (cinco mil reais) para cada um dos requerentes, prejudicado o recurso voluntário.

Com fulcro no art. 85, § 11º do CPC, majoro os honorários para 16% (dezesseis por cento) sobre o valor da condenação.

Apelante isento de custas.

DES. PEIXOTO HENRIQUES - De acordo com o Relator.

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 vocalato 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 comprometer-se (STF: RE 505.393/PE, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 26.06.2007, p. 05.10.2007).

É o voto.

Súmula - EM REEXAME NECESSÁRIO, REJEITARARAM A PRELIMINAR SUSCITADA E REFORMARAM PARCIALMENTE A SENTENÇA. PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

Agravo de instrumento - Direito empresarial - Recuperação judicial - Plano de recuperação - Prazo - 60 (sessenta) dias - Descumprimento - Convolação em falência - Regularidade - Princípio da preservação da empresa - Aplicabilidade - Afastamento de norma - Art. 97, da CR/88 - Inviabilidade.

- Compete à recuperanda apresentar plano de recuperação, no prazo de 60 (sessenta) dias, contados da publicação da decisão que deferiu o processamento da recuperação judicial.

- A ausência de apresentação do plano recuperacional no prazo legal, quando ausente fundamento relevante para tanto, conduz à convolação da recuperação judicial em falência.

- Viola o art. 97 da Constituição a decisão de órgão fracionário que, sem declaração expressa da inconstitucionalidade da norma, afasta sua incidência por suposta ofensa a princípios constitucionais.

Agravo de Instrumento-Cv nº 1.0000.21.109587-2/001 - Comarca de Patos de Minas - Agravante: Ferval Pedras Decorativas Ltda. – EPP. – Relatora: Desª Alice Birchal.

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 7ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em negar provimento ao agravo de instrumento.

Belo Horizonte, 14 de dezembro de 2021. - *Alice Birchal*. – Relatora.

Voto

DESª ALICE BIRCHAL - Trata-se de agravo de instrumento, interposto por Ferval Pedras Decorativas Ltda., contra decisão proferida pelo Juízo da 3ª Vara Cível da Comarca de Patos de Minas que, nos autos da ação de recuperação judicial de origem, convolou a recuperação da agravante em falência (doc. 101 c/c 113).

A agravante narra ter ajuizado a ação de recuperação judicial de origem, em virtude de dificuldades financeiras decorrentes, sobretudo, do cumprimento das medidas de contenção da pandemia de COVID-19.

Afirma que, após a manifestação da Fazenda Nacional, requereu ao d. Juízo de origem o indeferimento do pedido para que não houvesse o processamento da RJ, além da "exclusão da CEF do rol de interessados na presente demanda [...], a concessão de adicional prazo de 30 (trinta) dias para averiguação presencial juntos à autarquias (sic), acerca dos lançamentos tributários efetivados" e a concessão de prazo adicional para apresentação do plano de recuperação.

Indica que, posteriormente ao referido pedido, o d. Juízo de origem, em decisão que merece reparos, convolou a recuperação judicial em falência, a pedido da administradora judicial.

Sustenta que a decisão de convolação em falência teria sido prematura, porquanto pendente a apreciação de pedidos relacionados aos créditos concursais que deveriam, ou não, ser incluídos no plano recuperacional. Aponta não ter sido avaliada, também, a possibilidade de que a Caixa Econômica Federal, que nem sequer é credor da agravante, figurasse como parte interessada no deslinde do feito.

Tece considerações sobre a situação financeira da empresa e de seus sócios e, por fim, alega que a decisão ofende o princípio da preservação da empresa, sobretudo por ter sido declarada sua falência antes mesmo da manifestação da Assembleia Geral de Credores.

Requer, ante o exposto, a atribuição de efeito suspensivo ao agravo de instrumento e, ao final, a cassação da decisão impugnada, com o consequente provimento integral deste recurso.

Deixou de efetuar o recolhimento do preparo recursal.

Em sede liminar, deferi o pedido de atribuição de efeito suspensivo ao agravo de instrumento (doc. 119). Intimada a se manifestar, a parte agravada apresentou contraminuta (doc. 120).

Documentos apresentados pela recorrente (doc. 121/123).

A d. Procuradoria Geral de Justiça, em parecer, manifestou-se desfavoravelmente ao acolhimento da pretensão recursal (doc. 124).

É o relatório.

Conquanto não tenha sido deferido o benefício da justiça gratuita à recorrente, observo que o Juízo de origem diferiu seu pagamento para o final da ação, o que justifica, sob os mesmos fundamentos, o diferimento do pagamento das custas recursais - na esteira do que determinado pelo d. Juízo de origem.

Dessa forma, confirmo a decisão que deixou de exigir da agravante o recolhimento antecipado do preparo recursal (doc. 119), determinando que seu pagamento ocorra ao final da ação, juntamente às demais custas e despesas processuais.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso interposto (art. 189, § 1º, inciso II, da Lei nº 11.101/05).

Cinge-se a controvérsia quanto ao acerto da decisão que, em razão do decurso do prazo estabelecido no art. 53, da Lei de Recuperação Judicial e Falências, convolou a recuperação judicial da agravante em falência.

Não obstante tenha, em sede liminar, a partir de análise dos prejuízos sociais significativos a terceiros decorrentes do cumprimento açodado da decisão recorrida, em apreciação detida da demanda, observo que razão não assiste ao recorrente quanto à pretensão de reforma do *decisum* impugnado.

Em que pese a argumentação elaborada pelo recorrente, vê-se que, consoante bem delineado pelo d. Juízo de origem, sua pretensão encontra óbice na disposição expressa do art. 53, *caput*, da Lei nº 11.101/05, que determina que o plano de recuperação será apresentado pelo devedor, em juízo, no prazo improrrogável de 60 (sessenta) dias da publicação da decisão que deferir o processamento da recuperação judicial - quando também tem início período denominado de *stay period*.

A contagem do referido prazo é feita em dias corridos, conforme entendimento pacífico do c. STJ, pois tal contagem, nos termos dos precedentes deste sodalício:

> [...] melhor preserva a unidade lógica da recuperação judicial: alcançar, de forma célere, econômica e efetiva, o regime de crise empresarial, seja pelo soerguimento econômico do devedor e alívio dos sacrifícios do credor, na recuperação, seja pela liquidação dos ativos e satisfação dos credores, na falência [...] (REsp 1699528/MG, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, j. em 10.04.2018, DJe de 13.06.2018).

Sob tal perspectiva, tendo em vista que a decisão que deferiu o pedido de processamento da RJ foi proferida em 29.09.2020 (doc. 58), com a ciência eletrônica da agravante em 02.10.2020 (ciência que produz os mesmos efeitos da publicação), o *dies ad quem* para apresentação do plano, considerando a data de ciência do *decisum* e a exclusão do dia de início, ocorreu no dia 1º de dezembro de 2020.

Quanto à suposta ausência de manifestação do Juízo de origem a respeito de pedidos relevantes para a própria apresentação do plano recuperacional, também melhor razão não assiste à recorrente, uma vez que as manifestações cuja avaliação seria supostamente indispensável à apresentação do plano recuperacional ocorreram em momento posterior ao fim do prazo previsto no art. 53, da Lei de Recuperação Judicial e Falências.

Nesse sentido, transcrevo trecho da decisão recorrida:

> Qualquer manifestação, de quem quer que seja, anterior à esta data, já não teria condão de suspender o fluxo do prazo pois, conforme já afirmado, a legislação é taxativa ao determinar a improrrogabilidade do prazo. Menos ainda, teriam condão de fazer prorrogar o prazo para apresentação do plano de recuperação judicial as manifestações posteriores ao seu término (Id 1924429823, de 09.01.2021, por parte da Advocacia Pública e Id 3193461399, de 11.05.2020 por parte da requerente) (doc. 113).

Por fim, no tocante à suposta necessidade de manifestação prévia da Assembleia Geral de Credores (AGC), vê-se que tal órgão deliberativo nem sequer foi convocado na ação de origem, dada a ausência de apresentação oportuna do plano recuperacional.

Ademais, a manifestação da AGC é irrelevante para a decretação da falência no caso de não apresentação do plano de soerguimento da empresa sujeita à recuperação judicial, uma vez que a determinação de convolação em falência é consequência direta do decurso do prazo de 60 (sessenta) dias estabelecido no art. 53 da Lei de RJ, o que afasta a necessidade de deliberação dos credores a respeito. Irretocável, portanto, a decisão impugnada.

No tocante aos efeitos deletérios de eventual cumprimento da decisão - que cumpre a Lei de Recuperação Judicial -, malgrado a consideração dos princípios que regem a matéria, vejo que a empresa, cuja recuperação judicial foi convolada em falência, como afirma, "se encontra tão somente com 2 (dois) funcionários formalmente registrados" (doc. 121).

Destarte, ainda que considerados os princípios que regem a matéria, o afastamento da aplicação da regra prevista no art. 53 da Lei nº 11.101/05 criaria precedente que tornaria inaplicável tal regra em relação à quase totalidade das empresas atuantes no mercado (cujo numero de funcionários supere 02 trabalhadores), o que não encontra respaldo legal, tampouco encontra guarida nos princípios que regem a matéria.

Isso porque o princípio da preservação da empresa não se sobrepõe às normas que dão instrumentalidade ao procedimento próprio (que viabiliza o soerguimento da empresa), tampouco pode ser aventado como razão para o afastamento de regra cogente, pois tal expediente configuraria ofensa indevida ao que estabelece o art. 97, da CR/88 (cláusula de reserva de plenário).

Nos termos do que estabelece a Súmula Vinculante de nº 10 (STF): "Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 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."

Em análise a casos semelhantes, já se manifestou a Suprema Corte:

> Agravo regimental no recurso extraordinário. Constitucional. Administrativo. Servidor público. Professor. Gratificação. Prêmio Educar. Violação à cláusula de reserva de plenário. Súmula Vinculante 10 do STF. - Viola o art. 97 da Constituição a decisão de órgão fracionário de tribunal que, sem declarar expressamente a inconstitucionalidade de dispositivo de lei, afasta a sua incidência por suposta ofensa a princípios constitucionais. Precedentes. - Agravo regimental improvido (RE 613767 AgR, Relator: Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, j. em 02.12.2010, processo eletrônico *DJe*- 020 d. em 31.01.2011 p. em 01.02.2011).
>
> Constitucional. Processo civil. Recurso extraordinário. Acórdão que afasta a incidência de norma federal. Causa decidida sob critérios diversos alegadamente extraídos da Constituição. Reserva de plenário. Art. 97 da Constituição. Tributário. Prescrição. Lei Complementar 118/2005, Arts. 3º e 4º. Código Tributário Nacional (Lei 5.172/1966), art. 106, I. Retroação de norma auto-intitulada interpretativa. "Reputa-se declaratório de inconstitucionalidade o acórdão que - embora sem o explicitar - afasta a incidência da norma ordinária pertinente à lide para decidi-la sob critérios diversos alegadamente extraídos da Constituição" (RE 240.096, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, DJ de 21.05.1999). Viola a reserva de Plenário (art. 97 da Constituição) acórdão prolatado por órgão fracionário em que há declaração parcial de inconstitucionalidade, sem amparo em anterior decisão proferida por Órgão Especial ou Plenário. Recurso extraordinário conhecido e provido, para devolver a matéria ao exame do Órgão Fracionário do Superior Tribunal de Justiça (RE 482090, Relator: Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, j. em 18.06.2008,

> *DJe*-048, d. em 12-03-2009, p. em 13-03-2009 EMENT VOL-02352-06 PP-01134 RTJ VOL-00209-03 PP-01374).

Nesse mesmo sentido, favoravelmente à manutenção da decisão - demonstrando a inocorrência de qualquer situação excepcional que justifique o acolhimento da pretensão recursal -, manifestou-se a d. Procuradoria Geral de Justiça:

> [...] a viabilidade da empresa é "pressuposto lógico para a deflagração do processo de recuperação empresarial e está diretamente ligado ao interesse processual", consoante Recomendação 57 do CNJ.
>
> Acontece que, conforme informado pela Administradora Judicial, as atividades da sociedade se encontram limitadas, praticamente paralisadas, funcionando em local precário, sem material suficiente, além de escasso número de empregados que sequer foram encontrados no local no momento da vistoria. Outrossim, a desídia da agravante pode ser observada antes da manifestação da Fazenda Nacional, quando já havia se esgotado o prazo para o cumprimento da obrigação da recorrente, consistente na apresentação do plano de recuperação judicial. Logo, a recorrente desenvolve escassa atividade econômica e não gera empregos, não havendo, portanto, qualquer atividade a ser preservada, tendo em vista os fatos informados pela Administradora Judicial que, ao vistoriar o estabelecimento, noticiou a situação de insolvência da agravante (doc. 124).

Assim, aparentemente, a ausência de apresentação do plano recuperacional decorre, inclusive, da impossibilidade de que as dívidas da recuperanda sejam saldadas a contento, o que igualmente torna pertinente a decisão impugnada. Conforme aventado pela Procuradoria Geral de Justiça (doc. 124), apenas com a Fazenda Pública Federal, os débitos da recorrente perfazem quantia superior a R$1.900.000,00 (um milhão e novecentos mil reais).

Por tais razões, como consigna o Juízo de origem: "A decretação da falência é a medida urgente e necessária que se impõe com o fim de evitar o sucateamento do acervo imobiliário da devedora e no intuito de preservar os direitos dos credores [...]" (doc. 110).

Com tais considerações, revogo a decisão proferida em sede liminar (doc. 119) e nego provimento ao agravo de instrumento, para manter incólume a decisão impugnada.

Custas pela agravante - diferidas, conforme determinado neste Voto.

Votaram de acordo com a Relatora os Desembargadores Belizário de Lacerda e Peixoto Henriques.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO AGRAVO DE INSTRUMENTO.

Mandado de segurança - Licitação - Ausência de fracionamento do serviço licitado - Possibilidade de dano aos competidores e ao interesse público - Sentença confirmada em duplo grau.

- Constatando-se a complexidade de obrigações a serem contratadas, envolvendo-se itens das mais variadas naturezas, à regra do art. 23, § 1º da Lei nº 8.666/93, impõe o fracionamento do procedimento licitatório como garantia à competitividade e a própria eficiência da Administração Pública.

- O colendo Tribunal de Contas da União editou a Súmula nº 247 para estabelecer que, nos processos licitatórios que envolvam a contratação de mais de um tipo de serviço ou produto, esses devem ser, em regra, divididos por itens em oposição à adjudicação de contratação global, o que não foi observado no caso.

- Uma das finalidades da licitação é a obtenção da melhor proposta, com mais vantagens e prestações menos onerosas, em uma relação de custo-benefício, de modo que deve ser garantida a participação do maior número de competidores possíveis.

Ap Cível/Rem Necessária nº 1.0000.20.446593-4/006 - Comarca de Montes Claros - Remetente: Juiz de Direito da 1ª Vara Fazenda Pública e Falências de Montes Claros - Apelante: ATC Representação Comercial Ltda. - ME - Apelado: Futura Comércio de Materiais Educacionais Ltda. - EPP - Interessados: Consórcio Intermunicipal Multifinalitário da Área Mineira da Sudene, Estado de Minas Gerais, Presidente da Comissão Permanente de Licitação- CIMAMS. – 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, rejeitar as preliminares e, em reexame necessário, confirmar a sentença, prejudicado o recurso voluntário.

Belo Horizonte, 14 de Dezembro de 2021. - *Belizário de Lacerda*. – Relator.

Voto

DES. BELIZÁRIO DE LACERDA - Cuida-se de recurso de apelação, interposto contra a r. sentença, a qual concedeu a segurança pleiteada declarando a nulidade do Processo Licitatório n° 012/2020 - CIMANS:

> Destarte, revela-se que, dentre as várias opções que os impetrados dispunham de determinar um meio pelo qual lograriam êxito em adquirir os objetos do certame, a exigência em um único lote de produtos de natureza tão heterogênea, evidencia a inobservância ao princípio da ampla concorrência e das normas previstas no art. 3°, § 1º, inc. I e art. 23, § 1°, da Lei n° 8.666/93, sendo certo que, o parcelamento do objeto do certame em lotes com

produtos de naturezas similares ampliaria a concorrência e, por conseguinte, ocasionaria na apresentação de preços e propostas mais profícuas à Administração Pública.

Em suas razões recursais, a apelante ATC Business Comércio e Representação EIRELI pugna pela reforma da sentença, alegando em preliminar de nulidade da sentença, por ausência de fundamentação. No mérito, alega que a reformulação da decisão administrativa não se pode dar por meio de mandado de segurança, exigindo-se via impugnativa própria de uma ação ordinária, na qual se pode, com a necessária dilação probatória, promover os substanciosos estudos e provas técnicas necessárias à eventual desqualificação do planejamento administrativo e à consequente demonstração da ilicitude da decisão administrativa dele decorrente.

Foram apresentadas contrarrazões.

Conheço em reexame necessário e do recurso voluntário, posto que presentes os pressupostos objetivos e subjetivos de admissibilidade.

Da falta de fundamentação da sentença.

A parte apelante suscitou a preliminar de nulidade da sentença por não estar devidamente fundamentada.

Em que pese tal entendimento, tenho que razão não assiste ao apelante pelos fundamentos que passo a discorrer.

O vício previsto no art. 93, inciso IX, da Constituição da Republica, somente se verifica quando ocorre ausência dos fundamentos que levam o julgador a formar seu convencimento, ou seja, a Constituição não exige que a decisão seja extensivamente fundamentada, sendo válida sua fundamentação de forma sucinta.

Assim, havendo um mínimo de fundamentação, não se pode falar em ausência dessa.

No mais, o inconformismo do impetrante não pode ser confundido com ausência de motivação da decisão.

Portanto, não há como falar em nulidade da decisão sob a argumentação de não ter sido esgotada a prestação jurisdicional, porque o juiz, em consonância com aquilo que foi pleiteado, expôs sua motivação e aplicou o direito da forma que entendeu devido.

Desse modo, rejeito a preliminar aventada.

Da inadequação da via eleita.

O mandado de segurança caracteriza-se como tutela jurisdicional diferenciada, em razão de seu rito célere, da impossibilidade de dilação probatória e da necessidade de prova pré-constituída da certeza e da liquidez do direito alegado. Ou seja, é cabível somente quando manifesta a comprovação de uma situação fática reveladora da prática de ato ilegal por autoridade pública ofensiva a direito líquido e certo do impetrante (art. 1º da Lei nº 12.016/09).

Na espécie, sustenta a apelante que a pretensão desafia dilação probatória, hábil a demonstrar a plausibilidade do direito invocado.

As controvérsias nos autos não dependem de dilação probatória, cujas provas dos fatos alegados são exclusivamente documentais e/ou de interpretação das normas jurídicas, não há que se falar em inadequação da via eleita.

Rejeito a preliminar.

Do mérito.

O *writ* foi interposto visando à nulidade do Processo Licitatório nº 012/2020 - CIMANS, originado do Edital - RDC Registro de Preços nº 001/2020, ao argumento de que o edital encontra-se eivado de várias ilegalidades, com vistas a criar um registro de preços superfaturados, além de beneficiar somente uma empresa entre as concorrentes do referido certame.

Argumenta que a principal ilegalidade praticada no processo licitatório funda-se na aglutinação em um único lote de duzentos e sessenta e dois itens de naturezas totalmente diversas, impossibilitando a outros concorrentes do certame ofertarem propostas que aumentariam a possibilidade de competição, e consequentemente, a obtenção de um preço mais vantajoso para o próprio licitante.

O douto julgador singular concedeu a segurança em face da inobservância ao princípio da ampla concorrência e das normas previstas no art. 3º, § 1º, inc. I e art. 23, § 1º, da Lei nº 8.666/93.

Entendo que assiste razão, haja vista que, de acordo com o art. 23, § 1º da Lei de Licitações, o parcelamento do objeto é possível desde que esteja divisível e não conduza prejuízo para a totalidade da licitação. Ou seja, é o interesse público preponderando sobre o interesse privado.

> Art. 23 [...]
>
> §1º As obras, serviços e compras efetuadas pela Administração serão divididas em tantas parcelas quantas se comprovarem técnica e economicamente viáveis, procedendo-se à licitação com vistas ao melhor aproveitamento dos recursos disponíveis no mercado e à ampliação da competitividade sem perda da economia de escala.

O objetivo da norma é ampliar a competitividade, sobretudo porque algumas empresas podem não ter capacidade ou condições de ofertar a integralidade do objeto, mas apenas uma parte dele, razão pela qual a adjudicação conjunta inviabilizaria a participação delas no certame.

Sobre o fracionamento, explica o escoliasta Marçal Justen Filho:

> Como se extrai, o fundamento jurídico do fracionamento consiste na ampliação das vantagens econômicas para a Administração Pública. Adota-se o fracionamento como instrumento de redução de despesas administrativas. A possibilidade de participação de maior número de interessados não é objetivo imediato e primordial, mas via instrumental para obter melhores ofertas (em virtude do aumento da competitividade) (JUSTEN FI-

LHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 9. ed. São Paulo: Dialética, 2002, p. 211).

Com efeito, a Lei nº 8666/93 estabeleceu como regra a necessidade de parcelamento do objeto, sempre que for possível e vantajoso, procedendo-se à licitação com vistas ao melhor aproveitamento dos recursos disponíveis no mercado e à ampliação da competitividade sem perda da economia de escala.

O simples fato de existir no mercado empresa capaz de fornecer todos os produtos ou prestar diversos serviços não autoriza, por si só, a licitação conjunta do objeto.

Nesse desiderato, conclui-se que a regra é o parcelamento do objeto pela Administração Pública, de modo que a falta de parcelamento de objeto que conduza à redução sensível de licitantes habilitados à prestação de parte dos serviços exigidos, atenta sobremaneira contra a previsão do art. 23, § 1º da Lei nº 8666/93.

Portanto, o edital de licitação abrange uma diversidade de objetos com características técnicas distintas, sem interferências e, que diante de sua independência, deveriam ser licitados de forma parcelada.

A intenção do legislador é que a licitação seja sempre realizada de forma parcelada quando houver viabilidade técnica e econômica, observada a modalidade pertinente para o valor total da contratação.

Em outras palavras, a lei estabelece que o administrador deve demonstrar a inviabilidade técnica e econômica da divisibilidade, quando deixar de adotar o parcelamento.

Destarte, para que o ente licitante não promova o parcelamento do objeto, "deve o gestor apresentar justificativa fundamentada" (TCU - Acórdão n° 2170/2008 - Plenário - Rel. Min. Augusto Nardes – p. em 03.10.2008), explicitando que o fracionamento implicaria em prejuízo técnico ou déficit quanto à economia de escala. Contudo, tais comprovações não restam presentes nos autos.

Desse modo, em face do que está exposto no *writ* em que a autoridade coatora realiza procedimento licitatório sem trazer, de forma técnica e específica, as razões pelas quais optou pela licitação global e não efetuou o seu parcelamento, viola o princípio constitucional da isonomia e da seleção da proposta mais vantajosa para a Administração.

Com tais fundamentos, rejeito as preliminares e em reexame necessário, confirmo a sentença, prejudicado o recurso voluntário.

DES. PEIXOTO HENRIQUES - De acordo com o Relator.

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 potencializado 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, ressalvado o agravo de instrumento que reforma a decisão que julga parcialmente o mérito da demanda, entendo que, uma vez formada a maioria, 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).

Quero enfatizar que, com o desaparecimento do debate, ao menos do seu original formato, inutilizou-se o lançar de fundamentos contrários à tese vencedora, sobretudo se não há qualquer possibilidade de resgatá-los em agravo de instrumento sem reforma da decisão que julgar parcialmente o mérito, pois, nesse caso, o novo CPC 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 vocalato 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 comprometer-se (STF: RE 505.393/PE, Rel.Min. Sepúlveda Pertence, j. 26.06.2007, p. 05.10.2007).

É o voto.

Súmula - REJEITARAM AS PRELIMINARES E EM REEXAME NECESSÁRIO CONFIRMARAM A SENTENÇA, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

Apelação cível - Ação de reconhecimento de união estável *post mortem* - União estável - Requisitos não atendidos - Namoro qualificado - Precedentes do STJ - Sentença mantida

- Para o reconhecimento da união estável é necessária a comprovação dos requisitos elencados no art. 1.723 da Lei Civil, quais sejam: convivência pública, contínua, duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

- O STJ já enunciou que "o propósito de constituir família, alçado pela lei de regência como requisito essencial à constituição da união estável - a distinguir, inclusive, esta entidade familiar do denominado 'namoro qualificado' -, não consubstancia mera proclamação, para o futuro, da intenção de constituir uma família. É mais abrangente. Esta deve se afigurar presente durante toda a convivência, a partir do efetivo compartilhamento de vida, com irrestrito apoio moral e material entre os companheiros. É dizer: a família deve, de fato, restar constituída" (REsp nº 1.454.643/RJ, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze. 3ª Turma. *DJe* de 10.03.2015).

- Embora se trate de uma relação duradoura, pública e contínua, pelo acervo probatório dos autos, não há prova de que existia o objetivo de constituir família, mas apenas um plano futuro e hipotético de casamento, o que é comum à maioria dos relacionamentos, pelo que se trata de um namoro qualificado e não de uma união estável, devendo ser mantida a sentença de improcedência.

- Recurso conhecido e não provido.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0177.14.000338-1/002 - Comarca de Conceição do Rio Verde - Apelante: M.S.C. - Apelado: V.M.F., J.C.A., H.C.A.R. e Outro - Relator: JD. CONVOCADO FÁBIO TORRES DE SOUSA.

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 À APELAÇÃO.

Belo Horizonte, 25 de novembro de 2021. - *Fábio Torres de Sousa* - Relator.

Voto

JD. CONVOCADO FÁBIO TORRES DE SOUSA - Trata-se de apelação cível, interposta por M.S.C. contra sentença proferida pelo MM. Juiz da Vara Única da Comarca de Conceição do Rio Verde, nos autos da "Ação Declaratória de União Estável" ajuizada em face de M.L.A.F., que rejeitou o pedido inicial e extinguiu o processo com resolução de mérito, nos termos do art. 487, I do CPC.

Por fim, condenou o requerente ao pagamento de custas processuais e honorários advocatícios de 10% (dez por cento) do valor da causa, suspensa a exigibilidade em razão do deferimento da justiça gratuita.

Em suas razões recursais (f. 156/165), o apelante alega que iniciou um namoro com a filha da apelada em 1994; que com aproximadamente 2 (dois) anos de namoro resolveram viver como marido e mulher, inclusive contribuindo nas despesas da casa; que apesar de trabalhar em Caxambu, cidade muito próxima de Conceição do Rio Verde, ficava junto de sua noiva parte da semana e aos finais de semana; que a filha da apelada era professora e o apelante trabalhava como autônomo, deslocando-se entre as cidades sempre que possível; que em 1997 noivaram, fizeram curso de noivos e começaram a planejar a vida em comum, mas como já moravam juntos foram postergando a oficialização da união até que em agosto de 2013 resolveram marcar a data do casamento para maio de 2014.

Aduz que em março de 2014 a filha da apelada faleceu; que providenciou a liberação do corpo no nosocômio, providenciando pessoalmente o atestado de óbito; que já tinham convidado os padrinhos para o casamento, conforme prova testemunha e comprado enxoval; que conviviam como um casal perante a sociedade; que a apelada sempre apresentou o apelante como noivo de sua filha; que o fato de não ficarem juntos todos os dias da semana não impede o reconhecimento da união estável, de acordo com a mais moderna jurisprudência; que mantinham vida sexual ativa.

Pugna pelo provimento do recurso, para reformar a sentença e julgar procedente o pedido inicial.

Ausente o preparo em razão da concessão da justiça gratuita.

Contrarrazões às f. 166/172.

Vieram-me os autos conclusos.

É o relatório.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

Revelam os autos tratar-se de Ação de Reconhecimento de União Estável *Post Mortem* ajuizada por M.S.C. inicialmente em face de M.L.A.F. pleiteando o reconhecimento da união estável com a falecida A.M.A.F., filha da requerida, pelo período de 1996 até a data de seu óbito (02.03.2014).

Em razão da morte da parte requerida, foi determinada a substituição processual, passando a constar no polo passivo da lide V.A., irmã da suposta companheira, que, posteriormente, também faleceu, sendo substituída por H.C.A. e J.C.A., tios da *de cujus*.

O pedido foi julgado improcedente em sentença proferida pelo Mutirão PROJEF.

Dessa sentença recorre o apelante, pelas razões acima aduzidas.

Pois bem.

O cerne da questão trazida a esta sede recursal cinge-se em verificar a existência de união estável no período 1996 até 2014 entre a parte autora e a falecida A.M.A.F.

Sabe-se que a união estável é reconhecida pela Constituição Federal em seu art. 226 e está disciplinada no Código Civil em seus arts. 1.723 e seguintes, *in verbis*:

> Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.
>
> § 1º O casamento é civil e gratuita a celebração.
>
> § 2º O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.
>
> § 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.
>
> § 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.
>
> § 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.
>
> § 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio.
>
> § 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.
>
> § 8º O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.
>
> Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.
>
> § 1º A união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do art. 1.521; não se aplicando a incidência do inciso VI no caso de a pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente.
>
> § 2º As causas suspensivas do art. 1.523 não impedirão a caracterização da união estável.
>
> Art. 1.724. As relações pessoais entre os companheiros obedecerão aos deveres de lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos.
>
> Art. 1.725. Na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens.
>
> Art. 1.726. A união estável poderá converter-se em casamento, mediante pedido dos companheiros ao juiz e assento no Registro Civil.
>
> Art. 1.727. As relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar, constituem concubinato.

Nesse viés, para o reconhecimento da união estável é necessária a comprovação dos requisitos elencados no art. 1.723 da Lei Civil, quais sejam: convivência pública, contínua, duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

Sobre os elementos caracterizadores da união estável, lecionam Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves de Farias:

> Considerada a ausência de formalidades na constituição de uma família convivencial, percebe-se a premente necessidade de vislumbrar os seus elementos fundantes, até mesmo para que possa surtir os seus regulares efeitos. Assim, a adequada compreensão da união estável como uma entidade familiar reclama, naturalmente, a análise dos seus elementos caracterizadores, a partir das latitudes do art. 226 da Constituição, especificamente de seu § 3º, e do art. 1.723 do Código Civil.
>
> (omissis...)
>
> Confrontando tais dispositivos, infere-se, com tranquilidade, que a união estável está submetida a alguns elementos essenciais: i) diversidade de sexos; ii) estabilidade; iii) publicidade; iv) continuidade; v) ausência de impedimentos matrimoniais. É bem verdade que esses elementos, necessariamente, precisam estar conectados a um elemento principal que é o ânimo de constituir família, isto é, a intenção de estar vivendo como se casados fossem (a chamada convivência more uxório). É possível perceber, inclusive, que a intenção de estar convivendo como se casados fossem apresenta-se como elemento principal, fundamental para a caracterização da entidade familiar. Enfim, é verdadeira conditio sine qua non. Os demais elementos, assim podem ser compreendidos de forma assessória, pois a presença deles, sem o animus familiae, não implicará no reconhecimento de uma união estável.
>
> (omissis...)
>
> Sem dúvida, o intuito de constituir família é o requisito principal para caracterização da união estável. E não poderia ser diferente, pois se a Constituição Federal confere status de entidade familiar à união estável, gozando, por conseguinte, de especial tutela estatal, não poderão ser admitidos como tais os relacionamentos livre (e, até mesmo, duradouros), mas desprovidos da intenção de criar laços familiares.
>
> (omissis...)
>
> Não se pode negar que, em concreto, a prova da intenção de constituir família pode se apresentar de difícil caracterização, especialmente quando um dos conviventes vier a negá-la, tentando desqualificar a entidade familiar. Todavia, a demonstração do intuito *familiae* decorre da comprovação da existência de vida em comum. Sem dúvida, o casal-convivente é reconhecido no meio social como marido e mulher, identificados pelos mesmos sinais exteriores de um casamento. Por isso, sem a pretensão de esgotar as (múltiplas) possibilidades, é possível detectar a união estável, dentre outras hipóteses, através da soma de projetos afetivos, pessoais e patrimoniais, de empreendimentos financeiros com esforço comum, de contas conjuntas bancárias, declarações de dependência em imposto de renda, em planos de saúde e entidades previdenciárias, a frequência em eventos sociais

e familiares, eventual casamento religioso (o chamado casamento eclesiástico) etc.

Daí pertinente observação de Maria Berenice Dias: "o envolvimento mútuo acaba transbordando o limite privado, começando as duas pessoas a ser identificadas no meio social como um par."

A respeito da *affectio maritalis* (intenção de viver como se casados fossem), já disse com acerto, em sede jurisprudencial, que o companheirismo é qualificado pela dedicação, colaboração e aplicação do homem e mulher nas tarefas da comunhão de vida, e que a sua ausência impede a caracterização da união estável, mesmo que presentes outros requisitos caracterizadores:

"A despeito da existência nos autos de escritura pública onde o suposto companheiro da apelada afirma ter vivido em sua companhia por longo período como se casados fossem, a prova testemunhal colhida em audiência demonstra que não havia entre o casal a *affectio societatis* familiar, bem como a publicidade da união. A insuficiência de provas que demonstrem a união estável que se objetiva ser reconhecida resulta, consequentemente, na improcedência do pedido declaratório. Recurso conhecido e provido. Sentença reformada" (TJ/ES, Ac. 2ª Câm. Cív., ApCív.35089003731, Rel. Des. Carlos Simões Fonseca, DJes 26.08.2010, p.64) (FARIAS. Cristiano Chaves de; ROSENVALD. Nelson. *Curso de Direito Civil*: Direito das Famílias. v. 6. 4. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspdvium. 2012. p. 516-519).

Acerca dos efeitos jurídicos da união estável, ensina Dimas Messias de Carvalho:

A Lei nº 9.278/96, em seu art. 5º, supriu a lacuna da Lei nº 8.971/94 quanto aos bens adquiridos na constância da sociedade de fato, considerando que, por presunção, são fruto do trabalho e da colaboração comum, desde que a título oneroso, pertencendo a ambos em partes iguais. O Código Civil regulou o regime de bens, equiparando-o na ausência de contrato, ao regime de comunhão parcial, ao dispor que aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime de comunhão parcial de bens (art. 1.725). A lei, portanto, não questiona se ocorreu efetiva participação ou proporção do esforço comum, que é presumido, determinando, mesmo os adquiridos em nome de apenas um, que pertençam igualmente aos conviventes, obedecendo às regras do regime de comunhão parcial (CARVALHO, Dimas Messias. *Direito das famílias*. 3. Ed. Lavras: Unilavras, 2014, p. 391).

Portanto, é reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família, nos termos do art. 1.723, do Código Civil.

Volvendo-se ao caso específico dos autos, o apelante alega que começou a namorar A.M.A.F. em 1994, sendo que em 1996 resolveram morar juntos, com divisão das despesas, deslocando-se o apelante da cidade de Caxambu, onde trabalhava, para a cidade de Conceição do Rio Verde, onde a falecida morava e trabalhava como professora, uma vez durante a semana e nos finais de semana.

Informa, ainda, que em 2013 resolveram marcar o casamento para maio de 2014, sendo que, em março de 2014, A.M.A.F. faleceu, quando já tinham, inclusive, feito curso de noivos e convidado os padrinhos para o casamento.

Na inicial, o autor, ora apelante, junta apenas certidão de nascimento e óbito da suposta companheira, dois informes de rendimentos financeiros da falecida (anos 2007 e 2011), uma nota fiscal de compra de um "Cromus Receptor c/controle", em seu nome, datada de 15.03.2014, vários cartões amorosos envidados pela falecida para o endereço da rua XXXXXXX XXXXXXX nº XXX, Centro, Caxambu, com correspondência datada nos anos de 1997 e 1999 e algumas fotos do casal.

Embora o apelante alegue na inicial que dividia as despesas da casa em que morava junto com a falecida em Conceição do Rio Verde, não há prova documental neste sentido, devendo ser ressaltado que em seu depoimento pessoal ele afirma que não custeava as despesas da casa situada na referida cidade, mas apenas contribuía com algumas "coisas pessoais" para a falecida.

Em seu depoimento, o apelante também afirma que o endereço da falecida era o mesmo da sua mãe e de sua irmã, informação corroborada pela testemunha D.M. (f. 101).

De notar também que pelas cartas de amor juntadas aos autos, fica claro que o apelante residia em Caxambu, sendo que o endereço do destinatário nas cartas é o mesmo da qualificação da parte na inicial e a falecida residia em Conceição do Rio Verde, na rua XXXXX XXXXXXXX, nº XX, Centro, como consta no remetente das cartas e também na correspondência bancária juntada às f. 12.

Portanto, o apelante e a falecida não mantinham uma residência juntos, ao contrário do alegado, pois a A.M.A.F. morava com sua mãe e irmã em Conceição do Rio Verde, ao passo que o recorrente morava em Caxambu, indo àquela cidade algumas vezes na semana para encontrar a *de cujus*, característica que se manteve durante todos os anos do relacionamento.

Assim, as provas indicam que o recorrente mantinha um namoro com a falecida, mas não uma união estável.

Nesse sentido, o depoimento da testemunha D.M. (f. 101):

> pelo que sabe o casal apenas namorava, inclusive, chegaram a agendar o casamento, mas A. veio a óbito antes [...] via o casal junto, mas não sabe se a sociedade o reconhecia como se casados fossem

E também da testemunha S.H.R. (f. 102):

"[...] o autor vinha a esta cidade nos meios e nos finais de semana e ficava na casa de A.; A. morava em companhia da mãe e da irmã; o autor tinha residência em Caxambu".

Também não há prova documental do curso de noivo que alega ter feito junto com A.M.A.F. e nem da marcação do casamento, sendo tal fato apenas mencionado pelas testemunhas de f. 101 e 110.

O apelante também alega que foi o responsável pela liberação do corpo da falecida, mas não há prova nesse sentido nos autos, sendo que na certidão de óbito consta como declarante Mariângela Pereira Bernardes. E aqui há de se salientar que não há notícias nos autos de quem prestou assistência à falecida quando ela ficou doente.

Com efeito, conforme mencionado anteriormente, é inegável que o recorrente mantinha um relacionamento amoroso com a falecida, no entanto, eles não moravam juntos, não dividiam despesas, não colaboravam para a formação de um patrimônio comum e não se prestavam assistência imaterial no período invocado, pelo que não estão preenchidos os requisitos necessários ao reconhecimento de uma união estável, isso porque, embora se trate de uma relação duradoura, pública e contínua, a meu juízo, pelo acervo probatório dos autos, não há prova de que existia o objetivo de constituir família, mas apenas um plano futuro e hipotético de casamento, o que é comum à maioria dos relacionamentos, pelo que entendo que se trata de um namoro qualificado e não de uma união estável.

Nesse sentido, o STJ já enunciou que

> o propósito de constituir família, alçado pela lei de regência como requisito essencial à constituição da união estável - a distinguir, inclusive, esta entidade familiar do denominado "namoro qualificado" -, não consubstancia mera proclamação, para o futuro, da intenção de constituir uma família. É mais abrangente. Esta deve se afigurar presente durante toda a convivência, a partir do efetivo compartilhamento de vida, com irrestrito apoio moral e material entre os companheiros. É dizer: a família deve, de fato, restar constituída (Resp. nº 1.454.643/RJ. Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze. 3ª Turma. *DJe* de 10.03.2015).

Sobre a questão também, lição de Milton Paulo de Carvalho Filho:

> [...] não é qualquer relação amorosa que caracteriza a união estável. Mesmo que celebrada em contrato escrito, pública e duradoura, com relações sexuais, com prole, e, até mesmo, com certo compartilhamento de teto, pode não estar presente o elemento fundamental consistente em desejar constituir família. Assim, o namoro aberto, a 'amizade colorida', o noivado não constituem união estável. É indispensável esse elemento subjetivo para a configuração da união estável. Para Zeno Veloso (*op. cit.*) é absolutamente necessário que entre os conviventes, emoldurando sua relação de afeto, haja esse elemento espiritual, essa *affectio maritalis*, a deliberação, a vontade, a determinação, o propósito, enfim, o compromisso pessoal e mútuo de constituir família. A presença ou não deste elemento subjetivo será definida pelo juiz, diante das circunstâncias peculiares de cada caso concreto. Embora tenha o legislador imposto como elemento caracterizador da união estável a mera intenção de constituir família, o certo é que ela só será reconhecida como tal quando, além de os requisitos a) e b) anteriores forem atendidos, a família vier a ser efetivamente constituída - não mediante celebração solene, como se faz no casamento, ou diante do mero objetivo de constituição de família, pois, neste último caso, até mesmo o noivado poderia se enquadrar (CARVALHO FILHO, Milton Paulo de. *Código Civil comentado*.

> Coordenador Ministro Cezar Peluso. 6. ed., revisada e atualizada. 2012. Editora Manole. São Paulo. p. 2007-2008).

Embora a diferença entre namoro qualificado e união estável seja tênue, entendo que neste último tipo de relação o casal vive como se cassado fosse, o que implica na existência de assistência moral e material recíproca e irrestrita, com esforço conjunto para a consecução de objetivos comuns e ajuda mútua da resolução dos problemas de cada companheiro, o que não observo na relação objeto dos autos.

Sobre a distinção entre namoro qualificado e união estável, enuncia Carlos Alberto Dabus Maluf:

> [...] para que se configure o início do namoro basta que duas pessoas um relacionamento amoroso, o que abrange desde encontros casuais até relacionamentos mais sérios, em que há publicidade, fidelidade e uma possível intenção de casamento ou constituição de união estável no futuro. A confusão que pode surgir entre o namoro e a união estável, no entanto, ocorre nas relações em que há observância das regras morais impostas pela sociedade. São aqueles relacionamentos duradouros, com convivência contínua do casal, em que há fidelidade mútua, pelo menos na aparência, em que ambos se apresentam na sociedade como namorados. A doutrina divide o namoro simples e qualificado. O namoro simples é facilmente diferenciado da união estável, pois não possui sequer um de seus requisito básicos. [...]
>
> Já o namoro qualificado apresenta a maioria dos requisitos também presentes na união estável. Trata-se, na prática, da relação amorosa e sexual madura, entre pessoas maiores e capazes, que, apesar de apreciarem a companhia uma da outra, e por vezes até pernoitarem com seus namorados, não têm o objetivo de constituir família. Por esse motivo é tão difícil, na prática, encontrar as diferenças entre a união estável e o namoro qualificado. Muito embora as semelhanças existentes ente ambos, o que os diferencia é o objetivo precípuo de constituir família - presente na união estável e ausente no namoro qualificado. [...] Assim, para a constituição da união estável, o casal deve manifestar a sua vontade de constituir família, vivendo nesse sentido como se casado fosse. Isso significa dizer que deve haver assistência moral e material recíproca irrestrita, esforço conjunto para concretizar sonhos em comum, participação real nos problemas e desejos do outro etc. No namoro qualificado, por outro lado, embora possa existir um objetivo futuro de constituir família, não há ainda essa comunhão de vida. Apesar de se estabelecer uma convivência amorosa pública, contínua e duradoura, um dos namorados, ou os dois, ainda preserva sua vida pessoal e sua liberdade. Os seus interesses particulares não se confundem no presente, e a assistência moral e material recíproca não é totalmente irrestrita (MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Curso de Direito de Família.* São Paulo: Saraiva, 2013, p. 371-374).

Consoante o art. 373 do Código de Processo Civil/2015, o ônus da prova incumbe ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito e ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Sobre o ônus da prova, convém registrar o entendimento manifestado por Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery:

> Ônus de provar. A palavra vem do latim, *onus*, que significa cargo, fardo, peso, gravame. Não existe obrigação que corresponda ao descumprimento do ônus. O não atendimento do ônus de provar coloca a parte em desvantajosa posição para a obtenção do ganho de causa. A produção probatória, no tempo e na forma prescrita em lei, é ônus da condição de parte.
>
> (omissis...)
>
> 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. O sistema não determina quem deve fazer a prova, mas sim quem assume o risco caso não se produza. (NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 727).

In casu, o recorrente não se desincumbiu do ônus de comprovar a existência de união estável.

Dessarte, da detida análise dos autos, constata-se que o juízo *a quo* conferiu correto desate à causa, pois devidamente demonstrada a inexistência de união estável entre o autor e o *de cujus*.

Acerca do tema, colaciona-se o seguinte julgado:

> Apelação cível. Ação de reconhecimento de união estável *post mortem*. Convivência pública, contínua, duradoura e com o objetivo de constituição de família. Pressupostos de ordem cogente. Prova insuficiente. Relação característica de namoro. Sentença mantida. Recurso não provido. - O reconhecimento da união estável, na inteligência dos art. 226, § 3º, da CR/88 e art. 1.723 do CC, reclama prova da convivência pública, contínua e duradoura, estabelecida com o objetivo de constituição de família, requisitos de ordem cogente, que devem ser inequivocamente comprovados pela parte requerente, nos termos do art. 373, I, do CPC. - Despontando do arcabouço probatório que o namoro havido entre o autor e a falecida, ainda que duradouro, não se revestiu da intenção de constituir família, há que se referendar a decisão de improcedência, já que o relacionamento não tangenciou a órbita da união estável. - Recurso não provido (Apelação Cível nº 1.0000.20.592109-1/001, Rel. Des. Raimundo Messia Júnior, 2ª CACIV. *DJe* de 01.07.2021).

Ante o exposto, nego provimento à apelação.

Nos termos do art. 85, § 11 do CPC, fixo os honorários recursais em 2% (dois por cento) do valor da causa, num total de 12% (doze por cento), suspensa a exigibilidade de pagamento em razão da concessão da justiça gratuita.

Custas pelo apelante, observada a gratuidade da justiça.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES TERESA CRISTINA DA CUNHA PEIXOTO E ALEXANDRE SANTIAGO.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO À APELAÇÃO.

Apelação cível - Indenização - Danos morais - Direito de resposta - Matéria jornalística - Sítio eletrônico da internet - Narrativa de fato - Ânimo de prejudicar - Ausência - Liberdade de imprensa - Abuso não configurado - Indenização indevida

- A matéria jornalística publicada em sítio eletrônico da internet que se limita a narrar fato de interesse público, sem o ânimo de injuriar, difamar ou caluniar o Município, ou seus gestores, não enseja indenização por danos morais, constituindo-se em direito de informação próprio da liberdade de imprensa.

- Nos termos da Lei nº 13.188/15, o direito de resposta é assegurado ao ofendido por matéria jornalística *"cujo conteúdo atente, ainda que por equívoco de informação, contra a honra, a intimidade, a reputação, o conceito, o nome, a marca ou a imagem de pessoa física ou jurídica identificada ou passível de identificação"*.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0411.14.001077-7/001 - Comarca de Matozinhos - Apelante: Município de Matozinhos - Apelado: I de J Clemente Jornal Conexão - ME - Relator: DES. ALEXANDRE SANTIAGO

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, 18 de novembro de 2021. - *Alexandre Santiago* - Relator.

Voto

DES. ALEXANDRE SANTIAGO - Trata-se de apelação interposta, pelo Município de Matozinhos em face da sentença de Ordem 10, complementada pela decisão dos Embargos de Declaração de Ordem 15, proferida pelo MM. Juiz da 2ª Vara Cível, Criminal e da Infância e da Juventude da Comarca de Matozinhos, que julgou improcedentes os pedidos formulados nos autos da Ação Ordinária de Obrigação de Fazer cumulada com Danos Morais, ajuizada pelo apelante em desfavor de I de J Clemente Jornal Conexão - ME.

Em suas razões recursais, Ordem 17, defende o apelante que a sentença deve ser reformada ao argumento de que restou comprovada nos autos a ausência do compromisso ético jornalístico da empresa ré, que praticou "atos infracionais no âmbito jornalístico, como, também, extrapolou o seu direito à liberdade de expressão".

Salienta que a requerida veiculou matéria no sentido de que a Administração Municipal, à época, estaria coagindo servidores ao iniciar processos administrativos ou removendo-os para outros órgãos.

Registra que "*tais atitudes foram praticadas dentro da legalidade, posto que não houve nenhuma decisão judicial anulando estes atos administrativos*".

Sustenta que todas as decisões administrativas emitidas pela antiga Administração Municipal foram exaradas com fundamento legal, após conclusão de procedimento administrativo formal, no qual se respeitou os princípios da ampla defesa e do contraditório, além do devido processo legal.

Aduz que, em relação às remoções de servidores para outros órgãos ou locais da Administração, tal ato possui previsão no Estatuto Municipal, além de nenhum servidor ter prestado concurso para determinada Secretaria Municipal, e sim para o Município como um todo, devendo exercer suas atribuições legais no local em que haja a demanda e o interesse público, além da oportunidade e conveniência da Administração.

Desta forma, requer o provimento do recurso para que lhe seja concedido o direito de resposta após tantas ilações narradas na matéria jornalística.

Isento de preparo.

Contrarrazões apresentadas à Ordem 19, pugnando a apelada pela manutenção da sentença ao argumento de que agiu no exercício regular do seu direito de informar os fatos aos leitores, de interesse público.

É o relatório.

Decido.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

Extrai-se dos autos que a Ação Ordinária de Obrigação de Fazer cumulada com Danos Morais foi ajuizada argumento o Município apelante que a empresa apelada veiculou matéria jornalística intitulada "Funcionários Públicos coagidos pelo poder", extrapolando o seu direito à liberdade de expressão.

Anota-se, inicialmente, que em julgamento ocorrido no dia 30 de abril de 2009, o Pleno do Supremo Tribunal Federal julgou procedente o pedido da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 130/DF, declarando como não recepcionados pela Constituição Federal todos os dispositivos da Lei nº 5.250/67 (Lei de Imprensa), nos termos do voto do em. Min. Carlos Britto.

Desta forma, os casos que versam sobre pretenso abuso à liberdade de imprensa devem ser analisados à luz da legislação constitucional e civil pertinentes, notadamente sob a óptica dos incisos IV, V, IX, X e XIV, do art. 5º da Carta Magna:

> 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:
>
> [...]
>
> IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;
>
> V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;
>
> [...]
>
> IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;
>
> 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;
>
> [...]
>
> XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;
>
> [...]

É cediço que não há hierarquia entre os dispositivos constitucionais, sendo certo que, havendo colisão entre direitos fundamentais, o caso concreto será analisado à luz dos princípios da Concordância Prática ou da Harmonização das normas, a fim de se aferir qual o direito a ser tutelado que deverá prevalecer.

Acerca do tema, o Il. doutrinador Pedro Lenza, ensina que:

> Partindo da ideia de unidade da Constituição, os bens jurídicos constitucionalizados deverão coexistir de forma harmônica na hipótese de eventual conflito ou concorrência entre eles, buscando, assim, evitar o sacrifício (total) de um princípio em relação a outro em choque. O fundamento da ideia de concordância decorre da inexistência de hierarquia entre os princípios (LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 182)

Conclui-se, portanto, que nenhum direito constitucional é absoluto, posto que a existência de outros direitos fundamentais coexistentes aplicáveis ao caso concreto caracteriza a necessidade de limitação da abrangência de um deles, sem que ocorra a supressão do outro.

Noutro giro, considerando o pedido de indenização por dano moral decorrente da suposta violação a direito constitucional, é necessário tecer alguns esclarecimentos sobre o tema.

Ao tratar do dever de indenizar, o Código Civil estabelece que:

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

Conforme se verifica dos dispositivos mencionados, para que se tenha a obrigação de indenizar, é necessária a coexistência de três elementos essenciais: a ofensa a uma norma preexistente ou um erro de conduta, um dano, e o nexo de causalidade.

Segundo o doutrinador Caio Mário da Silva Pereira:

> O ato ilícito tem correlata a obrigação de reparar o mal. Enquanto a obrigação permanece meramente abstrata ou teórica, não interessa senão à moral. Mas, quando se tem em vista a efetiva reparação do dano, toma-o o direito a seu cuidado e constrói a teoria da responsabilidade civil. Esta é, na essência, a imputação do resultado da conduta antijurídica, e implica necessariamente a obrigação de indenizar o mal causado (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*, v. I, 18. ed., Forense, RJ, 1995, p. 420).

No caso dos autos, considerando-se o conflito de interesses apresentado pelos jurisdicionados, deve-se partir das premissas apresentadas pelo apelante a fim de se aferir a legitimidade do direito pleiteado.

É incontroverso nos autos que a requerida veiculou matéria em seu portal de notícias intitulada "Funcionários Públicos coagidos pelo poder", narrando que:

Desde o início da atual administração da Prefeitura de Matozinhos, tendo como chefe do executivo Antônio Divino de Souza (PMDB), vários servidores vêm reclamando de processos administrativos, de transferências para outros setores com desvio de finalidade, caracterizando perseguição política por parte do próprio do governo. Ora por terem apoiado outros candidatos ou por indiferenças com os novos chefes do primeiro escalão. Funcionários de carreira que passaram por várias gestões exercendo de forma exemplar a sua função foram descartados e alguns preferiram pedir para sair evitando o que eles chamam de humilhações. Sem saber onde recorrer, a exposição pública do problema pode ser a saída.

No ensejo, apresenta diversos casos narrados pelos funcionários. Por exemplo:

O primeiro caso foi com a Auxiliar de Gabinete. Maria Betânia Rocha Siqueira, concursada há 13 anos na função, foi impedida de assumir o seu cargo. O motivo seria devido ao seu envolvimento com a administração anterior onde ocupou cargos de confiança no primeiro escalão. Depois de voltar ao seu posto através de um mandato de segurança, chegou a chamar a Polícia Militar para

fazer um boletim de ocorrência contra o prefeito e o chefe de gabinete por mandar ela sair da sala. Depois de ferias prêmio e outros afastamentos, Betânia vou desviada para o setor de Patrimônio numa salinha no fundo da Prefeitura.

A funcionária que trabalhou por 18 anos na Saúde, Rosemarie Alice Batista Marques, que foi responsável pela pasta também no governo passado, já sabia que teria problemas assim que Marsileidy Siqueira Leandro assumiu a secretaria, por não se darem bem. No início do mandato Rose pediu férias prêmio e iria pedir licença sem vencimentos para assumir um cargo de chefia na Prefeitura de Pedro Leopoldo a pedido da prefeita daquela cidade, mas, o prefeito não a cedeu para o município vizinho. Através de uma portaria, Antônio Divino transferiu a funcionária da secretaria de Saúde para a secretaria de Obras, sendo levada para uma sala na garagem e depois para urna sala com mais duas funcionárias do setor de Meio Ambiente na Rua Dolores de Oliveira.

[...]

Como é cediço, à empresa jornalística compete pautar-se, minimamente, em elementos ou indícios acerca da ocorrência dos fatos a serem veiculados na notícia e do envolvimento de pessoas, aproximando-se, ao máximo, da verdade, de forma a evitar a divulgação de falsas informações, as decantadas *fake news*.

A liberdade de imprensa garante a livre expressão da atividade de comunicação, independentemente de censura ou licença (art. 5º, IX, CR/88), e veda qualquer embaraço à plena liberdade de informação jornalística mediante censura de natureza política, ideológica e artística (art. 220 § 1º e § 2º).

Porém, não se pode perder de vista que a Carta Magna contrapõe à liberdade de imprensa, direitos de igual valor consistentes na inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, assegurando direito de indenização pelos danos de Ordem material e moral decorrentes de eventual violação (art. 5º, V e X).

Nessa esteira, conclui-se que a veiculação jornalística deve se prender ao relato fiel dos fatos, sem excesso que possa causar dano à honra e à imagem de pessoa, física ou natural.

Especificamente sobre a responsabilidade civil na divulgação de matéria jornalística, são valiosos os ensinamentos de Fabrício Zamprogna Matielo:

> Caso se esteja noticiando a verdade, sem a presença de *animus injuriandi vel difamandi* ou sem que se vislumbre a intenção de prejudicar, os meios de comunicação apenas estão exercendo o justo direito de informar. O mesmo acontecerá se o *animus*, o desígnio dos autores da veiculação é apenas o de narrar um fato do qual se teve notícia por fonte previamente indicada, quando então se transferirá para essa eventual responsabilidade civil. O direito de reparação por danos morais não pode servir de pretexto ao cerceamento do livre exercício dos atributos legais conferidos aos meios de comunicação escrita, falada ou televisada (MATIELO, Fabrício Zamprogna. *Dano Moral, Dano Material e Reparação*, 4. ed. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 1998).

Cumpre consignar, então, que a imprensa possui o direito de emitir opiniões acerca dos fatos por ela narrados, liberdade de manifestação garantida pelo Estado Democrático de Direito. Contudo, deve pautar-se em verdades ou, ao narrar um fato, ao menos indicar a fonte de onde se originou aquela notícia. Ademais, o direito de informar deve ser exercido sem assimilar excessos ou juízos de valor negativos, sob pena de responsabilidade do veículo de notícia e do próprio jornalista.

Sobre o ânimo de injuriar Darcy Arruda Miranda ensina que este surgirá:

> [...] quando o noticiarista extravasa da narrativa e ataca o que se pretende ofendido, sem ligação direta com o fato narrado ou quando revela o intuito claro de atingir-lhe o decoro, a dignidade ou a reputação (MIRANDA, Darcy Arruda. *Comentários à Lei de Imprensa*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 3. ed., p. 534).

No caso em apreço, não se constata na matéria veiculada pela apelada o dolo com que ela teria agido para difamar ou prejudicar o apelante, mas apenas a divulgação do inconformismo de funcionários que se sentiram prejudicados com a nova gestão, à época.

A meu ver, a publicação objeto da lide não teve a intenção de denegrir a imagem do município, mas a de analisar o momento político e a pessoa que naquele momento ocupava o cargo de Prefeito Municipal.

Neste sentido, não restando demonstrado o ânimo de difamar ou o cometimento de excesso pelo jornalista e pelo veículo de comunicação, não há que se falar em abuso da liberdade de imprensa e tampouco em ressarcimento de dano moral.

Em casos análogos ao presente, já decidiu o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, nestes termos:

> Apelação cível. Ação de indenização por danos morais. Supostas acusações proferidas em reportagem veiculada em revista. Observância dos limites da informação. Dever de indenizar afastado. Sentença mantida. A Constituição estabelece como direito fundamental o acesso de todos à informação, estabelecendo, ainda, que a manifestação do pensamento, a criação, expressão e informação não sofrerão nenhuma restrição, vedando-se qualquer tipo de censura. Para efeitos de responsabilização, cabe ao autor comprovar que os requeridos não observaram os limites idealizados pelo Constituinte, no exercício dos direitos atribuídos aos órgãos de comunicação (TJMG - Apelação Cível nº 1.0024.09.519228-2/001. Rel. Des. Alberto Henrique. *DJe* de 26.07.2013).
>
> Apelação cível. Indenização. Danos morais. Reportagem veiculada em jornal. Notícia que faz referência a omissão de declaração de bens de deputado federal. Fato amplamente divulgado pela mídia. Opiniões que não extrapolam os limites do razoável. Dano à imagem e à moral. Inocorrência. Indenização indevida. I- A Constituição da Republica assegura à imprensa a livre expressão da atividade de comunicação, sendo-lhe permitido divulgar notícias de cunho informativo sem que haja abuso desse direito a ponto de violar a imagem e a honra das pessoas envolvidas, ao que resta garantida compensação correspondente. II - A reportagem lançada em periódico que faz referência à omissão de patrimônio particular em declaração de bens, já amplamente divulgada por toda mídia, acrescida de opiniões sobre os fatos que não ultrapassam os limites do razoável, não pode

> ser considerada ofensiva à honra ou imagem do autor, mas mero desconforto e desgosto, incapaz de gerar direito à indenização (TJMG - Apelação Cível nº 1.0024.09.701464-1/001. Rel. Des. João Cancio. *DJe* de 09.04.2013).

No tocante ao direito de resposta, a Lei nº 13.188/15, que dispõe sobre o direito de resposta ou retificação do ofendido em matéria divulgada, publicada ou transmitida por veículo de comunicação social, assim dispõe:

> Art. 1º Esta Lei disciplina o exercício do direito de resposta ou retificação do ofendido em matéria divulgada, publicada ou transmitida por veículo de comunicação social.
> Art. 2º Ao ofendido em matéria divulgada, publicada ou transmitida por veículo de comunicação social é assegurado o direito de resposta ou retificação, gratuito e proporcional ao agravo.
> § 1º Para os efeitos desta Lei, considera-se matéria qualquer reportagem, nota ou notícia divulgada por veículo de comunicação social, independentemente do meio ou da plataforma de distribuição, publicação ou transmissão que utilize, cujo conteúdo atente, ainda que por equívoco de informação, contra a honra, a intimidade, a reputação, o conceito, o nome, a marca ou a imagem de pessoa física ou jurídica identificada ou passível de identificação.
> § 2º São excluídos da definição de matéria estabelecida no § 1o deste art. os comentários realizados por usuários da internet nas páginas eletrônicas dos veículos de comunicação social.

Nos termos do dispositivo acima, o direito de resposta é assegurado ao ofendido por matéria jornalística "cujo conteúdo atente, ainda que por equívoco de informação, contra a honra, a intimidade, a reputação, o conceito, o nome, a marca ou a imagem de pessoa física ou jurídica identificada ou passível de identificação".

Conforme esclarecido acima, não restou comprovado nos autos que a matéria veiculada atentou contra a honra, a intimidade, a reputação, o conceito, o nome, a marca ou a imagem de pessoa física ou jurídica identificada ou passível de identificação.

Destarte, pelos fundamentos em que prolatada, a sentença recorrida merece prevalecer em seus termos integrais. Ante o exposto, nego provimento ao presente recurso.

Custas recursais pelo apelante, isento na forma da Lei nº 14.939/2003. Majoro os honorários advocatícios devidos pelo apelante em favor da apelada para R$1.200,00 (mil e duzentos reais).

Votaram de acordo com o Relator OS DESEMBARGADORES ÂNGELA DE LOURDES RODRIGUES E CARLOS ROBERTO DE FARIA.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Apelação cível - Ação ordinária - Cerceamento de defesa - Inocorrência - Engenho de publicidade - Município de Belo Horizonte - Obstrução da visibilidade - Serra do curral - Impedimento

- Não configura cerceamento de defesa a entrega da prestação jurisdicional quando o magistrado verifica a desnecessidade de realização de inspeção judicial.

- A instalação de engenho de publicidade em mobiliário urbano no Município de Belo Horizonte está sujeita a prévio requerimento administrativo perante a prefeitura municipal, que irá expedir, a título precário, o documento de licenciamento respectivo, conforme disposto na Lei Municipal nº 8.616/2003, com a redação dada pela Lei Municipal nº 9.845/10.

- Restando evidenciado que a instalação do engenho de publicidade compromete a visibilidade da Serra do Curral, considera-se legítima a decisão da Administração Pública Municipal de não realizar novo chamamento.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.14.232399-7/002 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Oficio Publicidade Ltda. - ME - Apelado: Município de Belo Horizonte - RELATOR: DES. ALEXANDRE SANTIAGO.

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 NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 25 de novembro de 2021. - *Alexandre Santiago* - Relator.

Voto

DES. ALEXANDRE SANTIAGO - Trata-se de apelação, interposta contra a sentença de Ordem 8, proferida pelo MM. Juiz da 1ª Vara de Fazenda Pública Municipal da Comarca de Belo Horizonte, que julgou improcedente o pedido inicial formulado nos autos da Ação Ordinária ajuizada pela apelante, Oficio Publicidade Ltda. - ME, em desfavor do apelado, Município de Belo Horizonte.

Em suas razões recursais, Ordem 11, pretende a apelante a reforma da sentença ao argumento de que,

além da legislação municipal garantir o direito a realização de novo chamamento público, a interferência detectada pela perícia surge a partir de ângulo específico que foge da compreensão comum, o que torna ilegítima a recusa do município quando a questão é analisada sobre o prisma da razoabilidade e proporcionalidade.

Em sede de preliminar, alega nulidade da sentença por cerceamento de defesa, aduzindo ser necessária a realização da inspeção judicial. Sustenta que o pedido da prova não foi sequer apreciado, o que lhe prejudica na medida em que a interferência do engenho de publicidade na visibilidade da Serra do Curral detectada na perícia é insignificante.

Pugna, pois, pela cassação da sentença e retorno dos autos à origem para apreciação do pedido e realização da respectiva prova.

No mérito, afirma que não se trata de faculdade, mas dever do Município em promover um novo chamamento público, sob pena de ofensa à Lei nº 8616/2003, que trata do Código de Posturas do Município de Belo Horizonte. Informa que *"é com base nessa norma que a empresa Ofício Publicidade, aqui apelante, obteve a licença do Município para instalação do engenho publicitário"*, por meio de processo licitatório em que foi vencedora.

Insiste que o engenho já estava licenciado, sendo que, ao final da licença de 2 (dois) anos, a apelante manifestou sua intenção de novo chamamento público para continuidade da instalação. Contudo, o pedido foi indeferido.

Pugna, pois, pela procedência do pedido inicial. Preparo recolhido à Ordem 13.

Contrarrazões apresentadas à Ordem 15, pugnando o apelado, objetivamente, pela manutenção da sentença.

É o relatório.

Decido.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

Em sede de preliminar, alega a apelante a ocorrência de cerceamento de defesa ao argumento de que é imprescindível a realização da inspeção judicial a fim de se verificar a insignificância da interferência do engenho de publicidade na visibilidade da Serra do Curral.

Inicialmente, impende registrar que, embora afirme a apelante que o pedido de realização da prova não foi objeto de apreciação, não é o que se verifica dos autos.

Conforme se vislumbra da sentença, o pedido foi apreciado, conforme a seguir:

Inicialmente, destaco que o ponto controvertido no feito é saber se o engenho de publicidade objeto dos autos preenche os requisitos legais para ter sua licença renovada e ser realizado novo chamamento para continuidade da exploração comercial do ponto - notadamente se afeta a visão da Serra do Curral - e para tal foi realizada perícia técnica, por profissional equidistante das partes e com

conhecimentos técnicos para tal, sendo que, a meu ver as testemunhas sequer seriam necessárias, ainda mais uma inspeção judicial.

É cediço que o direito à prova é constitucionalmente assegurado, conforme se vê do art. 5º, LV, da CR/88:

> Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

Por outro lado, o Código de Processo Civil conferiu ao julgador certa discricionariedade no que diz respeito ao deferimento das provas requeridas pelas partes, incumbindo-lhe, sob esse aspecto, indeferir aquelas que se apresentarem protelatórias, em nada contribuindo para a demonstração do fato constitutivo do direito do autor ou do réu. É o que prevê o art. 370 do CPC:

> Art. 370. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito.
>
> Parágrafo único. O juiz indeferirá, em decisão fundamentada, as diligências inúteis ou meramente protelatórias.

No caso dos autos, defende a apelante a imprescindibilidade da realização de inspeção judicial.

Sabe-se que a inspeção judicial constitui instrumento importante de auxílio do convencimento do magistrado nos casos em que a percepção pessoal do julgador interferirá no resultado.

Contudo, tais situações devem ser apreciadas com cautela, porquanto nem sempre são capazes de influenciar no julgamento do feito, tendo, algumas das vezes, mero caráter protelatório.

É cediço que a produção da prova deve ser deferida somente quando for imprescindível para a formação do convencimento do magistrado, pois, nos casos em que pode ser substituída por outros meios de prova, estes devem ser priorizados, em função dos princípios da celeridade e economia processual.

Desse modo, o que se percebe é que, na qualidade de destinatário das provas, o juiz tem a faculdade de indeferir aquelas que não se prestem a formar seu convencimento, em razão da existência de outros elementos de convicção nos autos, o que não configura cerceamento de defesa.

E, a meu ver, é o que ocorre no caso dos autos, em que o juízo *a quo* considerou que o conjunto probatório acostado já era suficiente para o justo julgamento da lide.

Não há, pois, que se falar em cerceamento de defesa.

Rejeito a preliminar.

Extrai-se dos autos que a pretensão inicial consiste na realização de chamamento público, pelo Município requerido, para instalação de engenho de publicidade na Avenida Afonso Pena, cuja licença de 2 (dois) anos, anteriormente concedida, encerrou.

Importa registrar que a matéria está disciplinada na Lei nº 8.616/2003, Código de Posturas do Município de Belo Horizonte, que dispõe sobre o licenciamento e fiscalização do engenho de publicidade, nos seguintes termos:

> Art. 281 A instalação de engenho de publicidade sujeita-se a processo prévio de licenciamento, mediante requerimento ao Executivo, do qual resultará documento de licenciamento próprio, expedido a título precário.
>
> § 1º Ficam dispensados da exigência de que trata o caput deste art. os engenhos de publicidade classificados como simples.
>
> § 2º A dispensa de licenciamento prevista no § 1º deste art. não se aplica ao engenho de publicidade instalado em logradouro público, que estará sujeito às regras específicas estabelecidas nesta Lei.
>
> § 3º A dispensa de licenciamento prevista no § 1º deste art. não desobriga o responsável pelo engenho do cumprimento das demais exigências desta Lei.
>
> § 4º O regulamento definirá as características de engenhos para os quais será exigida, no processo de licenciamento, indicação de responsável técnico pela sua instalação, devidamente registrado no CREA.
>
> Art. 282 Expedido o documento de licenciamento, será obrigatória, em espaço do próprio engenho, a indicação do seu respectivo número e do nome do licenciado.
>
> Art. 283 O documento de licenciamento deverá ser mantido à disposição da fiscalização municipal para apresentação imediata no local onde estiver instalado o engenho ou, se este estiver instalado em terreno ou lote vago, no local indicado no requerimento original.
>
> Art. 284 Qualquer alteração quanto ao local de instalação, à dimensão e à propriedade do engenho de publicidade implica novo e prévio licenciamento.
>
> Art. 285 Não poderá permanecer instalado o engenho de publicidade que:
>
> I - veicule mensagem fora do prazo autorizado;
>
> II - veicule mensagem relativa a estabelecimento desativado;
>
> III - esteja em mau estado de conservação nos aspectos visual e estrutural;
>
> IV - acarrete risco à segurança dos ocupantes das edificações e à população em geral; V - não atenda aos requisitos desta Lei;
>
> VI - não obedeça ao padrão fixado pelo Executivo.
>
> Art. 286 Para fins de fiscalização, serão consideradas responsáveis pelo engenho de publicidade as pessoas relacionadas no art. 12, parágrafo único e seus incisos, da Lei nº 5.641, de 22 de dezembro de 1989, independente da Ordem ali inscrita.
>
> § 1º No caso de engenho de publicidade indicativo instalado irregularmente, será responsabilizado o proprietário do engenho.

> § 2º Nos demais casos de engenhos de publicidade instalados irregularmente, serão responsabilizados, individualmente, o anunciante, a agência de publicidade, o proprietário do engenho, o dono do imóvel e o responsável pela sua instalação.
>
> § 3º No caso de edificações de múltiplos usuários, o condomínio será considerado responsável pelo engenho de publicidade instalado no local, pelo que respondem solidariamente os coproprietários do imóvel, mesmo quando não constituído formalmente o condomínio.
>
> Art. 287 Constatada a irregularidade do engenho, fica o responsável obrigado a removê-lo no prazo fixado na notificação, sob pena de aplicação de multa diária, conforme dispuser o regulamento desta Lei.
>
> § 1º Não removido o engenho irregular pelo responsável, o Poder Público procederá à remoção do mesmo, mantendo, em qualquer hipótese, a multa a que se refere o caput deste art..
>
> § 2º Enquanto não realizada a remoção do engenho, nos termos do disposto no § 1º deste art., o Poder Público poderá sobrepor ao mesmo tarja alusiva à irregularidade ou cobri-lo total ou parcialmente.
>
> Art. 288 Ocorrendo a retirada do engenho, fica o responsável obrigado a providenciar sua baixa junto ao órgão municipal competente, conforme dispuser o regulamento, no prazo máximo de 30 (trinta) dias, a contar da data da ocorrência.
>
> Art. 289 O regulamento deverá prever critérios que assegurem a proporcionalidade entre a multa e a área de exposição do engenho.

Extrai-se, portanto, dos dispositivos supratranscritos que a instalação de engenho de publicidade em mobiliário urbano no Município de Belo Horizonte está sujeita a prévio requerimento administrativo perante a prefeitura municipal, que irá expedir, a título precário, o documento de licenciamento respectivo.

Esta licença, a princípio, deverá ser mantida à disposição da fiscalização municipal, para apresentação imediata no local onde estiver instalado o engenho de publicidade, conforme previsto no art. 283, da Lei Municipal nº 8.616/2003.

O art. 266, XIV, do Código de Posturas do Município de Belo Horizonte, por sua vez, proíbe a *"instalação e manutenção de engenho de publicidade" "onde obstruam visadas de referenciais simbólicas como edifícios históricos, obras de arte e Serra do Curral"*, sendo este o fundamento do indeferimento administrativo.

Conforme esclarecido acima, a licença para instalação de engenho publicitário é concedida de forma precária pela Administração Pública Municipal, o que significa que não há direito à renovação automática após o término daquele prazo, devendo, pois, ser realizado novo chamamento.

Nesse sentido, o Decreto Municipal nº 14.060/2010, que regulamenta o Código de Posturas:

> Art. 156 - A instalação de engenho de publicidade sujeita-se a processo prévio de licenciamento, mediante requerimento ao Executivo, do qual resultará documento de licenciamento próprio.
>
> [...]
>
> §3º - O licenciamento de engenho de publicidade será precedido de chamamento público nas hipóteses em que se verifique a possibilidade de o número de interessados superar a quantidade de licenças passíveis de concessão, por força da limitação do número de engenhos por face de quadra estabelecida pelo Código de Posturas.
>
> [...]
>
> § 13 - A licença para instalação de engenho de publicidade concedida nos termos deste art. terá validade de 1 (um) ano, ficando assegurada somente a primeira renovação sem a necessidade de realização de chamamento público, nos casos em for exigido.

In casu, cumpre esclarecer que, conforme constou do Agravo de Instrumento nº 1.0024.14.232399-7/001, o pedido de novo licenciamento foi formulado e apreciado administrativamente, ensejo em que foi indeferido em razão do engenho publicitário interferir na visibilidade da Serra do Curral:

Com efeito, verifica-se que as decisões administrativas que culminaram com o indeferimento do pedido de abertura de chamamento público, com vistas à instalação de engenho publicitário no endereço da Av. Afonso Pena, nº 3.328, nesta Capital, se pautaram em realidades tidas pela agravante como inocorrentes, tais como a interferência do engenho na visibilidade do bem tombado, a localização do objeto em direção à vista da Serra do Curral e a sua não afixação em empena cega.

Apontam-se, neste contexto, as decisões proferidas na primeira e na segunda instância administrativa, demonstrando, com aparente respaldo na legislação de regência, a impossibilidade de atendimento da pretensão da agravante, inda que diante das licenças que lhe foram anteriormente concedidas:

> MOTIVAÇÃO: Processo indeferido em 13 de maio de 2014, fundamentado na manifestação do DIPC (Diretoria de Patrimônio Cultural), parecer GENOM (Gerência de Normatização e Monitoramento) e na Lei nº 8.616/03, arts. 267, c.c. a Deliberação nº 109/2004 do Conselho Deliberativo do Patrimônio Cultural do Município de Belo Horizonte (CDPCM-BH).
>
> Motivação: Trata-se de local inserido na ADE Serra do Curral e no Conjunto Urbano Av. Afonso Pena e Adjacências, onde não é admitida a instalação de engenho publicitário em função do disposto na Deliberação nº 109/2004 do CDPCM-BH e no art. 267 da Lei nº 8.616/03; além disso, a instalação e manutenção do engenho publicitário proposto impacta na visibilidade do bem tombado, contrariando a previsão contida no art. 266, XIV, da Lei nº 8.616/03, com redação dada pela Lei nº 9.845/10.

No mesmo sentido foi a decisão do Conselho Deliberativo do Patrimônio, apontando circunstâncias que obstam o acolhimento da pretensão da agravante, ao menos nesta fase processual:

> Em relação ao pedido à folha 54 do processo em epígrafe, cabe ressaltar que o engenho objeto deste processo não se encontra em direção oposta à vista da Serra do Curral, nem se encontra afixado em empena cega, não cabendo, neste caso a aplicação da Deliberação do CDPCM/BH nº 112/2014.

Tem-se, desta forma, que a Administração Pública Municipal, ao rever o seu ato, entendeu que a instalação do engenho publicitário no local indicado compromete a visibilidade da Serra do Curral, o que foi confirmado pela prova pericial (evento de Ordem 7, f. 14/74):

> 5. O engenho de publicidade se encontra instalado em local vedado, nos termos dos art. 266 e seguintes, do Código de Posturas do Município, Lei nº 8.616/03?
>
> Sim, o engenho de publicidade está instalado em local vedado no art. 266 da Lei nº 8.616/03 [...]
>
> 7. O engenho de publicidade prejudica, de qualquer forma, a visibilidade da Serra do Curral?
>
> Sim. O engenho de publicidade prejudica a visibilidade da Serra Curral dependendo do posicionamento do observador.

E conclui:

> O engenho de publicidade obstrui parcialmente a visão da Serra do Curral dependendo de ode está posicionado o observador. Tal limitação é verificada em uma parte da Praça Milton Campos, próximo a Rua que separa a Praça da quadra onde está o engenho objeto do estudo [...]

Logo, ao contrário do que alega a apelante, restou suficientemente evidenciado que se enquadra na vedação contida no art. 266 da Lei nº 8.616/03, em virtude do comprometimento da visibilidade da Serra do Curral.

Nesse sentido, já decidiu este TJMG:

> Apelação. Instalação de engenho publicitário. Código de posturas do município de Belo Horizonte. Término de licença. Chamamento público. Comprometimento da visibilidade da serra do curral. Vedação legal. Há vedação expressa à instalação de engenho publicitário que comprometa a visibilidade da Serra do Curral. A licença é concedida de forma precária pela Administração Pública Municipal, o que significa que não há direito à sua renovação, quando concedida por prazo determinado, após o seu término. O Código de Posturas é regulamentado pelo Decreto nº 14.060/10, que prevê em seu art. 156, a

> necessidade de licenciamento prévio para a instalação de engenho de publicidade, bem como de chamamento público apenas quando houver a possibilidade de o número de interessados superar a quantidade de licenças passíveis de concessão (TJMG - Apelação Cível nº 1.0024.14.085422-5/002, Rel.ª Des.ª Ângela de Lourdes Rodrigues, 8ª Câmara Cível, j. em 19.10.2017, p. em 30.10.2017).
>
> Apelação cível. Ação declaratória. Código de posturas. Licença para instalação de engenho de publicidade. Obstrução visual da serra do curral. Negativa do poder público - legalidade. O Código de Posturas do Município de Belo Horizonte prevê os locais onde são proibidas e permitidas, respectivamente, as instalações de engenhos de publicidade. Comprovado que o pedido de instalação de engenho de publicidade formulado pela parte autora prejudica a visada da Serra do Curral é legítima a conduta do Poder Público que indefere a abertura deste chamamento quando desatendida a legislação vigente (TJMG - Apelação Cível nº 1.0000.21.085292-7/001, Rel. Des. Edilson Olímpio Fernandes, 6ª Câmara Cível, j. em 29.06.2021, p. em 05.07.2021).

Por fim, importa registrar que, ainda que a proibição exista desde a concessão da primeira licença, a ilegalidade não deve persistir em face da necessidade de estrita observância ao princípio da legalidade. Até mesmo porque o decurso do tempo não torna legal o que é ilegal.

Diante do exposto, rejeito a preliminar e nego provimento ao recurso.

Custas recursais pela apelante, bem como honorários advocatícios que majoro para R$1.300,00 (um mil e trezentos reais).

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES ÂNGELA DE LOURDES RODRIGUES E CARLOS ROBERTO DE FARIA.

Súmula - REJEITARAM A PRELIMINAR E NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Direito civil e processual civil - Apelação cível - Ação declaratória de nulidade de negócio jurídico - Alegação de incapacidade absoluta da parte - Comprovação - Fato impeditivo à fluência de prazo decadencial - Verificação - Declaração de nulidade dos negócios jurídicos celebrados no período em que demonstrada a incapacidade - Possibilidade - Inteligência dos arts. 5.º do Código Civil de 1916 e 3º do Código Civil de 2002, com a redação vigente à época dos fatos - Restituição das partes ao estado em que se encontravam - Recursos não providos

- Não corre contra o absolutamente incapaz prazo de natureza decadencial (arts. 208 e 198, inciso I, do Código Civil).

- Demonstrada a incapacidade absoluta da parte à época da celebração do contrato objeto do litígio, na forma da redação do art. 3.º do Código Civil à época do fato, impõe-se a declaração da nulidade do negócio jurídico, com a restituição das partes ao estado em que se encontravam, nos termos do art. 182 do mesmo Diploma legal.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0643.09.004094-7/001 - COMARCA DE SÃO ROQUE DE MINAS - Apelante Adesivo: Denúzia de Castro Espólio de, Representado P/Invte Denúzia Maria de Castro - 1º Apelante: Maria Martha Almeida dos Santos, Nirce Lene Vilela de Castro, Gaspar de Castro e Outros, Bruno Venerando se Castro, Lúcio Soares Vilela, Antônio Venerando se Castro, Zilomar Soares sos Santos - 2º Apelante: Lilhia Servan Silva - Apelado: Lúcio Soares Vilela, Bruno Antônio Venerando se Castro, Maria Martha Almeida sos Santos, Nirce Lene Vilela se Castro, Zilomar Soares sos Santos, Gaspar se Castro e Outros, Lilhia Servan Silva, Denúzia se Castro - 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 REJEITAR PRELIMINAR E PREJUDICIAL DE MÉRITO E NEGAR PROVIMENTO AOS RECURSOS.

Belo Horizonte, 11 de dezembro de 2021. - *Márcio Idalmo Santos Miranda* - Relator.

Voto

DES. MÁRCIO IDALMO SANTOS MIRANDA - Contra sentença proferida pelo douto Juízo da Comarca de São Roque de Minas que, em ação declaratória de nulidade de negócio jurídico c.c. indenização ajuizada pelo Espólio de Denúzia de Castro em face de Gaspar de Castro e outros julgou parcialmente procedente o pedido formulado na inicial, manifestaram recurso de apelação os réus e, adesivamente, o autor.

Pretendem os réus, em com seus inconformismos, ver reformada a sentença combatida, de modo a ser reconhecida a decadência do direito pleiteado na peça de ingresso, ou, no mérito, julgado improcedente o pleito autoral.

A quinta ré, Lilhia Servan Silva, requer, em sua manifestação, a concessão da gratuidade judiciária; suscita questão prejudicial de mérito, referente à prescrição, afirmando ultrapassado o prazo quadrienal para ajuizamento da ação; no mérito, afirma que o negócio jurídico por ela celebrado com a falecida autora foi regular; que, à época da compra do imóvel ela se encontrava lúcida; que não há, nos autos, comprovação da alegada incapacidade; que vendeu posteriormente o imóvel ao primeiro réu por dele não mais gostar; que não há falar-se, assim em nulidade.

Os demais requeridos, por sua vez, também suscitam questão prejudicial de mérito, esta referente à decadência, dizendo ultrapassado o prazo de quatro anos para anulação dos negócios jurídicos objeto dos autos; no mérito, afirmam, em suas razões, que os contratos de compra e venda impugnados na peça de ingresso são lícitos; que a falecida Autora adquiriu bens mesmo após o ano de 1993, época em que se afirma sua incapacidade; que todas as transações são reais, sem caráter de simulação; que a Sr.ª Denúzia se encontrava capaz de reger sua vida civil quando alienou os terrenos apontados na peça de ingresso; que não há, nos autos, prova de prejuízo ao incapaz; que não houve intuito de dilapidação patrimonial, nem invasão da legítima.

O autor, de seu lado, em apelação adesiva, busca a reforma parcial da sentença, de modo a ser imposta aos réus o pagamento de indenização por dano material e declarada a nulidade também das doações efetuadas pela falecida.

Em seu inconformismo, alega, em resumo, que a utilização das terras pelos requeridos, por mais de vinte e três anos, gerou riquezas em detrimento do espólio, fazendo jus a parte autora ao recebimento de indenização pelo uso das áreas e de rebanhos; que também são nulas as doações realizadas pela falecida autora, pelos motivos declinados na peça de ingresso.

Contrarrazões apresentadas às f. 510/526 e 531/537.

Os apelos se encontram devidamente preparados (f. 489, 497 e 563/564).

Parecer da douta Procuradoria-Geral de Justiça ás f. 568/572, pugnando pelo desprovimento dos apelos.

É o relatório.

Passo ao voto.

Rejeito, inicialmente, a preliminar suscitada pela segunda apelante principal nas contrarrazões, uma vez efetuado - conforme já relatado - o preparo do apelo adesivo, na forma do art. 1.007, § 4.º, do CPC.

Conheço, pois, dos recursos, uma vez presentes seus pressupostos de admissibilidade.

Primeiro e segundo apelos

Aprecio conjuntamente os apelos principais, em face da semelhança dos argumentos neles declinados.

Indefiro, inicialmente, o pedido, formulado pela segunda apelante principal, de concessão da gratuidade judiciária, vez que, conforme f. 497, foi efetuado o pagamento das custas recursais, em evidente contradição com o pleito deduzido no inconformismo.

Também não vejo como acolher questão prejudicial de mérito suscitada pelos Apelantes principais, referente à ocorrência da prescrição ou da decadência.

Assim o faço por considerar aplicável ao caso o disposto nos arts. 169, inciso I, do Código Civil de 1916 e 208 e 198, inciso I, do Código Civil de 2002, que estabelecem, como causa obstativa da fluência de prazo prescricional ou decadencial, a incapacidade da parte. Confira-se:

> Art. 198. Também não corre a prescrição:
>
> I - contra os incapazes de que trata o art. 3o;
>
> II - contra os ausentes do País em serviço público da União, dos Estados ou dos Municípios;
>
> III - contra os que se acharem servindo nas Forças Armadas, em tempo de guerra.
>
> Art. 208. Aplica-se à decadência o disposto nos arts. 195 e 198, inciso I.

No caso em tela, conforme será expresso adiante, entendeu-se pela incapacidade absoluta da então Demandante para os atos da vida civil a partir do ano de 1999, pelo que ficaria impedido - ou, quando nada, suspenso - via de consequência, o decurso de prazos de natureza prescricional ou decadencial.

Adentrando o mérito, tem-se que a pretensão deduzida na peça de ingresso destina-se à declaração de nulidade dos negócios jurídicos de doação e compra e venda celebrados pela Sr.ª Denúzia de Castro, sucedida por seu Espólio, com os réus, bem como dos contratos firmados pelos Réus entre si, envolvendo os mesmos bens.

Afirma-se, na narrativa da exordial, a total incapacidade da Sr.ª Denúzia para os atos da vida civil, bem como a ocorrência de doação universal, sem consentimento dos demais descendentes, além de lesão e simulação.

Quanto ao primeiro ponto, prejudicial em relação às demais alegações, previa o Código Civil de 1916:

> Art. 5. São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil:
>
> I. Os menores de dezesseis anos.
>
> II. Os loucos de todo o gênero.
>
> III. Os surdos-mudos, que não puderem exprimir a sua vontade.
>
> IV. Os ausentes, declarados tais por ato do juiz.

Dispunha, por sua vez, o codex atual, na redação vigente à época dos fatos:

> Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil:
>
> I - os menores de dezesseis anos;
>
> II - os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos;
>
> III - os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade.

Ambos os diplomas estabelecem a incapacidade absoluta do agente como causa de nulidade absoluta do negócio jurídico, que não pode ser suprida e não admite confirmação.

No caso em tela, analisando de forma detida e em seu conjunto os elementos do caderno probatório, tenho por devidamente demonstrado o fato de que a autora, na data em que firmou os contratos de compra e venda e doação impugnados na peça de ingresso, não tinha condições de manifestar livremente sua vontade.

A prova ressai, especialmente, dos depoimentos prestados pelas testemunhas ouvidas durante a instrução do processo, a saber:

> que conheceu a autora, pois já residiu na cidade de Vargem Bonita- MG; que conhece a autora há aproximadamente 14 anos [...] que foi algumas vezes na casa da autora; que quando morava em Vargem Bonita-MG a autora parecia que estava com a memória 'falhando' pois sempre que a depoente retornava para outra visita ela não a reconhecia (depoimento prestado por Aparecida Carmem Costa, f. 394).
>
> que visitou a autora no ano de 2000; que quando da visita a autora estava acamada, sendo que não a reconheceu (depoimento prestado por Ellen Macedo Oliveira, f. 395).
>
> que já trabalhou para a autora, como sua cuidadora, no ano de 1999 a 2001 [...] que quando começou a cuidar da autora esta encontrava-se acamada em razão de uma fratura de membro inferior; que aparentemente a autora não estava bem mentalmente, pois parecia não falar coisa com coisa [...] que certo dia o 2º requerido chegou com a pessoa conhecida como Velé; que nessa ocasião solicitaram a ela que assinasse determinado papel, tendo ela assinado; que depois disse à depoente que não sabia o que havia assinado (depoimento prestado por Maria Cândida Oliveira Mota, f. 396).

Consta, também, dos autos laudo pericial, que embora não precise a data de início da debilidade, atesta a inaptidão da falecida para a vida civil (f. 330).

Entendo, portanto, suficientemente demonstrado o fato de que a autora, ao menos a partir do ano de 1999, não detinha o necessário discernimento para a prática de atos negociais, sendo, portanto, absolutamente incapaz, à luz da legislação vigente nesse tempo.

De rigor, portanto, o reconhecimento dos negócios jurídicos celebrados a partir desse marco temporal como nulos, inábeis, assim, a gerar qualquer efeito entre as partes, pois firmado sem a interveniência de representante legal do apelado, merecendo, portanto, manutenção a sentença recorrida nesse ponto, ainda que por fundamento diverso.

Já no tocante à doação realizada no ano de 1998, ainda que não se possa afirmar, com certeza, a absoluta incapacidade da Sr.ª Denúzia para realizá-la, tem-se que foi feita sem observância do art. 1.132 do Código Civil de 1916, o que também a invalida, observando-se, contudo, que o resultado prático da declaração de nulidade coincidirá com aquele determinado pelo douto Juízo de primeiro grau.

E por consequência lógica do reconhecimento da nulidade dos negócios jurídicos originais, não poderão subsistir os subsequentes, devendo todas as partes ser restituídas ao status quo ante, nos termos do art. 182 do Código Civil vigente.

Apelo adesivo.

Também não vejo como prover o apelo adesivo, interposto pela parte autora.

Assim o faço, no tocante ao pleito de declaração de nulidade das doações realizadas pela Sr.ª Denúzia, por considerar que o douto Juízo de primeiro grau, na sentença recorrida, já o fez, embora tenha determinado que os bens envolvidos sejam levados à colação, o que não foi impugnado especificamente nas razões recursais.

A mesma conclusão se aplica ao pleito de reparação por dano material, vez que, em decisão integrativa da sentença recorrida, o douto Magistrado primevo incluiu eventual indenização na obrigação de fazer consistente no retorno das partes ao status quo ante.

E ainda que assim não se entenda, tenho que, até este momento processual, não houve, por parte da autora, demonstração do alegado dano material sofrido, consistente em dano emergente ou lucros cessantes, notadamente pela inexistência de prova de que ela oferecia aos bens objeto do litígio destinação econômica, ou mesmo do montante que auferia em razão dessa atividade.

Desmerece, portanto, reforma a sentença recorrida, também nesse ponto.

Por tais fundamentos, nego provimento aos apelos.

Custas e honorários recursais, estes fixados em 2% (dois por cento) sobre o valor da causa, pelas partes, em igual proporção.

É como voto.

Votaram de acordo com o Relator o JD CONVOCADO FAUSTO BAWDEN DE CASTRO SILVA E DESEMBARGADOR AMORIM SIQUEIRA.

Súmula - REJEITARAM PRELIMINAR E PREJUDICIAL DE MÉRITO E NEGARAM PROVIMENTO AOS RECURSOS.

Agravo de instrumento - Ação de execução de título extrajudicial - Penhora de valores - Partido político - Responsabilidade pela incorporação - Recursos públicos do fundo partidário - Prestação de serviço incluído nas funções do fundo - Art. 44, da Lei nº 9.096/95 - Mitigação da impenhorabilidade - Decisão mantida

- Sendo a responsabilidade do partido político decorrente de sucessão partidária, com a incorporadora assumindo todas as obrigações, e não sendo possível determinar o beneficiário dos serviços nas diferentes esferas administrativas, a execução não pode ser impedida com base no art. 15, *a*, da Lei nº 9.096/95.

- A impenhorabilidade das quantias detidas em fundo partidário pode ser excepcionada se a dívida cobrada se encontra dentro das funções de sua existência, descritas no art. 44 da Lei nº 9.096/95.

AGRAVO DE INSTRUMENTO-CV Nº 1.0000.21.115234-3/001 - Comarca de Belo Horizonte - Agravante: Partido Trabalhista Nacional, Partido Podemos - Agravado: Studio 3k Ltda. - ME - 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, 15 de dezembro de 2021 - *Amorim Siqueira* - Relator.

Voto

DES. AMORIM SIQUEIRA - Trata-se de agravo de instrumento, interposto por Partido Trabalhista Nacional Partido Podemos contra a decisão de Ordem 101, proferida pelo MM. Juiz de Direito da 36ª Vara Cível da comarca de Belo Horizonte, nos autos da "ação de execução de título extrajudicial", ajuizada por Studio 3k Ltda. - ME.

O Magistrado *a quo* indeferiu o pedido de desbloqueio de valores formulado pela parte executada, ora agravante.

Em suas razões recursais, o recorrente sustentou a necessidade de a decisão agravada ser reformada, porquanto a penhora de elevado montante de verbas do fundo partidário comprometerá suas atividades e causará prejuízos irreparáveis.

Disse que, nos termos do art. 15, *a*, da Lei nº 9.096/95, a responsabilidade civil e trabalhista cabe exclusivamente ao órgão partidário municipal, estadual ou nacional que tiver dado causa ao não cumprimento da obrigação, à violação de direito, a dano a outrem ou a qualquer ato ilícito, excluída a solidariedade de outros órgãos de direção partidária.

Nesse sentido, afirmou inexistir responsabilidade solidária entre os órgãos de uma mesma agremiação instalados nas diferentes esferas federativas, ressaltando, nesse sentido, não ser possível a penhora decorrente de dívida de outro órgão partidário.

Assegura ser pacífica a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça quanto à ausência de legitimidade passiva ou de solidariedade do diretório nacional em ações que tenham dado causa outros órgãos partidários desde 2013. Pontuou, ainda, serem absolutamente impenhoráveis os recursos do fundo partidário, como no caso, destacando que o STJ e TSE consolidaram o entendimento de não ser possível a flexibilização da referida regra.

Requereu o recebimento do recurso com antecipação da tutela recursal, a fim de que fosse determinada a imediata retirada da indisponibilidade dos valores constritos nos autos, no importe de R$222.922,36 (duzentos e vinte e dois mil novecentos e vinte e dois reais e trinta e seis centavos) e, no mérito, o seu provimento, com a confirmação da medida.

Realizado o exame de admissibilidade à Ordem 102, o recurso foi recebido sem a antecipação da tutela recursal, ante a ausência dos requisitos legais, decisão essa mantida quando do julgamento do Agravo Interno, sequencial 002.

Devidamente intimada para apresentar contraminuta, a parte recorrida se manifestou à Ordem 103, requerendo, em síntese, o desprovimento do recurso.

O agravante peticionou à Ordem 104, coligindo aos autos recente decisão proferida pelo STF no julgamento da ADI nº 31, que declarou a constitucionalidade do art. 15, *a*, da Lei nº 9.096/1995.

Manifestação da agravada quanto à decisão proferida pelo STF à Ordem 107.

Sem mais a relatar, decido.

Cinge-se a controvérsia recursal à viabilidade de ser reconhecida a impenhorabilidade dos valores bloqueados nos autos, da conta do

Fundo Partidário, determinando-se a sua imediata liberação.

Da análise dos autos, verifica-se que se trata de ação de execução de título extrajudicial ajuizada por Studio 3K Ltda., com base em dívida decorrente da prestação de serviços de filmagem audiovisual (Ordem 10), em face do Partido Humanista da Solidariedade - PHS - posteriormente incorporado pelo Partido Podemos.

Após cumprimento da carta precatória, a exequente pleiteou a realização de penhora de ativos, via sistema SISBAJUD (Ordem 86).

Em petição de Ordem 92, a parte agravante, ora executada, manifestou- se acerca de bloqueio judicial realizado na conta do Fundo Partidário, no montante de R$222.922,36 (duzentos e vinte e dois mil novecentos e vinte e dois reais e trinta e seis centavos).

Afirmou indevida referida medida, pois a ação de execução é movida em face do Diretório Nacional, não sendo caso de solidariedade entre órgãos de uma mesma agremiação instalados em diferentes esferas federativas; asseverou ainda a impenhorabilidade dos valores mantidos em conta do fundo partidário.

Não obstante, tenho que não deve ser reformada a decisão proferida pelo magistrado *a quo*.

A responsabilidade da agravante não se dá em vista de suposta solidariedade decorrente de órgãos agremiados de diferentes esferas, mas provém da sucessão partidária, prevista no art. 29, da Lei nº 9.096/95:

Art. 29. Por decisão de seus órgãos nacionais de deliberação, dois ou mais partidos poderão fundir-se num só ou incorporar-se um ao outro.

E, nos termos da legislação civil, a que os Partidos políticos se submetem - em vista de sua personalidade jurídica de direito privado -, há sucessão da incorporadora em todos os direitos e obrigações (art. 1.116, do Código Civil), sendo devida a cobrança da dívida em face do sucessor.

A propósito:

Art. 1.116. Na incorporação, uma ou várias sociedades são absorvidas por outra, que lhes sucede em todos os direitos e obrigações, devendo todas aprová-la, na forma estabelecida para os respectivos tipos.

Ademais, não é possível, no caso concreto, individualizar as esferas de agremiação que se beneficiaram dos serviços audiovisuais prestados. De forma que a execução não pode ser impedida com base no art. 15, *a*, da Lei nº 9.096/95.

Quanto à tese de impenhorabilidade dos valores decorrentes do Fundo Partidário, tenho que é necessário ressaltar o teor do art. 44, da Lei 9.096/95, que prevê a destinação dos referidos recursos:

> Art. 44. Os recursos oriundos do Fundo Partidário serão aplicados:
>
> I - na manutenção das sedes e serviços do partido, permitido o pagamento de pessoal, a qualquer título, observado, do total recebido, os seguintes limites:
>
> a) 50% (cinquenta por cento) para o órgão nacional;
>
> b) 60% (sessenta por cento) para cada órgão estadual e municipal; II - na propaganda doutrinária e política;
>
> III - no alistamento e campanhas eleitorais;
>
> IV - na criação e manutenção de instituto ou fundação de pesquisa e de doutrinação e educação política, sendo esta aplicação de, no mínimo, vinte por cento do total recebido.

> V - na criação e manutenção de programas de promoção e difusão da participação política das mulheres conforme percentual que será fixado pelo órgão nacional de direção partidária, observado o mínimo de 5% (cinco por cento) do total.
>
> V - na criação e manutenção de programas de promoção e difusão da participação política das mulheres, criados e mantidos pela secretaria da mulher do respectivo partido político ou, inexistindo a secretaria, pelo instituto ou fundação de pesquisa e de doutrinação e educação política de que trata o inciso IV, conforme percentual que será fixado pelo órgão nacional de direção partidária, observado o mínimo de 5% (cinco por cento) do total;
>
> V - na criação e manutenção de programas de promoção e difusão da participação política das mulheres, criados e executados pela Secretaria da Mulher ou, a critério da agremiação, por instituto com personalidade jurídica própria presidido pela Secretária da Mulher, em nível nacional, conforme percentual que será fixado pelo órgão nacional de direção partidária, observado o mínimo de 5% (cinco por cento) do total;
>
> VI - no pagamento de mensalidades, anuidades e congêneres devidos a organismos partidários internacionais que se destinem ao apoio à pesquisa, ao estudo e à doutrinação política, aos quais seja o partido político regularmente filiado;
>
> VII - no pagamento de despesas com alimentação, incluindo restaurantes e lanchonetes.
>
> VIII - na contratação de serviços de consultoria contábil e advocatícia e de serviços para atuação jurisdicional em ações de controle de constitucionalidade e em demais processos judiciais e administrativos de interesse partidário, bem como nos litígios que envolvam candidatos do partido, eleitos ou não, relacionados exclusivamente ao processo eleitoral;
>
> IX - (VETADO);
>
> X - na compra ou locação de bens móveis e imóveis, bem como na edificação ou construção de sedes e afins, e na realização de reformas e outras adaptações nesses bens;
>
> XI - no custeio de impulsionamento, para conteúdos contratados diretamente com provedor de aplicação de internet com sede e foro no País, incluída a priorização paga de conteúdos resultantes de aplicações de busca na internet, mediante o pagamento por meio de boleto bancário, de depósito identificado ou de transferência eletrônica diretamente para conta do provedor, o qual deve manter conta bancária específica para receber recursos dessa natureza, proibido nos 180 (cento e oitenta) dias anteriores à eleição.

Assim, a impenhorabilidade dos recursos públicos do Fundo Partidário não é absoluta, permitindo-se algumas exceções, como no caso de dívida contraída para propaganda partidária.

O art. 833, § 1º, do CPC, determina que a impenhorabilidade de uma verba não poderá ser oponível quando a execução tiver como objeto uma dívida relativa ao próprio bem ou serviço.

E, no caso dos autos, constata-se que as partes celebraram Contrato de Prestação de Serviços para fins partidários, cujo serviço foi prestado, mas seu pagamento não restou concretizado.

Indevido, portanto, impedir que os valores do Fundo Partidário sejam penhorados para cumprimento de obrigação que é expressamente prevista como uma das funções de sua existência.

Confira-se, por oportuno, o seguinte julgado desta 9ª Câmara Cível:

> Direito processual civil. Agravo de instrumento. Ação de execução de título extrajudicial. Penhora de recursos financeiros via sistema "BACENJUD". Recursos públicos do fundo partidário recebidos por partido político- possibilidade. Valor executado decorrente de prestação de serviço em campanha eleitoral. Art. 44 da lei de partidos políticos. Recurso não provido. Decisão agravada mantida. - São impenhoráveis os recursos públicos do fundo partidário recebidos por partido político, nos termos da lei, por força do disposto no art. 833, inciso XI, do Novo Código de Processo Civil. - O fundo partidário possui destinação específica, com aplicação apenas para as despesas previstas no art. 44, da Lei nº 9.096/95 - Lei dos Partidos Políticos. - A dívida executada, proveniente de campanha realizada pela empresa Exequente, em favor do candidato do partido político Executado, deve ser abarcada pela destinação dos valores componentes do fundo partidário, nos termos do inciso III, do art. 44, da Lei nº 9.096/1995, sendo possível a penhora desses valores. V.v. Agravo de instrumento. Execução de titulo extrajudicial. Bloqueio de valores oriundos do fundo partidário. Natureza pública. Impossibilidade. Recurso provido. - Consoante disposto no art. 833, XI, do CPC/15, são impenhoráveis os recursos públicos do fundo partidário recebidos por partido político (TJMG - Agravo de Instrumento-Cv nº 1.0000.18.142267-6/001, Rel. Des. Luiz Artur Hilário, 9ª Câmara Cível, j. em 02.12.2020, p. em 04.12.2020).

Assim, por todo o exposto, nego provimento ao recurso. Custas ao final.

Votaram de acordo com o Relator oS JD CONVOCADOS FAUSTO BAWDEN DE CASTRO SILVA E ROBERTO APOLINÁRIO DE CASTRO.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Apelação - Contrato bancário - Financiamento de automóvel - Política sanitária - Covid-19 - Paralisação de atividades escolares - Transporte de alunos - Ausência de renda - Impossibilidade de cumprimento do contrato - Suspensão de parcelas - Possibilidade - Teoria da imprevisão - Decisão reformada

- Admite-se a modificação das cláusulas contratuais pelo poder judiciário, reduzindo as parcelas ou alterando o modo de execução, nas situações extraordinárias e imprevisíveis que impeçam a parte devedora que cumprir a avença nos moldes pactuados, por se tornar excessivamente onerosa a obrigação assumida, sem que a medida represente ofensa ao princípio da força obrigatória dos contratos.

- É permitida a suspensão do cumprimento do contrato nas situações decorrentes de estado de calamidade pública, decretada por órgãos governamentais, em decorrência de políticas sanitárias para contenção de pandemia de Covid-19, que imponham paralisação de atividades essenciais, como é o caso das atividades escolares presenciais, que, por sua vez, repercutem em ramos profissionais dependentes, como o transporte de estudantes, retirando destes a possibilidade de obtenção de renda para sustento próprio, bem como para manter os compromissos assumidos.

- O fechamento temporário e compulsório das escolas pelo poder público atinge as atividades diretamente dependentes, como é o caso do transporte de estudantes, causando significativo desequilíbrio contratual por questões alheias à vontade das partes, o que autoriza a intervenção judicial, com suporte na Teoria da Imprevisão para permitir modificação das cláusulas contratuais, sem que a medida represente ofensa ao princípio da força obrigatória dos contratos.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0000.21.158157-4/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Erleia Dutra Madureira - Apelado: Banco Bradesco S.A. - 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 DAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 18 de novembro de 2021. - *Luiz Artur Hilário* - Relator.

Voto

DES. LUIZ ARTUR HILÁRIO - Trata-se de apelação contra sentença proferida pelo MM. Juiz de Direito da 12ª Vara Cível da Comarca de Belo Horizonte, que nos autos da ação de ordinária de obrigação de fazer com pedido de tutela de urgência, movida por Erléia Dutra Madureira em face de Bando Bradesco Financiamento e Investimento S.A., julgou improcedentes os pedidos iniciais, condenando a autora em custas processuais e honorários advocatícios, observada a gratuidade judiciária.

Insatisfeita com o pronunciamento de primeira instância, a autora interpõe recurso de apelação sustentando, em suma, que celebrou contrato de financiamento de uma van escolar, atividade da qual retira o seu sustento. Assevera que em razão de crise sanitária desencadeada pelo vírus da covid-19, os órgãos governamentais suspenderam as atividades escolares presenciais, o que repercutiu, de modo significativo, no próprio sustento da apelante, impossibilitando o cumprimento do contrato em razão da enorme dificuldade em auferir renda para quitar as parcelas mensais do contrato. Assevera que os condutores de transporte escolar, de modo geral, exercem a atividade autônoma, e dependem, exclusivamente, dos recursos deste trabalho para assegurarem a própria subsistência, bem como para honrarem com o contrato firmado. Argumenta que a suspensão das atividades escolares pelos órgãos governamentais retrata situação excepcional, para fins de implantar política sanitária para impedir o avanço da pandemia, o que autoriza a suspensão do contrato até que a situação seja normalizada. Ressalta a necessidade de intervenção do poder judiciário nas relações entre particulares para impedir rompimento do contrato, com perdas graves para a recorrente, como inclusão de seu nome nos cadastros de proteção ao crédito, cobrança de encargos pelo não pagamento das parcelas, rescisão do instrumento e, até, perda do veículo, o que colocaria a recorrente em situação de enorme risco para o seu próprio sustento, já que não desenvolve outra atividade além da descrita nos autos.

Apresentada resposta, rebatendo os fundamentos expostos no recurso, pugnando por seu desprovimento.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso. Decido.

A lei civil permite às partes estabelecerem relações contratuais conforme livre manifestação de vontade, observando, desde a conclusão até a execução da avença, os princípios de probidade e boa-fé (arts. 421 e 422 CC/02)

Por possuírem natureza sinalagmática, encerrando obrigações mútuas, as estipulações contratuais deverão ser executadas conjuntamente pelos pactuantes, buscando preservar a liberdade de contratação entre as partes, a força obrigatória dos contratos, assim como sua função social.

A lei civil, por sua vez, admite a revisão do instrumento na hipótese de situação extraordinária e excepcional que impeça uma das partes de cumprir a avença nos moldes pactuados, por se tornar excessivamente onerosa a obrigação assumida, podendo o devedor requerer a resolução do instrumento; alteração de suas cláusulas com redução das parcelas ou do modo de execução, conforme orientação dos arts. 478 e seguintes do CC/02, abaixo reproduzidos:

> 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.
>
> Art. 479. A resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar equitativamente as condições do contrato.
>
> Art. 480. Se no contrato as obrigações couberem a apenas uma das partes, poderá ela pleitear que a sua prestação seja reduzida, ou alterado o modo de executá-la, a fim de evitar a onerosidade excessiva.

Nos termos da lei material, admite-se, portanto, a interferência do Poder Judiciário nas relações particulares, relativizando o princípio da força obrigatória dos contratos, para modificar suas cláusulas em situações excepcionais e imprevisíveis que impeçam a parte devedora de cumprir a avença nos moldes pactuados, por se tornar excessivamente onerosa a obrigação assumida.

Destaca-se, ainda, que a relação jurídica existente entre as partes denota prática consumerista, haja vista o banco se enquadrar no conceito de fornecedor de produtos e serviços, ao ponto em que a demandante se apresenta como consumidora final.

Incidindo as regras do CDC aos contratos bancários, autoriza-se, também, a intervenção do Judiciário nos vínculos contratuais, alterando as cláusulas que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, visando retomar o equilíbrio entre as partes, evitando que uma se enriqueça ilicitamente em prejuízo da outra (art. 51, IV, CDC).

Sendo aplicável as regras do CDC, cabe destacar a orientação do art. 6º, V, a seguir reproduzida.

> Art. 6º - São direitos básicos do consumidor:
>
> [...]
>
> V - a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas.

De se constatar que tanto a lei material, como a legislação de consumo, permite a modificação das cláusulas contratuais pelo poder judiciário, reduzindo as parcelas ou alterando o modo de execução, nas situações extraordinárias e imprevisíveis que impeçam a parte devedora que cumprir a avença nos moldes pactuados.

A doutrina defende a aplicação da chamada Teoria da Imprevisão, acolhida pelo Código Civil, em seu art. 317 e 478, assim como da Teoria da Base Objetiva do Negócio Jurídico, abarcada pela legislação de consumo, em seu art. 6º, V, sendo a primeira delas de natureza eminentemente subjetiva, ao ponto em que a segunda, de ordem objetiva.

Para a teoria da imprevisão acolhida pelo Código Civil Brasileiro, de natureza eminentemente subjetiva, a modificação das cláusulas inicialmente previstas ou a extinção do contrato em si dependem da conjugação de dois requisitos indispensáveis, a saber: (I) imprevisibilidade e extraordinariedade do fato superveniente; (II) extrema vantagem para o credor.

Já a Teoria da Base Objetiva do Negócio Jurídico, atualmente prevista no art. 6º, V do CDC, de ordem eminentemente objetiva, exige, tão somente, um fato superveniente que rompa a base objetiva do contrato, não sendo necessária a demonstração de fato imprevisível e/ou extraordinário.

A ordem legislativa, seja de natureza material ou consumerista, é perfeitamente aplicável para situações extraordinárias e imprevisíveis decorrentes de estado de calamidade pública, decretada por órgãos governamentais, em decorrência de políticas sanitárias para contenção de pandemia de covid-19, que imponham paralisação de atividades essenciais, como é o caso das atividades escolares presenciais, que, por sua vez, repercutem em ramos profissionais dependentes, como o transporte de estudantes, retirando destes a possibilidade de obtenção de renda para sustento próprio, bem como para manter os compromissos assumidos.

De fato, o fechamento temporário e compulsório das escolas pelo poder público atinge as atividades diretamente dependentes, como é o caso do transporte de estudantes, causando significativo desequilíbrio contratual por questões alheias à vontade das partes, o que autoriza a intervenção judicial, com suporte na Teoria da Imprevisão e Onerosidade Excessiva, para permitir modificação das cláusulas contratuais, reduzindo as parcelas ou alterando o modo de execução, sem que a medida represente ofensa ao princípio da força obrigatória dos contratos.

Por fim, cabe destacar que referido posicionamento encontra suporte em jurisprudência defendida por esta Corte, conforme julgados que se seguem:

> Apelação cível. Financiamento de veículo de transporte escolar. Suspensão da exigibilidade das parcelas durante a pandemia. Teoria da imprevisão. Requisitos preenchidos. Nos casos em que a parte autora atua no ramo de transporte de alunos e comprova que a pandemia do COVID-19 gerou significativa perda da renda destinada ao custeio da obrigação assumida, deve ser excepcionalmente permitida a suspensão da exigibilidade das parcelas do contrato de financiamento contraído para aquisição de veículo destinado ao transporte escolar. As parcelas suspensas poderão ser posteriormente cobradas com aplicação de correção monetária, na medida em que esta não representa um *plus*, mas apenas tem por finalidade preservar o poder aquisitivo da moeda (TJMG - Apelação Cível nº 1.0000.21.109919-7/001, Rel. Des. Domingos Coelho, 12ª Câmara Cível, j. em 04.10.2021, p. em 05.10.2021).
>
> Agravo de instrumento. Ação de procedimento comum. Tutela de urgência. Revisão de contrato bancário. Financiamento veículo de transporte escolar. Suspensão da exigibilidade das parcelas durante a pandemia. Teoria da imprevisão. Requisitos preenchidos. A tutela de urgência será concedida quando houver elementos a evidenciarem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo, se reversíveis os efeitos da decisão. Diante os inegáveis impactos econômicos da pandemia da covid-19,

> especialmente no ramo do transporte escolar, mostra-se plausível e razoável a alteração do modo de execução das prestações do contrato objeto de revisão para restabelecimento do equilíbrio contratual. Demonstrada a dificuldade financeira em razão da pandemia do covid-19 de modo a obstar o adimplemento das parcelas contratuais, bem como o perigo de dano resultante das cobranças realizadas pela instituição financeira, deve ser mantida a concessão da tutela de urgência pleiteada (TJMG - Agravo de Instrumento-Cv nº 1.0000.20.561360-7/001, Rel. Des. Habib Felippe Jabour, 12ª Câmara Cível, j. em 12.05.2021, p. em 17.05.2021).
>
> Agravo de instrumento. Ação ordinária. Contrato de financiamento de veículo destinado ao exercício de atividade profissional autônoma de transporte de estudantes. Superveniência da pandemia da covid-19. Suspensão da exigibilidade das parcelas vencidas e vincendas. Tutela de urgência. Probabilidade do direito invocado e *periculum in mora*. Verificação. Deferimento. I - Segundo o art. 300, *caput*, do CPC, a concessão de tutela provisória de urgência depende da presença de elementos evidenciando a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo; II- Se os elementos até então constantes dos autos evidenciam a probabilidade do direito invocado e o *periculum in mora*, deve ser deferido o requerimento de tutela de urgência atinente à suspensão, com impedimento dos efeitos da mora, da exigibilidade das parcelas do financiamento de veículo essencial à profissão do requerente de transportador de estudantes, vencidas e vincendas na constância das medidas de combate à pandemia da covid-19 que impossibilitam o exercício de tal atividade profissional autônoma (TJMG - Agravo de Instrumento-Cv nº 1.0000.20.460768-3/001, Rel. Des. João Cancio, 18ª Câmara Cível, j. em 11.08.2020, p. em 11.08.2020).

Tecidas as considerações precedentes e reportando-se à análise do caso em apreço, denota-se que as partes firmaram contrato de financiamento bancário, para aquisição de veículo para exercício de atividade de transporte escolar.

Lado outro, houve paralisação das atividades escolares presenciais, por determinação dos órgãos governamentais para conter avanço de pandemia causada pelo Coronavírus, impedindo a apelante de exercer sua profissão de transporte de alunos, o que repercutiu de forma considerável em seu sustento próprio, impedindo-a de honrar com as obrigações do contrato na forma como estabelecida no instrumento.

Referida situação, conforme exposto alhures, admite a intervenção do Poder Judiciário na esfera particular, modificando as cláusulas do contato havido entre os litigantes para permitir a suspensão do cumprimento da avença, desde o início da paralisação oficial das atividades escolares presenciais, com a devida retomada do curso contatual a partir do retorno destas atividades, devendo o banco apelado, durante o período de suspensão, se abster de efetuar cobrança de parcelas, inclusão do nome da apelante em cadastros de proteção ao crédito, ou qualquer medida constritiva, sob pena de multa diária de mil reais, até o limite de dez mil reais, afastando a incidência de encargos moratórios, previstos no contrato, quando retomada a marcha regular do vínculo contratual, de-

vendo incidir sobre as parcelas suspensas por esta determinação apenas correção monetária, na medida em que esta tem por finalidade preservar o poder aquisitivo da moeda.

Diante de todo o exposto, dou provimento ao recurso, reformando a sentença para fins de julgar procedentes os pedidos iniciais, para permitir a suspensão do cumprimento do contrato, desde o início da paralisação oficial das atividades escolares presenciais, com a devida retomada do curso contatual a partir do retorno destas atividades, devendo o banco apelado, durante o período de suspensão, se abster de efetuar cobrança de parcelas, inclusão do nome da apelante em cadastros de proteção ao crédito, ou qualquer medida constritiva, sob pena de multa diária de mil reais, até o limite de dez mil reais, afastando a incidência de encargos moratórios, previstos no contrato, quando retomada a marcha regular do vínculo contratual, devendo incidir sobre as parcelas suspensas por esta determinação apenas correção monetária, na medida em que esta tem por finalidade preservar o poder aquisitivo da moeda.

Custas processuais e recursais pelo banco apelado, bem como honorários advocatícios fixados em 15% (quinze por cento) sobre o valor atualizado da demanda.

Votaram de acordo com o Relator o JD CONVOCADO FAUSTO BAWDEN DE CASTRO SILVA E DESEMBARGADOR AMORIM SIQUEIRA.

Súmula - DERAM PROVIMENTO

Apelação cível e remessa necessária - Ação de restabelecimento de benefício previdenciário - Aposentadoria por invalidez cassada - Prova pericial - Incapacidade permanente e parcial - Critérios sociais, culturais e profissionais - Segurado com baixa qualificação e idade elevada - Benefício restabelecido - Multa cominatória - Possibilidade - juros de mora e correção monetária - Precedentes do STF - ADI 4347/DF e RE nº 870.947 - Dívida previdenciária - Atualização - INPC - REsp nº 1.495.146/MG (repetitivo) - art. 41, a, da Lei nº 8.213/91 - Honorários de sucumbência - Condenação ilíquida - impossibilidade de arbitramento na fase de conhecimento - Sentença reformada em parte

A aposentadoria por invalidez é benefício previdenciário concedida ao segurado que, cumprido o período de carência e "estando ou não em gozo de auxílio-doença, for considerado incapaz e insusceptível de reabilitação para o exercício de atividade que lhe garanta a subsistência, e ser-lhe-á paga enquanto permanecer nesta condição", nos termos do art. 42 da Lei nº 8.213/91.

- Para além do laudo médico, a jurisprudência manifesta-se no sentido de que podem ser levados em consideração fatores sociais, culturais e profissionais para aferir a capacidade laboral do segurado.

- É indevida a cassação do benefício previdenciário da segurada que recebeu aposentadoria por invalidez durante mais de 20 (vinte) anos, sobretudo porque, segundo o perito judicial, ela não possui capacidade para exercer a única profissão na qual tem experiência, tratando-se, ademais, de pessoa com idade avançada e sem qualificação técnica ou cientifica, o que inviabiliza sua reinserção no mercado.

- A jurisprudência do STJ pacificou entendimento no sentido de que é possível a fixação de multa cominatória em desfavor da Fazenda Pública.

- Em observância aos precedentes do STF na ADI 4347/DF e no RE nº 870.947 - em regime de repercussão geral, os valores devidos pela Fazenda Pública devem ser acrescidos de juros de mora, a partir da citação, pelos índices de remuneração aplicados à caderneta de poupança.

- Em recente precedente o STJ (REsp nº 1.495.146/MG), também sob o regime de recursos repetitivos, aplicando o art. 41, a, da Lei nº 8.213/91, especificamente para débitos previdenciários, definiu que a correção destas dívidas deve se dar pelo INPC, no período posterior à vigência da Lei

nº 11.430/2006.

- Em se tratando de condenação ilíquida, os honorários de sucumbência devem ser arbitrados apenas na fase de liquidação, a teor do art. 85, § 4º, inciso II, do CPC.

- Recurso não provido. Em reexame necessário, sentença reformada em parte.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0000.21.084133-4/001 - Comarca de Curvelo - Apelante: Instituto Nacional do Seguro Social - Apelado: Madalena Sofia do Carmo Nascimento - Relatora: 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 NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO E, EM REEXAME NECESSÁRIO, REFORMAR EM PARTE A SENTENÇA.

Belo Horizonte, 17 de agosto de 2021. - *Mariangela Meyer* - Relatora.

Voto

DES.ª MARIANGELA MEYER - Trata-se de recurso de apelação interposto por Instituto Nacional do Seguro Social - INSS - em face da sentença proferida pela MMª. Juíza de Direito da Vara de Execuções Penais, de Execuções Fiscais, de Acidentes do Trabalho e de Cartas Precatórias Criminais da Comarca de Curvelo que, nos autos da "Ação de Restabelecimento de Aposentadoria por Invalidez" ajuizada por Madalena Sofia do Carmo Nascimento, julgou procedentes os pedidos iniciais, determinando o restabelecimento da aposentadoria por invalidez de natureza acidentária devida à apelada, concedendo, desde logo, a tutela provisória, para que o benefício seja restabelecido em 15 (quinze) dias, sob pena de multa diária de R$300,00 (trezentos reais), limitada a R$20.000,00 (vinte mil reais). Condenou o apelante a pagar à apelada as parcelas atrasadas de seu benefício desde o dia da cessação indevida - 21.03.2018, decotados os valores recebidos em razão da liminar concedida e das mensalidades de recuperação. Determinou a incidência de juros de mora, a partir da citação, e correção monetária desde o vencimento de cada parcela. Condenou, por fim, o recorrente ao pagamento de honorários de sucumbência fixados em R$10.000,00 (dez mil reais).

Inconformado, o apelante requer, de início, seja a apelada intimada para informar se percebe aposentadoria ou pensão decorrente de regime próprio de previdência, de modo a cumprir a regra prevista no art. 24, da Emenda Constitucional nº 103/2019.

No mérito, defende que a perícia judicial atestou que a apelada é portadora de patologias que geram sua incapacidade temporária para o trabalho. Salienta que a aposentadoria foi concedida com base em critérios biossociais e econômicos, os quais não podem ser levados em consideração para

a concessão de benefícios previdenciários. Diz que tais critérios são relevantes quando se trata de benefícios assistenciais.

Cita os requisitos dispostos no art. 42, da Lei nº 8.213/91, dentre os quais se releva a incapacidade total e permanente para o labor. Destaca que o benefício previdenciário da apelada já se encontra ativo e durante o período mencionado na sentença ela percebeu mensalidade de recuperação, devendo ser retificada a decisão neste ponto.

Diz que é necessário a fixação da data de cessação do benefício, nos termos do § 9º, do art. 60, da Lei nº 8.213/91. Impugna a multa arbitrada, visto que não houve recalcitrância quanto ao cumprimento da decisão. Pretende seja concedido o prazo de 60 (sessenta) dias para o restabelecimento do benefício.

Defende seja reduzido o valor da multa fixada, assim como revogada a tutela provisória concedida.

Requer seja dado provimento ao recurso, para reformar a sentença e julgar improcedentes os pedidos iniciais.

A apelada, em contrarrazões recursais, reafirma sua incapacidade total e permanente, insuscetível de reabilitação. Destaca que tal incapacidade persiste por mais de 24 anos, período durante o qual recebeu benefício previdenciário. Defende ter havido descumprimento da obrigação de restabelecer seu benefício. Cita o art. 101, da Lei nº 8.213/91 que isenta o segurado de se submeter de forma contínua a perícia para comprovar sua incapacidade. Entende que o art. 461, do CPC, autoriza a fixação de multa para o caso de descumprimento de obrigação de fazer. Reitera que a tutela provisória foi corretamente deferida. Pugna seja negado provimento ao recurso.

Relatado, examino e ao final, decido.

Recurso próprio, tempestivo e dispensado o preparo, em razão da isenção legal concedida ao apelante (art. 10, inciso I, da Lei nº 14.939/2003).

Conheço do apelo, presentes os demais pressupostos de admissibilidade.

Recebo a apelação apenas em seu efeito devolutivo, conforme determina o inciso V, § 1º, do art. 1.012, do CPC.

Destaco que, além do recurso voluntário, é obrigação deste Juízo promover o reexame da matéria, por força do art. 496, do CPC, e da Súmula nº 490, do STJ.

Cinge-se a controvérsia em se apurar se a apelada/requerente faz jus ao restabelecimento de seu benefício previdenciário de aposentadoria por invalidez revogado pela autarquia previdenciária, ora apelante.

A aposentadoria por invalidez é benefício previdenciário concedido ao segurado que, cumprido o período de carência e *"estando ou não em gozo de auxílio-doença, for considerado incapaz e insus-*

ceptível de reabilitação para o exercício de atividade que lhe garanta a subsistência, e ser-lhe-á paga enquanto permanecer nesta condição", nos termos do art. 42 da Lei nº 8.213/91.

Trata-se de benefício devido, portanto, ao segurado que possuir incapacidade total e definitiva para o exercício de atividade laboral.

A despeito da relevância do laudo pericial em casos desta natureza, a jurisprudência manifesta-se no sentido de que podem ser levados em consideração fatores sociais, culturais e profissionais, até porque o julgador, como se sabe, não está adstrito à prova técnica.

Perceba que tal conclusão não significa conferir aos benefícios previdenciários caráter assistencial, mas sim admitir que, além da mera incapacidade física, existem outros fatores ambientais que influenciam na aptidão laboral do segurado.

Nesse sentido, veja o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

> Processual civil e previdenciário. Agravo regimental no agravo em recurso especial. Aposentadoria por invalidez. Incapacidade laboral. Aferição por critérios sociais e culturais. Possibilidade. Não vinculação ao laudo pericial. - Esta Corte tem entendimento no sentido de que, para a concessão da aposentadoria por invalidez, o magistrado não está vinculado à prova pericial e pode concluir pela incapacidade laboral levando em conta os aspectos socioeconômicos, profissionais e culturais do segurado. - Agravo regimental não provido (AgRg no AREsp nº 103.056/MG, Rel. Min. Benedito Gonçalves, 1ª Turma, j. em 25.06.2013, *DJe* de 02.08.2013).

De igual modo se manifestam os Tribunais Federais:

> Ementa previdenciário. Aposentadoria por invalidez. Manutenção da qualidade de segurado. Incapacidade parcial e permanente reconhecida. Concessão do benefício. - A preliminar de atribuição de efeito suspensivo dever ser rejeitada. Nos termos do art. 1.012, § 1º, V, do CPC, a sentença que confirma, concede ou revoga tutela provisória produz efeitos imediatos. - Satisfeitos os requisitos legais previstos no art. 42 da Lei n° 8.213/91 - quais sejam, qualidade de segurado, incapacidade total e permanente e cumprimento do período de carência (12 meses) - é de rigor a concessão de aposentadoria por invalidez. - Necessária a contextualização do indivíduo para a aferição da incapacidade laborativa. Impossibilidade de exigir a reabilitação de trabalhador com baixo grau de instrução, a atividade diversa de sua habitual. Incapacidade total e permanente configurada. Precedentes do STJ. - Reconhecimento da procedência do pedido de aposentadoria por invalidez. - Deferimento do pedido de tutela provisória de urgência, nos termos dos arts. 300, *caput*, 302, inciso I, 536, *caput*, e 537, todos do Código de Processo Civil, observando-se o REsp nº 1.734.685-SP (Apelação Cível nº 6039532-63.2019.4.03.9999. Rel.ª Des.ª Federal Therezinha Astolphi Cazerta, TRF3. 8ª Turma, e - DJF3 Judicial 1, Data 06.10.2020).
>
> Ementa previdenciário. Auxílio doença. Aposentadoria por invalidez. Incapacidade

parcial e permanente. Conjunto probatório. Condições pessoais. - a sentença terá apenas efeito suspensivo, começando a produzir efeitos imediatamente após sua publicação, dentre outras hipóteses, quando confirmar, conceder ou revogar a tutela provisória. - O benefício de auxílio doença é devido ao segurado incapacitado por moléstia que inviabilize temporariamente o exercício de sua profissão. Já a aposentadoria por invalidez exige que o segurado seja considerado incapaz e insusceptível de convalescença para o exercício de ofício que lhe garanta a subsistência - Laudo pericial conclusivo pela existência de incapacidade parcial e permanente. - O julgador não está adstrito apenas à prova pericial para a formação de seu convencimento, podendo decidir contrariamente às conclusões técnicas, com amparo em outros elementos contidos nos autos. Precedentes do STJ. - A análise da questão da incapacidade da parte autora, indispensável para a concessão do benefício, exige o exame do conjunto probatório carreado aos autos, assim como a análise de sua efetiva incapacidade para o desempenho de atividade profissional há de ser averiguada de forma cuidadosa, levando-se em consideração as suas condições pessoais, tais como aptidões, habilidades, grau de instrução e limitações físicas. - Considerando as patologias que acometem a autora, sua idade e sua atividade habitual, é de se reconhecer o seu direito à percepção do benefício de auxílio doença e à sua conversão em aposentadoria por invalidez, pois indiscutível a falta de capacitação e de oportunidades de reabilitação para a assunção de outras atividades, sendo possível afirmar que se encontra sem condições de reingressar no mercado de trabalho. - A correção monetária, que incide sobre as prestações em atraso desde as respectivas competências, e os juros de mora devem ser aplicados de acordo com o Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal. - Os juros de mora incidirão até a data da expedição do precatório/RPV, conforme decidido em 19.04.2017 pelo Pleno do e. Supremo Tribunal Federal quando do julgamento do RE 579431, com repercussão geral reconhecida. A partir de então deve ser observada a Súmula Vinculante nº 17. - Os honorários advocatícios devem observar as disposições contidas no inciso II, do § 4º, do Art. 85, do CPC, e a Súmula nº 111, do e. STJ. - A autarquia previdenciária está isenta das custas e emolumentos, nos termos do Art. 4º, I, da Lei nº 9.289/96, do Art. 24, *a,* da Lei nº 9.028/95, com a redação dada pelo Art. 3º da MP nº 2.180-35/01, e do Art. 8º, § 1º, da Lei nº 8.620/93. - Apelação do réu desprovida e remessa oficial, havida como submetida, e recurso adesivo da autora providos em parte (Apelação Cível nº 5108391-85.2018.4.03.9999. Rel. Des.ª Federal Paulo Octavio Baptista Pereira, TRF3 - 10ª Turma, e - DJF3 Judicial 1. Data: 07.10.2020).

No caso em análise, tem-se que a apelada/requerente recebeu auxílio doença entre 15.10.1994 até a concessão de sua aposentadoria por invalidez acidentária, em 22.08.1996.

Em abril de 2018, foi convocada para se submeter ao procedimento de revisão de aposentadoria por invalidez, tendo a autarquia previdenciária declarado que a sua incapacidade não mais persistia, motivo por que foi revogado tal benefício previdenciário, passando a receber temporariamente mensalidades de recuperação, atos contra os quais se insurgiu neste processo.

Extrai-se dos autos que a perícia produzida em juízo concluiu que a apelada/requerente possui

> Incapacidade parcial para atividades que exigissem movimentação intensa de punhos ou levantamento e carregamento de peso documentada desde 21.09.1994 (exame de eletroneuromiografia apresentado a perícia) e Incapacidade reclassificada como total e temporária levando-se em consideração também o perfil biopsicossocial da periciada e a associação de comorbidades documentada desde 29.09.2012 (exame complementar apresentado à perícia)". Segundo a expert, a incapacidade da recorrida é total e temporária, devendo ser reavaliada em dois anos - doc. de Ordem 43.
>
> Quanto à doença que lhe acomete, a prova técnica indica que se trata de "Bursite de ombro esquerdo + Tenossinovite de ombro direito com indicação cirúrgica + Síndrome do túnel do carpo bilateral + Perda auditiva neurossensorial bilateral", com início documentado em 21.09.1994, provocando "redução da amplitude de movimentos de punhos" (doc. de Ordem 53).

Nota-se que, considerando estritamente o laudo técnico, o benefício devido à apelada/requerente seria o auxílio-doença, nos termos do art. 59, da Lei nº 8.213/91.

No entanto, não se pode ignorar o fato de que a apelada está, em razão do benefício de aposentadoria recebido, afastada do mercado de trabalho há mais de 25 anos.

Além disso, trata-se de pessoa com idade superior a 55 (cinquenta e cinco) anos, sem formação técnica ou científica, e praticamente possui experiência apenas como "telefonista", segundo histórico contido em sua Carteira de Trabalho - doc. de Ordem 7/9.

Aliás, é importante destacar que a própria perita judicial informou que a apelada está incapacitada para exercer tal profissão (quesito 8 - doc. de Ordem 53).

É evidente que não se vislumbra possibilidade de reinserção da recorrida no mercado de trabalho, o que lhe confere o direito ao restabelecimento da aposentadoria por invalidez, benefício que ela já percebia há mais de 20 (vinte) anos.

Assim sendo, entendo que a sentença não merece reparo neste ponto. Quanto aos valores em atraso devidos pelo apelante, igualmente, a sentença não deve ser reformada. Isto porque, não obstante as alegações do recorrente, foi expressamente ressalvado pelo juízo de primeiro grau que deveriam ser decotados os valores já percebidos pela recorrida em virtude do cumprimento da tutela provisória e das mensalidades de recuperação.

Em relação ao requerimento informando eventual existência de cumulação de benefícios previdenciários, não se faz necessário a adoção deste procedimento, porquanto não se trata de novo benefício, mas sim anulação do ato de revogação indevida do benefício já concedido, o que implica dizer que a apelada se enquadra na regra prevista no art. 24, § 4º, da Emenda Constitucional nº 103/2019, que ressalvou o direito adquirido.

De igual modo, não se justifica a fixação de prazo para cessação do benefício, como pretende a autarquia previdenciária. Isto porque tal medida somente é devida em caso de auxílio-doença, por se tratar de incapacidade temporária, o que não ocorre com o ato de aposentadoria.

A rigor, o segurado que é aposentado por invalidez, conforme disposto no inciso I, § 1º, do art. 101, da Lei nº 8.213/91, após completar "cinquenta e cinco anos ou mais de idade e quando decorridos quinze anos da data da concessão da aposentadoria por invalidez ou do auxílio-doença" não está obrigado a se submeter a exame médico a cargo da Previdência Social. O apelante insurge-se, por fim, contra o prazo para cumprimento da liminar de restabelecimento do benefício previdenciário e a multa cominatória arbitrada na sentença.

Ocorre que o prazo de 15 (quinze) dias é suficiente para o restabelecimento do benefício previdenciário da recorrida, não se justificando sua majoração, sobretudo porque se trata de verba alimentar e, além disso, houve apenas a confirmação da medida deferida anteriormente, de forma que o recorrente já teve prazo suficiente para cumprir a obrigação imposta.

Quanto ao cabimento da multa cominatória

> É pacífico o entendimento do STJ, que admite a imposição da multa cominatória prevista no art. 461, § 4º, do CPC à Fazenda Pública. A Primeira Seção, ao julgar o REsp nº 1.474.665/RS, da relatoria do ilustre Ministro Benedito Gonçalves, sob o rito dos Recursos Repetitivos, entendeu caber multa em condenações de obrigação de fazer contra a Fazenda Pública (AREsp nº 1615114/SP, Rel. Min. Herman Benjamin, 2ª Turma, j. em 18.08.2020, *DJe* de 14.09.2020).

O valor fixado na sentença é razoável e compatível com a natureza da obrigação a ser cumprida e, por isso, não deve ser modificado.

Em relação aos juros de mora e correção monetária devem ser aplicados os critérios estabelecidos pelo STF na ADI 4347/DF e no RE nº 870.947 - em regime de repercussão geral, tendo em vista que, em controle concentrado, foi declarada a inconstitucionalidade por arrastamento do art. 5º, da Lei nº 11.960/09, sendo modulados os efeitos da referida decisão para admitir a atualização monetária dos débitos da Fazenda Pública pelos índices da corregedoria de Justiça até junho de 2009; pelos índices oficiais de remuneração básica da caderneta de poupança (TR) até 25.03.2015, a partir de quando os valores deverão ser corrigidos pelos índices de preços ao consumidor amplo especial (IPCA-E) e acrescidos de juros pelos índices aplicados à caderneta de poupança.

Além disso, em recente precedente, o STJ (REsp nº 1.495.146/MG), também sob o regime de recursos repetitivos, aplicando o art. 41, *a*, da Lei nº 8.213/91, especificamente para débitos previdenciários, definiu que a correção destas dívidas deve se dar pelo INPC no período posterior à vigência da Lei nº 11.430/2006.

Em suma, os juros de mora devem incidir a contar da citação, pelos índices aplicados à caderneta de poupança, nos termos do art. 1º, *f*, da Lei nº 9.494/97, com a redação alterada pela Lei nº 11.960/2009, e orientação da Súmula nº 204, do STJ.

Por sua vez, a sentença tem de ser reformada em relação à correção monetária em observância ao precedente do Superior Tribunal de Justiça acima citado, visto que deve ser calculada com base no INPC, a teor do art. 41, *a*, da Lei nº 8.213/91, alterado pela Lei nº 11.430/2006.

Por fim, quanto aos honorários de sucumbência, tendo em vista que não há condenação líquida, aplica-se a regra do art. 85, § 4º, inciso II, do CPC/15, de modo que o percentual deve ser estabelecido quando liquidado o julgado, observando a súmula nº 111 do STJ, merecendo reparo a sentença também neste ponto.

Diante do exposto, nego provimento ao recurso interposto pela autarquia previdenciária. Todavia, em remessa necessária, reformo, em parte, a sentença de primeiro grau, determinando a incidência de correção monetária pelos índices do INPC, conforme disposto no art. 41, *a,* da Lei nº 8.213/91, a partir de quando seriam devidas as parcelas vencidas, e de juros de mora pelos índices aplicados à caderneta de poupança, nos termos do art. 1º, *f,* da Lei nº 9.494/97, com a redação alterada pela Lei nº 11.960/2009. Por fim, reformo a sentença também quanto aos honorários de sucumbência, que devem ser apurados em liquidação de sentença, conforme determina o art. 85, § 4º, inciso II, do CPC.

Quanto ao mais, confirmo a sentença.

Deixo de condenar a parte ré/apelante ao pagamento de custas recursais, porquanto goza de isenção legal.

Votaram de acordo com a Relatora os DESEMBARGADORES CLARET DE MORAES E JAQUELINE CALÁBRIA ALBUQUERQUE.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO. SENTENÇA REFORMADA EM REEXAME NECESSÁRIO.

Apelação cível - Compra e venda de lote - Cobrança de juros remuneratórios cumulada com correção da prestação por índice da caderneta de poupança - Abusividade - *Bis in idem* - Capitalização anual de juros - Cláusulas abusivas declaradas - Período de normalidade - Mora afastada - Resolução do contrato por onerosidade excessiva - Possibilidade

- É irregular a atualização mensal das parcelas ajustadas no instrumento contratual com base nos fatores integrais de remuneração dos depósitos de poupança (TR + juros de 0,5% - cinco décimos por cento), quando contratado, também, o acréscimo de juros remuneratórios, uma vez que a cumulação desses com a remuneração adicional dos depósitos de poupança (0,5% - cinco décimos por cento) configura *bis in idem*.

- O STJ já posicionou reconhecendo ser vedada a capitalização mensal de juros nos contratos em que não houver autorização legal específica.

- O reconhecimento da abusividade nos encargos principais do contrato exigidos no período da normalidade contratual descaracteriza a mora.

- Constatadas as abusividades contratuais praticadas pelo promitente vendedor, seja na forma de correção das prestações do contrato, seja prática exponencial e mensal dos juros e da multa aplicada, pode o promitente comprador por fim ao negócio jurídico celebrado entre as partes.

- Se a rescisão contratual foi motivada por culpa do vendedor é devida a restituição integral dos valores pagos pelo comprador, conforme entendimento sedimentado do Superior Tribunal de Justiça.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0000.21.228132-3/001 - Comarca de Ribeirão das Neves - Apelante: Cassiano Josias da Motta - Apelado: Vitória da União Empreendimentos Imobiliários Ltda. - Relator: DES. CLARET DE MORAES

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, 30 de novembro de 2021. - *Claret de Moraes* - Relator.

Voto

DES. CLARET DE MORAES - Apelação (Ordem 70), interposta por Cassiano Josias Motta contra sentença proferida pelo MM. Juiz Wenderson de Souza Lima, da 1ª Vara Cível da Comarca de Ribeirão das Neves, julgando improcedentes os pedidos contidos na inicial, nos autos da ação de rescisão contratual movida em face de Vitória da União Empreendimentos Imobiliários Ltda., nos seguintes termos (Ordem 65):

> Posto isso e à mercê das considerações acima externadas, julgo improcedente o pedido formulado pelo Requerente, pondo termo ao processo, com resolução de mérito, nos termos do inciso I do Art. 487 do Digesto Processual Civil.
>
> Ante o princípio da sucumbência, condeno o Requerente ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, arbitrando estes em 10% (dez pontos percentuais) sobre o valor atribuído à causa, com a respectiva atualização monetária, nos moldes colocados pela egrégia Corregedoria de Justiça do Estado de Minas Gerais, até o efetivo pagamento. Contudo, restam suspensas as referidas exações, em virtude da gratuidade de justiça.
>
> Transitado em julgado, arquivem-se os autos, com baixa na distribuição.

Sustentou o apelante ser necessário o desfazimento do contrato, com a devolução integral dos valores pagos, diante das abusividades contratuais praticadas pela recorrida.

Asseverou que a parte ré não é ente financeiro, o que impõe a limitação dos juros remuneratórios para no máximo de 1% (um por cento) ao mês, com capitalização anual.

Afirmou ser necessária a observância do disposto no art. 4º do Decreto nº 22.626/33 que estabelece a capitalização anual, e não mensal, como prevê a cláusula 3.1 do contrato de promessa de compra e venda celebrado entre as partes.

Acrescentou ser majoritária a jurisprudência quanto ao *bis in idem*, capitalização mensal de juros mais remuneração da poupança, e quanto à retenção sobre os valores pagos e não sobre o total do contrato.

Destacou que, mesmo se reconhecida a culpa exclusiva da apelante, a retenção deve ser sobre os valores efetivamente pagos, e não um percentual sobre o contrato como prevê a cláusula penal do contrato.

Pediu o provimento ao recurso, reformando a sentença para julgar procedentes os pedidos iniciais e: a) declarar a rescisão do contrato celebrado entre as partes; b) declarar a abusividade da cláusula 3.1 do contrato; c) descaracterizar a mora em razão do reconhecimento das abusividades contratuais; d) condenar a apelada a devolução integral dos valores pagos atualizados monetariamente ou, subsidiariamente, caso considerada a culpa da apelante na rescisão do contrato, seja reduzida a multa penal, incidindo sobre os valores efetivamente pagos.

Sem o preparo, por litigar o apelante sob o pálio da gratuidade judiciária.

Em contrarrazões (Ordem 73), a parte apelada pugnou pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

Recurso próprio, tempestivo, adequado e sem necessidade de preparo por litigar o recorrente sob o pálio da assistência judiciária gratuita. Presentes os pressupostos de sua admissibilidade, dele conheço.

Cinge-se o mérito recursal em analisar a culpa pela rescisão contratual declarada na sentença, bem como seus desdobramentos.

Ao sentenciar o magistrado singular afastou a abusividade contratual alegada, julgando improcedentes os pedidos formulados pelo autor, ora apelante.

Inicialmente, cumpre destacar que o presente caso trata de relação consumerista, pois a apelante e a apelada enquadram-se no conceito de consumidor e fornecedor previstos, respectivamente, nos arts. 2º e 3º, do CDC.

O recorrente busca a declaração de abusividade da cláusula 3.1 do contrato.

A referida cláusula possui a seguinte redação:

"Conforme se vê, há previsão de correção das parcelas contratuais mediante aplicação do índice de remuneração da caderneta de poupança, acrescido de 1% (um por cento) ao mês".

O art. 46 da Lei nº 10.931, de 2004, aplicável ao caso, assim dispõe:

> Nos contratos de comercialização de imóveis, de financiamento imobiliário em geral e nos de arrendamento mercantil de imóveis, bem como nos títulos e valores mobiliários por eles originados, com prazo mínimo de trinta e seis meses, é admitida estipulação de cláusula de reajuste, com periodicidade mensal, por índices de preços setoriais ou gerais ou pelo índice de remuneração básica dos depósitos de poupança.

O índice de remuneração básica a que se refere o art. supramencionado é a Taxa Referencial (TR) sem incidência de outro fator de correção como estipulado na cláusula 3.1 que adiciona juros de 1% (um por cento) sobre o índice de correção mensal, cumulativamente mês a mês.

Portanto, é abusiva a cumulação da remuneração da poupança com juros remuneratórios à taxa de 1% (um por cento) ao mês, já que a poupança é remunerada pela TR mais 0,5% - cinco décimos por cento de juros, caracterizando-se, pois, *bis in idem*. Não se descurando também do fato de a empresa ré não se enquadrar no conceito de instituição financeira, pelo que não está autorizada a cobrar juros capitalizados.

Assim, deve mesmo ser revista a mencionada cláusula, tal como consta da sentença, para manter apenas o índice de remuneração dos depósitos de caderneta de poupança. Nesse sentido:

Apelação cível. Compra e venda de lote em condomínio. Cobrança de juros remuneratórios cumulada com correção da prestação por índice da caderneta de poupança. Atraso na entrega das obras estruturais - multa contratual. Possibilidade. Dano moral reconhecido.- A cumulação de juros remuneratórios à taxa de 1% (um por cento) ao mês mais o índice mensal de remuneração da caderneta de poupança para atualizar os valores das prestações mensais em contrato de compra e venda de imóvel, vez que em desacordo com o que dispõe em desacordo com o art. 46 da Lei nº 10.931/04.- Se a empresa Requerida não cumpriu a obrigação de entrega no prazo certo de todas as obras de infraestrutura estabelecidas no termo de compromisso de obras, cumpre reconhecer a culpa da referida vendedora e a sua responsabilidade no pagamento da multa prevista pelo contrato para o descumprimento.- Ante o longo atraso e considerando a patente afronta psicológica, impõe-se o reconhecimento do dano moral indenizável (TJMG - Apelação Cível nº 1.0000.20.042860-5/003, Rel. Des. Luiz Carlos Gomes da Mata, 13ª Câmara Cível, j. em 17.06.2021, p. em 18.06.2021).

Apelação cível. Revisão de contrato. Promessa de compra e venda de imóvel. Correção monetária. Indíce de remuneração plena dos depósitos da caderneta de poupança. Previsão de juros remuneratórios. Impossibilidade. *Bis in idem*. Restituição dos valores pagos a maior. Apuração em liquidação de sentença. Meio adequado. Compensação com eventual saldo devedor. Possibilidade. Em contrato de compra e venda de imóvel, não é possível a aplicação cumulativa do índice de remuneração plena dos depósitos de caderneta de poupança com de juros remuneratórios, sob pena de se configurar *bis in idem*, revelando-se acertada a sentença que determinou a exclusão deste último encargo e a manutenção apenas do primeiro. Constatada a cobrança indevida, assiste à parte contratante o direito à restituição simples dos valores pagos a maior, cujo montante, contudo e considerando a impugnação feita pela parte ré ao cálculo unilateral apresentado com a inicial, deve ser objeto de apuração em competente liquidação de sentença, autorizada, ainda, a compensação com eventual saldo devedor porventura existente (TJMG - Apelação Cível nº 1.0000.17.035150-6/002, Rel. Des. Arnaldo Maciel, 18ª Câmara Cível, j. em 18.05.2021, p. em 19.05.2021).

Apelação cível. Ação de rescisão de contrato c/c indenização. Compra e venda de imóvel. Lote com toda a infraestrutura contratada. Cláusula de correção. Abusividade. Atraso na entrega da obra. Devolução dos valores. Integralidade. Multa. Incidência. Danos morais. Inocorrência. É abusiva a cláusula contratual que estabelece a atualização mensal das parcelas com base nos fatores integrais de remuneração dos depósitos de poupança (TR + juros de 0,5% - cinco décimos por cento), cumulado com juros remuneratórios de 1% (um por cento) a.m., pois a incidência cumulativa representa *bis in idem*. O atraso na entrega das obras que integram o empreendimento por prazo superior a 180 (cento e oitenta) dias de prorrogação admitidos pela jurisprudência representa descumprimento contratual a ensejar a rescisão do pacto. Diante da comprovação do inadimplemento contratual, legitima a aplicação da multa por infração contratual equivalente a 5% (cinco por cento) sobre o valor total da negociação. O mero inadimplemento contratual não enseja o dever de indenizar a título de dano moral. Primeiro recurso desprovido e segundo recurso parcialmente provido (TJMG - AC nº 1.0000.19.134543-8/002, Rel. Des. Manoel dos Reis Morais, 20ª Câmara Cível, j. em 07.04.2021, p. em 08.04.2021).

Em tais casos, tem-se entendido pela manutenção apenas do índice de remuneração dos depósitos de caderneta de poupança, veja-se:

> Apelação cível. Ação de rescisão de contrato c/c indenização. Compra e venda de imóvel. Lote com toda a infraestrutura contratada. Cláusula de correção. Abusividade. Atraso na entrega da obra. Devolução dos valores. Integralidade. Multa. Incidência. Danos morais. Inocorrência. É abusiva a cláusula contratual que estabelece a atualização mensal das parcelas com base nos fatores integrais de remuneração dos depósitos de poupança (TR + juros de 0,5% - cinco décimos por cento), cumulado com juros remuneratórios de 1% (um por cento) a.m., pois a incidência cumulativa representa *bis in idem*. O atraso na entrega das obras que integram o empreendimento por prazo superior a 180 dias de prorrogação admitidos pela jurisprudência representa descumprimento contratual a ensejar a rescisão do pacto. Diante da comprovação do inadimplemento contratual, legitima a aplicação da multa por infração contratual equivalente a 5% (cinco por cento) sobre o valor total da negociação. O mero inadimplemento contratual não enseja o dever de indenizar a título de dano moral. Primeiro recurso desprovido e segundo recurso parcialmente provido (TJMG. AC nº 1.0000.19.134543-8/002, Rel. Des. Manoel dos Reis Morais, 20ª Câmara Cível, j. em 07.04.2021, p. em 08.04.2021).

Além disso, destaca-se que, se o financiamento para aquisição de imóvel é concedido pela própria construtora ao consumidor, a capitalização dos juros remuneratórios somente pode ocorrer na periodicidade anual e não mensal, já que aquela não integra o sistema financeiro nacional.

Em relação ao pedido de rescisão do contrato, razão também assiste ao recorrente.

A consequência lógica da rescisão do contrato por culpa da vendedora ré, em virtude da cobrança abusiva de encargos, é a restituição das partes, repita-se, ao *status quo ante*, mediante devolução das importâncias adimplidas pelo comprador, de forma integral, conforme dispõe a Súmula nº 543 do STJ, abaixo transcrita:

> Na hipótese de resolução de contrato de promessa de compra e venda de imóvel submetido ao Código de Defesa do Consumidor, deve ocorrer a imediata restituição das parcelas pagas pelo promitente comprador - integralmente, em caso de culpa exclusiva do promitente vendedor/construtor, ou parcialmente, caso tenha sido o comprador quem deu causa ao desfazimento.

No mesmo sentido tem decidido este Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

> Apelação cível. Direito do consumidor. Rescisão de contrato de compra e venda de terreno e contrato de empreitada global. Rescisão por culpa da vendedora. Atraso no inicio das obras. Restituição da totalidade dos valores pagos pelos compradores nos termos avençados. Multa-devolução. Danos morais. Indenização devida. Valor. Manutenção. - Na hipótese de resolução de contrato de promessa de compra e venda por culpa exclusiva do vendedor, deve ocorrer a imediata restituição do valor total quitado pelo comprador

- integralmente. Rescindido o contrato por culpa da ré, as partes devem retornar ao *status quo ante*, com a devolução de todos os valores pagos pelo adquirente, inclusive comissão de corretagem. - O atraso na entrega do imóvel, além do razoável, ensejando a rescisão do pacto, ultrapassa os limites de um mero aborrecimento cotidiano, e configura danos morais. -Se a indenização por danos morais foi fixada em observância aos princípios da razoabilidade e moderação, não há que se falar em sua redução (TJMG - Apelação Cível nº 1.0000.20.005100-1/001, Rel. Des. Mota e Silva, 18ª Câmara Cível, j. em 19.05.2020, p. em 19.05.2020).

Apelação cível. Ação ordinária. Contrato de promessa de compra e venda de imóvel. Restituição integral, inclusive de comissão de corretagem, de quantia paga pelo comprador. Possibilidade. Rescisão por culpa do vendedor. Multa contratual. Paridade. Como consequência lógica da rescisão do contrato de compra e venda de imóvel por culpa do vendedor, impõe-se a restituição das partes ao *status quo ante*, mediante restituição das parcelas pagas pelo comprador, inclusive comissão de corretagem, de forma integral, conforme Súmula nº 543 do STJ. Conforme já decidido pelo Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial nº 1.614.721, apreciado sob a sistemática dos recursos repetitivos, no contrato de adesão firmado entre o comprador e a construtora/incorporadora, havendo previsão de cláusula penal apenas para o inadimplemento do adquirente, deverá ela ser considerada para a fixação da indenização pelo inadimplemento do vendedor (TJMG - Apelação Cível nº 1.0024.13.183515-9/001, Relator(a): Des.(a) José de Carvalho Barbosa , 13ª Câmara Cível, j. em 16.04.2020, p. em 24.04.2020).

Apelações cíveis. Ação de rescisão contratual. Contrato de promessa de compra e venda de imóvel. Aplicação das regras consumeristas. Atraso na entrega do empreendimento. Rescisão motivada. Devolução integral das parcelas pagas. Cabimento. Comissão de corretagem. Perdas e danos. Correção monetária e juros de mora. Termo inicial. O Superior Tribunal de Justiça consolidou o posicionamento acerca da aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor nas hipóteses de resolução de contrato de promessa de compra e venda de imóvel. Os entraves burocráticos enfrentados junto aos órgãos públicos, bem como as dificuldades relacionadas à execução da obra, constitui risco inerente à própria atividade da parte promitente vendedora, não sendo suficiente para afastar a responsabilidade civil pelos danos causados ao consumidor em decorrência do atraso na entrega do empreendimento imobiliário. Na hipótese de resolução de contrato de promessa de compra e venda de imóvel submetido ao Código de Defesa do Consumidor, deve ocorrer a imediata restituição integral das parcelas pagas pelo promitente comprador em caso de culpa exclusiva do promissário vendedor/construtor. Em consequência da rescisão motivada do contrato, é devida a indenização por perdas e danos ao consumidor, que abrange a quantia despendida com a comissão de corretagem. Os juros de mora, na responsabilidade contratual, incidem desde a citação. Havendo valores a serem restituídos, o termo inicial da correção monetária deve corresponder à data do efeito desembolso (TJMG - Apelação Cível nº 1.0000.19.158672-6/001, Rel. Des. Jaqueline Calábria Albuquerque, 10ª Câmara Cível, j. em 28.01.2020, p. em 04.02.2020).

Cumpre registrar que somente o reconhecimento de abusividade da taxa de juros remuneratórios ou da exigência indevida deles na forma capitalizada, no período da normalidade contratual, tem o condão de afastar os efeitos da mora.

Esse é o entendimento externado pelo c. STJ quando do julgamento do REsp nº 1061530/RS, de Relatoria da Ministra Nancy Andrighi, submetido ao rito do art. 534, *c*, do CPC:

> Direito processual civil e bancário. Recurso especial. Ação revisional de cláusulas de contrato bancário. Incidente de processo repetitivo. Juros remuneratórios. Configuração da mora. Juros moratórios. Inscrição/manutenção em cadastro de inadimplentes. Disposições de ofício. Delimitação do julgamento. [...] - Para os efeitos do § 7º do art. 543, *c*, do CPC, a questão de direito idêntica, além de estar selecionada na decisão que instaurou o incidente de processo repetitivo, deve ter sido expressamente debatida no acórdão recorrido e nas razões do recurso especial, preenchendo todos os requisitos de admissibilidade. - Neste julgamento, os requisitos específicos do incidente foram verificados quanto às seguintes questões: i) juros remuneratórios; ii) configuração da mora; iii) juros moratórios; iv) inscrição/manutenção em cadastro de inadimplentes e v) disposições de ofício [...] - Julgamento das questões idênticas que caracterizam a multiplicidade. [...]. Orientação - Configuração da mora: a) O reconhecimento da abusividade nos encargos exigidos no período da normalidade contratual (juros remuneratórios e capitalização) descaracteriza a mora;". No caso dos autos, como está sendo declarada a abusividade da cobrança dos juros na forma pactuada e capitalizados, no período da normalidade contratual, fica descaracterizada a mora do comprador, conforme já decidiu o c. STJ: "demonstrado o caráter abusivo dos encargos contratuais devidos no período de normalidade do contrato, a mora deverá ser descaracterizada, com a consequente exclusão da multa contratual. [...]. (Recurso Especial nº 1.237.050/PR (2011/0029861-0), STJ, Rel. Luis Felipe Salomão. *DJe* de 27.09.2017).

Descaracterizada a mora, não há de se falar em rescisão contratual por culpa da parte autora/apelada. Assim também já se manifestou este Tribunal em recente julgamento:

> Apelação cível. Ação de revisão contratual e demanda indenizatória. Contrato de compra e venda. Financiamento celebrado direto com a construtora. Correção das prestações. Cumulação de juros remuneratórios e índice de remuneração plena dos depósitos de caderneta de poupança. *Bis in idem*. Abusividade. Capitalização. Impossibilidade. Abusividade demonstrada. Culpa da construtora. Mora descaracterizada. Termo inicial juros. Sentença reformada em parte. Embora preservada a liberdade de contratar, legítima é a intervenção do Poder Judiciário para afastar possíveis abusividades na contratação, por força do art. 51, da Lei nº 8.078/90, relativizando-se, dessa forma, o princípio do pacta sunt servanda. É irregular a atualização mensal das parcelas ajustadas no Instrumento Contratual, com base nos fatores integrais de remuneração dos depósitos de poupança (TR + juros de 0,5% - cinco décimos por cento), quando contratado, também, o acréscimo de juros remuneratórios, uma vez que a cumulação desses com a remuneração adicional dos depósitos de poupança (0,5% - cinco décimos por cento) configura *bis in idem*. O

> STJ já posicionou de que é vedada a capitalização mensal de juros nos contratos em que não houver autorização legal específica. O reconhecimento da abusividade nos encargos principais do contrato exigidos no período da normalidade contratual descaracteriza a mora. Se a rescisão contratual foi motivada por culpa do vendedor é devida a restituição integral dos valores pagos pelo comprador, conforme entendimento sedimentado do Superior Tribunal de Justiça. O termo inicial da correção monetária das parcelas pagas, a serem restituídas em virtude da rescisão do contrato de compra e venda, é a data de cada desembolso, nos termos da jurisprudência do STJ. Já os juros nesta hipótese incidem desde a citação, haja vista tratar-se de relação contratual (TJMG - Apelação Cível nº 1.0210.16.005576-5/001, Rel. Des. Amorim Siqueira, 9ª Câmara Cível, j. em 18.05.2021, p. em 21.05.2021).

Com estes fundamentos, dou provimento à apelação, para: a) declarar a abusividade parcial da cláusula "3.1" do contrato, para determinar a incidência isolada de juros remuneratórios descapitalizados de 1% (um por cento) ao mês, sem a cumulação com o índice de remuneração básica dos depósitos da caderneta de poupança; b) determinar que os juros compensatórios previstos sejam capitalizados com frequência anual, em consonância com o art. 591, Código Civil; c) declarar a rescisão do contrato por culpa do requerido, determinando a restituição integral dos valores pagos; d) sobre o valor da condenação deverá incidir juros de mora de 1% (um por cento) a.m. a partir da citação e correção monetária, pelos índices da CGJMG desde a data de cada parcela.

Invertidos os ônus sucumbenciais, condeno a ré ao pagamento integral das custas processuais e honorários advocatícios, estes majorados para 12% (doze por cento) sobre o valor da condenação, nos termos do disposto no art. 85, § 2º e 11º, do CPC.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores Jaqueline Calábria Albuquerque e Cavalcante Motta.

Súmula - DERAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Apelações cíveis - Ação de prestação de contas- Interesse processual - Presença - Fiadores excluídos - Legitimidade passiva - Reinclusão - Juros de mora e correção monetária - Incidência

- Sendo inequívoco o dever que atrela a segunda apelante de prestar contas à segunda apelada, o qual decorre do contrato de comissão mercantil firmado entre as partes, não há que se falar em ausência de interesse processual. Se a consequência natural da procedência do pedido, com julgamento das contas por boas e declaração de saldo credor em favor da autora da ação é a aplicação do contido no art. 552, do CPC, os fiadores são partes legítimas para permanecer no polo passivo. O valor apurado do saldo credor declarado na sentença deve ser atualizado, acrescido de juros de mora 1% (um por cento) ao mês e correção monetária, segundo os fatores e índices de atualização constantes da tabela da CGJ/TJMG, a partir da data de publicação do acórdão que confirma a sentença, no ponto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.10.254738-7/001 - Comarca de Belo Horizonte - 1º Apelante: Petrobrás Distribuidora S.A. - 2º Apelante: Posto Divinópolis Ltda. - Apelados: Sebastião Hélio Pereira Godinho, Posto Divinópolis Ltda. e Outros, Corina Alves Batista Godinho, Petrobrás Distribuidora S.A. - Relatora: DES.ª VALÉRIA RODRIGUES QUEIROZ

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 PRIMEIRO RECURSO E NEGAR PROVIMENTO AO SEGUNDO RECURSO.

Belo Horizonte, 30 de novembro de 2021. - *Valéria Rodrigues Queiroz* - Relatora

Voto

DES.ª VALÉRIA RODRIGUES QUEIROZ - Trata-se de recursos de apelação cível, o primeiro interposto por Petrobrás Distribuidora S.A. e, o segundo, por Posto Divinópolis Ltda. contra a sentença proferida, às f. 1.962/1.964-v., pelo Juízo da 35º Vara Cível da Comarca de Belo Horizonte, a qual, nos autos da ação de prestação contas aforada pela primeira apelante em face do segundo apelante, extinguiu o feito, sem resolução do mérito, excluindo, por ilegitimidade passiva, Hélio Pereira Godinho e Corina Alves Batista Godinho, nos termos do art. 485, VI, do CPC e julgou boas as contas apresentadas pela autora/primeira apelante, declarando a existência de saldo credor em seu favor, no importe de R$2.054.365.37 (dois milhões cinquenta e quatro mil trezentos e sessenta e cinco reais e trinta e sete centavos), apurado em setembro de 2017, nos termos do laudo pericial. Ainda, condenou o réu/segundo apelante ao pagamento das custas e despesas processuais, os quais

arbitrou em 10% (dez por cento) os honorários advocatícios, sobre o valor da causa, nos termos do art. 85,§ 2º, do CPC.

Houve embargos declaração, os quais foram julgados pela decisão de f. 1.998 e verso, parcialmente acolhidos, para o fim de arbitrar os honorários advocatícios em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação, nos termos do art. 85, § 2º, do CPC.

Em razões de recurso, de f. 1.999/2.020, a primeira apelante argumenta sobre a impossibilidade de se cogitar a substituição da fiança no caso em apreço, posto que, apesar da afiançada ser a mesma empresa, os contratos visam garantir contratos distintos.

Advoga que, enquanto os coobrigados inclusos na lide garantem o pagamento de débitos advindos do contrato de comissão mercantil, que é o único objeto da lide, os supostos fiadores sucessores assumem a obrigação pelo adimplemento de débitos provenientes do contrato de promessa de compra e venda mercantil, situação que pode ser claramente evidenciada pelo item III e IV, respectivamente, dos contratos de fiança.

Sustenta que está claro que os contratos de fiança acostados aos autos visam garantir contratos distintos, o que por si só afasta qualquer possibilidade de substituição da fiança, como consta na decisão ora recorrida.

Enfatiza que, ainda que as fianças tenham sido prestadas em relação ao mesmo contrato, estas ainda não se substituiriam, na medida em que, por si sós, uma fiança não excluir a outra, além de restar expressamente estampado nos contratos de fiança firmados pelos fiadores inclusos no polo passivo da lide que a fiança subsistiria, ainda que outra tenha sido ou venha a ser prestada.

Ressalta que os apelados em momento algum procederam à regular notificação da Petrobrás Distribuidora S.A. acerca de eventual exoneração da fiança prestada em favor da sociedade, pela alteração do seu quadro societário, pelo que esta foi mantida.

Pontua que, no caso em apreço, deve ser aplicado o princípio da paridade em sentido oposto, para que eventuais honorários arbitrados em favor do advogado dos fiadores, o que se admite por mera eventualidade, deve ocorrer mediante apreciação equitativa, atento ao grau de zelo do profissional, lugar da prestação do serviço, natureza e importância da causa, trabalho realizado pelo advogado, tempo exigido para seu serviço, nos termo do art. 85, § 2º e § 8º do CPC/15.

Aduz que é imperiosa a reforma/complementação da decisão para determinar que o valor apurado da dívida seja atualizado, acrescido de juros de mora e correção monetária até a data do efetivo pagamento, sob pena de enriquecimento ilícito dos apelados.

Em f. 2.034/2.044, Posto Divinópolis Ltda. defende que a ação de exigir contas não se encontra investida do espírito de boa fé, devendo ser repelida por sua total falta de embasamento fático e legal, por ser inconcebível a pretensão de "revisão" de contas já apresentadas, por meio de ação em que se exige a prestação das mesmas contas.

Apregoa que a cláusula quarta do Contrato de Comissão Mercantil, que instrui a presente ação, é muito clara ao informar que a própria apelada indica um "preposto da BR", para verificar toda a documentação que julgar necessária" aos levantamentos pertinentes à comissão, não havendo que se falar em prestação de contas, se toda a documentação necessária à apuração das comissões sempre esteve à disposição e até mesmo sob controle da apelada, através do preposto pela mesma eleito.

Diz que, considerando que prepostos da apelada sempre tiveram amplo acesso às informações pleiteadas por meio da presente ação, não há que se apurar contas.

Destaca que o rito previsto para o curso de uma ação de exigir contas pressupõe a existência de uma relação jurídica que envolva a administração ou a gestão de bens alheios e que a relação havida entre as partes não condiz com a primeira hipótese, tampouco com a segunda, já que a natureza da relação entre o distribuidor de petróleo e produtos do gênero e o posto de combustíveis é eminentemente de compra e venda de cunho mercantil.

Pede seja a apelação conhecida e provida integralmente para que seja reformada a sentença, nos termos razões de recurso, com consequente indeferimento da inicial por reconhecida falta de interesse processual, devendo ser extinto o processo, sem julgamento do mérito, nos termos do art. 485, inciso VI, e 330, inciso III, do Código de Processo Civil.

Às f. 2.048/2.059, Posto Divinópolis Ltda. oferta contrarrazões, pugnando não seja a sentença reformada consoante pleiteada.

Às f. 2.061/2.071, Petrobrás Distribuidora S.A. apresentou contrarrazões postulando o não provimento da segunda apelação.

É o relatório.

Passo ao voto.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço dos recursos.

Constato que na segunda apelação, interposta pelo Posto Divinópolis Ltda., há pedido de que seja reconhecida falta de interesse processual, nos termos do art. 485, inciso VI, e 330, inciso III, do Código de Processo Civil, assim, necessário que seja analisada antes da primeira apelação.

Segunda Apelação

Posto Divinópolis Ltda. está a objetivar a reforma da sentença, defendendo seja extinto o feito, sem resolução do mérito, porquanto inexiste interesse processual da Petrobrás Distribuidora S.A. para a ação de prestação de consta, cujo pleito sobressaiu julgado procedente.

O argumento central, ao que se colhe do inconformismo, é o de que se, a apelada, a todo tempo, detinha os dados, informações e detalhamentos, da relação jurídica estabelecida entre as partes de comissão e promessa de compra e venda mercantil, não haveria que se falar em interesse na prestação das contas respectivas.

Afirmou a segunda apelante, ainda, que o rito previsto para o curso de uma ação de exigir contas pressupõe a existência de uma relação jurídica que envolva a administração ou a gestão de bens alheios e que a relação havida entre as partes não condiz com a primeira hipótese, tampouco com a segunda, já que a natureza da relação entre o distribuidor de petróleo e produtos do gênero e o posto de combustíveis é eminentemente de compra e venda de cunho mercantil.

Conforme consabido, é necessário, para propor ou contestar ação, ter interesse e legitimidade, sendo certo, ainda, que se extingue o processo, sem resolução de mérito, quando não estiverem presentes a legitimidade e o interesse processual, consoante art. 485, inciso VI, do Código de Processo Civil.

Sobre o tema, ensina Fredie Didier Júnior:

> Há utilidade da jurisdição toda vez que o processo puder propiciar ao demandante o resultado favorável pretendido. Explica Cândido Dinamarco: "Sem antever no provimento pretendido a capacidade de oferecer essa espécie de vantagem a quem o postula, nega-se a ordem jurídica a emiti-lo e, mais que isso, nega-se a desenvolver aquelas atividades ordinariamente predispostas à sua emissão (processo, procedimento, atividade jurisdicional)". [...] O exame da 'necessidade da jurisdição" fundamenta-se na premissa de que a jurisdição tem de ser encarada como última forma de solução de conflito (DIDIER Jr., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*, v. I, 14. ed., Salvador: Jus Podivum, p. 224-226).

De saída, cumpre esclarecer que é inequívoco o dever que atrela a segunda apelante de prestar contas à segunda apelada, o qual decorre do contrato de comissão mercantil firmado entre as partes, que por sua vez estipula que o Posto Divinópolis se obrigou a comprar determinada quantidade de combustíveis da Petrobrás Distribuidora S.A., para fins de revenda, devendo, ainda, efetuar a devolução da diferença entre a totalidade da comissão, enquanto revendedor e o percentual cabível a distribuidora.

O fundamento central da ação ajuizada, ao que se extrai da exordial, se baseia na alegação de que o Posto Divinópolis Ltda.

> por diversos meses não houve a referida prestação das contas, bem como não foram devolvidas à BR as diferenças havidas entre o total da comissão da Autora e o percentual do Réu. Desse modo, utilizando se de seu respaldo legal e contratual, intentou a BR na ação em epígrafe para ver cumprido seu direito.

Desse modo, não convence o que sustenta o segundo apelante, no sentido de que faleceria interesse processual a autora da ação, porque, segundo a cláusula quarta do pacto objeto dos autos, a própria segunda apelada indica um "preposto da BR", para verificar toda a documentação que julgar necessária" aos levantamentos pertinentes à comissão, não havendo que se falar em prestação de contas, se toda a documentação necessária à apuração das comissões sempre esteve à disposição e até mesmo sob controle da segunda apelada, através do preposto pela mesma eleito.

É que a ação de prestação de contas é a via processual própria para se aferir a existência de um débito ou de um crédito, resultante de determinado negócio jurídico, sendo necessário que as contas estejam fundadas em documentos idôneos e apresentadas ao juízo sob a forma mercantil.

Acerca da natureza e do objetivo da ação de prestação de contas, mister se faz destacar a lição de Humberto Theodoro Júnior:

> Consiste a prestação de contas no relacionamento e na documentação comprobatória de todas as receitas e de todas as despesas referentes a uma administração de bens, valores ou interesses de outrem, realizadas por força de relação jurídica emergente da lei ou do contrato. Seu objetivo é liquidar dito relacionamento jurídico existente entre as partes no seu aspecto econômico de tal modo que, ao final, se determine, com exatidão, a existência ou não de um saldo fixando, no caso positivo, o seu montante, com efeito de condenação judicial contra a parte que se qualifica como devedora. [...] A obrigação de prestar contas, derivadas de qualquer relação jurídica patrimonial, pode ter caráter unilateral, ou seja, pode sujeitar uma só das partes - como se dá com o mandatário, o administrador do condomínio, o síndico, o curador etc. - ou pode ter o caráter bilateral, a teor do que se dá com o contrato de conta corrente. [...] O procedimento especial da ação de prestação de contas foi concebido em direito processual com a destinação específica de compor os litígios em que a pretensão, no fundo, se volte para o esclarecimento de certas situações resultantes, no geral, da administração de bens alheios (THEODORO Jr, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, v. III, 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 85-87).

E, forçoso perceber, que em sede de contestação a ora segunda apelante sequer questionou a apontada inadimplência contratual que veio a ensejar o manejo da presente ação. Portanto, não há que se falar de ausência de interesse processual, ficando afastada a tese recursal ventilada no segundo apelo.

Primeira Apelação

Petrobrás Distribuidora S.A. insurge-se contra a sentença, adotando duas teses recursais de reforma.

A uma, pretende sejam reincluídos no polo passivo da demanda, Hélio Pereira Godinho e Corina Alves Batista Godinho, os quais seriam fiadores-garantidores da avença pactuada com o Posto Divinópolis Ltda.

A duas, bate-se pelo redimensionamento do arbitramento dos honorários advocatícios levado à efeito na sentença, sendo, a seu aviso, imperiosa a reforma/complementação da decisão para determinar que o valor apurado da dívida seja atualizado, acrescido de juros de mora e correção monetária até a data do efeito pagamento, sob pena de enriquecimento ilícito do primeiro apelado.

De se rememorar que o Juízo primevo extinguiu o feito, sem resolução do mérito, excluindo, por ilegitimidade passiva, Hélio Pereira Godinho e Corina Alves Batista Godinho, nos termos do art. 485, VI, do CPC e julgou boas as contas apresentadas pela autora/primeira apelante, declarando a existência de saldo credor em seu favor, no importe de R$2.054.365.37 (dois milhões cinquenta e quatro mil trezentos e sessenta e cinco reais e trinta e sete centavos), apurado em setembro de 2017,

nos termos do laudo pericial. Ainda, condenou o réu/segundo apelante ao pagamento das custas e despesas processuais, os quais arbitrou em 10% (dez por cento) os honorários advocatícios, sobre o valor da causa, nos termos do art. 85,§ 2º, do CPC.

A sentença restou integrada pela decisão de f. 1.998 e verso, a qual acolheu, em parte, embargos de declaração, para o fim de arbitrar os honorários advocatícios em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação, nos termos do art. 85,§ 2º, do CPC.

A primeira apelante apregoa que está claro que os contratos de fiança acostados aos autos visam a garantir contratos distintos, o que por si só afasta qualquer possibilidade de substituição da fiança, como consta na decisão ora recorrida.

Advoga que, enquanto os coobrigados inclusos na lide garantem o pagamento de débitos advindos do contrato de comissão mercantil, que é o único objeto da lide, os supostos fiadores sucessores assumem a obrigação pelo adimplemento de débitos provenientes do contrato de promessa de compra e venda mercantil, situação que pode ser claramente evidenciada pelo item III e IV, respectivamente, dos contratos de fiança.

Enfatiza que, ainda que as fianças tenham sido prestadas em relação ao mesmo contrato, estas ainda não se substituiriam, na medida em que, por si sós, uma fiança não exclui a outra, além de restar expressamente estampado nos contratos de fiança firmados pelos fiadores inclusos no polo passivo da lide que a fiança subsistiria, ainda que outra tenha sido ou venha a ser prestada.

A resolução da controvérsia recursal, no ponto, reside em saber se os fiadores que foram excluídos da lide, sob a fundamentação de que não possuem obrigação de prestar de contas e que, ainda que tivessem, houve substituição da fiança.

Vejo que, aqui, tem razão a primeira apelante.

Dos documentos acostados aos autos, nota-se que inexistiu a aludida substituição da fiança, não tendo sido exonerados os fiadores Hélio Pereira Godinho e Corina Alves Batista Godinho, da garantia a qual se obrigaram e, por sua vez, atrelada a relação mercantil/comercial contratualmente estabelecida entre a primeira apelante e o primeiro apelado. De fato, nos autos, se tem dois contratos com garantia fidejussória, mas se nota, também, que visam a garantir contratos distintos.

O contrato que instrui a inicial, de f. 33/36 é, com efeito, diverso daquele constante de f. 1.455/1.459.

Tenho que a consequência natural da procedência do pedido, com julgamento das contas por boas e declaração de saldo credor em favor da autora da ação é exatamente o que torna os fiadores partes legítimas para permanecer no polo passivo.

É que o art. 552 do CPC, estatui que a sentença apurará o saldo e constituirá título executivo judicial e, assim, a exclusão dos fiadores promovida pela sentença se revelou equivocada, por impedir a formação do título em questão em desfavor dos fiadores.

No que tange à alteração do arbitramento dos honorários advocatícios, a pretensão da primeira apelante é que a sentença seja reformada, a fim de que o valor apurado da dívida seja atualizado, acrescido de juros de mora e correção monetária até a data do efetivo pagamento, sob pena de enriquecimento ilícito dos apelados.

Anoto que, em matéria de saldo devedor, em ação de prestação de contas, por se tratar de ação de natureza dúplice, ao final do debate, pode resultar saldo em favor de qualquer dos litigantes.

Assim, a obrigação, a toda evidência, só passa existir, e consequentemente, só se torna exigível, a partir da data em que é declarado o saldo devedor, isso por que, até aquela ocasião, não se pode dizer que havia dívida, ou que, com a necessária certeza e segurança, havia credores ou devedores.

Nesse norte de considerações, sem necessidade de maior elastério, o valor apurado da dívida deve ser atualizado, acrescido de juros de mora 1% (um por cento) ao mês e correção monetária, segundo os fatores e índices de atualização constantes da tabela da CGJ/TJMG, a partir da data de publicação desta decisão.

Isso posto, dou parcial provimento ao primeiro recurso, para reincluir no polo passivo da demanda Hélio Pereira Godinho e Corina Alves Batista Godinho e para determinar que o saldo apurado em favor da primeira apelante seja atualizado, acrescido de juros de mora 1% (um por cento) ao mês e correção monetária, segundo os fatores e índices de atualização constantes da tabela da CGJ/TJMG, a partir da data de publicação desta decisão. nego provimento ao segundo recurso.

Condeno as partes, ao pagamento das custas recursais, devendo a primeiro apelante arcar com 30% (trinta por cento da verba) e o segundo apelante, com os 70% (setenta por cento) restantes.

Em decorrência do disposto no art. 85,§11, do CPC, majoro, em desfavor do segundo apelante, os honorários advocatícios estabelecidos na sentença, para o percentual de 12% (doze por cento) sobre o valor da condenação.

Votaram de acordo com a Relatora os DESEMBARGADORES JAQUELINE CALÁBRIA ALBUQUERQUE E CAVALCANTE MOTTA.

Súmula - DAR PARCIAL PROVIMENTO AO PRIMEIRO RECURSO E NEGAR PROVIMENTO AO SEGUNDO RECURSO.

Apelação cível - Ação indenizatória - Imóvel situado em loteamento fechado - Obras concluídas e entregues - Posterior ato de vandalismo na residência da autora - Responsabilidade da incorporadora - Não ocorrência - Recurso não provido

- As disposições do Código de Defesa do Consumidor são aplicáveis às relações jurídicas estabelecidas entre o promissário comprador e a empresa responsável pelo empreendimento imobiliário, de modo que este responde objetivamente e só não será responsabilizado se comprovar as excludentes previstas no art. 14, § 3º, do CDC.

- Comprovado que o ato de vandalismo na residência da autora aconteceu depois de concluído e entregue o empreendimento, bem como que o réu (loteador) não assumiu o dever de fornecer segurança aos condôminos, mantém-se a sentença por meio da qual os pedidos foram julgados improcedentes, pois demonstrada a inexistência de vício e culpa exclusiva de terceiro.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0346.12.001660-2/001 - Comarca de Jaboticatubas - Apelante: Rita Carclem Nascimento Camargos - Apelado: Besa Ltda. - Relator: DES. MARCOS LINCOLN

Acórdão

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

Belo Horizonte, 1º de dezembro de 2021. - *Marcos Lincoln* - Relator.

Voto

DES. MARCOS LINCOLN - Trata-se de apelação, interposta por Rita Carclem Nascimento Camargos à sentença retratada no documento eletrônico (DE) nº 25, proferida nos autos da ação de indenização ajuizada contra Besa Empreendimentos Imobiliários Ltda., por meio da qual o MM. Juiz assim decidiu:

Pelo exposto, rejeito a preliminar e resolvo o mérito, com amparo no inciso I, do art. 487, do Código de Processo Civil e, por conseguinte, julgo improcedentes os pedidos iniciais.

Condeno a autora ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios. fixados em 10% (dez por cento) do valor atualizado da causa, nos termos do § 2°, do art. 85, do Código de Processo Civil, suspensa a exigibilidade da parte autora em face à gratuidade judiciária deferida.

Nas razões recursais (DE 31), em síntese, argumentou que *"a empresa recorrida comercializou imóveis em condomínio fechado sem nunca sequer providenciar o fechamento do mesmo"*; que *"como atestou a Perícia Técnica da Polícia Civil à época, a propriedade havia sido alvo de um incêndio criminoso"*; que *"tudo aconteceu dentro das dependências do condomínio que deveria ser um condomínio fechado com o objetivo de garantir a segurança dos seus moradores"*; que *"o ato ilícito da recorrida configura-se justamente por sua omissão ao não entregar ao seu empreendimento a segurança prometida, uma vez que sequer havia um portão na entrada do seu empreendimento"* e que *"perdeu, não apenas a moradia, mas ainda, o meio de subsistência, já que, seus equipamentos, máquinas de costura, também se encontravam no local"*.

Por esses motivos, pediu o provimento do recurso, *"para, reformando a r. Decisão a quo, condenar a Recorrida ao pagamento de indenização por danos materiais e danos morais causados, além da condenar a Recorrida ao pagamento de, conforme contrato de compra e venda, multa contratual de 5% (cinco por cento) sobre o valor corrigido do imóvel"*.

Contrarrazões anexadas ao DE 33, pugnando pela manutenção da sentença.

É o relatório.

Decide-se.

Colhe-se dos autos que Rita Carclem Nascimento Camargos, Clemia Maria Nascimento Nunes e Karony Leite Gomes ajuizaram ação de indenização por danos morais e materiais contra Besa Empreendimentos Imobiliários Ltda., alegando que *"a duras penas, conseguiram os autores, juntos, adquirirem, financiado, um imóvel no Condomínio Residencial Candeias, em Jaboticatubas"*; que *"através do referido contrato, adquiriram o imóvel 'sendo o loteamento um condomínio fechado', [...] o qual, ainda, segundo 'Convenção do Condomínio [...]' seria 'com acesso restrito, mediante portaria, para controlar o acesso dos proprietários [...]', sob fiscalização e vigilância"; que "pagaram o preço de R$93.000,00 (noventa e três mil reais)"*; que *"após aproximadamente 6 meses da compra do imóvel, edificaram uma pequena residência"* e que *"sempre batalharam [...], cobrando do condomínio o cumprimento do contrato com o fechamento da portaria"* (*sic*).

Além disso, consta da inicial que *"tiveram início os seus problemas com a chegada de um vizinho 'Júlio', que realizando uma obra, de grande porte, lhe impôs enorme aborrecimento com a frequente passagem de caminhões, inclusive no horário noturno"*; que *"tamanho foi o choque dos autores, em 14.03.2012, [...] ao retornar para casa e encontrá-la completamente incendiada, e pior, vítima de incêndio criminoso [...], dentro das dependências do condomínio, que deveria ser fechado e garantir [...] toda segurança"* e que *"tudo isso se deve apenas ao descumprimento da obrigação da parte ré em manter a segurança do condomínio"*.

Com essas considerações, pediram a concessão de tutela de urgência, para *"que [...] a ré [...] proceda ao pagamento mensal de quantia equivalente a um salário mínimo legal, hoje R$622,00 (seiscentos e vinte e dois reais), para cada um dos autores"* e, ao final, a confirmação da liminar, com a condenação da ré ao pagamento de multa, bem como indenização por danos morais e materiais.

O MM. Juiz indeferiu a tutela de urgência e, devidamente citada, a ré ofereceu contestação, por meio da qual suscitou preliminar de ilegitimidade ativa dos autores Clemia Maria Nascimento Nunes e Karony Leite Gomes, "*pois [...] não assinaram qualquer contrato de compra e venda com a empresa ré*".

Com relação ao mérito, afirmou, resumidamente, que *"a ação deveria ser proposta contra o condomínio e/ou contra o vizinho 'Júlio', e não contra a empresa ré"* e que *"vendeu um imóvel, entregou à posse do lote a autora, não é síndica e não faz parte da direção do condomínio e não tem poder de policia"*, de modo que não *"pode ser parte ou ser responsabilizada por um ato criminoso, do qual, não se tem notícia do autor"*.

Na oportunidade, a ré ofertou reconvenção, objetivando a rescisão da promessa de compra e venda, sob o argumento de que *"a reconvinda não efetuou o pagamento das parcelas vencidas no período de março a julho de 2012, no importe total de R$5.149,60 (cinco mil cento e quarenta e nove reais e sessenta centavos)"*.

Por meio da decisão saneadora, o MM. Juiz acolheu a preliminar de ilegitimidade passiva quanto aos autores Clemia Maria Nascimento Nunes e Karony Leite Gomes; ademais, vale dizer que, na audiência de instrução e julgamento, as partes se compuseram quanto à reconvenção, o que foi imediatamente homologado pelo d. Magistrado *a quo*.

Assim, depois de regular instrução, sobreveio a sentença hostilizada, pela qual o MM. Juiz julgou improcedentes os pedidos da inicial, ao fundamento de que *"não restou cabalmente comprovada a culpa da ré no evento danoso"*.

Esses são os fatos. Pois bem.

As disposições do Código de Defesa do Consumidor são aplicáveis à espécie, de modo que a ré apelada responde objetivamente, nos termos do art. 14 do CDC, que enuncia:

> Art.14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.
>
> [...]
>
> § 3º O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar:
>
> I - que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste;
>
> II - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

Desse modo, a apelada só não será responsabilizada se ficar comprovado que o defeito inexistiu ou que houve culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro, conforme preveem as excludentes do art. 14, § 3º, do CDC.

No caso dos autos, a autora apelante pretende receber indenização por danos morais e materiais, bem como multa contratual, à alegação de que a ré, ora apelada, teria descumprido sua obrigação de edificar uma portaria no condomínio, com vigilância constante, e que tal circunstância teria favorecido que criminosos ateassem fogo na casa dela (autora).

Com efeito, depois de examinar cuidadosamente as provas produzidas, mormente o laudo do Instituto de Criminalística da Polícia Civil de Minas Gerais, observou-se que a autora apelante, de fato, demonstrou a origem criminosa do referido incêndio, vejamos:

Todavia, como bem destacado pelo MM. Juiz de primeiro grau, o conjunto probatório não possui elementos necessários à configuração do nexo de causalidade entre o evento danoso e qualquer conduta da ré apelada (mera incorporadora do empreendimento), isso porque, ao contrário do argumentado pela parte autora, *data venia*, a ré apelada cumpriu, sim, sua obrigação de edificar a portaria (guarita), como se depreende das fotografias que instruíram a inicial, vejamos:

Ademais, a documentação que igualmente instruiu a inicial revela que o funcionamento da guarita, com serviços de segurança e vigilância, em momento algum foi atribuído à ré (repita-se, mera incorporadora do empreendimento).

Vejamos:

(Obrigações da empreendedora - f. 35 dos autos da origem)

Pelo contrário, em verdade, extrai-se dos autos que as citadas obrigações (funcionamento da portaria, com serviços de segurança) ficaram a cargo do condomínio, nos seguintes termos:

[...]

[...]

Portanto, só por essas circunstâncias, conclui-se que o pedido indenizatório e a execução da multa não encontram respaldo legal ou contratual, porquanto a ré apelada (loteadora) entregou o empreendimento na forma contratada, inclusive com a guarita edificada, e em momento algum assumiu a obrigação mantê-la em funcionamento, o que ficou a cargo do condomínio.

Em outras palavras, não há como atribuir a responsabilidade do ato de vandalismo à parte ré, porque esta atuou como simples loteadora e não assumiu a obrigação de garantir a segurança do local, sendo certo que o incêndio aconteceu mais de um ano depois de a autora ter se imitido na posse do imóvel, isto é, quando exaurida a contraprestação da promessa de compra e venda.

De outro lado, apenas para argumentar, acrescente-se que a pessoa indicada como possível responsável pelo incêndio ("Júlio") é vizinha da autora e, portanto, também é condômina, razão pela qual, mesmo se admitíssemos eventual descumprimento por parte da ré, ainda assim, a hipótese seria de improcedência do pedido, pois o acesso do possível suspeito ("Júlio"), evidentemente, não seria impedido ao condomínio do qual ele também faz parte.

Nesse ponto, acrescente-se que a testemunha da autora apelante, em seu depoimento, reconheceu não apenas a condição de condômino de "Júlio", mas, também, a existência de desavenças pessoais entre as partes, *in vebis*:

[...]

Por esses motivos, a meu ver, ficaram suficientemente demonstradas as excludentes de responsabilidade de que trata o art. 14, § 3º, do CDC, já que a manutenção da segurança não ficou a cargo da simples loteadora do empreendimento - e, sim, do condomínio -, bem como porque o incêndio foi causado por terceiros, já identificados pela autora.

Consequentemente, merece ser mantida a sentença, sobretudo porque o MM. Juiz, estando mais próximo dos fatos, das partes e de todas as circunstâncias que envolvem a questão posta decidiu, com segurança, depois da audiência, pela improcedência dos pedidos, sem prejuízo, entretanto, de a autora pedir indenização contra os possíveis responsáveis.

Conclusão.

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso.

Custas, pelos apelantes. Majoram-se os honorários advocatícios devidos aos patronos da parte autora para 11% (onze por cento) do valor atualizado da causa, nos termos do art. 85, § 11, do CPC. Suspende-se a exigibilidade, por ser a autora beneficiária da justiça gratuita.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES MÔNICA LIBÂNIO ROCHA BRETAS E ADRIANO DE MESQUITA CARNEIRO.

Súmula - NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Agravo de instrumento - Ação ordinária - Plano de saúde coletivo - Aposentadoria do beneficiário - Manutenção da cobertura - Necessidade - Inteligência do art. 31 da Lei nº 9.656/98 - Limitação dos reajustes - Impossibilidade - Abusividade não demonstrada - dilação probatória - Tutela de urgência - Parcial deferimento - Recurso parcialmente provido

- Nos termos do art. 31 da Lei nº 9.656/98, é assegurado ao aposentado o direito de permanecer como beneficiário do contrato de plano de saúde nas mesmas condições de cobertura assistencial, desde que assuma o pagamento integral da contribuição. A jurisprudência pátria é firme no sentido de que as normas contidas nos art. 30 e 31 da Lei nº 9.656/98 não impõem a manutenção das condições de custeio do plano de saúde coletivo, admitindo-se a adequação da contraprestação a fim de assegurar o equilíbrio contratual. Havendo necessidade de dilação probatória para a aferição da questão objeto de um dos pedidos antecipatórios, consistente na alegação de abusividade dos reajustes, mostra-se inviável o deferimento da medida de urgência neste ponto.

AGRAVO DE INSTRUMENTO-CV Nº 1.0000.21.011096-1/001 - Comarca de Juiz de Fora - Agravante: Bradesco Saúde S.A. - Agravado: Diomedes Jovelino Samuel Abílio Alves de Meirelles - Relatora: DES.ª MÔNICA LIBÂNIO ROCHA BRETAS

Acórdão

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

Belo Horizonte, 15 de dezembro de 2021. - *Mônica Libânio Rocha Bretas* - Relatora.

Voto

DES.ª MÔNICA LIBÂNIO ROCHA BRETAS - Trata-se de agravo de instrumento, interposto por Bradesco Saúde S.A. contra a decisão de Ordem 54 proferida nos autos da ação ordinária movida em seu desfavor por Diomedes Jovelino Samuel Abílio Alves de Meirelles, na qual a MMª. Juíza de Direito da 2ª Vara Cível da Comarca de Juiz de Fora, Drª. Ivanete Jota de Almeida, deferiu a tutela de urgência pleiteada, nos seguintes termos:

Trata-se de ação de ordinária c/c indenização por dano moral e material, com pedido de tutela provisória de urgência, ajuizada por Diomedes Jovelino Samuel Abílio Alves de Meireles em face de Bradesco Saúde S.A, objetivando a manutenção do plano de saúde ao autor e a seus dependentes, por prazo indeterminado, nas

mesmas condições de custeio e cobertura verificadas anterior a rescisão do contrato de trabalho continuando o autor a assumir o pagamento integral das contribuições, sob pena de multa diária.

É o relatório, decido.

Inicialmente, defiro a assistência judiciária gratuita ao autor, na forma do art. 98 do CPC.

De acordo com o art.31 da Lei nº 9656/98:

> Art. 31. Ao aposentado que contribuir para produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei, em decorrência de vínculo empregatício, pelo prazo mínimo de dez anos, é assegurado o direito de manutenção como beneficiário, nas mesmas condições de cobertura assistencial de que gozava quando da vigência do contrato de trabalho, desde que assuma o seu pagamento integral.
>
> § 1° Ao aposentado que contribuir para planos coletivos de assistência à saúde por período inferior ao estabelecido no caput é assegurado o direito de manutenção como beneficiário, à razão de um ano para cada ano de contribuição, desde que assuma o pagamento integral do mesmo. (Vide Medida Provisória nº 1.908-20, de 1999)
>
> § 2º Para gozo do direito assegurado neste art., observar-se-ão as mesmas condições estabelecidas nos § 2º, § 3º, § 4º, § 5º e § 6º do art. 30. (Vide Medida Provisória nº 1.908-20, de 1999)
>
> § 3º Para gozo do direito assegurado neste art., observar-se-ão as mesmas condições estabelecidas nos § 2º e § 4º do art. 30.

O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do RESP nº 1.6806318/SP definiu que a contribuição prevista no art. 31 da Lei nº 9656/98 refere-se a uma contribuição mensal paga pelo segurado independente de se estar usufruindo dos serviços de assistência médica, não se podendo estender tal benefício para os planos de saúde em que os empregados arcavam apenas com a co-participação, uma vez que essa consiste apenas no valor cobrado do consumidor após a utilização específica do plano de saúde, possuindo, por isso, valor variável, a depender do evento sucedido.

No caso dos autos, vislumbro a verossimilhança nas alegações do demandante, fundada em prova substancial apta a ensejar a antecipação dos efeitos da tutela de mérito, isso pois o termo de rescisão contratual de id 74924664 e o demonstrativo de pagamento em id 74925946 demonstram a demissão sem justa causa e a contribuição mensal do autor no plano de saúde, respectivamente.

Alia-se a isto, que o advento da aposentadoria do autor, se deu quando este ainda mantinha vínculo com o plano de saúde requerido, atraindo, assim, o disposto no art. 31 da Lei nº 9.656/98.

Por fim, não vislumbro eventual irreversibilidade no provimento da medida pleiteada, tendo em vista que, em caso de improcedência da demanda, poderá a requerida cancelar/excluir o consumidor do plano e cobrar os valores gastos com o tratamento.

Sobre questão similar já decidiu o Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

[...]

Ante ao exposto, defiro a tutela de urgência pleiteada, determinando a requerida que, no prazo de 10 (dez) dias contados a partir de sua intimação, mantenha o plano de saúde empresarial ao Autor e a seus dependentes, por prazo indeterminado, na forma do art. 31, caput, da Lei nº 9656/98, nas mesmas condições de custeio e cobertura verificadas anteriormente à dispensa, continuando o autor a assumir o pagamento integral das contribuições, sob pena de multa diária de R$500,00 (quinhentos), limitada a 100 (cem) dias, até ulterior deliberação deste juízo.

Em suas razões recursais, o agravante sustenta, em síntese, que o autor/agravado não se enquadra na hipótese descrita no art. 31 da Lei nº 9.656/98, mas sim no caso do art. 30 da referida lei, uma vez que o seu desligamento da empresa estipulante ocorreu em decorrência de rescisão sem justa causa, e não por força de sua aposentadoria. Nessa linha, alega que não há probabilidade do direito à manutenção da cobertura por prazo indeterminado, como pretende o ora recorrido.

Subsidiariamente, argumenta que, caso seja determinada a manutenção da cobertura, esta deverá ser condicionada ao pagamento integral da contraprestação pelo Consumidor, a qual não necessariamente deverá ser a mesma paga à época da vigência do vínculo empregatício. Nessa linha, defende inexistir abusividade no reajuste das mensalidades, a fim de se adequar à natureza contratual e às características do beneficiário, tais qual a idade e grau de sinistralidade.

Pugna pela concessão de efeito suspensivo ao recurso e, ao final, pelo seu provimento para reformar a decisão agravada.

Decisão inicial à Ordem 94, determinando a suspensão da decisão agravada até o pronunciamento definitivo da Turma Julgadora, apenas no tocante à manutenção das condições de custeio verificadas anteriormente à dispensa do autor/agravado.

Contraminuta apresentada à Ordem 95, requerendo o agravado o desprovimento do recurso.

Informações prestadas pelo Juízo a quo à Ordem 96, comunicando a manutenção da decisão agravada.

É o relatório.

Inicialmente, cumpre registrar que os pressupostos de admissibilidade já foram analisados na decisão inicial. Inexistindo preliminares, passo ao exame do mérito recursal.

Busca o recorrente a reforma da decisão que deferiu a tutela de urgência na origem, de modo que o provimento do recurso se vincula à demonstração de que estão ausentes, na origem, os requisitos do art. 300 do CPC para a concessão da medida ora combatida. Assim, há de se analisar a pretensão autoral, que se divide em dois pleitos, quais sejam, (i) a manutenção da cobertura assistencial de que gozava quando da vigência do contrato de trabalho e (ii) a limitação dos reajustes da mensalidade a ser paga integralmente pelo Consumidor.

A meu sentir, o primeiro pedido encontra-se revestido de probabilidade, uma vez que a Lei nº 9.656/98 é clara ao dispor sobre o direito do autor/agravado de se manter como beneficiário, nas

mesmas condições de cobertura presentes no plano coletivo em que se incluía até o seu desligamento da empresa estipulante.

A propósito, confira-se o teor do art. 31 da referida lei:

> Art. 31. Ao aposentado que contribuir para produtos de que tratam o inciso I e o § 1o do art. 1o desta Lei, em decorrência de vínculo empregatício, pelo prazo mínimo de dez anos, é assegurado o direito de manutenção como beneficiário, nas mesmas condições de cobertura assistencial de que gozava quando da vigência do contrato de trabalho, desde que assuma o seu pagamento integral.
>
> § 1º Ao aposentado que contribuir para planos coletivos de assistência à saúde por período inferior ao estabelecido no caput é assegurado o direito de manutenção como beneficiário, à razão de um ano para cada ano de contribuição, desde que assuma o pagamento integral do mesmo.
>
> § 2º Para gozo do direito assegurado neste art., observar-se-ão as mesmas condições estabelecidas nos § 2º, § 3º, § 4º, § 5º e § 6º do art. 30.

Ao contrário do que sustenta o réu/agravante, entendo que a situação do autor/agravado se amolda à hipótese da norma supratranscrita, uma vez que é inequívoca a condição do Consumidor como aposentado, consoante documento de Ordem 18.

Dito isso, destaca-se que mesmo que seja aplicado o art. 30 da referida lei, prevalece, neste momento processual, o direito do ora Recorrido à manutenção da cobertura, uma vez que não transcorrido o prazo máximo fixado no §1º do art. 30 da Lei nº 9.656/98, contado da rescisão do contrato de trabalho, ocorrido em 18.04.2019 (Ordem 19).

De outro lado, o perigo de dano grave e de difícil reparação, *in casu*, é evidente, uma vez que o autor/agravado se vê na iminência de encontrar-se desprovido de cobertura assistencial de saúde.

Assim, ressai irretocável a decisão agravada no tocante à determinação de que o réu/agravante mantenha o plano de saúde empresarial ao autor/agravado e a seus dependentes, por prazo indeterminado, na forma do art. 31, *caput*, da Lei nº 9656/98, nas mesmas condições de cobertura verificadas anteriormente à dispensa.

Já quanto à vedação ao reajuste das mensalidades, entendo que a pretensão autoral carece de probabilidade, vislumbrando-se, por conseguinte, a necessidade de parcial provimento do recurso, isso porque a jurisprudência pátria é firme no sentido de que as normas contidas nos arts. 30 e 31 da Lei nº 9.656/98 não impõem a manutenção das condições de custeio do plano de saúde coletivo, admitindo-se a adequação da contraprestação a fim de assegurar o equilíbrio contratual.

Nesse sentido, já decidiu este Eg. Tribunal:

> Agravo de instrumento. Plano de saúde. Aposentado. Contrato coletivo. Rescisão unilateral. Tutela de urgência. Manutenção valor do prêmio. Probabilidade do direito. Não demonstração. Recurso desprovido. É pacífico na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça o direito do aposentado, nos termos do art. 31, da Lei nº 9.656/98, em permanecer como beneficiário do seguro saúde nas mesmas condições de cobertura oferecidas à época do contrato de trabalho, sendo a ele aplicadas as alterações relativas ao regime de custeio dos empregados em atividade. Sobrevindo a informação acerca da rescisão contratual entre a operadora de saúde e a antiga empregadora do recorrente, inexiste fundamento legal para obrigar o plano de saúde a manter o ex-funcionário no contrato coletivo extinto, com as mesmas condições e valores anteriormente vigentes. Recurso a que se nega provimento. (TJMG - Agravo de Instrumento-Cv nº 1.0000.18.028965-4/001, Rel. Des. Amorim Siqueira, 9ª Câmara Cível, j. em 23.10.2018, p. em 29.10.2018).

> Apelação cível. Contrato de plano de assistência saúde. Estipulante. Empregador. Aposentadoria. Prazo de contribuição superior a dez anos. Aplicação do art. 31 da Lei nº 9.656/98. Manutenção da cobertura. Valor do prêmio. Integralidade do valor anteriormente devido. Recurso desprovido. - Nos termos da Súmula nº 469, "aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde". - O art. 31 da Lei nº 9.656/98 assegura o consumidor aposentado, que tenha contribuído por mais de dez anos para o plano de assistência saúde, do qual seu empregador figurou como estipulante, a manutenção da sua condição de segurado, nos mesmos moldes de cobertura assistencial de que usufruía durante a vigência do pacto laboral, desde que assuma o pagamento integral do prêmio. - Pelo entendimento que vem prevalecendo junto ao STJ a manutenção das mesmas condições de cobertura não garantem ao segurado a persistência do valor do premio, ou mesmo do modelo de custeio, que pode ser alterado para assegurar a solvibilidade do sistema. - Para manter as condições de cobertura do plano anteriormente vigente, o consumidor não deve ser excessivamente onerado, ou, tampouco, por força de expressa previsão legal (art. 31, *in fine*, da Lei nº 9656/98), pode o valor do novo premio devido ultrapassar a integralidade da quantia mensal (contribuição do empregado somada à contribuição do empregador), que era devida por força do plano de assistência saúde anteriormente vigente (TJMG - Apelação Cível nº 1.0000.18.010844-1/001, Rel. Des. Alberto Diniz Junior, 11ª Câmara Cível, j. em 13.06.2018, p. em 13.06.2018).

Embora seja certo que os reajustes não podem extrapolar os limites da proporcionalidade e da razoabilidade, entendo que os elementos colacionados aos autos, até então, não são suficientes para se concluir pela abusividade da contraprestação exigida pelo réu/agravante. Para tanto, aparenta ser necessário uma maior dilação probatória, obstando a concessão da tutela de urgência nesse ponto.

Em casos similares, já se posicionou esta nobre Câmara Cível:

> Agravo de instrumento. Ação revisional. Plano de saúde. Reajuste mensalidade. Alegação abusividade. Tutela de urgência. Requisitos do art.300 do código de processo civil 2015. Ausência. Dilação probatória. Necessidade. Para a concessão da tutela de urgência é imprescindível a comprovação dos requisitos constantes no art. 300 do CPC/15. Havendo necessidade de dilação probatória para a aferição da questão objeto do pedido

> antecipatório, consistente na alegação de abusividade dos reajustes, mostra-se inviável o deferimento da medida de urgência pleiteada (TJMG - Agravo de Instrumento-Cv nº 1.0000.18.084897-0/001, Rel. Des.ª Mônica Libânio, 11ª Câmara Cível, j. em 27.03.2019, p. em 27.03.2019).

De outro lado, a exigência que o réu/agravante mantenha o fornecimento de cobertura que não condiz com a contraprestação paga acarreta possível prejuízo financeiro de difícil reparação.

Por todo o exposto, a decisão que deferiu a tutela de urgência merece ser parcialmente reformada, apenas no tocante à manutenção das condições de custeio verificadas anteriormente à dispensa do autor/agravado.

Dispositivo

Com tais considerações, dou parcial provimento ao recurso para, reformando parcialmente a decisão de origem, indeferir o pedido de tutela de urgência de limitação dos reajustes da mensalidade a ser paga integralmente pelo consumidor agravado.

Diante da sucumbência recíproca, condeno as partes ao pagamento igualitário das custas recursais, na proporção de 50% (cinquenta por cento) para cada.

Fica suspensa a exigibilidade em relação ao autor/agravado, nos termos do art. 98, § 3º do CPC.

Votaram de acordo com a Relatora OS DESEMBARGADORES ADRIANO DE MESQUITA CARNEIRO E FABIANO RUBINGER DE QUEIROZ.

Súmula - DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO.

Apelação cível - Ação de indenização por danos morais - Publicação de vídeos íntimos em site pornográfico e grupo de WhatsApp - Ofensa à honra - Dano moral - *Quantum* - Critérios.

- A postagem de vídeo íntimo em site pornográfico e a divulgação em grupo de WhatsApp atingem fortemente o direito à imagem e à honra, mormente quando é possível a identificação da pessoa envolvida.

- Configurado o ato ilícito, o dano e o nexo de causalidade, deve o ofensor pagar indenização ao ofendido, observadas a capacidade econômica das partes e sopesadas as particularidades do caso concreto, cujo valor cumpra a dupla função, reparatória e pedagógica, da indenização.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0261.17.014945-2/001 - Comarca de Formiga - Apelante: I.M.O. - Apelado: W.J.S.P. - RELATOR: DES. ADRIANO DE MESQUITA CARNEIRO

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, 15 de dezembro de 2021. - *Adriano de Mesquita Carneiro* - Relator.

Voto

DES. ADRIANO DE MESQUITA CARNEIRO - Trata-se de apelação, interposta por I.M.O., contra a sentença proferida nos autos da ação de indenização por danos morais que a apelante move em face de W.J.S.

A sentença de Ordem 14 julgou procedente o pedido inicial nos seguintes termos:

Ante o exposto, com fundamento no art. 487, I, do Código de Processo Civil, julgo procedente o pedido inicial para condenar o requerido a pagar à requerente o valor de R$5.000,00 (cinco mil reais) a título de indenização por danos morais, acrescido de correção monetária a contar do arbitramento e juros de mora de 1% (um por cento) a partir da citação.

Condeno o requerido ao pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios que fixo em 10% (dez por cento) do valor da condenação.

Pelo recurso de Ordem 16, a autora/apelante busca, em síntese, a majoração do quantum arbitrado a título de indenização por danos morais argumentando que em virtude da divulgação de imagens intimas em grupos de WhatsApp e sites pornográficos, permaneceu por longo período sem sair de casa.

Alega que sofreu constrangimento perante a família, no trabalho e perante colegas, ressaltando que a exposição se deu de forma vexatória.

Destaca que a atitude do apelado foi desrespeitosa e desmedida, principalmente porque praticada em face da mãe de sua filha, ressaltando que por se tratar de policial civil o apelado deveria ter comportamento exemplar.

Adverte que o montante arbitrado não surtirá efeito pedagógico e não coibirá o apelado de continuar propagando as imagens.

Relata que o apelado foi o responsável pela divulgação das imagens e sequer se precaveu em esconder isso.

Pugna, pois, pela majoração da indenização arbitrada. Contrarrazões ofertadas à Ordem 18.

É o relatório.

Juízo de admissibilidade

A apelação é cabível, foi interposta tempestivamente, a petição cumpre as exigências legais e o preparo é dispensado por ser a apelante beneficiária da assistência judiciária gratuita. Destarte, presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso nos efeitos devolutivo e suspensivo, nos termos do art. 1.012 c/c art. 1.013, do CPC.

Mérito

Cuida-se de ação de indenização por danos morais proposta pela apelante em face do apelado sob a alegação de que o réu, com quem mantinha um relacionamento amoroso - embora casado - postou, em um grupo de WhatsApp gravações de relações sexuais mantidas entre ambos e publicou vídeo em um site pornográfico.

Afirma que o requerido pedia para filmá-los como recordação, pedido ao qual anuiu. Porém, no dia 29.08.2017 foi surpreendida com a divulgação das imagens em um site pornográfico, identificando-a como "Gostosa de Formiga-MG".

Aduz que no vídeo é possível reconhecer seu rosto de forma clara, esclarecendo que a própria vizinha deu ciência acerca da divulgação, que teria chegado ao conhecimento do filho daquela.

Relata que trabalha como diarista e ajudante em um restaurante, reside com seus pais e sua filha - que é filha do réu - e que a exposição a desmoralizou perante todos que conhece e causou transtornos descomunais, inclusive recebendo investidas de outros homens em razão dos vídeos divulgados.

Para fundamentar sua pretensão, apresentou os documentos de Ordem 3.

Em sua defesa o réu afirmou que a autora tinha as senhas de seu e-mail e que teria sido responsável pela divulgação. Ainda, que teria sido grandemente prejudicado pela exposição que quase levou ao término de seu casamento.

Pois bem.

Segundo prevê o art. 186, do Código Civil, que "aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito."

Sobre o tema, são as lições de Flávio Tartuce:

> Para alguns juristas, como exposto, a conduta humana e a culpa podem ser fundidas como um só elemento subjetivo da responsabilidade civil. Para fins didáticos, preferimos dividi-las.
>
> Assim sendo, a conduta humana pode ser causada por uma ação (conduta positiva) ou omissão (conduta negativa) voluntária ou por negligência, imprudência ou imperícia, modelos jurídicos que caracterizam o dolo e a culpa, respectivamente. Pela presença do elemento volitivo, trata-se de um fato jurígeno.
>
> Percebe-se que a regra é a ação ou conduta positiva; já para a configuração da omissão é necessário que exista o dever jurídico de praticar determinado ato, bem como a prova de que a conduta não foi praticada. Em reforço, para a omissão é necessária ainda a demonstração de que, caso a conduta fosse praticada, o dano poderia ter sido evitado. Ilustrando, a jurisprudência nacional tem entendido que o condomínio, em regra, não responde pelo roubo ou furto do veículo no seu interior, uma vez que não há por parte do mesmo, ou de seus prepostos, o dever legal de impedir o ilícito (TARTUCE, Flávio. *Direito Civil:* direito das obrigações e responsabilidade civil [livro eletrônico]. 8. ed. São Paulo: Método, 2013, v. 02. Epub. ISBN 978-85-309- 4468-1).

Ademais, é cediço que o reconhecimento da obrigação de indenizar depende de comprovação da presença, no caso concreto, dos três pressupostos da responsabilidade civil, quais sejam, conduta, dano e nexo causal.

Por sua vez, a conduta é a ação ou omissão que supostamente causaria lesão a terceiro.

São lições de Felipe Braga Netto:

> A expressão dano injusto introduz, de certo modo, a noção de proporcionalidade -trata-se do dano que não deve ser suportado pelo lesado, isto é, o dano a uma situação juridicamente protegida. É necessário, em nossos dias, na avaliação da indenizabilidade do dano, permear o olhar à luz do que é razoável e proporcional (NETTO, Felipe Braga. *Novo Manual de Responsabilidade Civil*. 1. ed. Salvador: Jus Podivm, 2019. p.189).

O nexo de causalidade é a relação entre a conduta praticada e o dano suportado, sem o qual inexiste a responsabilidade civil, dada a ausência de vínculo fático entre o dano e a atividade do ofensor.

Ensina, ainda, o supracitado professor:

> Em relação ao nexo causal, o Brasil adotou a teoria do dano direto e imediato. O STJ explicitamente reconheceu que a teoria adotada no Brasil, em relação ao nexo causal, é a teoria do dano direto e imediato, também chamada teria da interrupção (STJ, REsp nº 858.511). Em relação ao nexo causal, nosso código Civil, segundo Carlos Roberto Gonçalves, adotou, indiscutivelmente, a teoria do dano direto e imediato. Gustavo Tepedino, a propósito, esclarece: "Como se sabe, em termos de causalidade, prevalece no Brasil a teoria do dano direto e imediato (ou da necessidade do dano), sufragado pela melhor doutrina e pelo Supremo Tribunal Federal". O jurista destaca ainda: "Por todas estas circunstâncias, pode-se considerar como prevalentes, no direito brasileiro, as posições doutrinárias que, com base no art. 403 do Código Civil brasileiro (correspondente ao art. 1.060 do Código Civil de 1916), autodenominando-se ora de teoria da interrupção do nexo causal (Supremo Tribunal Federal), ora de teoria da causalidade adequada (STJ e TJRJ), exigem a 'causalidade necessária' entre a causa e o efeito danoso para o estabelecimento da responsabilidade civil (*ibid*, p. 286-287)

No caso, a responsabilidade do apelado pela publicação dos vídeos foi reconhecida na origem e, diante da inexistência de recurso do réu, tal capítulo da sentença transitou livremente em julgado.

Dessa forma, limita-se o cerne recursal à análise do pedido de majoração do valor da indenização pelos danos morais, sempre partindo da premissa de que o réu foi o responsável pelo vazamento das mídias.

Não há dúvidas acerca do dano à honra da apelante, pois o conteúdo da postagem gerou depreciação de sua reputação perante a sociedade local, parentes, amigos e no trabalho.

Verifica-se, ademais, notadamente pelo depoimento das testemunhas, que houve grande divulgação da mídia perante a sociedade de Formiga, na qual a apelante reside.

Registro que chega ao escárnio a alegação do réu de que "a requerente não se importa em manter relacionamento com pessoa casada", utilizada como pretexto para minimizar a repercussão de sua nefasta conduta, porquanto é bem óbvio que o casado era ele, sendo a sua conduta reprovável.

No que tange ao montante da condenação, como é sabido, inexistem critérios pré-definidos para a fixação da reparação por dano moral, de modo que a indenização deve ser arbitrada pelo julgador de forma prudente, sopesando as peculiaridades do caso concreto, para que não se transforme em fonte de enriquecimento sem causa do ofendido, mas também para que não seja ínfima ou inexpressiva.

Além disso, a quantificação deve atender à capacidade econômica do causador do dano, às condições sociais do ofendido, à gravidade da falta cometida, bem assim, atentar à extensão e aos efeitos do prejuízo causado.

Tais critérios têm por finalidade não só alcançar a vítima um montante em dinheiro que sirva para amenizar a dor moral provocada pelo ilícito, mas também possui caráter de sanção com sentido pedagógico.

A dúplice natureza da indenização por danos morais vem ressaltada na lição de Caio Mário, citado por Sérgio Cavalieri Filho:

> [...] Como tenho sustentado em minhas Instituições de Direito Civil (v. II, nº 176), na reparação por dano moral estão conjugados dois motivos, ou duas concausas: I - punição ao infrator por haver ofendido um bem jurídico da vítima, posto que imaterial; II - pôr nas mãos do ofendido uma soma que não é o *pretium doloris*, porém o meio de lhe oferecer oportunidade de conseguir uma satisfação de qualquer espécie, seja de ordem intelectual ou moral, seja mesmo de cunho material, o que pode ser obtido 'no fato' de saber que esta soma em dinheiro pode amenizar a amargura da ofensa e de qualquer maneira o desejo da vingança. [...] (FILHO, Sérgio Cavalieri. *Programa de Responsabilidade Civil*, 5. ed.; São Paulo: Malheiros, 2004, p. 108-109).

Nessa toada, o STJ, à vista da conhecida ausência de critério legal orientador para a fixação do quantum indenizatório, há muito assentou a necessidade de observância dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade:

> Processual civil. Recurso especial. Responsabilidade civil do estado. Danos morais. Suposta violação dos arts. 70, III, e 269, IV, do CPC, e 56 da Lei nº 5.250/67. Não-ocorrência. Indenização. Valor exorbitante e desproporcional. Revisão. Possibilidade. Inaplicabilidade da súmula 7/STJ. Precedentes do STJ. Parcial provimento. [...] - O STJ consolidou entendimento no sentido de que é possível revisar o valor da indenização por danos morais quando exorbitante ou insignificante a importância arbitrada, em flagrante violação dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, sem que isso implique reexame dos aspectos fáticos da lide. - Na hipótese, considerando as circunstâncias do caso, as condições econômicas das partes e a finalidade da reparação, a indenização de três mil e seiscentos salários mínimos (equivalente, hoje, a R$1.080.000,00 - um milhão e oitenta mil reais) é manifestamente exorbitante e desproporcional à ofensa sofrida pelo recorrido, devendo, portanto, ser reduzida para R$50.000,00 (cinquenta mil reais). - A indenização por dano moral deve ter conteúdo didático, de modo a coibir a reincidência do causador do dano, sem, contudo, proporcionar enriquecimento sem causa à vítima. - Recurso especial parcialmente provido (REsp nº 521.434/TO, Rel. Min.ª Denise Arruda, 1ª Turma, j. em 04.04.2006, DJ de 08.06.2006, p. 120).

Outrossim, o tema é pacífico no TJMG, tendo esta egrégia Câmara, por mais de uma vez, destacado a necessidade de utilização dos princípios de razoabilidade e proporcionalidade para fins de atendimento ao caráter punitivo educativo, assim como amenizador do infortúnio causado.

No caso dos autos, no intuito de evitar o excesso ou a insuficiência, deve ser buscado um valor que compense a ofensa sofrida pela apelante e, concomitantemente, atenda ao efeito pedagógico da indenização, dissuadindo a repetição da conduta lesiva por parte do apelado.

Nessa ordem de ideias, sob o ângulo compensatório, há que se levar em conta que a apelante é pessoa simples e ocupa dois postos de trabalho para complementar a renda mensal. Ainda, a gra-

vidade das imagens divulgadas e sua repercussão francamente negativa na vida da recorrente e de sua família, mormente de sua filha, que também é filha do réu.

Noutro vértice, no tocante ao caráter pedagógico, impende-se considerar o diminuto poderio econômico do apelado, que é pessoa física e pai de três filhas, de sorte que sua capacidade econômica não pode ser comparada às das grandes empresas contra as quais se fixa indenização em casos de inclusão indevida do nome nos cadastros de inadimplentes.

Nesse cenário, sopesado com o fato de que o arbitramento de valor inexpressivo decerto não cumpriria o mister de desestimular a prática do ato lesivo, à luz dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, observada a capacidade econômica das partes e sopesadas as particularidades do caso, tenho que o valor de R$10.000,00 (dez mil reais) mostra-se suficiente a reparar os danos suportados.

Registro que o montante pretendido na exordial R$80.000,00 (oitenta mil reais), mostra-se exacerbado e desproporcional ao caso dos autos.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso para majorar a indenização por dano moral ao patamar de R$10.000,00 (dez mil reais), corrigidos da forma fixada na sentença.

Custas recursais pelo apelado.

Em atenção ao disposto no art. 85, § 11, do CPC, majoro os honorários advocatícios para 12% (doze por cento) sobre o valor da condenação.

É como voto.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES FABIANO RUBINGER DE QUEIROZ E MARCOS LINCOLN.

Súmula - DERAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Apelação cível - Contrato de consórcio - Óbito da consorciada - Herdeira - Seguro prestamista - Quitação do consorcio - Carta de crédito - Liberação imediata - Dano material - Ausência de prova - Sentença parcialmente reformada

- De acordo com o atual entendimento do STJ, havendo quitação antecipada do contrato de consórcio pelo seguro prestamista, na hipótese de falecimento do consorciado, a administradora do consórcio tem o dever de proceder à imediata liberação da carta de crédito em favor dos herdeiros do consorciado.

- A reparação por dano material depende de prova do dano sofrido, de forma especificada, motivo pelo qual não tendo a parte autora se desincumbido de seu ônus de comprová-lo, deve ser seu pedido indeferido, nos termos do art. 373, I, CPC.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0191.19.000850-5/001 - Comarca de Corinto - Apelante: Maria de Lourdes Fernandes Cruz - Apelado: Itaú Administradora de Consórcios Ltda., Banco Itaú S.A. - Relator: DES. DOMINGOS COELHO

Acórdão

Vistos, etc., acorda, em Turma, a 12ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em DAR PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO.

Belo Horizonte, 09 de dezembro de 2021. - *Domingos Coelho* - Relator.

Voto

DES. DOMINGOS COELHO - Cuida-se de apelação cível, interposta por Maria de Lourdes Fernandes Cruz em face da r. sentença de Ordem 13 que, nos autos da ação de cobrança c/c indenização por danos materiais, por ela movida em face de Banco Itaú S.A., Itaú Administradora de Consórcios Ltda., julgou improcedentes os pedidos iniciais.

Em suas razões de inconformismo (evento Ordem 15), aduz a apelante, ser devida a reforma da r. sentença para julgar totalmente procedentes os pedidos iniciais, sustentando que, pela própria função social do contrato, se existe previsão contratual de seguro prestamista vinculado ao contrato de consórcio, não há lógica em se exigir que o beneficiário aguarde a contemplação do consorciado falecido ou o encerramento do grupo, para o recebimento da carta de crédito, uma vez que houve a liquidação antecipada da dívida (saldo devedor) pela seguradora. Alegou ser esse o entendimento pacificado na jurisprudência pátria. Pugnou pelo provimento do pleito inicial.

Regularmente intimadas, as rés apresentaram contrarrazões à Ordem 17.

É esse o relatório.

Recurso próprio, tempestivo, regularmente processado, sem de preparo, eis que deferida a gratuidade de justiça, dele conheço, pois presentes os pressupostos para sua admissibilidade.

Sem preliminares a serem analisadas.

Versam os autos sobre ação de cobrança cumulada com danos materiais através da qual pretende a autora na condição de herdeira de sua falecida filha, que era consorciada das rés, perceber a quantia de R$31.212,00 (trinta e um mil, duzentos e doze reais), tangente à carta de crédito correspondente a 90% (noventa por cento) do valor do veículo Pálio Fire 1.0 FIex 4P. Alegou que, havendo o pagamento antecipado das prestações do consórcio pela seguradora, em virtude do falecimento da filha da requerente, teria o direito de recebimento imediato do crédito. Pediu, também, indenização por danos materiais correspondente a 10% (dez por cento) do valor do crédito, ou seja, R$3.121,20 (três mil cento e vinte um reais e vinte centavos), devidamente corrigidos.

Com efeito, válido salientar que é incontroverso que o contrato de consórcio foi celebrado sob a égide da Lei nº 11.795/2008 (Doc. Ordem: 2), razão pela qual é possível que ocorra a restituição dos valores pagos pelo consorciado no caso de desligamento ou desistência. Desse modo, os valores serão restituídos quando da contemplação por sorteio ou, na data de encerramento do grupo de consorciados, no prazo de 30 (trinta) dias após essa data, consoante dispõe a lei retro mencionada.

Nesse contexto, verifica-se que a consorciada (filha da autora) faleceu em 10.04.2018, ocasião em que o contrato do consórcio foi integralmente adimplido pelo seguro prestamista contratado juntamente com o consórcio (Doc. Ordem: 2 e 4). Desse modo, a controvérsia recursal cinge-se a apurar se a autora possui ou não o direito à liberação imediata da carta de crédito.

Pois bem.

A Lei nº 11.795/08, que dispõe sobre o sistema de consórcio, não trouxe previsão específica acerca da situação de falecimento do consorciado que aderiu ao pacto prestamista, tampouco da possibilidade de o(s) beneficiário(s) fazerem jus ao recebimento da carta de crédito.

O Banco Central do Brasil - órgão regulador e fiscalizador das operações do segmento, com competência para disciplinar normas suplementares quanto ao tema, tampouco normatizou específica situação.

Com efeito, em que pese a ausência de regulamentação específica sobre o assunto, tomando em conta o disposto na Súmula nº 297 do STJ, aplica-se o Código de Defesa do Consumidor à presente lide, sendo, portanto, indispensável que se analise a formação do contrato de consórcio, em especial a cláusula 13, objeto da divergência, à luz da própria cláusula geral da função social do contrato.

Nesses termos, analisando cuidadosamente os autos, entendo que a sentença deverá ser parcialmente reformada, isso porque, restou claramente comprovado que o contrato de consórcio foi in-

tegralmente quitado pelo seguro prestamista contratado pelo consorciado falecido, razão pela qual a autora faz jus à liberação imediata da carta de crédito.

Nessa linha é o entendimento pacificado no Superior Tribunal de Justiça:

> Recurso especial. Contrato de participação em grupo de consórcio. Consorciado falecido antes do encerramento do grupo. Existência de seguro prestamista contratado pela administradora (estipulante). Preliminares de ilegitimidade passiva ad causam dos herdeiros e de impossibilidade jurídica do pedido. Rejeição. Dever de quitação das prestações faltantes quando do óbito. Liberação imediata da carta de crédito aos herdeiros. Cabimento. - Os herdeiros de consorciado falecido antes do encerramento do grupo consorcial detêm legitimidade para pleitear a liberação, pela administradora, do montante constante da carta de crédito, quando ocorrido o sinistro coberto por seguro prestamista. [...] - Outrossim, à luz da cláusula geral da função social do contrato (art. 421 do Código Civil), deve ser observada a dimensão social do consórcio, conciliando-se o bem comum pretendido (aquisição de bens ou serviços por todos os consorciados) e a dignidade humana de cada integrante do núcleo familiar atingido pela morte da consorciada, que teve suas obrigações financeiras (perante o grupo consorcial) absorvidas pela seguradora, consoante estipulação da própria administradora. - Ainda que houvesse previsão contratual em sentido contrário, é certo que a incidência das normas consumeristas na relação instaurada entre consorciados e administradora (REsp nº 1.269.632/MG, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, j. em 18.10.2011, *DJe* de 03.11.2011) torna nulo de pleno direito o preceito incompatível com a boa-fé ou a equidade (inciso IV do art. 51). - Consequentemente, os herdeiros da consorciada falecida tinham, sim, direito à liberação imediata da carta de crédito, em razão da impositiva quitação do saldo devedor pelo seguro prestamista, independentemente da efetiva contemplação ou do encerramento do grupo consorcial. - Cuidando-se de obrigação contratual, sem termo especificado, a mora da administradora ficou configurada desde a citação, conforme devidamente firmado nas instâncias ordinárias, afastada a alegação de que o inadimplemento somente teria ocorrido após o término do grupo (ocorrido em 2015, depois do ajuizamento da demanda). - Recurso especial não provido (REsp nº 1406200/AL, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª Turma, j. em 17.11.2016, *DJe* 02.02.2017).

> Direito civil. Recurso especial. Ação de cobrança cumulada com compensação de danos morais. Contrato de participação em grupo de consórcio. Consorciado falecido. Seguro prestamista contratado. Liberação imediata da carta de crédito à herdeira. Danos morais. Dissídio jurisprudencial. Cotejo analítico e similitude fática. Ausência. - Ação de cobrança cumulada com compensação de danos morais, em razão da negativa de liberação de carta de crédito à herdeira do consorciado falecido. - Ação ajuizada em 24.02.2016. Recurso especial concluso ao gabinete em 03.10.2018. Julgamento: CPC/2015. - O propósito recursal é dizer i) se a recorrente, na condição de beneficiária do consorciado falecido, tem direito à liberação imediata da carta de crédito, em razão da quitação do saldo devedor pelo seguro prestamista contratado, independentemente da efetiva contemplação ou do encerramento do grupo; e ii) se os recorridos devem ser condenados à compensação de danos morais pela negativa ilícita em efetuar o pagamento do valor da carta de crédito. - A Lei nº 11.795/08, que dispõe sobre o sistema de consórcio, não trouxe previsão específica

> acerca da situação de falecimento do consorciado que aderiu ao pacto prestamista, tampouco da possibilidade de o(s) beneficiário(s) fazerem jus ao recebimento da carta de crédito. - O Banco Central do Brasil - órgão regulador e fiscalizador das operações do segmento - com competência para disciplinar normas suplementares quanto ao tema, tampouco normatizou específica situação. - Indispensável, portanto, que se analise a formação do contrato de consórcio à luz da própria cláusula geral da função social do contrato. - Com efeito, e amparando-se na própria função social do contrato, se existe previsão contratual de seguro prestamista vinculado ao contrato de consórcio, não há lógica em se exigir que o beneficiário aguarde a contemplação do consorciado falecido ou o encerramento do grupo, para o recebimento da carta de crédito, uma vez que houve a liquidação antecipada da dívida (saldo devedor) pela seguradora, não importando em qualquer desequilíbrio econômico-financeiro ao grupo consorcial. - O dissídio jurisprudencial deve ser comprovado mediante o cotejo analítico entre acórdãos que versem sobre situações fáticas idênticas. - Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, provido (REsp nº 1770358/SE, Rel. Min.ª Nancy Andrighi, 3ª Turma, j. em 19.03.2019, *DJe* de 22.03.2019).

Nesse contexto, observo que a cláusula 13 do contrato objeto de litígio traz, em seu teor, a afirmação genérica que *"a antecipação do pagamento não gera o direito de exigir a Contemplação"*, sem, contudo, tratar especificamente do caso de antecipação por seguro prestamista, em caso de falecimento.

À par da inexistência de vedação expressa ao recebimento imediato do crédito no caso dos autos (falecimento), bem como conforme entendimento que se retira do REsp n] 1.269.632/MG de relatoria da Ministra Nancy Andrighi, dentro dos ditames da boa-fé contratual e função social do contrato, além da consabida dignidade da pessoa humana, não se revela razoável negar o direito de recebimento do crédito aos herdeiros de consorciado falecido, vítimas de evento natural, involuntário e deveras traumatizante, ensejador da liquidação antecipada da dívida existente em relação ao grupo consorcial, cujo equilíbrio econômico-financeiro não correu o menor risco.

Nesse esteio, não há dúvida de que assiste razão à apelante em pretender a liberação do crédito consorcial sem aguardar sorteio da cota pertencente à falecida.

Verifica-se, ainda, que pleiteou a autora em inicial reparação por danos materiais, correspondente a 10% (dez por cento) do valor do crédito, ou seja, R$3.121,20 (três mil, cento e vinte um reais e vinte centavos), afirmando ter sofrido lesão em seu patrimônio matéria decorrente do descumprimento pela ré do contrato celebrado, não tendo em nenhum momento requerido indenização por danos morais.

Em que pese a r. sentença tenha, em claro erro material simples, nomeado o pedido como reparação por dano moral (f. 3 doc. Ordem 13), afastando a reparação pretendida, por considerar estar sendo o contrato cumprido pela requerida, a Autora, em Apelação reforça novamente que pretende ser reparada por dano material (f. 3 doc. Ordem 15). Veja-se:

"Eminentes Julgadores a Ação trata da Cobrança cumulada com indenização por danos materiais e não danos morais."

Ocorre, no entanto, que a meu ver não são cabíveis no presente caso nem a reparação por dano moral e nem a reparação por dano material pretendida pela autora.

Conforme é amplamente pacificado, a reparação por dano material depende de prova do dano sofrido, de forma especificada, com sua quantificação e circunstância em que foi o prejuízo gerado, não tendo a autora se desincumbido de seu ônus quanto a essa matéria, nos termos do art. 373, I, CPC.

Assim, improcede o pleito reparatório.

Portanto, fica parcialmente reformada a sentença, para reconhecer o direito da autora à liberação imediata da carta de crédito.

Ante o exposto, dou parcial provimento ao recurso para reformar a sentença e julgar parcialmente procedente o pedido inicial e determinar a liberação imediata da carta de crédito em favor da autora, no valor especificado na inicial de R$31.212,00 (trinta e um mil duzentos e doze reais), sobre o qual deverá incidir juros de mora de 1% (um por cento) ao mês a partir da citação, por se tratar de obrigação contratual, sem termo especificado, caracterizando a mora da administradora com a citação e correção monetária pela tabela da Corregedoria Geral de Justiça a partir da quitação do saldo remanescente pelo seguro prestamista.

Por via de consequência, dada a sucumbência mínima da autora, inverto o ônus da sucumbência, para condenar o réu ao pagamento das custas processuais, inclusive recursais e honorários de sucumbência que fixo em 15% (quinze por cento) sobre o valor da condenação, incluídos aqui os honorários recursais

É como voto.

Votaram de acordo com o Relator o JD. CONVOCADO MARCELO PEREIRA DA SILVA E O DESEMBARGADOR JOSÉ AUGUSTO LOURENÇO DOS SANTOS

Súmula - DERAM PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO.

Apelação cível - Ação indenizatória - Seguro veicular - Cancelamento temporário de apólice - Falha regularizada - Danos morais - Não caracterização - Danos materiais - Comprovação parcial

- Para configuração da responsabilidade de indenizar os alegados danos morais é necessário que se verifique a presença simultânea de três elementos essenciais, quais sejam: a ocorrência induvidosa do dano; a culpa, o dolo ou má-fé do ofensor; e o nexo causal entre a conduta ofensiva e o prejuízo da vítima.

- Dano moral não se confunde com dor, sofrimento, tristeza, aborrecimento, contratempo, infelicidade.

- Relativamente aos danos materiais alegados pela parte autora, sua reparação depende da inequívoca comprovação de sua ocorrência, do nexo de causalidade com os fatos narrados, bem como do seu exato valor.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0000.21.032474-5/001 - Comarca de Três Pontas - Apelante: Thamara Rodrigues Gaspar - Apelado: HDI Seguros S.A. - 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 DAR PARCIAL PROVIMENTO AO APELO.

Belo Horizonte, 18 de agosto de 2021. - *Juliana Campos Horta* - Relatora.

Voto

DES.ª JULIANA CAMPOS HORTA - Trata-se de recurso de apelação, manejado contra a sentença constante do documento de Ordem 58, proferida nos autos da ação indenizatória de danos materiais e morais movida por Thamara Rodrigues Gaspar em face de HDI Seguros S.A., que julgou improcedentes os pedidos exordiais, condenando a autora ao pagamento das custas processuais e de honorários advocatícios, estes arbitrados em 10% (dez por cento) sobre o valor atualizado da causa, restando, contudo, suspensa sua exigibilidade, ante o deferimento da gratuidade judiciária outorgada em seu favor.

Inconformada e pugnando pela sua reforma, a postulante apresentou o apelo constante do documento de Ordem 62, onde sustenta, em suma, a necessidade do reconhecimento da procedência de seu pleito.

Salienta para tanto, se encontrar devidamente comprovada a culpa exclusiva da ré pelo cancelamento indevido de sua apólice de seguro veicular, e que a posterior regularização da irregularidade apontada não é capaz de reparar os danos materiais e morais dela decorrentes.

Reitera suas alegações de que permanecera por dois meses impedida de utilizar o seu veículo em razão da indevida inatividade de sua apólice de seguro, fato que lhe causara, além de angústias e sofrimentos, pelo receio de não ter cobertura na hipótese da ocorrência de algum sinistro envolvendo o seu veículo, danos materiais em razão da cobrança a maior das parcelas relativas ao valor do prêmio contratado.

Intimada, a recorrida deixou transcorrer in albis o prazo para apresentação de sua resposta recursal.

É o relatório.

Conheço do recurso, presentes os pressupostos de admissibilidade. Ausentes questões preliminares, passo à análise do mérito.

Extrai-se dos autos que Thamara Rodrigues Gaspar ingressou com a presente ação indenizatória em detrimento de HDI Seguros S.A., alegando em síntese que contratara junto à ré seguro de proteção ao seu veículo, cuja apólice teria validade de um ano a partir de 02.10.2018.

Relata que tivera sua apólice suspensa por dois meses durante a vigência da avença, em razão de falha da própria seguradora, que deixara de computar o pagamento de parcelas relativas ao prêmio do seguro.

Afirma que embora tenha sido restabelecida a cobertura securitária, sofrera danos de natureza moral e material, passiveis de reparação.

Conforme relatado, o juízo a quo julgou improcedentes os pedidos formulados na inicial, ensejando, assim, o manejo do recurso em testilha, pretendendo a apelante que a sentença seja reformada a fim de que seja compensada pelos danos morais e materiais sofridos.

Para a configuração do dano moral, o magistrado deve se pautar pela lógica do razoável, reputando dano somente à dor, o vexame, o sofrimento ou à humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústia e desequilíbrio em seu bem estar.

Sergio Cavalieri Filho fornece a exata matiz da questão:

> Nessa linha de princípio, só deve ser reputado como dano moral a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar. Mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada estão fora da órbita do dano moral, porquanto, além de fazerem parte da normalidade do nosso dia-a-dia, no trabalho, no trânsito, entre os amigos e até no ambiente familiar, tais situações não são intensas e duradouras, a ponto de romper o equilíbrio psicológico do

> indivíduo. Se assim não se entender, acabaremos por banalizar o dano moral, ensejando ações judiciais em busca de indenizações pelos mais triviais aborrecimentos (CAVALIERI FILHO, S. *Programa de responsabilidade civil*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 78).

Dano moral não se confunde com dor, sofrimento, tristeza, aborrecimento, contratempo, infelicidade. Os transtornos e aborrecimentos da vida social, embora desagradáveis, não têm relevância suficiente, para caracterizarem um dano moral. Deve-se avaliar, no caso concreto, a extensão do fato e suas consequências para a pessoa, para que se possa verificar a ocorrência efetiva de um dano moral (VIEIRA, Paulo de Tarso Vieira. *Responsabilidade civil no código do consumidor e defesa do fornecedor*. São Paulo: Saraiva, 2002).

No caso dos autos, a ora recorrente, não acostou aos autos provas suficientes que evidenciem haver sofrido qualquer infortúnio maior, senão aqueles cotidianos.

De fato, conforme bem observou o digno magistrado primevo, malgrado a suspensão temporária da apólice de seguro não possui o condão de acarretar dano moral passível de reparação.

Diante disso, não há no caso dano moral indenizável, motivo pelo qual deve ser mantida, nessa parte, a sentença que reconheceu a improcedência do pedido de indenização por danos morais.

Por outro lado, no que diz respeito ao pedido de reparação de danos materiais, impende ressaltar que o atendimento desta pretensão depende da efetiva comprovação do prejuízo alegado.

Considerando a inocorrência de sinistro durante o prazo da apólice contratada, ainda que sua eficácia tenha sido equivocadamente suspensa por um período, não há que se falar em prejuízo material sofrido pela demandante.

É que, mesmo que a seguradora tenha, por um lapso, informado à autora que estaria suspensa a cobertura contratada em relação a seu veiculo, diante da comprovação do pagamento do respectivo prêmio, não poderia se escusar de cumprir sua obrigação indenizatória em caso de ocorrência de sinistro durante o período de vigência da apólice.

Da mesma forma, diante da exigibilidade da cobertura contratada, mesmo relativamente ao período da indevida suspensão contratual, descabida se apresenta a pretensão autoral relativa à repetição do valor do prêmio cobrado pela parte ré.

Ocorre, no entanto que, embora se mostre descabida a repetição do valor do prêmio contratado, da detida análise das provas coligidas aos autos é possível verificar que a cobrança das parcelas ultrapassara o montante previsto na apólice do seguro em estão.

É que, enquanto o contrato apresentado no documento de Ordem 5 preveja que a quantia devida pela segurada seria de R$1.401,21 (mil quatrocentos e um reais e vinte e um centavos), a soma do valor das parcelas lançadas nas faturas de cartão de crédito apresentadas no documento de Ordem 7 perfaz um total de R$1.499,70 (mil quatrocentos e noventa e nove reais e setenta centavos).

Com efeito, à mingua de devida previsão contratual a respeito do acréscimo constatado, o reconhecimento de sua abusividade é medida que se impõe, devendo a diferença encontrada ser restituída à postulante, sobre a qual deverá incidir correção monetária, conforme a tabela da CGJMG, além de juros de mora de 1% (um por cento) ao mês, ambos incidentes a partir da data de vencimento de cada parcela.

Pelo exposto, dou parcial provimento ao recurso, apenas para determinar que a requerida restitua à autora a quantia cobrada além do valor originalmente contratado, devidamente atualizada, da forma supra dimensionada.

Diante do parcial acolhimento da pretensão autoral, devem ser redistribuídos os ônus sucumbenciais previstos pela sentença primeva, cabendo à ré o pagamento de 30% (trinta por cento) das custas processuais, inclusive recursais, e honorários advocatícios fixados pela r. sentença, e cabendo à autora o pagamento dos 70% (setenta por cento) restantes, observada a gratuidade judiciária outorgada em seu favor.

Votaram de acordo com a Relatora OS DESEMBARGADORES SALDANHA DA FONSECA E DOMINGOS COELHO.

Súmula - DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO APELO.

Apelação cível - Compra e venda de imóvel - Cláusula de irretratabilidade e irrevogabilidade - Mitigação - cláusula penal - Percentual - Restituição dos valores - parcela única - Despesas de IPTU e condomínio - Ônus do promitente comprador até a data da restituição do bem - Honorários advocatícios - Sucumbência mínima.

- A existência de clausula de irretratabilidade e irrevogabilidade não obstam a rescisão contratual quando constatada impossibilidade superveniente do consumidor em arcar com as parcelas. Afigura-se razoável a fixação do percentual de retenção entre 10% (dez por cento) e 25% (vinte e cinco por cento) do montante pago, a ser verificado de acordo com as peculiaridades do caso concreto, devendo ser restituído o valor devido em parcela única. As despesas de IPTU e condomínio são devidas pelo promitente comprador até a efetiva reintegração do proprietário na posse do bem. De acordo com o disposto no art. 86, parágrafo único, do CPC, se uma parte decai da parte mínima do pedido, a outra pode responder integralmente pelas custas e despesas do processo.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0000.20.582339-6/001 - Comarca de Frutal - Apelantes: Damha Santa Monica Empreendimentos Imobiliários Ltda., Fabiana Aparecida dos Santos Frasão, Luiz Fernando Ferreira Frasão - Apelados: Damha Santa Monica Empreendimentos Imobiliarios Ltda., Fabiana Aparecida Dos Santos Frasão, Luiz Fernando Ferreira Frasão - 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 NEGAR PROVIMENTO AO APELO INDEPENDENTE E DAR PARCIAL PROVIMENTO AO APELO ADESIVO.

Belo Horizonte, 14 de julho de 2021. - *José Augusto Lourenço dos Santos* - Relator.

Voto

DES. JOSÉ AUGUSTO LOURENÇO DOS SANTOS - Cuidam os autos de dois recursos de apelação cível, o primeiro aviado por Damha Santa Mônica Empreendimentos Imobiliarios Ltda., e o segundo por Fabiana Aparecida Dos Santos Frasão e outro, contra a sentença proferida pelo Juízo de Direito da 2ª Vara Cível da Comarca de Frutal (Ordem TJ-72), que julgou procedente em parte a pretensão autoral, declarando rescindido o contrato de compra e venda firmado entre as partes

e condenando a parte ré a restituir, em parcela única, 80% (oitenta por cento) do total adimplido, ressalvadas eventuais pendências sobre o imóvel, tais como IPTU e taxa de condomínio, com os acréscimos legais.

A apelante independente, Damha Santa Mônica, busca a reforma da sentença para que seja mantida a compra e venda, aduzindo que se trata de ato jurídico perfeito, com cláusula de irretratabilidade. Ainda, pontuou que faz jus à retenção no percentual de 25% dos valores pagos. Ainda, pontuou que faz jus ao parcelamento dos valores devidos aos autores. Por fim, pediu a distribuição dos honorários.

Pediu a justiça gratuita, o que lhe foi indeferido (Ordem TJ-94), tendo sido realizado o preparo (Ordem TJ-96).

Os apelantes independentes, Fabiana e Luiz Fernando, buscam a reforma da sentença para que os valores relativos ao IPTU e taxas condominiais sejam devidos pela recorrida desde o ajuizamento da ação. Por fim, destacam que, tendo decaído minimamente do pedido, cabível a aplicação do disposto no art. 86, parágrafo único, do CPC.

Preparo realizado (Ordem TJ-102).

Contrarrazões (Ordem TJ-85 e TJ-89) pelo não provimento dos recursos. É o relatório.

Fundamento e decido.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço dos recursos.

Não foram arguidas preliminares. Do mesmo modo, não há vícios a sanar, motivo pelo qual passo à análise do mérito.

Apelo independente

Da exordial de Ordem TJ-02 depreende-se que as partes firmaram contrato de promessa de compra e venda de imóvel, tendo os autores noticiado que

> em decorrência da situação econômica [...] não puderam mais continuar pagando as parcelas, haja vista ambos estarem desempregados [...]. [...] comunicaram à requerida sobre a sua impossibilidade em permanecer com o imóvel, postulando a devolução dos valores pagos, ainda que com retenção de uma pequena parte, como forma de ressarcimento a eventual prejuízo que pudesse decorrer dessa relação contratual.

Nota-se, portanto, que não se trata de hipótese de inadimplemento contratual da construtora, mas sim dos autores, que não possuem mais condições de manter o negócio celebrado.

Conforme disposto na sentença, necessário aclarar que se aplica o Código de Defesa do Consumidor ao caso em apreço, sendo possível aos compradores expressar sua vontade de não mais manter o pacto contratual, arcando, eventualmente, com as multas e retenções decorrentes desta rescisão.

Em relação à alegada cláusula de irretratabilidade e irrevogabilidade, em sendo aplicável o Código de Defesa do Consumidor, verifica-se plausível afastar o princípio do *pacta sunt servanda*, a ceder lugar à relatividade do contrato para reconhecer o direito à rescisão contratual por parte do consumidor, ainda que a rescisão seja imotivada, arbitrando as retenções e multas eventuais necessárias ao equilíbrio contratual.

No mesmo sentido, já se manifestou este Tribunal de Justiça:

> Apelação cível. Ação de rescisão de contrato. Promessa de compra e venda de imóvel. Pedido de rescisão - consumidor. Possibilidade. Impossibilidade de suportar as prestações. Cláusula de irrevogabilidade e irretratabilidade. Irrelevância. Retenção de valores. Admitida. Incidência sobre os valores pagos. Limitação. Necessidade. Sentença mantida. A jurisprudência pátria é pacífica no sentido de admitir a rescisão de contrato de promessa de compra e venda de imóvel, assegurando a restituição integral dos valores pagos pelo consumidor, no caso da rescisão ocorrer por culpa da construtora/promitente vendedora, ou parcial, para o caso de ter sido motivada por ato do consumidor/promitente comprador. Entendimento da Súmula nº 543 do STJ. A existência de cláusula de irretratabilidade e de irrevogabilidade não impede a rescisão do pacto quando o consumidor alega impossibilidade superveniente de arcar com as prestações avençadas. Não se pode obrigar o consumidor a permanecer neste negócio, visto que, de qualquer forma, no caso de inadimplência, a construtora poderá pleitear a rescisão do negócio. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem considerado razoável a retenção entre 10% (dez por cento) e 25% (vinte e cinco) dos valores já pagos pelo consumidor, de forma a compensar os danos sofridos pela construtora. Havendo previsão de retenção em valor superior ao parâmetro adotado pelo STJ, deve ser limitada a referida cláusula, de modo a evitar o enriquecimento indevido da construtora (TJMG - Apelação Cível nº 1.0452.16.006748-7/001, Rel. JD Convocado Roberto Apolinário de Castro, 10ª Câmara Cível, j. em 13.08.2019, p. em 23.08.2019).

Assim sendo, deve ser mantido o desfazimento da avença, impondo aos autores os ônus dele decorrentes.

Quanto ao percentual devido, o entendimento do STJ é de que o patamar máximo a ser retido é entre 10% (dez por cento) a 25% (vinte e cinco por cento), e, no presente caso, considerando que os autores pagaram o equivalente a pouco mais de R$20.000,00 (vinte mil reais), entendo que o valor aplicado na sentença (20% - vinte por cento) se afigura razoável, não havendo plausibilidade para que seja aplicado o percentual máximo. A propósito:

> Agravo interno no agravo em recurso especial. Ação declaratória c/c pedido condenatório. Decisão monocrática que negou provimento ao reclamo. Insurgência da ré. - A jurisprudência desta Corte tem considerado razoável, em resolução de contrato de compra e venda de imóvel por culpa do comprador, que o percentual de retenção, pelo vendedor, de parte das prestações pagas, seja arbitrado entre 10% (dez por cento) e 25% (vinte e cinco por cento), conforme as circunstâncias de cada caso, avaliando-se

> os prejuízos suportados [...] (AgInt no AREsp nº 1200273/DF, Rel. Min. Marco Buzzi, 4ª Turma, j. em 19.06/2018, *DJe* de 26.06.2018).

Por fim, com a resolução contratual as partes retornam à situação jurídica anterior (*status quo ante*), "*impondo-se ao comprador o dever de devolver o imóvel e ao vendedor o de ressarcir as prestações até então adimplidas, de forma imediata e em parcela única, descontada a multa pelo inadimplemento contratual*" (AgRg no REsp nº 677.177/PR).

É o que enuncia a Súmula nº 543 do STJ:

Na hipótese de resolução de contrato de promessa de compra e venda de imóvel submetido ao Código de Defesa do Consumidor, deve ocorrer a imediata restituição das parcelas pagas pelo promitente comprador - integralmente, em caso de culpa exclusiva do promitente vendedor/construtor, ou parcialmente, caso tenha sido o comprador quem deu causa ao desfazimento.

Assim sendo, e considerando que o enunciado sumular supratranscrito se aplica tanto nas hipóteses de resolução do promitente comprador quanto para o vendedor, a restituição das parcelas pagas deve ser imediata, sendo incabível o parcelamento.

Apelo adesivo

Avançando, a sentença recorrida determinou a restituição de parte da quantia paga pelos autores, descontados os débitos referentes ao IPTU e taxas condominiais, até a efetiva desocupação.

Apesar das alegações dos apelantes adesivos, o entendimento jurisprudencial é de que as despesas da unidade são de obrigação do adquirente após sua imissão na posse, perdurando até à afetiva desocupação, pouco importando a data do ajuizamento da ação, porquanto a parte contrária não estava exercendo efetivamente a posse do imóvel a ponto de atrair para si tal obrigação.

Nessa linha:

> Processual civil e civil. Condomínio. Taxas condominiais. Legitimidade passiva. Contrato de promessa de compra e venda. Rescisão. Subsistência da responsabilidade do promitente-comprador até a data da devolução do apartamento. Recurso provido. A teor da jurisprudência desta Corte, o promissário comprador, imitido na posse do bem, responde pelo pagamento das quotas condominiais relacionadas a período de sua imissão, somente sendo transferida a responsabilidade para o proprietário, após a reintegração deste na posse da unidade condominial. Recurso conhecido e provido para determinar o prosseguimento do feito (REsp nº 898.345/RS, Rel. Min. Jorge Scartezzini, 4ª TURMA, j. em 06.02.2007, DJ 26.02.2007, p. 614).
>
> Civil. Condomínio. Quotas condominiais. Rescisão do compromisso de compra e venda. Subsistência da responsabilidade do promitente comprador até a data da devolução do apartamento. Se foi imitido na posse do apartamento, e nele habitou por vários anos, o promitente comprador responde pelo pagamento das quotas condominiais, pouco importando que, posteriormente, o negócio tenha sido rescindido judicialmente; essa

> responsabilidade só se transfere para o proprietário, após a reintegração deste na posse no imóvel. Recurso especial não conhecido (REsp nº 172.859/PR, Rel. Min. Ari Pargendler, 3ª Turma, j. em 28.08.2001, DJ de 01.10.2001, p. 204).
>
> Apelação cível. Rescisão contratual. Compra e venda. Despesas do imóvel. Ônus do promitente comprador até a efetiva devolução do imóvel. Inadimplência. Retenção de 10% das parceladas pagas. Apartamento semi-acabado. Fruição. Impossibilidade. Benfeitorias realizadas no imóvel. Ausência de prova de má-fé. Indenização devida. Retenção do imóvel possibilidade. As taxas de condomínio e o IPTU são devidos pelo promitente comprador desde a imissão deste na posse do imóvel até a efetiva desocupação. [...] (TJMG - Apelação Cível nº 1.0035.97.006938-7/002, Rel. Des. Batista de Abreu, 16ª Câmara Cível, j. em 26.06.2014, p. em 07.07.2014).

Diante desse contexto, entendo que cabe aos autores o pagamento das despesas condominiais e dos tributos do imóvel, afastando-se eventual desequilíbrio contratual e violação ao princípio da boa-fé.

Honorários de sucumbência

Finalmente, no que se refere aos ônus da sucumbência, contra o que se insurgem ambos com recorrentes, entendo com razão os apelantes adesivos.

A leitura da exordial de Ordem TJ-02 denuncia que os apelantes adesivos postularam pelo desfazimento do negócio, a restituição de 90% (noventa por cento) dos valores pagos, em parcela única, com os acréscimos legais.

A sentença recorrida, ao seu turno, acolheu o pedido de desfazimento do negócio e impôs a restituição de 80% (oitenta por cento) dos valores pagos pelos autores, ou seja, a maior parte da verba por eles postulada.

Tem-se, portanto, cabível a aplicação do disposto no art. 86, parágrafo único, do CPC, pois considerando o valor buscado pelos ora recorrentes, estes decaíram de parte mínima do pedido.

Assim, fica reformada a sentença apenas neste ponto.

Pelo exposto, nego provimento ao apelo independente e dou parcial provimento ao apelo adesivo, apenas para impor à parte ré o ônus da sucumbência.

Ante a sucumbência mínima dos autores, imponho à ré o pagamento das custas recursais e dos honorários, que ora fixo em 5% (cinco por cento) sobre o valor da condenação (art. 85, § 11º, e 86, parágrafo único, do CPC).

É como voto.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES JULIANA CAMPOS HORTA E SALDANHA DA FONSECA.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO INDEPENDENTE E DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO ADESIVO.

Apelação cível - Execução de título extrajudicial - Devedores solidários - Falecimento de um dos executados - Regularização do polo passivo - Ausência - Extinção do processo - Impossibilidade

- Tratando-se de devedores solidários, o litisconsórcio é facultativo, e, desse modo, o falecimento de um dos devedores não impede o prosseguimento do feito em relação aos demais. A habilitação dos herdeiros do devedor falecido somente será necessária caso o credor opte por prosseguir a execução em face do patrimônio deixado pelo devedor falecido.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0349.16.002284-5/001 - Comarca de Jacutinga - Apelante: Banco Bradesco S.A. Síndico - Apelado: Lea Beatriz Lazanha Ariza da Cal e outros, Arrastão Malhas Ltda., Celso Ariza da Cal - 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, 7 de outubro de 2021. - *José de Carvalho Barbosa* - Relator.

Voto

DES. JOSÉ DE CARVALHO BARBOSA - Trata-se de Recurso de Apelação interposto pelo Banco Bradesco S.A. nos autos da Ação de Execução de Título Extrajudicial movida em face de Arrastão Malhas Ltda., Lea Beatriz Lazanha Ariza da Cal e Celso Ariza da Cal, perante o Juízo da Vara Única da Comarca de Jacutinga, tendo em vista a sentença anexada ao documento n° 07, que julgou extinto o processo, sem resolução do mérito, com fulcro no art. 485, IV, do CPC, condenando o autor ao pagamento das custas processuais.

Contra tal decisão foram opostos embargos de declaração (documento nº 10), que foram rejeitados (documento nº 12).

Em suas razões recursais (documento nº 15) defende o banco autor a reforma da decisão, sustentando que o credor *"tem direito a exigir e receber de um ou de todos os devedores, parcial ou totalmente, a dívida comum"*, e, desse modo, mesmo com o falecimento do executado Celso, o processo pode prosseguir em relação aos outros executados.

Alega que não teve conhecimento da abertura de inventário em face do falecido Celso, aduzindo que, *"se um dos devedores solidários falecer deixando herdeiros, nenhum destes será obrigado a pagar senão a quota que corresponder ao seu quinhão hereditário"*.

Pede, ao final, o provimento do recurso, para que seja cassada a sentença recorrida e determinado o prosseguimento do feito.

Preparo regular (documento nº 17). Contrarrazões (documento nº 22).

É o relatório. Conheço do recurso.

Extrai-se dos autos que o banco exequente, ora apelante, ajuizou a presente ação de execução de título extrajudicial em face de Arrastão Malhas Ltda., Lea Beatriz Lazanha Ariza da Cal e Celso Ariza da Cal, embasada na cédula de crédito bancário nº 009.651.662, emitida pela primeira executada e avalizada pelos outros dois executados.

O mandado expedido para a citação do executado Celso Ariza da Cal foi devolvido sem cumprimento, em razão do seu falecimento.

Em seguida, o banco exequente pediu a intimação da executada Lea Beatriz para que informe os dados dos herdeiros do falecido Celso, tendo ela, contudo, permanecido inerte; o banco exequente, ainda, requereu o bloqueio de ativos financeiros existentes em nome dos executados Arrastão Malhas Ltda. e Lea Beatriz.

Ato contínuo o MM. Juiz chamou o feito à ordem, determinando a suspensão do processo a fim de que o banco exequente promovesse a habilitação dos herdeiros do executado falecido, no prazo de três meses (documento nº 06, p. 37), tendo o mesmo banco exequente se manifestado nos autos pedindo a dilação de tal prazo *"considerando que os dados necessários para a regularização do polo passivo encontram-se no processo de inventário, o qual encontra-se concluso desde 01.04.2019"*.

Decorrido tal prazo, e sendo o banco exequente intimado para dar andamento ao feito, ele solicitou, mais uma vez, a dilação do prazo lhe concedido para proceder a habilitação dos herdeiros por mais 30 (trinta) dias (documento nº 06, p. 51), então vindo o MM. Juiz a proferir a sentença combatida, extinguindo o processo, sem resolução de mérito, em razão da ausência de pressupostos de constituição de desenvolvimento válido do processo.

E tenho que não se houve com acerto o d. magistrado.

É que não poderia ele ter extinguido o processo, sem resolução de mérito, sem que, antes, fosse analisado o pedido de dilação de prazo formulado pelo banco exequente.

Não bastasse isso, verifica-se que os executados são devedores solidários da dívida exequenda, tratando-se de litisconsórcio facultativo, e, desse modo, havendo o falecimento de um deles, pode o banco exequente prosseguir com a execução apenas em relação aos outros executados.

A regularização do polo passivo deverá ser promovida apenas na hipótese de o credor optar por prosseguir a execução em face do patrimônio deixado pelo devedor falecido.

Nesse sentido já decidiu este tribunal:

> Agravo de instrumento. Execução forçada. Litisconsórcio passivo. Falecimento litisconsorte executado. Sucessão processual. Suspensão parcial. Prosseguimento do feito em relação aos demais devedores. - Havendo litisconsórcio passivo, o falecimento de um dos executados não obsta o prosseguimento do feito em relação aos demais (TJMG - Agravo de Instrumento-Cv nº 1.0384.04.027184-1/002, Rel. Des.ª Mariangela Meyer, 10ª Câmara Cível, j. em 12.05.2015, p. em 22.05.2015).

> CIVIL E PROCESSUAL CIVIL - APELAÇÃO - AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO CONVERTIDA EM DEPÓSITO - ABANDONO DE CAUSA - INEXISTÊNCIA - ATO QUE NÃO DEPENDIA DA PARTE - IMPULSO OFICIAL - EXTINÇÃO DO PROCESSO, SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO - NÃO CABIMENTO - JULGAMENTO DO MÉRITO - ART. 515, §3º, DO CPC - VEÍCULO NÃO LOCALIZADO - CONVERSÃO DA AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO EM DEPÓSITO - CITAÇÃO DO RÉU - REVELIA - APLICAÇÃO DOS ARTS. 319 E 330, II DO CPC - PEDIDO INICIAL PROCEDENTE - DEVOLUÇÃO BEM OU DO EQUIVALENTE EM DINHEIRO - RECURSO PROVIDO. - Para se extinguir o processo, sem julgamento do mérito, por abandono da causa, a teor do art. 267, III, do CPC, é necessário que se cumpra a exigência do § 1º do mesmo art., qual seja, a intimação prévia pessoal da parte, para que supra a falta, em 48 horas. - Não há abandono de causa quando o ato a ser praticado não depende de provocação da parte, mas sim de impulso oficial. - Nos termos do art. 515,§ 3º, do CPC, o Tribunal poderá "julgar desde logo a lide, se a causa versar questão exclusivamente de direito e estiver em condições de imediato julgamento". - Na ação de busca e apreensão, se o bem não for localizado, é facultado ao credor pedir a conversão do feito em ação de depósito. - A ação de busca e apreensão convertida em depósito, que possui procedimento especial, tem como objetivo a devolução do bem ou o depósito do valor equivalente. - Face a revelia do réu, o pedido inicial deve ser julgado procedente, mediante aplicação do disposto nos arts. 319 e 330, II do CPC. - Recurso provido. Sentença cassada. Nos termos do art. 515, § 3º do CPC, pedido inicial julgado procedente. (Apelação Cível nº 1.0105.09.319569-8/001, Relatora Desa. Márcia De Paoli Balbino, 17ª Câmara Cível, julgamento em 22/5/2014, publicação da súmula em 3/6/2014).

Com tais considerações, dou provimento à apelação para cassar a sentença, determinando o retorno dos autos à instância de origem para o seu regular prosseguimento.

Custas recursais ao final do processo de origem, pelo vencido.

Votaram de acordo com o Relator a JD. CONVOCADA MARIA DAS GRAÇAS ROCHA E ROGÉRIO MEDEIROS.

Súmula - DERAM PROVIMENTO À APELAÇÃO.

Apelação cível - Ação de usucapião extraordinário - Imóvel rural - Área inferior ao módulo rural - Irrelevância - *Acessio possessionis* - Possibilidade - Requisitos legais preenchidos

- O fato de a área ser inferior ao módulo rural estabelecido pelo art. 5º, inciso III, do Estatuto da Terra, é irrelevante, pois esta regra somente se aplica em caso de transmissão da propriedade por ato voluntário entre pessoas vivas, mas nunca à usucapião que é modo originário de aquisição de propriedade. De acordo com o art. 1.243, do CC, permite-se a soma da posse do possuidor sucessor com a do possuidor antecessor (*acessio possessionis*). Satisfeitos os requisitos legais, não existe óbice para que seja declarado o domínio do imóvel pela prescrição aquisitiva.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0000.21.123427-3/001 - Comarca de Cambuí - Apelante: Cecília Maria Pereira Mozer, Rildo Duarte Mozer - Apelado: Joaquim Pereira Coutinho Espólio de - 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 DAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 16 setembro de 2021. - *Rogério Medeiros* - Relator.

Voto

DES. ROGÉRIO MEDEIROS - Trata-se de recurso de apelação, interposto por Cecília Maria Pereira Mozer e outro em face da sentença que, nos autos da ação de usucapião movida contra Joaquim Pereira Coutinho Espólio de, perante o Juízo da 2ª Vara Cível da Comarca de Cambuí, julgou improcedente o pedido e extinguiu o feito com exame do mérito.

Em suas razões recursais os apelantes alegam que os requisitos para a usucapião foram preenchidos tendo sido demonstrado documentalmente o pleno exercício da posse, o tempo e o *animus domini*, não havendo razões plausíveis para o indeferimento do pleito.

Esclarecem que os precedentes do STJ são claros no sentido de que a regularidade do parcelamento do solo ou área mínima não é óbice para usucapir imóvel.

Argumentam que a vedação da aquisição de área inferior ao módulo rural afronta dispositivos legais, em especial o art. 1.239 do CC e o art. 191 da Constituição Federal, os quais não estabelecem área mínima e apenas delimitam a área máxima de 50 (cinquenta) hectares.

Declaram que considerando a soma da posse dos antecessores a partir de 23.03.2000, é fato que os autores, ora apelantes, ultrapassam o lapso temporal previsto no art. 1.238 do Código Civil, exercendo a posse de forma mansa, pacífica, ininterrupta e de boa-fé, o que os legitima a promover a presente ação de Usucapião Extraordinário de Imóvel Rural.

Ao final, pediram a reforma da r. sentença.

Não houve contrarrazões.

É o relatório.

Decido.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

Diga-se desde logo que o fato de o imóvel ter dimensões menores do que o módulo rural não cria obstáculo para o ajuizamento da ação de usucapião, sendo empecilho tão somente para as hipóteses de transmissão voluntária entre vivos.

Já tive oportunidade de manifestar sobre o tema:

> Apelação cível. Ação de usucapião extraordinário. Imóvel rural. Área inferior ao módulo rural. Irrelevância. Recurso provido. O fato de a área ser inferior ao módulo rural estabelecido pelo art. 5º, inciso III, do Estatuto da Terra, é irrelevante, pois esta regra somente se aplica em caso de transmissão da propriedade por ato voluntário entre pessoas vivas, mas nunca à usucapião que é modo originário de aquisição de propriedade (TJMG - Apelação Cível nº 1.0241.13.004499-3/001, Rel. Des. Rogério Medeiros, 14ª Câmara Cível, j. em 04.12.2014, p. em 16.12.2014).

A questão de inviabilidade de se dividir imóvel inferior ao modulo rural não se confunde com a possibilidade de se adquirir o domínio do bem. Na hipótese, não se intenta a transmissão e, sim, a aquisição por meio da presente ação.

O fato de a área objeto desta lide ser inferior ao módulo rural estabelecido pelo art. 5º, inciso III, do Estatuto da Terra, somente se aplica em caso de transmissão da propriedade por ato voluntário entre pessoas vivas, mas nunca a usucapião, que é modo originário de aquisição de propriedade.

Não é obstáculo à aquisição de propriedade de gleba de terra menor do que o módulo rural, através de usucapião extraordinário, a prescrição limitativa do Estatuto da Terra, uma vez que a legislação citada impede tão- somente a transferência, com desmembramento de área rural, sendo esta menor do que o módulo legal, mas não cria novo requisito para o usucapião.

Assim, é possível se usucapir imóvel com metragem inferior ao modulo rural.

Coligi julgados dos Tribunais Pátrios:

Usucapião extraordinária. Imóvel inserido em loteamento clandestino. Irrelevância da irregularidade do parcelamento do solo - Função social, tutelada pelo Estatuto da Cidade, que deve ser prestigiada. Intuito de fraude não evidenciado. Ação julgada procedente. Recurso improvido (TJSP - Ap nº 9000022-09.2010.8.26.0048/Atibaia. Rel.ª Ana Lúcia Romanhole Martucci, 6ª CDPriv, *DJe de* 07.11.2014, p. 1743).

Apelação cível. Usucapião extraordinário. Requisitos legais. Configurados. Loteamento irregular. Irrelevante - nova matrícula. Recurso conhecido e desprovido - Diante da presença dos requisitos legais (art. 1.238 CC/2002), a declaração por sentença da aquisição pretendida consistirá em título hábil a ser registrado junto a Cartório de Registro de Imóveis. - A inserção de imóvel em loteamento irregular ou clandestino é irrelevante, *in casu*, uma vez que dentre os requisitos da usucapião, não se verifica a obrigatoriedade de regularização do registro urbanístico onde situado o imóvel usucapiendo. - Recurso conhecido e desprovido (TJES - Ap nº 0001525-93.2009.8.08.0069 - Rel. Des. Fernando Estevam Bravin Ruy, *DJe* de 10.05.2016).

Civil e processual civil. Usucapião extraordinária. Apelo do ministério público. Loteamento clandestino. Sentença de procedência mantida com ressalva "Ao julgar o Recurso Extraordinário nº 422.349, o Supremo Tribunal Federal decidiu que, 'preenchidos os requisitos do art. 183 da Constituição Federal, o reconhecimento do direito à usucapião especial urbana não pode ser obstado por legislação infraconstitucional que estabeleça módulos urbanos na respectiva área em que situado o imóvel (dimensão do lote)' (Min. Dias Toffoli). Todavia, foi ressalvado que essa compreensão não importa em reconhecimento da inconstitucionalidade de lei municipal que, disciplinando o parcelamento do solo, estabelece "módulo mínimo" para imóvel urbano. À luz dessas premissas, é forçoso concluir que a sentença que, por força da usucapião, declara o direito à propriedade do imóvel, servindo de 'título para o registro no Cartório de Registro de Imóveis' (CC, art. 1.238), não desobriga o usucapiente do cumprimento da legislação municipal atinente à ocupação do solo e às normas edilícias, salvo em ocorrendo a situação prevista no art. 183 da Constituição da República" (AC nº 0000601-64.2011.8.24.0167, de Garopaba, rel. Des. Newton Trisotto, j. em 13.10.2016). (TJSC - AC nº 0001426-63.2009.8.24.0139, Rel. Des. Luiz Cézar Medeiros, j. em 15.03.2017).

Apelação cível. Usucapião extraordinária. Sentença de procedência, na origem. Ministério público insurgente quanto ao sucesso na demanda. Alegação de impossibilidade de usucapião de imóvel inferior ao módulo rural. Afastamento da tese. Necessidade de harmonização entre o estatuto da terra e a função social da propriedade. Usucapião que se presta somente à solidificação de situação fática já vivenciada pelos autores - Provados os requisitos à usucapião sobre fração de terras inferior ao módulo rural, o deferimento da pretensão de aquisição originária representa, no plano dos fatos, tão somente a solidificação de uma situação já existente, de sorte que não há como prevalecer entendimento que a indefira com fundamento em lei restritiva, em detrimento de comando constitucional, fomentador da função social da propriedade. Afirmativa ministerial, ainda, no sentido de ser utilizada a ação para regularização de loteamento clandestino. Fundamento arredado. Prova segura de boa fé dos pretendentes. Requisitos da usucapião, ademais, perfeitamente atendidos. Sentença mantida. Apelo não provido (TJSC - AC nº 0001034-78.2009.8.24.0057. Rel. Des. Saul Steil. j. em 27.02.2018).

> Julgamento antecipado da lide. Elementos necessários para a solução do litígio. Inexistência de cerceamento de defesa. Recurso improvido. Usucapião. Imóvel localizado em loteamento irregular ou clandestino. Óbice à propositura da ação. Não ocorrência - Possibilidade de aquisição da propriedade, preenchidos os requisitos para tanto - Condição do lote que configura mera irregularidade administrativa - Recurso improvido (TJSP - Ap nº 0008106-31.2012.8.26.0292/Jacareí. Rel. Alvaro Passos, 31ª C.Ext.DPriv, *DJe* de 20.02.2018).

Prosseguindo e analisando o contido na petição inicial, verifica-se que toda a argumentação dos autores se baseia na usucapião extraordinária, fundamentada no art. 1.238, do Código Civil e sob esse prisma deve ser decidida.

O instituto da usucapião é o meio pelo qual se adquire a propriedade de imóvel pela posse mansa, pacifica e ininterrupta pelo decurso de prazo legalmente previsto.

É o que dispõe o art. 1.238, do CC, *verbis*:

> 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 art. 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.

Assim, os fatos relevantes para a procedência do pedido, nos termos do art. supra transcrito são a posse mansa e pacífica, com ânimo de dono, pelo prazo ininterrupto de quinze, ou, de dez anos se presentes as condições estabelecidas no parágrafo único do referido dispositivo de lei.

Ainda, deve-se registrar que para fins da contagem do tempo, o art. 1.243, do CC, permite a soma da posse do possuidor sucessor com a do possuidor antecessor, instituto conhecido como *acessio possessionis*.

No caso, entendo que não há impedimento para o acréscimo da soma do tempo das posses como pretendido pelos apelantes a partir de 23.03.2000, vez que se trata de posses mansas e pacíficas, com ânimo de dono e de mesma natureza, qual seja, posses próprias.

Destarte, satisfeitos os requisitos legais, não existe óbice para que seja declarado o domínio do imóvel pela prescrição aquisitiva.

Com estas razões dou provimento ao recurso para reformar a r. sentença recorrida e julgar procedente o pedido inicial declarando em favor dos autores/apelantes a propriedade do imóvel descrito nos autos pela prescrição aquisitiva, devendo ser expedido o competente mandado de averbação. Sem custas.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES LUIZ CARLOS GOMES DA MATA E JOSÉ DE CARVALHO BARBOSA.

Súmula - DERAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Apelação cível - Cédula rural pignoratícia - Inaplicabilidade do código de defesa do consumidor - Contratante que não se enquadra como consumidor - Embargos à execução - Atribuição de efeito suspensivo - Garantia - Ausência - Pedido indeferido

- Tratando-se de Cédula Rural Hipotecária firmada com a finalidade de aquisição insumos para incremento de atividade econômica, inaplicável o Código de Defesa do Consumidor, pois o mutuário não é destinatário final do valor tomado a empréstimo.

- Os requisitos para que o efeito suspensivo seja atribuído aos embargos à execução são: requerimento do embargante; relevância de seus fundamentos; risco de dano grave, de difícil ou incerta reparação; e garantia suficiente da execução, por penhora, depósito ou caução.

- Ausente prova de que a execução está garantida, inviável a atribuição de efeito suspensivo aos Embargos à Execução.

AGRAVO DE INSTRUMENTO-CV Nº 1.0000.20.588285-5/002 - Comarca de Capinópolis - Agravante: Romez Farid - Agravado: Banco do Brasil S.A. - Relator: DES. LUIZ CARLOS GOMES DA MATA

Acórdão

Vistos, etc., acorda, em Turma, a 13ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 25 de novembro de 2021. - *Luiz Carlos Gomes da Mata* - Relator.

Voto

DES. LUIZ CARLOS GOMES DA MATA - Versa o presente embate sobre agravo de instrumento, interposto por Romez Farid, contra decisão do MM. Juiz da Comarca de Capinópolis, Dr. Carlos Eduardo da Silva, nos autos dos Embargos à Execução opostos por ele contra a Execução movida por Banco do Brasil S.A., que indeferiu o pedido de efeito suspensivo, bem como o pedido de inversão do ônus da prova.

Alega o agravante que o banco agravado ingressou com Execução de nº 5000507-48.2020.8.13.0126, executando o valor primitivo de R$149.783,75(cento e quarenta e nove mil setecentos e oitenta e três reais e setenta cinco centavos), quantia essa que diz representada pela Cédula Rural Hipotecária de nº 40/01840-7. Diz que, de acordo com o exequente, a obrigação venceu em data de 12.04.2019

sem o respectivo pagamento, de modo que entende que o valor devido, atualizado até a data de 16.07.2020, de acordo com a conta gráfica por ele apresentada, seria na ordem de R$198.683,80 (cento e noventa e oito mil seiscentos e oitenta e três reais e oitenta centavos).

Afirma a ausência de liquidez do título, por violação aos arts. 4º e 5º, *caput* do Decreto Lei nº 167/67, ante à ausência do memorial da conta vinculada. Afirma a existência de ilegalidade da cobrança da comissão de permanência, na cobrança de juros, na multa contratual de 2% (por cento), na contratação de seguro.

Aduz que o pequeno produtor, pessoa física, deve ser considerado destinatário final do produto, enquadrando-se no conceito de consumidor. Via de conclusão, a matéria sub judice deverá ser dirimida sob a luz do Código Consumerista, com aplicação da inversão do ônus da prova.

Sustenta que o prosseguimento da Execução seria ainda mais prejudicial em razão do cenário de crise econômica internacional decorrente da pandemia do covid-19 que acarretou a paralisação de diversos setores da economia, tendo ele sofrido grande impacto em razão das medidas adotadas pelo governo.

Requer a suspensão dos atos executórios e, ao final, o provimento do recurso.

Sem preparo, porque o agravante litiga sob o pálio da justiça gratuita.

Pedido de efeito suspensivo indeferido no Evento nº 33.

Sem manifestação da parte agravada.

É o relatório.

Decido.

Conheço do recurso, visto que presentes as condições de admissibilidade.

Cinge-se o cerne da questão em saber se acertada a decisão que indeferiu o pedido de concessão de efeito suspensivo aos Embargos à Execução apresentados pelo ora agravante, bem como o pedido de inversão do ônus da prova.

Inicio pelo segundo tópico, em que o ora agravante defende a incidência do Código de Defesa à espécie e, consequentemente, a inversão do ônus da prova prevista no art. 6º do diploma consumerista.

Sem razão, contudo.

No caso, a Cédula Rural Hipotecária foi firmada pelo autor com a finalidade de adquirir insumos para a sua atividade rural, consoante se extrai do Orçamento de Aplicação do Crédito previsto no contrato (Evento nº 7, p. 70 - arquivo PDF).

Dessa forma, não é possível invocar as normas do código consumerista quando o produto ou serviço é contratado para implementar atividade econômica; com efeito, o ora agravante não é desti-

natário final do valor tomado a empréstimo, não podendo, por isso, ser enquadrado no conceito de consumidor previsto no art. 2º do Código Consumerista.

Nesse sentido, cito julgado do Superior Tribunal de Justiça:

> Agravo interno no recurso especial. Revisional. Cédula de crédito rural. Cdc. Multa moratória. Capitalização mensal de juros. Correção monetária. Encargos moratórios. Prorrogação da dívida. Sucumbência mínima. - O entendimento da Corte local de que se tratando de relação de insumo é inaplicável o CDC está em conformidade com a jurisprudência do STJ. - Considerando a inaplicabilidade do CDC no presente caso [...] (AgInt no REsp nº 1365244/MG, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª Turma, j. em 23.02.2021, *DJe* de 02.03.2021).

Este Egrégio Tribunal de Justiça também não discrepa quanto ao entendimento ora esposado:

> Apelação cível. Embargos à execução. Cédula rural pignoratícia. Inaplicabilidade do código de defesa do consumidor. Vencimento antecipado da dívida em caso de inadimplência. Possibilidade. - O Código de Defesa do consumidor é inaplicável quando se trata de relação firmada em Cédula Rural Pignoratícia e em Cédula Pignoratícia e Hipotecária, visto que o crédito é utilizado para aquisição de insumos, e não para consumo final. - É válida a cláusula que prescreve o vencimento antecipado da dívida no caso de inadimplemento de alguma das parcelas, conforme previsto no art. 11 do Decreto-Lei nº 167/67. (TJMG - Apelação Cível nº 1.0000.20.474375- 1/001, Rel. Des. Domingos Coelho, 12ª Câmara Cível, j. em 06.05.2021, p. em 10.05.2021).

Outro:

> Apelação cível. Embargos à execução. Cédula rural pignoratícia. Inaplicabilidade do código de defesa do consumidor. Vencimento antecipado da dívida em caso de inadimplência. Possibilidade. - O Código de Defesa do consumidor é inaplicável quando se trata de relação firmada em Cédula Rural Pignoratícia e em Cédula Pignoratícia e Hipotecária, visto que o crédito é utilizado para aquisição de insumos, e não para consumo final. - É válida a cláusula que prescreve o vencimento antecipado da dívida no caso de inadimplemento de alguma das parcelas, conforme previsto no art. 11 do Decreto-Lei nº 167/67. (TJMG - Apelação Cível nº 1.0000.20.474375- 1/001, Rel. Des. Domingos Coelho, 12ª Câmara Cível, j. em 06.05.2021, p. em 10.05.2021).

E ainda:

> Apelação cível. Embargos à execução. Nota de crédito rural. Fomento da atividade. Código do consumidor. Inaplicabilidade. Duplicatas sem aceite. Comprovante de entrega assinado por terceiro. Ônus da prova da parte embargante. Pedido revisional. Comissão de permanência. Impossibilidade. Capitalização de juros mensal. Possibilidade. Multa.

> Percentual legal. Impossibilidade de redução. - Revela-se inaplicável o Código de Defesa do Consumidor quando o crédito constituído pela nota de crédito rural é obtido para incremento da atividade agropecuária, mediante a obtenção de insumos, já que ausente a condição de consumidor do destinatário final do produto ou serviço [...] (TJMG - Apelação Cível nº 1.0172.08.017261-9/001, Rel. Des. Adriano de Mesquita Carneiro, 11ª Câmara Cível, j. em 29.07.2020, p. em 18.12.2020).

E, uma vez estabelecida a inaplicada do Código de Defesa do Consumidor ao caso em tela, inviável a incidência do seu art. 6º para fins de determinar a inversão do ônus probatório, devendo, por essa razão, ser mantida a decisão agravada nesse ponto.

Quanto ao pedido de concessão de efeito suspensivo aos Embargos à execução, também não vejo como prosperar a pretensão recursal, isso porque, como apontado pelo douto magistrado, a execução não se encontra garantida, de modo que não preenchidos os requisitos previstos no art. 919, § 1º do Código de Processo Civil para deferimento do efeito suspensivo requerido.

O despacho proferido na primeira instância determinando a expedição de mandado de penhora não socorre o ora agravante, na medida em que não comprova a efetivação da medida constritiva (Evento nº 04). Em outras palavras, não serve a demonstrar que a execução, de fato, está garantida.

Nesse sentido:

> Agravo de instrumento. Embargos à execução. Efeito suspensivo. Requisitos. Ausência. Para que os embargos à execução excepcionalmente tenham efeito suspensivo, devem ser preenchidos, cumulativamente, os requisitos indicados no art. 919, §1º do Código de Processo Civil. A míngua deste preenchimento, a execução deve seguir seu curso normalmente, afastando-se o efeito suspensivo. A mera indicação de bens à penhora não é suficiente para a atribuição do pretendido efeito suspensivo; devendo ser prévia a formalização garantia (TJMG - Agravo de Instrumento-Cv nº 1.0000.21.136234-8/001, Rel. Des. Estevão Lucchesi, 14ª Câmara Cível, j. em 07.10.2021, p. em 07.10.2021).

Outro:

> Agravo de instrumento. Embargos à execução. Suspensão. Requisitos. Ausência. Necessidade de garantia do juízo. Para que os embargos à execução excepcionalmente tenham efeito suspensivo, devem ser preenchidos, cumulativamente, os requisitos indicados no art. 919, § 1º, do Código de Processo Civil. Ausente a demonstração que a execução encontra-se garantida, o feito executivo deve seguir seu curso, não se aplicando o efeito suspensivo. (TJMG - Agravo de Instrumento-Cv nº 1.0000.21.148777-2/001, Rel. Des. Adriano de Mesquita Carneiro, 11ª Câmara Cível, j. em 29.09.2021, p. em 29.09.2021).

Assim, mantém-se a decisão agravada também nesse ponto.

Feitas tais considerações, nego provimento ao recurso, mantendo a decisão recorrida.

Custas do recurso, pelo agravante, suspensa a exigibilidade.

É como voto.

Votaram de acordo com o Relator a JD. CONVOCADA MARIA DAS GRAÇAS ROCHA SANTOS E O DESEMBARGADOR JOSÉ DE CARVALHO BARBOSA.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Apelação cível - Compra e venda de equipamentos de academia - Resolução contratual c/c reparação de danos e reintegração de posse - Julgamento *extra petita* - Preliminar rejeitada - Exceção de contrato não cumprido - Culpa concorrente - Honorários advocatícios - Sucumbência recíproca - Compensação - Vedação.

- Cabe ao Juiz decidir a lide nos limites em que foi proposta, não podendo conceder à parte providência além da requerida na inicial (decisão *ultra petita*), aquém do pedido (decisão *citra petita*) e, muito menos, fora do requerido pelas partes (sentença *extra petita*).

- A exceção do contrato não cumprido encontra fundamento na equidade e parte da premissa, segundo a qual, nos contratos bilaterais, nenhum dos contratantes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da obrigação do outro.

- Não tendo o compromitente vendedor cumprido com sua obrigação no contrato em relação à quitação das dívidas trabalhistas incidentes sobre os equipamentos, não pode exigir do comprador o cumprimento da avença no tocante à quitação integral do preço.

- Considerando que a resolução do contrato operou-se sem culpa exclusiva de qualquer uma das partes, acertada a sentença que determinou o restabelecimento do status quo anterior ao negócio, mediante a devolução dos equipamentos e a devolução das parcelas pagas.

- A compensação da verba honorária restou vedada pelo Código de Processo Civil (art. 85, § 14º, do CPC/15).

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0878.17.001283-4/001 - Comarca de Camanducaia - Apelante: Everton Aparecido de Souza - ME - Apelada: Seila Daiane Moreira - 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 REJEITAR A PRELIMINAR E DAR PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 13 de dezembro de 2021. - *Cláudia Maia* - Relatora.

Voto

DES.ª CLÁUDIA MAIA - Trata-se de apelação, interposta por Everton Aparecido De Souza - ME - contra a sentença lançada pelo Juiz de Direito substituto da Vara Única da Comarca de Camanducaia, que, nos autos da *"ação de resolução contratual c/c reparação de danos e reintegração de posse com pedido de tutela de evidência"* proposta em desfavor de Seila Daiane Moreira, julgou parcialmente procedentes os pedidos iniciais para rescindir o contrato particular de compromisso de compra de venda de f. 18/19; indeferir os pedidos de aplicação de multa, em razão da compensação; indeferir o pedido de perdas e danos; determinar à ré que devolva ao autor os equipamentos indicados no contrato no mesmo estado de quando foram entregues, no prazo de 10 (dez) dias, a contar do trânsito em julgado da sentença; determinar ao autor que restitua à ré, de forma simples, as quantias pagas pelos equipamentos, acrescidas de juros e correção monetária pelos índices da CGJ, a partir da citação, em 10 (dez) dias, a contar do trânsito em julgado da sentença; e condenar as partes, na proporção de 50% (cinquenta por cento) para cada, ao pagamento de custas e honorários advocatícios, fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor da causa, autorizada a compensação.

Nas suas razões recursais, o apelante, preliminarmente, afirma que a sentença adota a teoria da *exceptio non adimpleti contractus* e foge aos limites da lide, incorrendo em vício de julgamento *extra petita*.

No mérito, deduz que a obrigação do vendedor era tão-somente de entregar a coisa, objeto da venda, gerando na apelada a obrigação de pagar, que não foi cumprida. Alega que a pretensão da apelada é continuar usando os equipamentos sem contraprestação.

Argui que, caso aplicada a teoria *exceptio non adimpleti contractus*, a sentença melhor distribuiria a Justiça se determinasse o pagamento do débito inadimplido, multa rescisória e indenização pelo uso dos equipamentos no período posterior a cessação dos pagamentos, eis que a mora é da apelada. Aponta o descabimento da compensação da verba honorária.

Requer a cassação da sentença ou que seja provido o recurso, para reconhecer a procedência dos pedidos, redistribuindo-se a verba sucumbencial, bem como expurgando a compensação dos honorários.

Comprovante do pagamento do preparo recursal à Ordem 13. Contrarrazões anexadas à Ordem 15.

Os presentes autos foram digitalizados, passando a tramitar de forma eletrônica neste Tribunal, conforme certificado à Ordem 18.

É o relatório.

Decido.

Conheço do recurso, próprio e tempestivo, presentes os demais requisitos de sua admissibilidade.

Preliminar De Julgamento *Extra Petita*.

Ab initio, enfrento a preliminar suscitada pelo ora recorrente, de que o Sentenciante teria incorrido em vício de julgamento *extra petita*.

Como se sabe, os limites da lide são estabelecidos pelo pedido inicial e contestação, cabendo ao juiz ficar adstrito a eles, sob pena de tornar nulo o ato processual praticado.

Assim, cabe ao Sentenciante decidir a lide nos limites em que foi proposta, não podendo conceder providência além da requerida na inicial (sentença *ultra petita*), aquém do pedido (decisão *citra petita*) e, muito menos, fora do requerido pelas partes (sentença *extra petita*).

Configura-se o princípio da adstrição, decorrente do princípio dispositivo, o qual atribui às partes o dever de iniciativa no âmbito do processo. Nesse sentido, temos a lição de Humberto Theodoro Júnior:

> Prevalece, portanto, o princípio dispositivo na instituição da relação processual e na definição do objeto sobre o qual recairá a prestação jurisdicional. Justifica-se a prevalência do princípio dispositivo nesses momentos cruciais do processo pela necessidade de se preservar a neutralidade do juiz diante do conflito travado entre os litigantes. Cabe-lhe receber e solucionar o litígio, tal qual deduzido pelas partes, em juízo, sem ampliações ou derivações para temas por elas não cogitados (THEODORO Jr, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 35).

Os arts. 141 e 492, do CPC, exigem que o julgador decida a lide nos limites em que foi proposta, cujos contornos são fixados com base nos pedidos formulados na inicial e nos argumentos trazidos em contestação. A este respeito, dispõem os mencionados dispositivos:

> Art. 141. O juiz decidirá o mérito nos limites propostos pelas partes, sendo- lhe vedado conhecer de questões não suscitadas a cujo respeito a lei exige iniciativa da parte.
>
> Art. 492. É vedado ao juiz proferir decisão de natureza diversa da pedida, bem como condenar a parte em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado.

In casu, segundo deduz o apelante, embora a parte ré disserte acerca da teoria *exceptio non adimpleti contractus*, não requereu sua aplicação, limitando-se a pleitear a improcedência da pretensão inicial e a manutenção na posse dos equipamentos objeto do contrato.

Conclui que o embasamento da sentença na aplicação dessa teoria extrapolou os limites da lide, e, por isso, deve ser cassada.

No entanto, em sede de contestação (Ordem 5), a requerida, ao discorrer sobre o Direito, assinala que a exceção do contrato não cumprido pode vir apoiada tanto no inadimplemento absoluto (*exceptio non adimplet contratctus*) quanto no cumprimento parcial ou defeituoso a cargo da parte contrária (*exceptio non rite adimpleti contractus*), sob o enfoque do art. 476, do Código Civil, pugnando pela improcedência.

A exceção do contrato não cumprido constitui defesa indireta de mérito e, quando acolhida, implica a improcedência do pedido inicial.

Trata-se de uma das espécies de fato impeditivo do direito do autor (art. 373, II, do CPC).

Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery ensinam que:

> [...] a exceção de contrato não cumprido "é a defesa indireta de mérito (exceção substancial) que o réu pode fazer quando acionado, no processo civil, opondo-se à pretensão do autor. Constitui uma das espécies de fato impeditivo do direito do autor, que pode ser alegado como preliminar de mérito na contestação (CPC 326). O autor pode ter, em tese, o direito que pretende haver do réu, mas está impedido, por ora, de fazê-lo, enquanto não cumprir sua parte no contrato bilateral. Daí ser fato impeditivo (temporariamente) da pretensão do autor. É do réu o ônus de provar os fatos que constituem o mérito da exceção de contrato não cumprido (CPC 333, II). Nela não se discute o mérito da pretensão do autor. Ao contrário, o réu excipiente afirma ser devedor e não nega o descumprimento da prestação; apenas não concorda com o fato de o autor estar exigindo a prestação, sem que tenha cumprido sua parte no contrato. O excipiente pede a procedência da exceção, para que seja autorizado a não adimplir (Serpa Lopes, Exceções nº 26, p. 135) (NERY JÚNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria Andrade. *Código Civil Anotado e Legislação Extravagante*, 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 357).

Na hipótese vertente, é inconteste que a ré/apelada se valeu da teoria como defesa argumentativa a fim de afastar a pretensão autoral.

A meu ver, não há qualquer equívoco da sentença, muito menos vício a maculá-la, uma vez que o Magistrado não julgou fora do pedido.

Considerou a pretensão em parte procedente, em conformidade com o disposto no art. 456, do CPC, afastando-se a tese de nulidade.

Dessarte, rejeito a preliminar de nulidade por vício *extra petita*.

Mérito

Cuida a espécie de ação resolutória contratual lastreada no descumprimento contratual pelo não pagamento de parcelas ajustadas.

O autor Everton Aparecido de Souza - ME - firmou compromisso particular de compra e venda de equipamentos de academia com Seila Daiane Moreira, em 01.06.2015, nos moldes do contrato anexado no doc. à Ordem 4, cuja cláusula primeira, parágrafo único, dispunha:

> Parágrafo único - O COMPROMITENTE VENDEDOR declara que os bens são livres de ônus, de penhor ou hipoteca e não há dívidas cíveis ou trabalhistas pendentes, mas, se houver dívidas cíveis ou trabalhistas antes da data desta venda se compromete a quitá-las tão logo suscitado, sob as penas da lei.

O requerente apontou, em sua exordial, a prévia constituição em mora da compradora apelada, a qual foi notificada, via correio, na forma prevista na cláusula resolutória do instrumento contratual (parágrafo único da cláusula "2"). Assinalou que, por ocasião da venda, todos os equipamentos estavam em perfeito estado de conservação e funcionamento na academia, e que a requerida, devido à sua manutenção inadequada, devolveu-os com acentuada desvalorização.

Pugnou então a parte autora pela resolução contratual, valendo-se das disposições do art. 475, do CC, que prevê que a inadimplência de um dos contratantes é motivo para que o contratante que cumpriu com sua obrigação peça em Juízo a resolução do contrato.

E, também, com fulcro no art. 474, do CC, que estipula que, em não havendo cláusula resolutiva prevista no instrumento contratual, esta se opera com interpelação judicial, em caso de inadimplemento.

Em contrapartida, a parte ré assinalou que a requerente, no ato da assinatura do contrato, omitiu informações de que os equipamentos estavam em garantia da cédula de crédito ao B.B. S/A, e também quanto à existência de processos judiciais por débitos de direitos trabalhistas nas Varas de Pouso Alegre e Santa Rita do Sapucaí/MG.

Em Audiência as partes disseram não haver prova oral a ser produzida, encerrada a instrução, portanto, com a prova documental.

Enquanto o apelante insiste no argumento da inadimplência da parte ré, esta verbera o caráter sinalagmático das obrigações e que o autor colocou em eminente risco a atividade por ela exercida, uma vez que foi surpreendida com a determinação de penhora dos equipamentos adquiridos e que vinham sendo rigorosamente pagos.

Em face do conjunto probatório, o MM. Juiz singular aplicou ao caso a teoria *exceptio non adimpleti contratctus,* uma vez que restou incontroverso que a ré, ora apelada, comprou os equipamentos da parte autora, que os declarou livres de ônus, de penhor ou hipoteca.

Com efeito, o apelante deu em garantia da Cédula de Crédito Comercial nº 40/00859-2, os *"equipamentos mecânicos e eletrônicos de ginástica, marca Corp Light, modelos diversos, no valor de R$125.000,00 (cento e vinte e cinco mil reais",* isto é, os bens objeto desta ação (Ordem 6), tendo sido lavrado auto de penhora e avaliação referente à dívida trabalhista.

A partir dessa premissa, é incontroverso que ambas as partes descumpriram as obrigações impostas no contrato de f. 18/19 (Ordem 4), tanto Seila deixou de pagar as parcelas avençadas quanto Everton vendeu os equipamentos com os ônus acima apontados.

É cediço que a exceção do contrato não cumprido encontra fundamento na equidade e parte da premissa, segundo a qual, nos contratos bilaterais, nenhum dos contratantes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da obrigação do outro.

Sobre o tema, veja a lição de Sílvio de Salvo Venosa:

> As obrigações correspectivas dos contratos bilaterais aparecem de forma cristalina no art. 476: 'Nos contratos bilaterais, nenhum dos contraentes, antes de cumprida sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro' (antigo, art. 1.092). Trata-se do tradicional princípio da *exceptio non adimplet contratctus*, que não é de origem romana, mas posterior.
>
> [...]
>
> Como foi exposto, nos contratos bilaterais, cada parte tem direito de exigir que a outra cumpra sua parcela na avença. É característica ínsita ao sinalagma presente nesse negócio. Permite a lei que o contratante suste sua parte no cumprimento até que o outro contratante perfaça a sua. É uma exceção tratada dentro do princípio romano de que a *exceptio* é uma forma de defesa. O contratante opõe essa exceção como forma de se defender contra o outro contratante inadimplente. É exceção de mérito. Com essa oposição, o contratante logra apor um obstáculo legal à exigência de seu cumprimento, pelo não-cumprimento da outra parte. Pressupõe-se, por outro lado, que o contratante em falta esteja a exigir indevidamente o cumprimento do contrato. Esse é justamente o âmago da questão, a ser examinado pelo juiz em cada caso concreto. Se o contratante está em dia com o cumprimento de suas obrigações, pode validamente exigir que o outro cumpra a avença no que lhe couber (VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil*, 4. ed., São Paulo: Atlas, 2004, v. II, p. 410).

No contrato bilateral, as partes assumem obrigações recíprocas, a permitir, em tese, a alegação da exceção do contrato não cumprido.

Logo, não se revelaria justo que o apelante recebesse da ré, ora apelada, a contraprestação pecuniária pelos equipamentos que lhe foram entregues, sem antes cumprir com a obrigação expressamente assumida por ele no parágrafo único da cláusula primeiro do contrato.

Depreende-se que o apelante, mesmo interpelado, manteve-se inerte em quitar as dívidas que incidiram sobre os equipamentos alienados à ré, o que culminou na paralisação do pagamento ajustado.

Constata-se, na espécie, hipótese de culpa concorrente pela resolução contratual, na medida em que ambas as partes deram causa ao desfazimento do negócio, aplicando-se a compensação dos arts. 368 e 369, do CC, dispensada, pois, a exigência de multas rescisórias.

O MM. Juiz *a quo* reconheceu que a rescisão do contrato foi sem culpa exclusiva de qualquer uma das partes, determinando que tudo restabelecesse com o status quo anterior ao negócio, mediante a devolução dos equipamentos e a devolução das parcelas pagas.

Não vejo justificativa para rever a sentença quanto à conclusão alcançada pelo douto Juízo, que, quanto ao ponto, decidiu com acerto.

Com efeito, o apelante não faz jus à contraprestação pecuniária, pois não demonstrou ter cumprido a integralidade de suas obrigações.

Ora, não tendo cumprido o compromitente vendedor sua obrigação no contrato, sobretudo, a quitação de encargos trabalhistas, não pode exigir da compradora o cumprimento da avença no tocan-

te ao pagamento como contrapartida pelos equipamentos gravados com cédula pignoratícia. Sobre o tema, a jurisprudência desta 14ª Câmara:

> Apelação cível. Compra e venda de imóvel. Inadimplemento do preço. Outorga de escritura. Impossibilidade. Litigância de má-fé. Tratando-se de contrato bilateral, não há como compelir o alienante a outorgar a escritura do imóvel se a parte contrária não cumpriu sua obrigação contratual consistente no pagamento do preço ajustado (*exceptio non adimplet contratctus*). Incontroverso o inadimplemento, incabível a outorga de escritura. Ainda que seja reconhecida a prescrição da pretensão de cobrança de parcelas decorrentes da celebração de contrato de compra e venda de imóvel, tal fato não enseja a extinção da obrigação, porquanto a prescrição não atinge o direito subjetivo. Inexistindo dolo processual ou prejuízo à parte contrária, nem a prática de quaisquer das condutas descritas no art. 80, do CPC/15, incabível a aplicação de multa por litigância de má-fé. (TJMG - Apelação Cível nº 1.0024.10.128078-2/001, Rel. Des. Estevão Lucchesi, 14ª Câmara Cível, j. em 08.04.2021, p. em 09.04.2021).
>
> Apelação cível. Inovação recursal. Ausência. Exceção de contrato não cumprido. Culpa recíproca. Lucros cessantes. Ausência de prova. - Sendo a tese de "*exceptio non adimplet contratctus*" objeto da inicial e fundamento da sentença, não há que se falar em inovação recursal. - A exceção de contrato não cumprido ou inexecução contratual, refere-se à possibilidade de o devedor escusar-se da prestação da obrigação contratual, por não ter o outro contratante cumprido com aquilo que lhe competia. - Havendo a execução do contrato pela parte que se diz lesada por mais de um ano, não prospera invocar descumprimento das obrigações pela outra parte como forma de se eximir de seu dever de pagamento dos encargos de locação. - Não é devida indenização por lucros cessantes se não há comprovação da perda em virtude do negócio daquele que se diz lesado (TJMG - Apelação Cível nº 1.0024.14.288836-1/001, Rel. Des. Marco Aurelio Ferenzini, 14ª Câmara Cível, j. em 17.05.2018, p. em 25.05.2018).

Eventualmente, requer que se determine o pagamento do débito inadimplido, da multa e da indenização pelo uso dos equipamentos no período posterior a cessação dos pagamentos. Contudo, diante da resolução do contrato, tendo determinado o Juiz o restabelecimento do status quo anterior ao negócio, com a devolução dos equipamentos e das parcelas pagas, uma vez acolhida a tese de exceção de contrato não cumprido, afasta-se a incidência de multa e eventual indenização devida pela apelada, também afetada pelo inadimplemento contratual.

Outrossim, quanto às perdas e danos, o autor não comprovou os danos que afirma ter suportado, o que perdeu ou deixou de ganhar.

Acertadamente o Juiz *a quo* reconheceu que a rescisão do contrato se deu sem culpa exclusiva de qualquer uma das partes.

Em relação aos ônus do processo, nos termos do art. 86, *caput*, do CPC, havendo sucumbência recíproca, as custas processuais e os honorários devem ser proporcionalmente distribuídos entre as partes.

Confira-se:

"Art. 86. Se cada litigante for, em parte, vencedor e vencido, serão proporcionalmente distribuídas entre eles as despesas."

Na hipótese, a parte autora obteve êxito na rescisão contratual e quanto à devolução dos equipamentos, vencida quanto à aplicação da multa e quanto às perdas e danos, revelando-se proporcionalmente adequada a distribuição da verba sucumbencial fixada na v. sentença.

Por último, no tocante aos honorários advocatícios, a sentença está a merecer pequeno reparo, porquanto descabida a compensação da verba honorária, conforma vedado pelo art. 85, § 14, do CPC/2015:

> Art. 85. A sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor.
>
> [...]
>
> § 14. Os honorários constituem direito do advogado e têm natureza alimentar, com os mesmos privilégios dos créditos oriundos da legislação do trabalho, sendo vedada a compensação em caso de sucumbência parcial.

Consoante é possível verificar, o Juiz primevo, reconhecendo a sucumbência recíproca, determinou a compensação das verbas, violando, com isso, a diretriz estatuída no art. 85, § 14, do CPC/2015.

Pelo exposto, rejeito a preliminar e dou parcial provimento ao recurso, reformando a v. sentença tão-somente para excluir a compensação da verba honorária pertencente a cada um dos patronos.

Custas recursais pelo apelante, face à sucumbência ínfima da apelada. Ficam mantidos os honorários de sucumbência arbitrados em primeiro grau, bem como a distribuição fixada na sentença primeva.

Votaram de acordo com a Relatora os DESEMBARGADORES ESTEVÃO LUCCHESI E MARCO AURELIO FERENZINI

Súmula - REJEITARAM A PRELIMINAR E DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO.

Processual civil - Suspeita de fraude - Aliciamento de clientes pelo patrono - Parte não conhece o advogado

- Tendo a parte autora sido intimada pessoalmente por oficial de justiça e informado que não conhece o advogado e que foi procurada por terceiros para ajuizar a ação, correta a extinção do feito diante da prática de aliciamento de clientes pelo patrono.

V.v.: Não é inepta a petição inicial que preenche a todos os requisitos previstos nos arts. 319 e 320, CPC/2015. A parte confirmou ter assinado a procuração ao causídico, não podendo ser reconhecida a ausência de pressuposto de desenvolvimento válido e regular do processo.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0000.21.194219-8/001 - Comarca de Itapajipe - Apelante: Josefa Maria Marques - Apelado: Banco BMG 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 DAR PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO, VENCIDA A SEGUNDA VOGAL.

Belo Horizonte, 17 de dezembro de 2021. - *Marco Aurelio Ferenzini* - Relator.

Voto

DES. MARCO AURELIO FERENZINI - Trata-se de recurso de apelação, interposto por Josefa Maria Marques contra sentença proferida nos autos da ação ordinária ajuizada em face de BANCO BMG S.A., pela qual o juízo de primeiro grau assim decidiu:

Ante o exposto, porque inepta a petição inicial e porque não atendidas as prescrições do art. 321 do CPC, aliado à falta de interesse processual, indefiro a petição inicial, nos termos do art. 330, I, III e IV, do CPC e, em consequência, julgo extinto o processo sem resolução do mérito, nos termos do art. 485, incisos I e IV do CPC.

Custas pela parte autora, devendo os autos serem remetidos à Contadoria para cálculo e intimada a parte autora para pagamento, sob pena de expedição de CNPDP.

Reputo a parte requerente e seu defensor como litigantes de má-fé e condeno cada um deles ao pagamento de multa de 2% (dois por cento) sobre o valor atribuído a causa, na forma do art. 80 do Código de Processo Civil, valor este que deverá ser revertido em favor da parte requerida, tendo

em vista que a parte autora e seu defensor invocaram fatos sem se ater a verdade, visando, com isso, obter objetivo ilegal.

Encaminhe-se cópia dos autos ao Numopede (Núcleo de Monitoramento de Demandas Repetitivas) para adoção das medidas cabíveis.

Encaminhe-se cópia dos autos ao Ministério Público desta Comarca para apuração de eventuais ilícitos criminais e adoção das medidas cabíveis, inclusive quanto à eventual prática de contravenção penal prevista no art. 47 do Decreto Lei nº 3.688/41.

Encaminhe-se cópia dos autos à OAB/MG, subseção de Itapagipe, para apuração de eventuais infrações disciplinares e adoção das medidas cabíveis.

A autora, ora apelante, diz que não há razão para indeferimento da inicial. Discorre sobre a atuação do escritório de advocacia. Defende a legalidade da ação declaratória, pois desconhece a contratação de empréstimo objeto da demanda, motivo pelo qual contratou os advogados para ingressar com a presente ação. Enfatiza que as instituições bancárias de forma habitual realizam contratos de empréstimos consignados fraudulentos com aposentados. Afirma que não tem condições de arcar com os custos do processo, fazendo jus à gratuidade de justiça. Requer a modificação da sentença para que seja acolhida a inicial, bem como a reforma da sentença quanto a condenação ao pagamento de multa por litigância de má-fé da parte e do advogado.

Não foram apresentadas contrarrazões.

É o relatório.

Juízo de admissibilidade

Ciência da sentença em 26.04.2021, apelação juntada em 14.05.2021, sem preparo, por ser a questão objeto do recurso. Recebo o recurso, nos termos do art. 1012 do CPC, com efeito suspensivo.

Mérito

Josefa Maria Marques ajuizou a presente ação em face de Banco BMG S.A., sob o fundamento de que não se recorda de ter contratado empréstimo consignado, razão pela qual requereu a declaração de inexistência de débito e a condenação do banco réu ao pagamento de indenização por dano moral.

O juízo de primeiro grau julgou extinto o feito, sem resolução de mérito, pelo fato de a autora não ter cumprido as diligências determinadas.

Certo é que as circunstâncias atuais exigem mais cautelas quanto a propositura de ações com objeto da presente demanda, haja vista a grande quantidade de ações temerárias que tramitam na referida Comarca, tal como fundamentado pelo juízo.

Importante ressaltar que o caso dos autos tem uma particularidade, a corroborar a atitude do magistrado, diante de milhares de ações que passaram a abarrotar o judiciário mineiro, buscando declaração de inexigibilidade do débito e indenização por danos morais.

Com efeito, o que se tem observado ao longo dos vários feitos em tramitação, é que muitas das vezes os consumidores não tem sequer conhecimento da ação ajuizada em seu nome pelos causídicos, o que motivou, inclusive, a instauração de inquéritos criminais e até a lamentável prisão de alguns profissionais.

E, devidamente intimada a comparecer ao Fórum, a autora informou que não conhece o advogado Luiz Fernando Cardoso Ramos, que não procurou pelos serviços de advocacia, que foi procurada em sua própria residência pela secretária do patrono (doc. 21).

Portanto, é de se reconhecer o acerto da sentença quanto ao ponto, tendo em vista que a autora sequer conhece o advogado e que está havendo aliciamento ilícito de clientes pelo patrono, o que não pode ser tolerado pelo Poder Judiciário.

Quanto à condenação do patrono da autora ao pagamento de multa por litigância de má-fé, esta deverá ser afastada em observância ao disposto no art. 32, parágrafo único, da Lei n. 8.906/94 (Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil), que preconiza que a eventual responsabilidade do Advogado que atue em conluio com seu constituinte deve ser apurada em ação própria.

Ainda, tendo em vista que a autora sequer deu autorização para ajuizamento da ação, ela não pode ser considerada litigante de má-fé, devendo ser afastada sua condenação ao pagamento de multa.

Por fim, verifica-se que a autora é de fato pessoa pobre no sentido legal, aposentada, analfabeta e não possui condições de arcar com os custos do processo, devendo ser deferido o benefício da justiça gratuita.

Dispositivo

Diante do exposto, dou parcial provimento ao recurso, para afastar a condenação do procurador e da parte autora ao pagamento de multa por litigância de má-fé.

Custas do recurso pelo apelante, suspensa a exigibilidade, pois concedo o benefício da justiça gratuita.

DES. VALDEZ LEITE MACHADO - De acordo com o Relator.

DES.ª EVANGELINA CASTILHO DUARTE - Peço vênia ao eminente Desembargador Relator, para divergir do seu douto voto.

O MM. Juiz a quo extinguiu o processo, por indeferimento da inicial, porquanto a Apelante sequer negou expressamente a ausência de contratação, e em razão do elevado número de ações idênticas ajuizadas por seu patrono.

Os requisitos da petição inicial estão descritos nos arts. 319 a 321 do Novo Código Civil.

> Art. 319. A petição inicial indicará:
>
> I - o juízo a que é dirigida;
>
> II - os nomes, os prenomes, o estado civil, a existência de união estável, a profissão, o

> número de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas ou no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica, o endereço eletrônico, o domicílio e a residência do autor e do réu;
>
> III - o fato e os fundamentos jurídicos do pedido; IV - o pedido com as suas especificações;
>
> V - o valor da causa;
>
> VI - as provas com que o autor pretende demonstrar a verdade dos fatos alegados;
>
> VII - a opção do autor pela realização ou não de audiência de conciliação ou de mediação.
>
> § 1º Caso não disponha das informações previstas no inciso II, poderá o autor, na petição inicial, requerer ao juiz diligências necessárias a sua obtenção.
>
> § 2º A petição inicial não será indeferida se, a despeito da falta de informações a que se refere o inciso II, for possível a citação do réu.
>
> § 3º A petição inicial não será indeferida pelo não atendimento ao disposto no inciso II deste art. se a obtenção de tais informações tornar impossível ou excessivamente oneroso o acesso à justiça.
>
> Art. 320. A petição inicial será instruída com os documentos indispensáveis à propositura da ação.

De conformidade com o disposto no art. 321, CPC, o Juiz poderá determinar que a autora emende a inicial ou a complete no prazo de quinze dias, quando esta não preencher todos os requisitos dos arts. 319 e 320, do mesmo diploma legal.

Ressalte-se que é fato público e notório a deflagração de investigação pelo Ministério Público contra o advogado Luiz Fernando, que representa a apelante, com o objetivo apurar irregularidades para ajuizamento de ações judiciais, Notícia de Fato nº MPMG-0344.20.000139-6, instaurada pela 2ª Promotoria de Justiça.

Ocorre que, no caso dos autos, intimada pessoalmente para confirmar a pretensão, a Apelante afirmou ter assinado a procuração, conforme doc. 21, além de confirmar a autenticidade dos documentos juntados aos autos.

Ademais, foi juntada aos autos a procuração pública, como solicitado pelo magistrado, outorgando poderes ao procurador Luiz Fernando Cardoso Ramos, conforme doc. 47.

Desse modo, ao contrário do que consta na sentença, não pode ser reconhecida a ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo.

Não cabe, porém, a este juízo investigar e decidir sobre o comportamento ético do causídico em relação à forma como faz captação de clientes, havendo esfera própria para tanto.

Insta salientar que se a parte confirmou ter assinado a procuração, seu pedido deve ser analisado e julgado, sob pena de o Judiciário estar negando a prestação jurisdicional e o exercício de sua função precípua.

A parte não pode ser prejudicada em razão do comportamento do seu procurador.

Sendo assim, deve ser cassada a sentença a fim de que os autos retornem à vara de origem para regular processamento.

Diante do exposto, dou provimento ao recurso interposto por Josefa Maria Marques, cassando a sentença de primeira instância e determinando o retorno dos autos à vara de origem para regular processamento do pedido.

Custas recursais ao final.

DES.ª CLÁUDIA MAIA - Verifico que a parte apelante não afirma com segurança a inexistência de relação jurídica com a instituição financeira apelada, pelo contrário, alicerça sua pretensão declaratória na suposta ausência de exibição do instrumento contratual, mesmo após a alegada solicitação do documento na esfera administrativa.

Nesta ordem de ideias, a bem da verdade, o deslinde da controvérsia estabelecida nos autos perpassa, ainda que, preliminarmente, pela mera exibição do documento comum entre as partes.

Assim, entendo ser aplicável ao caso em comento o entendimento de que o pedido de exibição de documentos deve vir instruído com a comprovação de requerimento administrativo prévio e idôneo, feito à instituição financeira, não atendido em prazo razoável, sob pena de carecer o autor interesse de agir.

Feitas tais considerações, no caso concreto verifico que não restou demonstrada a existência de pedido idôneo de exibição do documento na esfera extrajudicial, muito menos a negativa do banco em apresentá-lo, de modo que o feito deverá ser extinto, nos termos do art. 485, VI, do NCPC.

Por conseguinte, revela-se patente a ausência do interesse de agir do autor/apelante no ajuizamento da presente demanda.

Pelo exposto, sendo aplicável o entendimento exposto no Resp nº 1.349.453/MS ao caso concreto, ponho-me de acordo com o dispositivo do voto do Em. Relator e dou parcial provimento ao recurso, mantendo a extinção do feito por outros fundamentos.

DES. ESTEVÃO LUCCHESI - De acordo com o Relator.

Súmula - DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO, VENCIDA A SEGUNDA VOGAL.

Apelação cível - Propriedade intelectual - Nome empresarial e marca - Uso indevido - Perda parcial de objeto - Dano material - Presunção afastada - Honorários

- Com o encerramento das atividades e baixa cadastral, restam prejudicadas as pretensões de alteração do nome empresarial, de transferência do domínio do sítio utilizado pela ré na rede mundial de computadores e expedição de ofício ao INPI. A presunção de danos materiais decorrente do uso indevido de nome empresarial e marca designativa não é absoluta, mas sim relativa, e pode ceder frente às particularidades do caso concreto. Hipótese de comercialização de gêneros alimentícios distintos, não havendo nos autos elementos que levem a concluir ter ocorrido um desvio de clientela, isto é, que a recorrente tenha observado um decréscimo de faturamento decorrente da coexistência de pessoa jurídica com o mesmo nome empresarial e marca distintiva similar. Os honorários advocatícios devem ser fixados em atenção aos critérios legais trazidos no art. 85, § 2º, do CPC, somente justificando alteração se o arbitramento deles se dissociar.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0000.20.500743-8/002 - Comarca de Nova Era - Apelante: Indústria e Comércio Café Gema de Minas Ltda. - Apelado: Pão de Queijo Gemas de Minas Ltda. - EPP - 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 ACOLHER A PRELIMINAR DE PERDA PARCIAL DE OBJETO, SUSCITADA DE OFÍCIO PELO RELATOR, E NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 16 de dezembro de 2021. - *Estevão Lucchesi* - Relator.

Voto

DES. ESTEVÃO LUCCHESI - Cuida-se de recurso de apelação, interposto por Indústria E Comércio Café Gema de Minas Ltda. contra sentença que julgou parcialmente procedentes os pedidos iniciais formulados em face de Pão de Queijo Gemas de Minas Ltda. - EPP, nos seguintes termos:

Pelo exposto, julgo parcialmente procedentes os pedidos formulados na inicial, nos termo s do art. 487, I do Código de Processo Civil, em consequência julgo extinto o feito com resolução de mérito, para: a) Determinar que a ré abstenha-se de produzir, embalar, distribuir e comercializar, por qualquer forma, o pão de queijo que tenha como marca a expressão "Gema de Minas"; retirar de sua página na internet a veiculação do pão de queijo que tenha a expressão "Gema de Minas"

como marca, inclusive, em redes sociais, publicações, folhetos, placas, catálogos, ou qualquer outra forma de publicidade. b) tornar definitiva a decisão de id 123647824. Em razão da sucumbência recíproca, condeno autor e réu ao pagamento das custas do processo (50% - cinquenta por cento - para cada) e honorários dos procuradores, os quais arbitro em 12% (doze por cento) do valor da causa, nos termos do art. 85 do CPC. Após o trânsito em julgado, nada sendo requerido, arquive-se, com baixa.

Em suas razões de recurso a apelante suscitou preliminar de julgamento citra petita. No mérito, alega ter sofrido danos materiais em razão do uso indevido de sua marca pela apelada. Assevera não ser necessária a comprovação dos prejuízos, pois estes decorrem do próprio uso indevido. Busca a majoração dos honorários advocatícios.

Em contrarrazões a apelada defende a manutenção da sentença hostilizada.

Recurso regularmente preparado.

É o relatório.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

Primeiramente, submeto aos eminentes pares, de ofício, preliminar de perda parcial do objeto recursal, tendo em vista as informações trazidas pela apelada em suas contrarrazões, que dão conta de que encerrou suas atividades e requereu a baixa cadastral perante Jucemg.

Com efeito, o interesse do requerente deve existir tanto no momento do ajuizamento quanto no seu julgamento. Nessa senda, caracteriza-se o interesse processual quando a parte tem necessidade de ir a juízo para alcançar a tutela pretendida, que deverá lhe trazer alguma utilidade do ponto de vista prático. Ensina Fredie Didier Junior:

> Há utilidade da jurisdição toda vez que o processo puder propiciar ao demandante o resultado favorável pretendido. A providência jurisdicional reputa-se útil na medida em que, 'por sua natureza, verdadeiramente se revele - sempre em tese - apta a tutelar, de maneira tão completa quanto possível, a situação jurídica do requerente'. [...] É por isso que se afirma, com razão, que há falta de interesse processual quando não for mais possível a obtenção daquele resultado almejado - fala-se em 'perda do objeto' da causa (DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*, v. 1, Salvador: Jus Podivm, 2007, p. 176).

No caso vertente, com o encerramento das atividades e baixa cadastral, restam prejudicadas as pretensões de alteração do nome empresarial, de transferência do domínio do sítio utilizado pela ré na rede mundial de computadores e expedição de ofício ao INPI, o que rechaça, também a preliminar de julgamento citra petita, porquanto a tese de omissão da sentença dizia respeito exatamente a tais pretensões.

Diante desse contexto, não há como afastar o reconhecimento da perda parcial superveniente do interesse de agir, dada a completa inutilidade do processo para se obter parte do bem da vida pretendido, pois que a sociedade empresarial ré não mais se encontra em atividade, e sequer mantém ativo o domínio "*paodequeijogemasdeminas.com.br*".

Dessarte, a tutela jurisdicional se mostra totalmente inútil e desnecessária no que toca aos pedidos de alteração do nome empresarial, transferência de domínio do sítio eletrônico, e expedição de ofício ao INPI.

Diante deste contexto, reconheço, de ofício, a perda parcial superveniente de objeto da pretensão inicial.

Mérito

O interesse de agir recursal da apelante apenas persiste, portanto, no que diz respeito ao pedido de indenização por danos materiais, em razão do uso indevido de sua marca empresarial, bem como no que toca aos honorários advocatícios. Vale registrar que a apelante não recorreu do capítulo da sentença que afastou o pedido de indenização por danos morais.

No que toca aos danos materiais, em que pese a presunção destes no caso de uso indevido de nome empresarial e marca, conforme entendimento consolidado no Superior Tribunal de Justiça, há no caso controvertido uma particularidade a afastar a tese de que houve prejuízo material por parte da apelante.

Com efeito, é fato incontroverso nos autos que a ré/apelada se utilizou de forma indevida do mesmo nome empresarial e marca designativa similar, sendo que ambas atuam no ramo alimentício, na mesma área geográfica (Estado de Minas Gerais) e, ainda, comercializam produtos associados como típicos da área geográfica onde atuam, quais sejam, café e pão de queijo.

Sobre o tema Fábio Ulhoa Coelho leciona:

> O nome empresarial e a marca se reportam a diferentes "objetos semânticos". O primeiro identifica o sujeito de direito (o empresário, pessoa física ou jurídica), enquanto a marca identifica, direta ou indiretamente, produtos ou serviços. [...] A proteção dispensada a cada designativo será a prevista no correspondente regime jurídico (ULHOA COELHO, Fábio. *Curso de Direito Comercial*, v. I. 15. ed. São Paulo: Saraiva. 2011, p. 200),

Quando a hipótese é de colidência entre nomes empresariais, a questão se resolve pelo princípio da anterioridade, a teor do disposto nos arts. 1166 e 1.167 do Código Civil, *in verbis*:

> Art. 1.166. A inscrição do empresário, ou dos atos constitutivos das pessoas jurídicas, ou as respectivas averbações, no registro próprio, asseguram o uso exclusivo do nome nos limites do respectivo Estado.
>
> Art. 1.167. Cabe ao prejudicado, a qualquer tempo, ação para anular a inscrição

> do nome empresarial feita com violação da lei ou do contrato.

Ao comentar referido dispositivo legal, Marcelo Fortes Barbosa Filho adverte:

> Perante a colisão de dois nomes empresariais registrados, deve sempre prevalecer o mais antigo, ou seja, aquele cujo registro é antecedente, podendo o prejudicado, titular da firma ou da denominação registrada em primeiro lugar, ajuizar ação anulatória contra o titular do nome colidente, a qualquer tempo (BARBOSA FILHO, Marcelo Fortes. *Código Civil comentado*, Coordenador Ministro Cezar Peluso, 5. ed. Ed. Manole. 2011, p. 1.130).

O sistema de proteção às marcas visa, precipuamente, afastar a possibilidade de confusão no momento da aquisição dos produtos e, em contrapartida, assegurar ao titular da marca proteção contra a concorrência desleal. Nesse sentido é a orientação do Superior Tribunal de Justiça:

> A finalidade da proteção ao uso das marcas - garantida pelo disposto no art. 5º, XXIX, da CF/88 e regulamentada pelo art. 129 da LPI - é dupla: por um lado protegê-la contra usurpação, proveito econômico parasitário e o desvio desleal de clientela alheia e, por outro, evitar que o consumidor seja confundido quanto à procedência do produto (art.4º, VI, do CDC). (REsp nº 1105422/MG, Rel. Min.ª Nancy Andrighi, 3ª Turma, j. em 10.05.2011, *DJe* de 18.05.2011).

Quanto à possibilidade de confusão gerada por eventual uso indevido da marca, o supracitado Tribunal entende que para que se configure é necessária a conjunção de três requisitos: (a) imitação ou reprodução, no todo ou em parte, ou com acréscimo de marca alheia já registrada; (b) semelhança ou afinidade entre os produtos por ela indicados; (c) possibilidade de a coexistência das marcas acarretar confusão ou dúvida no consumidor (Lei nº 9.279/96 - Art. 124, XIX). [...]

Na espécie, é inconteste que a coexistência entre as duas empresas, ostentando o mesmo nome empresarial e marca similares, no ramo alimentício de produtos típicos do Estado de Minas Gerais, poderia ensejar dúvida fundada no consumidor.

Entretanto, ainda que seja incontroversa a indevida utilização do mesmo nome empresarial e da marca designativa, bem como a possibilidade de induzir o consumidor a acreditar se tratarem de produtos comercializados por uma mesma empresa, fato é que os produtos comercializados pelas duas empresas não eram os mesmos.

Ora, a presunção de danos materiais decorrente do uso indevido de nome empresarial e marca designativa não é absoluta, mas sim relativa, e pode ceder frente às particularidades do caso concreto.

Na espécie, como dito, as empresas, apesar de atuarem ambas no ramo alimentício, comercializavam produtos distintos, uma comercializa pó de café, e a outra comercializava pães de queijo, ou seja, a recorrente não foi capaz de demonstrar em que consistiriam os danos materiais que alega ter sofrido.

Com efeito, no caso controvertido, não há nos autos elementos que nos leve a concluir ter ocorrido um desvio de clientela, isto é, que a recorrente tenha observado um decréscimo de faturamento decorrente da coexistência de pessoa jurídica com o mesmo nome empresarial e marca distintiva similar.

Nessa quadra, não se pode olvidar ser daquele que alega o ônus de comprovar suas afirmações. Lecionando acerca do tema, Nelson Nery Júnior nos esclarece que:

> A palavra vem do latim, ônus, que significa carga, farda, peso, gravame.
>
> Regra geral. Segundo a regra estatuída por Paulo, compilada por Justiniano, a prova incumbe a quam afirma e não a quem nega a existência de um fato (Dig. XXII, 3, 2). O autor precisa demonstrar em juízo a existência do ato ou fato por ele descrito na inicial como ensejar de seu direito (NERY JÚNIOR, Nelson. *Código de Processo Civil Comentado*. p. 635/636).

Sobre o tema, colhe-se ainda:

> [...] A ideia de ônus costuma ser ligada a um comportamento necessário para a obtenção de um efeito favorável, ao passo que, diante do ônus da prova, a parte onerada pode obter um resultado favorável mesmo sem cumprir o seu ônus, isto é, ainda que sem produzir prova. Lembre-se que nada impede que o julgamento favorável ao autor se funde em provas produzidas de ofício ou pela parte adversa.
>
> Isso indica, com clareza, que a produção de prova não é um comportamento necessário para o julgamento favorável - ou para o resultado favorável. Na verdade, o ônus da prova indica que a parte que não produzir prova se sujeitará ao risco de um resultado desfavorável, ou seja, o descumprimento do ônus não implica, necessariamente, um resultado desfavorável, mas o aumento do risco de um julgamento contrário, uma vez que, como precisamente adverte PATTI, *una certa percentuale di rischio sussiste anche per La parte Che há fornito la prova*.
>
> A ideia de ônus da prova não tem o objetivo de ligar a produção da prova a um resultado favorável, mas sim o de relacionar a produção da prova a uma maior chance de convencimento do juiz. (MARINONI, Luiz Guilherme. *Prova.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 164-165)

Ressalte-se, ainda, inexistir obrigação de produzir provas, motivo pelo qual o supracitado jurista nos ensina ser o ônus da prova um encargo ao qual corresponde uma posição de desvantagem e não uma obrigação, senão vejamos:

> Não existe obrigação que corresponda ao descumprimento do ônus. O não atendimento do ônus de provar coloca a parte em desvantajosa posição para a obtenção do ganho de causa (*op.cit*. p. 636).

E o escólio do renomado jurista Fredie Didier Jr não discrepa, razão pela qual o fato não comprovado deve ser tido como inexistente:

> Ônus é o encargo atribuído à parte e jamais uma obrigação. [...]
>
> A expressão "ônus da prova" sintetiza o problema de se saber quem responderá pela ausência de prova de determinado fato. Não se trata de regras que distribuem tarefas processuais; as regras de ônus da prova ajudam o magistrado na hora de decidir, quando não houver prova do fato que tem que ser examinado. Trata-se, pois, de regras de julgamento e de aplicação subsidiária, porquanto somente incidam se não houver prova do fato probando, que se reputa como não ocorrido. (DIDIER JR, Fredie. *Curso de direito processual civil*. v. 2. Salvador: Editora JusPodivm, 2007. p. 55).

Nesse caminhar de ideias, deve a lide ser decidida em desfavor daquele que tinha obrigação de comprovar suas assertivas, entretanto, não o fez:

> 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. *op. cit*. p. 635).

Nesse caminhar de ideias, há nos autos elementos que afastam a presunção de prejuízo material pelo uso do mesmo nome empresarial e de marcas distintivas similares, pois, como dito, apesar de ambas as empresas atuarem no ramo alimentício, os produtos comercializados não eram os mesmos, o que não torna possível presumir ter havido indevido desvio de clientela.

No que toca aos honorários advocatícios, sem razão igualmente a recorrente.

A respeito do tema preconiza o art. 85 do CPC, *in verbis*:

> Art. 85. A sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor.
>
> § 1º São devidos honorários advocatícios na reconvenção, no cumprimento de sentença, provisório ou definitivo, na execução, resistida ou não, e nos recursos interpostos, cumulativamente.
>
> § 2º Os honorários serão fixados entre o mínimo de dez e o máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa, atendidos:
>
> I - o grau de zelo do profissional;
>
> II - o lugar de prestação do serviço;
>
> III - a natureza e a importância da causa;
>
> IV - o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.

Outrossim, sobre os critérios para fixação dos honorários de sucumbência nos ensina Nelson Nery Junior que:

> São objetivos e devem ser sopesados pelo juiz na ocasião da fixação dos honorários. A dedicação do advogado, a competência com que conduziu os interesses de seu cliente, o fato de defender seu constituinte em comarca onde não residia, os níveis de honorários na comarca onde se processa a ação, a complexidade da causa, o tempo despendido pelo causídico desde o início até o término da ação, são circunstâncias que devem ser necessariamente levadas em conta pelo juiz quando da fixação dos honorários de advogado (NERY JUNIOR, Nelson. *Código de Processo Civil Comentado e legislação processual civil extravagante em vigo*r, 3. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 297).

E o escólio de Yussef Said Cahali não discrepa:

> Na fixação do *quantum* advocatício devido pelo sucumbente, o órgão judicante deverá atender ao grau de zelo do profissional, ao lugar da prestação do serviço, à natureza e importância da causa, ao trabalho realizado pelo advogado e ao tempo exigido para o seu serviço. Contudo, tais elementos informadores do arbitramento, insertos no art. 20, § 3º, a, b e c, do Código de Processo Civil, não exaurem a pesquisa judicial para um convencimento tendente à sua justa determinação. Advirta-se, porém, e desde logo, com Pontes de Miranda, que, na decisão que condena o vencido a pagar honorários de advogado, o juiz tem de atender àquilo que se passou na lide e foi por ele verificado: a falta de zelo do profissional, ou o pouco zelo que revelou, o alto zelo com que atuou. O que tem de ser difícil ou fácil é o lugar em que atuou o advogado; a natureza e a importância da causa, o trabalho que tem o advogado (CAHALI, Yussef Said. Honorários Advocatícios, 3. ed., p. 458).

Na espécie, ao oposto do defendido, não se trata de matéria de alta complexidade, sendo certo que as provas produzidas foram exclusivamente documentais, tendo a ação sido ajuizada em julho de 2020, ou seja, tramita há pouco mais de um ano e meio.

Nesse diapasão, não vejo razões para censurar a sentença hostilizada.

Por todo o exposto, suscito, de ofício, preliminar de perda parcial de objeto e nego provimento ao recurso, mantendo incólume a r. sentença prolatada pelo Magistrado Luiz Felipe Sampaio Aranha.

Nos termos do art. 85, § 11, do CPC, majoro os honorários devido pela parte autora à parte ré para 15% (quinze por cento) do valor atualizado da causa.

Custas pela apelante.

É como voto.

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

Súmula - ACOLHERAM A PRELIMINAR DE PERDA PARCIAL DE OBJETO, SUSCITADA DE OFÍCIO PELO RELATOR, E NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Apelação cível - Ação de cobrança - Indenização securitária - Seguro residencial - Furto qualificado - Prova da preexistência dos bens furtados - Exigência descabida - Vistoria prévia não realizada - Complementação de indenização - Exclusão de bens - Previsão contratual - Possibilidade - Multa cominatória - Regularidade

- É vedado à seguradora exigir a comprovação da preexistência de bens furtados, para fins de pagamento de indenização securitária, quando não realizada a vistoria prévia na residência do segurado.

- Não há que se falar em indenização pelo furto de bens expressamente excluídos em apólice de seguro residencial.

- O valor fixado a título de multa cominatória, para o caso de descumprimento de decisão judicial, somente deve ser revisto quando demonstrada sua desproporcionalidade ou ausência de razoabilidade, em flagrante incompatibilidade com a obrigação a ser cumprida.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0148.15.007418-2/001 - Comarca de Lagoa Santa - Apelante: Banco Santander (Brasil) S.A., Zurich Santander Brasil Seguros S.A. - Apelado(A)(S): Virgílio Corrêa Bastos, Ana Carolina Alves Bessa Corrêa. Relator: DES. OCTÁVIO DE ALMEIDA NEVES.

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, 2 de dezembro de 20201. - *Octávio de Almeida Neves* - Relator.

Voto

DES. OCTÁVIO DE ALMEIDA NEVES - Trata-se de apelação interposta por Zurich Santander Brasil Seguros S.A. e Banco Santander Brasil S.A., contra sentença de lavra do MM. Juiz de Direito da 2ª Vara Cível da Comarca de Lagoa Santa, que, em ação de indenização por danos materiais e morais, c.c. cominatória de obrigação de fazer, movida por Ana Carolina Alves Bessa Corrêa e Virgílio Corrêa Bastos, julgou parcialmente procedente o pedido, nos seguintes termos (ordem 27):

> Posto isso, forte nas razões expostas, por tudo mais que dos autos consta, julgo parcialmente procedente o pedido inicial, e, assim o fazendo, condeno os réus, de forma solidária, a pagarem aos autores o valor de R$6.176,06 (seis mil, cento e setenta e seis reais e seis centavos), já estando aí descontada a franquia de 10% (dez por cento - f. 134), devendo o dito valor ser corrigido monetariamente a partir do ajuizamento da ação e acrescido de

juros de mora de 1% (um por cento) ao mês a contar da citação.

Condeno, ainda, os réus, de forma solidária, a, no prazo de 10 (dez) dias, devolverem toda a documentação, inclusive fotos e demais documentos, que lhes foi encaminhada através do Malote/Lacre nº 05839188 - Contestação de Sinistro nº 2015-14-87008-0 -, Apólice 01490320, tudo sob pena de multa diária de R$200,00 (duzentos reais), limitada à quantia de R$10.000,00 (dez mil reais), a ser revertida em prol dos autores.

Tendo em vista a ocorrência de sucumbência recíproca, condeno as partes ao pagamento de honorários advocatícios, os quais, com fulcro no art. 85 do CPC, arbitro em 15% (quinze por cento) do valor da condenação, à razão de 70% (setenta por cento) para os autores e 30% (trinta por cento) para os réus, vedada a compensação. Condeno as partes ao pagamento das custas e das despesas processuais na proporção acima.

Nas razões recursais (ordem 35), as apelantes afirmaram que os apelados receberam, administrativamente, o valor correto da indenização securitária. Disseram que, para apuração deste valor - R$2.663,12 (dois mil, seiscentos e sessenta e três reais e doze centavos) -, foram levados em conta os termos do contrato celebrado entre os litigantes. Alegaram que analisaram o local do sinistro e os itens danificados de forma minuciosa. Defenderam a tese de que não podem cobrir riscos expressamente excluídos ou não contratados. Sustentaram que os autores não comprovam a preexistência de alguns dos bens furtados, sendo eles uma televisão, cafeteiras, câmera filmadora, mala de viagem, carteira, bebedouro, cabo de energia e brinquedos. Informaram que também não há provas de que foram realizados reparos emergenciais e instalação de alarme na residência. Reputaram correta, também, a exclusão de notebook, iPad, joias, bebidas alcóolicas e perfumes, para fins de cálculo da indenização securitária. Por fim, defenderam o afastamento da obrigação de entregar os documentos originais, pois, além da ausência de comprovação de que foram realmente entregues pelos autores, trata-se de providência contratualmente prevista. Explanaram que não se mostra razoável, após longos anos, serem compelidos a devolverem documentos originais que, em tese, teriam sido entregues pelos demandantes. Eventualmente, sustentaram a necessária minoração do limite da multa arbitrada a esse título.

Os apelantes pediram o provimento do recurso, reformando-se a sentença e julgando-se improcedente o pedido inicial.

Comprovou-se o recolhimento do preparo (ordens 36 e 41).

Os apelados, apesar de regularmente intimados, não ofertaram contrarrazões (ordem 45). É o relatório.

Conheço da apelação, porque presentes os pressupostos de admissibilidade.

Na peça vestibular (ordem 1), os apelados disseram que celebraram, com os apelantes, contrato de seguro residencial, prevendo limite de cobertura para roubo e/ou furto qualificado de R$14.610,00 (quatorze mil, seiscentos e dez reais). Narraram que, em 29 de dezembro de 2014, o imóvel segurado foi arrombado e roubado, enquanto os autores viajavam para outro estado. Informaram que

foram roubados os seguintes bens: duas televisões de LCD; um Playstation; um micro-ondas; uma cafeteira elétrica; um computador de mesa; um filtro de água elétrico; uma televisão de LG Full HD 42" LED; uma televisão SAMSUNG Full HD TOUCHSCREEN 32"; um perfume Carolina Herrera; um perfume Ralph Lauren Polo Big Pony 2; uma panela elétrica de pressão Walita; uma cafeteira Arno; uma cafeteira Nespresso; um bebedouro marca Continental; um microondas LG; um notebook Dell; uma câmera filmadora JVC; uma mala de viagem Samsonite tamanho grande; uma carteira de couro marca Timberland; um secador de cabelo Gama; duas garrafas de uísque Black Label; duas garrafas de uísque Red Label; um boneco de brinquedo Patati Patatá; um brinquedo de pelúcia do Papai Noel; uma balança digital de banheiro; quatro rolos de fios elétricos diversos; um brinco de ouro com pingente de coração; uma câmera fotográfica digital Canon e um iPad Air 2.

Por essas razões, entendiam devido o pagamento do valor total segurado.

Os réus, ora apelantes, tanto na contestação quanto em seu recurso, invocam os termos do contrato de seguro e da apólice para justificarem o pagamento proporcional da indenização, alegando a exclusão de alguns dos bens do risco segurado. Para os recorrentes, outros bens não poderão ser indenizados porque os apelados não apresentaram prova da preexistência deles.

A primeira das teses, de que haveria necessidade de comprovação da preexistência dos bens furtados, deve ser rechaçada, isso porque os apelantes não comprovaram que realizaram vistoria no imóvel dos apelados, sendo impossível que, agora, exija a exibição de notas fiscais de aquisição.

A propósito:

> "Ação de cobrança. Contrato de seguro imobiliário. Furto. Comprovação de existência e propriedade dos bens. Inexistência de vistoria prévia. Procedência. Não pode a seguradora furtar-se ao pagamento de indenização de seguro imobiliário, sob a alegação de que o beneficiário não comprovou a existência e propriedade dos bens supostamente furtados, quando deixa de realizar vistoria que identificaria os bens garantidos pelo contrato firmado" (TJMG - Apelação Cível nº 1.0313.06.187658-4/001, Rel. Des. Maurílio Gabriel, 15ª Câmara Cível, j. em 02.04.2009, p. da súmula em 17.04.2009).
>
> "Ação ordinária de ressarcimento c.c. cobrança. Contrato de seguro residencial. Aplicação do código de defesa do consumidor. Recusa da seguradora à cobertura securitária. Ausência de prévia vistoria no imóvel. Boletim de ocorrência. Informação acerca dos objetos furtados. Ausência de prova em sentido contrário. Pagamento do prêmio devido. Sentença confirmada. A contratação de seguro residencial é hipótese clara de relação consumerista, abarcada pelas disposições contidas na Lei nº 8.078/90. Não tendo a seguradora procedido à prévia vistoria no imóvel, objeto de contrato, não lhe cabe, ocorrido o sinistro, furtar-se ao pagamento do prêmio à alegação da não comprovação da existência dos bens sinistrados. Uma vez comprovada a existência de furto por meio de Boletim de Ocorrência, documento público que goza de fé pública, as informações nele constantes fazem prova bastante dos bens furtados da residência do segurado, uma vez não afastada por prova em sentido contrário" (TJMG - Apelação Cível nº 1.0525.09.163747-6/001, Rel. Des. Wanderley Paiva, 11ª Câmara Cível, j. em 06.10.2010, p. da súmula em 26.10.2010).

Por outro lado, as condições gerais do contrato de seguro contêm cláusula expressa de exclusão de cobertura securitária para o caso de furto de alguns objetos (ordem 6, p. 10), *in verbis*:

> "5. BENS E OBJETOS NÃO COMPREENDIDOS NO SEGURO
>
> 5.1 Não se incluem nas coberturas do seguro os seguintes bens:
>
> a) bens de terceiros, recebidos em depósito, consignação ou garantia, e bens do segurado em locais de terceiros;
>
> b) bens importados dos quais não se comprovem a origem e/ou aquisição;
>
> c) joias, pedras, metais preciosos e objetos que os contenham, relógios de qualquer espécie, raridades, antiguidades, peles, tapetes orientais, coleções, obras de arte e quaisquer objetos de arte ou valor estimativo;
>
> d) manuscritos, projetos, modelos, debuxos e moldes;
>
> e) dinheiro, cheques, moedas, papéis de crédito, papéis que representem valores mobiliários, títulos e documentos de quaisquer espécies, vales-transportes, refeição, alimentação e combustível, selos, letras e livros;
>
> f) animais e plantas de quaisquer espécies;
>
> g) automóveis, motocicletas, motonetas, bicicletas, barcos, jet-skis e similares, bem como seus componentes e/ou acessórios;
>
> h) bebidas e comestíveis em geral, remédios, cosméticos e perfumes de qualquer espécie e produtos de limpeza em geral;
>
> i) antenas de qualquer tipo;
>
> j) armas de fogo ou qualquer espécie de armamento e seus acessórios;
>
> k) bens considerados mercadorias, isto é, objetos para venda, bem como aqueles de utilização profissional do segurado;
>
> l) imóveis durante a fase de reforma, construção e reconstrução, tapumes, telheiros, bem como seus respectivos conteúdos;
>
> m) bens deixados em varandas, terraços ou outras áreas abertas, desde que o imóvel não seja murado ou protegido por grades;
>
> n) computadores portáteis, softwares, telefones celulares e, ainda, aparelhos usados com finalidades profissionais, equipamentos e aparelhos portáteis;
>
> o) vitrais de época decorativos;
>
> p) bens que não pertençam ao segurado, seu cônjuge e respectivos ascendentes e descententes".

Em razão da típica característica do contrato de seguro, que garante interesses do segurado contra riscos predeterminados (art. 757, *caput*, do Código Civil), parcial razão assiste aos apelantes, que, ao invocarem a cláusula contratual em epígrafe, pleitearam a exclusão do notebook, iPad, joias, bebidas alcóolicas e perfumes dos itens segurados.

Nesse sentido:

"Apelação cível. Ação de cobrança. Contrato de seguro residencial. Furto. Cláusula expressa de exclusão securitária. Legalidade. Inteligência dos arts. 760 do CC e 54, § 4º, do CDC. Indenização indevida. Ausência de laudo de vistoria prévia. Exigência de notas fiscais. Abusividade reconhecida. Danos morais não configurados. É válida e não se insere no conceito de cláusula abusiva, traçada pelo art. 51, inciso IX a XV, do Código de Defesa do Consumidor, a restrição no contrato de seguro, excluindo a cobertura de determinados bens que guarnecem a residência segurada. Havendo previsão contratual expressa de exclusão da cobertura securitária, afastado está o dever de indenizar. Não tendo sido providenciada a necessária vistoria prévia no imóvel segurado, de modo a identificar os bens que guarneciam a residência e estavam garantidos pelo seguro, é abusiva a exigência de notas fiscais dos bens furtados como condição para a cobertura securitária. A negativa em efetuar a cobertura dos bens segurados, em razão da ausência de notas fiscais, constitui-se como descumprimento contratual suficiente para causar grande aborrecimento, mas sem capacidade para dar ensejo à configuração de um legítimo dano moral" (TJMG - Apelação Cível nº 1.0000.19.024937-5/001, Rel. Des. Arnaldo Maciel, 18ª Câmara Cível, j. em 14.05.2019, p. da súmula em 14.05.2019).

> "Apelação. Ação de indenização. Furto de bens móveis no interior da residência. Seguro residencial. Alegação de sistema anti-furto desligado. Inexistência. Inexigibilidade de notas fiscais para ressarcimento. Cláusula que exclui do seguro equipamento Palm Top. Recuso provido parcialmente. Para que a seguradora fique isenta de indenizar o segurado, em razão de cláusula contratual que prevê a exclusão da indenização caso o imóvel possua sistema de segurança/anti-furto e este esteja desligado no momento do sinistro, é preciso que, na época da contratação, o segurado tenha declarado a existência desse sistema ou que a inspeção de risco o tenha verificado. Atendendo aos ditames do Código de Defesa do Consumidor e considerando a condição de hipossuficiência do segurado, a cláusula que exige a apresentação das notas fiscais é considerada abusiva, sendo que a própria seguradora admite ser desnecessário a exibição dessas notas. É expresso e claro, no contrato de seguro em questão, que bens como Palm Top não estariam acobertados pelo seguro, não havendo em se falar de abusividade" (TJMG - Apelação Cível nº 1.0471.08.101464-2/001, Rel. Des. Nicolau Masselli, 13ª Câmara Cível, j. em 19.11.2009, p. da súmula em 11.01.2009).
>
> "Ação de cobrança. Seguro residencial. Contrato. Sinistro. Incêndio e furto. Indenização devida. Exclusão dos bens não acobertados. O contrato de seguro é, na definição legal, aquele pelo qual uma das partes se obriga para com a outra, mediante paga de um prêmio, a indenizá-la pelo prejuízo resultante de riscos futuros, previstos no contrato. Incontroversos o contrato de seguro e o evento danoso, consubstanciado no furto qualificado ocorrido no estabelecimento segurado, a exclusão de respectiva indenização deverá ser

> comprovada pela seguradora, eis que seu o ônus probatório (art. 333, II, do Código de Processo Civil). Os bens expressamente excluídos da cobertura securitária, nos termos da apólice, não devem ser indenizados" (TJMG - Apelação Cível nº 2.0000.00.492991-9/000, Rel. Des. Selma Marques, Rel. p/ o acórdão: Des., j. em 30.11.2005, p. da súmula em 20.01.2006).

A apuração do real valor da complementação de indenização deverá, todavia, ser objeto de liquidação de sentença, excluindo-se os itens não indenizáveis e incluindo-se os de direito.

Ato contínuo, quanto à devolução, pelos réus, dos documentos enviados pelos autores, por meio do Malote/Lacre nº 0583918, tem-se que tal discussão encontra-se preclusa, na medida em que não houve insurgência a tempo e modo pelos demandados, ou seja, no bojo de sua contestação, por força do disposto no art. 341 do CPC.

Por fim, no que tange à quantificação da multa cominatória, fixada com esteio nos arts. 139, IV, e 537, ambos do CPC/2015, extrai-se que o valor arbitrado se revela suficiente e compatível com a obrigação imposta aos requeridos, ora apelantes.

Dispositivo

Posto isso, dou parcial provimento ao recurso, para reformar, em parte, a r. sentença, mantendo a condenação dos apelantes a pagarem, aos apelados, o valor da indenização securitária. Todavia, postergo para a fase de liquidação de sentença o cálculo da complementação de indenização, excluindo-se do cálculo os valores do notebook, iPad, bebidas alcoólicas e perfumes, mantendo-se os demais itens furtados.

Nos demais pontos, permanece intocada a r. sentença.

Mantenho os ônus sucumbenciais como distribuídos em primeiro grau.

Condeno as partes ao pagamento das custas recursais, na mesma proporção de sucumbência assinalada na origem.

Majoro em 1% (um por cento) a alíquota dos honorários advocatícios sucumbenciais devidos pelas partes, em respeito ao que dispõe o art. 85, § 11, do CPC, observada a proporção da sucumbência fixada em primeiro grau.

Votaram de acordo com o Relator o DESEMBARGADOR MAURÍLIO GABRIEL E O JUIZ DE DIREITO CONVOCADO JOEMILSON LOPES.

Súmula - DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO.

Apelação cível - Ação civil pública - Dano moral coletivo - Acessibilidade de pessoas com deficiência - Estabelecimento comercial - Ausência de infraestrutura.

- Para a ocorrência do dano moral difuso, é preciso que o fato transgressor seja de razoável significância e desborde os limites da tolerabilidade. Configura dano moral a ausência de investimento, pelo comerciante, em infraestrutura necessária para garantir o acesso de pessoas com mobilidade reduzida. Hipótese que durante o período em que exerceu atividade comercial a empresa não fez os devidos investimentos em acessibilidade.

AP CÍVEL/REM NECESSÁRIA Nº 1.0000.17.073004-8/002 - Comarca de Divinópolis - Apelante: Ministério Público - MPMG - Apelado: Ricardo Eletro Divinópolis. Relator: FERRARA MARCOLINO (JUIZ DE DIREITO CONVOCADO).

Acórdão

Vistos, etc., acorda, em Turma, a 15ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em DAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 4 de novembro de 2021. - *Ferrara Marcolino* - Relator.

Voto

JUIZ DE DIREITO CONVOCADO FERRARA MARCOLINO - Ministério Público (MPMG) apela da sentença (ordem 100) destes autos de ação civil pública, ajuizada em desfavor de Ricardo Eletro Divinópolis, que assim decidiu:

> Ante o exposto: 1) rejeita-se a preliminar de cerceamento do direito de defesa; 2) declara-se a perda superveniente do interesse de agir, extinguindo-se o feito sem resolução do mérito em relação à obrigação de fazer, nos termos do art. 485, VI, do CPC/2015; e 3) julgam-se improcedentes os pedidos indenizatórios, nos termos do art. 487, I, do CPC/2015. Sem custas e honorários advocatícios, em razão da sucumbência do Ministério Público do Estado de Minas Gerais.

O apelante (ordem 102) alega que

> a decisão negou vigência aos princípios e normas constitucionais e legais que garantem o direito fundamental à acessibilidade (arts. 227 e 224 da CF), além das Leis nºs 10.048/2000, 10.098/2000, 10.257/2001 (Estatuto da Cidade), Convenção Internacional dos Direitos da Pessoa com Deficiência e Lei nº 13.146/2015, merecendo reforma. Consoante se depreende da demanda, a pretensão não se esgota na adequação do estabelecimento utilizado pela requerida às normas de acessibilidade, mas constitui a efetivação do direito fundamental

> à acessibilidade. Nesse rumo, alinha-se a demanda com o standard da proibição da proteção deficiente de direitos fundamentais, consubstanciado no ressarcimento aos danos morais coletivos e sociais causados às pessoas com deficiência e com mobilidade reduzida, durante o período em que a requerida inquestionavelmente exerceu suas atividades, sem observar às normas de acessibilidade.

Pede a reforma da sentença para "condenar a recorrida em danos morais coletivos e sociais, nos termos expressos na petição inicial".

Contrarrazões (ordem 105) pugnando pela manutenção da sentença.

Instada a se manifestar no feito, a douta Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo provimento da apelação (ordem 111).

É o relatório.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conhece-se do recurso.

A controvérsia recursal diz respeito à existência de dano moral coletivo em razão da ausência da garantia de acesso de pessoas com deficiência ao imóvel onde a apelada exercia atividade comercial.

Pelo conjunto probatório dos autos, tem-se a ausência de investimento na infraestrutura necessária para garantir o acesso de pessoas com mobilidade reduzida ao estabelecimento comercial.

Dessa forma, entendo que se torna necessária a reparação do dano moral coletivo, ainda que a empresa tenha encerrado as atividades no imóvel objeto da lide.

Sobre os danos sociais, Antônio Junqueira de Azevedo leciona:

> são lesões à sociedade, no seu nível de vida, tanto por rebaixamento de seu patrimônio moral - principalmente a respeito da segurança - quanto por diminuição na qualidade de vida (Azevedo, Antonio Junqueira de. Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social. *Revista trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro: Padma, v. 19, jul./set. 2004, p. 216).

Ainda, de acordo com especialista, além da função compensatória, a indenização deve ser acrescida de um *plus* a título de pena e dissuasão, em que essa verba terá sua atenção totalmente voltada para o agente do dano e não para a vítima.

Portanto, para que ocorra o dano social, o ato praticado deve ser lesivo não só ao patrimônio material e moral da vítima, mas também à coletividade.

Assim, é necessário que o ato tido como lesivo ultrapasse a esfera individual de um indivíduo lesado, comprometendo toda a sociedade. Nesses termos, tem-se que quando houver lesão ao bem-estar coletivo restará configurado o dano social.

In casu, diante da falta de investimento, por parte da empresa apelada, em infraestrutura, durante o período em que exerceu atividade comercial no local, gerando prejuízo para a qualidade de vida do deficiente físico, deve a mesma ser condenada a ressarcir os danos sociais.

Sobre o tema, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

> Recurso especial. Dano moral coletivo. Cabimento. Artigo 6º, VI, do Código de Defesa do Consumidor. Requisitos. Razoável significância e repulsa social. Ocorrência, na espécie. Consumidores com dificuldade de locomoção. Exigência de subir lances de escadas para atendimento. Medida desproporcional e desgastante. Indenização. Fixação proporcional. Divergência jurisprudencial. Ausência de demonstração. Recurso especial improvido. - A dicção do art. 6º, VI, do Código de Defesa do Consumidor, é clara ao possibilitar o cabimento de indenização por danos morais aos consumidores, tanto de ordem individual quanto coletivamente. - Todavia, não é qualquer atentado aos interesses dos consumidores que pode acarretar dano moral difuso. É preciso que o fato transgressor seja de razoável significância e desborde os limites da tolerabilidade. Ele deve ser grave o suficiente para produzir verdadeiros sofrimentos, intranquilidade social e alterações relevantes na ordem extrapatrimonial coletiva. Ocorrência, na espécie. - Não é razoável submeter aqueles que já possuem dificuldades de locomoção, seja pela idade, seja por deficiência física ou por causa transitória, à situação desgastante de subir lances de escadas, exatos 23 (vinte e três) degraus, em agência bancária que possui plena capacidade e condições de propiciar melhor forma de atendimento a tais consumidores. - Indenização moral coletiva, fixada de forma proporcional e razoável ao dano, no importe de R$50.000,00 (cinquenta mil reais). - Impõe-se reconhecer que não se admite recurso especial, pela alínea *c*, quando ausente a demonstração, pelo recorrente, das circunstâncias que identifiquem os casos confrontados. - Recurso especial improvido (REsp n° 1221756/RJ, Rel. Min. Massami Uyeda, Terceira Turma, j. em 02.02.2012, *DJe* de 10.02.2012).

Nesse sentido, também é o entendimento deste egrégio Tribunal de Justiça:

> Ação civil pública. Dano social. Acessibilidade. Valor. Ocorre dano social quando o ato lesivo ultrapassa o patrimônio material e moral da vítima atingindo a coletividade. A falta de investimento por parte do locatário, comerciante, em infraestrutura, durante o período em que exerceu atividade comercial no local, gerando prejuízo para a qualidade de vida do deficiente físico, deve ser condenado a ressarcir os danos sociais. O dano social deve ser fixado com razoabilidade, considerando-se a gravidade, a natureza e a repercussão da ofensa, bem como as circunstâncias que envolveram os fatos (TJMG - Apelação Cível n° 1.0000.18.005228-4/002, Rel. Des. Alberto Henrique, 13ª Câmara Cível, j. em 03.10.2019, p. da súmula em 04.10.2019)

Quanto ao valor dos danos, entende-se que a pena tem em vista um fato passado, enquanto que o valor de desestímulo tem em vista o comportamento futuro. Assim, há um critério de dissuasão.

Sobre os critérios de fixação:

> Algumas recomendações da lei de imprensa, feitas no art. 53, no entanto, continuam a ser aplicadas na generalidade dos casos, como a situação econômica do lesado; a intensidade do sofrimento; a gravidade, a natureza e repercussão da ofensa; o grau de culpa e a situação econômica do ofensor, bem como as circunstancias que envolveram os fatos (Gonçalves, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*: responsabilidade civil. 9. ed. São Paulo: Saraiva. v.4. 2014).

Portanto, diante das especificidades do caso concreto, considerando a extensão social e limitação provocadas pela conduta da empresa apelada, que atingiu vários consumidores, é de se considerar razoável o importe de R$40.000,00 (quarente mil reais).

Dispositivo

Por todo o exposto, dá-se provimento à apelação, para julgar procedente o pedido, condenando o réu/apelado ao pagamento de dano moral coletivo no importe de R$40.000,00 (quarenta mil reais), corrigido monetariamente, segundo os índices da tabela aprovada pela CGJ/MG, acrescido de juros de mora de 1% (um por cento) ao mês a partir da publicação do acórdão, a ser convertido ao Fundo Especial do Ministério Público de Minas Gerais.

Custas processuais e recursais, pelo apelado.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES ANTÔNIO BISPO E JOSÉ AMÉRICO MARTINS DA COSTA.

Súmula - DERAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Apelação cível - Direito civil - Embargos de terceiro - Penhora de imóvel - Defesada posse - Bem de família - Bem indivisível - Impenhorabilidade.

- É possível a penhora de fração ideal de bem de família, nas hipóteses legais, desde que possível o desmembramento do imóvel sem sua descaracterização.

- O imóvel indivisível, protegido pela impenhorabilidade do bem de família, deve sê-lo em sua integralidade, sob pena de tornar inócua a proteção legal.

- O conceito de impenhorabilidade de bem de família abrange também o imóvel pertencente a pessoas solteiras, separadas e viúvas.

- Eventual bem de família de propriedade do locatário não está sujeito à penhora e alienação forçada para pagar a dívida com o locador.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0000.21.127157-2/001 - Comarca de Itapecerica - Apelante: Nivaldo Selmo Diniz Araujo - Apelado: Marlene Souza Ferreira. Relator: DES. JOSÉ AMÉRICO MARTINS DA COSTA.

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, 2 de dezembro de 2021. - *José Américo Martins da Costa* - Relator.

Voto

DES. JOSÉ AMÉRICO MARTINS DA COSTA - Cuida-se de apelação interposta por Nivaldo Selmo Diniz Araujo, contra a sentença (ordem 61) que acolheu os embargos de terceiro, opostos por Marlene Souza Ferreira, determinando o cancelamento da penhora sobre imóvel, que havia sido realizada nos autos nº 5000014-94.2018.8.13.0335. A sentença condenou o apelante ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios sucumbenciais, fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor da causa.

Em suas razões, o apelante alega ter ajuizado cumprimento de sentença contra Rogério Souza Ferreira, filho da apelada. Aduz que Rogério é possuidor de parte do imóvel situado à Avenida Severo Augusto (matrícula nº 483), razão pela qual realizou a penhora de 1/12 (um doze avos) do imóvel.

Afirma que a sentença que desconstituiu a penhora deve ser reformada, pois a apelada não possui o registro do imóvel, razão pela qual não pode ser considerada proprietária.

Assevera que o imóvel não pode ser considerado bem de família, pois a apelada reside sozinha e

porque a construção existente no terreno não foi averbada na matrícula do imóvel.

Defende ser possível a penhora de bem indivisível, desde que se garanta, ao coproprietário, o recebimento de sua cota-parte no produto da alienação, conforme art. 843 do CPC/15.

Sustentando ser válida a penhora do bem de família do fiador de contrato de locação, roga pela reforma da sentença.

O preparo foi recolhido, conforme documentos juntados às ordens 65/66.

Apresentadas as contrarrazões à ordem 71, nas quais se requereu o não conhecimento do recurso por violação ao princípio da dialeticidade recursal, os autos foram remetidos a este egrégio Tribunal de Justiça.

É o relatório no necessário. Decide-se.

Juízo de Admissibilidade.

Analisa-se a admissibilidade do recurso, com base nas disposições do Código de Processo Civil de 2015, uma vez que a decisão recorrida foi publicada sob sua vigência, aplicando-se, assim, o enunciado 54 do Fórum de Debates e Enunciados sobre o NCPC deste eg. TJMG, *in verbis*: "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".

O colendo Superior Tribunal de Justiça tem entendimento pacífico sobre o tema:

> Processual civil. Agravo regimental no recurso especial. Código de Processo Civil de 1973. Aplicabilidade. Trânsito em julgado parcial. Inexistência. Execução provisória do julgado. Multa. Art. 475-J do Código de Processo Civil. Inaplicabilidade. - Consoante o decidido pelo Plenário desta Corte, na sessão realizada em 09.03.2016, o regime recursal será determinado pela data da publicação do provimento jurisdicional impugnado. Assim sendo, *in casu*, aplica-se o Código de Processo Civil de 1973. [...]. (AgRg no REsp n° 1258054/MG, Rel. Min. Regina Helena Costa, Primeira Turma, j. em 23.06.2016, *DJe* de 30.06.2016).

Fixada essa premissa, anote-se que a apelada requereu, à ordem 71, o não conhecimento do recurso, alegando que o apelante não impugnou diretamente a sentença recorrida.

Não obstante os argumentos invocados em contrarrazões, é possível extrair das razões recursais a discordância da parte apelante, com os fundamentos que embasaram a procedência dos embargos de terceiro, de modo que se faz presente o pressuposto da dialeticidade recursal.

Dessa maneira e tendo-se em vista que foram satisfeitos os demais pressupostos de admissibilidade, conhece- se do recurso.

Mérito.

Conforme relatado, o apelante, Nivaldo Selmo Diniz Araujo, pretende reformar a sentença que

acolheu os embargos de terceiro, opostos por Marlene Souza Ferreira, determinando o cancelamento da penhora sobre imóvel, que havia sido realizada nos autos nº 5000014-94.2018.8.13.0335.

Consta dos autos que o apelante ajuizou cumprimento de sentença contra Rogério Souza Ferreira, filho da apelada, o qual é possuidor de parte do imóvel situado à Avenida Severo Augusto (matrícula nº 483). Assim, o apelante realizou a penhora de 1/12 (um doze avos) do imóvel nos autos do cumprimento de sentença.

No entanto, a sentença recorrida acolheu o pedido formulado nos embargos de terceiro, para desconstituir a penhora, sob os fundamentos de que a apelada é proprietária de parte do imóvel e possuidora de sua integralidade, incluindo uma edificação existente no terreno, utilizada como moradia e, por isso, protegida pela impenhorabilidade do bem de família.

Ao exame da *quaestio*, verifica-se que a decisão *a quo* deve ser mantida.

Como cediço, a Lei nº 8.009/90, ao tratar da impenhorabilidade do imóvel residencial destinado à moradia do devedor, objetivou proteger a unidade familiar, a sobrevivência digna do devedor e de seus dependentes, ainda que em detrimento do inadimplemento econômico. Segundo o art. 1º da referida lei, o bem de família não responde por qualquer tipo de dívida civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de outra natureza.

Tratando-se de bem indivisível em condomínio, a impenhorabilidade do bem de família recai sobre a integralidade de imóvel, sob pena de desvirtuar o objetivo da Lei nº 8.009/90 de assegurar o direito de moradia daqueles que ali residem. Assim, não se aplica ao bem de família a regra do art. 843 do CPC/15, que autoriza a penhora de fração de bem indivisível.

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, firmou-se entendimento quanto à impossibilidade de manutenção da penhora parcial sobre imóvel indivisível, dado o risco de se tornar inócua a proteção conferida pela Lei nº 8.009/90. Nesse sentido:

> Agravo interno no recurso especial. Embargos de terceiro. Decisão monocrática que negou provimento ao reclamo. Insurgência da embargada. - A Corte de origem dirimiu a matéria submetida à sua apreciação, manifestando-se expressamente acerca dos temas necessários à integral solução da lide, de modo que, ausente qualquer omissão, contradição ou obscuridade no aresto recorrido, não se verifica a ofensa ao art. 1.022 do CPC/15. - É possível a penhora de fração ideal de bem de família nas hipóteses legais, desde que possível o desmembramento do imóvel sem sua descaracterização. Precedentes. 2.1. No caso em tela, a Corte de origem entendeu ser indivisível o bem, afastando a penhora. Incidência das Súmulas nº 7 e 83/STJ. - Agravo interno desprovido (AgInt no REsp nº 1663895/PR, Rel. Min. Marco Buzzi, Quarta Turma, j. em 30.09.2019, *DJe* de 07.10.2019).
>
> Agravo interno no agravo em recurso especial. Bem de família divisível. Pavimentos independentes. Penhora de fração ideal do pavimento comercial. Possibilidade. Agravo interno não provido. - A orientação jurisprudencial das Turmas componentes da Segunda Seção desta Corte Superior é firme no sentido de que o imóvel indivisível protegido pela

> impenhorabilidade do bem de família deve sê-lo em sua integralidade, sob pena de tornar inócua a proteção legal. - Contudo, esta Corte possui também o entendimento de que é viável a penhora de parte do imóvel caracterizado como bem de família, quando desmembrável, desde que este desmembramento não prejudique ou inviabilize a residência da família. - No caso dos autos, o acórdão recorrido consignou tratar-se de imóvel com destinações distintas e separadas uma da outra, situando-se a parte comercial no pavimento térreo e a residencial no pavimento superior, ficando caracterizada a possibilidade de penhora da fração do bem relativa à parcela de uso comercial. - A alteração do acórdão recorrido, para concluir pela indivisibilidade do imóvel ou afastar o seu uso comercial, na forma que pretende o recorrente, demandaria a reanálise do acervo fático-probatório dos autos, providência inviável em sede de recurso especial, nos termos da Súmula nº 7 do STJ. - Agravo interno não provido (AgInt no AREsp nº 573.226/SP, Rel. Min. Raul Araújo, Quarta Turma, j. em 02.02.2017, *DJe* de 10.02.2017).

No caso dos autos, ficou demonstrado que a apelada recebeu uma parte do imóvel penhorado em razão do falecimento de seu cônjuge, conforme formal de partilha juntado à ordem 37.

Apesar de não ter procedido ao registro da alienação, a apelada é legítima possuidora do imóvel, conforme as testemunhas Onofre José de Menezes e Sebastião Ulisses da Silva, ouvidas à ordem 49. Registre-se que os depoimentos das testemunhas são registrados no sistema PJe Mídias, disponibilizado pelo Conselho Nacional de Justiça, estando integralmente à disposição dos magistrados.

Assim, é possível a defesa da posse por meio dos embargos de terceiro, conforme autoriza expressamente o § 1º do art. 674 do CPC/15, segundo o qual "os embargos podem ser de terceiro proprietário, inclusive fiduciário, ou possuidor".

Ao contrário do defendido pelo apelante, o fato de a apelada residir sozinha não descaracteriza o bem de família, pois a Súmula nº 364 do STJ estabelece que "o conceito de impenhorabilidade de bem de família abrange também o imóvel pertencente a pessoas solteiras, separadas e viúvas".

Do mesmo modo, o fato de a construção existente no terreno não estar averbada na matrícula do imóvel não impede a incidência da proteção do bem de família, pois a posse é verificada no plano fático, sendo irrelevante a ausência de providência administrativa concernente à averbação.

Portanto, estando devidamente comprovada a posse da apelada sobre a integralidade do imóvel indivisível, bem como sua utilização como moradia, é inarredável a conclusão de que o imóvel é impenhorável.

Por fim, apesar do que dispõe a Súmula nº 549 do colendo Superior Tribunal de Justiça, o Supremo Tribunal Federal decidiu, ao julgar o Recurso Extraordinário nº 605.709, que eventual bem de família de propriedade do locatário não está sujeito à penhora e alienação forçada para pagar a dívida com o locador.

Por essas razões, a sentença deve ser integralmente mantida.

Dispositivo.

Diante do exposto e observada a determinação do art. 93, IX, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, nega-se provimento ao recurso, mantendo-se incólume a sentença recorrida.

Condena-se o apelante ao pagamento das custas recursais e dos honorários advocatícios sucumbenciais, majorados para 12% (doze por cento) sobre o valor atualizado da causa, em respeito ao art. 85, § 11, do CPC/15.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES OCTÁVIO DE ALMEIDA NEVES E MAURÍLIO GABRIEL.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Apelação cível - Ação de indenização por danos materiais e morais - Fio telefônico solto em via pública - Acidente - Responsabilidade civil - Requisitos - Presença - Dever de indenizar - Configuração - Danos materiais - Comprovação - Dano moral - Presença - Dano estético - Demonstração - Valor - Fixação.

- Se cabe ao réu a prova de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor (CPC, art. 373, inciso II), a ausência dessa prova implica na procedência do pedido inicial.

- Dano material é o prejuízo financeiro efetivo sofrido pela vítima, física ou jurídica, que reduz o seu patrimônio. Emergente é o que o lesado efetivamente perdeu. Cessante é o que o lesado razoavelmente deixou de ganhar. A reparação do dano material depende de comprovação.

- Dano moral é o que atinge aspectos constitutivos da identidade do indivíduo, a exemplo do seu corpo, do seu nome, da sua imagem e de sua aparência. A indenização pelo dano moral, mesmo não tendo suficiência para apagar o abalo experimentado pela vítima, pelo menos servirá como um paliativo compensatório.

- Dano estético é a lesão que afeta de modo duradouro o copo humano, transformando-o sensivelmente.

- A fixação do *quantum* indenizatório do dano deve se ater: (1) à capacidade/possibilidade daquele que vai indenizar, já que não pode ser levado à ruína; (2) suficiência àquele que é indenizado, pela satisfação da compensação pelos danos sofridos.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0512.12.001115-4/001 - Comarca de Pirapora - Apelante: Telemar Norte Leste S.A. em recuperação judicial - Apelado: Gilberto Soares D'Abadia. Relator: DES. RAMOM TÁCIO.

Acórdão

Vistos, etc., acorda, em Turma, a 16ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 7 de julho de 2021. - *Ramom Tácio* - Relator.

Voto

DES. RAMOM TÁCIO - Trata-se de recurso de apelação interposto por Telemar Norte Leste S.A., contra a sentença de f. 122/124, proferida nos autos da ação indenizatória ajuizada por Gilberto Soares D'Abadia, em que o MM. Juiz *a quo* julgou procedentes os pedidos iniciais, para condenar a ré/apelante ao pagamento de i) indenização por danos materiais, no valor de R$538,70 (quinhentos

e trinta e oito reais e setenta centavos); ii) indenização por danos estéticos, no valor de R$5.000,00 (cinco mil reais) e iii) indenização por danos morais, no valor de R$10.000,00 (dez mil reais).

A ré/apelante, em suas razões recursais (f. 127/161), alega que não praticou nenhum ato ilícito que justifique sua condenação.

Sustenta que as provas apresentadas pela parte autora/apelada são unilaterais, razão pela qual não são capazes de comprovar as alegações feitas na petição inicial.

Diz que o acidente narrado na petição inicial aconteceu por culpa exclusiva do apelado que, além de não ter prestado atenção, estava em alta velocidade.

Assevera que inexistem danos estéticos passíveis de indenização, razão pela qual tal pedido deve ser julgado improcedente.

Pede o provimento do recurso com a reforma da sentença, para que sejam julgados completamente improcedentes os pedidos iniciais. Subsidiariamente, requer que seja reduzido o *quantum* indenizatório.

O autor/apelado apresentou resposta ao recurso (f. 116/123), pugnando pela manutenção da sentença.

É o relatório.

Conheço do recurso, uma vez presentes os seus pressupostos de sua admissibilidade.

A ré/apelante quer a reforma da sentença na qual o MM. Juiz *a quo* julgou procedentes os pedidos iniciais, para condená-la ao pagamento de indenização por danos materiais, morais e estéticos causados ao autor/apelado, em razão do acidente narrado na petição inicial. A ré/apelante não tem razão.

Ora, o autor/apelado comprovou que, ao passar por determinado cruzamento, foi laçado por um fio de telefonia pertencente a empresa ré/apelante, caindo de sua motocicleta, algo que lhe causou danos estéticos, morais e materiais (CPC, art. 373, I), de modo que existe a responsabilidade da ré/apelante de indenizar (CC, arts. 186 e 927).

Com efeito, a ré/apelante não desmereceu nenhuma das provas feitas, limitando-se a fazer meras alegações de que não possuía o dever de indenizar e de que não era responsável pelo fio em questão, sem trazer nada que pudesse comprovar sua defesa. Aliás, intimada para especificar as provas que pretendia produzir (CPC, art. 349), pugnou pelo julgamento antecipado da lide (f. 61/62).

Ocorre que era imprescindível alguma prova para que as suas alegações se sustentassem, pois inerente à necessidade da prova de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito sustentado pela parte autora/apelada, como está nas regras do CPC:

> Art. 373. O ônus da prova incumbe:
>
> I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito;
>
> II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Ora, se cabe à parte ré fazer prova de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, a ausência dessa prova implica na procedência do pedido inicial (art. 373, II, CPC).

Assim, o que prevalece nos autos é que o autor foi vítima de um acidente ocorrido em razão de um fio de telefonia solto em via pública, pertencente a empresa ré, tendo sofrido queda de sua moto e risco de morte pelo enforcamento sofrido (f. 85), ficando acertada a obrigação da ré/apelante de indenizar a parte autora/apelada pelos danos sofridos em razão desse acidente (CC, arts. 186 e 927).

Como se sabe, dano material é o prejuízo financeiro efetivo sofrido pela vítima, física ou jurídica, que reduz o seu patrimônio. Emergente é o que o lesado efetivamente perdeu. Cessante é o que o lesado razoavelmente deixou de ganhar. A reparação do dano material depende de comprovação.

No caso, os danos materiais sofridos pelo autor estão comprovados pelo documento de f. 10, com especificação dos produtos e serviços necessários ao reparo de sua motocicleta. Nesse sentido, deve ser mantida a condenação à ré ao pagamento de indenização por danos materiais.

Quanto ao dano moral, sabe-se que é o que atinge aspectos constitutivos da identidade do indivíduo, a exemplo do seu corpo, do seu nome, da sua imagem e de sua aparência, sendo a proteção da personalidade, portanto, um direito imprescindível para preservação da dignidade humana.

A indenização pelo dano moral, mesmo não tendo suficiência para apagar o abalo experimentado pela vítima, pelo menos servirá como um paliativo compensatório.

Já para a caracterização dano estético, é indispensável que o ofendido tenha sofrido uma transformação duradoura em sua integridade física, não tendo mais a aparência que tinha, em razão e algum evento danoso. Com efeito, é indispensável a comprovação de que tal afetação física represente um desequilíbrio entre o passado e o presente e que seja uma modificação duradoura e sensível.

Confira a doutrina de Rui Stoco:

> A sempre lembrada Teresa Ancona especifica o que seja dano estético em Direito Civil, expondo, como primeiro elemento, que dano estético é qualquer modificação. "Aqui não se trata apenas das horripilantes feridas, dos impressionantes olhos vazados, da falta de uma orelha, da amputação de um membro, das cicatrizes monstruosas ou mesmo do aleijão propriamente dito. Para a responsabilidade civil basta a pessoa ter sofrido uma transformação, não tendo mais aquela aparência que tinha, ou seja, um desequilíbrio entre o passado e o presente, uma modificação para pior". O segundo elemento, acrescenta, é a permanência ou, no mínimo, o efeito danoso prolongado [...]. E conclui: "Para que exista dano estético, é necessário que a lesão que enfeou determinada pessoa seja duradoura,

> caso contrário não se poderá falar em dano estético propriamente dito (dano moral), mas em atentado reparável à integridade física ou lesão estética passageira que se resolve em perdas e danos habituais. O dano estético há de apresentar uma certa definitividade, ou seja: se possível de ser reparado, resolve-se como dano material. Todavia se for permanente, então terá produzido uma modificação sensível na pessoa, com relação à sua aparência anterior. Nesse caso, pode-se então falar em dano estético, que transforma o vulto da pessoa e lhe causa detrimento (*Tratado de Responsabilidade Civil*: doutrina e jurisprudência. 9ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. v. II. p. 923).

No que se refere à fixação dos valores indenizatórios do dano moral e do dano estético, recomenda-se que o julgador se paute pelo juízo da equidade, levando em conta as circunstâncias de cada caso. Assim, a quantificação da indenização deve atender: (1) capacidade/possibilidade daquele que indeniza, pois este não pode ser conduzido à ruína, e (2) suficiência àquele que é indenizado, pela satisfação obtida do valor a título de compensação pelos danos sofridos, sem que ocorra enriquecimento ilícito ou exploração do Poder Judiciário como fonte de proventos.

Veja o magistério de Maria Helena Diniz:

> Na reparação do dano moral, o magistrado deverá apelar para o que lhe parecer equitativo ou justo, agindo sempre com um prudente arbítrio, ouvindo as razões das partes, verificando os elementos probatórios, fixando moderadamente uma indenização. O valor do dano moral deve ser estabelecido com base em parâmetros razoáveis, não podendo ensejar uma fonte de enriquecimento nem mesmo ser irrisório ou simbólico. A reparação deve ser justa e digna. Portanto, ao fixar o *quantum* da indenização, o juiz não procederá a seu bel prazer, mas como um homem de responsabilidade, examinando as circunstâncias de cada caso, decidindo com fundamento e moderação (Revista Jurídica Consulex, n. 3, de 31.03.97).

No caso, o autor/apelado sofreu, em razão do acidente de trânsito causado pelo fio de telefonia da ré/apelante, enforcamento que o derrubou de sua motocicleta. Por tal motivo, ele ficou inconsciente por um tempo, sendo submetido a atendimento urgente.

Portanto, considerando as circunstâncias do caso em exame, sobretudo a gravidade dos danos sofridos pelo autor e a condição financeira da ré/apelante, diante de parâmetros de julgados desta Corte em casos semelhantes, a indenização por dano moral estabelecida em favor do autor (R$10.000,00 - dez mil reais) deve ser mantida, pois razoável para amenizar o abalo moral sofrido por ele.

Quanto ao dano estético, o perito judicial atestou que o autor/apelado apresenta "cicatriz em região cervical", região de difícil cobertura (f. 81/87), algo que também é comprovado pelas fotografias acostadas aos autos.

Portanto, considerando a extensão do dano estético experimentado pelo autor, o valor indenizatório desse dano fixado em R$5.000,00 (cinco mil reais) deve também ser mantido, porquanto razoável diante das peculiaridades do caso.

Com tais razões de decidir, nego provimento ao recurso, mantendo inalterada a sentença recorrida.

Condeno a ré/apelante ao pagamento das custas recursais.

Quanto aos honorários fixados na sentença, passo eles para 15% (quinze por cento) do valor da condenação, incluindo os recursais (CPC, art. 85, § 11).

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES MARCOS HENRIQUE CALDEIRA BRANT E JOSÉ MARCOS RODRIGUES VIEIRA.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Apelação cível - Ação redibitória c.c. indenização - Defeito em veículo zero quilômetro - Art. 18 do CDC - Perícia - Prova do vício de qualidade - Demonstração pelo contexto probatório - Ressarcimento dos danos materiais - Necessidade - Dedução de valor pelo uso do bem - Descabimento - Danos morais configurados - Valor da indenização - Razoabilidade

- O art. 18 do Código de Defesa do Consumidor prevê a responsabilidade solidária dos fornecedores pelos vícios de qualidade em produtos duráveis que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo.

- Demonstrado, pela prova pericial, o vício de qualidade no veículo zero quilômetro adquirido pelo consumidor, impõe-se a obrigação dos fornecedores de ressarcir os prejuízos materiais sofridos.

- Não há que se cogitar em qualquer dedução pelo uso do bem, já que o veículo só permaneceu em posse do consumidor em razão de resistência dos fornecedores.

- O consumidor que foi privado de desfrutar dos benefícios esperados de um veículo zero quilômetro, devido a defeito de sua fabricação, deverá ser indenizado pelos danos morais decorrentes da frustração e constrangimento que lhe foram provocados, pois tais fatos ultrapassam a esfera dos meros aborrecimentos.

- Não merece reparo a indenização por danos morais, quando fixada pelo juiz em valor razoável, apto a reparar ou minimizar o dano sofrido e a inibir a prática de novos ilícitos.

- Recurso não provido.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0625.10.004372-2/002 - Comarca de São João Del-Rei – 1º Apelante: Ford Motor Company Brasil Ltda. - 2º Apelante: Delfor Motors Ltda. - Apelado: Antônio Claret De Souza. 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 NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 25 de novembro de 2021. - *Wagner Wilson Ferreira* - Relator.

Voto

DES. WAGNER WILSON FERREIRA - Recurso de apelação interposto por Ford Motor Company Brasil Ltda (1ª apelante), contra sentença proferida pelo Juízo da 3ª Vara Cível da Comarca de São

João Del Rei, nos autos da ação redibitória c.c. perdas e danos, que julgou procedentes os pedidos formulados pelo autor Antônio Claret de Souza, para condenar, a apelante e a concessionária, a restituírem a importância ao autor o valor que ele desembolsou na compra de um veículo com defeito e determinou a devolução do veículo pelo autor às requeridas, no ato da restituição da importância que desembolsou. Além disso, condenou as requeridas a pagarem ao autor, a título de indenização por danos morais, a importância de R$10.000,00 (dez mil reais).

No julgamento ocorrido em 30.10.2014, o recurso da 1ª apelante não foi conhecido por não ter sido apresentado comprovante de protocolo postal. O recurso da 2ª apelante foi desprovido (acórdão de f. 410/415).

Ambas as rés apresentaram Recursos Especiais sendo provido, apenas o recurso de Ford Motor Company Brasil Ltda. tendo sido determinado pelo STJ, que a Turma Julgadora proceda o julgamento da sua apelação (f. 610/618).

No referido recurso, a recorrente alega, em síntese, que foi condenada sem a prova inequívoca da ocorrência do vício de fabricação. Sustenta que, com base no laudo pericial, os inconvenientes reclamados pelo recorrido nunca impediram a plena utilização do veículo, não havendo o nexo causal que justifique a aplicação do parágrafo 1º do art. 18 do Código de Defesa do Consumidor.

No que tange ao dano material, assevera que não estão presentes os pressupostos de fato e de direito que autorizam dita condenação e argumenta que, ainda que se considerasse sua responsabilidade, não seria devida a restituição do valor integral do veículo, devendo ser abatido um valor correspondente ao período no qual o autor utilizou-se do carro.

Aduz que não praticou nenhum ato ilícito que pudesse dar ensejo aos danos morais a que foi condenada na r. sentença e que os fatos relatados pelo autor não passam de meros aborrecimentos.

Requer, ao final, o provimento do recurso, com a reforma total da sentença. Alternativamente, pugna pela redução da indenização por danos morais, que teria sido fixada em valor desproporcional, ensejando enriquecimento ilícito do autor (f. 336/354).

Em contrarrazões, o autor/apelado pugna pela manutenção da sentença guerreada (f. 373/397).

É o relatório.

Conheço do recurso de apelação interposto pela Ford Motor Company Brasil Ltda., por força de determinação do STJ.

A prova produzida revela que o apelado adquiriu um veículo zero quilômetro (f. 24) e depois de, aproximadamente, dois meses de uso, foi constatada a existência de deposito de carvão e borra no interior do motor (f. 27).

Na contestação da revendedora, foi apresentada ordem de serviço (f. 89), que indicava a persistência do mesmo problema. Às f. 104/136 foram acostadas fotos que, em tese, retratam a origem dos alegados defeitos.

Na prova pericial, produzida nos autos da cautelar em apenso, o expert respondeu aos quesitos formulados pelas partes (laudo de f. 259/308 e quesitos suplementares às f. 321/324):

> 1 - (f. 259) O Sr. Perito pode afirmar que após o aquecimento do motor surge um barulho anormal?
>
> Resposta: Sim, usando o veículo com cinco passageiros foi ouvido um *cric*, *cric*, *cric*, no motor do mesmo, oriundo de local não identificado.
>
> [...]
>
> 3 - (f. 259) O Sr. Perito poderia identificar qual o barulho no motor, qual a causa e quais as consequências a curto e longo prazo?
>
> Resposta: O barulho no motor do veículo é um *clic*, *clic*, *clic*, cujo local onde ocorre não foi identificado. Esse barulho causa mal estar na condução do veículo. Aberto para investigação, notou-se haver arranhões no eixo de comando de válvulas do motor. Não há como prever consequências de curto, médio ou longo prazo em decorrência do barulho observado no motor.
>
> [...]
>
> 2 - (f. 268) no caso em tela, o dano apresentado mantém relação direta ou indireta com a qualidade do combustível utilizado no veículo do autor?
>
> Resposta: Fica só a possibilidade. O ruído observado no veículo nem sempre guarda relação direta ou indireta com a qualidade do combustível.
>
> 3 - (f. 268) Que nível de octanagem de combustível "gasolina" o douto perito recomendaria para o bom funcionamento do veículo em questão?
>
> Resposta: O veículo funciona com álcool e gasolina. Portanto, o nível de octanagem para gasolina recomendado é o disponível no mercado brasileiro.
>
> [...]
>
> 8 - (f. 270) Mistura de álcool e gasolina causa carbonização?
>
> Resposta: Sim, pode causar.
>
> [...]
>
> 14 - (f. 271) O douto perito pode informar qual a causa mais frequente de carbonização de motor automotivo?
>
> Resposta: Em geral a carbonização é decorrente do uso do veículo.
>
> [...]
>
> 2 - (f. 272) No caso em tela, o dano apresentado mantém relação direta ou indireta com a qualidade do combustível utilizado no veículo do autor?
>
> Resposta: Estando o eixo de comando de válvulas muito arranhado para o um veículo

> pouco rodado, não pode ter sido só a qualidade do combustível a responsável pelo que ocorreu.

O perito constatou, ainda, durante a realização de seus trabalhos, que, nada obstante o esgotamento do reservatório de combustível do veículo e o seu abastecimento com gasolina, álcool, ou a mistura de ambos, o barulho persistia.

No depoimento colhido em audiência (f. 263/264), o mecânico da concessionária relatou que: "[...] o referido barulho parecia batida de pino, que num carro novo como o do autor não é normal; [...] que o bater de pinos caracteriza um desajuste no motor".

De uma análise contextualizada das provas coligidas aos autos, não restam dúvidas de que ficou caracterizado o vício no indigitado bem.

O defeito surgiu decorridos 51 (cinquenta e um) dias de sua aquisição (f. 24 e 27), com baixa quilometragem, conforme relatado na inicial e não contestado pela apelante.

A recorrente Ford quer fazer crer que é normal um veículo novo produzir ruídos estranhos durante o seu funcionamento. Contudo, não se pode aceitar esta argumentação.

Como tive a oportunidade de destacar no julgamento da Apelação Cível nº 1.0024.09.679294-0/001, a aquisição de um automóvel novo pressupõe a inexistência de defeitos e que esse será utilizado pelo consumidor por um período considerável de tempo, em razão da natureza de bem de consumo durável atribuída ao referido produto.

Ademais, é sabido que o tráfego com veículo emitindo ruídos fora do comum constitui ofensa ao disposto no art. 104 e art. 230, XVIII, ambos da Lei nº 9.503/1997 (Código de Trânsito).

Desta feita, encontra-se configurada situação que dá ensejo a restituição do valor pago pelo produto, conforme o art. 18, § 1º, II, da Lei Consumerista:

> Art. 18. Os fornecedores de produtos de consumo duráveis ou não duráveis respondem solidariamente pelos vícios de qualidade ou quantidade que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade, com a indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou mensagem publicitária, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, podendo o consumidor exigir a substituição das partes viciadas.
>
> § 1º Não sendo o vício sanado no prazo máximo de trinta dias, pode o consumidor exigir, alternativamente e à sua escolha:
>
> I - a substituição do produto por outro da mesma espécie, em perfeitas condições de uso;
>
> II - a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos;
>
> III - o abatimento proporcional do preço.

Destaco também que não há que se falar em dedução de valores da restituição da quantia paga, pois o veículo somente ficou com o apelado dada a relutância das partes rés em solucionar o problema.

Em caso idêntico, já decidiu este Tribunal de Justiça:

> Apelação cível. Ação de indenização. Vício do produto. Responsabilidade solidária das empresas importadora, comerciante e responsável pela assistência técnica. Decadência. Ajuizamento no prazo de garantia contratual. Afastamento. Veículo zero quilômetro. Ruídos anormais e incômodos. Defeito não sanado no prazo de 30 (trinta) dias. Restituição do valor pago devidamente corrigido. Faculdade do consumidor. Dedução de valor pelo uso do bem. Descabimento. Danos morais. Configuração. Valor. Manutenção. - À luz da teoria finalista, adotada pelo Superior Tribunal de Justiça, são inaplicáveis as normas da Lei n° 8.070/90 do Código de Defesa do Consumidor, quando o adquirente do produto ou serviço não é seu destinatário final, excetuando-se esse conceito apenas quando apresentada vulnerabilidade da parte, como na espécie. - A empresa que importa e a que comercializa o produto viciado possuem legitimidade para figurar no polo passivo de ação de indenização na qual se pleiteia reparação moral em decorrência de tais vícios, bem como por alegada falha dos serviços prestados, uma vez que se enquadram no conceito de fornecedora, previsto no art. 3º do CDC. - Diante do relato de que o bem com defeito foi encaminhado à assistência técnica autorizada e não foi solucionado o vício, é patente a sua legitimidade passiva, eis que também se enquadra na condição de fornecedor do art. 3º do CDC. - À luz do art. 26, § 3º, do CDC, o prazo decadencial para reclamação por vício oculto em produtos duráveis começa a correr no momento em que o consumidor tiver ciência do vício, exceto se ainda estiver em vigor a garantia contratual do bem. - Diante do insucesso nas tentativas de solução dos vícios junto à concessionária responsável pela venda do bem e pela respectiva assistência técnica, pode o consumidor exigir a restituição do valor pago pelo produto, devidamente atualizado, conforme lhe faculta o art. 18, § 1º, do CDC, sem dedução de eventual compensação pelo uso do bem, eis que o veículo só permaneceu em poder do adquirente por relutância das fornecedoras no atendimento da reclamação do cliente e da demora no trâmite do processo. - Ao dever de reparar impõe-se configuração de ato ilícito, nexo causal e dano, nos termos dos arts. 927, 186 e 187 do CC/02, de modo que, ausente demonstração de um destes requisitos, não há que se falar em condenação, ressalvada a hipótese de responsabilidade objetiva, na qual prescindível a demonstração da culpa. - A relutância das fornecedoras em solucionar os vícios no produto pelo período de 1 (um) ano, mesmo diante de diversas reclamações do consumidor, configura ato ilícito. - Extrapola os limites do mero aborrecimento a frustração experimentada pelo consumidor que adquire veículo "zero quilômetro" e não pode fazer pleno uso do mesmo em virtude dos vícios apresentados, configurando dano moral que deve ser indenizado. - Em relação ao *quantum* indenizatório, a jurisprudência tem se orientado pelos critérios da razoabilidade e proporcionalidade, além dos princípios da reparação integral dos danos e vedação ao enriquecimento sem causa. O julgador deve sempre buscar um valor que sirva de punição para o causador do ilícito, desestimulando a prática de condutas similares e que seja suficiente para compensação dar dor sofrida, sem que importe enriquecimento injustificado da vítima. V.v.: A indenização por danos morais deve se dar em valor suficiente e adequado para compensação dos prejuízos vivenciados,

> sem importar enriquecimento ilícito, desestimulando-se, por outro lado, a prática reiterada da conduta lesiva pelo ofensor; verificado o excesso, impõe-se a redução do *quantum* indenizatório no caso (TJMG - Apelação Cível n° 1.0261.11.009037-8/002, Rel. Des. João Cancio, 18ª Câmara Cível, j. em 08.11.2016, p. da súmula em 16.11.2016).

Passo a analisar o pedido de reforma referente aos danos morais.

Neste tópico, a sentença também não merece reforma, devendo ser mantido o entendimento já expresso no julgamento contido em f. 410/415.

Destaque-se que a doutrina e a jurisprudência são pacíficas no sentido de que é prescindível a comprovação efetiva do dano moral, sendo suficiente que o autor demonstre a violação ao *neminem laedere* e que a argumentação por ele trazida convença o julgador de sua existência.

No caso, a postura das rés, que comercializaram um produto novo, mas defeituoso, identificaram os vícios, não os repararam devidamente e insistiram em não substituir o bem, exigindo que o consumidor se dirigisse a uma oficina por várias vezes, extrapola os limites do mero aborrecimento, provocando danos de ordem moral à vítima.

Nesse sentido:

> Civil e Processual Civil. Apelação. Ação de indenização. Compra de telefone sem fio. Vício do produto. Responsabilidade solidária do comerciante e fabricante. Legitimidade passiva reconhecida. Reparo realizado. Devolução do preço. Não cabimento. Dano moral. Caracterização. Indenização devida. Reforma da sentença e julgamento, conforme art. 515, § 3º, do CPC. Recurso parcialmente provido. - O comerciante é solidariamente responsável pelo vício do produto, mesmo que o fabricante esteja devidamente identificado, sendo parte legítima para figurar no polo passivo da ação que lhe move o consumidor. - Cabe indenização por danos morais ao consumidor que adquire produto novo com defeito, em razão de frustrar sua expectativa de funcionamento e pleno uso. Frustrada tal expectativa, cabível a indenização por danos morais, por ofensa à dignidade do cidadão. - Realizado o reparo no produto, entregue ou já disponibilizado, não cabe ação para devolução do preço. - Recurso conhecido e parcialmente provido (TJMG - Apelação Cível n° 1.0145.07.391578-0/001. Rel. Des. Márcia de Paoli Balbino. *DJ* de 04.03.2008).

> Direito do consumidor. Defeito de fabricação do veículo. Vício constatado. Responsabilidade do fabricante. Art. 18 do CDC. Dano moral. Configuração. *Quantum* indenizatório. Fixação. Critério. Moderação. Correção monetária. Juros de mora. Restando comprovada a existência de vício do produto em veículo zero quilômetro adquirido por consumidor, impõe-se a aplicação do art. 18, § 1º, da Lei n° 8.078/90. O consumidor que se viu obstado de desfrutar dos benefícios advindos da aquisição de um veículo zero quilômetro devido a defeito de fabricação, deverá ser indenizado pelos danos morais decorrentes da frustração e constrangimento que lhe foram provocados. O critério que deve nortear a fixação da indenização por dano moral é a moderação. A quantia não deve ser ínfima a ponto de não representar uma punição ao agente, nem mesmo exagerada de modo a possibilitar

o enriquecimento da vítima (TJMG - Apelação Cível nº 2.0000.00.484065-9/000(1); Rel. Des. Viçoso Rodrigues; *DJ* de 05.12.2006).

Como muito bem consignou o Juiz *a quo*: "inegável o abalo emocional, pelo que restou demonstrado através dos recibos de atendimento de psicoterapia, comprovantes de gastos com medicamentos e do afastamento das funções exercidas pelo autor junto a Universidade de São João Del Rei (f. 279), bem como pelo depoimento da testemunha Air de Souza Resende, neste sentido".

Ora, o consumidor, ao adquirir um veículo novo, procura, justamente, livrar-se dos problemas que comumente ocorrem quando se compra um automóvel usado. Os defeitos no veículo novo causaram, sem dúvida, uma sensação de insegurança ao consumidor, que esperava, adquirindo um veículo zero KM, não ter nenhum problema com relação à durabilidade, estabilidade e segurança do bem.

Ademais, em respeito aos ditames da boa-fé, esperava-se de ambas as rés uma pronta solução à questão, já que inequívoca a existência dos defeitos, não a imposição de obstáculos, que levaram o autor a uma verdadeira *via crucis* para fazer valer os seus direitos.

Diante dessas considerações, depreende-se que o valor de R$10.000,00 (dez mil reais), arbitrado para compor os danos morais, encontra-se devidamente balizado pelos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, sendo suficiente para exercer a sua função pedagógica e para evitar o enriquecimento sem causa do autor, não havendo que se falar em minoração.

Conclusão

Em razão do exposto, nego provimento ao recurso. Custas pela apelante.

É como voto.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES JOSÉ MARCOS RODRIGUES VIEIRA E RAMOM TÁCIO.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Agravo de instrumento - Ação indenizatória - Impugnação ao cumprimento de sentença - Constituição do crédito - Data do ato ilícito - Anterior à ação de recuperação judicial - Natureza concursal - Reconhecimento - Habilitação no plano de recuperação judicial - Medida que se impõe - Atualização do crédito exequendo - Termo final - Até a data do pedido da recuperação judicial - Levantamento do depósito judicial - Impossibilidade.

- Nos termos do art. 49 da Lei n° 11.101/2005, os créditos constituídos até o pedido de recuperação judicial devem ser habilitados perante o juízo falimentar, na ação de recuperação judicial.

- Tratando-se de cumprimento de sentença indenizatória decorrente de falha na prestação dos serviços, o direito ao ressarcimento nasce quando da ocorrência do ato ilícito.

- O Superior Tribunal de Justiça adotou o entendimento de que "para o fim de submissão aos efeitos da recuperação judicial, considera-se que a existência do crédito é determinada pela data em que ocorreu o seu fato gerador".

- Assim, se o ato ilícito que deu origem à pretensão indenizatória ocorreu antes do pedido de recuperação judicial, o crédito deve ser qualificado como concursal, justificando-se a determinação de respectiva habilitação no plano de recuperação judicial da executada.

- A atualização do crédito exequendo deve se dar até a data do pedido de recuperação judicial, nos termos do art. 9°, II, da Lei n° 11.101/05.

- A competência para decidir acerca de levantamento de valor depositado judicialmente é do juízo universal, devendo o referido montante ser transferido ao juízo competente (7ª Vara Empresarial da Comarca do Rio de Janeiro).

AGRAVO DE INSTRUMENTO-CV N° 1.0702.08.446401-6/004 - Comarca de Uberlândia - Agravante: Oi S.A. em recuperação judicial (sucessora de Brasil Telecom S.A.) - Agravado: Carreteiro Indústria de Carnes Ltda. Relator: DES. JOSÉ EUSTÁQUIO LUCAS PEREIRA.

Acórdão

Vistos, etc., acorda, em Turma, a 16ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em DAR PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 15 de dezembro de 2021. - *José Eustáquio Lucas Pereira* - Relator.

Voto

DES. JOSÉ EUSTÁQUIO LUCAS PEREIRA - Trata-se de agravo de instrumento, manejado por Oi S.A. em face da decisão de primeiro grau (ordem 06), proferida pelo MM. Juiz de Direito da 4ª Vara Cível da Comarca de Uberlândia, Dr. Walner Barbosa Milward de Azevedo, que, na fase de cumprimento de sentença em ação de indenização ajuizada por Carreteiro Indústria de Carnes Ltda., em desfavor da agravante, rejeitou a impugnação ao cumprimento de sentença, afastando a aplicação do art. 9º, da Lei nº 11.101/05, homologando os cálculos apresentados pelo contador judicial.

Em suas razões (ordem 01), a agravante alegou, em suma, que é o MM. Juízo da Recuperação Judicial quem detém competência absoluta para deliberar e decidir se determinado crédito se sujeita (ou não) ao processo de recuperação judicial do Grupo Oi, sendo a ele atribuído o dever de apreciar a natureza dos créditos contra a sociedade em recuperação judicial.

Arguiu que, como o motivo ensejador da demanda se deu em 17.07.2006, o crédito exequendo é definido como concursal, conforme determinou o Juízo da recuperação judicial.

Defendeu que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é uníssona no sentido de que, uma vez deferido o processamento da recuperação judicial, o Juízo da recuperação judicial é quem detém competência exclusiva para deliberar sobre toda e qualquer medida constritiva.

Aduziu que tal competência exclusiva justifica-se em razão do princípio da conservação da empresa, instituto basilar da recuperação judicial.

Asseverou que, após a aprovação do plano de recuperação judicial pela Assembleia Geral de Credores e a posterior homologação pelo juízo competente, deverão ser extintas - e não apenas suspensas - as execuções individuais, tendo em vista que os credores receberão os valores na forma do Plano de Recuperação Judicial aprovado.

Pontuou que a correção do crédito concursal se deu de forma contrária ao que dispõe o art. 9º, II, da Lei nº 11.101/05.

Requereu a concessão do efeito suspensivo e, ao final, o provimento do recurso, para reformar a decisão agravada, a fim de que a parte agravada habilite o seu crédito perante o juízo universal e receba na forma do Plano de Recuperação judicial do Grupo Oi, para que seja expedido alvará judicial para levantamento dos valores depositados em conta judicial vinculada aos autos originários, cujo depósito se deu em garantia.

Preparo à ordem nº 2.

Em decisão à ordem 53, o então relator, Des. Otávio Portes, determinou o sobrestamento do feito, em razão do julgamento do REsp nº 1.843.332/RS.

Posteriormente, o relator recebeu o agravo em seu efeito suspensivo (ordem 54).

Não houve apresentação de contraminuta (Termo de Comunicação sem Manifestação).

Vieram-me os autos conclusos, em redistribuição para os fins do exercício regular de cooperação, previsto no inciso IV do art. 2º da Resolução nº 945/2020 deste eg. TJMG (Cf. certidão à ordem 55).

Relatados, tudo visto e examinado, decido.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, ratifico o conhecimento do recurso.

Versam os autos sobre cumprimento de sentença proposto por Carreteiro Indústria de Carnes Ltda., em que requereu o pagamento do montante fixado em sentença proferida nos autos da ação de indenização, ajuizada em face da Oi S.A.

A ré, Oi S.A, em recuperação judicial, apresentou impugnação ao cumprimento de sentença, alegando, em síntese, excesso de execução, em razão da inobservância dos critérios de aplicação de juros e correção monetária às sociedades em recuperação judicial; e a necessidade de submissão do montante no quadro geral de credores, por se tratar de crédito concursal, devendo o feito ser extinto em razão da novação (ordens 34/36).

O eminente magistrado *a quo* julgou a impugnação ao cumprimento de sentença improcedente, sob os seguintes fundamentos:

> "[...] É pacífico que, em habilitação de créditos, a incidência de juros de mora e correção monetária, em data posterior ao pedido da recuperação judicial, implicaria negativa da vigência ao art. 9º, II, da LRF. Contudo, referido crédito não foi habilitado, tendo em vista que, efetuado o cumprimento de sentença, a parte executada efetuou o pagamento do valor incontroverso e após, quando intimada para o cumprimento do saldo remanescente, garantiu o juízo e apresentou manifestação. Logo nesse cenário, afasto a aplicação do art. 9º da LRF, vez que não habilitado o crédito. [...]".

Feitas tais considerações, passo à análise das razões recursais apresentadas pela executada/agravante.

Pelo que se vê dos autos, assiste razão a recorrente em seu inconformismo.

Inicialmente, cumpre consignar que, estabelece o art. 49 da Lei nº 11.101/05: "estão sujeitos à recuperação judicial todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos.

Veja-se que o art. 71, inciso II, da referida lei, estabelece que o plano de recuperação judicial "abrangerá todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos, excetuados os decorrentes de repasse de recursos oficiais, os fiscais e os previstos nos §§ 3º e 4º do art. 49".

Compulsando os autos, é possível verificar que o evento danoso que deu origem à ação originária ocorreu em 17.07.2006 (petição inicial - doc. ordem 19).

Lado outro, vê-se que o Juízo da 7ª Vara Empresarial do Estado do Rio de Janeiro homologou o plano de recuperação judicial da agravante, Oi Móvel S.A, em 08.01.2018, notando-se que a recorrente havia requerido a sua recuperação judicial em 20.06.2016, consoante exposto à ordem 10 (Processo

nº 0203711-65.2016.8.19.0001).

Sobre o tema, é importante ressaltar o entendimento proferido pelo e. Superior Tribunal de Justiça, em sede de recurso repetitivo (Tema nº 1051), *in verbis*:

> Recurso especial repetitivo. Direito empresarial. Recuperação judicial. Crédito. Existência. Sujeição aos efeitos da recuperação judicial. Art. 49, *caput*, da Lei nº 11.101/2005. Data do fato gerador. - Recurso especial interposto contra acórdão publicado na vigência do Código de Processo Civil de 2015 (Enunciados Administrativos nºs 2 e 3/STJ). - Ação de reparação de danos pela cobrança indevida de serviços não contratados. Discussão acerca da sujeição do crédito aos efeitos da recuperação judicial. - Diante da opção do legislador de excluir determinados credores da recuperação judicial, mostra-se imprescindível definir o que deve ser considerado como crédito existente na data do pedido, ainda que não vencido, para identificar em quais casos estará ou não submetido aos efeitos da recuperação judicial. - A existência do crédito está diretamente ligada à relação jurídica que se estabelece entre o devedor e o credor, o liame entre as partes, pois é com base nela que, ocorrido o fato gerador, surge o direito de exigir a prestação (direito de crédito). - Os créditos submetidos aos efeitos da recuperação judicial são aqueles decorrentes da atividade do empresário antes do pedido de soerguimento, isto é, de fatos praticados ou de negócios celebrados pelo devedor em momento anterior ao pedido de recuperação judicial, excetuados aqueles expressamente apontados na lei de regência. - Em atenção ao disposto no art. 1.040 do CPC/2015, fixa-se a seguinte tese: Para o fim de submissão aos efeitos da recuperação judicial, considera- se que a existência do crédito é determinada pela data em que ocorreu o seu fato gerador. - Recurso especial provido (REsp nº 1843332/RS, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, Segunda Seção, j. em 09.12.2020, *DJe* de 17.12.2020).

Como se pode perceber, o Superior Tribunal de Justiça adotou o entendimento de que "para o fim de submissão aos efeitos da recuperação judicial, considera-se que a existência do crédito é determinada pela data em que ocorreu o seu fato gerador".

Logo, em se tratando de relação jurídica decorrente de evento danoso sofrido por credor da empresa recuperanda, como é o caso dos autos, a constituição do crédito correspondente se dá com a própria ocorrência do evento danoso.

No caso, como o evento danoso que deu origem à ação originária ocorreu em julho de 2006, ou seja, em data anterior ao pedido de recuperação judicial da parte agravante (20.06.2016, cf. ordem 10), entendo que o crédito em discussão deve ser incluído no quadro geral de credores perante o juízo recuperacional, por estar sujeito aos efeitos do plano de recuperação.

Neste sentido, mesmo antes do julgamento realizado no e. STJ, a jurisprudência deste Tribunal de Justiça assim já decidia:

> Direito processual civil e falimentar. Agravo de instrumento em impugnação ao cumprimento de sentença. Grupo Oi/Telemar. Pretensão indenizatória. Crédito decorrente de ato ilícito. Constituição anterior ao marco temporal do plano de recuperação. Natureza con-

cursal. Recurso desprovido. - Tratando-se de indenização por cobranças indevidas sobre serviços não prestados, esse nasce quando da ocorrência do ato ilícito. - Se o ato ilícito que deu origem à pretensão indenizatória (e tudo o mais que este ilícito desencadeou) ocorreu antes do pedido de recuperação judicial, o crédito deve ser qualificado como concursal (TJMG - Agravo de Instrumento-Cv nº 1.0000.20.002225-9/001, Rel. Des. Otávio Portes, 16ª Câmara Cível, j. em 10.06.2020, p. da súmula em 18.06.2020).

Agravo de instrumento. Ação de indenização. Cumprimento de sentença. Constituição do crédito anterior ao pedido de recuperação judicial. Sujeição do crédito ao plano de recuperação. Precedentes do STJ e da Corte. Reforma da decisão agravada. Provimento do recurso. - Conforme precedente do STJ, "tratando-se de crédito derivado de fato ocorrido em momento anterior àquele em que requerida a recuperação judicial, deve ser reconhecida sua sujeição ao plano de soerguimento da sociedade devedora" (REsp nº 1727771/RS, Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, j. em 15.05.2018, *DJe* de 18.05.2018) - Recurso provido (TJMG - Agravo de Instrumento-Cv nº 1.0000.18.141068-9/001, Rel. Des. Carlos Levenhagen, 5ª Câmara Cível, j. em 27.06.2019, p. da súmula em 02.07.2019).

Agravo de instrumento. Ação de rescisão contratual c.c. declaratória de inexistência de débito c.c. indenização por danos morais. Cumprimento de sentença. Recuperação judicial. Crédito oriundo de fato ocorrido anteriormente ao pedido de recuperação judicial. Habilitação no juízo falimentar. - O art. 49 da Lei nº 11.101/2005 indica que os créditos existentes até o pedido de recuperação judicial devem ser habilitados perante o juízo falimentar, na ação de recuperação judicial. Todavia, o mesmo não ocorre com os créditos constituídos depois do pedido de recuperação judicial. - Considerando que o crédito discutido nos autos da ação originária é oriundo de fato ocorrido em momento anterior ao pedido de recuperação, deve ser habilitado junto ao juízo falimentar. - Recurso desprovido (TJMG - Agravo de Instrumento-Cv nº 1.0261.15.014331-9/001, Rel. Des. José Arthur Filho, 9ª Câmara Cível, j. em 21.05.2019, p. da súmula em 03.06.2019).

Apelação cível. Ação declaratória de inexistência de débito c.c. indenização por danos morais. Legitimidade passiva. Verificação. Mérito. Duplicata mercantil. Entrega de mercadoria. Divergência de prazo. Aceite. Recusa. Protesto indevido. Danos morais. Valor. Juros de mora. Termo inicial. Recuperação judicial. Crédito anterior. Sujeição. - Segundo a teoria da asserção, a análise da legitimidade passiva da parte realiza-se em abstrato, conforme os fatos narrados na inicial. - Aquele que, por ato ilícito (CC, arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo (CC, art. 927). O direito indenizatório exige, porém, que se comprove o dano, a culpa *lato sensu* (dolo ou culpa *stricto sensu*) do agente causador do dano e o nexo de causalidade entre a culpa e o evento danoso. - O dano moral, pela inscrição ou manutenção indevida do nome em cadastro de devedores inadimplentes, segundo jurisprudência dominante, é presumido (*in re ipsa*). - A fixação do *quantum* do dano moral deve se ater: (1) à capacidade/possibilidade daquele que vai indenizar, já que não pode ser levado à ruína; (2) suficiência àquele que é indenizado, pela satisfação da compensação pelos danos sofridos. - Tratando-se de ilícito contratual, os juros moratórios devem incidir sobre o valor da indenização, a partir da data da citação. - Estão sujeitos à recuperação judicial todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos (Lei nº 11.101/05, art. 49) (TJMG - Apelação Cível nº 1.0384.16.005293-0/001, Rel. Des. Ramom Tácio, 16ª Câmara Cível, j. em 11.04.2019, p. da súmula em 22.04.2019).

Assim, resta claro que o crédito exequendo deve ser qualificado como concursal e submeter-se ao plano de recuperação judicial da agravante.

Superada qualquer controvérsia quanto à concursalidade ou não do crédito exequendo, passa-se a análise da atualização do crédito.

É certo que a Oi requereu a sua recuperação judicial em 20.06.2016 (cf. ordem 10), sendo que tal data é a limite para se efetuar os cálculos de atualização, nos termos do art. 9º, II, da Lei nº 11.101/05:

> Art. 9º A habilitação de crédito realizada pelo credor nos termos do art. 7º, § 1º , desta Lei deverá conter:
>
> [...]
>
> II - o valor do crédito, atualizado até a data da decretação da falência ou do pedido de recuperação judicial, sua origem e classificação;

Nesse sentido, resta óbvio que o cálculo contido à f. 391 dos autos físicos (ordem 34), porquanto houve atualização até 19.07.2019, em claro descompasso com a normativa da Lei de Falências. Em casos semelhantes, este Tribunal de Justiça já decidiu por restringir a atualização do crédito até a data do pedido de recuperação judicial:

> Agravo de instrumento. Cumprimento de sentença. Indenização. Danos morais. Extinção do processo. Novação. Aprovação do plano de recuperação judicial. Crédito concursal. Os créditos constituídos antes da aprovação do plano de recuperação judicial são considerados concursais. Conforme recente posicionamento do STJ, a constituição do crédito deve levar em consideração a data do fato gerador e não do trânsito em julgado da sentença.
>
> Excesso de execução. Reconhecimento. Juros e correção monetária. Em se tratando de crédito concursal, os juros de mora e correção monetária, de fato, encontram limites na data da recuperação judicial.
>
> Agravo de instrumento. Cumprimento de sentença. Recuperação judicial. Crédito decorrente de responsabilidade civil. Extinção da execução. Não cabimento. O crédito decorrente de responsabilidade civil se considera constituído na data do evento danoso, não da data do trânsito em julgado da decisão condenatória. Caso o evento danoso seja anterior ao pedido de recuperação judicial da sociedade devedora, o crédito se submete ao plano de soerguimento. Precedentes do STJ (REsp nº 1727771/RS). Consoante entendimento do col. STJ, é obrigação do devedor relacionar todos os seus débitos na recuperação judicial, mas o credor tem a faculdade de habilitar seu crédito, sendo permitido a ele optar por prosseguir com a execução individual, respeitado o prazo para o cumprimento do plano pela empresa recuperanda (REsp nº 1571107/DF). Não incluído o crédito exequendo no plano de recuperação judicial e demonstrando os credores desinteresse em habilitá-lo, incabível a extinção da execução individual (TJMG - Agravo de Instrumento-Cv nº

> 1.0210.14.003608-3/001, Rel. Des. Evangelina Castilho Duarte, 14ª Câmara Cível, j. em 14.10.2021, p. da súmula em 15.10.2021).
>
> Agravo de instrumento. Cumprimento de sentença. Empresa executada em recuperação judicial. Competência. Crédito decorrente de ato ilícito. Constituição preexistente ao deferimento da recuperação judicial. Habilitação no juízo falimentar. Art. 49, *caput*, da Lei n° 11.101/05. Excesso de execução. Juros e correção monetária. Inteligência do art. 9º, II, da Lei n°11.101/05. - A competência do juízo universal se limita aos atos constritivos, não havendo falar em sua *vis attractiva* antes de consolidado o crédito em discussão. - Conforme o entendimento consolidado do STJ, por meio do julgamento dos Recursos Especiais n° 1.843.332/RS, 1.842.911/RS, 1.843.382/RS, 1.840.812/RS e 1.840.531/RS, como representativos da controvérsia repetitiva descrita no Tema n° 1051, restou pacificado que "para o fim de submissão aos efeitos da recuperação judicial, considera-se que a existência do crédito é determinada pela data em que ocorreu o seu fato gerador". - Tratando-se de crédito decorrente de responsabilidade civil por fato anterior à recuperação judicial, deve ser habilitado no quadro geral de credores da sociedade em recuperação, ainda que reconhecido em sentença judicial posterior ao pedido de recuperação. - O cumprimento de sentença deve prosseguir até quantificação do crédito, devendo ser observada a data do pedido de recuperação judicial como termo final dos juros e da correção monetária, nos termos do art. 9º, inciso II, da Lei n° 11.101/05. - Transitada em julgado da impugnação, com a consolidação do crédito, caberá ao Juízo de origem emitir a respectiva carta de sentença, certidão de crédito e extinguir processo para que possa, o credor concursal, efetuar a necessária habilitação nos autos da recuperação judicial, vedada a prática de quaisquer atos de constrição no Juízo de origem (TJMG - Agravo de Instrumento-Cv n° 1.0000.20.453304-6/001, Rel. Des. Domingos Coelho, 12ª Câmara Cível, j. em 10.10.2021, p. da súmula em 15.10.2021).

Desta feita, o crédito exequendo deverá passar por nova atualização, devendo os cálculos de atualização findarem em 20.06.2016.

Por fim, cumpre consignar que, nos termos do plano de recuperação judicial da Oi S.A. (ordem 16), homologado pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (ordem 15), verifica-se a viabilidade de a agravante levantar o valor integral dos depósitos judiciais, quando não tiverem sido utilizados para pagamento, *in verbis*:

> 3.1.8. Depósitos Judiciais: Após a Homologação Judicial do Plano, o grupo Oi poderá efetuar o imediato levantamento do valor integral dos Depósitos
>
> Judiciais que não tenham sido utilizados para pagamento, nas formas previstas neste Plano.

Nesse sentido, considerando que o depósito judicial realizado tinha a finalidade de garantia do juízo, é certo que parte do montante depositado, em tese, poderia ser levantada pela agravante, mormente porque se reconheceu nessa instância julgadora excesso de execução diante do cálculo equivocado da atualização do crédito.

Ocorre que, diante da competência absoluta do juízo universal para decidir acerca da destinação dos créditos concursais e, diante do fato de que é a 7ª Vara Empresarial da Comarca do Rio de Janeiro quem procederá à homologação dos cálculos, verifica-se, pela inviabilidade dessa Turma Julgadora, decidir pela liberação de parte do depósito judicial, até porque não se sabe exatamente o seu *quantum*.

Nesse sentido, conclui-se que o valor depositado judicialmente pela agravante deve ser remetido para o juízo universal, com vistas ao pagamento dos credores no molde da recuperação judicial e de eventual autorização para levantamento de valor depositado a maior.

Mutatis mutandis, já decidiu este Tribunal de Justiça:

> Agravo de instrumento. Cumprimento de sentença. Ação anulatória de multa administrativa. Improcedência. Depósito judicial. Suspensão da exigibilidade do crédito e garantia de pagamento do credor. Recuperação judicial do grupo Oi. Inadmissibilidade de levantamento do montante depositado judicialmente pelas recuperandas. Sujeição do crédito à recuperação. Transferência do valor do depósito ao juízo universal. Cabimento. - O depósito integral do valor da multa administrativa questionada em ação anulatória suspende a exigibilidade do crédito e, em caso de improcedência da demanda, reverte-se à Fazenda Pública, propiciando o pagamento da quantia reconhecida como devida. - Nos termos do Plano de Recuperação Judicial do Grupo Oi, é possível a liberação do depósito judicial realizado pelas recuperandas somente quando não tenha sido destinado a pagamento. - Inadmissibilidade de levantamento do valor depositado na fase de conhecimento de ação anulatória pela recuperanda, com vistas à suspensão da exigibilidade da multa administrativa, bem como ao posterior pagamento do crédito, diante da improcedência da demanda. - Sujeitando-se o crédito decorrente da multa à recuperação judicial, consoante disposto no art. 49 da Lei 11.101/2005, o montante depositado judicialmente deve ser transferido para o juízo universal, com vistas à efetivação do pagamento dos credores, na ordem legalmente estabelecida. - Recurso provido (TJMG - Agravo de Instrumento-Cv nº 1.0145.13.061616- 5/002, Rel. Des. Áurea Brasil, 5ª Câmara Cível, j. em 11.03.2021, p. da súmula em 12.03.2021).

Com tais considerações, dou parcial provimento ao recurso e, via de consequência, reformo em parte a decisão agravada para: a) reconhecer que o crédito do agravado deve ser considerado como concursal; b) reconhecer excesso no valor exequendo, por descumprimento ao art. 9º, II, da Lei nº 11.101/05, refazendo os cálculos de atualização até 20.06.2016, data do pedido de recuperação judicial feito pela agravante; c) determinar o envio dos autos à 7ª Vara Empresarial da Comarca do Rio de Janeiro; d) determinar o envio do montante depositado judicialmente para pagamento do crédito exequendo no juízo universal, cabendo a esse tomar as medidas que julgar pertinente, nos termos da lei.

Custas recursais *ex lege*.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES JOSÉ MARCOS RODRIGUES VIEI-

RA E RAMOM TÁCIO.

Súmula - DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO.

Apelação cível - Usucapião extraordinária - Área inferior ao módulo previsto em legislação municipal - Tema nº 985 do STJ - Loteamento irregular - Irregularidade meramente administrativa - Possibilidade de prosseguimento da demanda.

- O Superior Tribunal de Justiça, quando do julgamento do recurso especial representativo da controvérsia nº 1.667.843/SC, firmou tese jurídica de que "o reconhecimento da usucapião extraordinária, mediante o preenchimento dos requisitos específicos, não pode ser obstado em razão de a área usucapienda ser inferior ao módulo estabelecido em lei municipal" (Tema nº 985).

- A Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, quando do julgamento do Recurso Especial nº 1.818.564/DF, já se posicionou no sentido de que o fato do imóvel usucapiendo estar contido em área de loteamento irregular também não perfaz obstáculo ao ajuizamento da demanda de usucapião, notadamente por se tratar de uma mera irregularidade administrativa que não pode ser sanada por via transversa.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0142.17.002719-7/001 - Comarca de Carmo Do Cajuru - Apelante: Joviane Rabelo De Camargos - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Relator: DES. BAETA NEVES.

Acórdão

Vistos, etc., acorda, em Turma, a 17ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em DAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 1 de dezembro de 2021. - *Baeta Neves* - Relator.

Voto

DES. BAETA NEVES - Trata-se de recurso de apelação cível interposto por Joviane Rabelo de Carmargos, em face da sentença de f. 88/90, por meio da qual o MM. Juiz de Direito da Vara Única da Comarca de Cajuru, nos autos da demanda de usucapião por ela ajuizada, julgou como extinto o feito, sem resolução do mérito, ao fundamento de que ausentes os pressupostos, ao regular prosseguimento do processo, condenando a autora ao pagamento das custas processuais, suspensa a exigibilidade da verba, contudo, por litigar sob o pálio da gratuidade da justiça.

Em suas razões de f. 92/105, a apelante discorre, inicialmente, acerca do cerceamento de sua defesa, por lhe ter sido negada a oportunidade de produzir prova testemunhal com a finalidade de demonstrar a verossimilhança das suas alegações. No mérito, defende que o fato do documento acostado demonstrar que a sua posse era inferior ao prazo legal não impede o reconhecimento do seu direito, notadamente porque pretendia comprovar a posse de seus antecessores. Assevera que a

Lei nº 13.465/2017 visa a regularização fundiária urbana e rural, viabilizando a documentação de áreas irregulares já existentes.

O Ministério Público do Estado de Minas Gerais ofertou as contrarrazões de f. 106/110.

Remetidos os autos a esta instância revisora, foi determinada a remessa à Procuradoria Geral de Justiça, que ofertou o parecer de f. 115/117, reforçando o teor das contrarrazões.

Conclusos, foi determinado o sobrestamento do feito até o trânsito em julgado do Recurso Especial nº 1.667.843/SC, submetido perante a sistemática dos recursos repetitivos, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça.

É o relatório.

Passo ao voto.

Conheço do recurso porquanto presentes os requisitos e os pressupostos de sua admissibilidade.

Em linha de princípio, aponto que a questão preambular suscitada pelo apelante (cerceamento de defesa) confunde-se com o mérito, razão pela qual será com ele analisada. Isso porque eventual reconhecimento da inadequação da via eleita seria capaz de obstar o exame da matéria afeta a eventual reconhecimento do direito da parte, ao reconhecimento da prescrição do terreno descrito na exordial.

Vejamos.

Extraio dos autos que Joviane Rabelo de Camargos ajuizou a demanda de origem com a finalidade de reconhecer o seu direito à aquisição originária de imóvel localizado no Município de Cajuru/MG, afirmando que possui a posse mansa, pacífica, ininterrupta e com *animus domini* desse, tendo adquirido o terreno de Aparecida Oliveira Rabelo, Miguel de Oliveira Rabelo, Maria das Graças Oliveira Salomé, Paulo Cesar Salomé de Oliveira, Leonardo de Oliveira Salomé, Leandro de Oliveira Salomé e Alisson Oliveira Salomé. Alegou que os possuidores anteriores detinham a posse do imóvel de forma contínua e pacífica, com justo título e boa-fé, cujo prazo, somado, perfez o prazo de 15 (quinze) anos.

O que se colhe é que o feito foi julgado antecipadamente (sentença de f. 88/90), sendo extinto sem resolução do mérito, fundamentando o magistrado que "antes de alcançar o pleito da inicial, faz-se necessária a regularização do terreno onde se localiza o imóvel, não sendo a ação de usucapião o instrumento nem o meio adequado para efetuar esse acertamento". Ainda, que "o imóvel usucapiendo [...] é de área inferior à do módulo rural, não podendo ser objeto de registro imobiliário".

Pois bem.

Depreendo que o caso em tela deve ser analisado à luz do instituto jurídico da usucapião extraordinária, consubstanciada no art. 1.238 do Código Civil:

> Aquele que, por quinze anos, sem interrupção, nem oposição, possuir como seu 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 usucapião é um modo de aquisição da propriedade e de outros direitos reais, pela posse da coisa em determinado período de tempo, exteriorizando, sem oposição de terceiro, no *animus domini*. Pertinente destacar a lição de Arnaldo Rizzardo, distinguindo os meios de usucapir ordinário e extraordinário:

> Note-se que o traço distintivo entre usucapião extraordinário e ordinário se encontra na exigência, para o último, dos requisitos do justo título e boa-fé, cuja existência se presume no primeiro tipo e em que o prazo da posse é mais longo. [...] Eis os requisitos impostos para o reconhecimento da usucapião em exame: a) objeto hábil; b) duração da posse; c) as qualidades da posse; d) o justo título; e) a boa-fé (*Direito das Coisas*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p.273).

Vale dizer, para a usucapião extraordinária basta a posse contínua, com *animus domini*, sem interrupção nem oposição, acrescida em alguns casos da qualificação pela função social.

Inicialmente, observo que, em recente julgado do Superior Tribunal de Justiça (com trânsito em julgado em 01.06.2021), proferido no âmbito da sistemática dos recursos repetitivos, restou firmada a tese jurídica de que "o reconhecimento da usucapião extraordinária, mediante o preenchimento dos requisitos específicos, não pode ser obstado em razão de a área usucapienda ser inferior ao módulo estabelecido em lei municipal" (Tema nº 985 - Recurso Especial Representativo da Controvérsia nº 1.667.843/SC).

Na oportunidade, o Exmo. Ministro Luis Felipe Salomão, analisando o instituto da usucapião extraordinária, ressaltou que "a propriedade é um direito fundamental que, ao lado dos valores da vida, liberdade, igualdade e segurança, compõe a norma do art. 5º, *caput*, da Constituição Federal". Observou que, se "não há na legislação ordinária, própria à disciplina da usucapião, regra que especifique área mínima sobre a qual deva o possuidor exercer sua posse para que seja possível a usucapião extraordinária, a conclusão natural será pela impossibilidade de o intérprete discriminar o que o legislador não discriminou", notadamente por considerar que 'a usucapião é instituto inerente ao Direito Civil, sendo, portanto, da União a competência privativa para legislar sobre a matéria".

Com efeito, entendo que o tamanho da área não perfaz condição/requisito para o ajuizamento de ação que visa o reconhecimento da usucapião extraordinária, prevista no art. 1.238 do Código Civil.

Prosseguindo.

Também entendo que o fato do imóvel descrito na exordial estar contido em área de loteamento ir-

regular também não perfaz obstáculo ao ajuizamento da demanda de usucapião, notadamente por se tratar de uma mera irregularidade administrativa que não pode ser sanada por via transversa.

Nesse sentido, já se posicionou a Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, quando do julgamento do Recurso Especial nº 1.818.564/DF, interposto com a finalidade de questionar a tese firmada pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal em sede de Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR).

Ao analisar a controvérsia, o Exmo. Ministro Moura Ribeiro dispôs, em seu voto condutor, que "os dispositivos não condicionam a aquisição da propriedade ao registro da sentença [...] nem sequer a prolação da sentença à lavratura do registro", observando que "as normas destacadas apenas esclarecem que a sentença declaratória, fazendo as vezes de uma escritura pública, servirá de título para o registro no Cartório de Registro de Imóveis, ou seja, ela poderá ser levada a registro no Ofício competente".

Concluiu, assim, que "isso significa que a possibilidade de registro constitui um atributo, é dizer, um efeito da sentença declaratória de usucapião, não uma condição para o reconhecimento do direito material de propriedade ou para o exercício do direito subjetivo de ação", e que "considerando que a usucapião propicia o cumprimento da função social da propriedade e que esse objetivo tem envergadura constitucional, não seria adequado criar, por força de uma interpretação ampliativa dos arts. 1.238, parágrafo único, e 1.241 do CC/02, mais um requisito para o reconhecimento da prescrição aquisitiva".

Destarte, a aparente falta de regularização do terreno não pode constituir óbice para o ajuizamento e o prosseguimento do feito, até porque o apelante alega que poderia, diante das peculiaridades do caso, considerar a posse dos seus antecessores para o fim de contagem do tempo exigido legalmente. Sendo assim, considero que os documentos anexados pelo autor são suficientes para viabilizar o prosseguimento válido e regular do processo, motivo pelo qual deve ser cassada a sentença.

Nesse sentido, inclusive, já se manifestou esta colenda Turma Julgadora em casos semelhantes, senão vejamos:

> Apelação cível. Ação de usucapião. Loteamento irregular. Irregularidade administrativa. Prosseguimento do feito. Possibilidade. Sentença cassada. - O fato de o imóvel *sub judice* integrar loteamento irregular não configura óbice legal para o reconhecimento da prescrição aquisitiva, uma vez que a usucapião é forma originária de aquisição de propriedade, sendo irrelevante a irregularidade administrativa. - Deve-se cassar a sentença e determinar o regular processamento do feito, tendo em vista que o autor juntou documentos suficientes para a individuação do imóvel (TJMG - Apelação Cível nº 1.0000.19.086226-8/001, Rel. Des. Aparecida Grossi, 17ª Câmara Cível, j. em 30.04.2020, p. da súmula em 04.05.2020).
>
> Apelação cível. Ação de usucapião extraordinária. Área inferior ao módulo rural estabelecido. Loteamento irregular. Extinção do feito. Impossibilidade. Sentença cassada. Medida que se impõe. O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça firmaram en-

> tendimento no sentido de que, estando presentes todos os requisitos exigidos pela legislação de regência, não há impedimento à aquisição usucapicional de imóvel que guarde medida inferior ao módulo previsto para a região em que se localize. O mesmo entendimento é aplicado no caso de loteamento irregular ou clandestino, sendo possível a declaração da usucapião extraordinária caso atendidas as exigências legais. Assim, preenchidos os pressupostos jurídico-processuais para o ajuizamento da ação de usucapião, faz-se necessária a cassação da sentença que extinguiu o feito, sem resolução do mérito, nos termos do art. 485, IV, do CPC/2015, dando-se regular prosseguimento ao feito (TJMG - Apelação Cível nº 1.0142.15.003408-0/001, Rel. Des. Luciano Pinto, 17ª Câmara Cível, j. em 28.06.2018, p. da súmula em 10.07.2018).
>
> Apelação cível. Ação de usucapião extraordinária. Área objeto da demanda inseria em loteamento irregular ou clandestino. Extinção do feito, sem julgamento do mérito. Impossibilidade. Sentença cassada. - O fato de o imóvel usucapiendo estar situado em loteamento irregular ou clandestino não caracteriza a ausência de constituição e de desenvolvimento válido do presente processo, a autorizar a extinção do feito, mas anomalia administrativa, que não obsta a parte autora de deduzir a pretensão de usucapião, nem o seu acolhimento, caso haja o cumprimento dos requisitos legais autorizadores para o seu reconhecimento (TJMG - Apelação Cível nº 1.0142.15.002677-1/001, Rel. Des. Roberto Vasconcellos, 17ª Câmara Cível, j. em 07.06.2018, p. da súmula em 19.06.2018).

Com tais considerações e não estando a demanda apta para julgamento imediato e de mérito, dou provimento ao recurso, para cassar a sentença e determinar o retorno dos autos ao Juízo de origem, com o regular processamento do feito.

Custas, despesas e honorários advocatícios de sucumbência, ao final, pela parte vencida.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES EVANDRO LOPES DA COSTA TEIXEIRA E APARECIDA GROSSI.

Súmula - DERAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Apelação cível - Ação anulatória c.c. repetição de indébito - Contribuição social ao SESI e SENAI - Requerimento administrativo de compensação - Indeferimento - Pretensões judiciais - Prescrição - Prazo - Termo inicial - Gratificação/abono por assiduidade - Natureza da verba - Desvinculação do salário - Não incidência da exação

- A prescrição extintiva constitui fato jurídico decorrente da inércia do titular do direito de ação, no tempo previsto em lei, que impede o exercício da pretensão.

- As disposições do Código Tributário Nacional são aplicáveis às contribuições denominadas parafiscais.

- Formulado, oportunamente, pedido administrativo de compensação de valores, recolhidos a título de contribuições ao SESI e SENAI, a partir da ciência da deliberação que o denega, o contribuinte dispõe de 2 (dois) anos para ingressar com a pretensão judicial anulatória cumulada com repetição de indébito, nos termos do art. 169 do Código Tributário Nacional.

- As contribuições sociais destinadas a terceiros (Sistema "S" - Sesc, SESI, SENAI, SENAT e outros) observam a mesma sistemática legal de incidência das previdenciárias, em razão da identidade da base de cálculo.

- O art. 28, inciso I, § 9º, alíneas *d* e *e*, itens 6 e 7, da Lei nº 8.212/1991, afasta a incidência da contribuição previdenciária ou social sobre quantias recebidas pelo empregado, a título de férias indenizadas, de abono de férias delineado na segunda parte do art. 144 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), e de ganhos eventuais e desvinculados do salário.

- O Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de que não incide contribuição, a cargo do empregador, sobre verbas pagas a título de gratificação ou abono por assiduidade.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0000.21.054113-2/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial – Senai; Serviço Social Da Indústria - Sesi Departamento Regional de Minas Gerais - Apelado: Nova Era Silicon S.A. Relator: DES. ROBERTO SOARES DE VASCONCELLOS PAES.

Acórdão

Vistos, etc., acorda, em Turma, a 17ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em REJEITAR A PREJUDICIAL DE PRESCRIÇÃO E, NO MÉRITO, NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 12 de agosto de 2021. - *Roberto Soares de Vasconcellos Paes* - Relator.

Voto

DES. ROBERTO SOARES DE VASCONCELLOS PAES - Serviço Social da Indústria (SESI) e Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial (SENAI) interpuseram apelação contra a sentença (cód. 79), que, em ação anulatória de decisão administrativa c.c. repetição de indébito movida por Nova Era Silicon S.A., acolheu as pretensões iniciais, nos seguintes termos:

> Pelo exposto, julgo procedentes os pedidos iniciais (art. 487, I, do CPC), para fins de: (a) anular, parcialmente, a decisão administrativa proferida pelos réus, intitulada "Arrecada C. 134" (ID 90617926), exclusivamente em relação à legitimidade de recolhimento das contribuições sociais vertidas aos réus, incidentes sobre o abono de férias pago aos empregados da autora, sob as rubricas "retorno de férias" e "diferença retorno de férias", no período compreendido entre novembro de 2012 e outubro de 2017, por se tratar de verbas de natureza indenizatória; (b) condenar os réus a restituírem à autora os valores indevidamente descontados e lhes repassado a título de contribuições sociais incidentes sobre o já citado abono de férias pago aos empregados da autora, sob as rubricas "retorno de férias" e "diferença retorno de férias", no período compreendido entre novembro de 2012 e outubro de 2017. O valor deverá ser apurado oportunamente, em liquidação de sentença, por arbitramento, e será corrigido pela Tabela da CGJ/MG e acrescido de juros de 1% (um por cento) ao mês, desde a data em que levados a efeito os respectivos recolhimentos. Condeno os réus, solidariamente, ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, os quais fixo em 15% (quinze por cento) do valor da condenação (art. 85, § 2º, do CPC).

Nas razões recursais (cód. 82), os requeridos arguem a prescrição quinquenal do direito às restituições postuladas, anteriores a 29.10.2014, invocando a aplicação do disposto no art. 168 do Código Tributário Nacional.

No mérito, alegam que a contribuição que lhes é devida, recolhida diretamente aos seus cofres, está sujeita ao mesmo regramento aplicável às contribuições previdenciárias.

Sustentam que integra o salário de contribuição previdenciária todo e qualquer rendimento do trabalho pago ao empregado, nos termos do art. 195, I, *a*, da Constituição Federal, e do art. 22, I, da Lei nº 8.212/1991.

Afirmam que, no caso, as gratificações que a autora efetuou a seus empregados foram estabelecidas em cláusulas de acordos coletivos, do período de 2011 a 2017, que não foram desvinculadas, expressamente, da remuneração, situação essa que afasta a incidência da norma do art. 28, § 9º, *e*, da Lei nº 8.212/1991.

Defendem que não se pode negar a habitualidade do pagamento do referido abono, devendo ser observado o disposto no art. 201, § 11, da Constituição da República.

Acrescentam que, nos termos do art. 457, § 1º, da Consolidação das Leis do Trabalho, os abonos integram o salário do empregado.

Ao final, pedem a reforma do *decisum*.

Em Contrarrazões (cód. 86), a demandante se opõe aos argumentos e aos pleitos recursais.

É o relatório. Decido.

Incide o regramento do Código de Processo Civil em vigor, tendo em vista o disposto no seu art. 14:

> Art. 14. A norma processual não retroagirá e será aplicável imediatamente aos processos em curso, respeitados os atos processuais praticados e as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da norma revogada.

Nesse sentido é o Enunciado nº 54, divulgado pela 2ª Vice-Presidência deste col. Tribunal de Justiça:

> 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.

Ainda, o Enunciado Administrativo nº 3, do eg. Superior Tribunal de Justiça:

> 03. Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/2015 (relativos a decisões publicadas a partir de 18 de março de 2016) serão exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma do novo CPC.

Feitas essas observações, conheço do apelo, porque cumpridos os pressupostos de admissibilidade (Códs. 80, 82 e 83).

Extrai-se do feito que Nova Era Silicon S.A. ingressou com a presente ação em face do Serviço Social da Indústria (SESI) e do Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial (SENAI), visando à anulação parcial da decisão administrativa proferida pelos demandados, intitulada "Arrecada C. 134", no que concerne à recusa do indébito, por contribuições recolhidas sobre as rubricas "retorno de férias" e "diferença retorno de férias" e à restituição dos valores respectivos.

Como narrado, os réus, ora apelantes, sustentam a prescrição quinquenal do direito às restituições postuladas, anteriores a 29.10.2014, invocando a aplicação do disposto no art. 168 do Código Tributário Nacional.

A prescrição constitui fato jurídico decorrente da inércia do titular do direito de ação, no tempo previsto em lei, que impede o exercício da pretensão.

O magistério do Em. Ministro Luiz Fux elucida que "o surgimento do fato jurídico prescricional pressupõe o decurso do intervalo de tempo prescrito em lei associado à inércia do titular do direito de ação pelo seu não-exercício, desde que inexistente fato ou ato a que a lei atribua eficácia impeditiva, suspensiva ou interruptiva do curso prescricional" (STJ - REsp. nº 1.165.458/RS, *DJe* de 29.06.2010).

Está em causa o exame da legalidade da deliberação dos suplicados, que rejeitou o pleito administrativo formulado pela suplicante, visando à compensação dos valores recolhidos àqueles, a título de contribuição patronal incidente sobre "gratificações de retorno do gozo de férias", previstas em acordos coletivos de trabalho, do período de 11/2012 a 10/2017.

As contribuições arrecadas pelas pessoas jurídicas integrantes do denominado "Sistema S" possuem natureza parafiscal, sendo que, em matéria de prescrição da espécie discutida, são aplicáveis as regras do Código Tributário Nacional.

Nesse sentido:

> Agravo de instrumento. Contribuições parafiscais. Aplicação da legislação tributária. Art. 174 do CTN. Prescrição. Configuração. Recurso não provido. - São aplicáveis as disposições do Código Tributário Nacional às contribuições denominadas parafiscais. - A simples notificação extrajudicial de cobrança de débito não tem o condão de interromper a prescrição nos moldes do art. 174, parágrafo único, do CTN (TJMG - Agravo de Instrumento nº 1.0024.12.090830-6/001, Rel. Des. Moacyr Lobato, 9ª Câmara Cível, p. da súmula em 04.09.2014).

Como bem entendeu o Juízo de origem, à consideração da natureza das pretensões veiculadas na peça vestibular, incidem, sequencialmente, as disposições dos arts. 168 e 169 do Código Tributário Nacional, *in verbis*:

> Art. 168. O direito de pleitear a restituição extingue-se com o decurso do prazo de 5 (cinco) anos, contados:
>
> I - nas hipóteses dos incisos I e II do art. 165, da data da extinção do crédito tributário;
>
> II - na hipótese do inciso III do art. 165, da data em que se tornar definitiva a decisão administrativa ou passar em julgado a decisão judicial que tenha reformado, anulado, revogado ou rescindido a decisão condenatória.
>
> Art. 169. Prescreve em dois anos a ação anulatória da decisão administrativa que denegar a restituição.
>
> Parágrafo único. O prazo de prescrição é interrompido pelo início da ação judicial, recomeçando o seu curso, por metade, a partir da data da intimação validamente feita ao representante judicial da Fazenda Pública interessada.

Isso porque, a teor do documento de código 22, o requerimento administrativo foi apresentado em 24.11.2017, pela demandante, ou seja, anteriormente ao transcurso do prazo de 5 (cinco) anos delineado no art. 168 do Código Tributário Nacional, porquanto envolvidas a revisão e a compensação dos valores das contribuições vertidas aos demandados, a partir de novembro de 2012.

Além disso, tendo sido indeferido o mencionado pleito em 11.06.2019 (cód. 23), cuja decisão foi mantida em 01.10.2019 (cód. 25), em resposta à reconsideração solicitada pela requerente (cód. 24), não há dúvida de que, à luz da previsão do art. 169 daquele Digesto, a presente ação foi proposta oportunamente, em 29.10.2019, sem que nenhuma das parcelas discutidas haja sido alcançada pela prescrição.

A interrupção/suspensão do prazo prescricional, em caso de pedido administrativo de restituição, ocorre quando, como no caso, a ação judicial objetiva a anulação da decisão administrativa denegatória da restituição, mas não somente a repetição de indébito.

Nessa senda, a orientação do col. Superior Tribunal de Justiça:

> Processual civil e tributário. Ressarcimento por perdas financeiras decorrentes da antecipação de recolhimento do PIS (Decretos-Leis nº 2.445/1988 e 2.449/1988). Tributo sujeito a lançamento por homologação. Prazo prescricional de cinco anos após o fato gerador em caso de homologação tácita. Ação anulatória de decisão administrativa. Prescrição para a restituição. Não ocorrência. - Trata-se, na origem, de ação anulatória de decisão administrativa, que negou pedido de ressarcimento pelas supostas perdas financeiras que a empresa agravante sofreu, em virtude dos Decretos-Leis nº 2.445/1988 e 2.449/1988, posteriormente declarados inconstitucionais pelo STF, uma vez que teve que antecipar indevidamente o recolhimento do PIS, que, na sistemática da Lei Complementar nº 7/1970, incidia sobre o faturamento do sexto mês anterior à ocorrência do fato gerador. - Decidi mudar meu entendimento após apresentação de voto-vista pelo em. Ministro Mauro Campbell Marques, divergindo da minha posição anterior quanto ao não conhecimento do Recurso Especial pelo óbice das Súmulas nº 283 e 284 do STF, para acompanhá-lo quando propõe ultrapassar o juízo de admissibilidade do Recurso Especial para dar-lhe provimento. - O entendimento consagrado pelo STJ, antes da entrada em vigor da Lei Complementar nº 18/2005, é de que o prazo prescricional para a propositura da ação de repetição de tributos sujeitos a lançamento por homologação é de 5 (cinco) anos a contar da homologação, que, se tácita, ocorre depois de transcorridos 5 (cinco) anos do fato gerador. - Acerca do prazo prescricional para a restituição do indébito tributário, o Tribunal de origem decidiu considerar a pretensão de restituição parcialmente prescrita. Nesse sentido, destaca-se do acórdão recorrido (f. 498, e-STJ): "Assim, o *dies a quo* para a contagem da prescrição decenal é o recolhimento tido por inconstitucional, quando efetivamente foi violado o direito do contribuinte. Em 01.10.2001 o apelante ingressou na via administrativa para pedir a restituição, tendo tomado ciência da decisão administrativa denegatória definitiva em 24.02.2006. De acordo com o art. 151, III, do CTN, as reclamações e os recursos administrativos no âmbito tributário suspendem a exigibilidade do crédito, que voltou a correr em fevereiro de 2006. Assim, tendo o contribuinte ajuizado a ação dois anos depois (em fevereiro de 2008), fará jus à restituição do indébito não mais

desde outubro de 1991, mas sim do período entre fevereiro de 1993 e dezembro de 1995, pois os dois primeiros anos requeridos foram atingidos pela prescrição, em virtude da inércia do apelante em ingressar com a ação judicial". - O acórdão recorrido, ao aplicar diretamente o prazo do art. 168 do CTN quando a ação visa anular a decisão administrativa que denegou o pedido de restituição do indébito tributário, dissente da jurisprudência do STJ, segundo a qual "deve ser reformado acórdão recorrido que aplicou diretamente o prazo prescricional para repetição do indébito (art. 168 do CTN), em ação que pleiteia, também, a anulação da decisão administrativa denegatória da restituição" (art. 169 do CTN) (AgRg no REsp n° 1.316.775/ES, Rel. Min° Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, *DJe* de 17.09.2015). Agravo Interno provido para conhecer do Recurso Especial e dar-lhe provimento (STJ - AgInt. no REsp n° 1.613.840/RJ, Rel. Min° Herman Benjamin, Segunda Turma, j. em 09.06.2020, *DJe* de 04.09.2020).

Processual civil e tributário. Agravo regimental. Preliminar de nulidade. Digitalização incompleta. Ausência de prejuízo. Não acolhimento. Acórdão recorrido que aplicou diretamente o prazo prescricional da repetição do indébito. Ação anulatória de decisão administrativa denegatória de restituição. Art. 169 do CTN. Prescrição. Não ocorrência. Ausência de ofensa à Súmula n° 7 do STJ. Retorno dos autos à origem para prosseguimento do feito. - Não merece acolhida a preliminar de nulidade suscitada pela agravante, em razão da digitalização incompleta da última página do acórdão recorrido à f. 238 e-STJ, tendo em vista que o texto a que se refere encontra-se transcrito na ementa de f. 240 e-STJ, não havendo qualquer prejuízo à defesa por conta de tal vício. É cediço que a declaração da nulidade processual depende da demonstração da existência de prejuízo à parte interessada (*pas de nullité sans grief*), o que não ocorreu na hipótese. Por outro lado, a conversão do feito em diligência militaria contra o princípio da celeridade processual. - O presente feito trata de ação anulatória de decisão administrativa que negou restituição de indébito cumulada com repetição de indébito. A decisão administrativa que se pretende anular foi exarada em 20 de maio de 2002 e a ação anulatória foi ajuizada em 9 de fevereiro de 2004, portanto, dentro do prazo prescricional de dois anos previsto no art. 169 do CTN. - Deve ser reformado acórdão recorrido que aplicou diretamente o prazo prescricional para repetição do indébito (art. 168 do CTN), em ação que pleiteia, também, a anulação da decisão administrativa denegatória da restituição (art. 169 do CTN). Precedentes. - Afastada a prescrição da ação anulatória da decisão administrativa denegatória, devem os autos retornar à origem para prosseguimento do feito quanto às demais questões de mérito. - A aplicação do direito à hipótese não demandou reexame do contexto fático-probatórios dos autos, mas apenas outra valoração jurídica dos fatos expressamente consignados no bojo do acórdão recorrido, não havendo que se falar em incidência da Súmula n° 7 do STJ. - Agravo regimental não provido (STJ - AgRg. no REsp n° 1.316.775/ES, Rel. Min° Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, j. em 03.09.2015, *DJe* de 17.09.2015).

Posto isso, rejeito a prejudicial de prescrição.

Quanto ao mérito, conforme previsões contidas nos acordos coletivos de trabalho que instruem a exordial (códs. 10 a 21), aos empregados da postulante foram asseguradas gratificações por retorno

de férias, nas seguintes condições:

> Férias - Gratificação de Retorno
>
> Será concedida, ao empregado, uma gratificação de retorno de férias nas seguintes condições:
>
> a) O empregado que durante o período aquisitivo de férias não tiver tido faltas (à exceção das faltas previstas no art. 473 da CLT e neste acordo), receberá, quando do retorno do gozo de suas férias, uma gratificação equivalente a 40% (quarenta por cento) do salário nominal praticado no início das férias, limitado ao valor de R$1.124,22 (mil cento e vinte e quatro reais e vinte e dois centavos).
>
> b) O empregado que durante o período aquisitivo de férias tiver, no máximo, 2 faltas ao serviço (excepcionadas as previstas no art. 473 da CLT e neste acordo), receberá, quando do retorno do gozo de suas férias, uma gratificação equivalente a 25% (vinte e cinco por cento) do salário nominal praticado no início das férias, limitado ao valor de R$560,21 (quinhentos e sessenta reais e vinte e um centavos).
>
> c) A gratificação em questão só será devida ao empregado que estiver em gozo de férias e será paga quando do acerto do saldo salarial remanescente das férias.
>
> d) A gratificação retorno de férias não será devida nos casos de empregado que, durante o período aquisitivo de férias, tiver mais de 2 faltas ao serviço (excepcionadas as previstas no art. 473 da CLT e neste acordo) e quando finda a relação contratual, mesmo que o empregado tenha férias vencidas integrais e/ou férias proporcionais a serem liquidadas quando do pagamento/recebimento das verbas rescisórias.
>
> e) Se as férias forem gozadas em mais de 1 (um) período, a gratificação será paga quando do retorno do maior período. Em se tratando de períodos iguais, a gratificação será paga quando do retorno do último período.
>
> f) Em caso de férias coletivas, o empregado que não tiver período aquisitivo completo as gozará e as receberá proporcionalmente e, consequentemente, da mesma forma proporcional, lhe será paga a gratificação retorno de férias, iniciando-se, então, novo período aquisitivo.
>
> g) No período de gozo das férias o Empregado não receberá o benefício de Vale-transporte, bem como o respectivo desconto em folha não será efetuado.
>
> h) Ao dirigente sindical que, comprovadamente, faltar por necessidade do seu sindicato ou por solicitação escrita de outras entidades sindicais, sejam Federativas ou Confederativas, pagar-se-á a gratificação considerando-se as férias a que fizer jus, pelos mesmos percentuais, condições e limites estabelecidos nos itens anteriores.

No presente feito, remanesceu incontroverso que, sobre os valores correspondentes às rubricas "retorno de férias" e "diferença retorno de férias" incidiram as contribuições sociais destinadas aos requeridos, sendo discutido se tais verbas possuem ou não natureza salarial.

É sabido que as contribuições destinadas a terceiros (Sistema "S" - Sesc, SESI, SENAI, SENAT e outros) devem seguir a mesma sistemática legal de incidência das previdenciárias, em razão da identidade da base de cálculo, segundo o art. 3º, § 2º, da Lei nº 11.457/2007.

Observo que, no caso, não se aplica o entendimento sobre a incidência de contribuição previdenciária, objeto de enfrentamento pelo eg. Supremo Tribunal Federal em sede de Repercussão Geral (Tema nº 985).

Como mencionado, o presente litígio envolve as denominadas "gratificações por retorno de férias", que foram pagas a empregados da autora e incluídas na base de cálculo das contribuições sociais recolhidas em benefício dos réus, no período de 11/2012 a 10/2017.

Dos termos da cláusula dos acordos coletivos sindicais se apreende não se tratar do terço constitucional previsto no art. 7º, inciso XVII, da Constituição Federal, nem do conhecido "abono pecuniário", mas de bonificações estipuladas em reconhecimento à assiduidade de empregados, aos quais foram efetuadas por ocasião do retorno do gozo de suas férias.

O art. 28, inciso I, § 9º, alíneas *d* e *e*, itens 6 e 7, da Lei nº 8.212/1991, afasta a incidência da contribuição previdenciária sobre quantias recebidas pelo empregado ou trabalhador avulso, a título de férias indenizadas, de abono de férias convencionado e de ganhos eventuais desvinculados do salário:

> Art. 28. Entende-se por salário-de-contribuição:
>
> I - para o empregado e trabalhador avulso: a remuneração auferida em uma ou mais empresas, assim entendida a totalidade dos rendimentos pagos, devidos ou creditados a qualquer título, durante o mês, destinados a retribuir o trabalho, qualquer que seja a sua forma, inclusive as gorjetas, os ganhos habituais sob a forma de utilidades e os adiantamentos decorrentes de reajuste salarial, quer pelos serviços efetivamente prestados, quer pelo tempo à disposição do empregador ou tomador de serviços nos termos da lei ou do contrato ou, ainda, de convenção ou acordo coletivo de trabalho ou sentença normativa;
>
> [...]
>
> § 9º Não integram o salário-de-contribuição para os fins desta Lei, exclusivamente:
>
> [...]
>
> d) as importâncias recebidas a título de férias indenizadas e respectivo adicional constitucional, inclusive o valor correspondente à dobra da remuneração de férias de que trata o art. 137 da Consolidação das Leis do Trabalho-CLT;
>
> e) as importâncias:
>
> [...]
>
> 6. recebidas a título de abono de férias na forma dos arts. 143 e 144 da CLT;

> 7. recebidas a título de ganhos eventuais e os abonos expressamente desvinculados do salário;

Essas disposições se referem, de forma específica e apartada, aos ganhos dissociados do salário, ao abono pecuniário por conversão de 1/3 (um terço) do período de férias e ao abono de férias, esse que, de acordo com a segunda parte do art. 144 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), é ajustado em termo próprio entre os interessados, não integrando a remuneração do empregado, nem podendo exceder a vinte dias do salário, *in verbis*:

> Art. 144. O abono de férias de que trata o artigo anterior, bem como o concedido em virtude de cláusula do contrato de trabalho, do regulamento da empresa, de convenção ou acordo coletivo, desde que não excedente de vinte dias do salário, não integrarão a remuneração do empregado para os efeitos da legislação do trabalho.

Reitero que a situação analisada revela a pactuação de típico abono-assiduidade nos acordos coletivos de trabalho, reproduzidos sob os códigos 10 a 21, consubstanciando premiação pelo empenho dos empregados que atenderam às condições estipuladas na cláusula antes transcrita neste voto, não sendo destinado a remunerar os trabalhos por aqueles realizados.

Por isso, não há como se conferir natureza salarial e habitualidade à verba, sendo inadmissível que, sobre as respectivas importâncias, recaia a contribuição previdenciária e, consequentemente, a social instituída em favor dos suplicados.

A aplicação da regra do art. 201, § 11, da Constituição Federal, não ocorre incondicionalmente, como pretendido pelos demandados, por pressupor ganhos habituais incorporáveis ao salário, na forma da Lei.

Ao demais, o pagamento do abono/gratificação assiduidade, ora examinado, não ocorre em importância fixa, não advém de imposição legal, nem se assemelha a comissão, de modo a determinar a observância do que se contém no art. 457, § 1º, da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT).

Sobre a temática debatida, o col. Superior Tribunal de Justiça decidiu:

> Tributário. Contribuição previdenciária. Férias indenizadas. Auxílio-natalidade. Auxílio-funeral. Auxílio-educação. Vale-transporte. Diárias em valor não superior a 50% (cinquenta por cento) da remuneração mensal. Gratificação por assiduidade. Não incidência. Abono de férias. Incidência. [...] - O Superior Tribunal de Justiça também tem jurisprudência firmada quanto à não incidência da contribuição previdenciária patronal sobre o denominado abono assiduidade. Precedentes: REsp n° 1.580.842/SC, Rel. Min° Herman Benjamin, Segunda Turma, j. em 03.03.2016, *DJe* de 24.05.2016 e REsp n° 743.971/PR, Rel. Min° Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, j. em 03.09.2009, *DJe* de 21.09.2009) [...]. - Recurso especial parcialmente provido (STJ - REsp n° 1.806.024/PE, Rel. Min. Francisco Falcão, Segunda Turma, j. em 23.05.2019, *DJe* de 07.06.2019).

Tributário. Incidência de contribuição previdenciária sobre várias verbas. Recurso especial parcialmente provido. - Na origem, trata-se de ação ordinária em que se pretende declarar a inexistência de relação jurídico-tributária, no que concerne ao recolhimento das contribuições previdenciárias, das contribuições ao RAT/SAT, das contribuições ao Sistema S, das contribuições ao INCRA e das contribuições ao salário-educação incidentes sobre a folha de salário, referente (i) às férias usufruídas e indenizadas, ao terço constitucional de férias e ao abono de férias; (ii) às horas-extras, aos adicionais noturnos, de insalubridade e periculosidade, quando não habituais; (iii) ao aviso prévio gozado e indenizado e ao valor da multa prevista no art. 477, § 8º, da CLT; (iv) à remuneração paga durante os primeiros 15 (quinze) dias do auxílio-doença/acidente; (v) ao auxílio-maternidade, ao auxílio-creche e ao salário-família; (vi) às diárias para viagens, ao auxílio transporte, aos valores pagos pelo empregado para vestuário e equipamentos e à ajuda de custo em razão de mudança de sede; (vii) ao auxílio-educação, ao convênio de saúde e ao seguro de vida em grupo; e (viii) às folgas não gozadas, ao prêmio-pecúnia por dispensa incentivada e à licença-prêmio não gozada; ordenando, por conseguinte, que a Secretaria da Receita Federal do Brasil, em definitivo, abstenha-se de exigir da autora o recolhimento desse tributo. [...] - Por outro lado, as contribuições destinadas a terceiros (sistema S - Sesc, SESI, SENAI, SENAT e outros), em razão da identidade de base de cálculo com as contribuições previdenciárias (art. 3º, § 2º, da Lei nº 11.457/2007 - "remuneração paga, devida ou creditada a segurados do Regime Geral de Previdência Social"), "devem seguir a mesma sistemática que estas, não incidindo sobre as rubricas que já foram consideradas pelo Superior Tribunal de Justiça como de caráter indenizatório", tais como: auxílio-doença, aviso prévio indenizado, terço de férias e vale-transporte. Nesse sentido: AgInt no REsp nº 1.750.945/MG, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, j. em 05.02.2019, *DJe* de 12.02.2019. [...] - A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido de que não incide contribuição previdenciária, a cargo do empregador, sobre as verbas pagas a título de abono assiduidade, folgas não gozadas, auxílio-creche e convênio saúde. Precedentes: REsp nº 1.620.058/RS, Rel. Min. Og Fernandes, Segunda Turma, j. em 16.03.2017, *DJe* de 03.05.2017; REsp nº 1.660.784/RS, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, j. em 18.05.2017, *DJe* de 20.06.2017; AgRg no REsp nº 1.545.369/SC, Rel. Min. Assusete Magalhães, Segunda Turma, j. em 16.02.2016, *DJe* de 24.02.2016. AgInt no REsp nº 1624354/RS, Rel. Min. Francisco Falcão, Segunda Turma, j. em 15.08.2017, *DJe* de 21.08.2017. - Não incide contribuição previdenciária sobre abono-assiduidade, folgas não gozadas e prêmio pecúnia por dispensa incentivada, dada a natureza indenizatória dessas verbas. Precedentes do STJ. (REsp nº 712.185/RS, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, j. em 01.09.2009, *DJe* de 08.09.2009). - É firme, no Superior Tribunal de Justiça, o entendimento de que não incide contribuição previdenciária sobre abono-assiduidade e licença-prêmio não gozada convertida em pecúnia (AgRg no AREsp nº 464.314/SC, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, j. em 06.05.2014, *DJe* de 18.06.2014; AgRg no REsp nº 1.560.219/MG, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, j. em 17.12.2015, *DJe* de 10.02.2016). - Ante o exposto, deve ser dado parcial provimento ao agravo interno, para dar parcial provimento ao recurso especial para o fim de reformar o acórdão recorrido para considerar a incidência da contribuição previdenciária sobre as verbas de: adicional de transferência; remuneração das férias usufruídas; salário-maternidade, salário-paternidade, horas-extras, adicional de periculosidade e adicional noturno; salário pago no mês de férias usufruídas; repouso semanal remunerado, adicional de insalubridade, férias

> gozadas e décimo terceiro proporcional ao aviso prévio indenizado; atestados médicos em geral; sobre as horas-extras e sobre o aviso prévio gozado. - Agravo interno parcialmente provido nos termos da fundamentação (STJ - AgInt. no REsp. n° 1.602.619/SE, Rel. Min. Francisco Falcão, Segunda Turma, j. em 19.03.2019, *DJe* de 26.03.2019).
>
> Processual civil e tributário. Violação do art. 1.022 do CPC/2015. Não ocorrência. Incidência de contribuição previdenciária sobre: férias gozadas, horas extras, adicional noturno, de periculosidade e insalubridade, salário-maternidade, licença paternidade e auxílio quebra de caixa. Não incidência: abono-assiduidade, auxílio-creche e educação. [...] - Não incide contribuição previdenciária sobre abono-assiduidade, dada a natureza indenizatória dessas verbas. Precedentes do STJ (STJ - REsp n° 1.660.784/RS, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, j. em 18.05.2017, *DJe* de 20.06.2017).
>
> Processual civil. Tributário. Contribuição previdenciária. Abono-assiduidade. Não incidência. Precedentes. Súmula n° 83/STJ. - É firme no Superior Tribunal de Justiça o entendimento de que não incide contribuição previdenciária sobre abono-assiduidade e licença-prêmio não gozada convertida em pecúnia (AgRg no AREsp n° 464.314/SC, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, j. em 06.05.2014, *DJe* de 18.06.2014). Agravo regimental improvido (STJ - AgRg. no Resp. n° 1.560.219/MG, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, j. em 17.12.2015, *DJe* de 10.02.2016).

Por fim, registro que, à luz da orientação do eg. Tribunal da Cidadania, em cenário análogo, não se aplica a tese fixada pelo Pretório Excelso, em Repercussão Geral, no julgamento do Recurso Extraordinário n° 565.160/SC:

> Processual civil e tributário. Agravo interno nos embargos de declaração no recurso especial. Contribuição previdenciária incidente sobre valores recebidos a título de abono-assiduidade. Caráter indenizatório. Não incidência. Agravo interno da fazenda nacional desprovido. - Não se aplica ao caso a tese fixada em Repercussão Geral pelo STF, no RE n° 565.160/SC, de relatoria do Min. Marco Aurélio, eis que referente aos ganhos habituais do empregado. Aqui se trata de verba de caráter eminentemente indenizatório. - Agravo Interno da Fazenda Nacional desprovido (STJ - AgInt nos EDcl no REsp n° 1.559.504/SC, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, j. em 15.05.2018, *DJe* de 23.05.2018).

Destarte, subsistem a motivação e a conclusão da decisão de primeiro grau.

Com essas considerações, rejeito a prejudicial de prescrição e, no mérito, nego provimento ao recurso.

Imponho aos réus/apelantes as custas recursais, majorando os honorários advocatícios de sucumbência em 5% (cinco por cento) sobre o valor atualizado da condenação, nos termos do art. 85, § 11, do Código de Processo Civil.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES AMAURI PINTO FERREIRA E

EVANDRO LOPES DA COSTA TEIXEIRA.

Súmula - REJEITARAM A PREJUDICIAL DE PRESCRIÇÃO E, NO MÉRITO, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Apelação cível - Ação de obrigação de fazer cumulada com indenização por danos materiais e morais - Saques de valores em conta corrente mediante cartão magnético e uso de senha por terceira pessoa na "boca do caixa" - Falha na prestação de serviço - Ausência do cuidado e segurança necessários na disponibilização de valores para pessoa entranha ao titular da conta bancária - Danos materiais - Restituição devida - Danos morais indenizáveis - Inocorrência

- Uma vez constatada a disponibilização de valores de expressiva monta, mediante saque na "boca do caixa", com o uso de cartão magnético por pessoa diversa do titular da conta bancária, sem que tenha havido a sua necessária conferência de dados pessoais pelo agente bancário, impõe-se determinar a restituição dos referidos valores, sob pena de enriquecimento ilícito da instituição financeira, que poderá agir regressivamente contra o terceiro sacador.

- Ainda que o saque de valores existentes em conta bancária tenha ocorrido mediante cartão magnético e uso de senha, que deveria ser de conhecimento restrito do seu titular, não há como afastar o dever de restituição desses valores pela instituição financeira, quando o referido saque ocorre na "boca do caixa" e o agente bancário deixou de proceder às devidas cautelas para sua disponibilização. Impõe-se afastar a pretensão indenizatória por danos morais, decorrentes de descumprimento ou inobservância das necessárias cautelas na disponibilização de valores depositados em conta bancária para terceiros não autorizados pelo titular, quando referida falha não produzir maiores repercussões na esfera subjetiva do consumidor. A disponibilização indevida de valores existentes em conta bancária, a terceiros não autorizados, não gera, por si só, o dever de indenizar na esfera moral, devendo ser tratado na esfera da patrimonialidade com o respectivo e pleno restabelecimento do saldo existente.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0000.21.127766-0/001 - Comarca de Bonfim - Apelante: Ney Carla Aparecida Dornas, Sistemas de Cooperativa de Crédito do Brasil (Sicoob Crediúna) - Apelado: Ney Carla Aparecida Dornas, Sistemas de Cooperativa de Crédito do Brasil (Sicoob Crediúna). Relator: DES. BAETA NEVES.

Acórdão

Vistos, etc., acorda, em Turma, a 17ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em DAR PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO PRINCIPAL E JULGAR PREJUDICADO O RECURSO ADESIVO.

Belo Horizonte, 1 de dezembro de 2021. - *Baeta Neves* - Relator.

Voto

DES. BAETA NEVES - Trata-se de recursos de apelação cível, interposto por Sicoob Crediúna (Cooperativa de Crédito Crediúna Ltda.), principal, e Ney Carla Aparecida Dornas, adesivo, contra a sentença (documento de ordem nº 78), que, nos autos da ação de obrigação de fazer, ajuizada pelo segundo, em face do primeiro, julgou parcialmente procedentes os pedidos iniciais para condená-la a restituir a importância de R$8.000,00 (oito mil reais), devidamente corrigida pelos índices da CGJMG, a partir dos saques, acrescida de juros de mora de 1% (um por cento) ao mês desde a citação, bem como no pagamento de indenização a título de danos morais no importe de R$4.500,00 (quatro mil e quinhentos reais), corrigido pelos índices da CGJMG e acrescido de juros de mora de 1% (um por cento) ao mês, a partir da data da sentença.

Condenou ainda, a demanda no pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação, nos termos da Súmula nº 326 da STJ.

Em razões recursais (documento de ordem nº 80), a apelante pugna pela reforma da sentença, alegando que houve irregularidade na inversão do ônus da prova, ante a ausência de hipossuficiência técnica e verossimilhança das alegações, tendo o julgador singular se restringido a mencionar "hipossuficiência informacional".

Alega que competia à apelada comprovar que tinha cuidado com seu cartão de banco e senha, não podendo se exigir da apelante que comprovasse que a apelada consentiu com o saque, eis que se trata de prova diabólica.

Defende a ausência de conduta ilícita e, consequentemente, o dever de indenizar, ressaltando a culpa exclusiva da vítima, já que a terceira pessoa responsável pelos saques tratava-se de sua nora, namorada de seu filho.

Alega, ainda, que inexiste nos autos informação que ela tenha respondido por ato infracional em relação a subtração do valor, ao contrário, vê-se que, no Boletim de Ocorrência trazido aos autos, nada foi feito contra a menor, sua nora, observando que, segundo precedente do STJ, a senha é considerada assinatura pessoal e intransferível, bem como o fato de que inexiste determinação legal para exigir identificação para saque acima de R$1.000,00 (um mil reais).

Por fim, defende que não existe dever indenizatório, seja a título de danos materiais, seja a título de danos morais, eis que a apelada não apresentou sequer uma alegação em que teria tido sua honra objetiva ou subjetiva atacada pelo evento narrado na inicial. Na eventualidade de ser mantida sua condenação, pugna pela redução do valor arbitrado, revogando-se a gratuidade da justiça concedida a apelada, eis que possui plenas condições de arcar com as custas processuais e eventual sucumbência.

Preparo recursal (documento de ordem nº 81).

Em contrarrazões recursais (documento de ordem n° 82/84), a apelada refuta as teses recursais, pugna pelo não provimento do recurso aviado e, em razões adesivas (documento de ordem n° 85/86), a apelada, ora apelante adesiva, pugna pela reforma da sentença essencialmente no que concerne à necessidade de majoração do valor fixado para a indenização a título de danos morais e honorários advocatícios de sucumbência, ratificando o seu pedido de assistência judiciária gratuita.

Em contrarrazões adesivas (documento de ordem n° 87), o banco apelado pugna pelo não provimento do recurso adeviso e acolhimento do recurso principal.

É o relatório.

Passo ao voto.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço de ambos os recursos (principal e adesivo).

Cinge-se a controvérsia na aferição da responsabilidade da instituição financeira, pela disponibilização de valores existentes em conta bancária, mediante saque na "boca do caixa" com o uso de cartão magnético e senha, que deveriam ser de uso restrito do seu titular, por pessoa diversa e sem comprovada autorização.

Defendeu a apelante principal que houve irregularidade na inversão do ônus da prova, ante a ausência de hipossuficiência técnica e verossimilhança das alegações, tendo o julgador singular se restringido a mencionar "hipossuficiência informacional", tratando-se de prova diabólica inverter o ônus probatório para que comprove o consentimento da autora para o respectivo saque.

Defendeu a ausência de conduta ilícita e consequentemente o dever de indenizar, ressaltando a culpa exclusiva da vítima, já que a terceira pessoa responsável pelos saques tratava-se de sua nora, namorada de seu filho, bem como aduziu a inexistência de informação nos autos que esta tenha respondido por ato infracional em relação a subtração do valor, observando que, segundo precedente do STJ, a senha é considerada assinatura pessoal e intransferível, e que inexiste determinação legal para exigir identificação para saque acima de R$1.000,00 (um mil reais).

Por fim, defendeu que a apelada não apresentou sequer uma alegação em que teria tido sua honra objetiva ou subjetiva atacada pelo evento narrado na inicial. Na eventualidade de ser mantida sua condenação, pugnou pela redução do valor arbitrado, bem como pela revogação da gratuidade da justiça concedida a apelada, eis que possui plenas condições de arcar com as custas processuais e eventual sucumbência.

Já a apelante adesiva pugnou essencialmente pela majoração do valor arbitrado a título de danos morais.

Pois bem.

Conforme se depreende dos autos, restou incontroversa a ocorrência de dois saques de valores existentes na conta bancária da autora, sendo um no importe de R$3.000,00 (três mil reais) e o outro

de R$5.000,00 (cinco mil reais), mediante o uso de cartão magnético e senha, na "boca do caixa", por pessoa estranha à titular.

Conforme cediço, os contratos bancários, embora regidos pela legislação civil comum e por lei específica sobre a matéria, configuram nítida relação de consumo, implicando, por essa razão, à sua submissão aos princípios e regras insculpidos no Código de Defesa do Consumidor, e como tal, não se mostra razoável impor um maior sacrifício ao consumidor, adotando-se uma interpretação mais restritiva sobre as diversas situações jurídicas que envolvem os clientes correntistas, como genericamente pretendem as instituições financeiras.

O direito à informação encontra-se expresso no inciso XXXIII do art. 5º da Constituição da República, e permeia todo o caso em tela na sua face mais específica, tratada no Código de Defesa do Consumidor, constituindo, pois, uma das maiores garantias disponibilizadas aos cidadãos nas várias relações de consumo experimentadas no seu dia-a-dia.

Nesse toar, tenho que, no caso em tela, deflagrou-se nítida a quebra da lealdade e confiança na relação estabelecida entre a apelante principal e a autora, mediante a inobservância da boa-fé objetiva, com o rompimento da paridade que deveria existir entre as partes, pelo domínio da situação em mãos da instituição financeira na condução da movimentação financeira que culminou em efetivos danos materiais para a autora.

Ora, apesar da obrigação da autora de não deixar o seu cartão magnético e senha acessíveis para outras pessoas, seja de seu convívio pessoal ou não, não se mostra minimamente proporcional e razoável, na situação delineada nos autos, transferir-lhe a responsabilidade pelos saques efetivados na "boca do caixa" da agência bancária.

Com efeito, tratando-se de valores de expressiva monta e fora das operações de saque habitualmente realizadas pela autora, impõe-se reconhecer que faltou a necessária cautela, por parte da instituição financeira, ao disponibilizá-los sem a devida conferência de dados pessoais para certificar que se tratava da titular da conta bancária.

Ou seja, ainda que o saque de valores existentes em conta bancária tenha ocorrido mediante cartão magnético e uso de senha que deveria ser de conhecimento restrito do seu titular, não há como afastar o dever de restituição desses valores pela instituição financeira, quando o referido saque ocorre na "boca do caixa" e o agente bancário deixou de proceder às devidas cautelas para sua disponibilização.

Notadamente, não obstante a aparente semelhança entre a situação delineada nos autos e aquelas cujos saques impugnados pelos consumidores são realizados diretamente no caixa eletrônico, tem-se na presente hipótese a possibilidade plena e integral do agente financeiro de inibir a ação fraudulenta, fato do qual se descuidou a apelante principal.

Frise-se, por oportuno, que a conduta negligente praticada pelo agente bancário afasta qualquer responsabilidade por parte da autora, uma vez não comprovado que esta estava de conluio com a

namorada de seu filho, devidamente identificada pelas imagens gravadas pelo circuito interno da agência bancária, no momento do saque.

Vale dizer, por simples análise dos extratos bancários juntados aos autos, que a autora não tinha por habitualidade proceder a saques de valores tão expressivos quanto os que se deram no presente caso, o que, por si só, já causaria estranheza e dúvidas suficientes a justificar e exigir do agente bancário a respectiva conferência de dados pessoais no momento da solicitação na "boca do caixa".

Ademais, ao contrário do que defendeu a apelante principal, o Boletim de Ocorrência juntado aos autos (documento de ordem nº 5), noticia de maneira inequívoca a confissão da menor, nora da autora, quanto à prática do ato ilícito, sem que a autora tivesse conhecimento, impondo-se reconhecer o seu dever de restituição dos referidos valores indevidamente sacados, sob pena de enriquecimento ilícito da instituição financeira, que poderá agir regressivamente contra a infratora ou seus responsáveis legais.

Não se trata aqui de ignorar o ordenamento jurídico vigente para tutelar o direito pleiteado pela autora, procedendo-se a um julgamento pautado na emoção, em detrimento da razão e da justiça, mas sim de proceder a mais ampla interpretação das referidas regras à luz do que dispõe a Constituição Federal, buscando a adequada prestação jurisdicional.

Aliás, equivoca-se a apelante principal ao defender a impossibilidade de se defender e consequente impropriedade de inversão do ônus da prova, uma vez tratar-se de prova diabólica, eis que bastaria comprovar a plena e regular atuação de seu agente bancário no momento da disponibilização dos valores no momento do saque, fato que em momento algum restou demonstrado.

Ao contrário, restou irrefutável a atuação negligente e sem a devida segurança e certeza para a legitimação do ato.

Cabe, por oportuno, citar o ilustre constitucionalista Linares Quintana, quando discorre sobre a interpretação, construção e integração do direito constitucional, com base na opinião de Rafael Bielsa:

> A Constituição tem um fim ou fins. A apreciação dos fins implica a opção por um método teleológico, e não positivo e lógico-formal, já que quando juiz julga, não se limita a um exercício de lógica formal. [...] O juiz examina o valor da norma ou do princípio constitucional. Nesta apreciação intelectual, pela qual o administrador e o juiz decidem visando ao fim, consiste precisamente o emprego do método teleológico, cuja virtude é maior no direito público, segundo se viu no próprio ensaio de vários anos da Constituição alemã. [...] O juiz que julga, apoiado no método teleológico, [...] pode apreciar o elemento político, mas não no sentido com que o faria o legislador, mas com referência à Constituição ou norma fundamental. E somente assim pode livrar-se o juiz de invadir a órbita reservada ao legislador, e ao mesmo tempo manter o princípio da separação dos poderes. (Quintana, Segundo Linares. *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional*. Buenos Aires: Alfa, 1953. vol. II. p. 425-468).

O confronto principiológico vai sempre exigir a adoção de critérios assecuratórios específicos na ponderação dos valores em jogo, a fim de se preservar a máxima efetividade das normas constitucionais, relevando a defendida força normativa da Carta Magna.

Vale dizer, deve-se proceder a uma interpretação comparativa entre os vários métodos disponibilizados, desde os clássicos apresentados por Savigny e amplamente utilizados na teoria de Ernst Forstohff, quanto os contemporâneos e argumentativos, permeando no raciocínio conclusivo o indispensável senso de adequabilidade de Günther, que, no caso concreto, implicaria no que é mais adequado e específico, como corolário lógico da proporcionalidade.

Cabe, por oportuno, colacionar a importante lição de Paulo Bonavides acerca desse postulado aplicativo normativo da proporcionalidade, trazido do direito alemão:

> A liberdade, ou seja, amparando os direitos fundamentais, o princípio da proporcionalidade entende, principalmente, como diz Zimmerli, com o problema da limitação do poder legítimo, devendo fornecer o critério das limitações à liberdade individual. Diz Penalva, em oposição a Braibant, que a proporcionalidade é algo mais que um critério, regra ou elemento de juízo tecnicamente utilizável para afirmar as consequências jurídicas, porquanto "é princípio consubstancial ao Estado de Direito com plena e necessária operatividade, ao mesmo passo que a exigência de sua utilização se apresenta como uma das garantias básicas que se há de observar em toda hipótese em que os direitos e liberdades sejam lesados". [...] Tanto a jurisprudência constitucional em vários países da Europa como os órgãos da Comunidade Europeia, já não vacilam em fazer uso frequente desse princípio. A doutrina, por sua vez, busca consolidá-lo como regra fundamental de apoio e proteção dos direitos fundamentais e de caracterização de um novo Estado de Direito, fazendo assim da proporcionalidade um princípio essencial da Constituição (Bonavides, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 359-360).

Não menos importante, aparece na seara constitucional o postulado aplicativo normativo da razoabilidade, que impõe a mister congruência lógica entre a situação posta e os atos aos quais está sujeito a parte, considerando o sacrifício imposto para o cumprimento da obrigação.

Em outro norte, ainda que se trate de uma situação permeada pelas regras consumeristas, caberia a autora demonstrar minimamente os fatos constitutivos de seu direito quanto a ocorrência de danos morais, a ensejar o seu direito de obter uma indenização reparatória, o que, ao contrário do que entendeu o julgador singular, não se evidenciou nos autos.

Vale dizer, não restam dúvidas de que a apelante principal, de fato, procedeu à indevida disponibilização de valores existentes na conta bancária de titularidade da autora, porém, a questão trazida a discussão permeia-se exclusivamente pela esfera da patrimonialidade, cuja falha na prestação de serviço restou integralmente reconhecida culminando no pleno restabelecimento da situação *quo ante*.

Ou seja, a prática ilícita cometida pela apelante principal foi revertida, restabelecendo-se todos os

direitos da autora, pelo que, embora afirme ter experimentado uma situação constrangedora, humilhante e desesperadora sofrida em razão do indevido cancelamento do seu plano de saúde, além de angústia, aflição, medo, tristeza, ansiedade, sofrimento profundo e abalo psicológico, inexiste qualquer comprovação material quanto à existência de maiores repercussões da conduta ilícita praticada pela instituição financeira capaz de determinar a indenizabilidade do dano moral experimentado.

Com efeito, a notificação extrajudicial (documento de ordem nº 11), por si só, não possui densidade suficiente a ensejar o reconhecimento de um dano moral indenizável, já que o objetivo da instituição financeira era inibir a divulgação do evento por parte da autora, protendo, assim, sua imagem perante a localidade, valendo ressaltar ainda que se colocou inteiramente à disposição para a apuração dos fatos.

Ou seja, ao contrário do que defende a autora, não é possível extrair da realidade processual apresentada nos autos a ocorrência de um ato ilícito praticado pela apelante a ensejar a sua condenação, além da esfera da patrimonialidade.

Com efeito, sem desconhecer os possíveis dissabores e transtornos para a regularização da falha na prestação de serviços que culminaram na indevida disponibilização de valores existentes em sua conta bancária, nenhuma repercussão houve à sua esfera subjetiva, não havendo que se falar em ato ilícito capaz de ensejar qualquer tipo de indenização na esfera da extrapatrimonialidade.

Ora, as regras civilistas são inequívocas ao estabelecer que somente haverá responsabilidade subjetiva com a ocorrência simultânea da culpa, dano e nexo de causalidade.

No caso em apreço, impõe-se diferenciar o dano moral do dano moral indenizável, este sim ensejador de uma reparação com natureza eminentemente compensatória e amenizante dos efeitos sofridos pela lesão causada, o que definitivamente não se evidenciou no presente caso.

Vale dizer, o dano moral caracteriza-se por uma lesão à dignidade da pessoa humana, ou seja, um dano extrapatrimonial que atinge os direitos da personalidade, violando os substratos principiológicos da liberdade, integridade psico-física, igualdade e solidariedade.

Objetivamente, inviável aferir qualquer afronta à dignidade da autora em sua essência humana, mas tão somente uma possível experiência de desagrado e desgosto, pelo que deve ser reformada a sentença neste tocante.

Dadas estas considerações, tenho por prejudicada a análise do recurso adesivo, cujo objetivo exclusivo era a majoração do valor arbitrado a título de danos morais.

Por fim, no que concerne ao pedido de revogação da concessão dos benefícios da assistência judiciária gratuita, tenho que inexiste nos autos fundamentos a justificá-la.

Vale dizer, a autora qualifica-se como técnica de enfermagem, cujo contracheque juntado aos autos (documento de ordem nº 3), informa de maneira clara um vencimento mensal no importe de

R$1.454,92 (um mil, quatrocentos e cinquenta e quatro reais e noventa e dois centavos), ou seja, pouco mais que 1 (um) salário mínimo.

Logo, o fato de possuir uma reserva financeira equivalente ao valor indevidamente sacado e discutido na presente demanda, por si só, não implica no reconhecimento de uma possibilidade de arcar com as custas e despesas processuais.

À mingua de provas efetivas e capazes de demonstrar uma plena capacidade financeira para assumir os ônus sucumbenciais, mantenho inalterada a decisão do julgador singular que deferiu a gratuidade da justiça em favor da autora.

Diante do exposto, dou provimento parcial ao recurso principal, para reformar a sentença e julgar parcialmente procedentes os pedidos inicias, decotando da condenação a indenização concedida a título de dano morais, mantendo-a quanto ao mais. Por consequência, julgo prejudicado o recurso adesivo e condeno ambas as partes, na proporção de 50% (cinquenta por cento) para cada, no pagamento das custas processuais e honorários advocatícios de sucumbência, fixados na sentença.

No mais, condeno as partes no pagamento das custas recursais referentes aos seus próprios recursos e majoro os honorários advocatícios sucumbenciais em 2% (dois por cento), em observância ao disposto no § 11 do art. 85 do CPC/2015, suspensa a exigibilidade em relação a autora, em razão da gratuidade da justiça.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES EVANDRO LOPES DA COSTA TEIXEIRA E APARECIDA GROSSI.

Súmula - DAR PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO PRINCIPAL E JULGAR PREJUDICADO O RECURSO ADESIVO.

Apelação cível - Julgamento simultâneo - Reivindicatória e usucapião, contrapostas, referentes ao mesmo imóvel - Preliminar de cerceamento de defesa - Rejeição - Preliminar de inépcia recursal - Requisitos da reivindicatória demonstrados - Indenização pelo usufruto no período de posse injusta - Manutenção

- Não configura cerceamento de defesa a ausência de memoriais, uma vez que tal peça processual não é obrigatória, à luz do art. 364 do CPC.

- A observância ao princípio da dialeticidade do recurso, consagrado no art. 1.010, III, do CPC, revela-se no sentido de que a insurgência contida no apelo deve conter os fundamentos de fato e de direito que consubstanciam as razões do inconformismo com a decisão objeto de impugnação. No caso, não há razões insuficientes ou dissociadas, o que conduz ao conhecimento dos recursos em ambos os feitos.

- São requisitos da ação reivindicatória: a) que o autor tenha a titularidade do domínio sobre o bem reivindicando; b) que a coisa esteja devidamente individualizada; e c) que esteja injustamente em poder do réu. Requisitos demonstrados.

- Provada a posse injusta do imóvel, os proprietários têm o direito de imitirem- se na sua posse, tendo em vista que comprovaram os requisitos da ação reivindicatória e lograram afastar a usucapião.

- Quanto aos aluguéis pelo usufruto do imóvel após a notificação de 16.05.2013, nada há a ser alterado, por configurar posse injusta a partir de então.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0045.13.001907-3/001 - Comarca de Caeté - Apelante: Geralda Maria Lacerda - Apelado: Midian Souza e Silva, Mailaynne Natividade Cristina de Souza e Silva e outro, Mirian de Souza e Silva, Cristiana Jesus de Oliveira e outro, Ariele de Oliveira Silva, Raimundo José da Silva - Interessado: Nubia de Souza e Silva, Marcelo Luiz Cotta e outro. 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 REJEITAR PRELIMINARES DE INÉPCIA RECURSAL E DE CERCEAMENTO DE DEFESA E NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 14 de dezembro de 2021. - *Sérgio André da Fonseca Xavier* - Relator.

Voto

DES. SÉRGIO ANDRÉ DA FONSECA XAVIER - Trata-se de apelação cível interposta por Geralda Maria Lacerda, contra sentença proferida pelo Juízo da 1ª Vara Cível, Criminal e de Execução Penal da Comarca de Caeté, que, na "ação reivindicatória" movida por Cristiana Jesus de Oliveira e outros, julgou procedentes os pedidos, nos seguintes termos:

> Pelo exposto, por tudo o que consta nos autos, julgo procedentes os pedidos iniciais (art. 487, I, do CPC), para: a) reconhecer a propriedade dos autores sobre o imóvel objeto desta ação, e determinar que os mesmos exerçam seu direito de posse sobre o bem, com ordem de desocupação voluntária pela ré em 60 (sessenta) dias, sob pena de despejo compulsório; b) condenar a ré ao pagamento de aluguéis mensais (indenização por fruição indevida), no período de maio/2013 até a efetiva desocupação do imóvel, a ser apurado mediante liquidação por arbitramento (art. 509 do CPC), sobre o qual deverá ser corrigida monetariamente pelos índices da Tabela da Corregedoria Geral de Justiça do Estado de Minas Gerais, a partir do 1º dia útil de cada mês de vencimento, acrescida de juros de mora de 1% (um por cento) ao mês, contados da citação.
>
> Isento a ré das custas (art. 10, II, da Lei Estadual n° 14.939/03), mas a condeno ao pagamento das despesas processuais, caso existentes, e honorários de sucumbência, os quais fixo em 15% (quinze por cento) sobre o valor da condenação (art. 85, § 2º, do CPC), suspensa a exigibilidade em razão do disposto no art. 98, § 3º, do CPC). Transitada em julgado a presente decisão, dê-se baixa e arquive-se.
>
> Publicar. Registrar. Intimar. RUPE.
>
> Caeté, 16 de dezembro de 2020.
>
> Maria de Lourdes Tonucci Cerqueira Oliveira Juíza de Direito.

Em seu recurso, a apelante reafirma ter vivido em união estável com João Paulo de Souza e Silva, de novembro de 2001 a março de 2008, o qual teria adquirido o bem mediante permuta de outro imóvel com José Carlos da Silva.

Diz que, na partilha realizada após a dissolução da união estável, João Paulo de Souza e Silva ficou com os veículos e os móveis que guarneciam a residência do casal, e, por seu turno, o imóvel em litígio passou a integrar o seu patrimônio exclusivo.

Invoca a aplicação do art. 1.243 do Código Civil, que garante a soma da sua posse à dos antecessores.

Declaração de próprio punho de João Paulo de Souza e Silva, bem como relatos registrados em B.O., comprovam a união estável.

Documentos dos autos demonstram que já estava exercendo a posse justa e de boa-fé do imóvel 10 (dez) anos antes do ajuizamento.

Após a dissolução da união estável, ergueu uma casa de morada no imóvel, com a ajuda dos filhos.

Refuta a condenação ao pagamento de aluguéis.

Não houve o registro da matrícula no CRI em face do falecimento de José Carlos da Silva em 2003.

O imóvel entregue em permuta foi transferido a José Carlos da Silva ainda em vida e está na posse dos herdeiros, ora apelados.

A apelada, em impugnação à contestação, passou a admitir a permuta, afirmando que o bem deveria ter sido transferido a João Paulo de Souza e Silva.

A apelada age de má-fé ao reivindicar o imóvel. Foi obstada de apresentar memoriais.

Lista documentos dos autos que considera aptos à prova do seu direito. Reafirma sua boa-fé, na forma do art. 422 do Código Civil.

A manutenção do *decisum* implicaria em enriquecimento ilícito dos apelados, art. 884 do Código Civil.

Ao final, é pelo provimento do recurso, segundo as suas razões.

Em contrarrazões, foram suscitadas preliminares de cerceamento de defesa e de inépcia recursal por ausência de dialeticidade e por inovação recursal. No mérito, pediu-se a manutenção do julgado em seus exatos termos.

Chamado o feito à ordem, Ariele de Oliveira Silva, que atingiu a maioridade, regularizou sua representação processual.

É o relatório.

Preliminar de inépcia recursal suscitada em contrarrazões.

A observância ao princípio da dialeticidade do recurso, consagrado no art. 1.010, III, do CPC, revela-se no sentido de que a insurgência trazida no apelo deve conter os fundamentos de fato e de direito que consubstanciam as razões do inconformismo com a decisão objeto de impugnação.

Pertinente à matéria, assim lecionam Fredie Didier Jr. e Leonardo José Carneiro da Cunha:

> Para que o recurso seja conhecido, é necessário, também, que preencha determinados requisitos formais que a lei exige; que observe "a forma segundo a qual o recurso deve revestir-se". Assim, deve o recorrente, por exemplo, sob pena de inadmissibilidade de recurso: a) apresentar suas razões, impugnando especificamente as razões da decisão recorrida; [...] Princípio da dialeticidade. De acordo com este princípio, exige-se que todo recurso seja formulado por meio de petição na qual a parte, não apenas manifeste seu inconformismo com ato judicial impugnado, mas, também, e necessariamente, indique os motivos de fato e de direito pelos quais requer o novo julgamento da questão nele cogitada. Na verdade, trata-se de princípio ínsito a todo processo, que é necessariamente dialético

(*Curso de Direito Processual Civil*: Teoria Geral dos Recursos. Salvador: JusPodivm, 2006. v. 3. p. 46-47).

Neste sentido o col. STJ:

> Agravo interno no Agravo em Recurso Especial. Ausência de impugnação dos fundamentos da decisão agravada. Inobservância do art. 1.021, § 1º, do CPC/2015. Incidência da Súmula nº 182/STJ. Alegação de ofensa aos arts. 757 e 760 do CC. Inovação recursal. Agravo interno não conhecido. - Viola-se o princípio da dialeticidade recursal quando as razões do agravo interno deixam de infirmar especificadamente os fundamentos da decisão agravada. A inobservância do preceito contido no art. 1.021, § 1º, do CPC/2015 atrai a aplicação do enunciado da Súmula nº 182/STJ. - Segundo esta Corte Superior, "é vedado, em sede de agravo interno, ampliar-se o objeto do recurso especial, aduzindo-se questões novas, não suscitadas no momento oportuno, em virtude da ocorrência da preclusão consumativa" (STJ - AgInt no REsp nº 1.536.146/PB, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, *DJe* de 14.09.2016). Agravo interno não conhecido (AgInt no AREsp nº 1152252/SC, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, j. em 06.02.2018, *DJe* de 22.02.2018)
>
> Direito processual civil. Agravo interno. Embargos de declaração. Agravo em recurso especial. Inépcia. Inovação recursal. Impossibilidade. Preclusão consumativa. - O CPC/2015 no seu § 1º do art. 1.021, adotou a observância do Princípio da Dialeticidade como pressuposto de admissibilidade recursal. Consequentemente, o agravo interno que não impugna especificamente os fundamentos utilizados na decisão agravada não deve ser conhecido. - Não se admite inovação recursal em agravo regimental, em razão do instituto da preclusão consumativa. - Agravo interno no agravo em recurso especial não conhecido (STJ - AgInt nos EDcl no AREsp nº 978.837/RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 20.06.2017, *DJe* de 23.06.2017).

Em consonância, o posicionamento deste Tribunal:

> Apelação cível. Ação revisional de cláusulas contratuais. Sentença que indefere a petição inicial. Preliminar, de não conhecimento do recurso por inépcia a peça recursal. Razões recursais em desconexão com a sentença. Ausência de pressuposto objetivo de admissibilidade. Recurso não conhecido. - O STJ já pacificou entendimento no sentido de que não se deve conhecer, por irregularidade formal violadora do princípio da dialeticidade, do recurso cujas razões não combatem integralmente os fundamentos da decisão impugnada. - As razões recursais que não enfrentam a fundamentação adotada na sentença hostilizada conduzem ao não conhecimento da apelação, pelo não atendimento do requisito inserto no art. 1.010, II, do NCPC. - Apelação não conhecida (TJMG - Apelação Cível nº 1.0702.15.031224-8/001 - Rel. Des. Mariangela Meyer, *DJe* de 27.10.2017).
>
> Apelação. Ação ordinária. Revisão de cláusulas contratuais. Inépcia da inicial. Art. 485, incisos I e IV, do CPC. Razões recursais dissociadas. Ofensa à dialeticidade. Justiça gratuita. Art. 99, §§ 2º, 3º e 4º, do CPC. - O princípio da dialeticidade exige que a parte não apenas

> manifeste seu inconformismo com ato judicial impugnado, mas, também, e necessariamente, indique os motivos de fato e de direito pelos quais requer o novo julgamento da matéria, sob pena de não conhecimento do recurso (CPC, art. 1.010, II, III e IV) (TJMG - Apelação Cível n° 1.0000.17.046063-8/001 - Rel. Des. José Flávio de Almeida, *DJe* de 11.07.2017).

Ora, está bem claro que a apelante, ao renovar, na via recursal, sua defesa na reivindicatória, está a atacar de forma suficiente e congruente a sentença desfavorável.

Demais disso, o STJ já assentou o entendimento de que "A obrigatória adstrição do julgador ao pedido expressamente formulado pelo autor pode ser mitigada em observância dos brocardos da *mihi factum dabo tibi ius* (dá- me os fatos que te darei o direito) e *iura novit curia* (o juiz é quem conhece o direito) (REsp n° 1490618/MA).

Consequentemente, aqui não há afronta aos limites objetivos da petição inicial e da sentença, mantido incólume o princípio da congruência.

Portanto, rejeito a preliminar de inépcia recursal por razões insuficientes e destoantes.

Da preliminar de cerceamento de defesa.

O fato é que não configura cerceamento de defesa a ausência de memoriais, uma vez que tal peça processual não é obrigatória, à luz do art. 364, § 2º, do CPC, que é bem claro:

> Art. 364. Finda a instrução, o juiz dará a palavra ao advogado do autor e do réu, bem como ao membro do Ministério Público, se for o caso de sua intervenção, sucessivamente, pelo prazo de 20 (vinte) minutos para cada um, prorrogável por 10 (dez) minutos, a critério do juiz.
>
> § 1º Havendo litisconsorte ou terceiro interveniente, o prazo, que formará com o da prorrogação um só todo, dividir-se-á entre os do mesmo grupo, se não convencionarem de modo diverso.
>
> § 2º Quando a causa apresentar questões complexas de fato ou de direito, o debate oral poderá ser substituído por razões finais escritas, que serão apresentadas pelo autor e pelo réu, bem como pelo Ministério Público, se for o caso de sua intervenção, em prazos sucessivos de 15 (quinze) dias, assegurada vista dos autos.

E a jurisprudência deste Tribunal confirma o entendimento:

> Não se há de falar em cerceamento de defesa pela não concessão às partes da oportunidade de apresentarem alegações finais (memoriais), já que a apresentação dessa peça não é obrigatória, configurando mera faculdade do juiz, que poderá determinar, ou não, a sua elaboração de acordo com a complexidade da matéria em debate, conforme disposto no art. 364 do CPC. [...] (TJMG - Apelação Cível n° 1.0672.10.021449-9/001, Rel. Des.

> Marcos Henrique Caldeira Brant, 16ª Câmara Cível, j. em 06.10.2021, p. da súmula em 08.10.2021)

Anote-se que, instadas a especificarem provas, ambas as partes quedaram inertes.

Assim, rejeito a preliminar de cerceamento de defesa. Presentes os requisitos de admissibilidade, conheço do recurso.

Do mérito.

Ora, a ação reivindicatória tem cunho petitório, ou seja, o direito pleiteado pelos autores/apelados se funda na propriedade do imóvel, provada com o registro constante da matrícula nº 1.430 do CRI de Caeté, bem como na posse injusta da apelante.

Consequentemente, a ação reivindicatória é a ação petitória adequada para os apelados retomarem o imóvel.

Embora a apelante justifique o exercício de sua posse sobre o imóvel, com base em suposta partilha de bens com João Paulo de Souza e Silva, não provou a integração do bem ao patrimônio comum, muito menos o período de posse - já que sequer provou a existência e a duração de eventual união estável - ademais, há documento que afirma que a posse foi recebida por João Paulo de Souza e Silva a título de comodato verbal, prorrogando-se a situação à apelante por mera tolerância, não induzindo posse (art. 1.208 do Código Civil). Ainda que se admita a permuta entre João Paulo de Souza e Silva e José Carlos da Silva, a apelante não provou a propalada união estável e a partilha.

A ação reivindicatória possui fundamento no direito de sequela, disciplinado pelo art. 1.228 do Código Civil, sendo aquela proposta pelo proprietário destituído posse, em face do não proprietário que a detém de forma injusta.

Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald ensinam:

> Enquanto as faculdades de usar, gozar e dispor se relacionam à tutela do domínio, possibilitando o exercício do senhorio pelo dono sobre a coisa, a pretensão reivindicatória se qualifica como a tutela conferida ao titular consequente à lesão ao direito subjetivo de propriedade por parte de qualquer um que desrespeite o dever genérico e universal de abstenção. Assim, a reivindicatória é a extensão do direito de sequela ao titular da propriedade como forma de recuperação da posse obtida injustamente por terceiros. [...] É possível que, em algum momento, o proprietário esteja privado dos poderes de uso e gozo, pelo fato de terceiro injustamente obter a posse da coisa. A ação reivindicatória é consequente ao direito de sequela - *jus persequendi* -, sendo tradicionalmente concebida como a pretensão ajuizada pelo proprietário não-possuidor contra o possuidor não-proprietário (*Direitos Reais*. 3ª ed. São Paulo: Lumen Juris, 2006. p. 187).

Como se vê, nas hipóteses em que o detentor do domínio estiver impossibilitado de usar e gozar do bem, devido à conduta de terceiro, que o detém injustamente, será cabível a propositura da ação reivindicatória, visando a sua retomada.

Para a procedência da ação reivindicatória, a jurisprudência tem exigido a demonstração dos seguintes requisitos: a) que o autor tenha a titularidade do domínio sobre o bem reivindicando; b) que a coisa esteja devidamente individualizada; e c) que esteja injustamente em poder do réu.

Os apelados comprovaram a titularidade do domínio e a individualização do imóvel ocupado pelo apelante, conforme registro.

A respeito da terceira condição da ação reinvindicatória - retenção injusta do imóvel por terceiro não proprietário - deve-se destacar que posse justa é aquela cuja aquisição não repugna ao direito.

Humberto Theodoro Júnior, desta que:

> [...] o conceito de posse injusta, para efeito de ação reivindicatória, não é o mesmo que prevalece para os interditos possessórios. No campo da tutela interdital qualquer posse merece proteção, desde que não violenta, clandestina nem precária. No âmbito, porém, da ação dominial por excelência, que é a reivindicatória, fundada no art. 524 do Código Civil, injusta é qualquer posse que contrarie o domínio do autor [...] (*Propriedade e Direitos Reais Limitados*: Direitos Reais II. Rio de Janeiro: Aide, 1991. p.91).

Além disso, o art. 1.228 do Código Civil é claro:

> Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.

O que restou provado é que a apelante permaneceu no imóvel por mera tolerância e foi notificada para a saída em 16.05.2013, consequentemente, sua posse é injusta.

Logo, considerando que os apelados comprovaram a titularidade do domínio e a individualização do imóvel injustamente ocupado pela apelante a partir de 16.05.2013, a procedência desta ação reivindicatória é medida que se impõe.

Nesse sentido, a jurisprudência deste Tribunal:

> Apelação cível. Ação reivindicatória. Titularidade do domínio do autor. Individuação da área. Posse injusta dos réus. Requisitos comprovados. - Em ação reivindicatória, que é de cunho petitório, basta ao autor provar a sua propriedade e a posse injusta do réu, eis que tal modalidade de demanda tem como objetivo assegurar ao titular do domínio, o uso e gozo da coisa, *ex vi* do pelo art. 1.228 do CC/2002. - O autor da reivindicatória deve individualizar a área objeto de seu pedido, o que significa que a petição inicial deverá conter, necessariamente, a descrição do bem vindicando, de modo a torná-lo certo

em sua dimensão, com descrição de seus limites, inclusive para que a sentença possa ser executada sem injustiça. - Restando comprovada pela prova pericial a invasão do imóvel dos autores, ainda que a responsabilidade seja de antigos vendedores ao requeridos, tal vicio acompanha o imóvel e, portanto, devem eles devolverem a parte do imóvel a quem compete. - Quando se trata da ação dominial por excelência, que é a reivindicatória, fundada no art. 1228 do CC/2002, injusta é qualquer posse que contrarie o domínio do autor (TJMG - Apelação Cível nº 1.0713.12.001403-8/001, Rel. Des. Alexandre Santiago, 11ª Câmara Cível, j. em 27.04.2016, p. da súmula em 06.05.2016).

Quanto aos aluguéis, pelo usufruto do imóvel após a notificação de 16.05.2013, nada há a ser alterado, por configurar posse injusta a partir de então.

Ante o exposto, rejeito preliminares de cerceamento de defesa e de inépcia recursal e nego provimento ao recurso.

Custas recursais pela apelante. Majoro em R$1.000,00 (mil reais) os honorários sucumbenciais devidos pela apelante, suspensa a exigibilidade de tais verbas por litigar sob o pálio da justiça gratuita.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES JOSÉ EUSTÁQUIO LUCAS PEREIRA E HABIB FELIPPE JABOUR.

Súmula - REJEITARAM PRELIMINARES DE INÉPCIA RECURSAL E DE CERCEAMENTO DE DEFESA E NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Apelação cível - Rescisão de contrato e indenizatória - Compra e venda de imóvel e cessão de direitos de permissão continuada - Lotes de propriedade do município - Promessa de doação - Condições expressas no contrato - Dolo/erro - Não caracterização - Ônus da prova - Dever de indenizar não configurado

- Nos termos do art. 373 do CPC, é ônus do autor provar os fatos constitutivos do seu direito e, do réu, os fatos modificativos, extintivos ou impeditivos do direito do autor.

- Constando expressamente do contrato que o imóvel é de propriedade do Município e que os apelados são apenas possuidores, não há que se falar em dolo, vício de consentimento ou descumprimento contratual por parte dos vendedores, até porque a prova testemunhal corrobora a existência de promessa de doação, a qual ainda não se concretizou.

- Para a configuração do dever de indenizar, nos termos dos arts. 186 e 927 do CC/02, devem estar presentes os pressupostos da responsabilidade civil (dano, ato ilícito e nexo de causalidade).

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0411.17.004720-2/001 - Comarca de Matozinhos - Apelante: Francisco Ferreira - Apelados: Luiz Carlos dos Santos, Cláudia Quirino dos Santos, Jéssica Patrícia dos Santos. Relator: DES. SÉRGIO ANDRÉ DA FONSECA XAVIER.

Acórdão

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

Belo Horizonte, 15 de dezembro de 2021. - *Sérgio André da Fonseca Xavier* - Relator.

Voto

DES. SÉRGIO ANDRÉ DA FONSECA XAVIER - Trata-se de apelação cível, interposta por Francisco Ferreira contra a r. sentença (doc. 13), proferida nos autos da "ação de rescisão contratual c.c. danos materiais e danos morais", ajuizada em face de Cláudia Quirino dos Santos, Luiz Carlos dos Santos e Jéssica Patrícia dos Santos, que julgou improcedentes os pedidos iniciais, condenando o autor no pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios de sucumbência, fixados em R$1.000,00 (mil reais), suspensa a exigibilidade, ante o deferimento da gratuidade de justiça.

Opostos embargos de declaração (doc. 14), foram rejeitados (doc. 16).

O apelante, em suas razões (doc. 18), narra que celebrou contrato com os apelados de compra e venda de imóvel, tendo por objeto dois lotes de terra, no valor total de R$24.000,00 (vinte e quatro mil reais), pagos na assinatura da avença. Sustenta que na época da negociação, os apelados infor-

maram que os lotes pertenciam ao Município e que estavam em processo de doação, o que, inclusive, constou no contrato. Enfatiza que os apelados não cumpriram o avençado, estando o imóvel, até a presente data, na propriedade do Município, já que não se concretizou o tal processo de doação. Destaca o depoimento da testemunha dos apelados, que declarou que não havia processo de doação, mas a promessa de um político sem qualquer formalização. Assevera que foi levado a erro pelos apelados, os quais se mantiveram inertes por mais de dez anos e que, por sua vez, cumpriu integralmente com suas obrigações, sendo devida a rescisão do contrato, com a restituição dos valores pagos, além de lucros cessantes e indenização por danos morais.

Ao final, é pelo provimento do recurso. Sem contrarrazões (doc. 20).

É o relatório.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

Pretende o autor/apelante a rescisão do contrato de compra e venda de imóvel e cessão de direitos de permissão, com restituição dos valores pagos, além de indenização por danos materiais e morais, alegando que foi induzido a erro pelos apelados, os quais não cumpriram o avençado e não entregaram a documentação necessária à outorga da escritura pública.

No que toca à responsabilidade civil por ato ilícito, prescreve o art. 186 do CC/2002: "aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligencia ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito'.

Por seu turno, dispõe o art. 927 do mesmo Diploma Legal: "aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo".

Para se analisar o dever de indenizar, devem estar presentes os pressupostos da responsabilidade civil (dano, ato ilícito e nexo de causalidade), conforme esclarece 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 Dano*. 4. ed. Rio de Janeiro: Âmbito Cultural, 1992. p. 13).

Extrai-se dos autos que as partes celebraram Contrato Particular de Compra e Venda de Imóvel e Cessão de Direito de Permissão Continuada, referente aos lotes 19 e 20 da Quadra 147, situados na Rua Florianópolis, 11, Bairro Bom Jesus, Matozinhos/MG, de propriedade do Município (doc. 4 - f. 11/13).

Nos termos do art. 373 do CPC, é ônus do autor provar os fatos constitutivos do seu direito e, do réu, os fatos modificativos, extintivos ou impeditivos do direito do autor.

Em que pese o entendimento contrário do apelante, não restou evidenciado vício de consentimento na contratação, tendo em vista que o contrato é expresso ao indicar que o imóvel pertence ao Município de Matozinhos e estaria em processo de doação, sendo os apelados, apenas, possuidores, senão vejamos (doc. 4 - f. 11/13):

> 1 - Os promissários vendedores, são legítimos possuidores de um imóvel, situado à Rua Florianópolis, nº 11, sendo os lotes 19 e 20 da Quadra 147 no bairro Bom Jesus, nesta cidade de Matozinhos.
>
> Este lote é de propriedade da Prefeitura Municipal de Matozinhos, onde através de uso permissionário, os mesmos adquiriram o referido imóvel, onde muraram e iniciaram ali uma construção, sendo que os referidos lotes está em processo de doação definitiva junto à Prefeitura.

A própria cláusula 5ª, que o apelante alega não ter sido cumprida pelos apelados, estabelece que somente poderá ser lavrada a Escritura Pública definitiva, após a liberação dos lotes pelo Município. Confira-se:

> 5 - É de total responsabilidade dos vendedores entregar o imóvel em condições legais para passar a Escritura Definitiva tão logo a Prefeitura Municipal liberar o Minuta para lavrar a Escritura definitiva, uma que a Escritura e registro será de responsabilidade do comprador, sem ônus para os vendedores.
>
> 6 - O comprador não poderá transmitir, ceder ou transferir os direitos decorrente deste instrumento, enquanto a Prefeitura não liberar os documentos definitivo para os vendedores.

Por sua vez, a prova testemunhal apenas corrobora o teor do contrato e não comprova o dolo na conduta dos apelados, uma vez que houve, sim, uma promessa de doação, a qual, até o momento não se concretizou, conforme depoimento da testemunha, Paulo César Correa (doc. 12):

> [...] que o depoente já esteve com os réus na prefeitura para tentar resolver a questão; que foi lá várias vezes; que o prefeito sempre pedia par esperar; que o caso estava no jurídico [...] que acha que o imóvel que era dos réus e foi trocado com o município está em nome da empresa que hoje está lá; que não sabe se o prefeito passou dois ou três lotes para os réus; que na época foi feito algum documento, mas não sabe; que na época os vereadores esperavam que o prefeito mandasse o projeto da permuta para a Câmara, mas isso não aconteceu; que a permuta era de conhecimento de alguns vereadores, que a ida até a prefeitura foi na gestão de Adão e não ficou documentado.

Ressalte-se que o apelante tinha ciência da situação do imóvel e assumiu o risco de adquiri-lo naquelas condições, nesse sentido, o depoimento de sua própria testemunha, Valéria Luiz Jorge (doc. 12):

> que via o autor sempre passando por ali e acha que ele estava lúcido quando assinou o contrato; que acha que ele tinha capacidade de negociar e sabia o que estava fazendo; que parece que no contrato tinha a afirmação de que era necessário aguardar a documentação para começar a mexer no lote; que não sabe dizer se um dia a documentação chegou [...].

Dessa forma, improcede o pedido do autor/apelante de rescisão do contrato, por culpa exclusiva dos apelados, uma vez que não se provou dolo, nem vício de consentimento na contratação, ou mesmo descumprimento contratual por parte dos vendedores, já que a situação do imóvel constou expressamente no pacto.

Frisa-se que o contrato sub judice não é apenas de compra e venda de imóvel, mas, também, de cessão de direitos de permissão continuada, ou seja, foram vendidos os direitos de permissão sobre os lotes, dos quais os apelados eram detentores, não se demonstrando aqui, conduta ilícita.

Assim, ausentes os pressupostos da responsabilidade civil, não há que se falar em dever de indenizar, seja por danos materiais, seja por danos morais.

Nesse contexto, é de rigor a manutenção da sentença que julgou improcedente o pedido inicial, ainda que por outros fundamentos.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

Custas recursais pelo apelante e, com fulcro no § 11 do art. 85 do CPC, majoro os honorários advocatícios de sucumbência para R$1.300,00 (mil e trezentos reais), suspensa a exigibilidade das verbas, por estar sob o pálio da justiça gratuita.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES JOSÉ EUSTÁQUIO LUCAS PEREIRA E HABIB FELIPPE JABOUR.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Agravo de instrumento - Ação de consignação em pagamento - Alienação fiduciária de bem imóvel - Operação de financiamento habitacional - Devedor fiduciante devidamente constituído em mora - Ausência de purga da mora no prazo legal - Consolidação da propriedade no patrimônio da credora fiduciária - Extinção do contrato - Impossibilidade da purga da mora - Direito de preferência por ocasião do leilão

- Nos termos do § 2º do art. 26-B da Lei nº 9.514/97, "Até a data da averbação da consolidação da propriedade fiduciária, é assegurado ao devedor fiduciante pagar as parcelas da dívida vencidas e as despesas de que trata o inciso II do § 3º do art. 27, hipótese em que convalescerá o contrato de alienação fiduciária".

- No entanto, nos termos do art. 27, § 2º-B, da Lei nº 9.514/97, "Após a averbação da consolidação da propriedade fiduciária no patrimônio do credor fiduciário e até a data da realização do segundo leilão, é assegurado ao devedor fiduciante o direito de preferência para adquirir o imóvel".

- Tenho que a decisão recorrida, ao autorizar o depósito judicial da quantia em atraso, bem como ao suspender a execução extrajudicial de imóvel dado em garantia fiduciária e a consolidação do bem no patrimônio do banco requerido, quando ultrapassado o prazo legal da purga da mora e já consolidada a propriedade no patrimônio da credora fiduciária por meio da averbação, implica em afronta à disposição expressa da lei. Implica, ainda, em dano não só à financeira credora fiduciária, ao se ver impedida de buscar a satisfação de seu crédito por meio da execução extrajudicial, mas à segurança jurídica destinada às operações de financiamento habitacional, fragilizando os negócios imobiliários ao deixar de aplicar a legislação própria que regulamenta a alienação fiduciária de bens imóveis.

AGRAVO DE INSTRUMENTO-CV Nº 1.0000.21.125327-3/001 - Comarca de Paraopeba - Agravante: Banco Santander (Brasil) S.A. - Agravado: Aline Lacerda Mascarenhas Miranda, Roger Lincoln Miranda e Silva. Relator: DES. JOSÉ EUSTÁQUIO LUCAS PEREIRA.

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, 14 de dezembro de 2021. - *José Eustáquio Lucas Pereira* - Relator.

Voto

DES. JOSÉ EUSTÁQUIO LUCAS PEREIRA - Trata-se de agravo de instrumento interposto por Banco Santander (Brasil) S.A., opondo-se à decisão de ordem n° 5, proferida pela Juíza de Direito da Vara Única da Comarca de Paraopeba, Dr.ª Maiara Nuernberg Philippi, que, nos autos da ação de consignação em pagamento ajuizada por Aline Lacerda Mascarenhas Miranda e Roger Lincoln Miranda e Silva, deferiu o pedido de tutela de urgência para autorizar o depósito judicial da quantia em atraso, bem como determinou a suspensão da execução extrajudicial de imóvel dado em garantia fiduciária e da consolidação do bem pelo banco réu.

Inconformado, Banco Santander (Brasil) S.A. alega, substancialmente, que a parte agravada foi constituída em mora mediante intimação pessoal, mas não procedeu a purga da mora no prazo legal de 15 (quinze) dias, conforme certificado pelo oficial de registro de imóveis, nos termos do art. 26, § 1º, da Lei n° 9.514/97.

Acrescenta que a parte agravada tinha conhecimento acerca da possibilidade do imóvel ser levado a leilão, mas não se preocupou em purgar a mora e assim evitar a consolidação da propriedade do bem imóvel em favor do fiduciário e a sua alienação, como autoriza do art. 27 da Lei n° 9.514/97.

Ressalta que o momento legal para a purga da mora transcorreu, uma vez que o imóvel já foi incorporado ao patrimônio do banco agravante mediante a averbação da consolidação da propriedade fiduciária, a partir de quando a purga se faz com o pagamento integral da dívida, nos termos do art. 27, §2º-B, da Lei n° 9.514/97.

Requer que seja atribuído efeito suspensivo ao argumento de que se trata de decisão arbitrária e que poderá ensejar danos irreversíveis ao recorrente e lesão de difícil ou impossível reparação. Por fim, requer seja a decisão revogada - ordem n° 1.

Preparo à ordem n° 2/3.

O recurso foi recebido apenas no efeito devolutivo - ordem n° 42.

Contrarrazões à ordem n° 44, sem preliminares de admissibilidade e, no mérito, pelo não provimento.

Relatados, tudo visto e examinado, Decido.

Recurso próprio, tempestivo e devidamente preparado.

Da tutela de urgência

O Código de Processo Civil trata da tutela de urgência em seu art. 300: "A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo".

A tutela provisória de urgência pode ter natureza antecipatória, quando tiver por objetivo antecipar, no todo ou em parte, os efeitos pretendidos com a sentença de mérito.

Para que seja concedida, é necessário o preenchimento dos seus requisitos legais, cumulativamente, quais sejam: a) existência de elementos que evidenciem a probabilidade do direito; b) perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

Acerca da alienação fiduciária de coisa imóvel, a Lei nº 9.514/97 assim dispõe acerca da purga da mora e da consolidação da propriedade em nome do fiduciário:

> Art. 26. Vencida e não paga, no todo ou em parte, a dívida e constituído em mora o fiduciante, consolidar-se-á, nos termos deste artigo, a propriedade do imóvel em nome do fiduciário.
>
> § 1º Para os fins do disposto neste artigo, o fiduciante, ou seu representante legal ou procurador regularmente constituído, será intimado, a requerimento do fiduciário, pelo oficial do competente Registro de Imóveis, a satisfazer, no prazo de quinze dias, a prestação vencida e as que se vencerem até a data do pagamento, os juros convencionais, as penalidades e os demais encargos contratuais, os encargos legais, inclusive tributos, as contribuições condominiais imputáveis ao imóvel, além das despesas de cobrança e de intimação.
>
> [...]
>
> § 7º Decorrido o prazo de que trata o § 1o sem a purgação da mora, o oficial do competente Registro de Imóveis, certificando esse fato, promoverá a averbação, na matrícula do imóvel, da consolidação da propriedade em nome do fiduciário, à vista da prova do pagamento por este, do imposto de transmissão inter vivos e, se for o caso, do laudêmio.
>
> Art. 26-A. Os procedimentos de cobrança, purgação de mora e consolidação da propriedade fiduciária relativos às operações de financiamento habitacional, inclusive as operações do Programa Minha Casa, Minha Vida, instituído pela Lei nº 11.977, de 7 de julho de 2009, com recursos advindos da integralização de cotas no Fundo de Arrendamento Residencial (FAR), sujeitam-se às normas especiais estabelecidas neste artigo.
>
> § 1º A consolidação da propriedade em nome do credor fiduciário será averbada no registro de imóveis trinta dias após a expiração do prazo para purgação da mora de que trata o § 1º do art. 26 desta Lei.
>
> § 2º Até a data da averbação da consolidação da propriedade fiduciária, é assegurado ao devedor fiduciante pagar as parcelas da dívida vencidas e as despesas de que trata o inciso II do § 3º do art. 27, hipótese em que convalescerá o contrato de alienação fiduciária.
>
> [...]
>
> Art. 27. Uma vez consolidada a propriedade em seu nome, o fiduciário, no prazo de trinta dias, contados da data do registro de que trata o § 7º do artigo anterior, promoverá público leilão para a alienação do imóvel.

[...]

§ 2º-B. Após a averbação da consolidação da propriedade fiduciária no patrimônio do credor fiduciário e até a data da realização do segundo leilão, é assegurado ao devedor fiduciante o direito de preferência para adquirir o imóvel por preço correspondente ao valor da dívida, somado aos encargos e despesas de que trata o § 2º deste artigo, aos valores correspondentes ao imposto sobre transmissão inter vivos e ao laudêmio, se for o caso, pagos para efeito de consolidação da propriedade fiduciária no patrimônio do credor fiduciário, e às despesas inerentes ao procedimento de cobrança e leilão, incumbindo, também, ao devedor fiduciante o pagamento dos encargos tributários e despesas exigíveis para a nova aquisição do imóvel, de que trata este parágrafo, inclusive custas e emolumentos.

§ 3º Para os fins do disposto neste artigo, entende-se por:

I - dívida: o saldo devedor da operação de alienação fiduciária, na data do leilão, nele incluídos os juros convencionais, as penalidades e os demais encargos contratuais;

II - despesas: a soma das importâncias correspondentes aos encargos e custas de intimação e as necessárias à realização do público leilão, nestas compreendidas as relativas aos anúncios e à comissão do leiloeiro.

Pela leitura dos dispositivos legais, tem-se que o fiduciante será intimado para purgar a mora em 15 (quinze) dias, após esse tempo se iniciará o prazo de 30 (trinta) dias para o serviço imobiliário promover a averbação da consolidação da propriedade fiduciária em nome do credor fiduciário.

Eis a lição de Afranio Carlos Camargo Dantzger:

> Sendo assim, tem-se que apenas e tão somente para os casos de operações de financiamento habitacional - aquelas operações de crédito realizadas pelas instituições financeiras com a única e especial finalidade de aquisição de um imóvel para a moradia própria do mutuário fiduciante -, o prazo de 15 (quinze) dias dentro do qual o fiduciante deverá purgar a mora, na verdade, será acrescido de mais 30 (trinta) dias, tornando-se, portanto, na prática, de quarenta e cinco dias, pois o § 2º do art. 26-A, dia que "até a data da averbação da consolidação da propriedade fiduciária, é assegurado ao devedor fiduciante pagar as parcelas da dívida vencidas e as despesas de que trata o inciso II do § 3º do art. 27, hipótese em que convalescerá o contrato de alienação fiduciária (*Alienação Fiduciária de Bens Imóveis*. 6ª ed. São Paulo: Juspodivm, 2021, p.117).

E continua:

> Aliás, apenas corroborando o entendimento apresentado acima e em absoluta congruência com o regime jurídico do instituto da alienação fiduciária em garantia e da propriedade fiduciária imobiliária, a Lei nº 13.465, de 11 de julho de 2017, inseriu o §2º-B no art. 27 da Lei nº 9.514/1997, justamente para estabelecer que "após a averbação da consolidação

> da propriedade fiduciária no patrimônio do credor fiduciário e até a data da realização do segundo leilão, é assegurado ao devedor fiduciante o direito de preferência para adquirir o imóvel (e não para purgar a mora) por preço correspondente ao valor da dívida, somado aos encargos e despesas de que trata o § 2º deste artigo, aos valores correspondentes ao imposto sobre transmissão inter-vivos e ao laudêmio, se for o caso, pagos para efeito de consolidação da propriedade fiduciária no patrimônio do credor fiduciário, e às despesas inerentes ao procedimento de cobrança e leilão, incumbindo, também, ao devedor fiduciante o pagamento dos encargos tributários e despesas exigíveis para a nova aquisição do imóvel, de que trata este parágrafo, inclusive custas e emolumentos (*Ibid*., p. 137-138)

Portanto, se para alguns ainda havia dúvida - o que nunca foi o nosso caso -, agora não há mais qualquer possibilidade de se estender coisa diferente: após a consolidação da propriedade fiduciária em nome do credor fiduciário, não há mais absolutamente qualquer condição de o devedor fiduciante purgar a mora, pois ela já não existe desde a averbação da propriedade fiduciária em nome do credor, cuja consequência imediata é a extinção do contrato de mútuo e seu acessório consubstanciado na alienação fiduciária.

O que há, por consequência da previsão expressa em lei - art. 27, § 2º- B, da Lei nº 9.514/1997 - é unicamente a faculdade de o ex-devedor/ex-fiduciante, querendo deter a posse do imóvel (direta ou indireta), exercer o direito de preferência para adquirir a sua propriedade plena, em autêntica operação de venda e compra de imóveis, cujo preço da venda será justamente o indicado no próprio dispositivo legal mencionado acima.

No caso dos autos, verifica-se que Aline Lacerda Mascarenhas Miranda e Roger Lincoln Miranda e Silva ajuizaram ação de consignação em pagamento em face de Banco Santander (Brasil) S.A. a fim de efetuar o pagamento de 10 (dez) parcelas em atraso do financiamento de bem imóvel com garantia fiduciária, contrato esse regido pela Lei nº 9.514/97.

A petição inicial não nega a dívida, mas busca o pagamento das parcelas nºs 100 a 110, das 360 contratadas, vencidas de julho/2020 a maio/2021, justificando o atraso na dificuldade financeira imposta pela pandemia do novo Coronavírus, bem como na resistência da instituição financeira em disponibilizar do boleto bancário para saldar a dívida.

Depreende-se pelo documento de ordem nº 20/22 que as partes firmaram "Instrumento particular de venda e compra de imóvel, financiamento com garantia de alienação fiduciária e outras avenças - Contrato nº 072092230000280", sendo os devedores fiduciantes constituídos em mora em 10.12.2020, sem que realizassem o pagamento no prazo legal - ordem nº 10.

O documento de ordem nº 11 comprova a transferência da propriedade resolúvel ao credor fiduciário por meio de registro datado de 09.05.2021, enquanto a presente ação foi ajuizada em 29.05.2021.

Portanto, verifica-se que os devedores fiduciantes, devidamente constituídos em mora, não purgaram a mora em 45 (quarenta e cinco dias), tendo ajuizado a presente ação de consignação em pagamento quando a propriedade já havia sido consolidada no patrimônio da credora fiduciária. Ou

seja, já extinto o contrato de mútuo, não cabe mais aos ex-devedores fiduciantes a purga da mora, mas apenas o exercício de preferência por ocasião do leilão.

Neste sentido, julgados recentes do STJ e deste TJMG:

> Recurso especial. Direito civil e processual civil. Alienação fiduciária de imóvel. Lei nº 9.514/1997. Purgação da mora após a consolidação da propriedade em nome do credor fiduciário. Purgação da mora após a consolidação da propriedade em nome do credor fiduciário. Possibilidade antes da entrada em vigor da Lei nº 13.465/2017. Após, assegura-se ao devedor fiduciante apenas o direito de preferência. Prazo do leilão extrajudicial. Art. 27 da Lei nº 9.514/1997. Precedente específico desta terceira turma. - Controvérsia em torno da possibilidade de purgação da mora pelo devedor até a data de lavratura do auto de arrematação do imóvel, sendo alegada a violação da regra do art. 34 da Lei nº 9.514/97. - Precedente específico desta Terceira Turma analisando essa questão sob o prisma de duas situações distintas e sucessivas ensejadas pela edição da Lei nº 13.465, de 11.07.2017, que alterou o art. 34 da Lei nº 9.514/97 (REsp nº 1649595/RS, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 13.10.2020, *DJe* de 16.10.2020). - No período anterior à Lei nº 13.465/2017, a purgação da mora, nos contratos de mútuo imobiliário com garantia de alienação fiduciária, submetidos à disciplina da Lei nº 9.514/1997, era admitida no prazo de 15 (quinze) dias, conforme previsão do art. 26, § 1º, da lei de regência, ou a qualquer tempo, até a assinatura do auto de arrematação, com base no art. 34 do Decreto-Lei nº 70/1966, aplicado subsidiariamente às operações de financiamento imobiliário relativas à Lei nº 9.514/1997 (REsp nº 1.649.595/RS). – "Sobrevindo a Lei nº 13.465, de 11.07.2017, que introduziu no art. 27 da Lei nº 9.514/1997 o § 2º-B, não se cogita mais da aplicação subsidiária do Decreto-Lei nº 70/1966, uma vez que, consolidada a propriedade fiduciária em nome do credor fiduciário, descabe ao devedor fiduciante a purgação da mora, sendo-lhe garantido apenas o exercício do direito de preferência na aquisição do bem imóvel objeto de propriedade fiduciária" (REsp nº 1.649.595/RS). – "Desse modo: i) antes da entrada em vigor da Lei nº 13.465/2017, nas situações em que já consolidada a propriedade e purgada a mora nos termos do art. 34 do Decreto-Lei nº 70/1966 (ato jurídico perfeito), impõe-se o desfazimento do ato de consolidação, com a consequente retomada do contrato de financiamento imobiliário; ii) a partir da entrada em vigor da lei nova, nas situações em que consolidada a propriedade, mas não purgada a mora, é assegurado ao devedor fiduciante tão somente o exercício do direito de preferência previsto no § 2º-B do art. 27 da Lei nº 9.514/1997" (REsp nº 1.649.595/RS). - No caso, a demanda foi proposta pelo devedor recorrente apenas em 25.09.2017, buscando suspender os leilões aprazados para os dias 27.09.2017 e 04.10.2017, requerendo autorização para depositar em juízo os valores para purgar a mora. - Reconhecimento pelo acórdão recorrido de que a consolidação da propriedade em nome do credor recorrido ocorrerá em 30.08.2017, quando já vigente a regra do art. 27, §2º-B, da Lei nº 9.514/1997, com a redação dada pela Lei nº 13.465/2017. - Acórdão recorrido em perfeita sintonia com o precedente desta Terceira Turma. - Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, desprovido (REsp nº 1818156/PR, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, j. em 15.06.2021, *DJe* de 18.06.2021).

> Agravo de instrumento. Procedimento de tutela de urgência. Contrato de financiamento imobiliário. Cláusula de alienação fiduciária em garantia. Inadimplemento de duas par-

> celas. Procedimento administrativo de consolidação da propriedade do imóvel iniciado. Suspensão deferida. Depósito judicial do valor do débito acrescido dos consectários decorrentes da mora. Lei nº 9.514, de 20 de novembro de 1997, com as alterações impostas pela Lei nº 13.465 de 2017. Observância necessária. Manutenção da decisão agravada que se impõe. - Estabelece o § 2º do art. 26-A da Lei nº 9.514 de 20 de novembro de 1997, com as alterações impostas pela Lei nº 13.465 de 2017, que: "Até a data da averbação da consolidação da propriedade fiduciária, é assegurado ao devedor fiduciante pagar as parcelas da dívida vencidas e as despesas de que trata o inciso II do § 3º do art. 27, hipótese em que convalescerá o contrato de alienação fiduciária". Uma vez que a devedora promoveu o depósito judicial do valor das parcelas vencidas, acrescidas dos consectários decorrentes da mora, e daquelas que venceram no decorrer da demanda originária, depósito esse que não foi objeto de qualquer altercação por parte do credor, inafastável a manutenção da decisão que determinou a suspensão do procedimento administrativo de consolidação da propriedade do imóvel, haja vista que, em princípio, o contrato firmado entre as partes convalesceu (TJMG - Agravo de Instrumento-Cv nº 1.0000.19.065790-8/001, Rel. Des. Luciano Pinto, 17ª Câmara Cível, j. em 22.08.2019, p. da súmula em 23.08.2019).

Assim, tenho que a decisão recorrida, ao autorizar o depósito judicial da quantia em atraso, bem como ao suspender a execução extrajudicial de imóvel dado em garantia fiduciária e a consolidação do bem no patrimônio do banco requerido, quando ultrapassado o prazo legal da purga da mora e já consolidada a propriedade no patrimônio da credora fiduciária por meio da averbação, implica em afronta à disposição expressa da lei.

Implica, ainda, em dano não só à financeira credora fiduciária, ao se ver impedida de buscar a satisfação de seu crédito por meio da execução extrajudicial, mas à segurança jurídica destinada às operações de financiamento habitacional, fragilizando os negócios imobiliários ao deixar de aplicar a legislação própria que regulamenta a alienação fiduciária de bens imóveis.

Desde já ressalvo que, sendo inviável a purga da mora após a consolidação da propriedade, os depósitos realizados na ação de consignação em pagamento devem ser levantados em benefício da parte autora/recorrida, salvo se as partes pactuarem de outra forma, especialmente em audiência de conciliação a ser realizada no juízo *a quo*.

Com estas considerações, dou provimento ao recurso para revogar a decisão recorrida, ficando a credora fiduciária autorizada a prosseguir na execução extrajudicial do imóvel dado em garantia fiduciária, mantida a consolidação da propriedade em seu patrimônio.

Custas *ex lege*.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES HABIB FELIPPE JABOUR E ARNALDO MACIEL.

Súmula - DERAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Apelação cível - Partilha de posterior ao divórcio - Benfeitoria edificada em imóvel de terceiros - Possibilidade - Aluguéis - Uso exclusivo do imóvel

- A partilha englobará os bens adquiridos pelas partes na constância do casamento (art. 1658 do CC), cabendo a elas comprovar a propriedade deles, pelo menos a um dos ex-cônjuges.

- É possível partilhar o direito sobre as benfeitorias realizadas pelos ex-viventes, ainda que não integrado ao patrimônio do proprietário.

- Não se reconhece o direito de comunicabilidade/copropriedade da edificação da apelada, pois a construção foi realizada em terreno de terceiro, fazendo ela jus, apenas, à indenização cujo direito, por ora, está sendo reconhecido, não sendo cabível neste caso a condenação do apelante ao pagamento de aluguel pelo uso exclusivo do bem.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0177.17.000101-6/001 - Comarca de Conceição do Rio Verde - Apelante: E.B.A. - Apelado: S.R.M. Relator: DES. WAGNER WILSON FERREIRA.

Acórdão

Vistos, etc., acorda, em Turma, a 19ª 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, 9 de dezembro de 2021. - *Wagner Wilson Ferreira* - Relator

Voto

DES. WAGNER WILSON FERREIRA - Trata-se de recurso de apelação interposto por E.B.A., contra a sentença proferida pelo Juízo da Vara Única da Comarca de Conceição do Rio Verde, nos autos desta ação de partilha de bens posterior ao divórcio, ajuizada por S.R.M.

A r. sentença julgou procedente o pedido inicial e improcedente a reconvenção, determinando a realização da partilha dos bens das partes, nos seguintes termos: (i) 50% (cinquenta por cento) da construção (benfeitorias) erguidas no imóvel de propriedade dos pais do autor, conforme avaliação de f. 73, devidamente atualizada; (ii) 50% (cinquenta por cento) do valor das prestações do consórcio do veículo Celta pagas até a data de 18 de setembro de 2015, data do divórcio do casal; (iii) e 50% (cinquenta por cento) do valor da motocicleta Honda Biz, descrita na inicial.

O réu foi condenado, ainda, no pagamento do equivalente a 50% (cinquenta por cento) do valor locativo do imóvel construído no lote de terrenos do seu genitor, valor a ser apurado em liquidação de sentença bem como no pagamento das custas processuais e nos honorários advocatícios, em favor do patrono da autora, arbitrados em 15% (quinze por cento) sobre o valor dado a causa, suspensa a exigibilidade em razão da justiça gratuita que lhe fora deferida.

O apelante impugnou a partilha do valor da benfeitoria edificada no imóvel do seu genitor, tomando como base a avaliação constante dos autos à f. 73, afirmando que o referido laudo não levou em consideração parâmetros mínimos, pois não ponderou valores intangíveis de avaliação imobiliária, tais como a mão de obra utilizada, o tempo gasto para a construção e o valor inevitavelmente agregado a ele após a sua finalização.

Assevera que a sentença deveria proceder apenas à partilha da construção e relegar a apuração do *quantum* para o momento da liquidação da sentença.

Alega que o veículo a ser partilhado é o Prisma GM, 2009, EID 7849, preto, nos termos do que fixou consignado na decisão que homologou o divórcio nos autos originários (nº 0177.14.001735-7).

Aponta que a apelada alienou o referido automóvel, conforme documentação de f. 84/87, pelo valor de R$21.000,00 (vinte e um mil reais) devendo, portanto, ela ser condenada ao respectivo ressarcimento no importe de 50% (cinquenta) do valor da venda, conforme requerido na reconvenção.

Argumenta que o veículo Celta é um automóvel diverso daquele que restou consignado no divórcio.

Sustenta, ainda, que o valor da motocicleta Honda Biz, a ser considerado para fins de partilha, deve ser o correspondente à época do ajuizamento da ação de divórcio, não do ajuizamento da presente ação, afirmando de que o bem ficou na posse da apelada e sofreu depreciação.

Impugna, por fim, o arbitramento de aluguéis, esclarecendo que o imóvel não é de sua propriedade.

Requer, ao final, o provimento do recurso. Contrarrazões no documento de ordem nº 25. É o relatório.

Decido.

Conheço do recurso, presentes os pressupostos de admissibilidade. Cuida-se de ação de partilha de bens posterior ao divórcio, ajuizada por S.R.M. em face do seu ex-cônjuge E.B.A.

O magistrado singular julgou parcialmente procedente os pedidos para repartir os bens, na seguinte forma: a) 50% (cinquenta por cento) da construção (benfeitorias) erguidas no imóvel de propriedade dos pais do autor, conforme avaliação de f. 73, devidamente atualizada; b) 50% (cinquenta por cento) do valor das prestações do consórcio do veículo Celta, pagas até a data de 18 de setembro de 2015, data do divórcio do casal; c) 50% (cinquenta por cento) do valor da motocicleta Honda Biz, descrita na inicial, d) condenação do apelante ao pagamento do equivalente a 50% (cinquenta por cento) do valor locativo do imóvel construído no lote de terrenos do seu genitor, o que deverá ser apurado em liquidação de sentença.

As partes se casaram em 21 de outubro de 2004, conforme comprova a certidão de casamento (doc. de ordem nº 02), tendo adotado o regime da comunhão parcial de bens, de modo que, conforme disposto nos arts. 1.658 e 1.659 do Código Civil, comunicam-se os bens que sobrevierem ao casal na constância da união, excluindo-se aqueles que cada parte possuía antes do casamento, os prove-

nientes de doação ou sucessão, além daqueles adquiridos mediante sub-rogação.

A partilha englobará, portanto, os bens adquiridos pelas partes na constância do casamento (art.1658 do CC), cabendo a elas comprovar a existência deles que deverão pertencer, pelo menos, a um dos ex-cônjuges, restando inviabilizado o acolhimento do pedido de divisão de bens, quando tais circunstâncias fáticas temporais não restarem evidenciadas.

Partindo dessas premissas, passamos à análise individualizada dos bens cuja partilha foi impugnada na apelação.

Da indenização pelas benfeitorias do imóvel.

Em relação à divisão das benfeitorias edificadas no terreno do genitor do apelante, entendo por bem proceder algumas considerações.

Primeiramente, cabe esclarecer que, no caso dos autos, não poderá haver a partilha do imóvel residencial, porque nenhuma das partes detém o direito real sobre ele, pois, conforme se extrai do Termo de Audiência Conciliatória do Processo nº 0177.14.001735-7, a construção foi edificada em terreno de terceiro e, por conseguinte, incorpora-se ao solo, passando a pertencer ao seu real proprietário (art. 1.255 do CC).

No entanto, é possível partilhar o direito sobre as benfeitorias, realizadas pelos ex-viventes, ainda não integradas ao patrimônio do proprietário.

Nesse sentido, essa Câmara colaciona alguns precedentes:

> Apelação cível. União estável. Convivência pública, contínua e duradoura com ânimo de constituir família. Partilha. Regime da comunhão parcial de bens. Benfeitorias construídas sobre imóvel de propriedade de terceiro. Impossibilidade da partilha do bem. Partilha dos direitos decorrentes da construção. Possibilidade. - Na ótica do art. 1.723 do Código Civil, a união estável se configura a partir da convivência pública, contínua e duradoura, com intuito de constituir família. - Uma vez comprovada a existência de relacionamento público, contínuo e duradouro, além de demonstrado o objetivo de formar entidade familiar, configurada está a união estável. - Salvo disposição expressa dos conviventes, aplica-se à união estável o regime patrimonial da comunhão parcial de bens (art. 1.725 do CC). - Demonstrada edificação das benfeitorias na constância da união estável, deve ser determinada a partilha dos direitos decorrentes da construção em terreno alheio, no percentual correspondente a 50% (cinquenta por cento), já que impossível a partilha do bem em si (TJMG - Apelação Cível nº 1.0508.18.000861-9/001, Rel. Des. Versiani Penna, 19ª Câmara Cível, j. em 16.09.2021, p. da súmula em 21.09.2021).
>
> Apelação cível. Ação de reconhecimento e dissolução de união estável com partilha de bens. Acessão construída em imóvel de terceiro. Partilha do direito. Indenização das benfeitorias realizadas na constância da sociedade conjugal. - É possível a partilha dos direitos decorrentes da edificação realizada pelos consortes, na constância da união estável, em imóvel de terceiros, cabendo ao magistrado, no caso concreto, avaliar a melhor forma de se efetivar a divisão, sem impor qualquer responsabilidade ao proprietário, estranho à lide.

> Precedentes (TJMG - Apelação Cível nº 1.0607.18.003522-4/001, Rel. Des. Carlos Henrique Perpétuo Braga, 19ª Câmara Cível, j. em 09.09.2021, p. da súmula em 14.09.2021).

Sendo assim, *in casu*, embora não se admita a partilha da propriedade, autoriza-se a divisão dos direitos decorrentes das benfeitorias edificadas pelas partes em imóvel de terceiro.

Nos termos do art. 1.660, inciso IV, do Código Civil, entram na comunhão de bens as benfeitorias em bens particulares de cada cônjuge:

> Art. 1.660. Entram na comunhão:
>
> [...]
>
> IV - as benfeitorias em bens particulares de cada cônjuge.

Não há controvérsia sobre a existência das respectivas benfeitorias e, pelo que consta dos autos, as partes acordaram em reparti-las, cabendo apenas a análise do valor.

O juízo, em dezembro de 2018, por meio de despacho de f. 68 (processo digitalizado - em documento de ordem 16), ordenou que fosse expedido mandado de avaliação do imóvel, para apuração do valor das benfeitorias apontadas pelo ex-casal, sobrevindo os autos a avaliação constante de f. 73, devidamente fundamentado, detalhado, com anexo fotográfico.

Após a juntada as partes foram intimadas a se manifestar.

É verdade que o apelante peticionou à f. 75, informando que, no prazo comum das partes para manifestação sobre o laudo, a apelada teria feito carga exclusiva dos autos.

No entanto, conforme se verifica à f. 78, foi devolvido ao apelante o prazo para manifestação, sobrevindo a petição de f. 79/80, apontando única e exclusivamente matéria referente à localização do veículo Prisma. O apelante não impugnou o laudo a tempo e modo devidos, não cabendo agora impugnar a avaliação procedida diante da preclusão temporal.

Da indenização por uso exclusivo do imóvel comum.

No tocante à fixação de aluguel pelo uso exclusivo de bem comum, merece reparo a sentença.

Na hipótese dos autos, com o devido respeito, penso que apresenta uma peculiaridade que não autoriza a fixação de aluguel pelo uso de imóvel comum, já que, para que a indenização locatícia seja arbitrada, é necessário que o requisito da comunicabilidade do imóvel, pelo casal, exista.

Além disso, nos casos em que se fixa o aluguel, considera-se que o cônjuge alijado da fruição do imóvel comum também poderia estar utilizando o referido bem no lugar daquele que o utiliza exclusivamente, sem pagar pela locação de uma moradia.

Não é exatamente esse o suporte fático que temos nesse caso, uma vez que a benfeitoria foi consti-

tuída em terreno de propriedade do genitor do ex-vivente.

A apelada não tem o reconhecimento da comunicabilidade/copropriedade da edificação, pois a construção foi realizada sobre terreno de terceiro, fazendo jus, somente, ao direito de natureza indenizatória que está sendo reconhecido, não sendo cabível, neste caso, a condenação do apelante ao pagamento de aluguel pelo uso exclusivo de bem comum.

Dos veículos.

Constata-se que os litigantes celebraram acordo na ação de divórcio litigioso acima descrito, em que ficou estabelecido o seguinte:

> Pelos advogados foi dito que as partes acordam, mediante estas cláusulas, que as benfeitorias construídas pelo casal no terreno do genitor do cônjuge varão (à f.15), o veículo Prisma GM, 2009, EID 7849, preto, e uma moto Bis, placa GXX, 6580; ano 2004, Honda, serão objetos de avaliação, para posterior partilha.

Tal composição foi homologada judicialmente em 18 de setembro de 2015, conforme documento de ordem n° 2, obrigando as partes sobre seus termos.

Isso significa que a alienação do automóvel pela apelada, no valor de R$21.000,00 (vinte e um mil reais), após a formalização do acordo, impõe a partilha do valor recebido na proporção de 50% (cinquenta por cento), nos termos do mencionado acordo.

A meação devida ao apelante deverá ser atualizada desde a data do recebimento dos valores pela apelada, tomando como base os índices da Tabela da Corregedoria de Justiça e acrescido de juros a contados da citação da reconvenção, data em que ela foi constituída em mora.

Da motocicleta.

Por fim, é notório que os veículos automotores, bens duráveis, desvalorizam-se com o decurso do tempo, especialmente em se tratando de um automóvel com considerável tempo de uso.

Por conseguinte, não há razão no pedido do apelante que a partilha da motocicleta seja no sobre o valor da data do ajuizamento da ação de divórcio, uma vez que foi acordado entre as partes que a partilha dos bens seria posterior ao divórcio, ou seja, subsequente da propositura judicial.

Por conseguinte, a partilha da motocicleta Honda Biz deve ser feita na proporção de 50% (cinquenta por cento) para cada um dos litigantes, considerando o valor de mercado previsto no momento da distribuição dessa presente ação, conforme determinado na sentença.

Conclusão.

Pelo exposto, dou parcial provimento ao recurso para determinar a partilha do valor recebido pela venda do veículo Prisma GM, 2009, e decotar a condenação do pagamento do valor locatício do imóvel construído em terreno de terceiros.

O valor da venda do veículo deverá ser atualizado monetariamente desde o recebimento dos valores até a data do efetivo pagamento, acrescido de juros de mora de 1% (um por cento) ao mês, contados da citação da apelada para a reconvenção.

Considerando o provimento significativo do recurso, condeno as partes a repartirem os ônus da sucumbência fixados na sentença, à proporção de 50% (cinquenta por cento) para cada, suspensa a exigibilidade em face de ambos eis que litigam sob o pálio da justiça gratuita.

É como voto.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES BITENCOURT MARCONDES E LEITE PRAÇA.

Súmula - DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO.

Apelação cível - Gratuidade da justiça - Negativa de concessão antes do recebimento da peça inaugural - Decisão não combatida por agravo - Ausência de recolhimento das custas iniciais - Indeferimento da exordial e extinção do feito sem resolução do mérito - Reiteração do pleito da assistência judiciária em grau recursal - Cabimento - Presença dos requisitos necessários ao desiderato - Efeitos *ex nunc* que não alcançam as custas iniciais - Manutenção da sentença terminativa - Recurso parcialmente provido

- Os benefícios da gratuidade da Justiça podem ser requeridos a qualquer tempo e têm efeitos *ex nunc*, ou seja, não retroagem para alcançar encargos processuais anteriores.

- É necessário que exista nos autos elementos indiciários da não veracidade da declaração de hipossuficiência, a fim de possibilitar a investigação do fato pelo Juízo, conforme, inclusive, extrai-se da norma inserta no art. 99, § 2º, do Código de Processo Civil

- Embora possua entendimento diverso da ilustre Juíza de Direito de primeiro grau no que tange ao cabimento da concessão da gratuidade de Justiça à autora, agora apelante, a manutenção da r. sentença terminativa impugnada é medida que se impõe, pois o deferimento do benefício no presente julgamento não tem efeitos retroativos para alcançar as custas iniciais, cuja inexistência de recolhimento, a tempo e modo, é causa de extinção do feito por ausência de pressuposto processual de desenvolvimento válido e regular do processo.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0611.18.002873-4/001 - Apelante: M.H.B.C. - Apelado: C.P.C. Relator: DES. LEITE PRAÇA.

Acórdão

Vistos, etc., acorda, em Turma, a 19ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em DAR PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 26 de agosto de 2021. - *Leite Praça* - Relator.

Voto

DES. LEITE PRAÇA - Trata-se de recurso de apelação interposto por M.H.B.C., contra r. sentença proferida pela Exm.ª Juíza de Direito da 1ª Vara Cível, Criminal e da Infância e da Juventude da Comarca de São Francisco, que indeferiu a petição inicial e extinguiu, sem resolução do mérito,

ação de divórcio cumulada com partilha de bens, ajuizada em desfavor C.P.C., impondo à autora o pagamento das custas processuais.

A apelante sustenta, em apertada síntese, não possuir condições financeiras para arcar com as custas processuais inerentes ao feito, como demonstra o holerite apresentado nos autos. Assevera, ainda, inexistir nos autos elementos que elidam a presunção de veracidade de sua declaração de hipossuficiência. Nesse contexto, requer que seja reformada a sentença de primeiro grau, para que lhes seja deferida a benesse processual perseguida, bem como para julgar procedentes os pleitos apresentados na exordial da demanda.

Convertido os autos às ordens 11, 14 e 17, sobrevieram ao feito a informações de ordens 13 e 19, noticiando a manutenção da r. sentença em Juízo de retratação, e a resposta recursal de ordem 20.

Deixei de remeter os autos à Procuradoria de Justiça, por serem as partes maiores e capazes e por os direitos debatidos no presente feito não comportarem atuação ministerial com fiscal da lei.

É o relatório.

Do pedido de concessão de gratuidade de justiça.

Compulsando os autos, verifico que a autora, agora apelante, formulou pedido de concessão de gratuidade de justiça na exordial da ação.

A douta Magistrada de primeiro grau determinou a apresentação de comprovante de rendimentos e a diligência foi cumprida pela requerente a tempo e modo, porém, sobreveio decisão de indeferimento do benefício processual.

Embora a parte autora tenha sido intimada em 22.01.2019 (f. 36 de ordem 03), ela não interpôs recurso válido contra a decisão em comento, pois o agravo de instrumento carreado às f. 38/48 de ordem 03, apresentado diretamente ao protocolo do Juízo de Primeira Instância, não foi ato processual eficaz, uma vez que desobedeceu a determinação inserta no art. 1º, inciso III, da Portaria Conjunta nº 485/PR/2016, que transcrevo:

> Art. 1º Deverão ser protocolizados ou remetidos eletronicamente pelo sistema de Processo Eletrônico da 2ª Instância - JPe, via Portal do Processo Eletrônico:
>
> [...]
>
> III - os agravos de instrumento cíveis e os agravos de instrumento criminais em processos físicos e eletrônicos de Primeira Instância, independentemente da comarca de origem;
>
> [...].

Nesse contexto, o pleito recursal pertinente ao benefício da Justiça gratuita deve ser recebido nos ternos do §§ 1º e 7º do art. 99 do Código de Processo Civil.

Pois bem.

Consoante pacífico entendimento jurisprudencial, a simples declaração de pobreza é suficiente para o deferimento do benefício da gratuidade de Justiça, nos termos do art. 99, *caput* e § 3º, do Código de Processo Civil.

A presunção em perspectiva não tem caráter absoluto, porém, é necessário que exista nos autos elementos indiciários da não veracidade da declaração de hipossuficiência, a fim de possibilitar a investigação do fato pelo Juízo, conforme, inclusive, extrai-se da norma inserta no art. 99, § 2º, do Código de Processo Civil.

Dito isto, no meu entender, o valor percebido a título de vencimento pela recorrente - cerca de R$3.500,00 (três mil e quinhentos reais), segundo holerite de f. 33 de ordem 03 -, não gera presunção da capacidade econômica para suportar os custos do processo, mostrando-se insuficiente para elidir a verdade da declaração de hipossuficiência.

Logo, reapresentado o pleito de concessão do benefício nas razões do apelo, mostra-se cabível o seu deferimento com efeito prospectivo, em razão da presunção de veracidade das declarações de hipossuficiência e da inexistência de indícios em contrário.

Por conseguinte, recebo o apelo, independentemente do recolhimento das custas recursais.

Entretanto, o benefício agora deferido à apelante não retroage para abranger as custas iniciais, limitando-se a deflagrar a suspensão da exigibilidade das custas dessa insurgência e dos ônus da sucumbência fixados na r. sentença impugnada, circunstância essa que determina a manutenção da r. sentença terminativa.

Ora, conforme cediço, as custas e despesas iniciais têm natureza jurídica de pressuposto processual de desenvolvimento válido e regular do processo, de modo que a ausência de comprovação de seu recolhimento é causa de extinção do feito, sem apreciação do mérito, nos termos do art. 485 do Código de Processo Civil.

Ademais, dada a oportunidade à parte suprir o defeito de ausência de recolhimento das custas iniciais, a comprovação do correlato pagamento, no prazo processual, que tem natureza peremptória, é ônus imposto à parte, sendo certo que inércia gera a preclusão do direito de praticar o ato, assim como ocorre em relação à possibilidade da parte de interpor recursos contra as decisões a ela desfavoráveis.

Corroborando o exposto, cito o entendimento doutrinário acerca da questão:

> Além dos direitos, deveres e obrigações, existem também os ônus processuais, que não obrigam a parte a praticar determinados atos no curso do processo, mas lhe acarretam prejuízos jurídicos quando descumpridos. Ninguém pode obrigar, por exemplo, o réu a contestar, a parte a arrolar testemunhas, o vencido a recorrer. Mas existe o ônus processual de fazê-lo, no momento processual adequado, pois, se o réu não contesta, são havidos

> como verdadeiros os fatos que arrolou o autor conta ele (art. 319); se a parte não apresenta provas do fato alegado, não Serpa ele levado em conta pelo juiz (art. 333); se o vencido não recorre em tempo útil, a sentença transita em julgado e torna-se imutável e indiscutível (art. 467) etc. [...]. As sanções decorrentes dos ônus processuais são, aparentemente, formais, pois quase sempre se traduzem na perda de uma faculdade processual não exercida em tempo hábil. Mas, via de regra, atingem por reflexo o direito substancial da parte omissa, como se dá na revelia ou na falta de interposição de recurso contra a sentença injusta. Em casos como esse, pode o processo, por culpa da parte, ser conduzido a uma solução contrária ao verdadeiro direito material do litigante que não se desincumbiu do ônus que lhe tocava. A diferença entre ônus, de um lado, e deveres e obrigações, de outro lado, está em que a parte é livre de adimplir ou não o primeiro, embora venha a sofrer dano jurídico em relação ao interesse em jogo no processo (Theodoro Junior, Humberto. *Curso de direito processual civil*: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. 47ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. v. 1. p. 82).
>
> De acordo com o princípio da preclusão, o procedimento não deve ser interrompido ou embaraçado (ou, ao menos, as interrupções e os embaraços devem ser reduzidos ao mínimo inevitável). Deve-se caminhar sempre avante, de forma ordenada e proba: não se admite o retorno para etapas processuais já ultrapassadas; não se tolera a adoção de comportamentos incoerentes e contraditórios.
>
> [...] A preclusão temporal consiste na perda do poder processual em razão do seu não exercício no momento processual oportuno: a perda do prazo é inércia que implica em preclusão (art. 183, CPC). (Didier Júnior, Fredie. *Curso de direito processual civil*: teoria geral do processo e processo de conhecimento. 12ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2010. v. 1. p. 293 e 295)

No caso em análise, como já mencionado, o pedido de concessão de gratuidade de Justiça foi indeferido na decisão de f. 35 de ordem 03, ordenando à autora ao recolhimento das custas iniciais, no prazo de 10 (dez) dias, sob pena de extinção da demanda.

Contudo, a autora não realizou e comprovou o pagamento da verba processual nos autos e não interpôs recurso hígido contra a decisão interlocutória, a fim de questionar o seu eventual desacerto, motivando a prolação da r. sentença terminativa, agora apelada.

Nesse contexto, é patente a configuração de preclusão quanto à pretensão de reforma da decisão de indeferimento da gratuidade de Justiça, porquanto a parte não exerceu, a tempo e modo, a faculdade de se insurgir contra ela, nos termos estabelecidos na norma procedimental.

Insisto, a discordância da apelante em relação à fundamentação da sentença e à solução dada à lide não enseja a nulidade da decisão, ocasionando, na verdade, situação para a interposição de recurso, possibilitando-se, eventualmente, a sua respectiva reforma.

No entanto, a faculdade da parte de recorrer está sujeita ao prazo e ao procedimento legais, não se

admitindo que, a qualquer tempo, questione todo e qualquer teor decisório.

Na espécie, embora o recurso de apelação tenha sido interposto, em tese, contra a r. sentença de ordem 04, as teses consignadas na insurgência são de impugnação específica da decisão de f. 35 de ordem 03, que indeferiu os benefícios da gratuidade da Justiça.

Assim, embora possua entendimento diverso da ilustre Juiz de Direito de primeiro grau no que tange ao cabimento da concessão da gratuidade de Justiça à autora/apelante, agora apelada, a manutenção da r. sentença terminativa é medida que se impõe, pois o deferimento do benefício no presente julgamento não tem efeitos retroativos para alcançar as custas iniciais, cuja inexistência de recolhimento, a tempo e modo, é causa de extinção do feito por ausência de pressuposto processual de desenvolvimento válido e regular do processo.

Dispositivo

Por todo o exposto, dou parcial provimento ao recurso, apenas para conceder os benefícios da gratuidade da Justiça à recorrente, com efeitos prospectivos.

Custas recursais pela recorrente, observado o disposto no art. 98 do Código de Processo Civil.

É o meu voto.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES VERSIANI PENNA E CARLOS HENRIQUE PERPÉTUO BRAGA.

Súmula - DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO.

Apelação cível - Administrativo - Servidor estadual "efetivado" - Art. 7º da Lei Complementar nº 100/2007 - Inconstitucionalidade - ADI nº 4876 - Contratação nula - Direito ao FGTS - Temas nº 191, 308 e 916 do STF - Tema nº 1020 do STJ - Aplicabilidade.

- Conforme tese fixada pelo Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp nº 1.806.086-MG (Tema nº 1020), que tramitou sob a forma de recurso repetitivo, "Os servidores efetivados pelo Estado de Minas Gerais submetidos ao regime estatutário, por meio de dispositivo da LCE nº 100/2007, declarado posteriormente inconstitucional pelo STF na ADI 4.876/DF, têm direito aos depósitos no FGTS referentes ao período irregular de serviço prestado".

- Ontologicamente, isto é, na essência, não há qualquer distinção da nulidade das relações jurídicas ao se realizar contratação temporária em desconformidade com o que estabelece o inciso IX do art. 37 da CR/88 ou a admissão de servidores considerada inconstitucional pelo STF na ADI 4876.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0000.19.067806-0/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Valeria do Rosario Oliveira - Apelado: Estado de Minas Gerais. Relator: DES. VERSIANI PENNA.

Acórdão

Vistos, etc., acorda, em Turma, a 19ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em DAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 28 de outubro - *Versiani Penna* - Relator.

Voto

DES. VERSIANI PENNA - Trata-se de recurso de apelação interposto por Valéria do Rosário Oliveira, contra sentença proferida na ação de cobrança, proposta em face do Estado de Minas Gerais, que julgou improcedente a pretensão inicial de recebimento de FGTS decorrente do período trabalhado entre a publicação da LC nº 100/2007 e a declaração de sua inconstitucionalidade.

A apelante sustenta que sua pretensão é amparada por precedentes vinculantes do STF (RExt nº 765320, Tema nº 916) e do STJ (Resp nº 1,627,374/MG), que reconheceram o direito ao recebimento do FGTS em situação semelhante à sua. Aduz que a contagem do prazo prescricional tem início com o trânsito em julgado da decisão que declarou a inconstitucionalidade da LC nº 100/07. Pede o provimento do recurso para reformar a sentença e julgar procedente a pretensão inicial.

Em contrarrazões, o Estado de Minas Gerais sustenta que na ADI nº 4876 ficou decidida a inconstitucionalidade da LC nº 100/2007 e não das relações jurídico-administrativas, pois em momento algum os contratos foram considerados nulos. Argumenta que a situação dos autos não se confunde com os contratos temporários renovados sucessivamente. Aduz que a parte autora foi considerada

e tratada como um servidor público efetivo, usufruindo de todas as vantagens decorrentes desse tratamento. Assevera que a manutenção dos efeitos patrimoniais é reforçada pela modulação de efeitos da ADI. Por fim, defende que apenas as relações de emprego fazem jus ao recolhimento do FGTS. Cita decisão do STJ no EDcl no Resp nº 1.665174. Pugna pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

Admissibilidade.

Conheço do recurso de apelação, eis que presentes os pressupostos de admissibilidade.

Mérito.

O cerne da questão trazida a este Juízo revisor diz respeito a eventual direito da parte autora, ex-servidora estadual que foi efetivada pela Lei Complementar nº 100/2007, ao recebimento de valores a título FGTS referentes ao período decorrente entre a publicação de mencionada lei complementar até a declaração de sua inconstitucionalidade.

Prescrição.

A princípio, por se tratar de cobrança de FGTS, forçoso analisar se houve prescrição da pretensão de recebimento de referida verba.

É certo que há duas espécies de prazos que regem a cobrança de FGTS não depositado: (i) decadencial: prazo para a propositura da ação após o fim do vínculo e (ii) prescricional: período anterior à distribuição da ação que eventualmente poderia ser reconhecido como devido. Por essa razão, tanto a anterior redação do Enunciado nº 362 do Tribunal Superior do Trabalho, quanto a atual, trazem em si a dicotomia de prazos mencionada:

> Redação anterior: É trintenária a prescrição do direito de reclamar contra o não-recolhimento da contribuição para o FGTS, observado o prazo de 2 (dois) anos após o término do contrato de trabalho.
>
> Redação atual: I - Para os casos em que a ciência da lesão ocorreu a partir de 13.11.2014, é quinquenal a prescrição do direito de reclamar contra o não-recolhimento de contribuição para o FGTS, observado o prazo de dois anos após o término do contrato;
>
> II - Para os casos em que o prazo prescricional já estava em curso em 13.11.2014, aplica-se o prazo prescricional que se consumar primeiro: trinta anos, contados do termo inicial, ou cinco anos, a partir de 13.11.2014 (STF- ARE-709212/DF).

Esses 2 (dois) anos, mencionados acima, vêm do art. 7º, XXIX, da CR/88 e constituem o prazo para o exercício do direito potestativo de ajuizar a reclamatória trabalhista, tratando-se, pois, de prazo decadencial, como explica Câmara Leal:

> É de decadência o prazo estabelecido pela lei, ou pela vontade unilateral ou bilateral, quando prefixado ao exercício do direito pelo seu titular. E é de prescrição, quando fixado, não para o exercício do direito, mas para o exercício da ação que o protege. Quando, porém, o direito deve ser exercido por meio da ação, originando-se ambos do mesmo fato, de modo que o exercício da ação representa o próprio exercício do direito, o prazo estabelecido para a ação deve ser tido como prefixado ao exercício do direito, sendo, portanto, de decadência, embora aparentemente se afigure de prescrição (Leal, Antônio Luiz da Câmara. *Da prescrição e da decadência*. Rio de Janeiro: Forense. p. 133-134).

São, portanto, prazos de natureza diversa, que correm de forma independente, sendo o prazo decadencial nascido do fim do vínculo contratual e o prescricional mês a mês a partir de quando ocorrida a lesão.

Logo, uma vez que o prazo decadencial venha a termo sem que ajuizada a reclamatória trabalhista, o trabalhador fica impedido do exercício de seu direito potestativo, mesmo que ainda houvesse algum prazo prescricional remanescente.

Pois bem.

O Supremo Tribunal Federal se propôs a superar seu entendimento anterior quanto ao prazo prescricional trintenário para a cobrança do FGTS, passando a entendê-lo como quinquenal, ao considerar inconstitucional os arts. 23, § 5º, da Lei nº 8.036/1990, e 55 do Regulamento do FGTS, conforme se depreende do julgamento proferido no Recurso Extraordinário com Agravo nº 709.212 DF, ocasião em que houve a modulação dos efeitos da decisão para preservar aqueles que, de boa fé, pensavam, até aquele momento, estar resguardados pelo prazo de 30 (trinta) anos, a saber:

> Recurso extraordinário. Direito do Trabalho. Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS). Cobrança de valores não pagos. Prazo prescricional. Prescrição quinquenal. Art. 7º, XXIX, da Constituição. Superação de entendimento anterior sobre prescrição trintenária. Inconstitucionalidade dos arts. 23, § 5º, da Lei nº 8.036/1990 e 55 do Regulamento do FGTS aprovado pelo Decreto 99.684/1990. Segurança jurídica. Necessidade de modulação dos efeitos da decisão. Art. 27 da Lei 9.868/1999. Declaração de inconstitucionalidade com efeitos *ex nunc*. Recurso Extraordinário a que se nega provimento. (STF - ARE nº 709.212 DF - Relator Ministro Gilmar Mendes - julgamento plenário 13/11/2014)

Vê-se, dessa forma, que nossa Corte Suprema apenas reviu seu entendimento no tocante ao prazo prescricional do FGTS, nada se manifestando sobre o prazo decadencial, servindo esse apenas como fundamento para considerar inconstitucional o prazo de prescrição trintenário, a saber:

> [...] Registre-se que a aplicabilidade do disposto no art. 7º, XXIX, da Constituição à cobrança judicial dos valores relativos FGTS foi reconhecida até mesmo pelo Tribunal Superior do Trabalho, embora apenas de forma parcial, restritiva e até mesmo contraditória.

Refiro-me à edição, em 2003, do Enunciado nº 362, segundo o qual "é trintenária a prescrição do direito de reclamar contra o não recolhimento da contribuição para o FGTS, observado o prazo de 2 (dois) anos após o término do contrato de trabalho".

Em outras palavras, a Corte Trabalhista entendeu ser aplicável apenas a parte do dispositivo constitucional que prevê o prazo de 2 (dois) anos aos após a extinção do contrato de trabalho, olvidando-se do disposto na primeira parte do dispositivo (o direito de reclamar o depósito do FGTS somente alcançaria os últimos 5 - cinco - anos).

É por isso que a primeira pergunta que se faz é: o prazo decadencial de 2 (dois) anos está restrito às reclamatórias trabalhistas ou se aplica, também, a terceiro que invoque prejuízo em face da Administração Pública alegando nulidade do vínculo temporário de trabalho?

A meu ver, referido prazo está adstrito às reclamatórias trabalhistas, pois o prazo para terceiros invocarem prejuízos em face da Administração Pública, decorrentes de direitos pessoais, se submete ao que estabelece o Decreto nº 20.910/1932, que, por ser norma específica, afasta a aplicação do prazo decadencial estabelecido para as relações trabalhistas.

Como ensina Raquel Melo Urbano de Carvalho, "uma regra específica de Direito Administrativo que fixe prazo decadencial ou prescricional incide sobre as relações jurídico-administrativas prevalece sobre qualquer regra de Direito Civil, desde que a norma pública atenda a razoabilidade, princípio constitucional implícito" (*Curso de Direito Administrativo*: parte geral, intervenção do Estado e estrutura da administração. Salvador: Juspodivm, 2008. p. 489).

Portanto, a considerar o prazo estabelecido no Decreto nº 20.910/1932, o terceiro que demande contra a Fazenda Pública deve fazê-lo no prazo de 5 (cinco) anos após a lesão reclamada, sob pena de ter sua pretensão fulminada pela prescrição. Não se faz uso, então, do prazo decadencial previsto para as reclamatórias trabalhistas, que é próprio do regime celetista e a essas relações se restringe.

Dessa forma, tratando-se de vínculo temporário considerado nulo, o terceiro deve propor a ação em até 5 (cinco) anos da extinção do vínculo, sob pena de ver fulminada toda a pretensão.
Uma vez proposta a ação dentro desse prazo, há que se verificar, para a condenação pretérita, a ocorrência da prescrição nas relações de trato sucessivo.

In casu, a extinção do vínculo da autora, ora apelante, com o Estado de Minas Gerais, ocorreu em 31.12.2015, com o reconhecimento da inconstitucionalidade da LC nº 100/2007 e a modulação dos efeitos (cf. ED na ADI 4.876/DF), enquanto que a ação de origem foi ajuizada em 21.04.2015.

Ultrapassada essa questão, voltando-me à prescrição de trato sucessivo, ou seja, das parcelas de FGTS porventura vencidas anteriormente ao ajuizamento desta ação, a declaração de inconstitucionalidade do prazo trintenário, com a respectiva modulação, criou 2 (duas) situações possíveis, previstas no voto condutor do julgamento do ARE 790212 / DF: a modulação que se propõe consiste em atribuir à presente decisão efeitos *ex nunc* (prospectivos). Dessa forma, para aqueles cujo termo inicial da prescrição ocorra após a data do presente julgamento, aplica-se, desde logo, o pra-

zo de 5 (cinco) anos. Por outro lado, para os casos em que o prazo prescricional já esteja em curso, aplica-se o que ocorrer primeiro: 30 (trinta) anos contados do termo inicial, ou 5 (cinco) anos a partir desta decisão.

Assim, se na presente data já tenham transcorrido 27 (vinte e sete) anos do prazo prescricional, bastarão mais 3 (três) anos para que se opere a prescrição, com base na jurisprudência desta Corte até então vigente. Por outro lado, se na data desta decisão tiverem decorrido 23 (vinte e três) anos do prazo prescricional, ao caso se aplicará o novo prazo de 5 (cinco) anos, a contar da data do presente julgamento.

Então, uma vez que a ação tenha sido proposta no prazo de 5 (cinco) anos da extinção do vínculo com a Administração Pública, cumpre ao magistrado verificar, mês a mês, se houve a prescrição das parcelas vencidas, isto é: 1. se a lesão - ausência de recolhimento do FGTS - ocorreu antes de 13.11.2014 (data do julgamento do ARE 790212 /DF) o magistrado deverá fazer contas para verificar em qual situação da modulação de efeitos do ARE 790212/DF se encaixa, de modo a definir se a parcela foi atingida ou não pela prescrição; 2. se a lesão - ausência de recolhimento do FGTS - ocorreu após 13.11.2014, o prazo prescricional a ser aplicado é o quinquenal, isto é, a condenação retroagiria aos 5 (cinco) anos anteriores à distribuição, alcançado as verbas eventualmente devidas nesse período.

Assim, considerando a extensão da lesão ocorrida desde a publicação da LC n° 100/2007 (05.11.2007) até a extinção do vínculo (31.12.2015), creio que nenhuma das parcelas pretéritas foi atingida pela prescrição.

Ora, se a parcela mais antiga teve como termo inicial da prescrição 05.11.2007, apenas decorreu o prazo de 7 (sete) anos até o julgamento do ARE n° 790212/DF, razão pela qual soma-se a esse prazo mais 5 (cinco) anos, conforme modulação de efeitos desse julgado, o que faria vencer apenas em 13.11.2019. Do mesmo modo, todas as parcelas vencidas até 13.11.2014 tiveram acrescentadas ao prazo decorrido mais 5 (cinco) anos, com termo final em 13.11.2019.

Por outro lado, às lesões que tiveram por termo inicial o período entre 13.11.2014 ao fim do vínculo (31.12.2015), será aplicado o prazo quinquenal de forma imediata.

Dessa forma, relembrando a propositura desta demanda em abril de 2015, não há falar na ocorrência de prescrição para nenhuma das parcelas de FGTS eventualmente devidas e não recolhidas entre a vigência da LC n° 100/2007 e a extinção do vínculo entre apelante e apelado, no caso concreto.

Passo, então, à análise do direito ao FGTS na hipótese dos autos.

Direito ao FGTS.

Sabidamente o Supremo Tribunal Federal consolidou sua jurisprudência no sentido de que "a contratação por tempo determinado para atendimento de necessidade temporária de excepcional interesse público realizada em desconformidade com os preceitos do art. 37, IX, da Constituição Federal não gera quaisquer efeitos jurídicos válidos em relação aos servidores contratados, com exceção

do direito à percepção dos salários referentes ao período trabalhado e, nos termos do art. 19-A da Lei nº 8.036/1990, ao levantamento dos depósitos efetuados no Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS" (RE nº 765320/MG, Rel. Min. Teori Zavascki, j. em 15.09.2016, Processo Eletrônico Repercussão Geral - Mérito, *DJe*-203, d. em 22.09.2016, p. 23.09.2016).

Nesse precedente de aplicabilidade vinculativa, o STF reafirmou o entendimento de que, aqueles que prestaram serviço à Administração Pública por contratação temporária que não se enquadre nas hipóteses constitucionalmente previstas (RE nº 658.026), farão jus somente à remuneração e ao FGTS.

Conforme consignado na fundamentação da Corte Suprema, esse entendimento decorre da aplicação do disposto no art. 19-A da Lei nº 8036/90, que prevê em seu *caput* que "é devido o depósito do FGTS na conta vinculada do trabalhador cujo contrato de trabalho seja declarado nulo nas hipóteses previstas no art. 37, § 2º, da Constituição Federal, quando mantido o direito ao salário".

Nessa mesma oportunidade, ressaltou o saudoso Ministro Teori Zavascki que o Pleno do STF, na apreciação do RE nº 705.140, também submetido à sistemática de repercussão geral, "assentou-se a aplicação do art. 19-A da Lei nº 8.036/1990 aos contratos de trabalhos nulos firmados pela Administração Pública".

Por todo o exposto, não pairam mais dúvidas de que o STF entende que o posicionamento exarado no RE nº 705.140 não é restrito aos empregados públicos, mas também aos servidores contratados temporariamente de forma irregular, ou seja, sem a observância da obrigatoriedade do concurso público.

Ontologicamente, não há qualquer distinção entre realizar contratação temporária em desconformidade com o que estabelece o inciso IX do art. 37 da CR/88 e a situação dos autos, qual seja, a "efetivação" de servidor pela LC 100/07. Ora, tanto neste caso quanto na contratação temporária inconstitucional, o que se vê é a admissão para o desempenho de funções tipicamente de servidores públicos em violação ao princípio constitucional da obrigatoriedade do concurso público (art. 37, II, do CR/88).

Há nulidade da contratação, então, sempre que houver afronta ao princípio constitucional da obrigatoriedade do concurso público, não se podendo restringir a tese jurídica vinculativa apenas às hipóteses de contratação temporária fora dos requisitos previstos no inciso IX do art. 37 da CR/88.

Seria contraditório e, com a devida vênia, ilógico, entender que o vínculo jurídico-administrativo é nulo quando ocorre a contratação temporária fora do que permite a constituição, mas que não ocorreria nulidade na contratação de professor para o exercício de função pública, sem concurso público.

Não seria, em essência, o mesmo agir do administrador, que admitiu sem concurso público, a causar a nulidade em ambas as situações? A meu sentir, sim.

Assim, pouco importa a origem da contratação - se por contrato temporário sem observância dos

requisitos constitucionais (art. 37, IX, CR/88) ou se por designação para função pública decorrente de lei que veio a ser reconhecida inconstitucional (LC n° 100/2007) -, pois o vício que macula a relação é justamente a ausência do concurso público, que se evidencia tanto em um quanto em outro caso.

Aliás, a contratação sem concurso público foi, inclusive, o fundamento da declaração de inconstitucionalidade do art. 7º da Lei Complementar n° 100/2007, como se observa da ementa do respectivo julgado:

> Ação Direta de Inconstitucionalidade. Art. 7º da Lei Complementar n° 100/2007 do Estado de Minas Gerais. Norma que tornou titulares de cargos efetivos servidores que ingressaram na administração pública sem concurso público, englobando servidores admitidos antes e depois da Constituição de 1988. Ofensa ao art. 37, inciso II, da Constituição Federal, e ao art. 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Modulação dos efeitos. Procedência parcial. - Desde a Constituição de 1988, por força do seu art. 37, inciso II, a investidura em cargo ou emprego público depende da prévia aprovação em concurso público. As exceções a essa regra estão taxativamente previstas na Constituição. Tratando-se, no entanto, de cargo efetivo, a aprovação em concurso público se impõe. - O art. 19 do Atos das Disposições Constitucionais Transitórias tornou estáveis os servidores que estavam em exercício há pelo menos cinco anos na data da promulgação da Constituição de 1988. A estabilidade conferida por essa norma não implica a chamada efetividade, que depende de concurso público, nem com ela se confunde. Tal dispositivo é de observância obrigatória pelos estados. Precedentes: ADI n° 289/CE, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, *DJ* de 16.03.07; RE n° 199.293/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, *DJ* de 06.08.04; ADI n° 243/RN-MC, Rel. Min. Maurício Corrêa, Tribunal Pleno, *DJ* de 24.08.01; RE n° 167635/PA, Rel. Min. Maurício Corrêa, Segunda Turma, *DJ* de 07.02.97. - Com exceção do inciso III (que faz referência a servidores submetidos a concurso público), os demais incisos do art. 7º da Lei Complementar n° 100, de 2007, do Estado de Minas Gerais, tornaram titulares de cargo efetivo servidores que ingressaram na Administração Pública com evidente burla ao princípio do concurso público (art. 37, II, CF/88). [...] - Ação direta julgada parcialmente procedente (ADI n° 4876, Rel. Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, j. em 26.03.2014, Processo Eletrônico, *DJe*-125, d. em 27.06.2014, p. 01.07.2014).

Portanto, por estar diante da mesma *ratio decidendi*, aplicam-se ao caso dos autos as teses jurídicas firmadas nos Temas nºs 191, 308 e 916.

Aliás, oportuno ressaltar que o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp 1.806.086-MG (Tema n° 1020), que tramitou sob a forma de recurso repetitivo, fixou a seguinte tese: "Os servidores efetivados pelo Estado de Minas Gerais submetidos ao regime estatutário, por meio de dispositivo da LCE n°100/2007, declarado posteriormente inconstitucional pelo STF na ADI 4.876/DF, têm direito aos depósitos no FGTS referentes ao período irregular de serviço prestado".

Por todo o exposto, dou provimento ao recurso para reconhecer o direito da apelante à indeniza-

ção correspondente aos depósitos de FGTS não efetivados no período compreendido entre a LC nº 100/2007 e sua exoneração, corrigidos monetariamente pelo IPCA-E, a partir do vencimento de cada parcela, e juros de mora de acordo com a caderneta de poupança, a partir da citação.

Inverto os ônus sucumbenciais estabelecidos na sentença. Custas recursais, *ex lege*.

É como voto.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES CARLOS HENRIQUE PERPÉTUO BRAGA E WAGNER WILSON FERREIRA.

Súmula - DERAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Agravo de instrumento - Ação de rescisão contratual com indenizatória - Contrato de franquia - Preliminar de incompetência do Juízo da comarca de domicílio dos franqueados - Rejeição - Cláusula de eleição de foro - Comarca onde se situa a franqueadora - Hipossuficiência financeira e técnica dos franqueados - Prejuízos ao direito de ação - Abusividade - Declaração de nulidade da cláusula.

- Conforme o posicionamento assente no âmbito do colendo Superior Tribunal de Justiça, uma vez constatado que, no caso concreto, o foro contratualmente eleito tem o condão de causar prejuízos ao exercício do direito de ação ou ao direito de defesa de um dos contratantes, admite-se o reconhecimento judicial da nulidade da respectiva cláusula, inclusive em contratos de franquia.

- Evidenciado nos autos que a eleição do foro foi estipulada em contrato de adesão, em relação ao qual não teve a parte franqueada qualquer ingerência, e que esta apresenta evidente hipossuficiência financeira e técnica relativamente à franqueadora, imperiosa se revela a declaração da nulidade da respectiva cláusula, com o reconhecimento da competência do Juízo da comarca de domicílio dos franqueados, sobretudo porquanto ausente qualquer fundamento relevante a justificar a remessa dos autos ao foro eleito.

AGRAVO DE INSTRUMENTO-CV Nº 1.0000.21.145840-1/001 - Comarca de Belo Horizonte - Agravantes: Felipe de Oliveira Nunan Leite, Katucha Weber Lucchesi, Kf Bebidas Ltda. - Agravado: Ambev S.A. Relator: DES. FERNANDO LINS.

Acórdão

Vistos, etc., acorda, em Turma, a 20ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em DAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 15 de dezembro de 2021. - *Fernando Lins* - Relator.

Voto

DES. FERNANDO LINS - Trata-se de agravo de instrumento interposto por K&F Bebidas Ltda., Katucha Weber Lucchesi e Felipe de Oliveira Nunan Leite, em face da decisão interlocutória proferida pelo douto Juízo da 8ª Vara Cível da Comarca de Belo Horizonte, nos autos da "ação pelo procedimento comum", proposta pelos ora agravantes em desfavor de AMBEV S.A., por meio da qual foi acolhida a preliminar de incompetência do juízo, suscitada pela parte ré/agravada, em sua

peça de defesa, com a determinação da remessa dos autos a um dos juízos cíveis da comarca de São Paulo/SP.

Em suas razões recursais, alegam os requerentes/agravantes, em suma, que não merece prosperar a cláusula de eleição de foro imposta pela parte ré/agravada, haja vista que, diante dos inúmeros descumprimentos contratuais e da evidente má-fé da ré/recorrida no bojo da relação contratual, encontram-se os demandantes em situação de hipossuficiência financeira, o que justificou, inclusive, o deferimento da gratuidade de justiça em seu favor.

Salientam que não possuem condições de arcar com os custos do processo, sobretudo caso esse passe a tramitar em outro estado da federação, o que impedirá o seu acesso à justiça, representando uma violação à garantia preconizada no art. 5º, inciso XXXV, da Carta Magna.

Apresentam extensa digressão acerca dos supostos abusos contratuais perpetrados pela ré/agravada e destacam que, diante da referida situação de hipossuficiência, deve ser reconhecida a nulidade da cláusula de eleição que fora imposta no contrato de franquia, notadamente tendo em vista que os advogados que patrocinam os interesses da requerida estão sediados no Rio de Janeiro/RJ, o que evidencia que a tramitação da demanda na comarca de Belo Horizonte/MG não ensejará nenhum prejuízo à defesa da ré.

Sob tais fundamentos, pugnaram, inicialmente, pela concessão do efeito suspensivo recursal. Ao final, pleitearam o provimento do recurso, para reformar a decisão agravada e reconhecer a nulidade da cláusula de eleição de foro, com a consequente rejeição da preliminar de incompetência do juízo, aventada pela parte ré/recorrida.

Por meio de decisão antecipatória desta relatoria, foi deferido o pedido de efeito suspensivo recursal (evento nº 104).

Em suas contrarrazões, a parte agravada refutou a tese recursal e defendeu o desprovimento do recurso (evento nº 106).

É o relatório.

Conheço do recurso, porquanto presentes os pressupostos de admissibilidade.

Após a atenta análise das nuances fáticas e jurídicas que permeiam o caso, com a devida vênia, vislumbro fundamentos hábeis à concessão do provimento almejado nesta instância recursal, senão vejamos.

Nos termos do art. 63 do Código de Processo Civil, admite-se a modificação pelas partes da competência territorial previamente definida pelo ordenamento jurídico, a partir da eleição do foro onde deverão ser dirimidas as controvérsias contratuais, a ser concretizada mediante expressa previsão em contrato escrito relativo ao negócio jurídico firmado entre elas.

A propósito, eis a transcrição do aludido artigo:

> Art. 63. As partes podem modificar a competência em razão do valor e do território, elegendo foro onde será proposta ação oriunda de direitos e obrigações.
>
> § 1º A eleição de foro só produz efeito quando constar de instrumento escrito e aludir expressamente a determinado negócio jurídico.

Não obstante, uma vez constatado que, no caso concreto, o foro contratualmente eleito tem o condão de causar prejuízos ao exercício do direito de ação ou ao direito de defesa de um dos contratantes, admite-se o reconhecimento judicial da nulidade da respectiva cláusula, conforme o posicionamento assente no âmbito do colendo Superior Tribunal de Justiça, manifestado inclusive em contratos de franquia, como é o caso dos autos. A propósito:

> Agravo interno no agravo em recurso especial. Ação de rescisão de contrato. Franquia comercial. Cláusula de eleição de foro. Nulidade. Hipossuficiência da parte. Entendimento do acórdão atacado em consonância com a jurisprudência do STJ. Agravo interno não provido. - Consoante a jurisprudência desta Corte, é possível a declaração de nulidade da cláusula de eleição de foro no contrato de franquia quando for reconhecida a hipossuficiência da parte. Entendimento do acórdão atacado em consonância com a orientação do STJ, a justificar a incidência da Súmula nº 83/STJ. - Agravo interno a que se nega provimento (STJ - AgInt no AREsp nº 1708088 PE 2020/0128237-6, Rel. Min. Raul Araújo, j. em 07.12.2020, Quarta Turma, *DJe* de 01.02.2021).

Definida essa premissa, verifico que, no caso *sub judice*, as partes celebraram, em 2017, contrato de franquia, no bojo do qual foi eleito como único foro competente para dirimir qualquer controvérsia contratual o foro da comarca de São Paulo/SP, onde se encontra sediada a sociedade franqueadora, Ambev S.A. (eventos nº 75/76).

Embora, na espécie, não se tenha por caracterizada uma relação de consumo, como bem ressaltado pelo Juízo primevo, é certo que o instrumento contratual firmado entre os litigantes se caracteriza como de adesão, haja vista que à parte autora/agravante cabia apenas aceitar o contrato de franquia com a cláusula de eleição de foro já definida ou deixar de firmar o negócio jurídico em questão, inexistindo qualquer possibilidade de ingerência da parte franqueada nesse tocante.

Verifico, ainda, relevantes indícios de hipossuficiência técnico-econômica da parte franqueada, tendo em vista que, enquanto a franqueadora consiste em empresa de grande porte - a maior empresa nacional no segmento da produção de bebidas -, a franqueada figurava como uma distribuidora de bebidas local, que, ao que consta do processado, foi submetida aos ditames contratuais preconizados unilateralmente pela agravada, o que lhe ocasionou consideráveis prejuízos financeiros, ensejando, inclusive, o encerramento das atividades empresariais (eventos nº 56/59).

Nesse contexto, sobretudo, de evidente comprometimento econômico da parte franqueada, a remessa dos autos à comarca de São Paulo/SP, tem o condão, evidentemente, de ocasionar prejuízos ainda maiores aos agravantes, de modo a comprometer inclusive o seu acesso à Justiça, tendo em

vista que, a despeito do atual contexto pandêmico e das facilidades implementadas relativamente à virtualização dos processos, pode ser necessária a contratação de advogados locais e eventual locomoção das partes para comparecimento a audiências presenciais, o que acabará por impor aos agravantes os respectivos custos, comprometendo ainda mais a situação deficitária.

Não se pode olvidar, também, que, conforme destacado pelos recorrentes, os causídicos que patrocinam a defesa da parte ré situam-se no estado do Rio de Janeiro, de modo que a manutenção do feito na comarca de domicílio dos autores não trará nenhum prejuízo concreto à parte ré, inexistindo qualquer fundamento relevante a justificar a imprescindibilidade de, nesse contexto, prevalecer o foro eleito unilateralmente pela ré, quando da pactuação do ajuste.

Dessa forma, verificada a referida vulnerabilidade da parte autora em face da parte ré, bem como o risco de prejuízos ao acesso à Justiça constitucionalmente assegurado à demandante, imperiosa se revela a declaração da nulidade da cláusula de eleição de foro, conforme já decidido no âmbito deste egrégio Sodalício, em casos análogos. A propósito:

> Agravo de instrumento. Exceção de incompetência. Contrato de franquia. Cláusula de eleição de foro. Abusividade. Vulnerabilidade econômica do franqueado. O colendo Superior Tribunal de Justiça "firmou-se no sentido da possibilidade de se declarar a nulidade da cláusula de eleição de foro estipulada em contrato de adesão de franquia, desde que configurada a vulnerabilidade ou a hipossuficiência do aderente ou o prejuízo no acesso à justiça". É abusiva a cláusula em contrato de franquia que elege como foro competente comarca distante da área de atuação de pequeno franqueado, para prestigiar sede de franqueadora de grande porte com atuação em todo território nacional, dificultando o acesso ao Poder Judiciário. [...] (TJMG - Agravo de Instrumento-Cv nº 10000170065460003/MG, Rel. Des. José Américo Martins da Costa, 15ª Câmara Cível, j. em 16.07.2020, p. em 22.07.2020).

Ante o exposto, dou provimento ao recurso, para reformar a decisão agravada e declarar a nulidade da cláusula de eleição de foro, com a consequente rejeição da preliminar de incompetência do juízo aventada pela parte ré/recorrida e o retorno do feito ao Juízo *a quo*, para o regular processamento da demanda.

Por conseguinte, condeno a parte agravada ao pagamento das custas recursais.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES FERNANDO CALDEIRA BRANT E VICENTE DE OLIVEIRA SILVA.

Súmula - DERAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Apelação cível - Ação de indenização por danos morais - Instalação de câmera de segurança falsa direcionada para um dos cômodos do imóvel vizinho - Contexto de atrito entre confinantes - Função de pacificação social do dano moral - Ausência de prova do abalo à honra subjetiva - Recurso improvido.

- A instalação de câmera de segurança falsa direcionada para os cômodos de imóvel vizinho não é apta a, por si só, ensejar o dever de indenizar pelos supostos danos morais experimentados. A impropriedade absoluta do meio em atingir a honra e privacidade dos habitantes do imóvel faz com que eventual dano moral deva ser comprovado, o que não ocorreu nos autos.

- Existente no âmbito da relação de vizinhança um estado belicoso, o sancionamento de tais atritos, com o dever de compensação de danos morais, serviria para desvirtuar o instituto e não atenderia aos fins da atividade jurisdicional de pacificação social.

- Recurso improvido.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0000.21.185895-6/001 - Comarca de Elói Mendes - Apelantes: Antonio Robatino, Claudemilson Robatino, Claudemir Robatino, Claudineia Robatino - Apelado: Leonardo Alves Pereira Silva Gomes. Relator: DES.ª LÍLIAN MACIEL.

Acórdão

Vistos, etc., acorda, em Turma, a 20ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 1 de dezembro de 2021. - *Lílian Maciel* - Relatora.

Voto

DES.ª LÍLIAN MACIEL - Trata-se de apelação cível interposta pelos autores Antônio Robatino e outros, ora apelados, em face da sentença proferida pelo MM. Juiz de Direito da Vara Única da Comarca de Elói Mendes (f. 135/137 - doc. único), que, nos autos da ação de indenização por danos morais, ajuizada em face do réu Leonardo Alves Pereira Silva Gomes, ora apelado, julgou improcedentes os pedidos iniciais, nos seguintes moldes:

> Do exposto, julgo improcedente o pedido, com resolução de mérito, nos moldes do art. 487, inciso I, do CPC, e revogo a tutela de urgência concedida.
>
> Em razão da sucumbência, condeno os autores ao pagamento das custas e despesas processuais, bem como verba honorária em favor do advogado do requerido, ora arbitrados

em 10% (dez por cento) sobre o valor da causa atualizado, suspensa a exigibilidade por litigarem sob o pálio da justiça gratuita.

Extrai-se da exordial que "os autores são residentes e domiciliados no imóvel de sua propriedade localizado à Rua Manoel Alves Pereira, nº 316, Bairro Jardim Tropical, localizado nesta Cidade de Elói Mendes/MG. O imóvel no qual os autores são residentes e domiciliados faz divisa com o imóvel do réu, com aproximadamente 20 (vinte) metros de comprimento, sendo aproximadamente 10 (dez) metros com construção e 10 (dez) metros de muro, conforme documentos anexos".

Segundo narram, "o réu, aproximadamente 3 (três) meses, instalou uma câmera de segurança em sua janela lateral que faz divisa com os autores, sem a devida permissão destes, conforme demonstra ata notarial com fotos anexas. A câmera instalada na janela está direcionada para a sacada do quarto dos autores, porta da cozinha e quintal, conforme constata nas fotos anexas".

Apontam que "a câmera instalada na janela lateral do réu, direcionada para a residência dos autores, está cerceando estes de sua liberdade e invadindo suas privacidades. Os autores já realizaram requerimento verbal para o réu remover a câmera do local, porém sem êxito, se sentem extremamente constrangidos, privados de sua liberdade, não podem se quer sair na sacada de seu quarto para se refrescarem, nem ao menos no quintal de sua residência, se sente monitorado o tempo todo pelo réu".

Em razão do ocorrido, ajuizaram a presente ação visando a condenação do réu na obrigação de retirar a aludida câmera, bem como ao pagamento de indenização por danos morais. Foi formulado, ainda, pedido de tutela de urgência consistente na retirada da aludida câmera.

Deferido o pedido de tutela, esse restou cumprido por oficial de justiça, conforme mandado de f. 69/71 - doc. único.

Citado, o réu apresentou contestação às f. 76/82 - doc. único -, alegando, em síntese que "não se trata de câmera de segurança, tratam-se de câmeras falsas. Conforme alegado pelos autores, esses, ao saberem da instalação da câmera falsa, solicitaram ao réu a sua retirada, no qual foi informado a eles a respeito de ser uma câmara falsa, que possui o intuito de inibir a ação de criminosos. Foi informado ainda que a câmara falsa não possuía a função de filmar ou fotografar, que a presença da mesma no local seria benéfica também aos autores".

Aponta não ter cometido nenhum ato ilícito, pois não constrangeu e privou a liberdade dos autores. Impugnação às f. 98/93 - doc. único.

Intimados a especificarem as provas que pretendiam produzir, os autores requereram o julgamento antecipado da lide (f. 97 - doc. único). O réu, por sua vez, manteve-se inerte.

Proferida sentença às f. 135/137 - doc. único, a Magistrada *a quo* entendeu pela improcedência dos pedidos iniciais.

Fundamentou seu entendimento no fato de que "em que pesem as fotografias registradas em ata

notarial comprovarem que havia uma câmera de segurança instalada para fora da janela do requerido (ID 101459830), no decorrer da lide restou demonstrada ausência de funcionalidade da mesma, fato corroborado pelo Oficial de Justiça no momento de cumprimento da ordem liminar, já que não estava ligada em rede elétrica e nem possuía baterias (ID 115836603), o que também pode ser verificado na fotografia acostada na contestação durante a diligência do auxiliar do juízo (ID 116105118, p. 4)".

Dessa forma, entendeu que "o instrumento não era mesmo apto a atingir privacidade ou intimidade dos autores, não gerando sequer imagens, o que corrobora a versão defensiva de ser câmera falsa, para a qual não há obrigatoriedade de autorização de terceiros para sua instalação. Assim, diante da inidoneidade do meio utilizado, inexistindo qualquer prova de invasão de privacidade ou intimidade, bem jurídico tutelado na espécie, patente a ausência de ato ilícito reprovável, não havendo que se falar em responsabilidade por dano moral ou imposição de obrigação de não fazer".

Outrossim, apontou que as peças colacionadas aos autos demonstram que, em verdade, o que existe é uma relação conturbada entre vizinhos, "aparentemente sem diálogo e tolerância, culminando em acirramento da animosidade existente".

Irresignados, os autores interpuseram o presente recurso de apelação (f. 140/146 - doc. único).

Entendem que a sentença ora vergastada merece reforma, ao fundamento de que "contrariamente do que consta na r. sentença, os apelantes ficaram extremamente constrangidos, se sentiram totalmente privados da liberdade com a câmera apontada para a sacada do quarto, para a porta da cozinha e quintal, podendo eles ver a câmera até mesmo de dentro do quarto em cima da cama de casal, imaginando a abrangência da mesma. Há de ressaltar que em nenhum momento os apelantes foram informados que a câmera de segurança era falsa e que não estava funcionando, que não filmava e nem fotografava".

Apontam que "se sentiam incomodados em relação ao direito de privacidade, o que acarreta o dever de indenizar do apelado".

Por fim, aduzem que "o simples ato do apelante em instalar a câmera de segurança no local, direcionada para residência dos apelantes, com o único propósito de constrangê-los, já acarreta o dever de indenizá-los, esteja ou não funcionado a câmera de segurança, uma vez que os apelantes, pessoas idosas, não tinham o conhecimento da não funcionalidade do equipamento e se sentiram extremamente constrangidos, monitorados o tempo todo".

Contrarrazões às f. 151/157 - doc. único. É o relatório.

Passo ao voto.

Conheço do presente recurso, uma vez que próprio e tempestivo, bem como dispensado o preparo em virtude de os autores litigarem sob o pálio da assistência judiciária gratuita.

Cinge-se a *vexata quaestio* em avaliar o acerto da sentença que rechaçou o pleito de indenização

por danos morais formulado pelos autores, decorrente da instalação de uma câmera de segurança voltada para o interior de sua residência.

Pois bem. De início, é importante destacar que não remanescem dúvidas de que o dito equipamento não possuía o condão de gravar qualquer imagem, tendo em vista que não possuía bateria e, tampouco, ligação com a rede de energia.

Tal fato restou atestado pelo oficial de justiça que compareceu ao local para cumprimento da tutela de urgência consistente na retirada do equipamento:

> CERTIDÃO.
>
> Certifico e dou fé que constatei que a câmera direcionada para a casa do autor não gerava imagens, pois não estava ligada na rede elétrica e não continha baterias, a qual foi retirada por esse oficial de justiça (f. 69 - doc. único).
>
> CERTIDÃO.
>
> Certifico e dou fé que no imóvel do réu existem mais três câmeras: duas direcionadas para a rua e uma direcionada para a escada lateral do lado oposto do imóvel do autor (f. 70 - doc. único).

Entendem os autores que, apesar da impropriedade absoluta do objeto em captar suas imagens, a instalação do objeto com a lente virada para a residência deles seria suficiente a ensejar o dever de indenizar.

Contudo, em uma análise dos autos, verifica-se que a sentença que rechaçou o pleito indenizatório não merece qualquer reparo, conforme se passa a explicar.

Cumpre-nos asseverar inicialmente que a responsabilidade civil pode ser definida, como fez o nosso legislador, no art. 186 do Código Civil, que, aquele que por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Observada a relação jurídica do caso em apreço, conclui-se pela aplicabilidade da teoria da responsabilidade subjetiva, de modo que devem estar demonstrados: o dano, o ato ilícito culposo *lato sensu*, bem como o respectivo nexo de causalidade para que reste caracterizada a responsabilidade civil do apelado.

No caso, apesar de ter sido alegado, a parte autora não comprovou a existência de efetiva violação dos direitos da personalidade e sofrimento de tal monta a configurar o denominado dano moral.

Por sua vez, Sergio Cavalieri Filho, sobre o que se configura o dano moral, traz o seguinte escólio:

> O que configura e o que não configura o dano moral? Na falta de critérios objetivos, essa questão vem-se tornando tormentosa na doutrina e na jurisprudência, levando o julgador

> a situação de perplexidade. Ultrapassadas as fases da irreparabilidade do dano moral e da sua inacumulabilidade com o dano material, corremos, agora, o risco de ingressar na fase da sua industrialização, onde o aborrecimento banal ou mera sensibilidade são apresentados como dano moral, em busca de indenizações milionárias.
>
> Este é um dos domínios onde mais necessárias se tornam as regras da boa prudência, do bom-senso prático, da justa medida das coisas, da criteriosa ponderação das realidades da vida. Tenho entendido que, na solução dessa questão, cumpre ao juiz seguir a trilha da lógica do razoável, em busca da concepção ético-jurídica dominante na sociedade. Deve tomar por paradigma o cidadão que se coloca a igual distância do homem frio, insensível, e o homem de extremada sensibilidade.
>
> A gravidade do dano - pondera Antunes Varela - há de medir-se por um padrão objetivo (conquanto a apreciação deva ter em linha de conta as circunstâncias de cada caso), e não à luz de fatores subjetivos (de uma sensibilidade particularmente embotada ou especialmente requintada). Por outro lado, a gravidade apreciar-se-á em função da tutela do direito: o dano deve ser de tal modo grave que justifique a concessão de uma satisfação de ordem pecuniária ao lesado (*Programa de responsabilidade civil*: das obrigações em geral, 8. ed. São Paulo: Almedina, p. 617).

Os fatos narrados e, em especial, o histórico de desavenças entre as partes do processo, que são vizinhas e inclusive já ajuizaram diversas queixas-crime uma em face da outra (autos nº 0001618-16.2020.8.13.0236 e nº 0001584-41.2020.8.13.0236), robustecem o entendimento do Juízo de primeiro grau quanto à inexistência de dano moral advindo da instalação da câmera falsa pelo réu.

Certo é que a instalação de uma câmera direcionada para um dos cômodos da casa, em especial o quarto, ambiente que se reveste de mais alto grau de intimidade gera, ao menos, aborrecimento. Ocorre que, demonstrada a impropriedade absoluta do objeto, tem-se que tal circunstância, por si só, não possui o condão de causar abalos ao direito de intimidade dos autores.

Não há violação ao direito de intimidade dos autores se, no caso, a câmara trata-se de meio totalmente inidôneo.

Outrossim, as brigas e discussões narradas pelo réu em sua contestação, aliadas aos processos criminais em andamento, denotam um contexto subjacente ao entrevero, qual seja, de antiga e consolidada desavenças, desentendimentos e animosidades entre os vizinhos, de modo que não é possível presumir que a instalação de um artefato falso ensejou aos apelantes dano emocional e psicológico indenizável.

Soma-se a isso o fato de que os apelantes não produziram uma prova sequer nos autos, se limitando a juntar tão somente as fotografias de f. 19/23 - doc. único.

De se destacar, ainda, que a própria certidão do oficial de justiça acima transcrita demonstra que a câmera falsa que ensejou o ajuizamento da presente ação não é a única existente no domicílio do réu, havendo outras três que sequer são direcionadas para a residência do autor.

Tal fato corrobora a tese de que a instalação se deu unicamente em virtude de uma tentativa de inibir eventuais transgressores de tentar praticar crimes no local, não se tratando propriamente de uma provocação em face dos autores.

Infelizmente, existe no âmbito da relação de vizinhança ora analisada, um estado belicoso. Sancionar tais atritos com o dever de compensação de danos morais serviria para desvirtuar o instituto e não atenderia aos fins da atividade jurisdicional de pacificação social.

O dano de cunho extrapatrimonial possui caráter subjetivo, o qual merece avaliação individual em cada caso específico, sob pena de lançar total descrédito sobre a própria concepção de responsabilidade civil.

Nesse sentido Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald explicam:

> Em verdade, o que se pretende é asseverar que naquela lide não houve concreta afetação a dignidade da pessoa do suposto ofendido, pois se os aborrecimentos, triviais e comuns, fossem hábeis a provocar a reparação moral, não haveria dia em que não fôssemos contemplados com uma reparação, e talvez, muito provavelmente, condenados também a prestá-la. Porque o dia a dia, pela sua ordem natural, traz aborrecimentos que o direito, em princípio, não valora (Faria, Cristiano Chaves de; Rosenvald, Nelson. *Curso de Direito Civil:* Responsabilidade Civil. São Paulo: Atlas. v. 3. p. 269).

Acerca do tema, o magistério do Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Paulo de Tarso Vieira Sanseverino:

> Alguns fatos da vida não ultrapassam a fronteira dos meros aborrecimentos ou contratempos. São os dissabores ou transtornos normais da vida em sociedade, que não permitem a efetiva identificação da ocorrência de dano moral. Um acidente de trânsito, por exemplo, com danos meramente patrimoniais, constitui um transtorno para os envolvidos, mas, certamente, não permite a identificação, na imensa maioria dos casos, da ocorrência de dano moral para qualquer deles. [...] (*Responsabilidade civil no código do consumidor e a defesa do fornecedor*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 226).

Para a configuração dos danos morais é preciso que a pessoa seja efetivamente atingida em sua honra, sua reputação, sua personalidade ou em seu sentimento de dignidade. Conforme ensina Yussef Said Cahali, dano moral é:

> [...] tudo aquilo que molesta gravemente a alma humana, ferindo-se gravemente os valores fundamentais inerentes à sua personalidade ou reconhecidos pela sociedade em que está integrado [...] (Dano Moral. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p.20)

A lesão aos direitos da personalidade, tal como vida, liberdade, intimidade, privacidade, honra, imagem, identificação pessoal, integridade física e psíquica, enfim, à própria dignidade da pessoa humana, não dispensa o dever de demonstração de acordo com o caso concreto.

Pelas razões supracitadas e pela ausência de prova dos alegados danos, os quais não se presumem no presente caso, ante todo esse contexto de convivência hostil entre os vizinhos, não há evidências quanto à existência de qualquer dano à personalidade, à intimidade ou à privacidade dos autores que pudesse alçar às raias do dano moral.

No nosso ordenamento jurídico, o direito de alegar está intrinsecamente associado ao direito de provar, prevalecendo a máxima de que "fato alegado e não provado equivale a fato inexistente".

O efetivo abalo emocional ou vexame alegado pelo apelante deveria ter sido objeto de prova, haja vista não se constituírem *in re ipsa*. Caberia à parte autora, nos termos do inciso I do art. 373 do CPC, demonstrar todo o abalo psíquico narrado, o que não ocorreu *in casu*.

Dessa forma, ausente a prova do dano, resta afastado requisito *sine qua non* para a caracterização da responsabilidade civil, devendo ser rechaçada a pretensão recursal no tocante à condenação em compensação de danos morais.

Em face ao acima exposto, não resta configurado o dever de indenizar, devendo ser mantida incólume a sentença primeva.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

Custas pelo apelante. Majoro os honorários para 12% (doze por cento) do valor da causa, com fulcro no art. 85, § 2º, e 11 do CPC.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES FERNANDO CALDEIRA BRANT E VICENTE DE OLIVEIRA SILVA.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Apelação cível - Ação de extinção de condomínio - Falta de registro de formal de partilha - Extinção sem resolução do mérito - Pedido de cobrança de aluguéis proporcionais à cota parte de um dos herdeiros - Necessidade de decisão saneadora e resolução do mérito - Sentença anulada.

- Segundo entendimento do e. STJ, na hipótese em que a indivisibilidade do bem permanece após a partilha, sendo estabelecida a copropriedade dos herdeiros sobre as frações ideais, "o prévio registro do título translativo no Registro de Imóveis, anotando-se a situação de copropriedade sobre frações ideais entre os herdeiros e não mais a copropriedade sobre o todo indivisível chamado herança, não é condição *sine qua non* para o ajuizamento de ação de divisão ou de extinção do condomínio por qualquer deles, especialmente porque a finalidade do registro é a produção de efeitos em relação a terceiros e a viabilização dos atos de disposição pelos herdeiros, mas não é indispensável para a comprovação da propriedade que foi transferida aos herdeiros em razão da *saisine*" (REsp n° 1813862/SP, j. em 18.12.2020).

- Havendo pedido de cobrança de aluguéis proporcionais à cota parte do herdeiro que ajuizou a ação, deve ser anulada a sentença que julgou extinto o processo sem resolução de mérito e determinado o retorno dos autos ao Juízo de origem para decisão saneadora e regular encerramento da fase instrutória.

- Recurso provido.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0000.21.218040-0/001 - Comarca de Belo Horizonte - apelante: Gilberto Martins de Paiva - Apelados: Geraldo Martins de Paiva Junior, Marcelo Martins de Paiva, Maria Mercedes Castro Martins de Paiva. Relator: DES. MANOEL DOS REIS MORAIS.

Acórdão

Vistos, etc., acorda, em Turma, a 20ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em DAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 15 de dezembro de 2021. - *Manoel dos Reis Morais* - Relator.

Voto

DES. MANOEL DOS REIS MORAIS - Gilberto Martins de Paiva apela da sentença proferida na "ação de extinção de condomínio e alienação judicial c.c. cobrança de aluguéis", ajuizada contra Maria Mercedes Castro Martins de Paiva, Geraldo Martins de Paiva Junior e Marcelo Martins de Paiva, que encerrou o processo nos seguintes termos (ordem n° 121):

> Ante o exposto, julgo extinto a presente ação de extinção de condomínio formulada por Gilberto Martins de Paiva, bem como o pedido reconvencional formulado pelos requeridos, na forma do art. 485, inciso VI, do CPC, sem julgamento do mérito, face a ausência de interesse processual.
>
> Condeno o requerente ao pagamento das custas e honorários advocatícios, arbitrados em 10% (dez por cento) do valor dado a causa, nos termos do § 2º do art. 85 do CPC.
>
> Todavia, suspendo a sua exigibilidade face a assistência judiciária deferida no ID 115032891.

O apelante alega que o bem foi partilhado amigavelmente na ação de inventário de seu pai, tendo recebido a fração de 1/6 (um sexto) do imóvel, cujo valor estima em torno de R$2.000.000,00 (dois milhões de reais). Diz que o imóvel é utilizado apenas pelos apelados, que recebem aluguel sem lhe repassar o montante correspondente à sua cota parte. Sustenta que a propriedade se transfere aos herdeiros independentemente do registro do formal de partilha homologado por sentença. Alega que não é o caso de falta de pressuposto de constituição e desenvolvimento válido do processo. Defende que a simples ausência da averbação do formal de partilha, não macula a ampla defesa processual e não impede o reconhecimento do direito pleiteado. Invoca os princípios da cooperação e da boa-fé para que o conflito seja solucionado. Pede o provimento do recurso para que seja anulada a sentença e determinado o regular processamento do feito. No mérito, requer "a total procedência da ação para determinar a extinção do condomínio, com a alienação do bem comum, caso a parte requerida não manifeste o interesse na adjudicação do imóvel, cumulada com o arbitramento e pagamento de aluguéis pela parte apelada/ré no valor de R$1.850,00 (mil oitocentos e cinquenta reais) ao mês, o que soma a monta até janeiro de 2020 do valor devido de R$151.700,00 (cento e cinquenta e um mil e setecentos reais), acrescida da cota parte dos aluguéis que se venceram no curso do processo, com os consectários legais pertinentes" (ordem nº 126).

Em contrarrazões, os apelados requerem o desprovimento do recurso (ordem n.130).

É o relatório.

Admissibilidade.

Recurso próprio, tempestivo e adequado. Portanto, deve ser recebido nos regulares efeitos e conhecido (CPC/15, arts. 1.011, II, e 1.012).

Mérito.

A controvérsia se refere à extinção, sem resolução de mérito, da ação de extinção de condomínio, cumulada com cobrança de aluguéis e alienação judicial, ajuizada por Gilberto contra a mãe Maria Mercedes e os irmãos, Geraldo Júnior e Marcelo, que tem por objeto o imóvel de 1.800 (mil e oitocentos) m² deixado pelo pai, Geraldo, falecido em 21.06.2009.

O autor/apelante foi intimado no Juízo de origem para comprovar o registro do formal de partilha no CRI, mas informou que o ato não foi praticado por falta de pagamento do ITCMD.

Em seguida, sobreveio a sentença que julgou o processo extinto sem resolução de mérito, tendo em vista que as partes da ação não são coproprietárias do imóvel controvertido.

Pois bem. A jurisprudência tem entendido que o registro do formal de partilha não é condição para o ajuizamento da ação de extinção de condomínio por um dos herdeiros contra os demais, tendo em vista que o ato cartorário visa resguardar direitos de terceiros, mas não inviabiliza discussões sobre o imóvel entre os herdeiros.

Confira-se:

> Civil. Processual civil. Direito sucessório. Omissão. Inocorrência. Questão efetivamente enfrentada. Princípio da *saisine*. Transferência imediata da propriedade dos bens do falecido aos herdeiros. Copropriedade do todo unitário intitulado herança. Indivisibilidade e condomínio até a partilha. Indivisibilidade após a partilha. Possibilidade. Bens partilhados em frações ideais dos bens. Copropriedade dos herdeiros sobre as frações ideais. Prévio registro do título translativo como condição da ação de divisão ou extinção do condomínio. Inadequação. Finalidade do registro. Produção de efeitos em relação a terceiros e viabilização de atos de disposição pelos herdeiros. Dispensabilidade para a julgada por fundamento distinto dos alegados pela parte. Argumentos suscitados pela parte desconsiderados no acórdão e não reiterados nas contrarrazões do recurso especial. Inocorrência de prequestionamento. Dissídio jurisprudencial prejudicado. - Ação proposta em 12.07.2016. Recurso especial interposto em 11.07.2018 e atribuído à relatora em 10.04.2019. - Os propósitos recursais consistem em definir: (i) se o acórdão recorrido possui omissão relevante; (ii) se o registro do título translativo no registro de imóveis é condição da ação de extinção de condomínio cumulada com avaliação e alienação judicial de bens ajuizada por herdeiro após o inventário e partilha de bens do autor da herança. - Não há que se falar em omissão ou negativa de prestação jurisdicional quando o acórdão recorrido se pronuncia sobre a questão controvertida. - A propriedade dos bens de propriedade do falecido é imediatamente transferida aos herdeiros com a abertura da sucessão, na forma do art. 1.784 do CC/2002 e em razão do princípio da *saisine*, razão pela qual todos os herdeiros se tornam, a partir desse momento, coproprietários do todo unitário intitulado herança. - Embora a regra do art. 1.791, parágrafo único, do CC/2002, possa induzir à conclusão de que, após a partilha, não haveria mais que se falar em indivisibilidade e em condomínio, há hipóteses em que a indivisibilidade dos bens permanecerá mesmo após a partilha, na medida em que é admissível a atribuição aos herdeiros apenas frações ideais dos bens, caso em que será estabelecido desde logo a copropriedade dos herdeiros sobre as frações ideais daqueles bens insuscetíveis de imediata divisão por ocasião da partilha. - Nessa hipótese, o prévio registro do título translativo no registro de imóveis, anotando-se a situação de copropriedade sobre frações ideais entre os herdeiros e não mais a copropriedade sobre o todo indivisível chamado herança, não é condição *sine qua non* para o ajuizamento de ação de divisão ou de extinção do condomínio por qualquer deles, especialmente porque a finalidade do registro é a produção de efeitos em relação a terceiros e a viabilização dos atos de disposição pelos herdeiros, mas não é indispensável para a comprovação da propriedade que foi transferida aos herdeiros em razão da *saisine*. - Consideram-se prequestionados os fundamentos adotados nas razões de ape-

> lação e desprezados no julgamento do respectivo recurso, desde que, interposto recurso especial, sejam reiterados nas contrarrazões da parte vencedora. Precedente da Corte Especial. - Na hipótese, o acórdão recorrido, de ofício, extinguiu o processo sem resolução do mérito por ausência de interesse processual, deixando de examinar os fundamentos deduzidos pelos réus na apelação e que não foram por eles reiterados nas contrarrazões do recurso especial, providência que seria indispensável para que se pudesse considerar as matérias prequestionadas ou, ao menos, incluídas no objeto de cognição desta Corte. - O provimento do recurso especial por um dos fundamentos torna despiciendo o exame dos demais suscitados pela parte (na hipótese, divergência jurisprudencial). Precedentes. - Recurso especial conhecido e parcialmente provido, a fim de restabelecer a sentença que julgou procedente os pedidos de extinção de condomínio e de avaliação e alienação judicial de bens, inclusive no que tange à sucumbência (STJ - REsp n° 1813862/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, j. em 15.12.2020, *DJe* de 18.12.2020).
>
> Apelação cível. Ação de extinção de condomínio. Formal de partilha. Registro prévio. Desnecessidade. Sentença cassada. - O registro formal de partilha de imóvel, após a sentença em processo de inventário (chamado registro translativo), não é condição necessária para o ajuizamento de ação de divisão ou de extinção do condomínio por qualquer um dos herdeiros (TJMG - Apelação Cível n° 1.0000.21.119584-7/001, Rel. Des. Fernando Caldeira Brant, 20ª Câmara Cível, j. em 22.09.2021, p. em 23.09.2021).

No caso, restou demonstrada a existência de sentença homologatória de partilha em inventário judicial transitada em julgado em 14.03.2013 (ordem n° 18).

Ademais, a ação não versa apenas sobre a extinção do condomínio, pois a petição inicial ainda contém pedido de cobrança de aluguéis proporcionais à cota parte do herdeiro interessado.

Considerando que os réus foram citados, que ambas as partes juntaram documentos e pediram a produção de provas e que, na apelação e nas contrarrazões, os litigantes demonstraram interesse na resolução do mérito, impõe-se a anulação da sentença para que os autos retornem ao Juízo de origem e tenha regular seguimento.

Nesse sentido, assiste razão ao apelante ao invocar os princípios da cooperação e da boa-fé processual, sendo também oportuna a manifestação dos apelados, pela Defensoria Pública, que ora se transcreve:

> Ademais, eventualmente, admitindo-se ainda que remotamente a cassação da sentença, importa então baixar o processo para desate das várias questões pendentes, tais como a evidente necessidade de juntada de novos documentos, referente à situação dos aluguéis/pagamentos; comprovação e pagamentos dos IPTUs atrasados; realização de perícia para apurar a realização de benfeitorias e seus respectivos gastos/valores, inclusive para fins de indenização e exercício do direito de retenção; necessidade de oitiva de testemunhas, para apurar que inexiste oposição dos réus para que o autor exerça sua posse sobre o imóvel (quando restará afastada eventual pagamento de aluguel) etc.

> Nem mesmo chegou-se ao despacho saneador e definição dos pontos controvertidos. O que busca o recorrente é a inversão do ônus da prova a seu favor, o que não se mostra pertinente, obviamente, haja vista a necessidade de que sejam efetivados os princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa (ordem nº 130).

No contexto dos autos, afigura-se pertinente o retorno dos autos ao Juízo de origem para que seja proferida decisão saneadora e regular encerramento da fase instrutória.

Diante do exposto, dá-se provimento à apelação para anular a sentença e remeter os autos à origem para que seja examinado o mérito dos pedidos iniciais.

Sem custas.

É como se vota.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES FERNANDO LINS E FERNANDO CALDEIRA BRANT.

Súmula - DERAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Agravo em execução penal - Remição dupla da pena pelo mesmo fato gerador - Impossibilidade - Estudo por conta própria - Aprovação no ENCCEJA ou no ENEM - Conclusão do ensino médio por ensino regular.

- Embora seja aceitável a remição por estudo por conta própria, nos termos da Recomendação nº 44/13 do CNJ, caso o reeducando comprove a aprovação nos exames do ENEM ou ENCCEJA, não se mostra possível que a pessoa, que concluiu o ensino médio por ensino regular presencial e recebeu a remição por tal feito, seja agraciado duas vezes pelo mesmo fato gerador. V.V. Nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a aprovação no Exame Nacional para Certificação de Competências de Jovens e Adultos - ENCCEJA -, dá ensejo à remição da pena, ainda que o apenado já tenha concluído o ensino médio anteriormente, com base, principalmente, na finalidade de readaptação e de ressocialização do preso ao convívio social.

Agravo em Execução Penal nº 1.0231.17.007181-6/003 - Comarca de Ribeirão das Neves - Agravante: I.M.S.P. - Agravado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. – Relator: Des. Alberto Deodato Neto.

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, vencido o Des. 1º Vogal, em negar provimento ao recurso.

Belo Horizonte, 14 de dezembro de 2021. - *Alberto Deodato Neto*. – Relator.

Voto

DES. ALBERTO DEODATO NETO - Trata-se de agravo em execução penal, interposto por I.M.S.P., contra a r. decisão do Juiz de Direito da Vara de Execuções Criminais da Comarca de Ribeirão das

Neves, que indeferiu o pedido de remição da pena por estudo próprio em face da aprovação do ENCCEJA (doc.3).

Nas razões (doc.7), a defesa sustenta a possibilidade da remição por estudos por contra própria, cuja realização pode ser comprovada pela obtenção do diploma do ensino médio após aprovação no ENEM, nos termos da Recomendação nº44/2013 do CNJ.

Contrarrazões (doc.7), nas quais o Ministério Público pede o não provimento do recurso.

Em juízo de retratação, o d. magistrado de primeiro grau manteve a decisão recorrida (doc.9).

A Procuradoria-Geral de Justiça, no parecer (doc.13), opina pelo não provimento do agravo.

É o relatório.

Conheço o recurso, pois presentes os pressupostos de admissibilidade e processamento.

Ausentes preliminares, arguidas ou apreciáveis de ofício, passo à análise do mérito.

Em síntese, a defesa pede a remição pelo estudo realizado por conta própria, cuja comprovação advém da aprovação do apenado no ENEM, exames de certificação de conclusão do ensino fundamental ou médio, realizados no ano de 2018.

Todavia, razão não lhe assiste.

Atualmente, a Lei de Execução Penal prevê duas modalidades de remição: em razão do trabalho e em virtude do estudo.

A remição por estudo é feita à razão de 1 (um) dia de pena remido a cada 12 (doze) horas de frequência escolar, divididas, no mínimo, em 3 (três) dias. Ademais, a teor do art. 126, § 2º, da LEP, é necessário que as atividades desenvolvidas pelo apenado sejam certificadas pelas autoridades educacionais competentes dos cursos frequentados.

Entretanto, em algumas situações, os condenados estudam por conta própria; portanto, não são matriculados em cursos regulares de ensino, tampouco possuem certificados que comprovem as horas a que se dedicaram aos estudos.

No entanto, essas circunstâncias não devem afastar o reeducando da benesse em questão.

O principal objetivo da remição é facilitar a ressocialização do apenado. Por meio do incentivo ao estudo e ao labor, estimula-se o preso à realização de atividades essenciais ao ingresso ao mercado de trabalho, um dos principais fatores de sucesso na reintegração do egresso à sociedade.

A remição por estudo assume especial importância nesse aspecto, pois garante ao preso a possibilidade de concluir os níveis básicos da educação, aos quais, muitas vezes, não teve acesso durante o período de liberdade.

Nesse contexto, dá-se uma interpretação mais ampla ao art. 126 da LEP, permitindo-se a relativização de determinadas previsões legais em prol do desenvolvimento do preso.

Dessa forma, a remição pelo estudo por conta própria, embora não prevista expressamente na LEP, possibilita, de modo mais efetivo, o cumprimento da função ressocializadora da pena e deve ser estimulada pelos órgãos da execução.

Por essas razões, o estudo desvinculado da matrícula formal foi regulamentado pelo Conselho Nacional de Justiça. Por meio da Recomendação 44/2013, o órgão traçou algumas diretrizes para a concessão da remição por estudo próprio:

> Art. 1º Recomendar aos Tribunais que:
>
> [...] IV - na hipótese de o apenado não estar, circunstancialmente, vinculado a atividades regulares de ensino no interior do estabelecimento penal e realizar estudos por conta própria, ou com simples acompanhamento pedagógico, logrando, com isso, obter aprovação nos exames nacionais que certificam a conclusão do ensino fundamental Exame Nacional para Certificação de Competências de Jovens e Adultos (ENCCEJA) ou médio Exame Nacional do Ensino Médio (ENEM), a fim de se dar plena aplicação ao disposto no § 5º do art. 126 da LEP (Lei nº 7.210/84), considerar, como base de cálculo para fins de cômputo das horas, visando à remição da pena pelo estudo, 50% (cinquenta por cento) da carga horária definida legalmente para cada nível de ensino [fundamental ou médio - art. 4º, incisos II, III e seu parágrafo único, todos da Resolução nº 03/2010, do CNE], isto é, 1600 (mil e seiscentas) horas para os anos finais do ensino fundamental e 1200 (mil e duzentas) horas para o ensino médio ou educação profissional técnica de nível médio [...].

A adoção da aludida Recomendação foi referendada pelo STJ:

> Execução penal. *Habeas corpus* substitutivo de recurso próprio. Remição da pena. Art. 126 da Lei nº 7.210/1984. Execução penal. Recomendação nº 44/2013 do CNJ. Aprovação no ENEM e no ENCCEJA. Apenado vinculado a atividades regulares de ensino no interior do estabelecimento prisional. Interpretação extensiva *in bonam partem*. Possibilidade. Manifesta ilegalidade verificada. *Writ* não conhecido. Ordem concedida, de ofício. - Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado, a justificar a concessão da ordem, de ofício. - A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, como resultado de uma interpretação analógica *in bonam partem* da norma inserta no art. 126 da LEP, possui entendimento de que é possível a hipótese de abreviação da reprimenda em razão de atividades que não estejam expressas no texto legal. - A Recomendação nº 44/2013 do CNJ indica aos Tribunais a possibilidade de remição por aprovação nos exames nacionais que certificam a conclusão do ensino fundamental Exame Nacional para Certificação de Competências de Jovens e Adultos (ENCCEJA) ou médio Exame Nacional do Ensino Médio (ENEM). - *In casu*, diante da possibilidade de interpretação extensiva *in bonam partem*, entende-se que cabe a remição até mesmo para presos que estudam por conta própria, não havendo falar em afastamento da possibilidade da concessão da benesse aos apenados que estejam vinculados a atividade-

> des regulares de ensino no interior do estabelecimento. - *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para reconhecer o direito do paciente à remição da pena pela aprovação no ENCCEJA (Exame Nacional para Certificação de Competências de Jovens e Adultos) e no ENEM (Exame Nacional do Ensino Médio) (HC 361.462/DF, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, j. em 18.05.2017, DJe 25.05.2017).

Outro não é o entendimento deste eg. TJMG:

> Execução penal. Remição da pena. Estudo por conta própria. Conclusão do ensino fundamental por meio da aprovação no ENCCEJA. Interpretação extensiva do art. 126 da LEP com base na Recomendação 44/2013 do CNJ. Possibilidade. - A norma inserta no art. 126 da LEP busca a ressocialização do sentenciado através do incentivo ao estudo e ao trabalho, atividades que agregam valores necessários à reintegração do condenado na sociedade, razão pela qual se tem acatado a Recomendação nº 44/2013, do Conselho Nacional de Justiça, que permite a remição de pena para os condenados que estudarem por conta própria e alcançarem a aprovação no ENCCEJA e no ENEM (TJMG - Agravo em Execução Penal 1.0301.13.014413-4/001, Relator: Des. Fortuna Grion, 3ª Câmara Criminal, j. em 07.05.2019, p. em 17.05.2019).

Desse modo, o estudo realizado por conta própria, ainda que não preencha todas as burocracias previstas na LEP, deve ser considerado para fins de remição, pois demonstra a dedicação do apenado à realização de atividades relevantes ao seu desenvolvimento pessoal.

No presente caso, entretanto, a pretensão defensiva não merece prosperar.

Não obstante o agravante tenha comprovado sua aprovação no ENCCEJA no ano de 2018, verifica-se que ele já foi agraciado com a remição de pena pela conclusão do ensino médio regular de maneira presencial em instituição credenciada do MEC, nos termos do art.126, § 5º, da LEP, não podendo ser duplamente beneficiado pelo mesmo fato gerador.

A Recomendação nº 44, do CNJ, na qual se baseia o pedido do agravante, admite, de forma clara, a remição apenas nos casos em que o reeducando não estiver vinculado a atividades regulares de ensino no interior do estabelecimento prisional, ou seja, quando estiver estudando por conta própria, o que não é o caso em análise, como já dito.

Nesse sentido:

> Agravo em execução. Remição penal por aprovação no ENEM. Benefício já concedido quando da conclusão do ensino médio. Recurso não provido. - A Recomendação nº 44, do CNJ, na qual se baseia o pedido da agravante admite, de forma clara, a remição apenas nos casos em que o(a) reeducando(a) não estiver vinculado a atividades regulares de ensino no interior do estabelecimento prisional, ou seja, quando estiver estudando por conta própria, o que não é o caso dos autos, mesmo porque a conclusão do Ensino Médio já foi alvo de remição anterior, inclusive com o acréscimo de 1/3 (um terço), previsto no art. 126, § 5º, da LEP, como bem destacado na r. decisão agravada, não podendo a agravante ser duplamente beneficiada pelo mesmo fato gerador. - Recurso não provido (TJMG - Agravo

> em Execução Penal 1.0693.18.000719-9/002, Relator: Des. Corrêa Camargo, 4ª Câmara Criminal, j. em 08.07.2020, p. em 10.07.2020).

Diante do exposto, nego provimento ao recurso, mantendo inalterada a r. decisão combatida.

Custas recursais pelo agravante, nos termos do art. 804 do CPP.

DES. FLÁVIO BATISTA LEITE - Divirjo do douto Relator para dar provimento ao recurso.

A remição da pena em razão dos estudos está disciplinada no art. 126 da Lei de Execução Penal, *in verbis*:

> Art. 126. O condenado que cumpre a pena em regime fechado ou semiaberto poderá remir, por trabalho ou por estudo, parte do tempo de execução da pena.
>
> § 1º A contagem de tempo referida no caput será feita à razão de:
>
> I - 1 (um) dia de pena a cada 12 (doze) horas de frequência escolar - atividade de ensino fundamental, médio, inclusive profissionalizante, ou superior, ou ainda de requalificação profissional - divididas, no mínimo, em 3 (três) dias;
>
> [...]
>
> § 2º As atividades de estudo a que se refere o § 1º deste artigo poderão ser desenvolvidas de forma presencial ou por metodologia de ensino à distância e deverão ser certificadas pelas autoridades educacionais competentes dos cursos frequentados.
>
> [...]
>
> § 5º O tempo a remir em função das horas de estudo será acrescido de 1/3 (um terço) no caso de conclusão do ensino fundamental, médio ou superior durante o cumprimento da pena, desde que certificada pelo órgão competente do sistema de educação.

Destarte, a lei prevê a remição de 01 (um) dia de pena para cada 12 (doze) horas de estudo, divididas em, no mínimo, 03 (três) dias. Há ainda a possibilidade de acrescer 1/3 (um terço) do período a ser remido na hipótese de conclusão do ensino fundamental, médio ou superior, durante cumprimento da pena, desde que certificada por órgão competente do sistema de educação.

Ao dispor sobre as atividades educacionais complementares para fins de remição da pena pelo estudo na Resolução 391 de 2021, o Conselho Nacional de Justiça estabeleceu que:

> Art. 3°. O reconhecimento do direito à remição de pena pela participação em atividades de educação escolar considerará o número de horas correspondente à efetiva participação da pessoa privada de liberdade nas atividades educacionais, independentemente de aproveitamento, exceto, quanto ao último aspecto, quando a pessoa tiver sido autorizada a estudar fora da unidade de privação de liberdade, hipótese em que terá de comprovar, mensalmente, por meio da autoridade educacional competente, a frequência e o aproveitamento escolar.
>
> Parágrafo único. Em caso de a pessoa privada de liberdade não estar vinculada a atividades regulares de ensino no interior da unidade e realizar estudos por conta própria, ou

> com acompanhamento pedagógico não-escolar, logrando, com isso, obter aprovação nos exames que certificam a conclusão do ensino fundamental ou médio (Encceja ou outros) e aprovação no Exame Nacional do Ensino Médio - Enem, será considerada como base de cálculo para fins de cômputo das horas visando à remição da pena 50% (cinquenta por cento) da carga horária definida legalmente para cada nível de ensino, fundamental ou médio, no montante de 1.600 (mil e seiscentas) horas para os anos finais do ensino fundamental e 1.200 (mil e duzentas) horas para o ensino médio ou educação profissional técnica de nível médio, conforme o art. 4º da Resolução no 03/2010 do Conselho Nacional de Educação, acrescida de 1/3 (um terço) por conclusão de nível de educação, a fim de se dar plena aplicação ao disposto no art. 126, § 5º, da LEP.

Além disso, coaduno com o entendimento do Superior Tribunal de Justiça de que a norma do art. 126 da LEP, por objetivar a ressocialização do condenado, deve ser interpretada com vistas a abarcar também atividades que não estejam expressas no texto legal.

Nesse sentido:

> [...] - O art. 126 da Lei de Execução Penal determina que o condenado que cumpre a pena em regime fechado ou semiaberto poderá remir, por trabalho ou por estudo, parte do tempo de execução da pena. - Esta Corte Superior de Justiça firmou entendimento e tem admitido a possibilidade de abreviação da reprimenda em razão de atividades que não estejam expressas no texto legal, como resultado de uma interpretação analógica *in bonam partem* da norma inserta no art. 126 da LEP. De outro lado, a Recomendação nº 44/2013 do CNJ indica aos Tribunais a possibilidade de remição por aprovação nos exames nacionais que certificam a conclusão do ensino fundamental - Exame Nacional para Certificação de Competências de Jovens e Adultos (ENCCEJA) - ou médio - Exame Nacional do Ensino Médio (ENEM). Verifica-se, portanto, que o objetivo deste conjunto de regras acerca da remição da pena por aproveitamento dos estudos é o de incentivar os apenados aos estudos, bem como sua readaptação ao convívio social. [...] (AgRg no HC 580.133/SC, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, j. em 09.06.2020, DJe 17.06.2020).

Assim, limitar a remição da pena à aprovação do reeducando no ENEM ou no ENCCEJA apenas quando esse se prestar a certificar a conclusão do ensino médio ou a entrada em curso superior é desconsiderar o esforço e o empenho desenvolvidos pelo agravante, bem como os benefícios do estudo na contribuição da reintegração do indivíduo recluso.

Destaco que o Superior Tribunal de Justiça permite a remição da pena pela aprovação em tais exames, ainda que o apenado já tenha concluído o ensino médio anteriormente, tal qual é o caso dos autos. Nesse sentido:

> Recurso especial. Execução penal. Remição da pena. Aprovação no ENEM (Exame Nacional do Ensino Médio) após a conclusão do ensino médio. Incentivo ao estudo e à ressocialização como finalidade precípua da pena. Interpretação extensiva do art. 126 da Lei de Execução Penal - LEP. Possibilidade. Recomendação nº 44/2013 do Conselho Nacional de Justiça - CNJ. Precedentes. Atividades no interior do presídio. Inexistência de obstáculo. Acréscimo de 1/3 (um terço) pela conclusão do ensino médio. Impossibilidade. Recurso especial provido. [...] - É cabível a remição pela aprovação no Exame Nacional do Ensino

> Médio – ENEM, ainda que o Apenado já tenha concluído o ensino médio anteriormente, pois a aprovação no exame demanda estudos por conta própria mesmo para aqueles que, fora do ambiente carcerário, já possuem o referido grau de ensino. Desse modo, é devido o aproveitamento dos estudos realizados, durante a execução da pena com o objetivo específico de lograr aprovação nesta exigente avaliação nacional, nos termos do art. 126 da Lei de Execução Penal e da Recomendação nº 44/2013 do Conselho Nacional de Justiça. - O fato de o Apenado já haver concluído o ensino médio antes do início da execução da pena impede apenas o acréscimo de 1/3 (um terço) no tempo a remir em função da conclusão da etapa de ensino, afastando-se a incidência do art. 126, § 5.º, da Lei de Execução Penal. - Recurso especial provido para determinar ao Juízo das Execuções Penais que examine o pedido de remição do Recorrente, nos termos do art. 1º, inciso I, da Recomendação 44/2013-CNJ, considerando a aprovação no Exame Nacional do Ensino Médio - ENEM, ainda que ele já tenha concluído o ensino médio em momento anterior e mesmo que ele esteja vinculado a atividades regulares de ensino no interior do estabelecimento prisional (REsp 1854391/DF, Rel. Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, j. em 22.09.2020, DJe de 06.10.2020).

> Agravo regimental em recurso especial. Execução penal. Remição da pena pela aprovação no Exame Nacional do Ensino Médio (ENEM). Reeducando portador de diploma de nível superior em momento anterior ao início do resgate da reprimenda. Possibilidade. Interpretação extensiva in bonam partem do art. 126 da LEP e da Recomendação nº 44 do CNJ. Inexistência de flagrante ilegalidade. Agravo regimental não provido. [...] - *In casu*, há razões suficientes para a excepcional concessão da remição ao apenado, pois, a aprovação do paciente no ENEM (Exame Nacional do Ensino Médio) configura aproveitamento dos estudos realizados durante a execução da pena, conforme o art. 126 da LEP e Recomendação nº 44/2013 do CNJ. - O fato de o paciente já ter nível superior concluído antes do início da execução da pena, apenas o impede de receber o acréscimo de 1/3 (um terço) no tempo a remir em função das horas de estudo, conforme a inteligência do art. 126, § 5º, da Lei de Execução Penal. - Agravo regimental não provido (AgRg no REsp 1673847/SC, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, j. em 18.09.2018, DJe de 26.09.2018).

Assim, não vejo motivo para negar ao agravante a remição da pena pela aprovação no ENCCEJA.

Quanto à quantidade de dias remidos, diante da aprovação integral do apenado, a base de cálculo a ser utilizada para a remição deve ser aquela prevista na Resolução 391/21 do CNJ: 1.200 (mil e duzentas) horas, que se trata de 50% (cinquenta por cento) da duração mínima prevista na Lei nº 9.394/96 (2.400 horas totais para o ensino médio).

Nesse sentido:

> - A controvérsia diz respeito à remição da pena no patamar de 50% da carga horária definida legalmente para o ensino fundamental, em virtude da aprovação no ENCCEJA. Questiona-se se as 1.200/1.600h dispostas na Recomendação nº 44/2013 do CNJ já equivalem aos 50% da carga horária definida legalmente para cada nível de ensino ou se os 50% incidirão sobre essas 1.200/1.600h. - Com o intuito de "fechar esse espaço deixado pelo CNJ", fez-se uso da LDB, na qual consta que a carga anual mínima para o ensino fundamental é de 800 horas, sendo natural que ela seja menor no início e maior no fi-

> nal. Relevante consignar, ademais, que o art. 4º, II, da Res. 03/2010 do CNE, não impede esta interpretação. Pelo contrário, a referida norma menciona que 1600 horas equivalem apenas à duração mínima para os anos finais do Ensino Fundamental. - Nessa linha de intelecção, interpretar que as 1.600 horas mencionadas na Recomendação 44/2013 do CNJ correspondem a 50% da carga horária definida é justamente cumprir o dispositivo, porquanto o CNE não estabeleceu 1600 horas anuais como o máximo possível. Essa particular forma de parametrar a interpretação da lei "é a que mais se aproxima da Constituição Federal, que faz da cidadania e da dignidade da pessoa humana dois de seus fundamentos (incisos II e III do art. 1º). Mais: Constituição que tem por objetivos fundamentais erradicar a marginalização e construir uma sociedade livre, justa e solidária (incisos I e III do art. 3º). Tudo na perspectiva da construção do tipo ideal de sociedade que o preâmbulo de nossa Constituição caracteriza como 'fraterna'". [...]. - A propósito, recorde-se: a norma do art. 126 da LEP, ao possibilitar a abreviação da pena, tem por objetivo a ressocialização do condenado, sendo possível o uso da analogia *in bonam partem*, que admita o benefício em comento [...]. - Assim, a base de cálculo de 50% da carga horária definida legalmente para o ensino fundamental deve ser considerada 1.600 horas, a qual, dividida por doze, resulta em 133 dias de remição em caso de aprovação em todos os campos de conhecimento do ENCCEJA. Serão devidos, portanto, 26 dias de remição para cada uma das cinco áreas de conhecimento. Logo, como o paciente obteve aprovação integral, ou seja, nas cinco áreas de conhecimento, a remição deve corresponder a 133 dias, acrescido de 1/3, que totaliza 177 dias remidos. - Não conhecimento do *mandamus*. Porém, concedida a ordem de ofício para reconhecer o direito do paciente à remição de 133 dias de pena, com o acréscimo de 1/3, totalizando 177 dias, considerando sua aprovação em todas as áreas de conhecimento do ENCCEJA (STJ, HC 602.425/SC, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Terceira Seção, j. em 10.03.2021, DJe 06.04.2021).

Pelo exposto, para encontrar o total de dias de pena a remir, o operador do direito deve fazer a seguinte operação matemática: dividir 1.200 (50% de 2.400) por doze (um dia de pena para cada 12 horas de estudo, conforme o art. 126, § 1º, I, da LEP), o que equivale a 100. Não lhe será concedido o acréscimo de 1/3, pois ele já havia concluído o ensino médio anteriormente.

No presente caso, como o agravante conseguiu aprovação em todas as quatro matérias do ENCCEJA 2018, ele faz jus à remição de 100 (cem) dias.

Por todo o exposto, divirjo do douto Relator para dar provimento ao recurso para deferir a remição de 100 (cem) dias de pena.

Sem custas recursais.

Comunique-se ao juízo da execução o inteiro teor desta decisão (Resolução 113/2010 do CNJ).

DES. WANDERLEY PAIVA - De acordo com o Relator.

SÚMULA - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO, VENCIDO O DES. 1º VOGAL.

Apelação criminal - Tentativa de furto - Absolvição em razão da dependência química - Inviabilidade - Critério biopsicológico - Absolvição com base na desistência voluntária - Inadequação - Crime que não se consumou por circunstâncias alheias à vontade do agente - Absolvição pelo crime impossível - Inviabilidade - Meio relativamente eficaz e presença de objeto material - Subtituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos e concessão de sursis - Impossibilidade - Réu reincidente em crime doloso - Justiça gratuita - Matéria afeta ao juiz da execução.

- O pedido de absolvição em razão da suposta dependência química do acusado deve ser indeferido quando não houver prova de que ele, em razão dessa patologia, era inteiramente ou parcialmente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de se determinar de acordo com esse entendimento. Não há que se falar em desistência voluntária (art. 15 do CP), mas sim em tentativa (art. 14, II, do CP), quando o crime não se consumar por circunstâncias alheias à vontade do agente. Não deve ser reconhecida a tentativa inidônea (art. 17 do CP) quando ficar constatado que o crime somente não se consumou, por infortúnio do agente, em razão de ele ter sido surpreendido por populares no momento de execução da conduta criminosa. A reincidência obsta a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos (art. 44, II, do CP) e o *sursis* (art. 77, I, do CP). As custas processuais são um dos efeitos da condenação (art. 804 do CPP) e somente podem ter suspensa a exigibilidade no juízo da execução.

Apelação Criminal nº 1.0079.19.010296-6/001 - Comarca de Contagem - Apelante: F.L.K.R. - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Relator: Des. Flávio Batista Leite.

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em negar provimento ao recurso com alteração de ofício.

Belo Horizonte, 16 de novembro de 2021. - *Flávio Batista Leite*. – Relator.

Voto

DES. FLÁVIO BATISTA LEITE - Trata-se de apelação interposta por F.L.K.R., que foi denunciado no art. 155, caput, c/c art. 14, II, do Código Penal (furto tentado).

A denúncia narra que:

> Consta dos autos do incluso inquérito policial que, no dia 9 de maio de 2019, por volta de 01h07, na Rua João Gomes Cardoso, nº 1291, Bairro Eldorado, em Contagem/MG, o denunciado iniciou a subtração, para si, de coisas alheias móveis, pertencentes à vítima A.F.S.P.A., somente não consumando seu intento por circunstâncias alheias à sua vontade.
>
> Segundo se apurou, a vítima deixou seu veículo Ford/Escort, placa KHE-7645, estacionado em via pública, ocasião em que o denunciado, durante a madrugada, com intenção de subtrair bens de valor, forçou a porta do referido automóvel e neste adentrou, revirando seu interior, à procura de objetos que pudessem servir para trocar por drogas. Entretanto, a testemunha L.C., passando pelo local, suspeitou da conduta do autor, já que conhecia a proprietária do automóvel, e o questionou sobre a situação, indagando-lhe o que o mesmo fazia no interior do carro, acionando, de logo, a proprietária desse, vindo o referido meliante a ser preso em flagrante, momento em que confessou que pretendia subtrair bens para trocar por drogas e saciar seu vício.
>
> Diante do exposto, denuncio a V. Exa. F.L.K.R. incurso no art. 155, caput, c/c art. 14, II, ambos do Código Penal, pelo que requer o Ministério Público seja a presente denúncia recebida e determinada a citação do denunciado para oferecer resposta por escrito, no prazo de 10 (dez) dias (art. 396 do CPP), com posterior designação de audiência de instrução e julgamento para oitiva da vítima e das testemunhas abaixo arroladas e interrogatório do acusado, julgando-se procedente a presente ação penal, condenando-se o réu nas penas cabíveis (sic, f. 01D e vº).

A denúncia foi recebida em 27.02.2020 (f. 106 e vº).

Finda a instrução criminal, o juiz julgou procedente a denúncia e condenou o réu à pena de 08 (oito) meses de reclusão, no regime aberto, e ao pagamento de 07 (sete) dias-multa (f. 137/139).

Foi garantido ao réu o direito de recorrer em liberdade. A sentença foi publicada em 09.12.2020 (f. 139-v).

Intimações da sentença regulares.

A defesa apelou e, nas razões de f. 144/149, requereu a absolvição com base nos seguintes fundamentos: (a) dependência toxicológica, (b) desistência voluntária; (c) crime impossível.

Mantida a condenação, solicitou a substituição de penas ou o *sursis*, a justiça gratuita e o reconhecimento do direito de recorrer em liberdade.

Nas contrarrazões de f. 155/158, o *Parquet* pugnou pela improcedência do recurso, com o que concordou a Procuradoria-Geral de Justiça (f. 165/169-v).

Esse é, em síntese, o relatório. Passo ao voto.

Presentes seus pressupostos de admissibilidade e processamento, conheço do recurso.

Ausente tese preliminar, arguida ou que deva ser apreciada de ofício, analiso o mérito da apelação.

A autoria e a materialidade são incontestes, tanto que a defesa nem sequer se insurgiu contra elas.

Da dependência química.

Não desconheço que muitos usuários de drogas se envolvam com a criminalidade para sustentar o próprio vício. Contudo, de acordo com o art. 45 da Lei nº 11.343/06, a dependência toxicológica somente isentará o agente de pena caso ele, em razão dessa patologia, seja inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de se determinar de acordo com esse entendimento (critério biopsicológico).

Não obstante a defesa tenha juntado documentos que comprovem que o réu é dependente químico (f. 97/105), ela não requereu a realização de perícia para constatação da inimputabilidade penal nem na resposta à acusação (f. 86/94) nem na audiência de instrução e julgamento (f. 121).

Assim, não há prova de que o réu era, ao tempo da ação, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de se determinar de acordo com esse entendimento.

Posto isso, afasto o pleito absolutório fundado na dirimente.

Da desistência voluntária.

De acordo com o art. 15 do Código Penal, o agente que, voluntariamente, desiste de prosseguir na execução ou impede que o resultado se produza só responde pelos atos já praticados.

A desistência voluntária nada mais é do que uma espécie de tentativa qualificada na qual o agente inicia a execução de um crime e, durante o *iter criminis*, desiste voluntariamente de prosseguir na sua execução, de modo que o delito não se consuma por vontade do próprio agente.

A desistência voluntária diferencia-se da tentativa porque enquanto naquela o agente pode prosseguir, mas não quer; nesta o agente quer prosseguir, mas não pode. Em outras palavras, na tentativa (art. 14, II, do CP), o crime não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente.

Pois bem.

Extrai-se dos autos que em 09.05.2019, por volta da 00:40 hora, na Rua João Gomes Cardoso, 1291, Bairro Eldorado, em Contagem, MG, o apelante, com intuito de sustentar seu vício em drogas, decidiu subtrair bens do interior do Ford/Escort, placa KHE-7645, de propriedade de A.F.S.P.A., que estava estacionado em via pública. Segundo o próprio acusado, o veículo estava com a porta destrancada: "com o pino levantado, foi só puxar a maçaneta" (f. 06).

Enquanto o autor revirava o carro em busca de algum bem, L.C.M., amigo de A., passou em frente ao veículo e suspeitou da situação. Imediatamente ligou para a vítima para relatar o que havia acabado de ver e seguiu F., que já havia saído do carro para fugir. Todavia, o autor do furto foi contido pela testemunha presencial e por outros populares até a chegada da Polícia Militar.

Nesse sentido são a confissão do recorrente na fase policial (f. 06) e em juízo (f. 123/124) e o depoimento de L.C.M. na fase inquisitiva (f. 33/34).

In casu, F. não subtraiu nenhum bem do interior do carro de A. porque foi surpreendido por terceiros. Em outras palavras, não havia alternativa ao agente a não ser fugir para evitar a prisão em flagrante. Nesse sentido, transcrevo trecho do interrogatório:

> [...] resolveu, ao passar pelo local dos fatos e perceber que o pino de trava da porta do motorista do veículo mencionado na denúncia se encontrava levantado, nele adentrar para encontrar algo de valor; que abriu a porta, tomou assento no banco do motorista e, nisso, percebeu a aproximação de diversas pessoas, razão pela qual desistiu de sua empreitada e desembarcou do carro, sendo, contudo, cercado [...] (f. 123)

Logo, não há que se falar em desistência voluntária.

Do crime impossível.

De acordo com o art. 17 do Código Penal, não se pune a tentativa quando, por ineficácia absoluta do meio ou por absoluta impropriedade do objeto, é impossível o crime se consumar.

Trata-se de hipótese de tentativa inidônea, na qual o agente quer praticar o crime e efetivamente inicia a sua execução; entretanto, o delito jamais se consumará em razão do emprego de meio absolutamente ineficaz ou em razão da falta de objeto material.

In casu, a interrupção do *iter criminis* se deu, para o infortúnio do agente, em razão do aparecimento de populares no instante em que ele procurava algum bem de valor no interior do veículo. Evidentemente que o delito poderia ter se consumado se F. tivesse a sorte de subtrair algum bem antes que alguém aparecesse, principalmente em razão do horário escolhido para sua prática (por volta de meia noite), quando as ruas estão pouco movimentadas.

Afasto, portanto, a alegação de tentativa inidônea.

Da dosimetria da pena.

Em relação à dosimetria da pena do recorrente, não observei na sentença nenhum exagero por parte do magistrado, que devidamente fundamentou a análise das circunstâncias do art. 59 do Código Penal, bem como respeitou o disposto no art. 68 do mesmo diploma legal.

A pena-base foi fixada no mínimo legal. Depois, na segunda fase, a agravante da reincidência foi compensada com a atenuante da confissão espontânea e, por fim, a reprimenda foi minorada de 1/3 (um terço) pela tentativa.

O *iter criminis* percorrido por F. justifica a escolha da fração mínima da causa de diminuição da pena, afinal ele chegou a entrar no veículo da vítima e somente dele saiu quando foi visto por uma testemunha presencial.

Nesse ponto, destaco trecho do depoimento de L.C.: "[...] ele estava com uma peça do carro que mais tarde eu devolvi para A. e os espelhos retrovisores já haviam sumido [...]" (f. 34).

Diminuo, de ofício, a pena de multa aplicada por entender que ela deve guardar proporcionalidade com a pena privativa de liberdade aplicada. Assim, fixo a pena pecuniária em 06 (seis) dias-multa.

O regime aberto foi fixado nos termos do art. 33, § 2º, *c*, do CP.

A reincidência atestada na certidão de f. 70 obsta a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos (art. 44, II, do CP) e o *sursis* (art. 77, *caput*, do CP).

Da justiça gratuita.

Não há como isentar o apelante do pagamento das custas processuais, pois elas são um dos efeitos da condenação (art. 804 do CPP) e somente podem ter suspensa a exigibilidade no juízo da execução.

Do dispositivo.

Em face do exposto, nego provimento ao recurso, mas, de ofício, reduzo a pena de multa para 06 (seis) dias-multa, no valor unitário mínimo. Ficam mantidas as demais disposições da sentença.

Sem custas recursais.

Concedo ao acusado o direito de recorrer em liberdade até o trânsito em julgado da condenação, tendo em vista a ausência dos requisitos do art. 312 do CPP.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores Wanderley Paiva e Kárin Emmerich.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO COM ALTERAÇÃO DE OFÍCIO.

Agravo em execução penal - Remição da pena pelo estudo - Curso profissionalizante - Ensino à distância comprovado por certificado - Possibilidade - Art.126, § 2º, da LEP - Desnecessidade de existência de convênio entre a instituição de ensino e a unidade prisional, bem como de acompanhamento das horas efetivamente estudadas - Ausência de previsão legal.

- As condições para remição da pena pelo estudo realizado à distância estão previstas no § 2º do art.126 da Lei de Execuções Penais, que nada dispõe acerca da obrigatoriedade de autorização ou convênio com a unidade prisional ou da exigência de fiscalização por parte do estabelecimento, impondo, tão somente, a certificação da atividade pela autoridade educacional competente pelo curso realizado.

- A Recomendação nº 44/2013, do Conselho Nacional de Justiça, por sua vez, estabelece que, para fins de remição pelo estudo (Lei nº 12.433/2011), sejam valoradas e consideradas as atividades de caráter complementar, assim entendidas aquelas que ampliam as possibilidades de educação nos estabelecimentos prisionais.

- A finalidade dessas regras sobre a remição da pena por aproveitamento dos estudos é, justamente, o de incentivar os reeducandos, além de proporcionar sua readaptação ao convívio social, razão pela qual, segundo entendimento do Superior Tribunal de Justiça, é "possível o uso da analogia *in bonam partem*, tornando viável a concessão da remição por atividades que não estejam expressas na lei" (AREsp 1191924, Ministro Nefi Cordeiro, p. 13.11.2017).

Agravo em Execução Penal nº 1.0000.20.513966-0/003 - Comarca de Belo Horizonte - Agravante: R.A.V. - Agravado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. – Relatora: Desª 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 dar provimento ao agravo.

Belo Horizonte, 14 de dezembro de 2021. - *Kárin Emmerich*. – Relatora.

Voto

DESª KÁRIN EMMERICH - Trata-se de agravo em execução penal, interposto pela defesa de R.A.V., contra a decisão constante no documento eletrônico de número de ordem 09, p. 14-15,

que indeferiu o pedido de remição da pena do reeducando por estudo à distância, considerando a impossibilidade de fiscalização do estudo realizado dada a falta de acompanhamento.

Em suas razões recursais (documento eletrônico de ordem 03), sustenta a defesa, em síntese, a ausência de amparo legal da decisão *a quo*, razão pela qual pugna pelo deferimento da remição de 30 (trinta) dias da pena imposta ao agravante em virtude da certificação de dois cursos pelo CENED com carga horária de 180h (cento e oitenta horas) cada.

Contrarrazões ministeriais no documento eletrônico de ordem 05, pelo desprovimento do agravo.

Em juízo de retratação, a decisão agravada foi mantida por seus próprios fundamentos (documento eletrônico de nº 06).

Instada a se manifestar, em parecer de ordem 13, a Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo conhecimento e provimento do recurso defensivo.

É o relatório.

Passo ao voto.

Conheço do recurso, visto que presentes os pressupostos de admissibilidade e processamento.

Ausentes preliminares, arguidas ou apreciáveis de ofício, passo ao exame de mérito.

Extrai-se dos autos que o agravante foi condenado por homicídio qualificado à pena total de doze anos de reclusão, encontrando-se em gozo excepcional de prisão domiciliar. Na decisão combatida (documento eletrônico de nº 09, p. 14-15), o douto magistrado *a quo* indeferiu o pedido de remissão pelo estudo sob os seguintes fundamentos:

> [...] O CENED é uma instituição de ensino privada devidamente credenciada no MEC. Os cursos oferecidos pelo CENED são realizados à distância através dos correios. Ou seja, você paga a matrícula, o material é encaminhado, (apostila e caderno de avaliação (trabalho de conclusão de cursos). Concluído, o material é devolvido para correção, sendo que alcançando a nota mínima 7 (sete), o aluno recebe seu certificado pelos correios. As informações são extraídas do *site* www.ceneddf.com.br.
>
> Portanto, não há qualquer controle do curso, por parte da unidade prisional, sequer se pode conferir que quem tenha realizado efetivamente o estudo das apostilas, e o consequente caderno de avaliação, tenha sido a pessoa que o assina.
>
> Observe-se que, para atividades como remição por leitura, é necessária a composição de grupo próprio de avaliação das resenhas a fim de se obter o mínimo de certificação de que o aluno de fato exerceu a atividade.
>
> No curso do CENED não há qualquer tipo de controle da atividade desenvolvida, sendo impossível reconhecer a realização de estudo de 360 (trezentos e sessenta) horas como pretende o sentenciado.

> Assim, como bem indicou o Ministério Público, indefiro o pedido de remição pelo estudo formulado, dada sua total falta de controle para efeito de conferência de sua efetiva realização [...].

Como cediço, a remição tem por objetivo incentivar o preso ao trabalho e aos estudos, premiando-o de acordo com as horas dedicadas a tais atividades, possibilitando que o aperfeiçoamento de seus estudos e o aprendizado de novos ofícios o ajude a desenvolver o seu senso de responsabilidade, preparar-se para a inserção no mercado de trabalho, bem como desenvolver as suas capacidades, em cumprimento do propósito ressocializante da pena e, por conseguinte, sua recuperação social.

Sobre o tema, vejamos a lição de Guilherme de Souza Nucci:

> [...] trata-se do desconto na pena do tempo relativo ao trabalho ou estudo do condenado, conforme a proporção prevista em lei. É um incentivo para que o sentenciado desenvolva uma atividade laborterápica ou ingresse em curso de qualquer nível, aperfeiçoando a sua formação. Constituindo uma das finalidades da pena a reeducação, não há dúvida de que o trabalho e o estudo são fortes instrumentos para tanto, impedindo a ociosidade perniciosa no cárcere. Ademais, o trabalho constitui um dos deveres do preso (art. 39,V, LEP). A remição somente é viável quando o sentenciado estiver nos regimes fechado e semiaberto, pois, nessas hipóteses, como regra, deve trabalhar ou estudar no próprio estabelecimento penitenciário. No regime aberto, não cabe remição pelo trabalho, pois é obrigação do condenado, como condição para permanecer no mencionado regime, o exercício de atividade laboral honesta [...] (NUCCI, Guilherme de Souza. Leis penais e processuais penais comentadas. 7ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 311).

As condições para remição da pena pelo estudo realizado à distância estão previstas no § 2º do art.126 da Lei de Execuções Penais, que assim dispõe:

> Art. 126. O condenado que cumpre a pena em regime fechado ou semiaberto poderá remir, por trabalho ou por estudo, parte do tempo de execução da pena. (Redação dada pela Lei nº 12.433, de 2011).
>
> [...]
>
> § 2º As atividades de estudo a que se refere o § 1º deste artigo poderão ser desenvolvidas de forma presencial ou por metodologia de ensino à distância e deverão ser certificadas pelas autoridades educacionais competentes dos cursos frequentados. (Redação dada pela Lei nº 12.433, de 2011).

A Recomendação nº 44/2013, do Conselho Nacional de Justiça, por sua vez, estabelece que, para fins de remição pelo estudo (Lei nº 12.433/2011), sejam valoradas e consideradas as atividades de caráter complementar, assim entendidas aquelas que ampliam as possibilidades de educação nos estabelecimentos prisionais. Confira-se:

> Art. 1º Recomendar aos Tribunais que:
>
> I - para fins de remição pelo estudo (Lei nº 12.433/2011), sejam valoradas e consideradas as atividades de caráter complementar, assim entendidas aquelas que ampliam as possi-

> bilidades de educação nas prisões, tais como as de natureza cultural, esportiva, de capacitação profissional, de saúde, entre outras, conquanto integradas ao projeto político-pedagógico (PPP) da unidade ou do sistema prisional local e sejam oferecidas por instituição devidamente autorizada ou conveniada com o poder público para esse fim;
>
> II - para serem reconhecidos como atividades de caráter complementar e, assim, possibilitar a remição pelo estudo, os projetos desenvolvidos pelas autoridades competentes podem conter, sempre que possível:
>
> a) disposições a respeito do tipo de modalidade de oferta (presencial ou à distância);
>
> b) indicação da instituição responsável por sua execução e dos educadores e/ou tutores, que acompanharão as atividades desenvolvidas;
>
> c) fixação dos objetivos a serem perseguidos;
>
> d) referenciais teóricos e metodológicos a serem observados;
>
> e) carga horária a ser ministrada e respectivo conteúdo programático;
>
> f) forma de realização dos processos avaliativos [...].

Da leitura dos dispositivos retrotranscritos, verifica-se que a finalidade desse conjunto de regras sobre a remição da pena por aproveitamento dos estudos é, justamente, o de incentivar os reeducandos, além de proporcionar sua readaptação ao convívio social.

Constata-se, também, que o legislador impôs tão somente a certificação da atividade pela autoridade educacional competente pelo curso realizado. Nada dispôs acerca da obrigatoriedade de autorização ou convênio com a unidade prisional ou da exigência de fiscalização por parte do estabelecimento - óbice apontado pelo magistrado *a quo*.

A despeito de o art. 129 da Lei de Execuções Penais determinar que a autoridade administrativa encaminhe mensalmente ao Juízo da Execução cópia de registro dos condenados que estejam trabalhando ou estudando, com informações relativas aos dias de trabalho ou das horas de frequência escolar ou de atividades de ensino, tratando-se de ensino à distância, em que não há carga horária a ser cumprida pelo estudante, como *in casu*, torna-se inviável o cumprimento de tal determinação. Desse modo, comprovada e certificada a atividade educacional à distância, o condenado faz jus à remição de pena pelo período correspondente à carga horária do curso realizado.

Cumpre registrar que, segundo pesquisa no sítio eletrônico do Centro de Educação Profissional (CENED), responsável pela emissão do certificado do curso feito pelo agravante, trata-se de "instituição educacional da iniciativa privada, credenciada no sistema de ensino do Distrito Federal". Verifica-se, do mesmo endereço eletrônico que a "Escola CENED é cadastrada no MEC/SISTEC, sob registro nº 43079, assegurado a validade nacional dos seus diplomas expedidos, nos termos do art. 2º da Resolução MEC/CNE/CEB nº 03, de 30.09.2009" (https://www.cenedqualificando.com.br/).

Com efeito, segundo entendimento do Superior Tribunal de Justiça, é "possível o uso da analogia *in bonam partem*, tornando viável a concessão da remição por atividades que não estejam expressas na lei" (AREsp 1191924, Ministro Nefi Cordeiro, p. 13.11.2017). Confira-se:

> *Habeas corpus*. *Habeas corpus* substituto de recurso. Não cabimento. Execução penal. Remição da pena. Recomendação nº 44/2013 do CNJ. Aprovação no ENEM. Possibilidade. Princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da fraternidade. Ordem concedida de ofício. [...] - Esta Corte possui orientação no sentido de que "a norma do art. 126 da LEP, ao possibilitar a abreviação da pena, tem por objetivo a ressocialização do condenado, sendo possível o uso da analogia *in bonam partem*, que admita o benefício em comento, em razão de atividades que não estejam expressas no texto legal" (REsp nº 744.032/SP, Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, DJe 05.06.2006). - No caso, a aprovação da paciente no ENEM (Exame Nacional do Ensino Médio) configura aproveitamento dos estudos realizados durante a execução da pena, conforme o art. 126 da LEP e Recomendação nº 44/2013 do CNJ. - Essa particular forma de parametrar a interpretação da lei (no caso, a LEP) é a que mais se aproxima da Constituição Federal, que faz da cidadania e da dignidade da pessoa humana dois de seus fundamentos (incisos II e III do art. 1º). Mais: Constituição que tem por objetivos fundamentais erradicar a marginalização e construir uma sociedade livre, justa e solidária (incisos I e III do art. 3º). Tudo na perspectiva da construção do tipo ideal de sociedade que o preâmbulo de nossa Constituição caracteriza como "fraterna" (HC 94163, Relator: Min. Carlos Britto, Primeira Turma, j. em 02.12.2008, DJe-200 DIVULG 22.10.2009 PUBLIC 23.10.2009 EMENT VOL-02379-04 PP-00851). - Com efeito, a interpretação dada ao art. 126 da LEP, pelo Superior Tribunal de Justiça, decorre, indiscutivelmente, desse resgate constitucional do princípio da fraternidade. - Após a divulgação ampla pelo Conselho Nacional de Justiça das chamadas "Regras de Mandela", aprovadas pela Assembleia Geral das Nações Unidas, segundo as quais, além da busca pela proteção da sociedade contra a criminalidade, a redução da reincidência e a punição pela prática do crime, também constituem objetivos do sistema de justiça criminal a reabilitação social e a reintegração das pessoas privadas de liberdade, assegurando-lhes, na medida do possível, que, ao retornarem à sociedade, sejam capazes de levar uma vida autossuficiente, com respeito às leis. - *Habeas corpus* não conhecido. Contudo, ordem concedida de ofício, para reconhecer o direito da paciente à remição da pena pela aprovação no ENEM (Exame Nacional do Ensino Médio) (HC 382.780/PR, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, j. em 04.04.2017, DJe 07.04.2017).

No mesmo sentido: HC 349.239/SP, Rel. Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, j. em 04.10.2016, DJe 14.10.2016; HC 353.689/SP, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, j. em 14.06.2016, DJe 01.08.2016; AgRg no AREsp 696.637/SP, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, j. em 23.02.2016, DJe 04.03.2016; AgRg no HC 323.766/SP, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, j. em 17.09.2015, DJe 09.10.2015).

Assim, não pode ser mantida a decisão que indeferiu a remição da pena. De acordo com o art. 126, § 1º, I, da Lei de Execuções Penais, a contagem do tempo estudado se dará à razão de 01 (um) dia de pena a cada 12 (doze) horas de frequência escolar divididas, no mínimo, em 03 (três) dias.

Na espécie, segundo se infere dos certificados constantes no documento eletrônico de número de ordem 09, p. 04 e 07, o reeducando cumpriu os cursos de auxiliar de cozinha e de garçom, cada um com 180 (cento e oitenta) horas. Assim, considerando toda a carga horaria cumprida, o agravante tem direito de remir 30 (trinta) dias de pena.

A propósito, analisando pedido de remição na mesma instituição de ensino - CENED -, trago julgado recente desta egrégia Corte, do qual destaco a ementa e trecho do voto:

> Agravo em execução penal. Remição pelo estudo em cursos ofertados pela instituição de ensino CENED. Viabilidade. Observância da Recomendação 44/2013 do Conselho Nacional de Justiça. - A Recomendação 44/2013 do CNJ traz critérios a serem observados, sempre que possível, para o reconhecimento da remição pelo estudo. Preenchidos os requisitos do art. 1º desse ato normativo, o reconhecimento da remição é medida que se impõe. [...] para o condenado fazer jus à remição pelo estudo, o CNJ recomenda, sempre que possível, a observância dos seguintes critérios: (a) curso oferecido por instituição devidamente autorizada ou conveniada com o poder público; (b) esclarecimento quanto à modalidade de oferta do curso (presencial ou à distância); (c) indicação da instituição responsável por sua execução e dos educadores e/ou tutores, que acompanharão as atividades desenvolvidas; (d) fixação dos objetivos a serem perseguidos; (e) indicação dos referenciais teóricos e metodológicos a serem observados; (f) indicação da carga horária a ser ministrada e respectivo conteúdo programático. A Escola CENED é uma instituição educacional privada que integra o sistema de ensino do Distrito Federal, na modalidade de Educação Profissional Técnica de Nível Médio, credenciada na Secretaria de Estado de Educação do DF (Portaria 27/2014-SEDF, DODF 30, de 10.02.2014), e oferta também cursos de Formação Inicial e Continuada ou de Qualificação Profissional. A instituição está cadastrada no MEC-SisTec (Acesso em: 21.01.2021). Além disso, por meio dos documentos juntados pelo agravante (ordem 42), verifico que os critérios acima elencados foram devidamente observados pela instituição de ensino ofertante dos cursos de almoxarife ou estoquista e de auxiliar de oficina mecânica. Destarte, houve o cumprimento das normas regulamentadas pela Recomendação 44/2013 do CNJ, razão pela qual a remição pleiteada deve ser concedida. Portanto, nos termos do art. 126, § 1º, I, das LEP, o agravante faz jus à remição de 30 dias de pena em razão dos estudos por conta própria, comprovado nos certificado de ordem 42 [...] (TJMG - Agravo em Execução Penal 1.0000.21.015486-0/001, Relator: Des. Flávio Leite, 1ª Câmara Criminal, j. em 18.05.2021, p. em 19.05.2021).

Dispositivo.

Diante do exposto, dou provimento ao agravo, para reformar a decisão de primeiro grau e declarar a remição de 30 (trinta) dias da pena do reeducando, em virtude das 360 (trezentas e sessenta) horas estudadas, referente aos cursos de formação para garçom e auxiliar de cozinha, emitido pela instituição de ensino CENED, conforme certificados de ordem 09, determinando, ainda, a retificação do seu atestado de pena.

Sem custas.

Votaram de acordo com a Relatora os Desembargadores Edison Feital Leite e Alberto Deodato Neto.

Súmula - DERAM PROVIMENTO AO AGRAVO.

Apelação criminal - Importação de anabolizantes - Medicamentos comercializados em território nacional - Intuito de venda ou distribuição não atestada – Comportamento atípico - Sentença absolutória - Confirmação.

- Revela-se atípica a conduta daquele que adquire substâncias anabolizantes, que lhe foram alienadas em território nacional, e cuja destinação seria para uso pessoal do acusado.

- Inexistindo segurança de que os medicamentos adquiridos pelos réus seriam destinados à venda ou mesmo à distribuição, impõe-se manter a absolvição operada em primeira instância.

- Recurso do Ministério Público não provido.

Apelação Criminal nº 1.0470.16.003447-1/001 - Comarca de Paracatu - Apelante: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Apelados: A.R.A., A.R.A. – Relatora: Desª 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 negar provimento ao recurso.

Belo Horizonte, 02 de dezembro de 2021. - *Beatriz Pinheiro Caires*. – Relatora.

Voto

DESª BEATRIZ PINHEIRO CAIRES - Cuida a espécie de recurso de apelação criminal, interposto pelo Ministério Público, contra a sentença de f. 260/269, de lavra do il. Juiz de Direito da Vara Criminal da Comarca de Paracatu, que absolveu os acusados A.R.A e A.R.A, da prática do crime inserto no art. 273, § 1º e § 1º-B, I e II, do Código Penal.

Segundo a denúncia, em 24.07.2013, às 10h20min, na Rua Tiradentes, nº 270, bairro Santa Lúcia, em Paracatu, os denunciados A. e A., agindo em unidade de desígnios, e cientes da ilicitude de sua conduta, importaram, para distribuição a terceiros, produtos sem registro no órgão competente (ANVISA), alguns falsificados, cuidando-se de anabolizantes.

De acordo com a peça vestibular de acusação, investigadores da Polícia Federal acompanharam entrega realizada via postal (Correios), direcionada ao acusado A., cuidando-se de embalagem que continha substâncias anabolizantes de comercialização proscrita em território nacional, alguns comprovadamente falsificados, ocasião em que qualificaram os responsáveis pela aquisição das mercadorias, bem como apreenderam os produtos.

Ainda nos termos da exordial acusatória, o codenunciado A. teria adquirido os medicamentos em conjunto com o irmão A.

Ao argumento de que a indicada importação não restou comprovada nos autos, o culto Julgador *a quo* absolveu os denunciados, com fincas no art. 386, III, do Código de Processo Penal.

Recorreu o Ministério Público (f. 279/283), sustentando que as provas dos autos são no sentido de que os irmãos importaram anabolizantes para distribui-los ilegalmente, pelo que requer a condenação dos recorridos.

Contrarrazões dos apelados às f. 286/289.

Instada a se manifestar (f. 298/300), opinou a douta Procuradoria-Geral de Justiça no sentido do parcial provimento, para que seja reconhecida a modalidade tentada da infração penal.

É, resumidamente, o relatório.

Presentes os pressupostos de admissão e processabilidade, conheço do recurso interposto.

Não foram arguidas questões preliminares e, não as constatando de ofício, passo ao exame do mérito. Por se tratar de delito de natureza formal, prescinde-se de maiores evidências naturalísticas acerca da conduta praticada, muito embora seja necessário salientar que as substâncias apreendidas foram periciadas, constatando-se sua origem medicamentosa, conforme Laudos Químico-Forenses de f. 27/30 e 47/68.

No que tange à autoria, verifico que o acusado A. admitiu ter adquirido os anabolizantes via rede mundial, esclarecendo que dividiria o "kit" comprado, com o irmão A., pois pretendiam fazer uso pessoal dos medicamentos, no intuito de emagrecer e ganhar massa magra muscular, conforme declarações prestadas na Delegacia de Polícia (f. 16), e em juízo (CD-R de f. 205), mesmas afirmações oferecidas pelo codenunciado.

A respeito da acusação afirmaram os recorridos:

> Comprou os anabolizantes de um site na internet, e que pelo tempo decorrido, não se recorda do nome, nem mesmo dos dados bancários do pagamento; se lembra de que no dia da apreensão das mercadorias, informou tanto os dados bancários, quanto o remetente e também o nome do *site* do qual tinha adquirido os anabolizantes; pagou a quantia de 829,00 reais, através de depósito bancário; foi a primeira vez que comprou anabolizantes; os anabolizantes eram do declarante e de mais dois amigos; os três resolveram comprar conjuntamente com o objetivo de dividir os custos do frete; seus amigos se chamam E. e A., seu irmão; não conhece a pessoa de G.P.; destaca que toda a negociação foi realizada através da internet (Denunciado A. - Inquérito - f. 16).
>
> Compraram juntos os anabolizantes para dividir o custo com o frete; todos os detalhes da compra podem ser dados por seu irmão A., uma vez que foi ele quem negociou a compra e efetuou o pagamento; pagou aproximadamente 300,00 reais pela sua parte nas mercado-

> rias; a outra pessoa que também adquiriu as mercadorias chama-se E.; todos adquiriram as mercadorias para uso próprio (Denunciado A. - Inquérito - f. 18).
>
> Comprei empolgado na academia, pois sempre fui gordinho (01min49); meu colega me passou o endereço do site; comprei um kit; não era instruído para que servia tal coisa (02min); me chamaram; era o Correio; chegou dois policiais federais (02min20); abriram o pacote; era os anabolizantes (02min29); eu e meu irmão íamos usar (02min49); não tinha consciência que era proibidão desse jeito (05min49); o kit era para emagrecimento e ganho de massa magra (06min); no kit não tinha informação da quantidade (06min04); na hora que eu ia pegar, a federal chegou; nem abri a caixa (07min01) (Denunciado A. - Fase Judicial - CD-R de f. 205).

Confrontando as provas coletadas, permito-me, respeitosamente, compartilhar do entendimento apresentado pelo culto Juízo *a quo*, no sentido de que o comportamento eleito pelos acusados não encontra adequada definição típica, pois não se molda, a contento, na descrição constante do *caput* do art. 273 do CP, ou se subsume corretamente às condutas equiparadas, previstas nos parágrafos de referida norma legal.

Destarte, os denunciados não foram responsáveis por falsificar ou mesmo adulterar os medicamentos adquiridos, tanto que lhe foi atribuída, na denúncia, a conduta de "importar" produto falsificado ou corrompido, prevista no § 1.º do mencionado art. 273 do Código Penal ("Em 24.07.2013, às 10:20h, na Rua Tiradentes, nº 270, Bairro Santa Lúcia, em Paracatu/MG, A. e A. importaram para distribuição diversos produtos sem registro na ANVISA" - Denúncia - f. 1-C).

Acontece que as evidências dos autos são no sentido de que os anabolizantes foram adquiridos de fornecedor estabelecido em território nacional, pois as mercadorias foram enviadas de município situado em Santa Catarina, conforme indicação do remetente, na embalagem.

Por ocasião das diligências de investigação, a Polícia Federal empreendeu esforços para identificar o vendedor dos aludidos anabolizantes, não obtendo êxito em sua qualificação, muito embora tenha conseguido precisar o município de envio do produto, despachado de Santa Catarina, não se tratando, então, de "importação".

Com efeito, o envio das substâncias operou-se do município de São Lourenço do Oeste/SC, valendo-se o alienante (supostamente G.P.) de agência dos Correios, para remeter o pacote até Paracatu/MG, quando, então, no momento de sua entrega, foi realizada a identificação dos adquirentes, por policiais federais que rastrearam o itinerário da mercadoria.

Não houve transnacionalidade das substâncias, pois os anabolizantes saíram do Estado de Santa Catarina, até o Estado de Minas Gerais, de tal sorte que o comportamento erigido pelos acusados não se amolda à figura constante do aludido § 1.º do art. 273 do Código Penal, quanto mais na conduta descrita na denúncia, relativa a uma suposta importação.

Referida ausência de subsunção da conduta à figura típica foi percebida pelo culto Juízo da Justiça Federal, que inicialmente examinou a acusação, optando por declinar da competência para a Justiça Estadual, justamente em razão da ausência de provas de que os anabolizantes foram importados.

Muito embora o Procurador da República tenha buscado manter o trâmite do processo em âmbito federal, alegando conexão probatória com o delito de contrabando, consignou que, de fato, não há plexo de provas seguro, quanto à indicada importação dos anabolizantes, pelos imputados.

Por oportuno, trago à colação manifestações das autoridades que atuaram no feito, antes de sua remessa à Justiça Estadual:

> Provocados, os Correios não identificaram recebimentos postais relacionados (f. 87). Assim não foi possível rastrear o caminho inverso da encomenda para aferir se veio de remessa do exterior ou de um entreposto aqui no Brasil. De todo modo, Excelência, rastrear o caminho inverso da encomenda conduzirá à única conclusão: a de que a postagem das mercadorias foi feita no Brasil. Por quê? No *link* (endereço eletrônico dos Correios) consta o trâmite das mercadorias importadas que chegam a destino no Brasil pelos Correios. Uma das fases desse processo é justamente a da tributação, executada da seguinte forma: o destinatário no Brasil (em Paracatu/MG, no caso) recebe aviso dos Correios para comparecer à agência, pagar o tributo e só aí retirar o produto. Antes disso, todas as remessas postais internacionais (encomendas, excluídos os documentos) que chegam ao Brasil estão sujeitas à verificação pela Alfândega, em zona primária fisicamente na Diretoria dos Correios em São Paulo/SP (Centro de Tratamento), além de serem submetidas, se o caso, à atuação da ANVISA, IBAMA, VIGIAGRO do Ministério da Agricultura, o Departamento do Exército do Ministério da Defesa e outros. No caso concreto, nada disso ocorreu, o que permite a conclusão de que a postagem aos acusados ocorreu no território nacional e numa fase posterior ao iter da importação física, o que, a princípio, investiria a Justiça Comum Estadual no processamento e julgamento deste feito (Manifestação da Procuradoria da República em Paracatu - f. 1-I e 1-J). Diligências realizadas junto ao endereço apontado no memorando, qual seja, Rua Nereu Ramos, nº 570, apto 106, Centro, São Lourenço do Oeste/SC, revelaram que o endereço existe, entretanto, o número do apartamento não existe. O numeral 570 da Rua Nereu Ramos, em São Lourenço do Oeste/SC, refere-se ao Edifício Willi Ana e, segundo a síndica M.A., que reside no local desde que o prédio foi construído, há aproximadamente 7 a 8 anos, nunca residiu naquele edifício pessoa com o nome G.P. A síndica informou desconhecer pessoa com tal nome e que a maioria dos apartamentos é de propriedade de sua família, sendo os moradores os próprios proprietários, não havendo inquilinos residindo no imóvel [...] Em diligência realizada junto à gerência dos Correios em São Lourenço do Oeste/SC, na pessoa de J.M.S., gerente da agência, esta informou que não há possibilidade de realizar pesquisa de registros de postagens anteriores em nome de G.P., uma vez que os Correios não cadastram ou registram os nomes dos remetentes das encomendas recebidas pela agência, salvo quando se trata de pessoa jurídica com contrato firmado com os Correios (Informação da Polícia Federal - f. 73/74).
>
> Registro que os denunciados receberam os medicamentos pelos Correios, cujo endereço do remetente era em São Lourenço do Oeste/SC e que não houve êxito em localizar o site

> pelo qual teriam sido adquiridos os medicamentos. É inequívoca a ausência de internalização neste caso (Decisão de Declínio de Competência do Juízo Federal - f. 119).

Ora, se não houve "internalização" dos medicamentes, pois remetidos de um município brasileiro até a residência dos réus, também situada em território nacional, por meio de agência postal, não há falar em importação, assim considerado o ato de "trazer para território nacional, oriundo de outro país, o produto falsificado, corrompido, adulterado ou alterado" (FRANCO, Alberto Silva. STOCO, Rui (Coord.). Código Penal e sua interpretação: doutrina e jurisprudência. 8 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 1.313).

Como bem consignou o culto Julgador *a quo*, não há provas seguras de que os acusados tenham praticado os núcleos verbais do tipo penal, mesmo aqueles equiparados, pois não se evidenciou serem os responsáveis por importar as substâncias medicamentosas, de tal modo que a absolvição deve ser ratificada, em minha singela interpretação.

Nesse sentido, com as devidas adaptações, já se decidiu:

> Crime contra a saúde pública. Entrega a consumo de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais de procedência ignorada e sem o devido registro no órgão de vigilância sanitária competente. Art. 273, § 1º-B, I e V, do CP. Médico integrante de corpo clínico de estabelecimento destinado à reabilitação que prescreve 'ibogaína' a dependentes em tratamento contra vício de entorpecentes. Substância que não integra as listas de substâncias proibidas ou de substâncias autorizadas pela ANVISA. Conduta que não se subsume aos núcleos verbais previstos no tipo penal. Atipicidade. - Ainda que não integre as listas de substâncias proibidas ou sujeitas a controle especial (Anexo I, da Portaria SVS/MS nº 344/98), a importação e a comercialização da 'ibogaína' são proibidas em todo território nacional, nos termos do art. 5º da Resolução RDC nº 204/2006 da ANVISA, na medida em que se cuida de insumo farmacêutico destinado à fabricação de medicamentos, cuja eficácia terapêutica não chegou a ser ainda avaliada pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária. Aludida proibição não abrange, contudo, a importação para uso pessoal, independentemente de autorização prévia (RDC nº 81/2008, RDC nº 28/2011 e Decreto nº 8.077/2013), de países nos quais a comercialização esteja liberada, seja em bagagem (acompanhada ou desacompanhada), seja por remessa expressa ou postal internacional, podendo, nesta última hipótese, ser solicitados, por ocasião da fiscalização sanitária, apenas a prescrição e relatório médicos. A própria Resolução RDC nº 204/2006 ressalva, ainda, no parágrafo único de seu art. 5º, a licitude do uso de medicamentos ainda não regulamentados, como a 'ibogaína', em protocolos de pesquisa e trabalhos médicos e científicos. Não se reveste, pois, de tipicidade a conduta de médico que prescreva o uso de ibogaína - substância não regulamentada, mas não ilegal - a paciente, visando a seu tratamento médico, na medida em que não realiza ela quaisquer dos núcleos verbais contidos no art. 273, § 1º-B, do CP (importar, vender, expor à venda, ter em depósito para vender, distribuir ou entregar a consumo), que descrevem condutas incidentes sobre produtos destinados a fins terapêuticos ou medicinais sem registro, quando exigível, no órgão de vigilância sanitária competente (TJSP, 3ª Vara Criminal, Apelação Criminal 1500269-75.2018.8.26.0602, Rel. Grassi Neto, j. 27.08.2020; Data de Registro: 28.08.2020).

Sob outro enfoque, ainda que haja relato no sentido de que o acusado A. confidenciou a um Policial Federal, quando de sua abordagem, no calor dos acontecimentos, o intento de fornecer os anabolizantes a atletas da academia (f. 236), referida circunstância não restou, a meu sentir, comprovada a contento, diante da ausência de maiores esclarecimentos a respeito, vetor que me leva a confirmar a sentença recorrida.

Não foram juntadas provas certas de que os acusados iriam comercializar os anabolizantes, ou mesmo distribui-los, pois alegam destinação ao consumo pessoal, cuidando-se de dois irmãos, inexistindo segurança, ainda, de que sabiam da adulteração de parte dos medicamentos adquiridos, tudo a mitigar a certeza necessária ao lançamento da condenação criminal.

Fiel a essas considerações, nego provimento ao recurso. Sem custas.

Votaram de acordo com a Relatora os Desembargadores Nelson Missias de Morais e Matheus Chaves Jardim.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Apelação criminal - Colaboração, como informante, a grupo, organização ou associação destinada ao tráfico - Absolvição por atipicidade da conduta – Necessidade - Ausência de demonstração de que o auxílio se prestou para uma reunião de pessoas -Absolvição proferida - Recurso provido.

- Para configuração do crime previsto no art. 37 da Lei nº 11.343/06, é necessária a demonstração de que a colaboração do agente tenha como destinatário grupo de pessoas formado para prática do crime de tráfico.

- Não comprovado auxílio do agente, via informação, para grupo destinado à mercancia de entorpecentes, cabível a absolvição pela prática do delito do art. 37 da Lei de Drogas.

Apelação Criminal nº 1.0024.19.055099-6/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: E.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 dar provimento ao recurso. Comunicar.

Belo Horizonte, 02 de dezembro de 2021. - *Nelson Missias de Morais*. – Relator.

Voto

DES. NELSON MISSIAS DE MORAIS - Trata-se de apelação criminal, interposta por E.F.S., em face da r. sentença de primeiro grau (f. 128/131v), proferida pelo MM. Juiz de Direito da 3ª Vara de Tóxicos, Organização Criminosa e Lavagem de Bens e Valores da Comarca de Belo Horizonte, que o condenou pela prática do crime previsto no art. 37 da Lei nº 11.343/06, à pena de 02 (dois) anos de reclusão, no regime inicialmente aberto, substituída por duas restritivas de direitos, mais pagamento de 300 (trezentos) dias-multa, à razão unitária mínima.

Nas razões recursais às f. 137/140, a defesa requer a absolvição por atipicidade da conduta e a isenção das custas processuais.

Contrarrazões ministeriais (f. 141/144v).

A d. Procuradoria de Justiça, em parecer de f. 155/157v, opina pelo conhecimento e não provimento do recurso. Em síntese, é o relatório.

Conheço do recurso, porque estão presentes os requisitos de admissibilidade.

Mérito.

Descreve a denúncia que:

> [...] No dia 22 de dezembro de 2018, por volta das 19:26 horas, na rua Polônia, altura do número 524, bairro Jardim Leblon, nesta cidade e Comarca, os denunciados colaboraram, como informantes, com grupo, organização ou associação destinados á prática de tráfico ilícito de drogas.
>
> Conforme restou apurado, durante patrulhamento pelo bairro Jardim Leblon, os policiais militares da viatura ROTAM 23443, comandada pelo Sgt A., planejaram uma operação policial visando a combater o tráfico ilícito de drogas no beco Funil, local conhecido pela intensa mercancia de entorpecentes.
>
> Foi assim que o Sgt A. e o Sd C. desembarcaram pela Rua Polônia e a viatura seguiu para cercar a saída do beco Funil. Os militares que se deslocavam a pé visualizaram dois indivíduos na porta do beco. Os indivíduos, ao perceberem a aproximação policial, gritaram "Galo Doido!" e empreenderam fuga para o interior da viela, porém restaram contidos e abordados e foram identificados nas pessoas dos denunciados E.F.S. e J.J.P.A.
>
> Durante a perseguição, foram encontrados espalhados e caídos no trajeto de fuga dos indivíduos diversos microtubos contendo cocaína e várias buchas de maconha, os quais foram arrecadados e somaram 34 (trinta e quatro) invólucros plásticos contendo maconha, 24 (vinte e quatro) microtubos contendo cocaína e 05 (cinco) invólucros contendo crack, subproduto da cocaína. Contudo, os policiais não visualizaram se foram os réus que dispensaram os entorpecentes ao solo, uma vez que chovia no momento e não gozavam de boa visibilidade.
>
> Em continuidade, os militares realizaram minuciosas varreduras naquelas imediações, o que resultou no encontro de 01 (uma) submetralhadora, de fabricação artesanal, pronta para uso, municiada com 02 (dois) cartuchos de calibre .9mm, debaixo de uma tábua próximo a escada do beco do Funil.
>
> Submetidos os denunciados à busca pessoal, nada de interesse criminalístico foi encontrado na sua posse, tendo sido arrecadada em poder do denunciado J., mais especificamente no bolso da bermuda que trajava, apenas a quantia de R$25,00 (vinte e cinco reais) em dinheiro.
>
> Em conversa travada com os policiais militares, o denunciado E. relatou que vive em situação de rua e que receberia um marmitex para ficar na entrada do beco, vigiando a chegada dos policiais. Questionado, disse que correu e gritou "Galo doido" como forma de avisar que a polícia estava na favela. Informou ainda que não conhece a pessoa que lhe daria o marmitex em troca do serviço. Já o denunciado J., declarou ser usuário de drogas e que estava naquela localidade para comprar cocaína para seu próprio consumo e que correu, pois ficou com medo. Ambos negaram a propriedade dos materiais arrecadados.
>
> As substâncias entorpecentes arrecadadas pesaram 29g (vinte e nove gramas) de maconha, 2,1g (dois gramas e dez centigramas) de crack e 26,8 (vinte e seis gramas e oitenta centigramas) de cocaína.

Auto de apreensão e laudo de constatação às f. 14 e 15. [...]. f. 01D e vº.

Em 24.05.2019, o feito foi desmembrado em relação ao apelante (f. 94v).

Decorrido regularmente o trâmite processual e encerrada a instrução criminal, sobreveio sentença na qual o réu foi condenado pelo crime do art. 37 da Lei nº 11.343/06.

Inconformada com a sentença condenatória, a defesa do apelante pleiteia a absolvição por atipicidade da conduta.

Com razão, pois, após exame minucioso dos autos, efetivamente, não há no caderno probatório, especialmente o produzido sob o crivo do contraditório, qualquer prova a embasar a condenação do acusado pelo crime tipificado no art. 37 da Lei nº 11.343/06.

Referido dispositivo preconiza:

> Art. 37 - Colaborar, como informante, com grupo, organização ou associação destinados à prática de qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 desta Lei:
>
> Pena - reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e pagamento de 300 (trezentos) a 700 (setecentos) dias-multa.

Da leitura do excerto, extrai-se que a colaboração do informante deve servir a uma reunião de pessoas cujo objetivo é a prática do tráfico de drogas.

Por isso, não basta que o auxílio material, via informação, seja direcionado ou beneficie a apenas uma pessoa ou a agentes que não formem um grupo.

O professor Renato Marcão anota: "O crime do art. 37 só se configura quando o agente colaborar como informante, com grupo, organização ou associação destinados à prática de qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 da Lei nº 11.343/2006" (MARCÃO, Renato. Tóxicos, Nova Lei de Drogas anotada e interpretada. 7ª edição. Editora Saraiva, pág. 242).

Logo, a configuração do crime imputado passa, necessariamente, pela comprovação cabal de que a colaboração teve como destinatário um grupo de agentes.

Pois bem.

Na fase policial, o acusado admitiu que, no dia dos fatos, quando avistou a aproximação dos policiais, gritou a expressão "galo doido", mas negou que tivesse envolvimento com tráfico, bem como que soubesse quem estava vendendo drogas. Disse que gritou referida expressão porque um indivíduo lhe ofereceu uma marmita de comida para que ficasse por duas horas no local da abordagem e gritasse quando a polícia militar se aproximasse. Por fim, pontuou que não conhecia o corréu J. Confira-se:

> [...] que o declarante é morador de rua há três meses, esclarecendo que nesta data estava recolhendo latinhas no bairro Leblon, instante em que um indivíduo desconhecido aproximou-se e perguntou se o mesmo queria uma marmitex, o que o declarante de imediato

> aceitou, contudo o indivíduo disse que para ganhar a comida teria que ficar duas horas naquele local e que gritasse "galo doido" se visualizasse policiais militares; que pelo fato do declarante estar com muita fome, aceitou a oferta, esclarecendo que, após um tempo, visualizou policiais militares, gritou "galo doido" e saiu correndo, contudo foi perseguido, abordado e conduzido para esta Central de Flagrantes; [...] que o declarante não conhece J.J.P.A., esclarecendo que o mesmo não estava perto do declarante e nem mesmo viu quando ele foi abordado; que o declarante não é usuário ou traficante de drogas; [...] (f. 09).

Em juízo e sob o crivo do contraditório, o acusado novamente relatou que um indivíduo lhe abordou e lhe ofereceu uma marmita, pedindo, em troca, para que gritasse "galo doido" quando a polícia chegasse, o que, de fato, o fez. No entanto, alegou não saber o motivo pelo qual deveria fazer isso. Por fim, afirmou que não dispensou drogas pelo caminho e que sequer conhece o corréu J. (mídia à f. 117).

O corréu J., por sua vez, relatou, em audiência de instrução e julgamento, que não gritou quando viu os policiais militares e que estava no local dos fatos para comprar drogas, já que é usuário (mídia à f. 163).

Por sua vez, os militares, ouvidos sob o crivo do contraditório, foram uníssonos em asseverar que o apelante, ao avistá-los, gritou "galo doido", expressão comumente utilizada para avisar traficantes sobre a presença de policiais. No entanto, nenhum deles forneceu qualquer elemento a indicar para quem o réu teria dado o alerta, ou seja, para quem o réu estava colaborando como informante.

Demais disso, relataram não ter visto o apelante ou o corréu dispensando as drogas que foram arrecadadas posteriormente em via pública.

Nesse sentido, o PM M.A.S. relatou que, no dia dos fatos, realizavam operação em um beco; que, no momento em que se aproximaram do beco, dois indivíduos gritaram "galo doido" e desceram; que começaram a correr atrás deles e conseguiram abordá-los; que viu drogas jogadas pelo caminho; que um deles (apelante) disse que era morador de rua e que ganharia uma marmita para avisar acerca da chegada dos policiais; que ele não relatou quem fornecia a marmita; que J. disse que estava lá para comprar drogas, pois é usuário; que encontrou uma arma de fogo no local; que só havia duas pessoas (apelante e corréu) no local; que não viu o apelante ou o corréu dispensarem materiais ilícitos (mídia à f. 163).

O PM M.H.T.C. narrou que desembarcou em um beco, momento em que os réus gritaram "galo doido" e correram; que só os dois estavam no beco; que eles foram abordados em uma casa; que foram arrecadadas drogas na via pública, mas não viu os acusados as dispensarem (mídia à f. 163).

Da análise das provas colacionadas aos autos, constato que, de fato, o acusado gritou a expressão "galo doido" quando avistou os policiais, tendo em vista a própria confissão do apelante e a firmeza e coerência das declarações dos milicianos.

Contudo, não verifico prova cabal de que a colaboração, na condição de informante, tivesse como alvo reunião de pessoas para a prática do tráfico, como exige o tipo penal, tampouco restou provado qualquer vínculo do apelante com as drogas arrecadadas em via pública.

Isso porque os elementos de prova carreados aos autos não conseguiram identificar a quem exatamente o apelante prestava auxílio: se a um grupo de traficantes ou a algum traficante específico.

Nem mesmo a denúncia traz qualquer narrativa nesse sentido, e tampouco a prova esclareceu a qual grupo, organização ou associação o apelante estivesse eventualmente vinculado.

O único elemento que se tem é o relato do réu de que um indivíduo específico lhe pediu para que gritasse "galo doido" quando a polícia se aproximasse, e nada mais.

Logo, não comprovado que a colaboração do apelante se deu em relação a grupo, organização ou associação destinadas à prática do tráfico de drogas, não há que se falar em adequação típica da conduta deste à contida no art. 37 da Lei n° 11.343/06.

Neste sentido, decisão deste eg. Tribunal de Justiça:

> Apelação criminal. Tráfico de drogas. Recurso do Ministério Público. Condenação pelo artigo 33 da Lei 11.343/06. Impossibilidade. Ausência de suporte fático probatório para comprovar a propriedade da droga arrecadada. Recurso da defesa. Absolvição pelo crime do art. 37 da Lei 11.343/06. Possibilidade. Ausência de identificação de grupo, associação ou organização criminosa. Atipicidade da conduta. - Inexistindo nos autos provas concretas acerca da propriedade das drogas apreendidas, deve ser mantida a decisão de absolvição, em atenção ao princípio do *in dubio pro reo*. O tipo penal do art. 37 da Lei nº 11.343/06 descreve a colaboração como informante de grupo, associação ou organização destinada à prática de tráfico de drogas. Ausente nos autos comprovação da existência de grupo, organização ou associação para o tráfico de drogas, deve ser decretada a absolvição do acusado, por atipicidade da conduta (TJMG - Apelação Criminal 1.0024.20.033819-2/001, Relator: Des. Anacleto Rodrigues, 8ª Câmara Criminal, j. em 01.07.2021, p. em 05.07.2021).
>
> Apelação criminal. Olheiro do tráfico. Absolvição. Necessidade. Conduta atípica. - O delito previsto no art. 37 da Lei 11.343/06 constitui exceção à teoria monista, pois prevê como delito autônomo a conduta daquele que transmite informação para o êxito das atividades do grupo, associação ou organização criminosa, que visam à prática de crimes previstos na Lei de Drogas. Ausente prova de que o acusado participou dos delitos de tráfico e de associação, bem como de que ele buscou repassar informação para um grupo, uma organização ou uma associação criminosa voltada à prática do tráfico de drogas, é imperiosa sua absolvição do delito previsto no art. 37 da Lei 11.343/06 diante da atipicidade da conduta (TJMG; Apelação Criminal 1.0024.15.198699-9/001; Des. Rel. Flávio Leite, 1ª Câmara Criminal; DJe: 24.07.2017).

Certo é que, para um decreto condenatório, não bastam apenas probabilidades, conjecturas ou indícios, sendo necessária a certeza dos fatos, a qual não se extrai dos autos.

Magalhães Noronha e Paulo Rangel, sobre o assunto, assim já lecionaram:

> Do ônus da prova. A prova da alegação incumbe a quem a fizer, é o princípio dominante em nosso Código. Oferecida a denúncia, cabe ao Ministério Público a prova do fato e da autoria; compete-lhe documentar a existência concreta do tipo ("*nullum crimem sine typo*") e de sua realização pelo acusado. [...] Este também tem a seu cargo o *onus probandi*. [...] Vê-se, pois, que o ônus da prova cabe às partes. Há uma diferença, porém. A da acusação há de ser plena e convincente, ao passo que, para o acusado, basta a dúvida (NORONHA, E. Magalhães. Curso de Direito Processual Penal. 6.ª ed. São Paulo: Saraiva, 1973, p. 88-89).
>
> Portanto, estando o juiz diante de prova para condenar, mas não sendo esta suficiente, fazendo restar a dúvida, surgem dois caminhos: condenar o acusado, correndo o risco de se cometer uma injustiça, ou absolvê-lo, correndo o risco de se colocar nas ruas, em pleno convívio com a sociedade, um culpado. A melhor solução será, indiscutivelmente, absolver o acusado, mesmo que correndo o risco de se colocar um culpado nas ruas, pois antes um culpado nas ruas do que um inocente na cadeia (RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal. 1ª ed. Editora Lumen Juris, 2003, p. 35).

Além desses renomados juristas, vale a transcrição do entendimento do mestre Heleno Fragoso: "Nenhuma pena pode ser aplicada sem a mais completa certeza dos fatos. A pena disciplinar ou criminal, atinge a dignidade, a honra e a estima da pessoa, ferindo-a gravemente no plano moral, além de representar a perda de bens ou interesses materiais" (FRAGOSO, Heleno. Jurisprudência Criminal, v. 2, p. 446).

Portanto, ausente a comprovação de que o apelante colaborava com um grupo, associação ou organização, impõe-se a absolvição do apelante, amparada no art. 386, III e VII, do CPP.

Conclusão.

Ante ao exposto, dou provimento ao recurso para absolver o apelante da imputação do crime de tráfico de drogas, com fulcro no art. 386, III e VII, do Código de Processo Penal.

Sem custas.

É como voto.

Deixo de expedir alvará de soltura em favor do réu, pois o sentenciante já lhe concedeu o direito de recorrer em liberdade (f. 131).

Comunique-se.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores Matheus Chaves Jardim e Catta Preta.

Súmula - DERAM PROVIMENTO AO RECURSO COMUNICAR.

Homicídio culposo - Negligência médica não comprovada - Condenação fulcrada em exame indireto efetuado sem a documentação necessária - Inexistência de provas suplementares a confirmarem a conduta culposa atribuída ao profissional de saúde - Recurso ministerial improvido.

- Não tem lugar a condenação de cirurgião responsável pelo transplante de órgãos se não se pode debitar o óbito à conduta negligente imputada ao profissional de saúde, mostrando-se incorreta a conclusão constante de laudo de perícia indireta elaborado pelo IML a contraindicar a operação, formulado que fora sem a análise de todos os exames clínicos pré-operatórios aos quais efetivamente se submetera a paciente.

Apelação Criminal nº 1.0024.16.125516-1/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Apelado: J.M.G.F. – 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, 09 de dezembro de 2021. - *Matheus Chaves Jardim*. – Relator.

Voto

DES. MATHEUS CHAVES JARDIM - Trata-se de recurso de apelação deduzido pelo MP, no qual se insurge contra o decreto absolutório lavrado às f. 702/707, em favor de J.M.G.F., extraindo-se dos autos, à ótica ministerial, elementos de prova a autorizarem a condenação do recorrido como incurso nas iras dos arts. 121, §§ 3º e 4º, do CP.

Consoante fundamentação vertida em recurso, além de não haver sido a paciente submetida à avaliação clínica adequada, o quadro de desequilíbrio metabólico, nutricional e infeccioso tornava proibitiva sua sujeição a transplante duplo de rins e pâncreas, afigurando-se perfeitamente previsível ao recorrido médico responsável pela efetivação do ato cirúrgico a eclosão de intercorrências relacionadas à insuficiência vascular periférica, inflamação sistêmica grave, perda do enxerto e coagulação intravascular disseminada.

Em exames pré-operatórios foram detectadas alterações metabólicas significativas, apresentando a paciente, portadora de diálise peritonial, nível sérico de albumina abaixo do permitido para transplante, além de discreto aumento dos leucócitos, sendo ressaltado pelos legistas, subscritores do relatório de laudo indireto de f. 05/10, a inexistência em prontuário de qualquer referência a

exames pré-operatórios necessários à avaliação do sistema arterial, venoso e vascular da paciente (duplex-scan e ecocardiograma).

Ainda em consonância à tese acusatória, a urgência da intervenção não constitui justificativa plausível ao insucesso dos transplantes, submetendo-se o procedimento às diretrizes da Lei nº 9.434/97, a determinar a convocação de dez pacientes inscritos na fila de receptores a serem avaliados por hospital credenciado mediante análise clínica de compatibilidade. Portanto, entre a escolha dos pacientes e a remoção do órgão, medeia lapso temporal suficiente à mais completa avaliação clínica dos receptores, responsabilizando-se o recorrido, na condição de cirurgião titular, pela composição adequada de toda a equipe cirúrgica, pela indicação do procedimento e por decisões técnicas supervenientes, como se extrai das determinações contidas na Portaria GM 935, de 22.07.1999, em vigência à época dos fatos.

Enfatizando, ainda uma vez, as conclusões contidas em laudo indireto elaborado pelo IML, a contraindicarem a submissão da paciente ao ato cirúrgico, propugna o MP pela reforma da sentença para o fim de se condenar o recorrido pela prática do delito declinado em denúncia.

O recurso foi regularmente contrarrazoado (f. 730/748).

Parecer da Procuradoria de Justiça pelo provimento do apelo ministerial às f.755/758. Conheço do recurso, presentes os pressupostos de sua interposição.

Examinando-se cuidadosamente os elementos de prova enfeixados aos autos, tem-se por inquestionável a conclusão pela qual todo o pilar acusatório se erige exclusivamente sobre o relatório de laudo indireto levado a efeito pelo IML em data de 11.01.2010, destacando-se de seus termos as respostas formuladas ao quarto, quinto e sexto quesitos, todos a ressaltarem a insuficiência de informações clínicas da paciente em prontuário médico enviado a exame:

> 4- A indicação se comprovou no prontuário?
>
> Não, devido às conclusões clínicas elencadas nas considerações retrocitadas que contraindicariam a realização do referido ato cirúrgico.
>
> 5-A vítima foi submetida a avaliações pré-operatórias?
>
> Os peritos não encontraram exames pré-operatórios abrangentes e satisfatórios para esse tipo de cirurgia no prontuário da paciente.
>
> 6-As avaliações pré-operatórias foram adequadas de forma a garantir segurança no procedimento de transplante?
>
> Não. A avaliação clínica pré-operatória constante no prontuário da paciente não se demonstrou eficaz, pois a paciente, segundo os poucos exames pré-operatórios apresentados, encontrava-se desequilibrado do ponto de vista metabólico, nutricional e infeccioso, e mesmo assim foi submetida ao ato cirúrgico (f.09).

Ocorre que, em resposta a quesitos complementares, fora indagado o legista se teve acesso às pastas de transplantes da paciente, sendo a seguinte a resposta consignada às f. 473: "Parcialmente, a parte

de exames pré-operatórios não nos foi apresentada, fato inclusive que foi motivo da promotora responsável pelo caso enviar à instituição um ofício solicitando esses documentos, que não nos foram enviados".

A própria defesa do acusado, imbuída do propósito de perquirição da verdade real, enfatizou ao magistrado a necessidade de renovação da perícia, possibilitando-se ao IML, desta feita, a análise indireta das condições clínicas da paciente mediante verificação de prontuário pré-transplante, restando indeferido o pedido ao equivocado argumento pelo qual a omissão não trouxera prejuízo à defesa (f. 703).

Para além do exame pericial em referência, não foram produzidas pelo MP provas conclusivas acerca da negligência médica apontada em denúncia, colhendo-se dos relatos médicos prestados em audiência realizada em 26.09.2016 dados técnicos a comprovarem a regularidade do procedimento:

> [...] que quando o paciente a ser transplantado tem baixas taxas de potássio, PH e albumina, o fato não é impeditivo da cirurgia porque decorre, na maioria das vezes, do órgãos a serem transplantados; que os níveis referidos podem ser corrigidos durante a cirurgia e no pós operatório (f. 544);
>
> [...] que a cirurgia de rins e pâncreas é considerada de urgência; que o transplante de rins e pâncreas não é entre vivos; que é uma cirurgia de grande porte; que a deficiência de potássio, PH e albumina apresentada pelo paciente não é impeditiva da cirurgia, uma vez que, ao longo do procedimento cirúrgico, pode ser corrigido o problema (f. 545); [...] que os transplantes de doador cadáver são sempre urgentes; que não há como se recusar o atendimento de pacientes urgentes, deve ser anestesiado mesmo que quando com estômago cheio (exemplo); que o depoente chegou a conversar com a paciente antes da intervenção cirúrgica, que teve acesso, no momento da cirurgia, à pasta de exames da paciente; que não havia nada que contraindicasse o ato anestésico; que durante a realização da cirurgia levou-se em conta do resultado das amostras de sangue da paciente para exame; que várias amostras são colhidas em razão das alterações metabólicas e são corrigidas no momento da intervenção (f. 548).

Também de interesse probatório revela-se o relatório médico de f. 412/413, subscrito por médica nefrologista da Santa Casa de Belo Horizonte, de cujos termos se extrai:

> Durante todo o tempo de acompanhamento, apresentou internações por hipermenorréia, enxaqueca e para propedêutica de dor abdominal não relacionada à diálise, ambas sanadas, durante as respectivas hospitalizações. Em sua última avaliação nesse serviço, em 13.03.2007, constatava-se bom controle pressórico, adequado ajuste de estado de fluidos corporais e sem evidências clínicas que caracterizasse contraindicação ao procedimento de transplante proposto.

Ora, em se considerando a inexistência de elementos de convicção a confortarem a tese acusatória pertinente à negligência médica, outro não poderia ser o desfecho dado à lide senão a improcedência da denúncia oferecida em desfavor do recorrido, a quem se enuncia o princípio *in dúbio pro reo*, de irrestrita aplicação à espécie:

> É de rigor a absolvição do médico quando inexiste demonstração inequívoca de que ele tenha se omitido ou atuado em desacordo como procedimento adequado de tratamento do paciente, máxime quando não se evidencia a quebra dos deveres objetivos de cuidado exigíveis na ocasião dos fatos (TJMG - Ap. Crim. 1.0313.07.233302-1/001 - Rel. Julio César Lorens, 5ª Câm. Crim., DJ 24.09.2012).

Por tais fundamentos, nego provimento ao recurso.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores Catta Preta e Glauco Fernandes.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Apelação criminal - Receptação dolosa - Autoria e materialidade comprovadas - Apreensão do bem em poder do autor - Condenação mantida - Atenuante - Artigo 65, I, do Código Penal - Não incidência - Penas e regime carcerário mantidos.

- A apreensão do bem subtraído em poder do autor, sem nenhuma explicação plausível, inverte o ônus da prova e autoriza a condenação pelo crime de receptação. O apelante não possuía mais de 70 anos de idade, à época da prolação da sentença, por isso, não faz jus à atenuante prevista no art. 65, I, do Código Penal. As penas e o regime carcerário corretamente aplicados devem ser mantidos, não havendo falar-se em decote da pena de multa, por falta de previsão legal. Improvimento ao recurso que se impõe.

Apelação Criminal nº 1.0405.19.000021-7/001 - Comarca de Martinho Campos - Apelante: F.G.C. - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. – Relator: Des. Antônio Carlos Cruvinel.

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em negar provimento ao recurso.

Belo Horizonte, 07 de dezembro de 2021- *Antônio Carlos Cruvinel*. – Relator.

Voto

DES. ANTÔNIO CARLOS CRUVINEL - Presentes os pressupostos de admissibilidade, conhece-se do recurso.

Pela sentença de f. 176/181, F.G.C. restou condenado nas sanções do art. 180, *caput*, do Código Penal, às penas de 01 (um) ano e 02 (dois) meses de reclusão, em regime semiaberto, e ao pagamento de 11 (onze) dias-multa, fixado o valor do dia-multa no mínimo legal.

Inconformado, apela o acusado.

Nas razões de f. 199/206, pleiteia a absolvição em relação ao crime de receptação, por ausência de provas suficientes para a condenação. Eventualmente, pede o reconhecimento da atenuante prevista no art. 65, I, do Código Penal; a fixação do regime carcerário aberto e o decote da pena de multa.

Contrarrazões recursais às f. 213/215v.

Manifesta-se a douta Procuradoria-Geral de Justiça, às f. 217/220, pelo não provimento do recurso.

Segundo a denúncia:

> No dia 29 de junho de 2018, por volta de 07 horas, na Avenida Faustino Gonçalves, nº 32, Distrito de Ibitira, neste município, o denunciado guardava e ocultava, em proveito próprio, coisa que sabia ser produto de crime.
>
> Ressai dos autos que, na data dos fatos, a Polícia Militar, em cumprimento de mandado de busca e apreensão expedido pelo Juízo, se deslocou até o citado endereço, onde mora o denunciado.
>
> Ato contínuo, ao chegarem ao dito local, os policiais foram recebidos por F.G., que franqueou a entrada no imóvel. Iniciadas as buscas, foram encontrados 01 (um) revólver calibre .22, marca Rossi, 01 (um) revólver calibre .32, marca Rossi, 01 (uma) espingarda calibre .28, marca Rossi, dos quais o denunciado apresentou registros de autorização de posse vencidos (f. 14/ 16-v), e várias munições para essas armas, além de 01 (uma) espingarda de ar comprimido e diversos chumbinhos.
>
> Prosseguindo com as buscas, sabendo das informações acerca do envolvimento do denunciado com a receptação de bens furtados, os policiais encontraram e apreenderam na casa vários objetos de origem duvidosa, dentre os quais 01 makita, modelo MCC40, 04 (quatro) computadores, 04 (quatro) serras elétricas, 02 (duas) furadeiras, 02 (dois) alicates, 01 (um) motor elétrico 10HP, 01 (uma) ordenha completa, 01 (uma) bomba de sucção de água, marca Anauger 900, 03 (três) aparelhos DVDs e 02 (dois) aparelhos de som automotivo.
>
> Dentre esses bens, a makita, modelo MCC40 e a bomba de água, marca Anauger 900, foram reconhecidas, respectivamente, pelas vítimas E.C.S. (f. 53/55) e J.M.S. (f. 61/63), como bens que lhes foram furtados em 03.12.2017 e 01.05.2017.
>
> Conforme se observa dos autos, o denunciado, já conhecido do meio policial por adquirir itens furtados, sabia que os aludidos bens, avaliados à f. 67, se tratavam de produtos de crimes, uma vez que os adquiriu sem a exigência de recibo ou qualquer documento que comprovasse a procedência lícita, até porque nem sequer soube identificar as pessoas que lhe vendeu o automóvel, a não ser pelo primeiro nome. [...]

Comete o crime de receptação quem adquire, recebe, transporta, conduz ou oculta, em proveito próprio ou alheio, coisa que sabe ser produto de crime, ou influi para que terceiro de boa-fé a adquira, receba ou oculte.

A materialidade do delito vem comprovada pelo auto de apreensão de f. 11/13, laudo de avaliação indireta de f. 67, e pela prova oral.

A autoria também é induvidosa.

Observa-se que o apelante, desde o início, negou a prática da receptação (f. 05), porém, em juízo, asseverou que a makita pertencente a E. foi abandonada em sua propriedade. Disse que E. possuía uma dívida com o acusado, e, por isso, abandonou os bens em um barracão (mídia audiovisual de f. 152).

Registra-se que o policial militar R.J.S. ratificou em juízo (audiência de f. 157) os relatos contidos no auto de prisão em flagrante (f. 02), dos quais se extrai:

> Que o declarante é Policial Militar e integrou a guarnição da Polícia Militar que cumpriu o mandado de busca e apreensão expedido pelo Juízo da Comarca de Martinho Campos, tendo os Policiais comparecido na residência alvo do mandado, residência esta localizada na Avenida Faustino Gonçalves, nº 32, Distrito de Ibitira, Martinho Campos/MG, residência esta de propriedade de F.G.C., indivíduo este que estava no local e autorizou a entrada dos Policiais no local, colaborando com as buscas, tendo os Policiais localizado e apreendido 01 (um) revolver calibre 22, marca Rossi, 01 (um) revolver calibre 32, da marca Rossi, 01 (uma) espingarda calibre 28, marca Rossi, além de inúmeras munições para aquelas armas, sendo munições do calibre 22, 32 e 28, e uma espingarda de ar comprimido e diversos chumbinhos; que, o declarante afirma que os Policiais indagaram a F. sobre a situação das armas de fogo de uso permitido, bem como as munições, tendo F. respondido ser o proprietário de todo o material, afirmando ainda que possuía o registro de todas as armas, registros estes que foram mostrados aos Policiais, que por sua vez verificaram que os registros realmente se referiam aquelas armas apreendidas, no entanto, todos os três registros estavam vencidos; que, o declarante afirma que já era de conhecimento da guarnição de Policias Militares de que F. era suspeito de receptar objetos de procedência duvidosa, ocasião em que, durante as buscas na residência, os Policiais localizaram e apreenderam alguns destes materiais, sendo quatro computadores completos, quatro serras elétricas, duas furadeiras, dois alicates de corte a frio, um motor elétrico 10HP, um ordenha completa, duas bombas para sucção de agua, material elétrico, três aparelhos DVD, dois aparelhos de som automotivo; que, durante o registro da ocorrência, um indivíduo conhecido como C. chegou a reconhecer, via aplicativo Whatsapp, o motor elétrico encontrado na residência de F. como sendo um objeto que lhe fora furtado em data pretérita, tendo o mesmo se comprometido a comparecer na Delegacia de Polícia posteriormente para que pudesse formalizar o reconhecimento do material; que, além disso, o declarante afirma que a guarnição arrolou no histórico da ocorrência diversos registros de ocorrência de produtos furtados/roubados que possuem semelhança com os objetos encontrados e apreendidos na residência de F.[...] (f. 02, confirmação em juízo).

No mesmo sentido, o depoimento da testemunha W.N.M., à f. 03, também confirmado em juízo (f. 157).

A doutrina e a jurisprudência são pacíficas no sentido de que os depoimentos dos policiais merecem a mesma credibilidade dos depoimentos das demais testemunhas quando seguros, coerentes e firmes.

É tranquila a jurisprudência a respeito: "O testemunho do policial mesmo participante da diligência do flagrante quando coerente e seguro, é tão valioso como qualquer outro"(RT 593/423).

Não é só. A vítima E.C.S., à f. 53, asseverou que:

> Perguntado disse que: o declarante comparece de forma espontânea nesta Unidade Policial para reaver a Makita, modelo MCC40, de cor verde, com o cabo remendado, que se encontra apreendida nesta Unidade Policial, afirmando que o referido objeto lhe fora furtado no mês de dezembro de 2017; que, afirma não saber precisar o dia do furto, afirmando que o crime ocorreu durante o mês de dezembro de 2017, dentro do barracão que alugava no Distrito de Ibitira, barracão este pertencente a F.G C., vulgo "C.T."; que, afirma que na época dos fatos passou uma semana fora de casa por estar prestando serviços para a empresa Santos Dias no Povoado de Boa Vista e, ao retornar pra casa, percebeu que a porta de entrada do local estava arrombada e sua caixa de ferramentas, a makita, um martelo, uma marreta pequena, uma marreta grande, uma chave de cano grande, uma chave de boca, e diversos parafusos haviam sido furtados; que, na época dos fatos, não havia suspeita e nem testemunha da prática criminosa, tendo o declarante apenas indagado o proprietário do barracão, F., sobre o ocorrido, tendo ele respondido que não tinha visto nada; que, recentemente, há uma semana, o declarante foi procurado por F., o qual o avisou que sua Makita havia aparecido e sido guardada por ele, mas que posteriormente o objeto foi apreendido por Policiais Militares; que, ao tomar conhecimento dos fatos através de F., o declarante compareceu nesta Unidade Policial para fazer o reconhecimento do objeto, tendo reconhecido a Makita aqui apreendida como sendo a que lhe fora furta em data pretérita, afirmando ainda que o objeto está avaliado em mais ou menos R$200,00 (duzentos reais); que, não sabe dizer o envolvimento de F. no furto da Makita e dos outros objetos; que, afirma que até o presente momento, as demais ferramentas não foram localizadas; que, afirma ter tido um prejuízo total de R$500,00 (quinhentos reais); que, apesar de nunca ter presenciado, ouviu dizer da boca dos outros de que F. possui o hábito de comprar produtos furtados.

Por sua vez, a vítima J.M.S. afirmou:

> Perguntado, disse que: o declarante comparece de forma espontânea nesta Unidade Policial para reaver a bomba "perereca" que lhe fora furtada em sua Fazenda denominada Campo Alegre, tendo tomado conhecimento de que o referido objeto foi recuperado na residência de "C.T."; que, afirma que não se recorda da data do furto, sabendo dizer que foi em meados do ano de 2017, durante o repouso noturno, e que, na época, um indivíduo esteve na beira do córrego de sua fazenda e lhe furtou alguns objetos, sendo uma motosserra 61, duas bombas "perereca", um cardan de trator e uma roçadeira; que, na época dos fatos, suspeitou de que o autor do fato poderia ser o indivíduo conhecido como "T.T.", mas não possui nenhuma prova contra o mesmo; que, ao tomar conhecimento da apreensão de vários objetos de procedência duvidosa na residência de F.G.C., vulgo "C.T.", o declarante compareceu nesta Unidade e, ao visualizar os objetos que aqui estão, reconheceu a bomba "perereca", da marca Anauger 900, como sendo a bomba que lhe fora furtada; que, afirma que o objeto está avaliado em R$200,00 (duzentos reais) [...] (f. 61).

Em juízo, a vítima J.M. confirmou as declarações prestadas na fase inicial e afirmou que teve duas bombas furtadas em 2018 e recuperou uma na delegacia de polícia. Disse que conhecia o acusado e que ele não explicou o motivo do bem estar em sua posse. Disse que alguém furtou o bem e F. comprou (f. 152).

Ressalta-se que a apreensão dos bens subtraídos, na posse do apelante, inverte o ônus probatório, e, uma vez não demonstrada a legitimidade da posse, acrescido do fato de se encontrar em harmonia com a prova coligida, transforma-se a presunção em certeza de autoria.

Eis a jurisprudência no mesmo sentido:

> Receptação dolosa. Prova. Indícios e circunstâncias. Suficiência. - Nos casos de receptação, a só posse injustificada da coisa furtada faz presumir a autoria do ilícito, invertendo-se o ônus de prova, o que vale dizer, ao agente, para livrar-se da responsabilidade delitiva, caberá o ônus de fazer demonstração hábil em contrário (TJMG - AP nº 1.0183.04.067564-1/001 - Rel. Des. Hyparco Immesi).

Ademais, a nota fiscal que seria referente à bomba submersa marca Anauger 900, juntada à f. 118, por si só, não serve para elidir a responsabilidade do apelante, mesmo porque, além da bomba que foi reconhecida como sendo de propriedade da vítima J.M., consta nos autos ao menos a receptação de uma makita pertencente à vítima E.C.

Certo é que, pelas circunstâncias que cercaram o fato, demonstrado está que o apelante sabia da origem criminosa dos bens.

Sendo assim, não há como acolher o pleito absolutório, por suposta insuficiência probatória.

Mantém-se a condenação, tal como lançada na sentença.

O pleito de reconhecimento da atenuante prevista no art. 65, I, do Código Penal, não merece guarida, pois o apelante não contava com 70 (setenta) anos de idade, à época da sentença, uma vez que nasceu em 18.12.1959.

Em relação à dosimetria penal, infere-se que as sanções básicas foram fixadas nos mínimos ao apelante, isto é, em um ano de reclusão e pagamento de 10 (dez) dias-multa.

Na segunda fase, ausentes atenuantes, mas presente a agravante da reincidência (CAC de f. 158/159), as penas foram majoradas de um sexto, tornando-se definitivas em 01 (um) ano e 02 (dois) meses de reclusão, e pagamento de 11 (onze) dias-multa.

O regime carcerário semiaberto é adequado, devido à reincidência, nos termos do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

Noutro giro, o pleito de decote da pena de multa não merece acolhido, por falta de respaldo legal.

O preceito secundário previsto no art. 180, *caput*, do Código Penal, prevê a aplicação de uma pena privativa de liberdade (no intervalo compreendido entre um e quatro anos de reclusão) e de multa.

Dessa forma, a pena de multa é aplicada cumulativamente à pena privativa de liberdade, não havendo possibilidade de decote, ainda que o apelante comprove ser pobre no sentido legal.

Ademais, não houve qualquer exagero na aplicação da multa, sendo concretizada pouco acima do mínimo legal, isto é, em 11 (onze) dias-multa, e estabelecido o valor do dia-multa no mínimo.

Dessa maneira, não há falar-se em afastamento da pena de multa, pois como penalidade que é, deve atender ao critério preventivo-retributivo, não ficando ao alvedrio do apelante.

A propósito, já se decidiu que:

> Apelação criminal. Tráfico de drogas e posse ilegal de arma de fogo e munições. [...]. Decote da pena de multa. Impossibilidade. Sanção abstratamente prevista para o tipo penal – [...] Descabe contestar a aplicação da pena de multa se tal espécie de reprimenda é abstratamente prevista no tipo penal, assim como a sanção privativa de liberdade. Ementa parcial (TJMG - Apelação Criminal 1.0003.18.000815-7/001, Relator: Des. Alberto Deodato Neto, 1ª Câmara Criminal, j. em 12.05.2020, p. em 22.05.2020).

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso. Custas na forma da lei.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores Fortuna Grion e Maria Luíza de Marilac.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Agravo em execução penal - Progressão de regime prisional - Execução por crime equiparado a hediondo sem resultado morte - Reeducando reincidente em crimes comuns - Revogação do art. 2º, § 2º, da lei dos crimes hediondos - Hipótese de cumprimento de 40% da pena para fins de progressão - Exegese do artigo 112 da Lei de Execução Penal - Incidência do princípio do favor rei - Retificação do atestado de penas - Necessidade.

- Com a expressa revogação do art. 2º, § 2º, da Lei dos Crimes Hediondos, pela Lei nº 13.964/2019, impõe-se a adoção do percentual de 40% de pena cumprida para a progressão do regime prisional ao condenado reincidente em crimes comuns que ostente uma só condenação por crime equiparado a hediondo sem resultado morte.

- Não contemplando o art. 112 da LEP a hipótese de condenado por crime hediondo ou equiparado sem resultado morte, reincidente em delito comum, defere-se a progressão com 40% de pena cumprida, nos termos de seu inciso V, como a solução mais benéfica ante a incidência do princípio favor rei.

Agravo em Execução Penal nº 1.0525.14.017749-0/001 - Comarca de Pouso Alegre - Agravante: M.F.S. - Agravado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. – Relator: Des. Fortuna Grion.

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em dar provimento ao recurso.

Belo Horizonte, 28 de setembro de 2021. - *Fortuna Grion*. – Relator.

Voto

DES. FORTUNA GRION - Trata-se de agravo em execução, interposto em favor de M.F.S., contra a decisão prolatada pelo juízo da Vara de Execuções Criminais da comarca de Pouso Alegre/MG (doc. de ordem nº 06), que indeferiu o pedido de retificação do atestado de penas para neste constar o percentual de 40% (quarenta por cento) para progressão de regime, com base na atual redação do art. 112 da LEP, dada pela Lei nº 13.964/19, por ser mais benéfica.

Sustenta a defesa que o apenado não é reincidente em crimes hediondos, haja vista porque faz jus à progressão de regime com o cumprimento de 40% (quarenta por cento) da pena, "à luz do disposto no § 2º da Lei 8.072/90, bem como pela *novatio legis* que alterou o art. 112 da LEP".

Nisso amparada, requer a reforma da sentença, "determinando a aplicação do percentual de 40% (quarenta por cento) sobre a pena do crime hediondo para fins de cálculo de progressão de regime prisional" (doc. de ordem nº 05).

O Ministério Público, em contrarrazões, manifestou-se pelo provimento do agravo (doc. de ordem nº 03).

A decisão agravada foi mantida por seus próprios fundamentos, em sede de reexame (doc. de ordem nº 02).

É, no essencial, o relatório.

Conheço do agravo, visto que presentes os pressupostos de admissibilidade.

Passo ao exame do mérito do recurso, uma vez ausentes preliminares.

Busca a defesa seja determinada a retificação do atestado de penas do reeducando, alegando que o agravado não é reincidente em crime hediondo.

Razão assiste à defesa.

Inicialmente, registro que, de acordo com o atestado de penas constante do SEEU, o agravante expia uma reprimenda total de 17 (dezessete) anos, 07 (sete) meses e 10 (dez) dias de reclusão, estando atualmente em regime fechado, em razão de quatro guias de execução definitivas, a saber:

A primeira pelos crimes previstos no art. 155, § 1º, art. 157, § 2º, I, c/c art. 14, II, todos do Código Penal e art. 16, parágrafo único, IV, da Lei nº 10.826/03, ocorridos no dia 23.05.2013 e com trânsito em julgado em 29.07.2014;

A segunda pelo delito do art. 155 do CP, ocorrido no dia 13.08.2012, com trânsito em julgado datado de 26.06.2016;

A terceira em razão do crime descrito no art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06, cometido no dia 11.08.2014 e com trânsito em julgado no dia 16.12.2016;

A quarta em decorrência do crime insculpido no art. 157, § 2º, I e II, do CP, praticado no dia 26.09.2019 e com trânsito em julgado em 27.02.2020.

Logo, não resta dúvida de que o agravado ostenta reincidência por crime comum.

Dessa forma, para tais hipóteses, aplicava-se a regra do disposto no art. 2º, § 2º, da Lei nº 8.072/90, estabelecendo que esse benefício seria alcançado após o reeducando cumprir 3/5 (três quintos) da pena, caso fosse reincidente. Vejamos:

> Art. 2º [...]
>
> § 2º A progressão de regime, no caso dos condenados pelos crimes previstos neste artigo, dar-se-á após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado for primário, e de 3/5 (três quintos), se reincidente.

Todavia, a citada disposição legal foi expressamente revogada pela Lei nº 13.964/2019, em seu art. 19, *in verbis*: "Art. 19. Fica revogado o § 2º, do art. 2º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990".

Ademais, a citada lei também alterou a redação do art. 112 da LEP, neste constando o tempo necessário de cumprimento de pena para que o condenado alcance o direito objetivo à progressão de regime, *in verbis*:

> Art. 112. 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:
>
> I - 16% (dezesseis por cento) da pena, se o apenado for primário e o crime tiver sido cometido sem violência à pessoa ou grave ameaça;
>
> II - 20% (vinte por cento) da pena, se o apenado for reincidente em crime cometido sem violência à pessoa ou grave ameaça;
>
> III - 25% (vinte e cinco por cento) da pena, se o apenado for primário e o crime tiver sido cometido com violência à pessoa ou grave ameaça;
>
> IV - 30% (trinta por cento) da pena, se o apenado for reincidente em crime cometido com violência à pessoa ou grave ameaça;
>
> V - 40% (quarenta por cento) da pena, se o apenado for condenado pela prática de crime hediondo ou equiparado, se for primário;
>
> VI - 50% (cinquenta por cento) da pena, se o apenado for:
>
> a) condenado pela prática de crime hediondo ou equiparado, com resultado morte, se for primário, vedado o livramento condicional;
>
> b) condenado por exercer o comando, individual ou coletivo, de organização criminosa estruturada para a prática de crime hediondo ou equiparado; ou
>
> c) condenado pela prática do crime de constituição de milícia privada;
>
> VII - 60% (sessenta por cento) da pena, se o apenado for reincidente na prática de crime hediondo ou equiparado;
>
> VIII - 70% (setenta por cento) da pena, se o apenado for reincidente em crime hediondo ou equiparado com resultado morte, vedado o livramento condicional.

De uma simples leitura do citado artigo, vê-se que o legislador não estabeleceu a porcentagem de pena a ser cumprida pelo condenado por crime hediondo, mas que ostenta a condição pessoal de ser reincidente em crime comum, para alcançar o direito à progressão de regime.

Com efeito, a lei previu o *quantum* de pena a ser cumprida para se alcançar o citado benefício em relação ao condenado primário e ao condenado por crime hediondo ou equiparado, reincidente em crime dessa natureza.

Entretanto, como já dito, o agravado não é primário, tampouco reincidente em crime hediondo ou equiparado. Logo, não se enquadra em nenhuma das situações previstas no art. 112 da LEP.

Também é fato que, havendo ocorrido a revogação expressa do art. 2º, § 2º, da Lei dos Crimes Hediondos, que previa um prazo mais rigoroso ao reincidente em crime comum para alcançar o direito objetivo à progressão de regime - 3/5 (três quintos) da pena cumprida - não mais se o aplica ao presente caso.

Ora, o atual art. 112, inciso VII, da LEP, estabelece tal percentual, que também equivale a 60% (sessenta por cento) da pena cumprida, apenas aos reincidentes específicos em crime hediondo ou equiparado.

Impor ao caso dos autos a fração de 3/5 (três quintos) ou o percentual de 60% (sessenta por cento), importaria em violação ao princípio da irretroatividade da *Lex Gravior*, já que tal parâmetro somente se aplica ao condenado por crime hediondo ou equiparado reincidente em delito dessa natureza, razão pela qual não se admite a sua imposição ao reeducando que ostenta reincidência genérica.

Ademais, segundo a lição de Rogério Grecco:

> A regra da ultra-atividade e da retroatividade são absolutas no sentido de, sempre, ser aplicada ao agente a lei que mais lhe favorece, não importando, na verdade o momento de sua vigência, isto é, se na data do fato, na data da sentença ou mesmos entre esses dois marcos (GRECCO, Rogério. Curso de Direito Penal. 7ª ed., parte geral, p.120).

Portanto, penso que a hipótese deve ser resolvida fazendo-se uma exegese das normas que mais favorecem o condenado, com fundamento nos princípios da ultra-atividade e da retroatividade da lei mais benigna e do favor rei, todos contemplando a aplicação da norma de maneira mais favorável ao agente.

Logo, diante da omissão legislativa, tenho que deve ser exigido do condenado o cumprimento de 40% (quarenta por cento) da pena para se alcançar o direito objetivo à progressão de regime, ou seja, mesmo percentual previsto para o primário, condenado por delito hediondo ou equiparado, já que nas hipóteses previstas nos incisos VI, VII e VIII, do art. 122 da LEP, importaria em ofensa ao princípio da irretroatividade da *Lex Gravior*, o que não se admite.

Em sentido idêntico, já decidiram as duas turmas criminais do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

> Agravo regimental no *habeas corpus*. IAC - Incidente de Assunção de Competência. Não cabimento. Progressão de regime. Pleito de retificação do cálculo da pena. Art. 112, VII, da Lei de Execução Penal (incluído pela Lei nº 13.964/2019). Pacote anticrime. Reincidência específica em crime hediondo. Não aplicação. Apenado condenado por crime hediondo e reincidência não específica. Omissão legislativa. Analogia *in bonam partem*. Aplicação do inciso V do art. 112 da LEP. Constrangimento ilegal verificado. Agravo improvido. - Não há falar em afetação do agravo regimental sob o rito de incidente de assunção de competência, para fins de uniformização de jurisprudência, não apenas por se tratar de inovação recursal, o que, por si só, obsta o seu conhecimento, mas também por não ser

cabível a formulação do pedido de IAC - Incidente de Assunção de Competência - em agravo regimental. - Firmou-se nesta Superior Corte de Justiça entendimento no sentido de que, nos termos da legislação de regência, mostra-se irrelevante que a reincidência seja específica em crime hediondo para a aplicação da fração de 3/5 na progressão de regime, pois não deve haver distinção entre as condenações anteriores (se por crime comum ou por delito hediondo) (AgRg no HC nº 494.404/MS, Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJe 20.05.2019)" (AgRg no HC 521.434/SP, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, j. em 01.10.2019, DJe 08.10.2019). - Ocorre que a alteração promovida pela Lei nº 13.964/2019 (Pacote Anticrime) no art. 112 da Lei de Execuções Penais, ao estabelecer novos lapsos para a progressão de regime, deixou de abranger a situação característica do paciente (condenado por crime hediondo e reincidente não específico). - Não há como aplicar de forma extensiva e prejudicial ao paciente o percentual de 60% previsto no inciso VII do art. 112 da LEP, que trata sobre os casos de reincidência de crime hediondo ou equiparado, merecendo, ante a omissão legislativa, o uso da analogia *in bonam partem* para aplicar o percentual de 40%, previsto no inciso. - Agravo regimental improvido (STJ, 6ª Turma, AgRg no HC 623200/SP, Rel. Min. Nefi Cordeiro, j. 15.12.2020, p. em 18.12.2020).

Agravo regimental no habeas corpus. Execução penal. Via inadequada. Lei 13.964/2019 (Pacote Anticrime). Progressão de regime. Paciente condenado por tráfico de drogas. Reincidência em crime comum (furto qualificado). Hipótese não abarcada pela *novatio legis*. Analogia *in bonam partem*. Cumprimento de 40% da pena. Orientação revista. Agravo regimental provido. Concessão de HC de ofício. - O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do *habeas corpus*, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade. - Firmou-se nesta Superior Corte o entendimento no sentido de ser irrelevante que a reincidência seja específica em crime hediondo para a aplicação da fração de 3/5 na progressão de regime, pois não deve haver distinção entre as condenações anteriores (se por crime comum ou por delito hediondo). Interpretação da Lei 8.072/90. Precedentes. - Com a entrada em vigor da Lei 13.964/19 - Pacote Anticrime-, foi revogado expressamente o art. 2º, § 2º, da Lei nº 8.072/90 (art. 19 da Lei nº 13.964/19), passando a progressão de regime, na Lei de Crimes Hediondos, a ser regida pela Lei nº 7.210/84. - A nova redação dada ao art. 112 da Lei de Execução Penal modificou por completo a sistemática, introduzindo critérios e percentuais distintos e específicos para cada grupo, a depender especialmente da natureza do delito. - No caso, o paciente foi sentenciado pelo delito de tráfico de drogas, tendo sido reconhecida sua reincidência devido à condenação definitiva anterior pelo crime de furto qualificado (delito comum). Para tal hipótese, inexiste na *novatio legis* percentual a disciplinar a progressão de regime ora pretendida, pois os percentuais de 60% e 70% foram destinados aos reincidentes específicos. - Em direito penal, não é permitido o uso de interpretação extensiva, para prejudicar o réu, devendo a integração da norma se operar mediante a analogia *in bonam partem*. Princípios aplicáveis: Legalidade das penas, Retroatividade benéfica e *in dubio pro reo*. - A lei penal deve ser interpretada restritivamente quando prejudicial ao réu, e extensivamente no caso contrário (*favorablia sunt amplianda*, odiosa restringenda) – (HUNGRIA, Nélson. Comentários ao Código Penal, v. I, t.I, p. 86. -

FABRETTI, Humberto Barrionuevo; SMANIO, Gianpaolo Poggio. Comentário ao Pacote Anticrime. Ed. Atlas. 2020 - LIMA, Renato Brasileiro de. Pacote Anticrime: Comentários à Lei 13.964/19, Ed. JusPodium, 2020 - QUEIROZ, Paulo. A nova progressão de regime - Lei 13.964/2019,https://www.pauloqueiroz.net - CUNHA, Rogério Sanches. Pacote Anticrime: Lei nº 13.964/2019 - Comentários às alterações no CP, CPP e LEP. Salvador: Editora JusPodvim, 2020 - TAVARES, Pedro Tenório Soares Vieira; LIMA NETTO, Estácio Luiz Gama; NETTO LIMA, Pacote Anticrime: As modificações no sistema de justiça criminal brasileiro. *e-book*, 2020. Precedentes: HC nº 581.315/PR, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior e HC nº 607.190/SP, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, ambos julgados em 06.10.2020). - Agravo regimental provido, concedendo *habeas corpus* de ofício para que se opere a transferência do paciente a regime menos rigoroso com a observância, quanto ao requisito objetivo, do cumprimento de 40% da pena privativa de liberdade a que condenado, salvo se cometida falta grave (STJ, 5ª Turma, AgRg no HC 613268/SP Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 09.12.2020, p. de 15.12.2020).

Nesse contexto, defiro o pedido da defesa de aplicação da *novatio legis in mellius* para definir o lapso temporal correspondente a 40% (quarenta por cento) da pena cumprida para progressão de regime ao agravado.

Mercê de tais considerações, dou provimento ao recurso para cassar a decisão combatida, determinando a retificação do atestado de penas do agravante no qual constará o estágio para a progressão de regime, em 40% (quarenta por cento) da pena cumprida, relativamente à condenação pelo crime do art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06.

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.

Agravo em execução penal - Prática de novo crime durante o livramento condicional - Suspensão cautelar do benefício - Admissibilidade - Reconhecimento simultâneo de falta grave - Bis in idem - Impossibilidade - Pedido de justiça gratuita - Ausência de previsão legal para recolhimento de custas processuais.

- A prática de crime doloso durante o livramento condicional possibilita a suspensão cautelar do benefício (art. 145, LEP), porém não permite o cumulativo reconhecimento de falta grave, sob pena de consubstanciar *bis in idem* e configurar analogia prejudicial. Inexiste previsão legal para cobrança das custas processuais no recurso de agravo em execução penal.

Agravo em Execução Penal nº 1.0024.14.021400-8/001 - Comarca de Ribeirão das Neves - Agravante: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Agravado: R.F.B. – Relator: Des. Franklin Higino.

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, 14 de dezembro de 2021. - *Franklin Higino*. – Revisor.

Voto

DES. FRANKLIN HIGINO - Trata-se de agravo em execução penal, interposto pelo Ministério Público de Minas Gerais, inconformado com a decisão proferida pelo juízo da execução penal, que não reconheceu como falta grave o suposto cometimento de novo crime durante o livramento condicional (ordem 3), nos seguintes termos:

> 1- Novo Crime no Curso do LCO (26.05.2021) - Suspensão do Benefício e Reconhecimento de Falta Grave - Impossibilidade - *Non bis in idem*:
>
> O LCO está suspenso pela prática de novo crime no curso do período de prova do benefício.
>
> A prática de crime durante o LCO enseja a revogação desse benefício, caso o reeducando seja condenado por sentença transitada em julgado, não ocasionando, contudo, a regressão de regime, sob pena de *bis in idem*.
>
> Ante o exposto, indefiro os pedidos de reconhecimento de falta grave/regressão de regime/perda de 1/3 dos dias remidos, ante a impossibilidade de dupla punição pelo mesmo fato. Lance-se nos incidentes não-concedidos.

2- Nova GE:

Aguardar juntada de GE relativa aos fatos. PRI

Em suas razões de recurso (ordem 2), o agravante sustenta que a prática de nova infração penal no curso da execução enseja o reconhecimento de falta grave, ainda que o delito seja cometido durante livramento condicional.

Requer o provimento do recurso para que seja reconhecida a prática de falta grave em desfavor do agravado em razão do cometimento de novo crime no gozo do benefício do livramento condicional, com a aplicação dos pertinentes consectários legais após regular apuração judicial do fato.

Contrarrazões pela manutenção da decisão recorrida e concessão dos benefícios da justiça gratuita (ordem 11).

Decisão de manutenção (ordem 12).

A Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se pelo conhecimento e não provimento do recurso (ordem 16).

É, em síntese, o relatório. Decido.

Conheço do recurso, porque estão presentes os pressupostos de admissibilidade.

Conforme se verifica dos autos, foi concedido o livramento condicional ao reeducando, medida que acabou suspensa (ordem 6) pelo suposto cometimento de novo crime enquanto usufruía do benefício.

Assim, o Ministério Público pleiteou o reconhecimento da prática de crime também como falta grave, com seus consectários legais.

Conforme relatado, a decisão recorrida deixou de adotar o suposto cometimento de novo delito durante o livramento condicional como falta grave, sob o argumento que o reconhecimento da indisciplina implicaria *bis in idem*.

Com a devida vênia, entendo que razão não assiste ao recorrente, devendo ser mantida a decisão proferida pelo juízo de primeiro grau.

A prática de infração penal durante o livramento condicional permite a suspensão do benefício, nos termos do art. 145 da LEP: "Art. 145. Praticada pelo liberado outra infração penal, o Juiz poderá ordenar a sua prisão, ouvidos o Conselho Penitenciário e o Ministério Público, suspendendo o curso do livramento condicional, cuja revogação, entretanto, ficará dependendo da decisão final."

Assim, já há efeito jurídico atribuído à prática do delito. Reconhecer, cumulativamente, a falta grave em razão do cometimento do mesmo delito constituiria *bis in idem*, pois seriam atribuídas sanções em duplicidade na seara da execução penal a apenas um fato.

Não bastasse o contundente argumento, o art. 52 da LEP define nos seguintes termos a constituição da falta grave por prática de crime durante a execução:

> Art. 52. A prática de fato previsto como crime doloso constitui falta grave e, quando ocasione subversão da ordem ou disciplina internas, sujeita o preso provisório, ou condenado, sem prejuízo da sanção penal, ao regime disciplinar diferenciado, com as seguintes características.

Como se extrai da leitura do transcrito dispositivo legal, a falta grave ali discriminada refere-se tão somente a fatos cometidos durante o período de recolhimento prisional, o que não existe quando em curso o livramento condicional, sendo que o seu reconhecimento configuraria analogia *in malam partem*.

De mais a mais, durante o cumprimento do período de prova do livramento condicional, o reeducando, por óbvio, não se encontra em regime prisional, mas em liberdade antecipada, razão pela qual não pode sofrer consequências inerentes ao período de encarceramento.

No exame de casos análogos, esta 3ª Câmara tem entendido o seguinte:

> Agravo em execução. Notícia de prática de crime durante o período de prova do livramento condicional. Reconhecimento de falta grave. Inviabilidade. - A notícia de prática de crime no curso do livramento condicional enseja somente a suspensão do referido benefício e não a concomitante anotação de falta grave, uma vez que tal medida somente se aplica aos condenados que cumprem suas penas em algum regime prisional (TJMG - Agravo em Execução Penal 1.0693.18.000737-1/001, Relatora: Desª Maria Luíza de Marilac, 3ª Câmara Criminal, j. em 05.05.2020, p. em 22.05.2020).

Por fim, em relação ao pedido de gratuidade judiciária formulado em sede de contrarrazões, destaco que não há previsão legal de recolhimento de custas em sede de execução penal.

Posto isso, nego provimento ao recurso.

É como voto.

Sem custas.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores Antônio Carlos Cruvinel e Maria Luíza de Marilac.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Apelação criminal - Adulteração de sinal identificador de veículo automotor - Substituição por placa de outra motocicleta - Autoria e materialidade confirmada - Recurso conhecido e não provido

- Não superado o interregno entre os marcos interruptivos, resta impossível o acolhimento da pretensão defensiva quanto ao reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva estatal.

- Para configurar o delito, tipificado no art. 311, do Código Penal, não se exige o dolo específico (demonstração de que a adulteração de sinal identificador de veículo automotor visava a prática de outra infração), sendo suficiente o dolo genérico, ou seja, a vontade livre e consciente de praticar o ato. Precedentes do STJ e do STF.

- Para a ocorrência de falsificação grosseira de sinal identificador de veículo, a adulteração deve ser percebida pelo homem comum, sem conhecimento técnico específico.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0499.14.001570-6/001 - Comarca de Perdões - Apelante: J.M.S. - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Relator: DES. CORRÊA CAMARGO

Acórdão

Vistos, etc., acorda, em Turma, a 4ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em REJEITAR A PRELIMINAR DE PRESCRIÇÃO E, NO MÉRITO, NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 22 de setembro de 2021. - *Corrêa Camargo* - Relator.

Voto

DES. CORRÊA CAMARGO - Trata-se de apelação criminal, interposta por J.M.S., já que irresignado com a r. sentença de f. 211/213, que julgou procedente a pretensão punitiva estatal, condenando-o pela prática de crime, previsto no art. 311, *caput*, do Código Penal, às penas de 3 (três) anos de reclusão, em regime aberto, e 10 (dez) dias-multa, estes fixados na razão de 1/30 (um trigésimo) do valor do salário mínimo vigente à época dos fatos, suspendendo em seu prol, ao final, a exigibilidade do pagamento das custas processuais.

O apelante, em suas razões recursais, ofertadas às f. 225/232, suscitou preliminar de prescrição e, no mérito, requereu a absolvição, seja pela ausência de dolo específico, seja pela adulteração grosseira, inidônea a engar o homem médio.

O apelado, por seu turno, apresentou contrarrazões às f. 233/238, rebatendo as teses apresentadas e requerendo o não provimento do recurso aviado. Instada a se manifestar, a Procuradoria de Justiça assim o fez às f. 243/248.

É o relatório, passa-se à decisão:

Como primeiro tópico o apelante suscitou preliminar de prescrição, aduzindo a inexistência de data de quando colocou a placa fria na motocicleta e, pelo princípio *in dubio pro reo*, deveria ser considerado o ano de 2009. Assim sendo, como a denúncia foi recebida em 16.08.2017, a pretensão punitiva estatal estaria fulminada pela prescrição.

Sem razão, contudo.

A denúncia, recebida em 16.08.2017, narrou que o réu praticou o crime no ano de 2012, sendo que o flagrante ocorreu no dia 19.06.2013. Consabido que em 05.05.2010, passou a vigorar mudança legislativa (Lei nº 12.234/10), que excluiu como termo inicial para a contagem do prazo prescricional data anterior à da denúncia ou queixa.

Em outras palavras, a data do crime deixou de ser marco temporal para a contagem da prescrição. Nessa perspectiva, a defesa técnica está aproveitando da informação de que a motocicleta fora comprada sem placa e sem documento, no ano de 2010, elucubrando que a placa espúria tenha sido colocada antes do dia 05.05.2010, o que daria azo à prescrição. Ora, esse tipo de alegação acarreta na inversão da prova, não tendo a defesa de desincumbido desse ônus.

A prescrição, pela pena em concreto, se opera em 8 (oito) anos e, retroagindo à data da denúncia, chegaríamos ao ano de 2009. Mas, o próprio apelante admitiu haver comprado a motocicleta por volta de 2010, ou seja, quando ainda não operada a prescrição, ou quando excluída por lei a data do fato como marco temporal para a contagem do benefício.

Respeitosamente, exagerada e fantasiosa a tese defensiva, além de não comprovada, não sendo o caso de se cogitar na extinção da punibilidade pela prescrição.

Como segundo tópico, no mérito, requereu a absolvição por ausência de dolo especifico, já que comprou a motocicleta sem placa, o que gerou um desconforto com a sua esposa e, ao achar uma placa no chão da rodovia, resolveu pegá-la, dependurando-a no veículo, como forma de fazer cessar animosidades conjugais.

Sem delongas, o STF e o STJ já decidiram acerca da desnecessidade do dolo específico para o crime do art. 311, do Código Penal.

> *Habeas corpus*. Direito penal. Crime de adulteração de sinal identificador de veículo automotor. Dolo específico. Inexigência. Troca de placas. Tipicidade da conduta. Recurso especial. Reexame de provas. Ordem denegada. Configura-se o crime de adulteração de sinal identificador de veículo automotor, previsto no art. 311 do Código Penal, pela prática dolosa de adulteração e troca das placas automotivas, não exigindo o tipo penal, elemento

> subjetivo especial ou alguma intenção específica. Precedente. O recurso especial não comporta o reexame de provas, mas não há qualquer óbice para que o Superior Tribunal de Justiça decida sobre a correta interpretação de tipo penal previsto na legislação federal e a pertinência deste para o caso concreto, dando-lhe novo enquadramento jurídico, hipótese em que desnecessária a avaliação do conjunto fático-probatório. *Habeas corpus* denegado (HC nº 107507, Rel. Rosa Weber, 1ª Turma, j. em 15.05.2012, *DJe* de 04.06.2012).
>
> Penal. Adulteração de sinal identificador de veículo automotor. Utilização de "placa fria". Art. 311 do código penal. Dolo específico. Não exigência. I. Para configurar o delito tipificado no art. 311 do Código Penal, não se exige o dolo específico (demonstração de que a adulteração de sinal identificador de veículo automotor visava a prática de outra infração), sendo suficiente o dolo genérico, ou seja, a vontade livre e consciente de praticar o ato. Precedentes do STJ e do STF. II. Na forma da jurisprudência, "o Superior Tribunal de Justiça tem entendimento pacífico no sentido de que não se mostra necessário o dolo específico para configuração do delito de adulteração de sinal identificador de veículo automotor, previsto no art. 311 do Código Penal" (STJ, AgRg no Ag nº 1.361.634/MG, Rel.ª Min.ª Maria Thereza de Assis Moura, 6ª Turma, *DJe* de 01.02.2011). III. Agravo Regimental a que se nega provimento. (AgRg no REsp nº 1268357/MS, Rel.ª Min.ª Assusete Magalhães, 6ª Turma, j. em 20.08.2013, *DJe* de 23.09.2013).

Logo, o argumento de que colocou a placa fria apenas para que a esposa parasse de perturba-lo não tem cabimento. Como terceiro tópico, aduziu o apelante que a placa espúria colocada na motocicleta seria de outro veículo, o que caracterizaria o crime impossível ou atipicidade da conduta, visto que não teria o condão de enganar, ludibriar os agentes de trânsito.

Destaca-se, a priori, que o crime impossível, também denominado tentativa inidônea, ocorre apenas quando os meios utilizados para prática delituosa não causam perigo de lesão ao bem jurídico por sua ineficácia ou impropriedade absoluta, o que, definitivamente, não é a hipótese dos autos, isso porque a adulteração procedida pelo réu - ao substituir a placa verdadeira por outra (f. 05/11), mesmo com registro de furto/roubo - poderia certamente iludir as autoridades de trânsito, especialmente os radares, pois em uma eventual fotografia seria registrado apenas o número adulterado.

Assim, com tal conduta, o agente poderia praticar inúmeras infrações de trânsito sem ser identificado, sendo, por isso, inviável se falar em absoluta ineficácia do meio e, via de consequência, em hipótese de crime impossível.

Aliás, neste sentido, já decidiu o Supremo Tribunal Federal:

> A conduta de adulterar a placa de veículo automotor mediante a colação de fita adesiva é típica, nos termos do art. 311 do CP ('Adulterar ou remarcar número de chassi ou qualquer sinal identificador de veículo automotor, de seu componente ou equipamento: Pena - reclusão de três a seis anos, e multa'). Com base nessa orientação, a 2ª Turma negou provimento a recurso ordinário em *habeas corpus*. O recorrente reiterava alegação de falsidade grosseira, percebida a olho nu, ocorrida apenas na placa traseira, e reafirmava que a adulteração visaria a burlar o rodízio de carros existente na municipalidade, a constituir

> mera irregularidade administrativa. O Colegiado pontuou que o bem jurídico protegido pela norma penal teria sido atingido. Destacou-se que o tipo penal não exigiria elemento subjetivo especial ou alguma intenção específica. Asseverou-se que a conduta do paciente objetivara frustrar a fiscalização, ou seja, os meios legítimos de controle do trânsito. Conclui-se que as placas automotivas seriam consideradas sinais identificadores externos do veículo, também obrigatórios conforme o art. 115 do Código de Trânsito Brasileiro (RHC nº 116.371/DF, 2ª T., Rel. Min. Gilmar Mendes, 13.08.2013, v.u., Informativo 715).

Não há falar, portanto, em crime impossível, pois o apelante consumou o delito de adulteração de sinal identificador de veículo automotor (art. 311 do Código Penal), eis que se trata de crime formal, sem exigência de qualquer resultado naturalístico e tanto é que os policiais, responsáveis pelo flagrante, somente perceberam a prática delituosa após verificações de rotina, ocasião em que puderam constatar a troca da placa original.

A conduta também não é atípica, pois presentes as tipicidades formal e material do delito.

O dolo na conduta, como elemento subjetivo do tipo, também ficou comprovado. Ao que parece, o recorrente não se importou ou não teve o cuidado de verificar a procedência do veículo com o qual da placa se utilizava.

Em razão disto, mantém-se o edito condenatório, proferido em primeiro grau, eis que comprovado que o apelante adulterou a placa de identificação de uma motocicleta, violando, assim, o bem jurídico protegido pela norma, qual seja, a fé pública.

Quanto ao resto, não se percebe qualquer incorreção na dosimetria procedida, sendo as reprimendas aplicadas de forma a atender aos princípios da legalidade, da personalidade, da individualização, da proporcionalidade, da necessidade e da utilidade social.

Tudo considerado, rejeito a preliminar de prescrição e, no mérito, nego provimento ao recurso, mantendo inalterada a bem lançada sentença penal condenatória, prolatada em primeiro grau de jurisdição.

Fixo o valor de R$500,49 (quinhentos e quarenta e nove reais) ao advogado nomeado (f. 100-v.), Maicon Flávio de Andrade (OAB/MG nº 107.028), pela interposição do presente recurso de apelação. Custas conforme estabelecidas em sentença.

É como voto.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES VALÉRIA RODRIGUES QUEIROZ E GUILHERME DE AZEREDO PASSOS.

Súmula - REJEITARAM A PRELIMINAR DE PRESCRIÇÃO E, NO MÉRITO, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Apelação criminal - Tráfico de drogas minorado - Autoria e materialidade comprovada - Depoimentos de policiais - Absolvição - Impossibilidade - Redução das reprimendas, abrandamento do regime e substituição da pena - Possibilidade - Recurso parcialmente provido

- Se a autoria e a materialidade do crime de tráfico de drogas restaram comprovadas pelo firme conjunto probatório - em especial, firmes e coerentes depoimentos dos policiais militares -, não há que se falar em absolvição da ré por insuficiência probatória.

- Evidenciado excesso de rigor na fixação das reprimendas, necessária se faz a sua redução, mesmo porque a utilização da natureza da droga em duas fases da dosimetria configura o vedado *bis in idem*.

- Em consonância com o deliberado pelo STJ quando do julgamento do RESP nº 1.619.265/MG, representativo da controvérsia, na sistemática de julgamento de recursos repetitivos, "para ensejar a aplicação de causa de aumento de pena prevista no art. 40, VI, da Lei nº 11.343/2006 ou a condenação pela prática do crime previsto no art. 244, *b*, da Lei nº 8.069/1990, a qualificação do menor, constante do boletim de ocorrência, deve trazer dados indicativos de consulta a documento hábil - como o número do documento de identidade, do CPF ou de outro registro formal, tal como a certidão de nascimento".

- Restando demonstrado que o réu faz jus ao regime aberto, com fincas no art. 33, § 2º, *c*, e § 3º, do CP, impositivo é o abrandamento do regime carcerário.

- Outrossim, apesar de a Lei de Tóxicos atual ter passado a proibir expressamente a substituição da pena (arts. 33, § 4º e 44), o STF, no julgamento do HC nº 97.256/RS, decidiu serem inconstitucionais alguns dispositivos da aludida lei, dentre os quais os que proíbem expressamente a conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos para condenados por tráfico de drogas, motivo pelo qual devem ser examinados concretamente os requisitos subjetivos necessários para conversão da pena, os quais, *in casu*, indicam ser o benefício socialmente recomendável.

- Recurso parcialmente provido.

V.v. O simples envolvimento de menor, a qualquer pretexto, é motivo para incidência da causa de aumento esculpida no inciso VI do art. 40 da Lei nº 11.343/2006, bastando que o agente pratique ou induza o menor a praticar infração penal, sendo desnecessária a comprovação da efetiva corrupção do adolescente. O documento hábil ao qual a Súmula nº 74/STJ faz referência não se restringe à certidão de nascimento, de modo que a menoridade pode ser comprovada por outros documentos dotados de fé pública, como a identificação realizada pelas polícias Militar e Civil.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0236.17.002459-0/001 - Comarca de Elói Mendes - Apelante: R.L.M. - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Relator: DES. EDUARDO BRUM.

Acórdão

Vistos, etc., acorda, em Turma, a 4ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em DAR PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO, VENCIDO, EM PARTE, O REVISOR.

Belo horizonte, 1º de dezembro de 2021. - *Eduardo Brum* - Relator.

Voto

DES. EDUARDO BRUM - R.L.M., já qualificado nos autos, foi denunciado perante o Juízo da única Vara da Comarca de Elói Mendes como incurso nas disposições do art. 33, c/c art. 40, VI, ambos da Lei nº 11.343/06, porquanto, no dia 7 de julho de 2017, por volta das 20h35min, na Rua XXXXXXX XXXXXXX nº XXX Bairro XXXXX XXXXXX, naquela Comarca, o increpado tinha em depósito e guardava 12 (doze) porções de cocaína, com peso aproximado de 9,95g (nove gramas e noventa e cinco centigramas) e vendeu 1 (uma) porção de cocaína, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Conforme narrado na exordial acusatória de f. D1/D2:

> [...] Na ocasião dos fatos, policiais militares receberam denúncia sobre tráfico de drogas e diligenciaram para apuração, sendo que, ao chegarem no local informado, observaram dois indivíduos, sendo que o denunciado apresentava as características informadas na denúncia. Antes mesmo da abordagem, foi observado que o adolescente M. escondeu um objeto no telhado de uma residência próxima, sendo que, após a abordagem, apurou-se ser 1 (uma) porção de cocaína, que o adolescente informou aos policiais militares ter adquirido do denunciado. Em seguida, os policiais foram até a residência do denunciado e, durante as buscas, foram encontradas 12 (doze) porções de cocaína, acondicionadas em eppendorfs semelhantes àqueles da droga adquirida pelo adolescente, que estavam guardados dentro da caixinha dos correios, a qual somente podia ser acessada pelo interior do imóvel.
>
> Ao submeter o denunciado à busca pessoal, os militares encontraram, ainda, R$204,50 (duzentos e quatro reais e cinquenta centavos) em notas diversas.
>
> A prática do crime visou a atingir adolescente, visto que o denunciado vendeu uma porção de cocaína ao adolescente M.S.V.
>
> A substância foi apreendida, constatando-se, preliminarmente, a sua natureza ilícita, conforme laudo de f. 26 [...].

Concluída a instrução criminal, sobreveio a r. sentença de f. 286/289-v., via da qual o douto Juiz de Direito julgou parcialmente procedente a denúncia, condenando o réu pela prática do delito tipificado no art. 33, § 4º, c/c art. 40, VI, ambos da Lei nº 11.343/06, impondo-lhe as reprimendas de 6 (seis) anos e 27 (vinte e sete) dias de reclusão, em regime inicial fechado, além do pagamento de 606 (seiscentos e seis) dias-multa, esses fixados no mínimo legal, vedados quaisquer benefícios.

Foi concedido ao réu o direito de recorrer em liberdade (f. 289).

Intimações regulares às f. 290, 290-v. e 313.

Irresignada, a combativa defesa interpôs recurso de apelação (f. 291), sendo que, nas posteriores razões de f. 297/310, requereu a absolvição do réu ante a insuficiência probatória. Subsidiariamente, pleiteia a redução das penas-base, a adoção da fração máxima redutora prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, a substituição ou suspensão condicional da pena, mitigação de regime e a detração do tempo em que ficou preso. Por fim, pleiteia o benefício da justiça gratuita.

Contrarrazões ministeriais pelo não provimento do recurso (f. 316/322).

A conspícua Procuradoria-Geral de Justiça, por meio do parecer de f. 331/349, opinou pelo conhecimento e desprovimento do recurso.

Conheço do inconformismo, presentes os pressupostos de admissibilidade.

Adentrando a análise do mérito, anoto que a materialidade do delito está devidamente comprovada pelo APFD de f. 02/07, boletins de ocorrência de f. 11/17 e 19/20, auto de apreensão de f. 23, laudo de constatação preliminar de f. 26 e laudos toxicológicos definitivos de f. 110/111 e 112/113, sem prejuízo da prova oral colhida.

A autoria restou igualmente demonstrada.

O réu, quando ouvido na fase inquisitorial (f. 06), negou a prática delitiva, afirmando que a droga apreendida na caixa de correio de sua residência pertencia ao menor M., que havia pedido para guardá-la em tal local, por um breve intervalo de tempo. Observe-se:

> Que nesta data o declarante estava na companhia de M. quando esse portava drogas e pediu ao declarante para guardá-las na casa dele; que o declarante 'autorizou' e disse que M. poderia colocar a droga na caixa de correios, tendo sido colocada pelo próprio M.; que M. disse que seria rápido; que o declarante não é proprietário da droga; que não trafica; que sabia que havia 12 pinos de cocaína com M., os quais foram colocados na caixa de correio da casa do declarante; que o declarante não trabalha, visto ser aposentado por invalidez; que o declarante conhece M. apenas 'de vista'; que recebe dois salários mínimos como aposentadoria, porém, com o desconto dos empréstimos feitos está recebendo oitocentos reais; que sua esposa não trabalha e não possui filhos (Interrogatório extrajudicial às f. 06).

Em Juízo (mídia de f. 265), o réu mudou a versão dos fatos, passando a afirmar que a droga apreendida na caixa de correio de sua residência pertencia a ele e ao menor M., mas que seriam destinadas ao consumo pessoal e não à mercancia ilícita. Afirmou que guardou as substâncias ilícitas no local em que foram apreendidas e que iria fazer o uso delas posteriormente.

Os policiais militares responsáveis pela prisão em flagrante do réu, em seus depoimentos prestados tanto na fase inquisitorial, quanto em Juízo, deram detalhes de como os fatos ocorreram, afirmando que, após receberem delação anônima no sentido de que um indivíduo, com as características físicas e vestimentas do réu, estaria traficando drogas em determinada região, foram até o local onde o visualizaram com um menor. Aduziram que o menor alegou ter adquirido uma porção de cocaína do réu e que as demais substâncias ilícitas foram encontradas na caixa de correio de sua residência.

Repare-se no depoimento prestado pelo militar condutor do flagrante, na fase inquisitorial e ratificado em Juízo:

> [...] Que ratifica o inteiro teor dos fatos narrados no histórico do REDS, nestes termos: 'após denúncia anônima 190 de que um homem com cútis negra, trajando bermuda preta e blusa cor clara, com fotografias estampadas, estaria traficando drogas na esquina da Rua Rio de Janeiro com Rua XXXXXXX XXXXXXX, de modo que, ao chegar o comprador do entorpecente, o autor deslocava até a sua residência, localizada na Rua XXXXXXX XXXXXXX, nº XXX, para pegar as substâncias e entrega-las ao usuário comprador; a partir da denúncia, as viaturas policiais deslocaram para o citado endereço; ao realizar patrulhamento na Rua XXXXXXX XXXXXXX, próximo ao número 228, foram avistados dois indivíduos, sendo que um deles apresentava as mesmas características da denúncia: cor negra, blusa cinza com estampas fotográficas e bermuda preta, logo, foi realizada abordagem e busca pessoal nos referidos cidadãos; em relação ao indivíduo citado na denúncia, foi localizada a quantia de R$204,50 (duzentos e quatro reais e cinquenta centavos), no bolso da frente da bermuda; já com o outro indivíduo M.S.V., não foi localizado nada de ilícito, porém, antes da abordagem, foi visualizado pelo sd Sulivan, que o último abordado teria colocado algo em cima do telhado, em frente à residência de n.º 228, onde ele foi abordado; ao verificar o referido objeto, foi constatado que era um eppendorf sendo esse de cor amarela e com uma substância de cor branca em seu interior, semelhante à cocaína; ao questionar M., esse assumiu a propriedade da substância e disse ser usuário, além disso, disse que teria adquirido a substância do cidadão que estava junto a ele, Robson Luiz Mateus, sendo esse o indivíduo mencionado na denúncia anônima que gerou esse fato; posteriormente, ao questionar o cidadão Robson sobre o fato de vender tais substâncias, ele negou a versão passada por M.; tendo em vista a denúncia anônima desta data (07/07/2017) e outras em datas pretéritas, sendo uma delas registrada conforme o número 14832530; os militares questionaram ao senhor Robson sobre a possibilidade de fazer uma vistoria em sua residência, sendo que ele disse 'que não teria nenhum problema, uma vez que ele não era traficante', porém, queria nos levar a outro endereço; todavia, essa guarnição sabia que Robson não residia no endereço que estava querendo que fôssemos; ao deslocar em direção à residência correta, deparamos com sua esposa, Lázara Maria Albino; logo explicamos a ela o que estava acontecendo e perguntamos se poderíamos fazer uma vistoria em sua residência, de modo que ela franqueou nossa entrada; dessa

> forma, foi confeccionada uma autorização de próprio punho, tendo ela assinado, a qual seguirá anexa ao REDS; posteriormente, foi solicitada a presença de um jovem, que estava na rua, para acompanhar as buscas, sendo esse Richardson Pereira Gonçalves; após autorização da senhora Lázara, e acompanhados da testemunha, os militares iniciaram a diligência; após várias buscas, o sd. Camini localizou, dentro da caixinha de correios, um pequeno saquinho transparente; ao verificá-lo, observou que, em seu interior, havia 12 unidades de eppendorfs, esses de cor amarela e com uma substância de cor branca em seu interior, com as mesmas características do eppendorf localizado com o cidadão M.; destaca-se, ainda, que os 12 eppendorfs estavam dentro da caixinha de correios e que para ter acesso a eles, somente era possível se estivesse do lado interno da residência [...] (depoimento extrajudicial prestado pelo policial militar Douglas Guadalupe Resende às f. 02/04 e ratificado em Juízo às f. 156).

Em Juízo (mídia de f. 265), o policial militar Sulivan Tuanes Mafra, não só confirmou o histórico da ocorrência, como afirmou que havia delação no sentido de que um indivíduo com as características do réu estava traficando drogas no local da prisão em flagrante. Disse, ainda, que a esposa do réu permitiu a entrada dos militares na residência, mostrando-se consternada com a prática ilícita do marido.

Ora, ressalto ser pacífica a jurisprudência no sentido de que os policiais civis ou militares, mormente os que se encontravam no momento e no lugar do crime, não estão impedidos de depor, pois não podem ser considerados inidôneos ou suspeitos pela simples condição funcional. Os depoimentos dos policiais que atuaram na prisão em flagrante do réu merecem a mesma credibilidade dos testemunhos em geral, somente podendo ser desprezados se demonstrado, de modo concreto, que agiram sob suspeição.

Enquanto isso não ocorra, se não defendem interesse próprio ou escuso, mas, ao contrário, agem em defesa da sociedade, a palavra deles serve como prova suficiente para informar o convencimento do julgador.

E, a meu sentir, inexistem nódoas nos incriminadores relatos dos milicianos, não se vislumbrando qualquer indício de interesse em prejudicar o increpado, merecendo, assim, indiscutível valor como meio de prova.

A propósito, confira-se precedentes dos Tribunais Superiores:

> Esta Suprema Corte firmou o entendimento no sentido de que não há irregularidade no fato de os policiais que participaram das diligências ou da prisão em flagrante serem ouvidos como testemunha (STF, RHC nº 108586, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, 1ª Turma, j. em 09.08.2011, *DJe* de 08.09.2011).
>
> Segundo entendimento desta Corte, o depoimento dos policiais responsáveis pela prisão em flagrante do acusado constitui meio de prova idôneo a embasar o édito condenatório, mormente quando corroborado em Juízo, no âmbito do devido processo legal - HC nº 236.105/SC, Ministro Jorge Mussi, 5ª Turma, *DJe* de 12.06.2014 - (STJ, AgRg no REsp

nº 1505023/RS, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, 6ª Turma, j. em 01.09.2015, *DJe* de 22.09.2015).

Por conseguinte, para fins probatórios, os depoimentos policiais já transcritos não apenas são lícitos, mas, primordialmente, cruciais e norteadores da condenação.

Lado outro, o réu, como visto, apresentou versões contraditórias para os fatos, ora afirmando que a droga nem sequer lhe pertencia, ora dizendo que a droga era sua e do menor M. e que seria destinada ao consumo de ambos, o que demonstra a inverossimilhança de suas alegações.

As testemunhas arroladas pela combativa defesa e ouvidas, em Juízo, às f. 179 e 207, não presenciaram os fatos, limitando-se a afirmar que o réu seria usuário de drogas.

O menor M.S.V., em suas declarações extrajudiciais (f. 21), confirmou a versão apresentada pelo réu naquela ocasião, variante essa que, como visto, foi contrariada pelo próprio recorrente, em Juízo.

A esposa do acusado, por sua vez, quando ouvida na fase policial (f. 57), disse que seu marido é usuário e que acha que ele não é traficante de drogas, mas confirmou ter presenciado os policiais encontrarem a droga na caixa de correio de sua residência.

Dessa forma, em face da certeza absoluta da conduta reprovável e criminosa do réu, a condenação dele pela prática do crime de tráfico de drogas era, e continua sendo, uma imposição de justiça.

Não é o caso, pois, de se reformar, nesse ponto, a r. sentença fustigada, que transpareceu lucidez e fundamentação lógica na solução condenatória do increpado.

Adentrando a análise dosimétrica, verifico que as reprimendas merecem reparos, pelo que passo a reexaminá-las.

Na primeira fase, o douto Juiz *a quo* considerou desfavorável ao réu as circunstâncias do delito, que envolveu droga de maior nocividade, qual seja, cocaína, nos termos do art. 42 da Lei nº 11.343/06. Todavia, a natureza da droga foi, também, utilizada para fundamentar a escolha da fração redutora referente à minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, na terceira fase, não podendo aqui, também, incidir, sob pena de se incorrer no vedado *bis in idem*. Dessa forma, deixo tal circunstância para ser apreciada na terceira fase. Considerando, portanto, que todas as circunstâncias judiciais são favoráveis ao réu, reduzo suas penas-base aos respectivos mínimos legais, ou seja, 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa.

Na segunda fase não foram reconhecidas atenuantes ou agravantes.

Na derradeira etapa, o douto Juiz *a quo* aplicou a minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, em 1/6 (um sexto), justificando a adoção da aludida fração na quantidade e na natureza nociva da substância apreendida. De fato, a natureza da droga apreendida, qual seja, cocaína, é de maior nocividade. Todavia, a quantidade não se mostrou significativa (9,95g). Assim, entendo ser

o caso de fixar a fração redutora de 1/2 (metade), passando as penas a 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão e 250 (duzentos e cinquenta) dias-multa.

Por fim, no tocante à causa de aumento prevista no art. 40, VI, da Lei nº 11.343/06, qual seja, atingir menor com a prática delitiva, entendo que ela não pode prosperar, no presente caso, isso porque, em julgamento realizado em 07.04.2020, a 3ª Seção do augusto STJ consolidou seu entendimento sobre a questão controvertida, ao julgar definitivamente o REsp nº 1.619.265/MG, como representante da controvérsia, na sistemática de recursos repetitivos, fixando a tese no sentido de que

> para ensejar a aplicação de causa de aumento de pena prevista no art. 40, VI, da Lei nº 11.343/2006 ou a condenação pela prática do crime previsto no art. 244, *b*, da Lei nº 8.069/1990, a qualificação do menor, constante do boletim de ocorrência, deve trazer dados indicativos de consulta a documento hábil - como o número do documento de identidade, do CPF ou de outro registro formal, tal como a certidão de nascimento.

Repare-se na ementa do aludido julgado:

> Recurso especial. Julgamento sob o rito dos recursos repetitivos. Tráfico de drogas. Majorante. Envolvimento de criança ou adolescente. Configuração. Documento hábil. Recurso especial provido. - O Código de Processo Penal estabelecia, em seu art. 155 - antes mesmo da edição da Lei nº 11.690/2008 -, que a prova quanto ao estado das pessoas deveria observar as restrições constantes da lei civil. Atualmente, o dispositivo prevê, em seu parágrafo único: "Somente quanto ao estado das pessoas serão observadas as restrições estabelecidas na lei civil". - O Código Civil fixa, em seu art. 9º, a obrigatoriedade de registro, em assentamento público, dos seguintes acontecimentos: I - os nascimentos, casamentos e óbitos; II - a emancipação por outorga dos pais ou por sentença do juiz; III - a interdição por incapacidade absoluta ou relativa; IV - a sentença declaratória de ausência e de morte presumida. - A legislação pátria relativiza a exigência de registro, em assentamento público, para a comprovação de questões atinentes ao estado da pessoa. Exemplificativamente, o art. 3º da Lei nº 6.179/1974 dispõe: "A prova de idade será feita mediante certidão do registro civil ou por outro meio de prova admitido em direito, inclusive assento religioso ou carteira profissional emitida há mais de 10 (dez) anos". - Na mesma linha de raciocínio, a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula nº 74, em 15.04.1993. Confira-se o enunciado: "Para efeitos penais, o reconhecimento da menoridade do réu requer prova por documento hábil". - Em diversas situações - redução do prazo prescricional, aplicação da atenuante do art. 65, I, do Código Penal, comprovação da idade de vítima de crimes contra a dignidade sexual -, a jurisprudência desta Corte Superior considera necessária, para a comprovação da idade, a referência a documento oficial que ateste a data de nascimento do envolvido - acusado ou vítima. Precedentes. - No julgamento dos EREsp nº 1.763.471/DF (Rel. Min.ª Laurita Vaz, 3ª Seção, *DJe* de 26.08.2019), a Terceira Seção desta Corte Superior sinalizou a impossibilidade de que a prova da idade da criança ou adolescente supostamente envolvido em prática criminosa ou vítima do delito de corrupção de menores ser atestada exclusivamente pelo registro de sua data de nascimento, em boletim de ocorrência, sem referência a um documento

> oficial do qual foi extraída tal informação (como certidão de nascimento, CPF, RG, ou outro). - De fato, soa ilógico que, para aplicar medidas favoráveis ao réu ou que visam ao resguardo da dignidade sexual da vítima, por exemplo, se exija comprovação documental e, para agravar a situação do acusado - ou até mesmo para justificar a própria condenação - se flexibilizem os requisitos para a demonstração da idade. - Na espécie, a análise do auto de prisão em flagrante permite verificar que, ao realizar a qualificação do menor, a autoridade policial menciona o número de seu documento de identidade e o órgão expedido, circunstância que evidencia que o registro de sua data de nascimento não foi baseado apenas em sua própria declaração, pois foi corroborado pela consulta em seu RG. Logo, deve ser restabelecida a incidência da majorante em questão. - Recurso provido para restabelecer a incidência da majorante prevista no inciso VI do art. 40 da Lei nº 11.343/2006 e, por conseguinte, readequar a pena imposta ao recorrido, nos termos do voto, assentando-se a seguinte tese: Para ensejar a aplicação de causa de aumento de pena prevista no art. 40, VI, da Lei nº 11.343/2006 ou a condenação pela prática do crime previsto no art. 244, *b*, da Lei nº 8.069/1990, a qualificação do menor, constante do boletim de ocorrência, deve trazer dados indicativos de consulta a documento hábil - como o número do documento de identidade, do CPF ou de outro registro formal, tal como a certidão de nascimento (ProAfR no REsp nº 1619265/MG, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, 3ª Seção, j. em 07.04.2020, *DJe* de 18.05.2020).

Assim, embora conste a qualificação de M.S.V., tanto no boletim de ocorrência (f. 11), como em seu termo de declarações (f. 21), com seu nome completo, filiação, endereço e data de nascimento, não há qualquer menção a número de documento oficial como carteira de identidade, CPF ou certidão de nascimento. Ao contrário, consta do aludido termo que ele não portava documento. Aliás, em consulta ao Cartório do Registro Civil das Pessoas Naturais da Comarca, foi expedida certidão negativa de registro de nascimento com os dados de M.S.V. (f. 108).

Dessa forma, inviável o reconhecimento da majorante prevista no art. 40, VI, da Lei nº 11.343/06, razão pela qual deve ela ser afastada.

Dessarte, ausentes outras causas de diminuição ou de aumento, restam as reprimendas concretizadas em 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão e 250 (duzentos e cinquenta) dias-multa.

Quanto ao regime inicial de cumprimento da pena carcerária, considerando que as circunstâncias judiciais foram sopesadas de maneira totalmente favorável ao réu, e, sobretudo, tendo em vista o quantum de reprimenda carcerária - não superior a 4 (quatro) anos - e a condição de primário e sem antecedentes (CAC de f. 266), abrando o regime prisional inicial para a modalidade aberta, com fincas no art. 33, § 2º, *c*, e § 3º, do CP.

Nesta mesma linha de raciocínio, à vista das favoráveis circunstâncias do art. 59 do CP, do quantum inferior a 04 (quatro) anos de sanção corporal e considerando, ainda, que o Pretório Excelso, no julgamento do HC nº 97.256/RS, decidiu, em 01.09.2010, serem inconstitucionais alguns dispositivos da Lei nº 11.343/06, dentre os quais os que proibiam expressamente a substituição da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos para condenados por tráfico de drogas, concedo

tal benefício ao apelante, substituindo a reprimenda carcerária ora imposta por 02 (duas) penas restritivas de direitos, sendo uma de prestação de serviços à comunidade, na forma do art. 46 do CP, e outra de prestação pecuniária equivalente a 1 (um) salário mínimo vigente à época dos fatos.

As entidades beneficiárias deverão ser escolhidas pelo Juízo da Execução.

Ante tais considerações, dou parcial provimento ao recurso, apenas para reduzir as reprimendas do apelante, mitigar o regime inicial de cumprimento de pena para o aberto e substituir a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, mantendo, no mais, a r. sentença combatida.

Não há necessidade de se expedir alvará de soltura, uma vez que, como visto, foi concedido ao réu o direito de recorrer em liberdade (f. 289).

Custas ex lege (deferida a assistência judiciária gratuita ao recorrente, nos termos do art. 98 do CPC, porque, muito embora possua advogado particular constituído nos autos, não foi demonstrada sua boa condição financeira, devendo prevalecer, portanto a presunção de pobreza, diante do requerimento formulado nas razões recursais).

DES. DOORGAL BORGES DE ANDRADA (REVISOR) - DIVERGÊNCIA PARCIAL - Peço vênia ao em. Des. Relator para apresentar parcial divergência, a fim de manter a incidência da causa de aumento prevista no art. 40, VI da Lei nº 11.343/06, acompanhando, contudo o restante do brilhante voto condutor.

Entendo que o dispositivo legal demonstra de maneira clara que as penas são aumentadas quando o delito ocorre com envolvimento ou visar atingir criança ou adolescente. Vejamos:

> Art. 40. As penas previstas nos arts. 33 a 37 desta Lei são aumentadas de um sexto a dois terços, se: VI - sua prática envolver ou visar a atingir criança ou adolescente ou a quem tenha, por qualquer motivo, diminuída ou suprimida a capacidade de entendimento e determinação.

No caso em tela, pela flagrância e pelos depoimentos judiciais das testemunhas, não pairam dúvidas do envolvimento de pessoa menor de 18 (dezoito) anos na prática delitiva.

Registre-se que o simples envolvimento de menor, a qualquer pretexto, é motivo para incidência da causa de aumento esculpida no inciso VI, do art. 40, da Lei nº 11.343/2006. Nesse sentido, a lição esclarecedora de Guilherme de Souza Nucci:

> [...] De qualquer forma, para a aplicação desta causa de aumento, torna-se fundamental considerar a não configuração do crime de corrupção de menores (art. 1º da Lei nº 2.252/54). Afinal, se esta figura típica estive presente, haverá concurso material com o delito de tráfico ilícito de drogas, em qualquer de suas formas (art. 33 a 37), sem a incidência da causa de diminuição do inciso VI. Entretanto, se a criança ou o adolescente

> já estiver corrompido, deixa de se configurar a infração penal da Lei nº 2.252/54, valendo, então, a aplicação da causa de aumento do inciso VI do art. 40 da Lei nº 11.343/2006. Note-se a previsão feita pela redação do tipo derivado: envolver (trazer o menor para o cenário das drogas, sob qualquer pretexto) ou visar (ter o menor como meta para o uso de drogas) (NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. 4. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 376).

Salvo melhor juízo, é irrelevante que não conste dos autos documento "formal" que comprove a data de nascimento do menor infrator, pois o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, com o qual me posiciono completamente a favor, é no sentido de que a comprovação da menoridade não se restringe à certidão de nascimento ou carteira de identidade, podendo ser comprovada por outros documentos dotados de fé pública, conforme se vê pela transcrição do acórdão a seguir:

> Processo penal. *Habeas corpus* substitutivo de recurso especial. Inadequação da via eleita. Roubo circunstanciado. Corrupção de menores (art. 1º da revogada Lei nº 2.252/54, atual art. 244, *b*, do estatuto da criança e do adolescente). Documento hábil para comprovar a menoridade. Existência. Súmula nº 74/STJ. Ausência de fundamentação idônea para a aplicação do concurso formal impróprio. Desígnios autônomos não demonstrados. Constrangimento ilegal evidenciado. Não conhecimento do *writ*. Concessão da ordem de ofício. - Segundo a novel orientação desta Corte Superior, ratificada pela Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, não se conhece de *habeas corpus* impetrado em substituição ao cabível recurso constitucional. - A inadequação da via eleita, todavia, não desobriga esta Corte Superior de fazer cessar manifesta ilegalidade que resulte no cerceamento do direito de ir e vir do paciente. - O documento hábil ao qual a Súmula nº 74/STJ faz referência não se restringe à certidão de nascimento, como defende a impetração. Outros documentos, dotados de fé pública e, portanto, igualmente hábeis para comprovar a menoridade, também podem atestar a referida situação jurídica, como, por exemplo, a identificação realizada pela polícia civil. - Como de sabença, o concurso formal perfeito caracteriza-se quando o agente pratica duas ou mais infrações penais mediante uma única ação ou omissão; já o concurso formal imperfeito evidencia-se quando a conduta única (ação ou omissão) é dolosa e os delitos concorrentes resultam de desígnios autônomos. Ou seja, a distinção fundamental entre os dois tipos de concurso formal varia de acordo com o elemento subjetivo que animou o agente ao iniciar a sua conduta. - Assim, verificada a ocorrência de concurso formal entre o crime de roubo e de corrupção de menores, as penas referentes aos dois delitos serão aplicadas cumulativamente somente quando demonstrada a existência de desígnios autônomos por parte do agente. Caso contrário, é de ser aplicada a mais grave das penas cabíveis aumentada de 1/6 (um sexto) até 1/2 (metade), por expressa disposição legal (Art. 70, primeira parte, do Código Penal). - Tendo em vista que as instâncias ordinárias não indicaram se os crimes concorrentes resultaram de desígnios autônomos, inviável a aplicação do concurso formal impróprio na hipótese em apreço. - *Writ* não conhecido. Ordem de *habeas corpus* concedida, de ofício, para reconhecer o concurso formal próprio, reduzindo a pena imposta ao paciente (STJ - HC nº 134640/DF. Rel.ª Min.ª Alderita Ramos de Oliveira, Desembargadora Convocada do TJ/PE, 6ª Turma. j. em 06.08.2013. *DJe* de 13.09.2013).

Não se desconhece a Tese firmada pelo STJ nos autos do Recurso Especial nº 1619265/MG, no sentido de que

> Para ensejar a aplicação de causa de aumento de pena prevista no art. 40, VI, da Lei nº 11.343/2006 ou a condenação pela prática do crime previsto no art. 244, *b*, da Lei nº 8.069/1990, a qualificação do menor, constante do boletim de ocorrência, deve trazer dados indicativos de consulta a documento hábil - como o número do documento de identidade, do CPF ou de outro registro formal, tal como a certidão de nascimento.

Todavia, tal decisão não impede o reconhecimento da causa de aumento no caso concreto, tendo em vista que não se trata de decisão com força vinculante.

Verifico que no Boletim de Ocorrência, especificamente à f. 11, consta a data de nascimento do adolescente envolvido (1º.01.2000), de onde se extrai que à época dos fatos M.S.V possuía menos de dezoito anos, sendo que tal documento possui fé pública, e, portanto, pode ser considerado para fins de comprovação da menoridade.

De igual forma, na ocasião de sua oitiva perante a Autoridade Policial (f. 21).

Logo, deve ser mantida a incidência da causa de aumento prevista no art. 40, inciso VI, da Lei nº 11.343/2006.

Por conseguinte, tomo como patamar a pena aplicada pelo em. Relator na terceira fase, qual seja, 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão e 250 (duzentos e cinquenta) dias-multa e exaspero-a a fração mínima, perfazendo-se em 2 (dois) anos e 11 (onze) meses de reclusão e 291 (duzentos e noventa e um) dias-multa.

Ausentes outras causas de oscilação, concretizo a pena nesse patamar.

Mantido o regime inicial aberto, bem como a substituição da pena corporal por restritivas de direitos, nos termos do r. voto condutor.

Pelo exposto, redobrando o pedido de vênia, divirjo parcialmente do em. Des. Relator para dar parcial provimento ao recurso, em menor extensão, a fim de manter a incidência da majorante prevista no art. 40, VI, da Lei nº 11.343/2006 e fixar a pena aplicada ao réu R.L.M. no patamar de 2 (dois) anos e 11 (onze) meses de reclusão e 291 (duzentos e noventa e um) dias-multa, mantidas as demais cominações legais, nos termos do presente voto.

DES. CORRÊA CAMARGO - De acordo com o Relator.

Súmula - DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO, VENCIDO, EM PARTE, O REVISOR

Apelação criminal - Crime de furto qualificado - Absolvição - Inviabilidade - Princípio da insignificância - Absolvição por atipicidade da conduta - Impossibilidade - Comportamento reprovável do agente - Decote das qualificadoras da escalada e rompimento de obstáculo - Incabível - Presença de laudo confirmatório - Concurso de pessoas - Ocorrência - Crime de corrupção de menores - Absolvição - Inviabilidade - Crime formal por criação jurisprudencial - Súmula nº 500 do superior tribunal de justiça - Pena-base no mínimo legal - Impossibilidade - Furto qualificado durante o repouso noturno - Afastamento da causa de aumento - Impertinência - Recurso parcialmente provido - Isenção das custas - Inviabilidade

- A prova oral, judicializada, no sentido de que o acusado foi preso em poder da *res furtiva* saindo do local dos fatos é suficiente para se manter o decreto condenatório. - Incabível o reconhecimento do princípio da insignificância quando comprovada a reprovabilidade do comportamento do agente.

- As qualificadoras devem ser mantidas quando há laudo pericial válido nos autos concluindo pela ocorrência de escalada e rompimento de obstáculo para a prática do delito de furto.

- Não há que se falar em decote da qualificadora do concurso de pessoas quando as declarações do acusado e do menor infrator, na fase inquisitiva, aliada ao depoimento policial em juízo, dão conta da participação do menor no crime de furto.

- A jurisprudência é pacífica no sentido de que "a configuração do crime do art. 244, *b*, do ECA independe da prova da efetiva corrupção do menor, por se tratar de delito formal", conforme dispõe a Súmula nº 500 do STJ.

- Não há que se falar em fixação da pena-base no mínimo legal se os antecedentes do acusado são desfavoráveis a ele.

- Para a configuração da majorante prevista no § 1º do art. 155 do CP, é irrelevante o fato de o imóvel ser habitado ou não (pouco importando, portanto, se residência ou estabelecimento comercial), bem como se o seu proprietário estava, ou não, ali repousando - pois relacionada tão somente a maior possibilidade de êxito na empreitada criminosa cometida durante alta noite/madrugada, horário em que a vigilância da vítima é menos eficiente e seu patrimônio mais vulnerável -, sendo

certo, outrossim, que é aplicável tanto na forma simples como na qualificada do delito de furto (precedentes do STF e STJ). 2. Recurso Parcialmente provido.

- É inviável acolher a pretensão de isenção do pagamento de custas processuais, sendo possível, tão somente, a suspensão da exigibilidade pelo reconhecimento da hipossuficiência financeira por estar assistido pela defensoria pública.

V.v. - Embora compatível com a forma qualificada do delito, a causa especial de aumento de pena prevista no § 1º do art. 155 do Código Penal somente se caracteriza se ocorrido o furto em imóvel habitado.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0701.18.021664-3/003 - Comarca de Uberaba - Apelante: C.M.C. - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Relator: DES. GUILHERME DE AZEREDO PASSOS

Acórdão

Vistos, etc., acorda, em Turma, a 4ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em DAR PARCIAL AO PROVIMENTO DO RECURSO, VENCIDO, PARCIALMENTE, O DESEMBARGADOR RELATOR.

Belo Horizonte, 17 de novembro de 2021. - *Guilherme de Azeredo Passos* - Relator.

Voto

DES. GUILHERME DE AZEREDO PASSOS - Trata-se de apelação criminal, interposta por C.M.C. contra a r. sentença de primeiro grau de f. 257/263, que o condenou pela prática dos crimes previstos no art. 155, § 4º, incisos I, II e IV, do Código Penal e art. 244, *b,* da Lei nº 8.069/90, à pena de 3 (três) anos, 10 (dez) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, no regime inicial aberto, não sendo substituída a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, nem concedido o *sursis* a ele.

Nas razões recursais, a defesa requer a absolvição do réu do crime de furto qualificado por ausência de provas acerca da autoria ou pela atipicidade da conduta, em razão do princípio da insignificância. Subsidiariamente, pugna pelo decote das qualificadoras; redução da pena-base do delito de furto; absolvição do delito de corrupção de menores, por ausência de corrupção; e pela concessão do benefício da justiça gratuita (f. 280/290).

Contrarrazões ministeriais às f. 292/317, manifestando pelo não provimento do recurso e manutenção da sentença.

A d. Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo desprovimento do recurso. (f. 336/340).

É o relatório.

Conheço do recurso porque presentes os requisitos de admissibilidade.

Não foram suscitadas preliminares nem há nulidades a serem reconhecidas de ofício.

Mérito

Narra a denúncia que:

> [...] no dia 9 de novembro de 2018, por volta de 5h42min, no estabelecimento comercial XXXXXXX XXXX XXXXXXXX, na Rua XXXXXXX nº XX Bairro XXXXXXXX nesta cidade e comarca de Uberaba/MG, o denunciado C.M.C., em unidade de desígnios e em concurso de ideação com o menor infrator G.J.L., mediante escalada, destruição e rompimento de obstáculo, subtraíram para si coisas alheias móveis, pertencentes à vítima G.F.C. [...]
>
> Ainda, o denunciado C.M.C. se associou com o menor G.J.L., corrompendo-o e praticando com ele a infração penal objeto desta denúncia.
>
> Relatam os autos que, no dia, horário e local acima mencionados, o denunciado, juntamente com o menor G., escalou o muro da residência vizinha e pelo telhado adentrou no estabelecimento comercial, ocasionando o dano que consta do laudo de f. 58/60.
>
> Ato contínuo, a vizinha da vítima ouviu barulho dentro do estabelecimento de G. e acionou a Polícia Militar que ao chegar no comércio avistou o denunciado em posse da *res furtiva*, juntamente com o menor, sendo que ao notar a presença dos milicianos, ambos tentaram fugir do local, não logrando êxito [...]

Decorrido regularmente o trâmite processual e encerrada a instrução, o d. magistrado de origem julgou procedente a inicial acusatória e condenou o acusado como incurso nos arts. 155, § 4º, incisos I, II e IV, do Código Penal e 244, *b*, da Lei nº 8.069/90.

Irresignada, a defesa busca a aplicação do princípio da insignificância para a absolvição do apelante por atipicidade da conduta ou ausência de provas da autoria. Subsidiariamente, pugna pelo decote das qualificadoras, pela redução da pena-base do delito, pela absolvição do delito de corrupção de menores e pela concessão da gratuidade processual.

Embora não tenha sido objeto de insurgência defensiva, a materialidade está demonstrada pela prova dos autos, a qual foi devidamente apreciada na r. sentença primeva.

Passo assim ao exame das teses da defesa.

Crime de furto qualificado.

Absolvição por insuficiência de prova da autoria.

Razão não assiste à defesa quando pretende a absolvição do réu do crime de furto por insuficiência de prova acerca da autoria e aplicação do *in dubio pro reo*.

Na fase inquisitiva, f. 09, o acusado confessou a prática do delito imputado na denúncia e, não obstante ter permanecido em silêncio em juízo, tal imputação restou satisfatoriamente comprovada pela prova oral colhida sob o crivo do contraditório aliada à apreensão da *res furtiva* em seu poder.

A vítima G.F.C., mídia f. 115, reconheceu os materiais apreendidos com o acusado como sendo os furtados de seu comércio.

O policial militar L.H.P., na audiência em juízo, apontou o acusado como sendo o "rapaz" que abordou no dia dos fatos. Disse, também, que o viu saindo do bar furtado, junto ao menor, e que esses, ao avistarem a viatura policial, tentaram fugir, mas os policiais lograram êxito em prender e apreender os objetos furtados na posse de C. Acrescentou, por fim, que os objetos apreendidos com o acusado foram reconhecidos pela vítima como sendo de seu comércio (mídia f. 115).

Como se vê, o contexto probatório é suficiente para comprovar a participação do acusado, não havendo dúvida de que os objetos apreendidos com o mesmo pertenciam ao armazém da vítima e que foi um dos que ele subtraiu, sendo incabível a sua absolvição por ausência de provas ou pela aplicação do princípio *in dubio pro reo*.

Princípio da insignificância.

De igual forma, não há como reconhecer a atipicidade da conduta no caso em epígrafe. O princípio da insignificância tem de ser analisado em conexão com os postulados da fragmentariedade e caráter subsidiário do direito penal que, por consequência, reclama a intervenção mínima do Estado, visando excluir ou afastar a própria tipicidade penal, examinada na perspectiva de seu caráter material.

Para que seja considerada insignificante e, por consequência, atípica, necessária a mínima ofensividade da conduta do agente, nenhuma periculosidade social da ação, reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão jurídica provocada.

Conforme se verifica na CAC acostada às f. 223/226, o apelante possui maus antecedentes na prática de crime de furto qualificado, além de ostentar mais duas condenações também por furto qualificado, ainda não transitadas em julgado.

Ressalte-se, ainda, que praticou o furto qualificado ora em questão em concurso com um menor de idade e mediante escalada e rompimento de obstáculo. A vítima, por sua vez, informou que teve um prejuízo de mais de R$2.000,00 (dois mil reais) com a ação (f. 06 e mídia de f. 115).

Dessa forma, a situação do caso concreto demonstra o grau de reprovabilidade de seu comportamento, impedindo, portanto, a aplicação do Princípio da Insignificância e, por conseguinte, da absolvição por atipicidade da conduta.

Decote das qualificadoras em razão da nulidade do laudo.

Pretende a defesa a nulidade do laudo pericial de f. 58/60, ao fundamento que o Perito foi parcial ao emitir sua opinião a respeito do réu.

É certo que o ilustre Perito Criminal não laborou com o esperado profissionalismo ao fazer constar em sua conclusão dados sobre o acusado, abrangendo seara diversa para a qual foi designado. Entretanto, tal fato, por si só, não é capaz de macular a conclusão da perícia sobre o rompimento de obstáculo e escalada no imóvel, mesmo porque o referido laudo foi ilustrado com fotografias do local que deixaram claro a destruição do forro do teto do estabelecimento a fim de nele poder adentrar e a altura da parede escalada.

Assim, não há que se falar em nulidade do laudo, devendo ser mantidas as qualificadoras de escalada e rompimento de obstáculos.

Decote da qualificadora do concurso de pessoas.

Melhor sorte não socorre a defesa quando pugna pelo decote da qualificadora do concurso de pessoas, pois como acima transcrito, a confissão do acusado e do menor na fase inquisitiva foram corroboradas pelo depoimento do policial militar L.H.P., em juízo, que disse que viu o mesmo saindo do bar furtado, junto ao menor, e que estes, ao avistarem a viatura policial, tentaram fugir, mas os policiais lograram êxito em prender e apreender os dois (mídia f. 115).

Dosimetria da pena do crime de furto qualificado.

Por outro lado, quanto à dosimetria, verifica-se que merece pequeno ajuste.

O MM. Juiz sentenciante considerou desfavoráveis ao acusado os antecedentes, conduta social e personalidade, fixando a pena-base em 3 (três) anos de reclusão e 12 (doze) dias-multas.

De fato os antecedentes são desfavoráveis, conforme se verifica da CAC de f. 223/226. No entanto, não há elementos bastantes nos autos para aferir a conduta social e personalidade do agente, de modo que não podem ser valoradas negativamente.

Assim, considerando a existência de apenas uma circunstância judicial negativa, fixo a pena-base em 2 (dois) anos e 4 (quatro) meses de reclusão e 11 (onze) dias-multa. Na segunda fase, reconhecida atenuante da confissão espontânea, reduzo-a para o mínimo legal.

No tocante à causa de aumento do repouso noturno, afasto-a em razão de o delito ter ocorrido em local não habitado.

É que o aumento da pena pelo repouso noturno tem a sua razão de existir não somente em uma menor vigilância da vítima sobre os seus bens, mas também no fato de ser o momento de descanso de quem habita determinado lugar.

Assim sendo, é imperativo que o furto tenha se dado em casa e habitada, não bastando o simples horário do crime ou a ausência de vigilância da vítima.

Assim, fica a pena concretizada para o furto qualificado em 2 (dois) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa.

Corrupção de menores

Absolvição

Quanto ao delito de corrupção de menores, a prova dos autos é farta no sentido da prática do crime em concurso com o adolescente, que era menor de 18 anos à época dos fatos (f. 07).

Pretende a defesa a absolvição ao fundamento de que não restou configurado que o acusado tenha corrompido o adolescente, considerando ser este crime material.

Ressalvo meu entendimento, mas curvo-me à jurisprudência, pacífica no sentido de que o crime previsto no art. 244, *b*, do ECA é formal, sendo prescindível a comprovação da efetiva corrupção.

A questão já foi, inclusive, sumulada pelo Superior Tribunal e Justiça: *"A configuração do crime do art. 244, b, do ECA independe da prova da efetiva corrupção do menor, por se tratar de delito formal"* (Súmula nº 500, 3ª Seção, j. em 23.10.2013, *DJe* de 28.10.2013).

A questão é pacífica, também, neste tribunal. Por todos, cito:

> Apelação criminal. Roubo majorado tentado. Absolvição. Impossibilidade. Autoria e materialidade comprovadas. Palavra da vítima firme e coerente. Corrupção de menores. Absolvição. Descabimento. Observância do entendimento adotado nos tribunais superiores. Crime formal. Súmula nº 500 do STJ. Recurso desprovido. - Impõe-se a condenação porquanto comprovadas se encontram a autoria e a materialidade do delito de roubo majorado, encontrando-se a palavra da vítima firme e coerente. - Mantém-se a condenação do apelante também nas sanções do art. 244, *b,* do ECA, eis que comprovada a autoria e a materialidade, observando-se ainda entendimento adotado nos Tribunais Superiores, sendo o delito formal Súmula nº 500 do STJ. - Recurso desprovido (TJMG - Apelação Criminal nº 1.0352.20.000359-3/001, Rel. Des. Pedro Vergara, 5ª Câmara Criminal, j. em 06.04.2021, p. em 14.04.2021).

Assim sendo, deve ser mantida a condenação do apelante no crime de corrupção de menores.

A pena do crime de corrupção de menores não merece reparo, eis que fixada no mínimo legal.

Concurso de crimes

Considerando que o apelante, mediante a mesma ação, praticou o crime de furto qualificado e corrupção de menores, reconheço o concurso formal de crimes, então elevo em 1/6 a maior das penas (dois anos de reclusão), tornando definitiva a sanção em 2 anos e 4 meses de reclusão e 12 dias-multa. O regime permanece o aberto.

A substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos não é suficientemente recomendável, diante da CAC de f. 223/226, que demonstra possuir o apelante maus antecedentes (art. 44, III, do CP). Inviável a concessão do *sursis* ao apelante, visto que não preenchidos os requisitos do art. 77 do Código Penal.

Custas.

Indefiro o pedido de isenção do pagamento das custas processuais, haja vista o entendimento firmado pelo Órgão Especial deste e. Tribunal, no julgamento da Arguição de Inconstitucionalidade nº 1.0647.08.088304-2/002.

Deve ser mantida como na sentença, portanto, a suspensão da exigibilidade das custas, nos termos do § 3º do art. 98 da Lei nº 13.105/2015, aplicados subsidiariamente por força do art. 3º do CPP.

Conclusão.

Em face do exposto, dou parcial provimento ao recurso para reduzir a pena do apelante para 2 (dois) anos e 4 (quatro) meses de reclusão e 12 (doze) dias-multa, no valor unitário mínimo legal, mantendo incólume os demais termos da r. sentença, inclusive a suspensão do pagamento das custas do processo.

DES. EDUARDO BRUM (REVISOR) - Peço respeitosa vênia para divergir parcialmente do eminente Desembargador Relator unicamente no ponto em que afasta a majorante do repouso noturno. A uma, porque a tese de incompatibilidade da majorante prevista no § 1º do art. 155, do Código Penal (furto praticado durante o repouso noturno) com as qualificadoras previstas no § 4º do mesmo dispositivo, já há algum tempo não encontra mais ressonância nos Tribunais Superiores. Observe-se:

> *Habeas corpus*. Penal. Tentativa de furto qualificado pelo rompimento de obstáculo (CP, art. 155, § 4º, I, c/c o art. 14, II). Condenação. Incidência da majorante do repouso noturno (CP, art. 155, § 1º) nas formas qualificadas do crime de furto (CP, art. 155, § 4º). Admissibilidade. Inexistência de vedação legal e de contradição lógica que possa obstar a convivência harmônica dos dois institutos quando perfeitamente compatíveis com a situação fática. Entendimento doutrinário e jurisprudencial. Ordem denegada. - Não convence a tese de que a majorante do repouso noturno seria incompatível com a forma qualificada do furto, a considerar, para tanto, que sua inserção pelo legislador antes das qualificadoras (critério topográfico) teria sido feita com intenção de não submetê-la às modalidades qualificadas do tipo penal incriminador. - Se assim fosse, também estaria obstado, pela concepção topográfica do Código Penal, o reconhecimento do instituto do privilégio (CP, art. 155, § 2º) no furto qualificado (CP, art. 155, § 4º) -, como se sabe, o Supremo Tribunal Federal já reconheceu a compatibilidade desses dois institutos. - Inexistindo vedação legal e contradição lógica, nada obsta a convivência harmônica entre a causa de aumento de pena do repouso noturno (CP, art. 155, § 1º) e as qualificadoras do furto (CP, art. 155, § 4º) quando perfeitamente compatíveis com a situação fática. - Ordem denegada (STF - HC nº 130952/MG, Rel. Min. Dias Toffoli, 2ª Turma, j. em 13.12.2016, *DJe* de 20.02.2017).
>
> Penal. *Habeas corpus* substituto de recurso próprio. Furto qualificado tentado. Pretensão desclassificatória para figura típica básica. Impossibilidade. Compatibilidade do delito qualificado com a causa de aumento de pena referente ao repouso noturno. Regime inicial fechado. Elementos concretos a justificar a medida. *Habeas corpus* não conhecido. [...] III - Pedido de exclusão da causa de aumento referente ao repouso noturno. O entendimento

> consagrado neste eg. Superior Tribunal de Justiça é de que não há incompatibilidade entre o furto qualificado e a causa de aumento relativa ao seu cometimento no período noturno. A jurisprudência deste eg. Tribunal Superior é firme no sentido de que as normas que estabelecem as qualificadoras do furto e a causa de aumento do repouso noturno são harmonizáveis, haja vista que o legislador tanto nas qualificadoras objetivas (§ 4º do art. 155 do Código Penal) como na referida causa de aumento apreciou e revalorou o desvalor da ação do agente, e não fez uma análise sob a ótica do desvalor do resultado. Impende registrar que a causa de aumento de pena em comento, assim como as demais majorantes previstas no Código Penal e na legislação esparsa, nada mais são do que circunstâncias especiais erigidas pelo legislador infraconstitucional como de maior gravidade. Nesse contexto, a inserção na derradeira etapa da dosimetria apenas serve para cristalizar a maior reprovação da conduta, tendo em mente a existência de um procedimento sancionatório lógico, gradativo e escalonado. Precedentes: STJ e STF. [...] (STJ - HC nº 509.594/SP, Rel. Min. Felix Fischer, 5ª Turma, j. em 06.06.2019, *DJe* de 11.06.2019).
>
> Penal e processual penal. Recurso especial. Agravo em recurso especial. Crimes de furto qualificado praticado durante repouso noturno, associação criminosa e explosão. Furto qualificado. Compatibilidade entre a qualificadora e a majorante prevista no § 1º do art. 155 do CP. [...] - A causa de aumento prevista no § 1° 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 (HC nº 306.450/SP, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, 6ª Turma, j. em 04.12.2014, *DJe* de 17.12.2014) [...] (STJ - REsp nº 1647539/SP, Rel. Min. Nefi Cordeiro, 6ª Turma, j. em 21.11.2017, *DJe* de 01.12.2017).
>
> *Habeas corpus* substitutivo de recurso próprio. Inadequação. Furto qualificado praticado durante o repouso noturno. Dosimetria. [...] Compatibilidade entre a forma qualificada do crime de furto e a causa de aumento do § 1º do art. 155, do cp. *Writ* não conhecido. [...] 5. Conforme o entendimento consolidado no REsp nº 1.193.194/MG, submetido ao rito dos recursos repetitivos, o privilégio do art. 155, § 2º, do Código Penal é compatível com as qualificadoras objetivas do crime de furto. Por consectário, a jurisprudência desta Corte, seguindo tal linha de raciocínio, passou a entender ser o aumento relativo ao furto noturno compatível com a figura do furto qualificado. Precedentes [...] (STJ, HC nº 391.007/SC, Rel. Min. Ribeiro Dantas, 5ª Turma, j. em 22.08.2017, *DJe* de 30.08.2017).

E, a duas, apesar de já ter sustentado, tal qual o eminente Relator, que tal causa de aumento somente restaria caracterizada quando o furto fosse cometido no interior de residência habitada (ou mesmo em dependências desta) e houvesse, efetivamente, moradores lá repousando, é certo que tal compreensão também não encontrou ressonância na jurisprudência do augusto STJ, que vem decidindo, reiteradamente, ser irrelevante, para sua configuração, o fato de o furto ter ocorrido no interior de um imóvel ou em via pública, de o imóvel ser habitado ou não (pouco importando, portanto, se residência ou estabelecimento comercial), bem como se o seu proprietário estava, ou não, ali repousando.

Nesse sentido:

> Penal. Agravo regimental nos embargos de declaração no recurso especial. Furto. Aplicação da causa de aumento de pena. Crime praticado durante o repouso noturno. Súmulas nº 7/STJ e 284/STF. Não incidência. Agravo desprovido. - "Para a configuração da circunstância majorante do § 1º do art. 155 do Código Penal, basta que a conduta delitiva tenha sido praticada durante o repouso noturno, dada a maior precariedade da vigilância e a defesa do patrimônio durante tal período, e, por consectário, a maior probabilidade de êxito na empreitada criminosa, sendo irrelevante o fato das vítimas não estarem dormindo no momento do crime, ou, ainda, que tenha ocorrido em estabelecimento comercial ou em via pública, dado que a lei não faz referência ao local do crime" (AgRg no AREsp nº 1.234.013/PR, Rel. Min. Ribeiro Dantas, 5ª Turma, j. em 23.08.2018, *DJe* de 03.09.2018). - A análise acerca da incidência da majorante do repouso noturno, na hipótese, não atrai incursão no acervo probatório dos autos, uma vez que a situação fática a ser examinada está delineada no acórdão recorrido. Do mesmo modo, não há que se falar na incidência do óbice previsto na Súmula nº 284/STF, tendo em vista que as razões do apelo nobre permitem a exata compreensão da controvérsia. - Agravo regimental desprovido (AgRg nos EDcl no REsp nº 1849490/MS, Rel. Min. Antônio Saldanha Palheiro, 6ª Turma, j. em 15.09.2020, *DJe* de 22.09.2020).
>
> Agravo regimental nos embargos de declaração no recurso especial. Penal e processual penal. Prescrição. Pena de multa. Cumulatividade. Aplicação do art. 114, II, Código Penal - CP. Inocorrência. Furto. Repouso noturno. Aumento de pena. Maior vulnerabilidade. Prática em via pública. Irrelevância. Aditamento da denúncia. Tese não debatida na instância primeva. Óbice das Súmulas nº 282 e nº 356 do supremo tribunal federal - STF. Agravo desprovido. - Se ocorre a cumulatividade da pena de multa, aplica-se, para fins de cálculos prescricionais, a hipótese prevista no inciso II do art. 114, do Código Penal. Prescrição não configurada - Para a incidência da causa especial de aumento de pena prevista no § 1º do art. 155 do Código Penal, é suficiente que a infração ocorra durante o repouso noturno, período de maior vulnerabilidade para as residências, lojas e veículos, de modo que, igualmente, é irrelevante o fato de se tratar de crime cometido em via pública. Precedentes. - A tese referente ao aditamento da denúncia não foi debatida de forma específica na origem e não houve a oportuna provocação do exame da quaestio por meio de embargos de declaração, sendo patente a falta de prequestionamento, atraindo o óbice das Súmulas nº 282 e nº 356/STF. - Agravo regimental desprovido (AgRg nos EDcl no REsp nº 1793735/SP, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, 5ª Turma, j.em 28.05.2019, *DJe* de 04.06.2019).

Portanto, sob qualquer ângulo que se enfrente a questão, a incidência da causa de aumento é imperativa.

Sendo assim, adentrando a dosimetria do crime patrimonial e acompanhando os cálculos promovidos pelo em. Des. Relator na primeira (pena-base fixada em 2 - dois -anos e 4 - quatro - meses de reclusão e 11 - onze - dias-multa, por força dos maus antecedentes) e segunda fases dosimétricas (pena intermediária retornando ao mínimo de 2 - dois - anos de reclusão e 10 - dez - dias-multa, tendo em vista o reconhecimento da atenuante da confissão espontânea), faço incidir, na terceira etapa, a fração de 1/3 (um terço) por força do delito praticado durante o repouso noturno (art. 155,

§ 1º do CP) e fixo a pena definitiva de C. no furto em 2 (dois) anos e 8 (oito) meses de reclusão e 13 (treze) dias-multa.

A pena do crime menorista, fixada em seu mínimo legal de 1 (um) ano de reclusão, fica integralmente prestigiada.

Com o concurso formal de crimes, faço incidir sobre a maior das penas (2 - dois - anos e 8 - oito - meses de reclusão e 13 - treze - dias-multa) a fração de 1/6 (um sexto) e consolido a condenação do apelante em 3 - três - anos, 1 (um) mês e 10 (dez) dias de reclusão e 13 (treze) dias-multa.

A fração unitária mínima do dia-multa, o regime inicial aberto e a vedação aos benefícios descarcerizadores, bem como as demais disposições contidas na r. sentença e no v. voto do em. Des. Relator, restam prestigiados.

Diante do exposto, renovando a vênia, divirjo parcialmente do em. Desembargador Relator para dar parcial provimento ao recurso de apelação defensivo, porém em menor extensão.

DES. DOORGAL BORGES DE ANDRADA - Peço vênia ao em. Des. Relator, a fim de acompanhar a parcial divergência instaurada pelo em. Des. Revisor.

Súmula - DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO, VENCIDO, PARCIALMENTE, O DESEMBARGADOR RELATOR.

Apelação criminal - Embriaguez ao volante - Condenação mantida - Desacato - Absolvição - Dúvida quanto ao dolo - Caracterização da perturbação mental - Redução do período de suspensão da CNH - Proporcionalidade - Redução do valor da prestação pecuniária - Ausência de motivação concreta para a exasperação

- A prova oral colhida - que reforça o que foi declarado pelo réu em seu interrogatório - autoriza a conclusão sobre a presença de dúvida razoável e idônea acerca do dolo quanto ao desacato. A enunciação de palavras ofensivas e bravata no momento de exaltação e/ou perturbação mental (descontrole emocional) não serve à caracterização do elemento subjetivo do tipo penal em apreço. É correto concluir que há no mínimo dúvida sobre a intenção do apelante, naquele momento, de menosprezar o poder estatal e/ou atingir o prestígio do servidor público. Absolvição decretada quanto ao crime de desacato. Deve ser observado o mínimo período previsto no art. 293, CTB, qual seja, dois meses, porque a sanção deve ser fixada seguindo os parâmetros utilizados na fixação da pena privativa de liberdade, observado o princípio da proporcionalidade. A redução do valor da prestação pecuniária para o mínimo legal é necessária diante da ausência de qualquer motivação para a exasperação promovida na sentença.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0208.16.000067-4/001 - Comarca de Cruzília - Apelante: T.M.B. - 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, em DAR PARCIAL PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 30 de novembro de 2021. - *Alexandre Victor de Carvalho* - Relator.

Voto

DES. ALEXANDRE VICTOR DE CARVALHO - Cuida-se de apelação, interposta por T.M.B., qualificado na denúncia, contra a sentença oriunda do Juízo da Comarca de Cruzília, que o condenou pela prática dos crimes dos arts. 306 do CTB e 331 do CP às penas de doze meses de detenção, regime aberto, e seis meses de suspensão da CNH. A pena privativa de liberdade foi substituída por prestação pecuniária no valor de 6 (três) - erro constante da sentença - salários mínimos (o equívoco consta da sentença, f. 98). Foi fixada pena de dez dias-multa.

O recurso foi recebido pelo Juízo *a quo*.

Alega a defesa que não existem "provas robustas, sadias e convincentes para a emissão de um duplo veredicto adverso".

Subsidiariamente, se mantida a condenação pelo art. 306, CTB, requer o afastamento da suspensão do seu direito de dirigir.

O Ministério Público pleiteia, em suas contrarrazões, a manutenção da sentença e opina, em seu parecer como custos juris, pelo conhecimento e parcial provimento do recurso para que seja redimensionado o prazo de suspensão da habilitação ou do direito de dirigir veículo automotor.

É o relatório.

Conhecimento.

Conheço do recurso, face ao seu ajuste.

Mérito.

Está descrito na denúncia ofertada pelo Ministério Público que:

> Segundo apurado, os policiais militares M.A.A. e R.F.A.S., durante uma *blitz*, deram ordem de parada ao indiciado, que, por sua vez, não obedeceu, ingressando em uma rua pela sua contramão direcional, mas acabou sendo alcançado e abordado no local supramencionado, onde os diligentes milicianos, notando que ele apresentava notórios sinais de embriaguez alcoólica, tais como forte odor de álcool no hálito, olhos avermelhados, fala desconexa e andar cambaleante, conduziram-no até o hospital local, sendo clinicamente confirmada a embriaguez. Consta, ademais, que, no hospital, ao receber voz de prisão em flagrante dos milicianos, o indicado, que se recusou a realizar o teste de etilômetro, desacatou o policial militar R.F.A.S. no exercício da função, jurando-o de morte.

Foi o ora apelante denunciado pela embriaguez ao volante e pelo desacato.

Em juízo, a prova oral colhida - que reforça o que foi declarado pelo réu em seu interrogatório - autoriza a conclusão sobre a presença de dúvida razoável e idônea acerca do dolo quanto ao desacato.

> que, confirma o depoimento prestado em sede policial de f. 03, sendo sua uma das assinaturas nele aposta, que, o réu estava com sinais claros de descontrole, pelo que o depoente acha que ele estava alcoolizado ou tinha feito uso de algo mais; que o réu estava muito alterado, motivo pelo qual os sintomas por ele apresentados não aparentavam ser só em razão do consumo de álcool, mas talvez também por consumo de drogas; que, o depoente presenciou o réu xingando os policiais e na Delegacia de Polícia réu disse que iria pegar o policial A.; que conhece o réu e pode afirmar que ele é uma pessoa trabalhadora e de família boa, razão pela qual o depoente ficou surpreso quando viu o réu naquele estado, pois não tinha conhecimento do seu envolvimento com álcool ou drogas. Que, o réu estava dirigindo o veículo parado pela polícia (f. 80. M.A.C.M., testemunha arrolada na denúncia, devidamente compromissada).
> que, confirma as declarações prestadas quando do APFD de f. 05 sendo sua uma das assinaturas nele aposta, lido na íntegra nesta audiência; que, o réu estava visivelmente

> embriagado, sem dúvida nenhuma. Que, o réu ainda ameaçou o depoente de morte, dentro da delegacia. Que, no local onde o réu estava conduzindo o seu veículo havia movimento de carros e de transeuntes, pois se trata da via principal de Cruzília. Que, não se recorda quais os termos usados, mas o réu xingou os policiais com palavras de baixo calão. Que, os policiais no dia dos fatos estavam fardados. Que, o depoente conhecia acusado de vista, mas não de outras ocorrências policiais. Que, viu o acusado outras vezes depois dos fatos, mas não foi desrespeitado novamente (f. 81. R.F.A.S., policial militar).

O réu, em seu interrogatório judicial, declarou:

> que, os fatos são verdadeiros, sendo que na época estava fazendo tratamento para o alcoolismo, tomando remédio para isso, e por estar aborrecido por ter sido demitido da escola em que trabalhava em Pouso Alegre/MG, acabou consumindo bebida alcoólica na festa de formatura de seus alunos em Cruzília/MG, misturando a bebida com o remédio. Que, diante disso acabou passando mal, saiu da festa e foi para a casa. Que, em casa, continuou a passar mal, motivo pelo qual resolveu pegar o carro e ir para o hospital, sendo abordado pela polícia no trajeto; que, no momento da abordagem policial o depoente não estava em sã consciência e não se lembra do momento da abordagem policial e nem do momento em que levaram para o hospital; que, já chegou a ser internado para tratamento de alcoolismo, por 2 (dois) meses em São Paulo/SP; que, na data dos fatos, o depoente já não bebia há um e meio; que, ao sair do hospital foi agredido pelos policiais no trajeto para São Lourenço/MG (f. 84).

Em relação à embriaguez a prova é suficiente pelo que a condenação deve ser mantida.

Já em relação ao desacato, a presença do dolo não ficou devidamente demonstrada. Ao contrário, a prova oral autoriza concluir, repito, pela presença de dúvida razoável.

A enunciação de palavras ofensivas e bravata no momento de exaltação e/ou perturbação mental (descontrole emocional) não serve à caracterização do elemento subjetivo do tipo penal em apreço. É correto concluir que, neste caso concreto, há no mínimo dúvida sobre a intenção do apelante, naquele momento, de menosprezar o poder estatal e/ou atingir o prestígio do servidor público.

Mantenho a pena mínima para o delito de embriaguez ao volante, qual seja, seis meses de detenção, regime aberto, e dez dias-multa, à razão mínima.

A "suspensão da CNH" deve ser mantida porque é pena prevista no preceito secundário da norma incriminadora. A cumulação das sanções é prevista em lei, não podendo ser afastada pelo julgador.

Deve ser observado, no entanto, o mínimo período previsto no art. 293, CTB, qual seja, dois meses, isso porque, como destacado no parecer ministerial, a sanção deve ser fixada seguindo os parâmetros utilizados na fixação da pena privativa de liberdade, observado o princípio da proporcionalidade (f. 152).

O valor do dia-multa só pode ser aquele mínimo previsto em lei (não indicado na sentença): 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo.

A substituição da pena privativa de liberdade (seis meses de detenção) é cabível, nos termos do art. 44, CP. Observando a regra do parágrafo segundo do referido artigo, promovo a substituição da detenção por uma pena restritiva de direitos, a saber, prestação pecuniária no valor de um salário mínimo. Não há fundamentação na sentença para a fixação do valor de 6 (três) - erro constante da sentença, f. 98. A redução para o mínimo legal é necessária diante da ausência de qualquer motivação para a exasperação.

Não há que se falar em substituição da pena de detenção por multa, nesta condenação pelo crime do art. 306, CTB, em atenção à orientação contida na Súmula nº 171 do STJ: "Cominadas cumulativamente, em lei especial, penas privativa de liberdade e pecuniária, é defeso a substituição da prisão por multa".

Conclusão.

Com essas considerações, dou parcial provimento ao recurso da defesa para absolver o apelante em relação ao crime de desacato, mantendo a condenação pelo crime de embriaguez ao volante e reduzindo o período de suspensão da CNH e o valor da prestação pecuniária.

Custas como na sentença - f. 99. Oficie-se.

DES. PEDRO COELHO VERGARA - De acordo com o Relator Des. Eduardo Machado.

MANIFESTAÇÃO DO DESEMBARGADOR 2º VOGAL - Coloco-me de acordo com o voto proferido pelo e. Desembargador Relator, em todos os seus termos, pedindo-lhe vênia, no entanto, para apresentar a seguinte ressalva.

Muito embora comungue do entendimento de que para a configuração do crime de embriaguez ao volante não apenas a prova de que o motorista dirigia alcoolizado, mas, também, da situação de risco contra o bem juridicamente protegido, é possível verificar que, no presente caso, a prova oral colhida é uníssona em demonstrar que, além do apelante desobedeceu ordem de parada dos policiais que realizavam uma *blitz*, ingressando em uma rua pela sua contramão direcional, mas acabou sendo alcançado e abordado. Além disso, notou-se que o réu apresentava notórios sinais de embriaguez alcoólica, tais como forte odor de álcool no hálito, olhos avermelhados, fala desconexa e andar cambaleante, sendo conduzido até o hospital local, sendo clinicamente confirmada a embriaguez.

Nesse contexto, considerando que restou esclarecida e comprovada nos autos a dinâmica do ocorrido no dia dos fatos, ocorrendo efetiva exposição à incolumidade pública, encontrando-se presente a elementar do tipo, a manutenção da condenação do réu pelo delito de embriaguez ao volante é medida que se impõe.

Feitas essas considerações, acompanho o voto condutor e, da mesma forma, dou parcial provimento ao recurso.

É como voto.

Súmula - Deram Parcial Provimento.

Apelação criminal - Lavagem de dinheiro - Inexistência de delito anterior - Atipicidade configurada - Recurso provido

- Somente configura o crime de lavagem de dinheiro quando há indícios da prática de uma conduta ilícita anterior, da qual são provenientes os bens, direitos ou valores ocultados pelos acusados.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0637.16.001928-6/001 - Comarca de São Lourenço - Apelantes: A.S.T., M.H.S. - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Relator: DES. JÚLIO CÉSAR LORENS

Acórdão

Vistos, etc., acorda, em Turma, a 5ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em, à unanimidade, DAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 30 de novembro de 2021. - *Júlio César Lorens* - Relator.

Voto

DES. JÚLIO CÉSAR LORENS - Perante o Juízo de Direito da Comarca de São Lourenço/MG, o Ministério Público do Estado de Minas Gerais ofereceu denúncia em face de A.S.T. e M.H.S., imputando-lhes a suposta prática do crime descrito no art. 1º, § 1º, incisos I e II, da Lei nº 9.613/98.

Noticia a inicial acusatória que, na data de 23 de abril de 2014, constatou-se que os denunciados tinham dissimulado a origem de valores em espécie, provenientes diretamente dos delitos de associação para o tráfico e tráfico de drogas.

Relata que foi deflagrado, por meio de interceptações telefônicas, um forte esquema de distribuição de drogas na cidade de São Lourenço e região, inclusive no interior de estabelecimentos prisionais, comandado pelos denunciados, que contavam com a participação ao menos de outros dez indivíduos, todos já denunciados pelos delitos de associação para o tráfico e tráfico de drogas.

Narra que, desde que o denunciado M. passou a cumprir pena pelas condenações por tráfico, a denunciada A., que possui um relacionamento estável com ele e um filho em comum, assumiu a execução dos negócios ilícitos de seu companheiro, ficando responsável por comandar a distribuição de drogas e administrar todo o dinheiro auferido com a mercancia ilícita.

Informa a exordial que tal fato restou devidamente apurado quando a denunciada A. foi flagrada, na data de 28 de maio de 2015, deixando a cidade de Itajubá/MG, com destino a São Lourenço/MG,

transportando cerca de 498,23g (quatrocentos e noventa e oito gramas e vinte e três centigramas) de maconha, 503,98g (quinhentos e três gramas e noventa e oito centigramas) de crack e 101,13g (cento e um gramas e treze centigramas) de cocaína, no veículo GM Monza Classic SE, conduzido por L.A.V., vulgo "P.".

Além disso, foram interceptadas várias conversas telefônicas entre os denunciados, dentre elas, uma ligação realizada no dia 18 de maio de 2015, às 12h21min, em que os denunciados conversaram acerca de dois comparsas identificados como R. e N., que estariam vendendo drogas no Bairro XXXX XXXX, as quais não foram adquiridas do casal. Discutiram também sobre a quantidade de droga que poderiam deixar com a dupla para a venda, chegando a cogitar a quantidade de um quilo de maconha. Em seguida, o denunciado M. passa a conversar com N. e propõe deixar com ele cerca de quinze quilos de maconha.

Menciona a exordial que, já na data dos fatos constantes da denúncia, ao ser abordada por policiais militares, a denunciada A. havia acabado de efetuar três depósitos de R$2.000,00 (dois mil reais) cada, em uma conta corrente não identificada do Banco Itaú, outros dezesseis depósitos no valor de R$2.000,00 (dois mil reais) cada, em uma conta poupança também no Banco Itaú, em nome do seu filho R.S.S.T., totalizando a quantia de R$38.000,00 (trinta e oito mil reais), além da quantia de R$3.250,00 (três mil duzentos e cinquenta reais), em espécie, apreendida em sua posse.

Conta que, questionada acerca da origem da vultosa quantia depositada em nome do filho de apenas 3 (três) anos de idade, a denunciada A. afirmou ser fruto do faturamento bruto de uma loja de roupas que possui na Rua XXXXXXXXX XX XXXXX nº XXX loja XX, alegando, inclusive que "*a declarante faturou muito no feriado e já tinha a quantia de R$9.000,00 (nove mil reais)*".

Expõe que, após a apreensão do dinheiro, na tentativa de dissimular a origem ilícita de tal importância, a denunciada A. chegou até mesmo a declarar esses valores nos meses de janeiro, fevereiro, março e abril de 2014. Entretanto, sendo a única renda auferida ao longo dos doze meses desse ano, foi desmentida a alegação de que o dinheiro é fruto do faturamento de sua loja, já que, conforme declarado, esta teria faturado demasiadamente alto em dois ou três meses e nos oito meses seguintes, nenhum único centavo.

Explica o órgão acusatório que, já no ano de 2013, exercício 2014, a denunciada A. sequer declarou imposto de renda, demonstrando que os valores declarados no ano de 2015 representam a fracassada tentativa de ocultar a origem ilícita dos valores auferidos com o tráfico de drogas.

Registra que, conforme um extrato bancário, na data de 31 de março de 2014, a denunciada A. efetuou cinco saques, totalizando R$700,00 (setecentos reais), da conta poupança do seu filho R., do Banco Itaú de Itajubá, cidade esta em que seu companheiro M. cumpre pena pelos delitos de tráfico de drogas, bem como A. foi flagrada transportando grande quantidade de droga com destino a essa cidade.

Acrescenta que, do mesmo modo, na data de 23 de abril de 2014, foram realizadas nesta mesma agência, do Banco Itaú de Itajubá, outras seis retiradas, totalizando o montante de R$2.000,00 (dois mil reais), valores esses que haviam sido depositados três dias antes na agência de São Lourenço.

Por fim, conta a denúncia que, ao utilizarem a conta poupança aberta em nome do filho do casal, de três anos de idade, para movimentar o dinheiro proveniente do tráfico de drogas, bem como se valerem do faturamento de uma pequena loja de roupas para justificar a origem lícita de uma vultosa quantia em dinheiro, a intenção dos denunciados era dissimular e ocultar a origem ilícita desse dinheiro, configurando, portanto, o delito de lavagem de dinheiro.

A denúncia foi recebida no dia 16 de agosto de 2016 (f. 301/302) e, após regular trâmite, sobreveio a r. sentença de f. 436/448, que, julgando procedente a pretensão punitiva estatal, condenou os réus, como incursos nas sanções do art. 1º, § 1º, incisos I e II, da Lei nº 9.613/98, aplicando-lhes as idênticas penas de 4 (quatro) anos e 1 (um) mês de reclusão, em regime fechado, e 12 (doze) dias-multa.

Inconformada com o *decisum*, a defesa interpôs recurso de apelação criminal. Em suas razões recursais (f. 452/457), almeja a absolvição dos acusados, afirmando não haver prova consistente de autoria e materialidade delitivas.

Contrarrazões apresentadas às f. 458/465, em que o *Parquet* pugnou pelo improvimento do recurso, com o que aquiesceu a d. Procuradoria-Geral de Justiça, em seu parecer de f. 480/483-v.

É o relatório.

Juízo de admissibilidade

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso interposto.

Fundamentação

Inexistindo questionamentos preliminares e não vislumbrando nos autos qualquer nulidade ou irregularidade que deva ser declarada de ofício, passo ao exame do mérito do recurso.

Pois bem. Como relatado alhures, trata-se de apelação criminal interposta pela defesa contra a sentença que condenou os réus A.S.T. e M.H.S. pela prática do crime de lavagem de valores descrito no art. 1º, § 1º, incisos I e II, da Lei nº 9.613/98.

Aduzem os apelantes que as provas constantes dos autos são frágeis para sustentar a prolação do édito condenatório. E, após detida análise de todo o acervo probatório produzido nas duas fases de persecução penal, constatei que a pretensão absolutória comporta acolhimento, isso porque não se vislumbra, nem da narrativa apresentada pelo Ministério Público em sua denúncia nem das provas realizadas na fase judicial, a presença de um crime antecedente à suposta lavagem de dinheiro imputada aos réus.

Com efeito, consta da inicial acusatória que, no dia

> 23 de abril de 2014, constatou-se que os denunciados vinham dissimulando a origem de valores em espécie, provenientes dos delitos de associação e tráfico de drogas, conforme cópias de comprovantes de depósitos em dinheiro, juntadas às f. 37/41 e extrato da conta poupança nº XXXXX-X, agência XXXX, do Banco Itaú (f. 01D).

Porém, a denúncia narrou que a denunciada A. foi flagrada na data de 28 de maio de 2015 transportando aproximadamente 498,23g (quatrocentos e noventa e oito gramas e vinte e três centigramas) de maconha, 503,98g (quinhentos e três gramas e noventa e oito centigramas) de crack e 101,13g (cento e um gramas e treze centigramas) de cocaína, e relatou que várias conversas telefônicas entre A. e M. com conteúdo relacionado ao tráfico de drogas foram interceptadas com autorização judicial, inclusive uma datada de 18 de maio de 2015.

Percebe-se, com isso, que o Ministério Público narrou a prática de crimes de tráfico de drogas e associação para o tráfico de drogas ocorridos em 2015, mas informou a ocorrência de lavagem dos valores obtidos com a prática destes delitos em abril de 2014.

Importa, nesse ponto, citar o crime pelos quais os recorrentes foram condenados, que se encontra tipificado no art. 1º, §1º, incisos I e II, da Lei nº 9.613/98:

> Art. 1º - Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal.
>
> § 1º Incorre na mesma pena quem, para ocultar ou dissimular a utilização de bens, direitos ou valores provenientes de infração penal:
>
> I - os converte em ativos lícitos;
>
> II - os adquire, recebe, troca, negocia, dá ou recebe em garantia, guarda, tem em depósito, movimenta ou transfere;

Fácil constatar que o delito de lavagem de dinheiro prescinde da demonstração da ocorrência de uma infração penal antecedente, o que não restou apurado nestes autos, pois os crimes de tráfico de drogas e associação para o tráfico imputados aos recorrentes são posteriores à suposta ocultação ou dissimulação de valores provenientes destas condutas ilícitas.

Frise-se não estar em debate a autoria dos crimes de tráfico de drogas e associação para o tráfico, que são apurados em autos diversos, mas, sim, se tais delitos são anteriores à lavagem de capitais, já que este delito é assessório.

Não desconheço a existência de indícios no sentido de que os valores depositados pela acusada A. na conta poupança de seu filho, uma criança de 3 (três) anos, são incompatíveis com a renda por ela auferida em sua loja de roupas.

Porém, não é aceitável, por tal desconfiança, vincular esta quantia em dinheiro a uma conduta ilícita praticada em data posterior. Foi por esse motivo que a autoridade policial deixou de indiciar a acusada A., asseverando que *"ainda que não se tenha comprovada a origem lícita, não há como se 'presumir' que tais valores sejam de origem ilícita, não havendo dessa forma subsunção dos fatos praticados pela suspeita àqueles descritos nos tipos penais da Lei nº 9.613/98"* (f. 93).

A respeito do tema, confira o entendimento deste egrégio Tribunal:

> Apelação criminal. Lavagem de dinheiro. Preliminares defensivas. Inépcia da denúncia. Ausência de justa causa para deflagração da ação penal. Rejeição. Recurso ministerial. Condenação dos acusados. Impossibilidade. Infrações penais anteriores à lavagem de dinheiro. Não ocorrência. Isenção das custas. Pedido prejudicado. Desbloqueio de bens. A configuração do crime de lavagem de dinheiro independe da apuração do delito antecedente. A desnecessidade da existência de provas cabais acerca da materialidade e da autoria dos crimes antecedentes ao de lavagem de dinheiro, contudo, não se traduz em possibilidade de presunção destas condutas pretéritas, sendo imprescindível que o feito seja instruído, no mínimo, com indícios suficientes da sua existência. E se os únicos indícios apresentados são de crimes supostamente praticados após a alegada lavagem de dinheiro, não há como condenar os réus por este delito, sendo correta a sentença absolutória, nos termos do art. 386, VII do CPP (TJMG, Apelação Criminal nº 1.0702.16.061522-6/001, Rel.ª Des.ª Márcia Milanez, j. em 23.02.2021).

Com tais argumentos, diante da atipicidade da conduta imputada aos acusados A. e M., hei por bem, com fulcro no art. 386, inciso III, do CPP, absolvê-los em relação à imputação pela prática do crime previsto no art. 1º, § 1º, incisos I e II, da Lei nº 9.613/98, descrito na denúncia de f. 01/04. Consequentemente, determino o desbloqueio e/ou a restituição dos valores pertencentes à acusada A..

Dispositivo

À luz do exposto, dou provimento ao recurso, para, com fulcro no art. 386, inciso III do CPP, absolver os recorrentes A.S.T. e M.H.S. em relação à imputação pela prática do crime de lavagem de dinheiro descrito na denúncia de f. 01/04.

Deixo de determinar a expedição de alvará de soltura, tendo em vista que os réus não se encontram em cárcere em razão da prática do crime em apuração nestes autos.

Custas *ex lege*.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES MARCOS PADULA E ALEXANDRE VICTOR DE CARVALHO.

Súmula - DERAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Apelação criminal - Falsificação de documento público - Aplicação dos benefícios da Lei nº 9.099/95 - Impossibilidade - Decote da suspensão dos direitos políticos - Inviabilidade - Afastamento do lançamento do nome do réu no rol dos culpados - Inadmissibilidade - Recurso desprovido

- Para o reconhecimento dos benefícios de que cuida a Lei nº 9.099/95, é indispensável que o delito integre o rol das infrações de menor potencialidade lesiva, nos termos do art. 61 da referida norma, o que não é a hipótese do crime de falsificação de documento público, cuja pena máxima cominada em abstrato é de seis anos.

- A suspensão dos direitos políticos do condenado é efeito automático da condenação, pouco importando qual o tipo de pena aplicada, qual o regime fixado ou se foi concedida a substituição da pena.

- A reforma operada na Lei nº 12.403/11 somente revogou o art. 393 do CPP no que tange ao efeito imediato que antes possuíam as sentenças penais condenatórias para o lançamento do nome do réu no rol dos culpados, efeito que continua prevalecendo para após o trânsito em julgado da sentença.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0702.16.008295-5/001 - Comarca de Uberlândia - Apelante: L.H.O. - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Relator: DES. EDUARDO MACHADO

Acórdão

Vistos, etc., acorda, em Turma, a 5ª câmara criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 7 de dezembro de 2021. - *Eduardo Machado* - Relator.

Voto

DES. EDUARDO MACHADO - Trata-se de recurso de apelação criminal, interposto contra a r. sentença de f. 120/126-v. que, julgando parcialmente procedente a denúncia, condenou o acusado L.H.O. pela prática do delito previsto no art. 297 do Código Penal, às penas de 2 (dois) anos de reclusão, em regime inicial aberto, e 10 (dez) dias-multa, sendo a reprimenda corporal substituída por duas penas restritivas de direito consistentes em prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária. Na mesma oportunidade, a codenunciada L.R.S. foi absolvida da prática do delito previsto no art. 304 do Código Penal brasileiro, com fulcro no art. 386, inciso VII, do Código de Processo Penal.

Em suas razões recursais, às f. 135/139, busca a defesa a aplicação dos benefícios previstos na Lei nº 9.099/95, a exclusão do nome do apelante do rol dos culpados e o decote da suspensão dos direitos políticos do réu.

Contrarrazões recursais, às f. 142/144, pugnando pelo conhecimento e não provimento do recurso. Nesse mesmo sentido manifesta-se a d. Procuradoria-Geral de Justiça, no parecer de f. 152/154.

É o relatório.

Presentes os pressupostos de sua admissibilidade, conheço do recurso.

Narra a denúncia, em síntese, no dia 19 de maio de 2013, na empresa Callink, situada na Av. XXXX XXXXX XX XXXXX nº XXXX bairro XXXXXX, Uberlândia-MG, o apelante L. teria falsificado documento público, consistente em um atestado médico.

Consta, ainda, que a codenunciada L., em tese, fez uso do atestado médico falsificado, apresentando-o ao departamento de serviços da empresa em trabalhava, Callink, com a intenção de justificar a falta no trabalho.

Segundo apurado, o acusado L., com intenção de ajudar a ré L. a justificar a sua falta no trabalho, supostamente, falsificou um atestado de afastamento de serviço, por um dia, em nome do médico V.H.F.G. Após, a denunciada, em tese, entregou o documento falsificado à empresa Callink.

Após regular instrução, conforme relatado, L. foi condenado pela prática do crime de falsificação de documento público, cuja materialidade e autoria são incontroversas nos autos, tanto que sequer são objeto de inconformismo no presente recurso, limitando-se a defesa a pleitear a aplicação dos benefícios previstos na Lei nº 9.099/95, a exclusão do nome do apelante do rol dos culpados e o decote da suspensão dos direitos políticos do réu.

Inicialmente, verifica-se que razão não lhe assiste quanto ao pedido de aplicação dos benefícios da Lei nº 9.099/95, simplesmente porque o crime de falsificação de documento público não se enquadra no conceito de crime de menor potencial ofensivo, previsto no art. 61 da Lei nº 9.099, *in verbis*:

> Art. 61. Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa.

No caso em tela, nos termos da sentença de f. 120/126-v., o delito pelo qual o apelante foi denunciado e condenado (art. 297 do Código Penal) comina pena mínima de 2 (dois) anos e máxima de 6 (seis) anos, valores esses superiores ao limite previsto no dispositivo legal acima citado, inviabilizando a concessão da transação penal e também a suspensão condicional do processo.

Prosseguindo, razão também não assiste à defesa quando pleiteia a exclusão do nome do réu no rol dos culpados.

A reforma operada na Lei nº 12.403/11 somente revogou o art. 393 do CPP no que tange ao efeito imediato que antes possuíam as sentenças penais condenatórias para o lançamento do nome do réu no rol dos culpados, o que de fato contrariava claramente o princípio da presunção de inocência. Todavia, referido efeito continua prevalecendo para após o trânsito em julgado da sentença, condição esta devidamente observada na sentença recorrida (f. 126-v.), razão pela qual não há falar na exclusão da determinação por este Tribunal.

Nesse sentido, já se manifestaram o Colendo Superior Tribunal de Justiça e esse egrégio Tribunal de Justiça, a saber:

> Penal e processual penal. Agravo interno no recurso especial. Porte ilegal de arma de fogo. Recurso interposto com fundamento na alínea c do permissivo constitucional. Divergência não demonstrada. Habeas corpus como paradigma. Inadequação. Dosimetria. Exasperação da pena-base. Ausência de fundamentação. Não verificada. Reconhecimento da causa de diminuição do art. 21 do CP. Erro de proibição. Necessidade de reexame de provas. Inviabilidade. Súmula nº 7/STJ. Redução da pena aquém do mínimo em razão de atenuantes. Impossibilidade. Súmula nº 231/STJ. Sentença condenatória que determinou que a inclusão do nome do recorrente no rol dos culpados ocorra somente após o trânsito em julgado da condenação. Violação ao princípio da presunção de Inocência. Não ocorrência. I - A jurisprudência deste eg. Superior Tribunal de Justiça é pacífica no sentido de que acórdãos proferidos em julgamento de habeas corpus não servem como paradigma para demonstração do dissídio jurisprudencial. II - Segundo firme entendimento desta Corte, o órgão judicial, para expressar sua convicção, não está obrigado a aduzir comentários a respeito de todos os argumentos levantados pelas partes, quando decidir a causa com fundamentos capazes de sustentar sua conclusão, não padecendo de falta de fundamentação a decisão que, embora sucinta, aprecia a *quaestio* trazida à análise, como é o caso dos autos. III - O recurso especial não será cabível quando a análise da pretensão recursal exigir o reexame do quadro fático-probatório, sendo vedada a modificação das premissas fáticas firmadas nas instâncias ordinárias na via eleita. (Súmula nº 07/STJ). IV - Nos termos do Enunciado da Súmula nº 231 desta Corte, "a incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal." V - Por fim, na hipótese, a decisão de primeiro grau determinou que o lançamento do nome do recorrente no rol dos culpados somente ocorra após o trânsito em julgado da condenação, com a constituição de título definitivo, pelo que não há falar em violação ao princípio da presunção de inocência. Agravo regimental desprovido (AgRg no REsp nº 1400041/MG, Rel. Min. Felix Fischer, 5ª Turma, j. em 10.05.2016, *DJe* de 18.05.2016).
>
> Apelação criminal. Tribunal do júri. Homicídio qualificado. Redução da pena-base para o mínimo legal. Impossibilidade. Pretensão atendida em primeiro grau. Confissão espontânea. Atenuante não sustentada nos debates em plenário. Impossibilidade de reconhecimento de ofício. Inteligência do art. 492, I, *b*, do CP. Lançamento do nome do réu no rol dos culpados. Vedação apenas para sentença penal condenatória recorrível. Recurso não provido. - Atendida a pretensão de fixação da pena-base no mínimo legal em primeira instância, fica prejudicada a análise de idêntico pedido em grau recursal. - É vedado ao Juiz Presidente, na fixação da pena, aplicar circunstância agravante ou atenuante não debatida em plenário do Tribunal do Júri, conforme art. 492, I, *b* do CP. - A Lei nº 12.403/11, ao

> revogar o art. 393 do CPP, apenas extirpou a hipótese de lançamento do nome do réu no rol dos culpados quando recorrível a sentença condenatória, não alcançando, portanto, as hipóteses em que ocorre o efetivo trânsito em julgado da condenação (TJMG - Apelação Criminal nº 1.0027.02.009057-0/003, Rel. Des. Nelson Missias de Morais, 2ª Câmara Criminal, j. em 15.12.2016, p. em 25.01.2017).

Por fim, não há que se falar em decote da suspensão dos direitos políticos do apelante, uma vez que é efeito automático da sentença transitada em julgado, conforme dispõe o art. 15, inciso III, da Constituição Federal, pouco importando qual o tipo de pena aplicada, qual o regime fixado ou se foi concedida a substituição da pena.

A esse respeito leciona o constitucionalista Alexandre de Morais:

> O disposto no art. 15, inciso III, da Constituição Federal, ao referir-se ao termo "condenação criminal transitada em julgado" não distingue quanto ao tipo de infração cometida, abrangendo não só aqueles decorrentes da prática de crimes dolosos ou culposos, mas também decorrentes de contravenção penal, independentemente da aplicação de pena privativa de liberdade, pois a *ratio* do citado dispositivo é permitir que os cargos públicos eletivos sejam reservados somente para cidadãos insuspeitos, preservando-se a dignidade da representação democrática. [...] Efeitos da condenação criminal: a suspensão dos direitos persistirá enquanto durarem as sanções impostas ao condenado, tendo total incidência durante o período de livramento condicional, e ainda, nas hipóteses de prisão albergue ou domiciliar, pois somente a execução da pena afasta a suspensão dos direitos políticos com base no art. 15, inciso III, da Constituição Federal. Em relação ao período de prova do sursis, por tratar-se de forma de cumprimento da pena, o sentenciado igualmente ficará privado temporariamente de seus direitos políticos (MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 18. ed., São Paulo: Atlas, 2005, p. 237-238).

Nesse mesmo sentido, eis a jurisprudência deste e. Tribunal de Justiça:

> Apelação criminal. Porte ilegal de arma de fogo. Substituição da pena privativa de liberdade pelas restritivas de direitos. Suspensão dos direitos políticos. Norma constitucional autoaplicável havendo condenação criminal. - A suspensão dos direitos políticos do sentenciado resulta da condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos. Vale dizer, não é pena, e sim efeito do trânsito em julgado da condenação criminal. Portanto, pouco importa qual o tipo de pena aplicada ao sentenciado, ou qual o regime fixado, é de rigor a referida suspensão; norma constitucional autoaplicável (TJMG - Apelação Criminal nº 1.0024.14.243011-5/001, Rel. Des. Cássio Salomé, 7ª Câmara Criminal, j. em 14.07.2016, p. em 22.07.2016).
>
> Apelação criminal. Porte ilegal de arma de fogo- suspensão dos direitos políticos. Manutenção. A determinação de expedição de ofício ao TRE, para fins de suspensão dos direitos políticos do réu é efeito secundário automático da sentença condenatória transitada em julgado, conforme art. 15, III, da Constituição da República (TJMG - Apelação Criminal n] 1.0024.14.298520-9/001, Rel.ª Des.ª Maria Luíza de Marilac, 3ª Câmara Criminal, j. em 28.06.2016, p. em 08.07.2016).

Diante do exposto, nego provimento ao recurso, mantendo os exatos termos da r. sentença, por seus próprios fundamentos.

É como voto.

Custas suspensas, como em primeira instância (f. 126/126-v.).

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES JÚLIO CÉSAR LORENS E MARCOS PADULA.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Carta testemunhável - Recurso em sentido estrito não recebido pelo juízo *a quo* - intempestividade - Reforma da decisão - Impossibilidade - Recurso defensivo interposto fora do quinquídio legal - Decisão mantida - Recurso não provido

- Não há que se falar em recebimento do recurso em sentido estrito interposto fora do prazo legal, estabelecido no art. 586, *caput*, do Código de Processo Penal, uma vez a ausência de algum dos requisitos processuais retira do recurso a possibilidade de ser conhecido.

CARTA TESTEMUNHÁVEL Nº 1.0271.20.003378-2/001 - Comarca de Frutal - Testemunhante: M.C.B.A. representada P/Mãe M.N.B. - Testemunhado: 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 NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 5 de outubro de 2021. - *Rubens Gabriel Soares* - Relator.

Voto

DES. RUBENS GABRIEL SOARES - Trata-se de carta testemunhável, requerida pela defesa de M.C.B.A., representada por sua genitora M.N.B., contra decisão do MM. Juiz de Direito da 1ª Vara Criminal e de Execuções Penais da Comarca de Frutal/MG, que denegou o recurso em sentido estrito interposto pela defesa, sob o fundamento de que o prazo para sua interposição fora ultrapassado, estando o referido recurso intempestivo (f. 85).

Inconformada, a Defesa recorreu (f. 86) e, em suas razões recursais, argumenta que

> [...] O recurso em sentido estrito fora interposto intempestivamente em virtude de problemas de saúde da advogada, conforme devidamente comprovado por meio de laudos médicos, que requereu devolução do prazo recursal, o que restou indeferido (*sic*, f. 87).

Assevera, ainda, que

> O recurso em sentido estrito deve ser tido por tempestivo, uma vez que é direito do único advogado da causa, afetado por moléstia, não tiver condições físicas e psicológicas para

> exercer a advocacia, com atestado médico indicando o afastamento (*sic*, f. 87-v.).

Assim, requer a reforma da decisão primeva, a fim de que seja recebido o recurso de recurso em sentido estrito interposto pela defesa à f. 74/74-v. (f. 87/88-v.). Contrarrazões às f. 90/91, pela manutenção da decisão de Primeiro (1º) Grau.

O MM. Juiz *a quo* manteve a decisão fustigada, por seus próprios fundamentos (f. 95).

Instada a se manifestar, a douta Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo conhecimento e desprovimento do recurso (f. 101/102).

É o relatório.

Ao exame dos autos, percebe-se que, no dia 27 de outubro de 2020, a testemunhante M.C.B.A., representada por sua genitora M.N.B., apresentou queixa-crime subsidiária em desfavor do Delegado de Polícia Civil B.G.P., imputando-lhe, em princípio, a prática do delito de fraude processual (f. 02/06-v.).

Extrai-se que, oportunizada vista do procedimento ao *Parquet*, este se manifestou pela rejeição da queixa-crime apresentada, ante a manifesta ilegitimidade ativa da querelante e a ausência de justa causa (f. 68/71-v.).

Contata-se, ainda, que, no dia 17 de novembro de 2020, o MM. Juiz *a quo* proferiu decisão nos autos, rejeitando a queixa-crime, nos termos do art. 395, III, do Código de Processo Penal (f. 72/72-v.).

Depreende-se, ademais, que, inconformada com o decisum que rejeitou a queixa-crime, a Defesa interpôs Recurso em Sentido Estrito, na data de 29 de janeiro de 2021 (f. 74/74-v.).

Constata-se, por fim, que, na data de 23 de fevereiro de 2021, o d. Juiz Singular denegou o recurso em sentido estrito interposto pela defesa, sob os seguintes fundamentos:

> [...] Deixo de receber o recurso interposto, eis a sua patente intempestividade. Registro que a parca documentação acostada aos autos não justifica o protocolo extemporâneo, na medida em os relatórios médicos sequer são datados, e a única indicação do dia e mês consta no final da página, após a assinatura do médico [...] (*sic*, f. 85).

Inconformada, a Defesa recorreu (f. 86) e, em suas razões recursais, argumenta que

> [...] O Recurso em Sentido Estrito fora interposto intempestivamente em virtude de problemas de saúde da advogada, conforme devidamente comprovado por meio de laudos médicos, que requereu devolução do prazo recursal, o que restou indeferido (*sic*, f. 87).

Assevera, ainda, que

> O Recurso em Sentido Estrito deve ser tido por tempestivo, uma vez que é direito do único advogado da causa, afetado por moléstia, não tiver condições físicas e psicológicas para exercer a advocacia, com atestado médico indicando o afastamento (*sic*, f. 87-v.).

Assim, requer a reforma da decisão primeva, a fim de que seja recebido o recurso de recurso em sentido estrito interposto pela defesa à f. 74/74-v. (f. 87/88-v.).

Contudo, razão não lhe assiste.

Com efeito, tal como ocorre no exercício da Ação Penal, também no campo recursal, o que está sendo exercitado é a iniciativa penal, ou seja, o direito de provocar a tutela jurisdicional. Contudo, o regular exercício desse direito é condicionado à superação de determinados requisitos, ligados ao processo e à ação, para que a utilização da via recursal não seja banalizada e torne-se instrumento de mera conduta protelatória.

Nesse bojo, o juízo de admissibilidade do recurso tem por finalidade examinar o preenchimento dos requisitos legais para seu conhecimento, podendo, inclusive, ser feito de ofício pelo Juízo recorrido.

Dentro desse entendimento, situa-se a tempestividade, como sendo requisito objetivo para que o recurso seja admitido e tenha seu mérito analisado. Tal requisito é corolário lógico do efeito preclusivo das decisões.

O art. 586 do Código de Processo Penal estabelece que o prazo de interposição do Recurso em Sentido Estrito é de cinco (05) dias, *in verbis*: "*art. 586. O recurso voluntário poderá ser interposto no prazo de cinco dias*".

É certo, ainda, que o prazo para interposição de recurso na seara do direito processual penal deve ser contado excluindo-se o dia do começo e incluindo-se o dia do vencimento (art. 798, § 1º, do Código de Processo Penal).

Caso o dia de vencimento termine em domingo ou feriado, considerar-se-á prorrogado até o dia útil imediato (art. 798, § 3º, do Código de Processo Penal).

Assentadas essas considerações, passo ao exame do caso *sub judice*.

Compulsando os autos, percebe-se que o recurso em sentido estrito interposto pela defesa da testemunhante M.C.B.A., representada por sua genitora M.N.B., visava combater a decisão que rejeitou a queixa- crime subsidiária apresentada, em virtude da ausência de justa causa (f. 72/72-v.).

Observa-se, ainda, que a mencionada decisão foi proferida em 17/11/2020 (f. 72), sendo publicada no Diário Judicial Eletrônico em 24.11.2020 (f. 72-v.). Assim, levando-se em consideração o disposto nos arts. 586 e 798, § 1º, ambos do Código de Processo Penal, o prazo de cinco (5) dias para a interposição do Recurso em Sentido Estrito se iniciou em 25.11.2020, terça-feira, encerrando-se no dia 30.11.2020, segunda-feira.

No entanto, a Defesa da testemunhante somente interpôs o recurso na data de 29.01.2021 (f. 82), ou seja, fora do quinquídio legal.

Logo, tem-se que o recurso em sentido estrito se encontrava manifestamente extemporâneo, razão pela qual deve ser mantida a decisão de Primeiro (1º) Grau que deixou de receber o mencionado recurso.

Com efeito, a despeito dos argumentos expendidos pela defesa da testemunhante, no sentido de que se encontrava impossibilitada, devido a questões de saúde, de atuar como advogada à época da publicação da decisão que rejeitou a queixa crime, certo é que referida alegação não possui o condão de justificar a apresentação extemporânea do recurso.

De fato, tal como alegado pelo Magistrado Singular na decisão combatida pelo presente recurso, além de os Relatórios Médicos juntados à f. 83 estarem datados de forma manuscrita, após a impressão do documento, *"a única indicação do dia e mês consta ao final da página, após a assinatura do médico"* (*sic*, f. 85).

Ainda que assim não fosse, verifica-se que o Atestado Médico de f. 84 refere-se a trinta (30) dias de afastamento das atividades profissionais, contados do dia 05.12.2020, escoando o prazo, portanto, em 05.01.2021. Não obstante, infere-se que a advogada apenas protocolou o Recurso em Sentido Estrito em 29.01.2021, ou seja, cerca de vinte e quatro (24) dias após o vencimento de seu atestado.

Não bastasse, verifica-se que o *Parquet*, em suas contrarrazões recursais, juntou cópia de Boletim de Ocorrência que atesta que a advogada da testemunhante

> realizou atos próprios de seu mister, em 18.01.2021, ocasião em que peticionou junto à Delegacia de Polícia Civil para noticiar suposta infração penal praticada pelo oficial de justiça Clóvis Soares Venâncio. Dessa feita, aludido boletim de ocorrência demonstra que a advogada reunia condições de saúde favoráveis para interpor o recurso em sentido estrito no prazo cabível (*sic*, f. 91).

Logo, tem-se que o recurso em sentido estrito se encontrava manifesta e injustificadamente extemporâneo, razão pela qual deve ser mantida a decisão de Primeiro (1º) Grau que deixou de recebê-lo.

Outro não foi o entendimento da douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do ilustre Procurador de Justiça Edson Ribeiro Baeta, *ad litteram*:

> [...]
>
> Compulsando os autos, verifica-se que a testemunhante insurge-se contra decisão que não recebeu seu recurso em sentido estrito interposto contra decisão que rejeitou a queixa-crime (f. 72/72-v).
>
> De fato, conforme bem salientado pelo representante do Ministério Público em sede de contrarrazões, a testemunhante deixou de observar os prazos legais alusivos à interposição

do recurso em sentido estrito.

Assim, considerando a decisão que não recebeu a queixa-crime foi publicada em 24.11.2020 (f. 72-v), a testemunhante tinha o prazo de 05 dias para manejar o recurso em sentido estrito, ou seja, até o dia 29.11.2020. Entretanto, verifica-se que apenas em 29.01.2021 foi aviado o recurso em questão (f. 74).

Com efeito, a interposição do recurso em sentido estrito não respeitou o quinquídio legal, sendo, dessa forma, intempestivo.

Nota-se que a testemunhante afirma que à época em que foi publicada a decisão que indeferiu o recebimento da queixa-crime, se encontrava impossibilitada de atuar como advogada devido a problemas de saúde e, em razão disso, o recurso em sentido estrito foi interposto intempestivamente em virtude dos problemas pelos quais a recorrente estava passando.

Todavia, verifica-se que tal alegação por si só não justifica a apresentação extemporânea do recurso. Isso porque o atestado médico apresentado á f. 84 se refere a 30 (trinta) dias de afastamento a partir do dia 05.12.2020, prazo que se escoou em 05.01.2020, não justificando, portanto, a perda do prazo para a interposição do recurso em sentido estrito.

Diante dessa constatação, não há que se falar em recebimento do recurso aviado.

Ante o exposto, opino pelo conhecimento e desprovimento do presente recurso (*sic*, f. 101/102).

Portanto, pelos fundamentos expostos alhures e em consonância com o parecer da douta Procuradoria-Geral de Justiça, não há que se falar em recebimento do Recurso em Sentido Estrito interposto pela Defesa da testemunhante M.C.B.A., representada por sua genitora M.N.B., posto que manifestamente extemporâneo, razão pela qual o desprovimento da presente carta testemunhável é medida que se impõe.

Dispositivo

Diante do exposto, nego provimento ao recurso, para manter incólume a decisão de Primeiro (1º) Grau que denegou o recurso em sentido estrito interposto pela defesa (f. 85).

Custas *ex lege*.

É como voto.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES FURTADO DE MENDONÇA E JAUBERT CARNEIRO JAQUES.

Súmula - RECURSO NÃO PROVIDO.

Apelação criminal - Preliminar de ofício - Prescrição retroativa - Art. 244, b, do estatuto da criança e do adolescente - Lei Federal nº 8.069/90 - Redução do prazo prescricional pela menoridade do réu à época dos fatos - Extinção da punibilidade - Art. 157, § 2º, II, do Código Penal - Autoria e materialidade comprovadas - Prova baseada no depoimento dos policiais responsáveis pelo flagrante - Conjunto probatório suficiente para embasar o decreto condenatório - Idoneidade - Absolvição - *In dubio pro reo* - Impossibilidade

- Sendo o réu menor de 21 (vinte e um) anos de idade à época dos fatos, o prazo prescricional é reduzido pela metade, nos termos do art. 115 do CP.

- Considerando a pena fixada na sentença, ocorre prescrição retroativa se transcorrido o prazo prescricional para o delito previsto no art. 244, *b*, da Lei nº 8.069/90, nos termos do art. 109, V, do Código Penal entre a data do recebimento da denúncia e o registro da sentença.

- Comprovadas a materialidade e a autoria delitivas, e inexistindo causas de exclusão da ilicitude ou da culpabilidade, mister seja mantida a condenação do apelante pela prática do delito de roubo.

- Aos depoimentos prestados por policiais deve-se dar crédito como se dá ao depoimento de qualquer outra testemunha.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0024.17.044413-7/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: P.H.L.B.P. - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Relator: DES. BRUNO TERRA DIAS

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 SUSCITAR PRELIMINAR DE OFÍCIO PARA DECLARAR A PRESCRIÇÃO EM RELAÇÃO AO DELITO DO ART. 244-B, DO ECA E, NO MÉRITO NEGAR PROVIMENTO À APELAÇÃO.

Belo Horizonte, 17 de agosto de 2021. - *Bruno Terra Dias* - Relator.

Voto

DES. BRUNO TERRA DIAS - Trata-se de recurso de apelação criminal, interposto por P.H.L.B.P., contra a r. sentença de f. 123/138, proferida pela MM.ª Juíza de Direito da 6ª Vara Criminal da Comarca de Belo Horizonte, que julgou parcialmente procedente a denúncia e o absolveu da imputação feita em relação ao art. 155, § 4º, IV do Código Penal e o condenou como incurso nas sanções do art. 157, § 2º, II, do Código Penal, por duas vezes e art. 244, *b*, da Lei nº 8.069/90 (ECA), às penas de 6 (seis) anos, 4 (quatro) meses e 24 (vinte e quatro) dias de reclusão, em regime semiaberto e 26 (vinte e seis) dias-multa.

Narra a denúncia que:

> [...] No dia 29 de março de 2017, por volta das 19h20min, no bairro XXXXX, o denunciado, agindo em unidade de desígnios e previamente ajustado com o adolescente infrator E.R.M.C., subtraiu, mediante grave ameaça, perpetrada, por meio da simulação de porte de arma de fogo, coisas alheias móveis, consistentes em uma mochila com alguns pertences e um aparelho celular, da marca LG, pertencente à vítima M.M.S.S.
>
> No dia 29 de março de 2017, por volta das 19h30min, no bairro XXXXX, o denunciado, agindo em unidade de desígnios e previamente ajustado com o adolescente infrator E.R.M.C., subtraiu, mediante grave ameaça, perpetrada, por meio da simulação de porte de arma de fogo, coisa alheia móvel, consistente em um aparelho celular, da marca Samsung, pertencente à vítima R.P.F.
>
> No dia 29 de março de 2017, entre 19h e 20h, no bairro XXXXX, o denunciado subtraiu coisa alheia móvel, consistente em um aparelho celular, da marca LG, pertencente à vítima M.M.S.S.
>
> Depreende-se dos autos que, no dia, hora e local supramencionado, a vitima M. encontrava-se sozinha em um ponto de ônibus, momento em que uma motocicleta CG, de cor preta, ocupada por dois indivíduos passou por ele.
>
> Passado algum tempo, a mesma motocicleta passou novamente pela vítima, momento em que o denunciado, que conduzia a motocicleta, parou próximo à vítima e o adolescente infrator, com uma das mãos por debaixo da blusa, como se estivesse armado, abordou M. dizendo: "Passa tudo, passa tudo".
>
> A vítima M. entregou sua mochila que continha uniforme, carteira com os seus documentos, um par de botas, além de seu aparelho celular, sendo que após subtraírem os pertences da vítima, os autores evadiram do local.
>
> Pouco depois, a vítima R.P.F. se encontrava em um ponto de ônibus, aguardando o coletivo, quando o denunciado e o adolescente infrator se aproximaram e tentaram subtrair seu aparelho celular, sendo que a vítima, diante da tentativa de subtração de seu bem, segurou seu aparelho celular com força, impedindo que fosse levado, porém, o denunciado, com uma das mãos por debaixo da blusa, exigiu o aparelho celular, proferindo os seguintes dizeres: "passa o celular, senão eu te mato aqui mesmo".
>
> Diante da grave ameaça, a vítima entregou seu aparelho celular ao denunciado e o adolescente infrator, que em posse da *res furtiva* evadiram do local correndo.

> Em horário próximo aos dois roubos, no bairro XXXXX, a vítima J. estava no interior de um ônibus coletivo, quando o denunciado, aproveitando-se da abertura da porta, entrou no coletivo e puxou o aparelho celular da vítima, evadindo logo em seguida.
>
> No mais, restou apurado que o denunciado facilitou a corrupção dos menores E.R.M.C., tendo com eles praticado os delitos de roubo e furto acima descritos [...] (f.01D/04D).

A denúncia foi recebida em 22.05.2017 (f.56/56-v.) e o processo seguiu seus trâmites regulares, culminando na r. sentença de f.123/138, registrada em 21.01.2020, sendo o réu intimado por edital, conforme certidão de f. 168.

Em suas razões recursais (f.150/159) a defesa requer a absolvição do réu em relação ao delito de roubo e corrupção de menores; subsidiariamente, a redução da fração referente ao concurso formal ao patamar mínimo.

O Ministério Público, em suas contrarrazões de f. 161/166, pleiteia o conhecimento e não provimento do recurso da defesa.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer de f. 174/178, opina pelo conhecimento e não provimento do recurso.

É relatório.

Decido.

Admissibilidade

Conheço dos recursos, porquanto presentes os pressupostos e as condições de sua admissibilidade.

Preliminares

Verifico que ocorreu a prescrição da pretensão punitiva, na modalidade retroativa, em relação ao delito tipificado no art. 244, *b*, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

O réu foi condenado a pena privativa de liberdade de 1 (um) ano, tendo ocorrido o trânsito em julgado para a acusação. À época dos fatos, o réu era menor de 21 (vinte e um) anos incidindo, portanto, pela metade o prazo prescricional, nos termos do art. 115 do Código Penal.

Entre o recebimento da denúncia, em 22.05.2017 (f. 56/56-v.) e a publicação da sentença condenatória, em 21.01.2020, transcorreu prazo superior a 2 (dois) anos, nos termos do art. 109, inciso V, c/c art. 115, ambos do Código Penal.

Diante do exposto, suscito preliminar de ofício para declarar a prescrição da pretensão punitiva em relação ao delito do art. 244, *b*, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Mérito.

Absolvição.

Requer a defesa a absolvição do réu pelo crime de roubo em relação à vítima M.M.S.S. por dúvida em relação à autoria e em relação à vítima R.P.F. por insuficiência de provas.

Em relação ao delito de corrupção de menores, alega a defesa que não há nos autos provas da idade do adolescente E.R.M.C.

De início, observo que a materialidade e a autoria delitiva restaram comprovadas nos autos. A materialidade do delito está demonstrada pelos Auto de Prisão em Flagrante Delito (f. 02/08), Boletim de Ocorrência (f. 10/15-v.), Auto de Apreensão (f. 18), Termo de Restituição (f. 19), Relatório da Autoridade Policial (f. 39/41), bem como a prova oral colhida nos autos.

No tocante à autoria, também restou incontroversa nos autos pelos depoimentos das testemunhas e o auto da prisão em flagrante.

Ouvida em juízo, mídia juntada às f. 103, a vítima R.P.F. disse que estava em um ponto de ônibus quando se aproximou dela um indivíduo ordenando que entregasse seus bens; o indivíduo simulava estar com uma arma de fogo; como não entregou seus bens, outro indivíduo se aproximou e puxou o celular que estava em suas mãos; os dois saíram logo em seguida; logo após entrar em contato com a polícia, os indivíduos foram detidos, seu celular recuperado e ainda conseguiu reconhecê-los; um dos indivíduos que foi detido pelos policiais usava uma blusa de frio.

Ressalto que nos crimes contra o patrimônio, a palavra da vítima tem especial valor probante e, no caso em questão, a vítima foi categórica em afirma que o réu fora o autor do roubo.

Nesse sentido entende o Superior Tribunal de Justiça:

> Penal. Agravo regimental do agravo em recurso especial. Roubo majorado. Apontada afronta ao art. 6.157 do Código Penal. Ausência de provas para a condenação. Inocorrência. Sentença condenatória lastreada em outros elementos probatórios dos autos. Relatos concisos das vítimas e das testemunhas presenciais. Exames de corpo de delito que atestaram ofensa à integridade física dos ofendidos. Tese contrária. Inviabilidade. Reexame do contexto fático-probatório dos autos. Óbice da Súmula nº 7 do superior tribunal de justiça - STJ. Palavra das vítimas. Especial valor probante nos delitos de roubo, desde que corroborada por outros meios de prova como no caso. Súmula nº 83/STJ. Agravo regimental desprovido. - O Tribunal a quo, ao apreciar a prova produzida nos autos, consistente nos relatos das vítimas, testemunhas, bem como nos exames de corpo de delito realizados um dia após o evento criminoso, atestando ofensa à integridade física dos ofendidos, não apenas uma discussão como alegado pelos acusados, entendeu devidamente comprovada a autoria e materialidade do delito de roubo majorado a eles imputado. -. Concluir de modo contrário ao estabelecido pela Corte de origem, como pretendem os agravantes, demandaria o revolvimento fático-probatório dos autos, inviável nesta instância, a teor da Súmula nº 7/STJ, segundo a qual "a pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial". - Ademais, vale destacar que a jurisprudência desta Corte é pacífica no sentido de que, no crime de roubo, em geral praticado por meio da clandestinidade, a palavra da vítima tem especial valor probante, desde que corroborada por outros elementos probatórios constantes dos autos, como ocorre na espécie. Precedentes. Súmula

nº 83/STJ. - Agravo regimental desprovido (STJ. AgRg no AREsp nº 1429354/RS. Rel. Min. Nefi Cordeiro. p. em 05.04.2019).

O policial militar S.R.T., mídia juntada às f. 103, confirmou os termos das declarações prestadas perante autoridade policial; disse que receberam via rádio notícia de crimes em sequência; quando os autores foram abordados, encontraram com eles os aparelhos celulares que haviam sido subtraídos das vítimas; na delegacia encontravam-se as vítimas que fizeram o reconhecimento dos autores como responsáveis pelos roubos e furto.

A jurisprudência pátria é pacífica no sentido de considerar os depoimentos policiais como provas firmes, especialmente quando produzidas sob o crivo do contraditório. Assim é o entendimento do STF, que sustenta que, ao prestar depoimento, os policiais não podem ser considerados como impedidos ou como suspeitos pela simples condição de exercer a profissão de policial.

Importante esclarecer, ainda, que não há nos autos qualquer fato ou indício que leve a crer na existência de alguma parcialidade dos militares para com o réu, ora apelante.

Isso posto, diante das provas juntadas, não há que se falar em absolvição do réu pelo crime de roubo.

Em relação ao crime de corrupção de menores, o pleito absolutório encontra-se prejudicado em razão do reconhecimento da prescrição.

Pena roubo.

Na primeira fase, a pena - base foi fixada em 4 (quatro) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa, mantenho.

Na segunda fase, em que pese haver uma atenuante referente a menoridade relativa, art. 65, I, do Código Penal, a pena foi fixada no mínimo legal não sendo possível a redução aquém do mínimo.

No ato da dosimetria da pena, o julgador deve, na segunda fase do processo dosimétrico, observar a incidência das circunstâncias atenuantes e agravantes, compensando-as ou preponderando-as, de acordo com o caso concreto, devendo, em qualquer deles, ser observada a Súmula n] 231 do Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

"Súmula 231 - A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal".

Por fim, na terceira fase, em razão do concurso de pessoas, mantenho o aumento da pena em 1/3 (um terço), inexistem causas de diminuição da pena.

Fica a pena pelo delito de roubo fixada em 5 (cinco) anos 4 (quatro) meses de reclusão e 13 (treze) dias-multa.

Concurso Formal

Requer a defesa a aplicação da fração em relação ao concurso formal no mínimo legal, qual seja, 1/6 (um sexto).

O pedido também encontra-se prejudicado em razão da prescrição reconhecida.

Mantenho o regime de cumprimento da pena no semiaberto e, por falta de previsão legal, nego a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Conclusão

Ante o exposto, suscito preliminar de ofício para declarar a prescrição da pretensão punitiva em relação ao delito art. 244, *b*, do ECA e, no mérito nego provimento ao recurso, para manter a r. sentença de 1º grau por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Custas na forma da lei.

É como voto.

Votaram de acordo com o Relator o DESEMBARGADORES PAULA CUNHA E SILVA E RUBENS GABRIEL SOARES.

Súmula - SUSCITARAM PRELIMINAR DE OFÍCIO PARA DECLARAR A PRESCRIÇÃO EM RELAÇÃO AO DELITO DO ART. 244 - B, DO ECA E, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Habeas corpus - Sentença condenatória - Réu que manifestou expressamente o desejo de recorrer - Manifestação ignorada - Erro humano - Trânsito em julgado declarado - Manifesto prejuízo - Constrangimento ilegal demonstrado - Concedido o *habeas corpus*

- Conforme previsto no art. 575 do Código de Processo Penal, não serão prejudicados os recursos que, por erro, falta ou omissão dos funcionários, não tiverem seguimento ou não forem apresentados dentro do prazo.

- É incontroverso nos autos que, por erro humano, olvidou-se do desejo de recorrer do réu e declarou-se o trânsito em julgado da sentença condenatória, impedindo o seguimento de seu recurso e causando-lhe manifesto prejuízo.

- Imperativo desconstituir o trânsito em julgado da sentença e determinar que o Juízo *a quo* dê vista à parte para a apresentação de suas razões recursais. Precedente STJ.

***HABEAS CORPUS* CRIMINAL Nº 1.0000.21.252854-1/000 - Comarca de Itabirito - Paciente: R.L.R. - Autoridade Coatora: Juiz de Direito da 2ª Cível, Crime e Vec de Itabirito - 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 CONCEDER O *HABEAS CORPUS*.

Belo Horizonte, 14 de dezembro de 2021. - *Jaubert Carneiro Jaques* - Relator.

Voto

DES. JAUBERT CARNEIRO JAQUES - Trata-se de ordem de *habeas corpus,* impetrado pelo advogado Dr. Daniel Lage de Carvalho em favor do paciente R.L.R., condenado em primeira instância pela prática do crime de tráfico de drogas no dia 21.11.2016.

A parte impetrante relata que, no dia 22.11.2016, a então defensora dativa do paciente manifestou seu interesse recursal, pugnando pela intimação pessoal do sentenciado para que manifestasse seu desejo de recorrer - conforme documento de Ordem 06.

Ao ser intimado da sentença condenatória, o réu manifestou interesse recursal, conforme documento de Ordem 07. Contudo, sua defensora dativa, de forma equivocada, manifestou ciência da desistência do recurso por parte do acusado - vide documento de Ordem 08.

Nesse contexto, emitiu-se a certidão de trânsito em julgado da sentença condenatória, olvidando-se da manifestação expressa do réu, que consignou que desejava recorrer da decisão. Consequentemente, foi expedida a respectiva guia de recolhimento - documento de Ordem 09.

Com base nessas considerações, sustenta a parte impetrante que o feito padece de nulidade insanável, ante o lançamento do trânsito em julgado em desacordo com a lei, visto a desconsideração dos documentos contidos nos autos.

Destaca, por fim, que não serão prejudicados os recursos que, por erro, falta ou omissão dos funcionários, não tiverem seguimento ou não forem apresentados dentro do prazo, conforme previsão do art. 575 do CPP.

Diante disso, roga a Defesa pela concessão definitiva da ordem, para que seja declarada a nulidade do termo de trânsito em julgado, recolhendo a guia de execução expedida e colocando em liberdade o paciente, com a devida devolução do prazo para apresentação das razões recursais.

O pedido liminar foi indeferido (documento de Ordem 11).

A autoridade apontada como coatora prestou informações, acompanhadas de documentos (à Ordem 12/13). Na oportunidade, consignou que o que restou manifestado pela parte é a veracidade dos fatos.

A Procuradoria-Geral de Justiça, por meio do Procurador Gustavo Mansur Balsamão, manifestou-se pelo não conhecimento do *writ* (documento de Ordem 14).

É o breve relatório.

Conheço do recurso, pois presentes seus pressupostos de admissibilidade. Não havendo preliminares a serem analisadas ou que devam ser suscitadas de ofício por este Relator, passa-se ao exame do mérito.

Conforme narrado no relatório do presente voto, embora o paciente tenha manifestado seu desejo de recorrer da sentença condenatória, olvidou- se de sua manifestação, declarando-se o trânsito em julgado da decisão. Indagado acerca dos fatos, o Juízo de primeiro grau prestou as seguintes declarações:

> [...] Atendendo ao contido no ofício requisitório em epígrafe, presto- lhe, doravante, as informações.
>
> Realmente, o que restou manifestado pelo defensor no presente *Habeas corpus* é a veracidade dos fatos. [...] (documento de Ordem 12).

Diante disso, entendo que o equívoco ocorrido gerou manifesto prejuízo ao réu, que não pode submeter as razões de seu apelo a esta instância em razão de erro de terceiros. Nesse sentido, imperativo citar o disposto no art. 575 do Código de Processo Penal:

Art. 575. Não serão prejudicados os recursos que, por erro, falta ou omissão dos funcionários, não tiverem seguimento ou não forem apresentados dentro do prazo.

Destarte, impossível que o réu seja prejudicado por erro dos servidores do Estado, impondo-se a desconstituição do trânsito em julgado da sentença e abertura do prazo para apresentação das razões recursais. Nesse norte, cito o seguinte precedente do Superior Tribunal de Justiça:

> *Habeas corpus*. Apelação. Prazo para a interposição. Equívoco no mandado de intimação. Princípio da boa-fé processual. Prejuízo demonstrado. Ordem concedida, de ofício. - Embora o prazo para a interposição do recurso de apelação, em matéria penal, seja de 5 (cinco) dias (art. 593, *caput*, do Código de Processo Penal), o mandado de intimação expedido pelo Juízo da Vara Criminal da Comarca de Itapevi-SP fez constar, equivocadamente, o prazo de 10 (dez) dias. O equívoco quanto à menção do prazo recursal redundou em manifesto prejuízo à defesa, que acabou por interpor o referido recurso após escoado o prazo legal e, consequentemente, não teve a sua apelação conhecida. - Cabe ao juiz, assim como às partes, a prática de atos procedimentais que espelhem os comandos previstos em lei. A confiança, elemento central do princípio da boa-fé processual, impõe a todos os sujeitos do processo posturas condizentes com o dever geral de cooperação, que deve imperar durante todo o curso processual, exigindo-se condutas éticas de todos que participam do processo (advogados, membros do Ministério Público, magistrados, oficiais de justiça, testemunhas, peritos, intérpretes, escrivães, auxiliares da justiça etc.). - Considerando o que preceitua o próprio art. 575 do Código de Processo Penal (Não serão prejudicados os recursos que, por erro, falta ou omissão dos funcionários, não tiverem seguimento ou não forem apresentados dentro do prazo) e o fato de a apelação haver sido interposta dentro do prazo de 10 (dez) dias constante do mandado de intimação, está evidenciado o alegado constrangimento ilegal de que estariam sendo vítimas as pacientes. - Visto que as pacientes responderam ao processo em liberdade e tiveram assegurado o direito de recorrer soltas, devem ser colocadas em liberdade, se por outro motivo não estiverem presas, assim devendo permanecer até a ocorrência do novo trânsito em julgado. - Ordem não conhecida. *Habeas corpus* concedido, de ofício, para, tornando definitivos os efeitos da liminar anteriormente deferida, desconstituir o trânsito em julgado da sentença condenatória e determinar ao Juízo de primeiro grau que analise os demais requisitos de admissibilidade do recurso de apelação, já interposto pela defesa. *Habeas corpus* também concedido para que as pacientes sejam mantidas em liberdade, até a ocorrência do novo trânsito em julgado (HC nº 320.190/SP, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, 6ª Turma, j. em 07.05.2015, *DJe* de 15.05.2015).

Por fim, tendo o réu respondido preso ao processo, e lhe sendo negado em sentença o direito de recorrer em liberdade, entendo que não há que se falar em revogação de sua segregação cautelar.

Conclusão

Diante do exposto, concedo o *habeas corpus*, para desconstituir o trânsito em julgado da sentença condenatória e determinar que o Juízo de primeiro grau dê vista à parte para a apresentação de suas razões recursais.

Cientifique-se o nobre magistrado.

Determino que seja enviada, imediatamente, cópia desta decisão com o objetivo de ser juntada ao respectivo processo, consoante dispõe o art. 461 do RITJMG.

Sem custas.

É como voto.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES BRUNO TERRA DIAS E PAULA CUNHA E SILVA.

Súmula - CONCEDERAM O *HABEAS CORPUS*.

Apelação criminal - Crimes de ameaça - Âmbito das relações domésticas - Preliminar de ofício - Extinção da punibilidade do acusado em relação a um dos delitos pela decadência - Materialidade e autoria comprovadas - Palavra da vítima - Condenação mantida - Redução da pena - *Sursis* especial - Requisitos preenchidos - Concessão - Necessidade

- Nos termos do art. 38 do Código de Processo Penal, a representação para a deflagração da ação penal pública condicionada deve ser oferecida no prazo decadencial de seis meses a contar da data em que o ofendido vier a saber quem é o autor do crime.

- Deve ser declarada extinta a punibilidade do acusado pela ocorrência da decadência, nos termos do art. 107, IV, do CPP, quando a vítima não exerce no prazo legal o direito de representar criminalmente contra ele.

- A palavra da vítima, corroborada pela prova testemunhal, basta para fundamentar a condenação do acusado como autor do crime de ameaça.

- Se a pena do apelante foi fixada de maneira exacerbada pelo i. Magistrado primevo, deve ela ser redimensionada.

- Inexistindo nos autos provas de que a vítima sofreu danos materiais, além de as circunstâncias judiciais terem sido analisadas de forma favorável ao condenado, tanto que a pena-base foi fixada no mínimo legal, é cabível a concessão do *sursis* especial, previsto no art. 78, § 2º, do CP.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0309.17.004342-1/001 - Comarca de Inhapim - Apelante: J.L.S. - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Relator: JOSÉ LUIZ DE MOURA FALEIROS (JUIZ DE DIREITO CONVOCADO).

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, DE OFÍCIO, JULGAR EXTINTA A PUNIBILIDADE DO APELANTE, EM RELAÇÃO A UM DOS DELITOS PRATICADOS, PELA DECADÊNCIA E, NO MÉRITO, DAR PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 1 de dezembro de 2021. - *José Luiz de Moura Faleiros* - Relator.

Voto

JUIZ DE DIREITO CONVOCADO JOSÉ LUIZ DE MOURA FALEIROS - Trata-se de recurso de apelação interposto por J. L. S., em face da sentença de f. 82/84-v, que o condenou como incurso nas sanções do art. 147, por duas vezes, na forma do art. 69, ambos do Código Penal, à pena total de 3 (três) meses e 20 (vinte) dias de detenção, em regime aberto, concedido o *sursis*.

Quanto aos fatos, narra a denúncia que, em fevereiro de 2017 e no dia 04 de agosto de 2017, por duas vezes, sendo a última vez na Rua Guilhermino de Oliveira, próximo ao nº 38, o denunciado ameaçou L. V. S., sua ex-esposa, de causar-lhe mal injusto e grave.

A denúncia foi recebida em 05 de abril de 2018 (f. 30).

A sentença foi publicada no dia 27 de fevereiro de 2020 (f. 85).

Inconformada, apelou a defesa (f. 87), pretendendo, em síntese, em síntese, a absolvição do réu e, subsidiariamente, a redução da pena para o mínimo legal, com a substituição por restritiva de direitos, bem como a suspensão do pagamento das custas processuais (f. 109/113).

Em contrarrazões, o Ministério Público de 1º grau pugnou pelo não provimento do recurso (f. 114-v/117).

No mesmo sentido é o parecer da douta Procuradoria-Geral de Justiça (f. 123/126).

É o relatório.

Conheço do recurso, presentes os pressupostos de sua admissibilidade.

Preliminar

Ab initio, de ofício, submeto à apreciação da Turma Julgadora preliminar de extinção da punibilidade do apelante, no que tange ao delito de ameaça, supostamente cometido em fevereiro de 2017, tendo em vista a ocorrência da decadência do direito de representação.

É cediço que o delito de ameaça se processa mediante ação pública condicionada à representação da vítima, conforme dispõe o parágrafo único do art. 147 do Código Penal, *in verbis*:

> Art. 147 - Ameaçar alguém, por palavra, escrito ou gesto, ou qualquer outro meio simbólico, de causar-lhe mal injusto e grave:
>
> Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa.
>
> Parágrafo único - Somente se procede mediante representação.

Ocorre que, no caso em tela, vislumbro que a ofendida não manifestou tempestivamente o desejo de representar em face do acusado, seu esposo à época dos fatos, quanto à primeira conduta supostamente praticada.

Isso porque, de acordo com art. 38 do Código de Processo Penal, a vítima decairá no direito de re-

presentação se não o fizer dentro do prazo de seis meses, contado do dia em que vier a saber quem é o autor do crime. Confira-se:

> Art. 38. Salvo disposição em contrário, o ofendido, ou seu representante legal, decairá no direito de queixa ou de representação, se não o exercer dentro do prazo de seis meses, contado do dia em que vier a saber quem é o autor do crime, ou, no caso do art. 29, do dia em que se esgotar o prazo para o oferecimento da denúncia.

Nesse sentido, compulsando os autos, verifico que a vítima L. V. S. somente em 04 de setembro de 2017 compareceu à Autoridade Policial para relatar as ameaças sofridas no mês de fevereiro de 2017 e no dia 04 de agosto de 2017 (f. 03/04-v e 06/06-v), ocasião em que representou contra o acusado (f. 05).

Desse modo, tratando-se a representação de condição indispensável para o exercício da ação penal e tendo transcorrido o lapso temporal de seis meses contados do dia em que se tomou conhecimento de quem é o autor do delito, deve ser decretada extinta a punibilidade do apelante quanto à ameaça supostamente cometida em fevereiro de 2017, com base no art. 107, IV, do Código Penal, pela decadência.

Sobre o tema, é a jurisprudência deste e. Tribunal de Justiça:

> Apelação criminal. Furto e lesão corporal leve. Preliminar de ofício. Extinção da punibilidade em relação ao delito de lesão corporal. Crime processado mediante ação penal pública condicionada à representação. Ausência de representação do ofendido. Lapso decadencial ultrapassado. Preliminar defensiva. Nulidade da sentença. Ausência de análise de tese defensiva. Inocorrência. Mérito. Crime remanescente. Absolvição. Descabimento. Autoria e materialdiade devidamente comprovadas. Desclassificação para a modaldiade tentada. Descabimento. Redução da pena de multa. Necessidade. - Considerando que o crime de lesão corporal leve se processa mediante ação penal pública condicionada à representação do ofendido, a ausência de representação da vítima dentro do prazo decadencial conduz à extinção da punibilidade do réu, com fulcro no art. 107, IV, do Código Penal. - Ao juiz é dada a possibilidade de, em sentença, analisar, de modo conjunto e global, os pleitos formulados pelas partes em alegações finais. - Comprovada a autoria e a materialidade delitiva, deve ser mantida a condenação pelo crime de furto, ficando descartado o pleito absolutório. - Demonstrada a inversão da posse da res subtraída, não há como acolher o pedido de desclassificação para crime na modalidade tentada. - A pena de multa deve guarda estrita proporcionalidade com a pena privativa de liberdade (TJMG - Apelação Criminal n° 1.0525.14.024512- 3/001, Rel. Des. Paulo Calmon Nogueira da Gama, 7ª Câmara Criminal, j. em 04.02.2016, p. da súmula em 18.02.2016).

> Apelação criminal. Ameaça. Art. 147 do CP. Preliminar de nulidade do processo. Ação penal pública condicionada à representação. Ausência de representação. Vício não sanado. Preliminar acolhida. Fato superveniente. Extinção da punibilidade. Representação não apresentada dentro do prazo decadencial. O crime de ameaça é de ação penal condicio-

> nada à representação, de forma que é imprescindível a presença de tal condição de Ministério Público para deflagração da ação penal. Nulidade do feito que se declara, anteriormente ao recebimento da denúncia. Preliminar acolhida. - Não tendo as vítimas exercido o seu direito de representação no prazo de seis meses, contados do dia em que souberam quem era o autor do crime, impõe-se a declaração de extinção da punibilidade do agente pela decadência (TJMG - Apelação Criminal nº 1.0517.14.000035-0/001, Rel. Des. Sálvio Chaves, 7ª Câmara Criminal, j. em 14.04.2016, p. da súmula em 20.04.2016).

Mediante tais considerações, de ofício, declaro extinta a punibilidade do apelante, com base no art. 107, IV, do CPB, pela decadência, no que tange ao delito de ameaça supostamente cometido em fevereiro de 2017, subsistindo, tão somente, o crime de ameaça cometido, em tese, no dia 04 de agosto de 2017.

Mérito

Não tendo sido arguidas outras preliminares, nem vislumbrando vício na prestação jurisdicional, passo ao exame do mérito do apelo.

Busca a Defesa a absolvição do réu em relação ao crime previsto no art. 147 do Código Penal.

Analisando detidamente os autos, tenho que razão não lhe assiste.

Registro que a autoria e a materialidade do delito restaram sobejamente demonstradas nos autos, aquela pela prova oral colhida, e esta pelo boletim de ocorrência de f. 03/04-v e pelo termo de representação à f. 05.

Em que pese a negativa do acusado, têm-se as declarações da vítima, em ambas as fases da persecução penal, a qual afirmou ter sido ameaçada por seu companheiro (f. 06/06-v e mídia audiovisual de f. 49).

Como é cediço, na jurisprudência pátria, a palavra da vítima reveste-se de crucial importância em crimes contra a mulher no âmbito das relações domésticas, porquanto, na maioria das vezes, são praticados sem a presença de testemunhas.

A palavra da vítima assume, portanto, relevante valor probatório, eis que não se vislumbra nos autos qualquer intenção desta de incriminar um inocente, mas tão-somente de narrar a atuação ilícita.

Assim, a versão apresentada pela ofendida, por si só, já teria extremo valor probatório, sobretudo por ter descrito com firmeza a empreitada criminosa, traduzindo-se em declarações seguras e em consonância com os demais elementos coligidos aos autos.

Neste sentido, colhe-se da jurisprudência deste Sodalício:

> Violência doméstica. Lesão corporal. Palavra da vítima. Absolvição. Inadmissibilidade. - Tratando-se de lesão corporal praticada no âmbito doméstico, a palavra da vítima prevalece sobre a negativa do agente, ainda mais quando esta se apresenta firme e coerente com a dinâmica dos fatos e tem apoio nas demais provas produzidas ao longo da instrução. - Recurso não provido (TJMG - Apelação Criminal nº 1.0123.08.030246-6/001, Rel. Des. Antônio Armando dos Anjos, j. em 20.07.2010, p. em 03.09.2010).

A corroborar a autoria delitiva, temos os depoimentos prestados pela testemunha Antonio Fonseca Gomes, namorado da vítima à época do crime, que confirmou ter presenciado a ameaça narrada na denúncia, ocorrida em 04 de agosto de 2017 (f. 07/07-v e mídia audiovisual de f. 49).

No mesmo sentido é o teor do histórico do boletim de ocorrência (f. 04) e o depoimento do policial civil Filipe Gomes de Vasconcelos (mídia de f. 66), o qual acrescentou que o acusado chegou a ser preso pelo descumprimento de medida protetiva.

Destarte, restando devidamente comprovadas a autoria e a materialidade do delito, não tendo o acusado agido sob o amparo de nenhuma causa excludente de tipicidade, ilicitude, culpabilidade e/ou punibilidade, mantenho sua condenação pela prática do crime previsto no art. 147 do CP.

Do mesmo modo, em relação à pena-base fixada ao delito, vejo que a decisão primeva não reclama redução, tendo sido estabelecida no mínimo legal, isto é, em 01 (um) mês de detenção. Por outro lado, presente a agravante previsto no art. 61, II, *f*, do CP, tenho que o quantum de aumento se mostrou elevado (vinte e cinco dias). Assim, reduzo a pena do acusado para 1 (um) mês e 5 (cinco) dias de detenção, a qual torno definitiva, à míngua de atenuantes, minorantes e majorantes.

Mantenho o regime aberto para o início do cumprimento da pena, conforme art. 33 do Código Penal.

Por outro lado, entendo que, no caso em tela, o acusado preenche os requisitos do *sursis* especial, previsto no art. 78, § 2º, do CP, pois inexiste nos autos provas de que a vítima sofreu danos materiais, além de as circunstâncias judiciais terem sido analisadas de forma favorável ao condenado, tanto que a pena-base foi fixada no mínimo legal.

Neste sentido já se manifestou esta Câmara:

> Apelação criminal. Lesão corporal e ameaça. Materialidade e autoria comprovadas. Condenação. Suspensão condicional da pena. Possibilidade. Cumulação das condições do *sursis* simples com as do *sursis* especial. Impossibilidade. Os relatos coerentes da vítima, especialmente se apoiados por outros elementos carreados nos autos, são suficientes para comprovar a prática de delitos cometidos no âmbito doméstico. É impossível cumular as condições dos §§ 1º e 2º, do CP, pois o *sursis* especial substitui o simples quando se verifica que o condenado reparou o dano (ou que era impossível fazê-lo) e que as circunstâncias do art. 59 deste Código lhe são inteiramente favoráveis. Faz jus à isenção das custas processuais o réu comprovadamente hipossuficiente, nos termos do art. 10, inc. II, da Lei

> Estadual nº 14.939/03 (Apelação Criminal nº 1.0433.08.258113-6/001, Rel. Des. Cássio Salomé, 7ª Câmara Criminal, j. em 13.01.2011, p. da súmula em 31.01.2011).

Sendo assim, concedo ao acusado tão-somente as condições previstas no art. 78, §2º, do CP, *in verbis*:

> Art. 78 - Durante o prazo da suspensão, o condenado ficará sujeito à observação e ao cumprimento das condições estabelecidas pelo juiz.
>
> [...]
>
> § 2º - Se o condenado houver reparado o dano, salvo impossibilidade de fazê-lo, e se as circunstâncias do art. 59 deste Código lhe forem inteiramente favoráveis, o juiz poderá substituir a exigência do parágrafo anterior pelas seguintes condições, aplicadas cumulativamente:
>
> a) proibição de frequentar determinados lugares;
>
> b) proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do juiz;
>
> c) comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades.

As condições delineadas no art. 78, § 2º, do Código Penal, deverão ser mais bem especificadas pelo Juízo da Execução Criminal, oportunamente.

Não faz jus o acusado à substituição da pena corporal por restritivas de direitos, tendo em vista a vedação contida no art. 44, I, do Código Penal.

Por fim, encontra-se prejudicado o pleito de concessão ao acusado do benefício da gratuidade de justiça, uma vez que ele já foi agraciado com a isenção do pagamento das custas processuais (f. 84-v).

Mediante tais considerações, declaro extinta, de ofício, a punibilidade do acusado, em relação ao crime previsto no art. 147 do CP, supostamente cometido em fevereiro de 2017, nos termos do art. 107, IV, c.c. art. 38 do CPP e, no mérito, dou parcial provimento ao recurso, para reduzir a pena do acusado para 1 (um) mês e 5 (cinco) dias de detenção, bem como para conceder-lhe o benefício do *sursis* especial, na forma do art. 78, § 2º, do Código Penal, mantidos os demais termos da sentença recorrida.

Custas isentas, na forma da sentença (f. 84-v).

Prevalente o presente voto, oficie-se, de imediato, ao d. Juiz primevo, cientificando-o acerca desta decisão, nos termos da resolução nº 237/16 do CNJ, anexando ao ofício cópia do acórdão.

Na oportunidade, arbitro os honorários advocatícios em favor do nobre causídico, Dr. Rider Cândido Dias, OAB/MG nº 91.336, em R$500,49 (quinhentos reais e quarenta e nove centavos), pelas

razões recursais apresentadas.

É como voto.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES SÁLVIO CHAVES E PAULO CALMON NOGUEIRA DA GAMA.

Súmula - DE OFÍCIO, JULGARAM EXTINTA A PUNIBILIDADE DO APELANTE, EM RELAÇÃO A UM DOS DELITOS PRATICADOS, PELA DECADÊNCIA E, NO MÉRITO, DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO.

Agravo em execução penal - Preliminar de nulidade- Prática de faltas graves - Não realização da audiência de justificação - Cerceamento de defesa - Ofensa aos princípios da ampla defesa e do contraditório

- Tratando-se de decisão definitiva de fixação de marco inicial para obtenção de futuros benefícios executórios e perda dos dias remidos em face do suposto cometimento de falta grave, tem-se por indispensável a prévia oitiva do reeducando em audiência de justificação.

- É nula a decisão proferida que deixa de designar audiência de justificação em razão da superveniência de notícias que dão conta do cometimento, em tese, de infrações penais dolosas, já que revela violação aos princípios da ampla defesa e do contraditório.

AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL Nº 1.0301.17.005832-7/002 - Comarca de Ribeirão das Neves - Agravante: T.F. - Agravado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. 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 DECLARAR A NULIDADE DO PROCESSO A PARTIR DA DECISÃO DE ORDEM 03, INCLUSIVE.

Belo Horizonte, 20 de outubro de 2021. - *Paulo Calmon Nogueira da Gama* - Relator.

Voto

DES. PAULO CALMON NOGUEIRA DA GAMA - Trata-se de agravo em execução penal interposto por T.F., contra a decisão de ordem 03, que, dentre outras providências, reconheceu a prática de faltas graves em seu desfavor (datadas de 28.12.2020 e 02.03.2021), o manteve no regime fechado e decretou a perda de 1/5 (um quinto) dos dias remidos.

Pede a Defensoria Pública Estadual, em suas razões (ordem 02), que não seja reconhecida a prática de faltas graves em desfavor do reeducando, aplicando-se tão somente a suspensão do livramento condicional. Para tanto, afirma que foi suspenso o livramento condicional em decorrência da prática de outro crime ocorrido em 08 de outubro de 2020, de modo que, suspensa a execução penal, não há que se falar em cometimento de infração disciplinar de natureza grave. Ainda, destaca que na fase do livramento condicional o apenado não está mais sujeito a nenhum regime prisional, motivo pelo qual não há prática de falta grave nesse período, inclusive ao considerar sequer há sentença transitada em julgado no caso em apreço. Por fim, invoca o princípio constitucional da presunção de inocência. Pugna, ainda, pela concessão dos benefícios da justiça gratuita.

Em contrarrazões, o Ministério Público pugnou pelo conhecimento e desprovimento do recurso (ordem 08).

Na fase de juízo de retratação, a decisão foi mantida por seus próprios fundamentos (ordem 13).

A Procuradoria-Geral de Justiça recomendou o conhecimento e o desprovimento do recurso (ordem 16).

É o relatório.

Presentes os pressupostos objetivos e subjetivos de cognoscibilidade, conheço do recurso.

Preliminar de nulidade por ausência de realização de audiência de justificação.

Inicialmente registro que, de fato, é imprescindível que sejam assegurados ao apenado os direitos ao contraditório e à ampla defesa para que haja a devida apuração da prática de infração disciplinar de natureza grave.

Todavia, a meu juízo e na esteira do que tem entendido o STF, eventual irregularidade e até mesmo a não instauração do Procedimento Disciplinar Administrativo podem ser superadas com a regular realização da Audiência de Justificação em sede jurisdicional.

Assim como, a meu juízo, o PAD é prescindível para a apuração da prática da falta grave (e, por decorrência, também é superável a carência de assistência por defesa técnica na fase administrativa), já que sua ausência não enseja a nulidade do expediente apuratório, uma vez que pode ser atingido o contraditório e a defesa técnica através da devida realização audiência judicial de justificação, em que o reeducando esteja devidamente assistido por defensor.

Todavia, no caso em tela, a audiência de justificação foi dispensada pela Juíza de base, que, na decisão recorrida, reconheceu as faltas graves imputadas ao sentenciado, o manteve em regime fechado e decretou a perda de 1/5 (um quinto) dos dias remidos.

Como sabido, o reconhecimento de falta grave, com a decretação da perda dos dias remidos, acarreta na execução penal diversas consequências danosas aos interesses do reeducando, razão pela qual é imperiosa a oitiva do apenado em juízo, permitindo-lhe o exercício da ampla defesa, sob o crivo do contraditório (à exceção da regressão cautelar, o que não é o caso dos autos).

Nessas hipóteses, a audiência de justificação, segundo entendimento que parece prevalecer nas cortes superiores, afigura-se imprescindível para propiciar ao reeducando o exercício da ampla e efetiva defesa, não apenas a defesa formal, em obediência à regra do art. 118, § 2º, da Lei de Execução Penal:

> Art. 118. A execução da pena privativa de liberdade ficará sujeita à forma regressiva, com a transferência para qualquer dos regimes mais rigorosos, quando o condenado:
>
> [...]

> § 2º Nas hipóteses do inciso I e do parágrafo anterior, deverá ser ouvido previamente o condenado.

Acerca do tema, leciona Renato Marcão:

> [...] É imperiosa a observância dos princípios constitucionais incidentes no processo executional, sob pena de nulidade da decisão de a eles afrontar.
>
> Disso resulta, que, tomando conhecimento da prática de falta grave, cabe ao juiz da execução designar audiência de justificação e determinar a intimação do executado a fim de compareça no dia e hora ajustados, para que, querendo, explique-se a respeito do ocorrido.
>
> Mesmo na hipótese de estar o executado em lugar incerto e não sabido, ainda assim deverá ser designada referida audiência, providenciando-se a intimação daquele por edital.
>
> Na audiência, colhida ou não a justificativa do executado, em seguida o juiz oportunizará a manifestação do Ministério Público e da defesa, após o que proferirá sua decisão. [...] (Lei de execução Penal anotada. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013).

Nesse sentido, é a orientação do c. Superior Tribunal de Justiça:

> HC. Execução. Prática de crime doloso ou falta grave. Regressão. Decisão definitiva. Necessidade de prévia oitiva do réu. Ordem concedida. - Tratando-se de sentença definitiva que determina a regressão de regime prisional, exige-se a prévia oitiva do réu que, em tese, praticou crime doloso ou cometeu falta grave, propiciando-se, assim, a imprescindível oportunidade de defesa do condenado. Inteligência do art. 118, inciso I, da LEP. - Ordem concedida para anular a decisão monocrática que determinou a regressão de regime sem prévia oitiva do condenado (HC 10.334/GO, Rel. Min. Gilson Dipp, Quinta Turma, j. em 07.10.1999, *DJ* de 16.11.1999, p. 218).

Não discrepa o entendimento deste e. Tribunal de Justiça:

> Agravo em execução. Falta grave. Regressão de regime prisional determinada. Ausência de audiência de justificação. Cerceamento de defesa. Nulidade do ato. Cassação da decisão singular. Recurso provido. - Deve ser cassada a decisão que reconheceu o cometimento de falta grave pela sentenciada sem a sua prévia oitiva em audiência de justificação, diante da ofensa aos princípios constitucionais da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal (TJMG - Agravo em Execução Penal 1.0592.12.000385-6/001, Rel. Des.ª Beatriz Pinheiro Caires, 2ª Câmara Criminal, j. em 12.02.2015, p. da súmula em 02.03.2015).
>
> Agravo em execução penal. Reconhecimento de falta grave. Reforma de ofício. Necessidade de realização de audiência de justificação. Independência das esferas administrativa e

> judicial. Garantia à ampla defesa e ao contraditório. - Necessária a realização de audiência de justificação a fim de que, em garantia ao direito da ampla defesa e do contraditório, possa o apenado apresentar explicações ao fato que lhe é imputado (Agravo em Execução Penal nº 1.0231.14.005432-2/001, Rel. Des. Silas Vieira, 1ª Câmara Criminal, j. em 18.11.2014, p. em 28.11.2014).

Assim, tratando-se da possibilidade de reconhecimento de falta grave em desfavor do apenado, com a prolação de decisão definitiva de perda dos dias remidos, indispensável a prévia oitiva do reeducando em audiência de justificação, cuja ausência fere os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório, e fulmina a decisão recorrida, sendo de rigor a sua anulação, bem como dos atos subsequentes.

Não desconheço que o STF, ao apreciar o Tema nº 758 da repercussão geral, reconheceu que a instrução em sede de execução penal pode ser suprida por sentença condenatória - proferida em observância aos princípios da ampla defesa e do contraditório -, na hipótese em que verse sobre a materialidade e autoria delitivas correspondentes às faltas graves imputadas ao sentenciado. Também não desconheço que o STJ caminha em busca de pacificar temas atinentes ao procedimento apuratório disciplinar.

Mas esse não é o caso dos autos, já que não aportou eventual sentença condenatória em desfavor do reeducando correspondente aos delitos que ensejaram o reconhecimento das faltas graves em seu desfavor, razão pela qual deve mesmo ser designada audiência de justificação.

Não para que o juízo da execução penal se imiscua no mérito de eventual lide penal a ser instaurada ou já em curso, mas para que possa avaliar situações objetivas outras e também propiciar a melhor checagem das informações e registros, enfim, tudo o que eventualmente venha a indicar alguma providência, ainda que precária, no âmbito de sua competência, ou que, por alguma razão a ser devidamente exposta, recomende a não aplicação automática da sanção disciplinar.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso, para declarar a nulidade do processo a partir da decisão de ordem 03, inclusive, devendo ser designada audiência de justificação, à qual o agravante deverá comparecer acompanhado de defensor.

Custas na forma da lei. É como voto.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADOR MARCÍLIO EUSTÁQUIO SANTOS E CÁSSIO SALOMÉ.

Súmula - DECLARARAM A NULIDADE DO PROCESSO A PARTIR DA DECISÃO DE ORDEM 03, INCLUSIVE.

Apelação Criminal - Estupro de vulnerável - Condenação - Desistência voluntária caracterizada -Absolvição decretada.

- Se o agente interrompe voluntariamente o processo executório do crime - de natureza plurissubsistente -, abandonando a prática dos demais atos necessários à sua consumação, a hipótese é de desistência voluntária, o que afasta a configuração do delito.

- Como é cediço, há um fundamento político-criminal no instituto da desistência voluntária, que é justamente o de estimular o agente a evitar a produção do resultado de um delito cuja execução já se iniciou, embora lhe fosse possível alcançar a consumação. É a chamada "ponte de ouro", de que pode se valer o autor para retroceder de forma eficaz para o campo da licitude.

V.v. - Apelação criminal - Estupro de vulnerável - Desclassificação da conduta para o crime de importunação sexual - Necessidade - Materialidade e autoria comprovadas - Palavra da vítima - Relevância em crimes contra a dignidade sexual - Coerência com as demais provas colhidas nos autos - Desproporcionalidade entre a sanção do delito de estupro de vulnerável e o ato praticado - Possibilidade de aplicação da Lei nº 9099/95 - Remessa dos autos ao Juízo de origem.

- Nos termos do art. 15 do CP, o agente, voluntariamente, desiste de prosseguir na execução ou impede que o resultado se produza, responde pelos atos já praticados.

- Se a conduta praticada pelo apelante (passar a mão nas partes íntimas da vítima, sob suas vestes), embora moralmente condenável, não caracteriza o delito de estupro de vulnerável, deve ser desclassificada para o delito de importunação sexual, notadamente pela flagrante desproporcionalidade entre a sanção cominada e o ato por ele praticado.

- Operada a desclassificação, nos termos do art. 383, § 1º, do CPP e da Súmula nº 337 do STJ, deve-se converter o julgamento em diligência, abrindo-se vista ao Ministério Público para os fins de eventual aplicação dos institutos despenalizadores da Lei nº 9.099/95.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0134.12.008142-4/001 - Comarca de Caratinga - Apelante: E.S.R. - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. 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 AO RECURSO, VENCIDO PARCIALMENTE O REVISOR.

Belo Horizonte, 1 de dezembro de 2021. - *Cássio Salomé* - Relator.

Voto

DES. CÁSSIO SALOMÉ - Recurso de apelação interposto por E.S.R., contra a sentença de f. 170/179, da lavra do MM. Juiz de Direito da Comarca de Caratinga/MG, que o condenou como incurso no art. 217-A, c.c. o art. 226, II, todos do Código Penal, à pena de 12 (doze) anos de reclusão, em regime fechado.

A denúncia narra, em suma, que no dia 24 de junho de 2011, por volta das 16h, em uma estrada rural próxima a cidade de Santa Rita de Minas/MG, o acusado praticou atos libidinosos, diversos da conjunção carnal, com R.S.F., menor de 14 (quatorze) anos.

Segundo a peça acusatória, o acusado, E., e a vítima, R., estavam voltando para casa em uma motocicleta, quando o primeiro se ofereceu para ensinar esta última a pilotar o veículo, tendo ela aceitado. O autor sentou-se na garupa da motocicleta e, enquanto a ofendida conduzia o veículo, ele passou a mão na vagina da menor e tentou lhe acariciar os seios.

Encerrada a instrução e prolatada a sentença, as intimações foram realizadas às f. 181-v., 188, 208 e 224.

Pleiteia o apelante (razões às f. 193/200) a sua absolvição, por insuficiência de prova. Subsidiariamente, bate-se pelo reconhecimento da desistência voluntária; pela fixação da pena-base no mínimo legal, com o reconhecimento da atenuante genérica do art. 66 do Código Penal; e, por fim, pela isenção das custas processuais, nos termos do disposto na Lei nº 1.060/50.

Contrarrazões às f. 202/203-v., pela manutenção da decisão.

A douta Procuradoria Geral de Justiça opina pelo desprovimento da apelação (f. 235/238).

É o relatório.

Conheço do recurso, presentes os pressupostos de admissibilidade e processamento.

Não foram arguidas preliminares e não há vícios processuais a serem sanados.

Trata-se de imputação da prática de atos libidinosos diversos da conjunção carnal, consistente na apalpação das partes íntimas da vítima, menor de 14 (quatorze) anos à época do fato.

Nessa modalidade, o delito em apreço, via de regra, não deixa vestígios materiais, tal como ocorreu na espécie, razão pela qual não se mostra prescindível o exame de corpo de delito.

Noutro vértice, a jurisprudência pátria é assente no sentido de que em crimes dessa natureza, geralmente cometidos na clandestinidade, sem testemunhas ou vestígios, à palavra da vítima, quando coerente e verossímil, deve ser atribuído especial valor probatório.

Essa é a orientação do colendo Superior Tribunal de Justiça:

> *Habeas corpus* substitutivo de recurso. Inadequação da via eleita. Estupro. Atos libidinosos diversos da conjunção carnal. Sexo oral. Exame pericial. Desnecessidade. Crime que não deixa vestígios. Palavras das vítimas. Validade. Habeas corpus não conhecido. - O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do *habeas corpus*, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade. - Nos termos do art. 158 do Código de Processo Penal, "quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado". - Consistindo o ato sexual na prática de sexo oral nas ofendidas e, no mesmo contexto, em relação ao paciente, constatado não ter a prática deixado vestígios materiais, desnecessária a determinação de exame pericial, diante de sua irrelevância para verificação da materialidade delitiva. – "A jurisprudência pátria é assente no sentido de que, nos delitos de natureza sexual, por frequentemente não deixarem vestígios, a palavra da vítima tem valor probante diferenciado" (REsp n° 1.571.008/PE, Rel. Min. Ribeiro Dantas, Quinta Turma, *DJe* de 23.02.2016). - *Habeas corpus* não conhecido (HC n° 301.380/SP, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, j. em 14.06.2016, *DJe* de 21.06.2016).

A vítima e sua mãe subscreveram o Termo de Representação de f. 03, narrando o fato de forma uniforme. Muito embora o acusado negue a ocorrência do fato, as declarações da menor, seguras e harmônicas, aliadas aos depoimentos das testemunhas, colhidos na fase de inquérito e em juízo, sob o crivo do contraditório, não deixam dúvidas de que o episódio efetivamente aconteceu.

Segundo o relato da menor, que contava 13 (treze) anos de idade à época, os fatos ocorreram quando ela e o acusado - que na ocasião era casado com a sua tia - se dirigiram até uma roça para buscar um balde usado para medir café. O réu a convidou para acompanhá-lo até aquele local, levando-a na garupa de sua motocicleta. Ao retornarem para casa, o acusado, alegando que a ensinaria a pilotar o veículo, posicionou-a à sua frente, ocupando ele a garupa da moto. Valendo-se dessa circunstância, enquanto ela estava pilotando, com as duas mãos no guidão, o autor colocou a mão na região de sua vagina, por cima da roupa. Ela afastou as mãos do agente, mas, ato contínuo, o acusado a levou para uma lavoura e, nesse local, determinou-lhe que descesse da motocicleta e que se despisse. Diante da veemente recusa da ofendida, o réu insistiu no pedido, dizendo-lhe que só a levaria de volta se ela tirasse a roupa. A adolescente, entretanto, se mostrou firme no propósito de não aceder, voltando a pedir ao autor que a levasse de volta para casa, com o que ele acabou concordando, diante da promessa de que ela não revelaria o fato a ninguém.

Ao chegar em casa, a adolescente não contou o ocorrido para os seus familiares. Entretanto, posteriormente, acabou revelando o fato para um vizinho e para suas amigas. A família veio a tomar conhecimento do episódio através de uma ligação da diretora da escola, a quem suas amigas contaram os fatos durante uma palestra sobre violência sexual.

As declarações da vítima foram corroboradas pelos depoimentos de sua genitora, que residia em São Paulo na época do ocorrido, mas retornou para a cidade de Caratinga/MG e tão logo tomou

ciência do fato, cerca de seis meses depois do ocorrido, através de uma ligação de sua irmã - que na ocasião era casada com o acusado, separando-se dele depois do episódio. Segundo a mãe da menor, sua filha lhe disse ter ficado desesperada na ocasião, pois não havia ninguém por perto para ajudá-la. Disse que o acusado a ameaçou para que não contasse o ocorrido a ninguém, mesmo porque não acreditariam nela.

No mesmo sentido, a ratificar as palavras da ofendida, estão nos autos os testemunhos de R.F. e C.A. Segundo Romário, a vítima chegou à sua casa pálida e trêmula, relatando-lhe que o acusado havia tentando abusar dela na lavoura. Camila, por sua vez, afirmou que a ofendida também lhe contou o fato, mas pediu-lhe que não o revelasse a ninguém, pois tinha medo do que podia acontecer.

Portanto, a alegação do apelante de que o fato não aconteceu se apresenta destituída de credibilidade, posto que isolada nos autos, inexistindo elementos que a respaldem.

Não obstante, tenho que o crime de estupro, de fato, não se consumou, em face da desistência voluntária do acusado, tal como apontado pela defesa.

Está nítido nos autos que era intenção do acusado manter com a vítima conjunção carnal. Era esse o seu desiderato desde o início, quando tentou acariciar as partes intimas da menor e a constrangeu a seguir com a motocicleta até um local isolado, em uma lavoura, onde insistiu para que ela se despisse.

Entretanto, também não há dúvida de que, ao chegarem ao local, diante da firme oposição da ofendida, sem que houvesse qualquer intervenção de terceiros ou outra circunstância impeditiva da consumação do ato, o acusado, voluntariamente, desistiu de seu intento, levando-a de volta para casa.

Essa a conclusão que se extrai das declarações da própria adolescente.

Houve, portanto, por parte do agente, a interrupção voluntária do processo executório do crime - que é de natureza plurissubsistente -, visto que ele abandonou a prática dos demais atos necessários à consumação, que estavam à sua disposição para tanto.

O que ocorreu antes, com um breve contato das mãos do agente no corpo da vítima, sobre a motocicleta em trânsito, não me parece suficiente para, isoladamente, configurar crime contra a liberdade sexual, ou de outra natureza.

Como é cediço, há um fundamento político-criminal no instituto da desistência voluntária, que é justamente o de estimular o agente a evitar a produção do resultado de um delito cuja execução já se iniciou, embora lhe fosse possível alcançar a consumação. É a chamada "ponte de ouro", de que pode se valer o autor para retroceder de forma eficaz para o campo da licitude.

Foi o que ocorreu na espécie

Ante o exposto, provejo o recurso interposto para, com fundamento no art. 15 do Código Penal, e no art. 386, III, do Código de Processo Penal, decretar a absolvição do réu.

Comunique-se ao MM. Juiz. Custas, pelo Estado.

JUIZ DE DIREITO CONVOCADO JOSÉ LUIZ DE MOURA FALEIROS - Após examinar detidamente os fatos, peço vênia ao eminente Des. Relator para divergir parcialmente de seu judicioso voto.

Conforme já exaustivamente detalhado no voto condutor, o acervo probatório não deixa margem de dúvidas quanto à ocorrência dos fatos, sendo certo, pelas provas colhidas, que o acusado, apesar de num segundo momento ter desistido de prosseguir na empreitada criminosa, diante da veemente negativa da menor em se despir, com ela retornando para casa, em um primeiro momento, passou a mão nas partes íntimas dela (vagina), sob suas vestes e sem o seu consentimento, ação que, a meu ver, já configura ato libidinoso diverso e, portanto, fato típico, devendo por ele responder criminalmente.

Conforme expressamente previsto no art. 15 do Código Penal, "O agente que, voluntariamente, desiste de prosseguir na execução ou impede que o resultado se produza, só responde pelos atos já praticados".

É exatamente este o cenário dos autos.

Inobstante o acusado tenha cedido ao apelo da vítima em momento posterior, quando ela se recusa a se despir e insiste que ele a leve de volta para casa, é certo que no primeiro momento ele consumou o ato libidinoso consistente no toque lascivo (passar as mãos em sua perna e em suas partes íntimas, ainda que sobre suas vestes).

Importante ressaltar que restou exaustivamente demonstrado, quando da análise da prova oral, que o acusado praticou os referidos atos libidinosos diversos de conjunção carnal com a ofendida.

Nesse contexto, analisando as condutas praticadas pelo acusado, entendo que, embora moralmente condenáveis, não caracterizam, a meu ver, o delito de estupro de vulnerável, mas o crime de importunação sexual, previsto no art. 215-A do Código Penal, incluído pela Lei nº 13.718, de 24 de setembro 2018, a saber:

> Art. 215-A. Praticar contra alguém e sem a sua anuência ato libidinoso com o objetivo de satisfazer a própria lascívia ou a de terceiro:
>
> Pena - reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, se o ato não constitui crime mais grave.

Vale dizer que a Lei nº 13.718, de 24 de setembro 2018, dentre outras inovações, tipificou o crime de importunação sexual, punindo-o de forma mais branda do que o delito de estupro de vulnerável, mas de forma mais grave que as contravenções penais de importunação ofensiva ao pudor e perturbação da tranquilidade, exatamente para dar fim à flagrante desproporcionalidade muitas vezes existente entre o ato praticado pelo agente e as sanções existentes no ordenamento jurídico pátrio.

Antes mesmo das alterações trazidas pela Lei nº 12.015/2009, em obra coordenada por Luis Flávio

Gomes, encontramos a seguinte lição:

> A pena (e o regime do seu cumprimento, claro), por último, deve ser proporcional ao fato praticado. Tanto o legislador como o juiz se acham limitados pelo princípio da proporcionalidade. E sempre que o legislador não respeita o conteúdo do referido princípio, deve o juiz fazer os devidos ajustes. Exemplo: pena de seis anos para um beijo lascivo (CP, art. 214): cuida-se de pena totalmente desproporcional. Cabe ao juiz refutar sua aplicação. (Gomes, Luiz Flávio (coord.). *Direito Penal*: introdução e princípios fundamentais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. v. 1. p. 561-562).

Repita-se, embora censurável a conduta praticada pelo apelante, forçoso é concluir que, a meu ver, ela não é coberta de reprovabilidade suficiente para caracterizar o crime de estupro de vulnerável.

Com efeito, uma vez que a conduta não se revestiu de tamanha gravidade a ensejar uma condenação desproporcional à infração cometida, mas demonstrado que o acusado praticou contra a vítima ato libidinoso com o objetivo de satisfazer a própria lascívia, afigura-se necessária, em consonância com o disposto no art. 383 do CPP, que pode ser aplicado nesta segunda instância, consoante norma inscrita no art. 614 do mesmo Codex, a desclassificação do crime de estupro de vulnerável para o crime de importunação sexual, previsto no art. 215-A do Código Penal, conforme demonstrado alhures.

Esclareço que tal procedimento não causa qualquer prejuízo ao apelante, eis que ele se defende dos fatos narrados e não da capitulação jurídica contida na denúncia.

Registre-se que não desconheço o posicionamento atual do col. STJ a respeito da questão. Contudo, entendo que o legislador buscou criar tipo penal intermediário para condutas libidinosas menos gravosas, a fim de resolver questão que afligia os julgadores, exatamente para dar fim à flagrante desproporcionalidade muitas vezes existente entre o ato praticado pelo agente e as sanções existentes no ordenamento jurídico pátrio.

Assim, tendo o apelante praticado o crime de importunação sexual, sua condenação pelo delito estupro de vulnerável ou a sua absolvição, tão somente por tratar-se de vítima menor de 14 (quatorze) anos, releva-se em patente injustiça.

Destarte, dou parcial provimento ao recurso defensivo para desclassificar o delito de estupro de vulnerável para o crime de importunação sexual, condenando o apelante E.S.R. como incurso nas iras do delito previsto no art. 215-A, do Código Penal.

Noutro giro, procedida à referida desclassificação, determino a abertura de vista ao representante do Órgão de Acusação, para que este se manifestasse sobre a possibilidade de aplicação da suspensão condicional do processo na presente hipótese, diante da primariedade do acusado (CAC às f. 144).

Dessa forma, com arrimo no § 1º do art. 383 do Código de Processo Penal e Súmula nº 337 do

Superior Tribunal de Justiça, devem os presentes autos serem remetidos ao d. Juízo *a quo*, a fim de que sejam tomadas mencionadas providências em relação ao apelante.

Diante disso, converto o julgamento em diligência, determinando a remessa dos autos ao Juízo primevo, para que se abra vista ao Ministério Público para que este se manifeste acerca de eventual cabimento dos institutos despenalizadores da Lei nº 9.099/95, conforme disposições do § 1º do art. 383 do CPP e Súmula nº 337 do Superior Tribunal de Justiça, em relação ao apelante E.

Pelo exposto, redobrando vênia ao insigne Des. Relator, dou parcial provimento ao recurso, para desclassificar o delito de estupro de vulnerável imputado a E.S.R. para o crime de importunação sexual, previsto no art. 215-A do Código Penal e, em consequência, determino a remessa dos autos ao Juízo primevo, para que seja aberta vista ao Ministério Público, que deverá se manifestar acerca de eventual cabimento dos institutos despenalizadores da Lei nº 9.099/95, conforme disposições do § 1º, do art. 383 do CPP e Súmula nº 337 do Superior Tribunal de Justiça e, caso não concedido o benefício ao apelante ou se aceito, mas não cumpridas as condições fixadas, o processo deverá retornar a este Tribunal para fins de fixação da pena ao apelante.

Prevalecendo este voto, comunique-se, imediatamente, ao Juízo de origem.

Custas pelo apelante, conforme sentença (f. 178-v). É como voto.

DES. SÁLVIO CHAVES - De acordo com o Relator.

Súmula - DERAM PROVIMENTO AO RECURSO, VENCIDO PARCIALMENTE O REVISOR

Penal - Apelação criminal - Apropriação indébita - Preliminar - Erro material no dispositivo da sentença - Acolhimento - Mérito - Materialidade e autoria devidamente comprovadas - Enquadramento típico - Dolo demonstrado - Insignificância - Não cabimento - Dosimetria da pena - Compensação da reincidência com a confissão espontânea - Possibilidade.

- Diante da ocorrência de erro material na sentença e da não oposição de embargos de declaração, deve ser acolhida a preliminar, para retificar a parte dispositiva, pois contraditória com a fundamentação. O tipo penal incriminador da apropriação indébita se efetiva quando o agente se apropria de coisa alheia móvel por livre, espontânea e consciente vontade, tomando para si o bem, posteriormente à sua entrega pacífica, agravando-se a situação, quando lhe fora confiado a título de ofício, emprego ou profissão. No delito em questão, para que se possa afastar o dolo, é necessária a demonstração inequívoca de que o agente não tinha a intenção de se apoderar da coisa, o que não se verifica no caso vertente. Se o valor dos bens apropriados não é ínfimo e as condições pessoais do acusado são desfavoráveis, a lesão jurídica provocada deve ser considerada expressiva, o que impede a aplicação do princípio da insignificância ao caso. Tanto a agravante da reincidência quanto a atenuante da confissão espontânea apresentam natureza subjetiva, não havendo, em geral, preponderância entre elas, devendo ser compensadas.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0527.15.000126-3/001 - Comarca de Prados - Apelante: A.R.M. - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Relator: DES. HENRIQUE ABI-ACKEL TORRES.

Acórdão

Vistos, etc., acorda, em Turma, a 8ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em ACOLHER A PRELIMINAR E DAR PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 25 de novembro de 2021. - *Henrique Abi-Ackel Torres* - Relator.

Voto

DES. HENRIQUE ABI-ACKEL TORRES - Trata-se de apelação criminal interposta por A.R.M., contra a respeitável sentença de f. 175/178-v, proferida pela douta Juíza de Direito da Vara Única da Comarca de Prados/MG, que julgou procedente a pretensão acusatória e o condenou pela prática do crime previsto no art. 168, § 1º, III, do Código Penal (CP), à pena de 1 (um) ano, 6 (seis) meses

e 20 (vinte) dias de reclusão, em regime semiaberto, e 14 (quatorze) dias-multa, estes fixados no mínimo valor unitário.

Foram negados os benefícios previstos nos arts. 44 e 77 do CP, mas concedido ao sentenciado o direito de recorrer em liberdade.

De acordo com a denúncia, no mês de novembro de 2014, na cidade de Prados/MG, A.R.M. se apropriou de coisa alheia móvel, de que tinha a posse em razão de emprego, ofício ou profissão (f. 01d/02d).

A denúncia foi recebida em 27.03.2017 (f. 95).

Concluída a instrução processual, foi proferida a respeitável sentença condenatória, publicada em 16.11.2020 (f. 178-v).

A defesa interpôs apelação à f. 183 e, nas razões de f. 188/193, pugna pela absolvição do apelante, por atipicidade da conduta. Subsidiariamente, requer a fixação da pena no mínimo legal, com o reconhecimento da primariedade e da confissão espontânea pelo recorrente.

Contrarrazões ministeriais às f. 194/199-v.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer de f. 206/217, opina pelo conhecimento e desprovimento do recurso.

É o breve relatório.

Admissibilidade.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

Preliminar.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça suscita, preliminarmente, a existência de erro material no dispositivo da respeitável sentença de f. 175/178-v, no que diz respeito ao regime prisional fixado ao ora apelante.

De fato, no dispositivo da respeitável sentença consta fixado o regime aberto para o cumprimento da pena. *In verbis*:

> [...] *Ex positis*, julgo procedente a denúncia condenar o réu A.R.M. como incurso nas penas do art. 168, § 1º, III do Código Penal, à pena privativa de liberdade de 1 (um) ano e 6 (seis) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, a ser cumprida no regime inicial aberto e pecuniária de 14 (quatorze) dias-multa, de valor unitário igual a um trigésimo do salário mínimo vigente à época do fato (f. 178).

Contudo, restou consignado na fundamentação da decisão que 'a pena privativa de liberdade será cumprida no regime inicial semiaberto, com fundamento no dispositivo no art. 33, §§ 2º e 3º do

CPB" (f. 177-v).

Com efeito, considerando se tratar de réu reincidente, correto o estabelecimento do regime semiaberto, configurando erro material a referência ao regime aberto constante no dispositivo do édito condenatório.

Malgrado a melhor forma de correção fosse através de interposição de embargos de declaração, por se tratar de mero erro material, acolho a preliminar suscitada pelo douto Procurador de Justiça, para retificar a parte dispositiva da respeitável sentença, fazendo constar o regime prisional semiaberto para o início do cumprimento de pena por A.R.M.

Mérito.

Do pedido de absolvição por atipicidade formal

A defesa sustenta a atipicidade formal da conduta de A., asseverando que "não se demonstrou que a conduta do agente tenha extrapolado o mero rompimento da relação obrigacional mantida com a suposta vítima, consistente na prestação de serviços de pintura" (f. 189).

Sem razão, contudo. Extrai-se da denúncia que:

> "[...] a vítima V.P.G.P. levou à oficina onde o denunciado trabalhava o seu veículo Ford/Corcel II, de cor azul, para que a pintura do mesmo fosse reformada, tendo sido acordado entre o acusado e a vítima que o serviço teria o custo de R$1.350,00 (mil trezentos e cinquenta reais). Assim, V.P., ao deixar seu automóvel para os reparos, adiantou a quantia de R$1.000,00 (mil reais) a A., além de ter mantido no interior do veículo um módulo acústico automotivo de 1200W (mil e duzentos watts) RMS e uma caixa acústica, avaliada em R$300,00 (trezentos reais), conforme laudo acostado à f. 25 dos autos.
>
> É dos autos que, decorridos alguns dias, a vítima V.P. se dirigiu à oficina onde o denunciado trabalhava, para buscar a caixa e o módulo acústicos que se encontravam no interior do seu veículo, tendo o acusado lhe informado que tinha enviado tais objetos para serem consertados em São João Del-Rei. Contudo, a caixa e o módulo acústicos não estavam com defeito, tampouco foram entregues ao denunciado para eventual reparo.
>
> Restou apurado, finalmente, que após sucessivas tentativas, a vítima não logrou êxito em recuperar a aparelhagem de som que se encontrava no interior de seu veículo, tampouco de reaver a quantia de R$1.000,00 (mil reais) que adiantou pelo serviço de pintura que não foi prestado pelo denunciado [...]" (f. 01d/02d).

De início, registro que a materialidade do delito resta comprovada através dos elementos constantes no boletim de ocorrência de f. 03/03-v, laudo de avaliação indireta de f. 25 e pela prova oral colhida nos autos, especialmente a confissão do acusado.

A autoria e o dolo também restaram incontestes.

O apelante, perante a autoridade policial, afirmou que levou as caixas de som e os estofados para reforma na cidade de São João Del-Rei/MG, como cortesia ao proprietário do veículo. Destaca-se:

> [...] que o declarante alugou a oficina de Jesus Neri, há três meses atrás, quando então pegou o serviço de pintura de um veículo de propriedade de V., sendo o veículo Ford/Corcel II; que o período que mencionou a V. de quinze dias, seria o período de processo para a pintura do veículo e não o prazo no qual o veículo ficaria pronto; que o declarante pegou as caixas de som que estavam no interior do referido veículo e as trouxe-se para o estabelecimento comercial denominado Auto Peças Horizonte, na Avenida Trinta e Um de Março, em frente ao estabelecimento Metrópoles, onde o funcionário W. as consertaria, uma vez que as referidas caixas não tinham forração; que afirma que trouxe as caixas de som e os estofados do veículo para reforma como "brinde" ao proprietário do veículo; que os estofados do veículo estão na capotaria Canaã, localizada no bairro Dom Bosco, atrás do colégio Instituto Auxiliadora, uma vez que o declarante os deixou naquele estabelecimento para fazer reformas; que, pelos serviços de pintura, o declarante cobrou o valor de R$1.500,00 (mil e quinhentos reais) sendo que já recebeu adiantado a quantia de R$1.000,00 (mil reais) em dinheiro; que o declarante esclarece que, no decorrer do mês passado, o declarante deixou de trabalhar na oficina que alugou, uma vez que veio morar na cidade de São João Del-Rei, na casa de seu genitor, para tratamento médico; que esclarece que deixou o referido veículo aos cuidados do lanterneiro de nome A., o qual iria fazer os serviços de lanternagem e, após findados tais serviços, o declarante seria avisado para iniciar os serviços de pintura; que o declarante se compromete a comparecer nos locais onde deixou as caixas acústicas mencionadas nos autos, assim como os estofados do veículo, pegá-los e devolvê-los o quanto antes ao proprietário V. [...] (f. 37 - depoimento confirmado em juízo conforme mídia acostada à f. 160).

Em juízo, confirmou o depoimento anterior, porém afirmou que a vítima autorizou que levasse as caixas de som para serem consertadas (mídia acostada à f. 160).

Os fatos narrados na denúncia são confirmados pelo ofendido, em seu depoimento prestado em delegacia, ratificado em juízo (f. 142), em que relatou que combinou com o acusado apenas o serviço de pintura de seu veículo e que a caixa de som e o módulo acústico, deixados no interior do carro, não apresentavam defeitos.

Veja-se:

> [...] que o autor A.R.M. trabalha como pintor de veículos e, há aproximadamente três meses, o declarante levou seu veículo Ford/Corcel II de cor azul para ser reformada a pintura; que entrou em acordo com A. de forma que trabalho ficaria em R$1.350,00 (mil trezentos e cinquenta reais); que, ao deixar o veículo com A., o declarante adiantou a quantia de R$1000,00 (mil reais) pelo serviço; que também deixou no veículo um módulo acústico automotivo de 1200W (mil e duzentos watts) RMS, de marca que não sabe informar, e também uma caixa acústica, não sabendo informar a marca e a potência; que o declarante havia comprado o módulo por R$300,00 (trezentos reais) de J.R.S., vulgo "J.", e a caixa

> acústica por R$250,00 (duzentos e cinquenta) de "G." que trabalha no supermercado da M.; que A. prometeu entregar o veículo pronto em 15 (quinze) dias, porém, até o momento o veículo não foi pintado; que recentemente o declarante foi buscar a caixa acústica e o módulo para vender e não mais os encontrou no veículo, tendo A. dito que os levou para São João Del-Rei para concerto, o que causou estranheza no declarante, uma vez que não apresentavam defeito e o combinado foi somente o serviço de pintura do veículo; que o declarante tentou várias por vezes recuperar esses bens, mas A. ficava só enrolando e não resolvia nada; que já ouviu comentários que A. é usuário de drogas e que o mesmo poderia ter trocado tais bens por droga em São João Del-Rei [...] (f. 31/32).

Destaca-se, ainda, o depoimento prestado pela testemunha L.D.D., que, na fase inquisitorial, confirmou ter presenciado o momento em que o apelante disse à vítima que havia levado o módulo do carro para ser concertado em São João Del-Rei/MG (f. 16/17).

Diante desse cenário, entendo haver nos autos elementos suficientes a demonstrar a culpabilidade do acusado, que se apropriou indevidamente de equipamentos de som pertencentes à vítima, deixados no interior do veículo deixado em sua oficina pelo ofendido para a execução de serviços de pintura.

Assim, a conduta do apelante se amolda perfeitamente nas elementares descritas pelo art. 168, § 1º, inciso III, do CP, que é caracterizado pela posse ou detenção justa (lícita) da coisa pelo agente, que, se valendo dessa condição, efetua a apropriação, como no caso em tela.

O tipo penal incriminador da apropriação indébita se efetiva quando o agente se apropria de coisa alheia móvel por livre, espontânea e consciente vontade, tomando o agente para si o bem, posteriormente à sua entrega pacífica, agravando-se a situação, quando lhe fora confiado a título de ofício, emprego ou profissão, o que no caso em tela, definitivamente ocorreu.

Do pleito de absolvição por atipicidade material

A defesa almeja, também, o reconhecimento da atipicidade material da conduta, com a aplicação do princípio da insignificância.

Contudo, não lhe assiste razão.

Acerca da incidência do princípio da insignificância, está sedimentado o entendimento de que é necessária a presença concomitante de quatro vetores, quais sejam: mínima ofensividade da conduta do agente; ausência de periculosidade social da ação; reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento; e inexpressividade da lesão jurídica provocada.

O referido princípio tem reflexo na tipicidade material da conduta, assim compreendida como a lesão ou perigo de lesão à expectativa social da qual decorre o interesse jurídico protegido pela norma penal.

Assim, o princípio da insignificância, ou da bagatela, somente tem aplicação nos casos em que as peculiaridades fáticas denotam que a conduta, apesar de possuir conformidade com a hipótese de

incidência abstratamente prevista como crime na lei penal (tipicidade formal), não é capaz de oferecer perigo de lesão à expectativa social na vigência da norma.

No caso, tenho que as peculiaridades do caso demonstram que a reprovabilidade do comportamento de A. não pode ser considerada de pequena monta.

Com efeito, consoante consignado pelo ilustre Magistrado sentenciante, o valor dos objetos apropriados pelo apelante ultrapassa 20% (vinte por cento) do salário mínimo vigente à época dos fatos, o que impede a aplicação do princípio da insignificância.

Ademais, em análise à certidão de antecedentes criminais de f. 171/174, verifica-se que o apelante ostenta condenação criminal com trânsito em julgado anterior ao fato ora em apuração, apta a configurar a reincidência, pela prática de crime da mesma natureza.

Há, ainda, registro de outra condenação criminal apta a caracterizar maus antecedentes, também por crime patrimonial.

Não se pode perder de vista que, em uma perspectiva funcionalista- normativa, o agente que, já penalizado por crime da mesma natureza e possuidor de histórico de recalcitrância em delitos patrimoniais, volta a defraudar o dever de respeito à lei a todos imposto, reafirma sua negação de vigência perante a norma, e frustrando, mais uma vez, a expectativa social que nele, e em todos nós, é depositada.

Diante de tais considerações, não restam dúvidas de que a reprovabilidade social da conduta é expressiva, motivo pelo qual não há que se falar em atipicidade material com base no princípio da insignificância (STJ, AgRg no HC nº 558.273/SC, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, j. em 30.06.2020).

Do pedido de redução da pena aplicada.

Subsidiariamente, a defesa requer a fixação da pena no mínimo legal, com o reconhecimento da primariedade e da confissão espontânea do recorrente.

Assiste parcial razão ao apelante.

Na primeira fase de dosimetria, o ilustre Juiz singular fixou a pena-base no mínimo legal, qual seja, 1 (um) ano de reclusão e 10 (dez) dias-multa.

Na fase seguinte, embora reconhecida a confissão espontânea, deixou o nobre Sentenciante de reduzir a pena em face de tal atenuante, uma vez que a reprimenda já se encontrava no patamar mínimo. Em seguida, exasperou a reprimenda em face da agravante da reincidência (CAC acostada às f. 171/174).

Neste ponto, consigno que tanto a reincidência quanto a confissão espontânea apresentam natureza subjetiva e estão previstas no art. 67 do CP, não havendo, em geral, preponderância entre elas, pelo que devem ser compensadas:

> [...] A agravante de reincidência e a atenuante da confissão espontânea são igualmente preponderantes, motivo pelo qual devem ser compensadas na segunda fase de fixação da pena. [...] (TJMG - Apelação Criminal nº 1.0693.19.003211-2/001, Rel. Des. Wanderley Paiva, 1ª Câmara Criminal, j. em 04.08.2020, p. da súmula em 14.08.2020).

Dessa forma, compenso a atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência e fixo a pena intermediária em 1 (um) ano de reclusão e 10 (dez) dias-multa.

Na fase derradeira, incide a causa de aumento de pena prevista no art. 168, § 1º, III, do CP, devendo a reprimenda ser majorada em 1/3 (um terço). Assim, consolido a reprimenda de A.R.M. em 1 (um) ano e 04 (quatro) meses de reclusão, e 13 (treze) dias-multa.

Apesar de condenado à pena privativa de liberdade inferior a 4 (quatro) anos, o apelante é reincidente, devendo ser mantido, então, o regime inicial semiaberto, conforme determina o art. 33, § 2º, do CP e Súmula nº 269 do STJ.

Pelo mesmo motivo, não restam preenchidos os requisitos previstos no art. 44 do CP, razão pela qual inviável a concessão do benefício de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Dispositivo.

Com tais considerações, acolho preliminar arguida pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, para retificar o dispositivo da sentença, fazendo constar o regime prisional semiaberto e, no mérito, dou parcial provimento ao recurso, para compensar a agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea, reduzindo a pena imposta ao apelante para 1 (um) ano e 4 (quatro) meses de reclusão, e 13 (treze) dias-multa, mantendo, no mais, a respeitável sentença.

Considerando os parâmetros que vêm sendo adotados por este eg. TJMG, firmados no IRDR nº 1.0000.16.032808-4/002 ("III. A partir de 29.09.2017 é impositiva a observância da tabela organizada pelo Conselho Seccional da OAB/MG, *ex vi* do disposto no art. 272 da CEMG, no art. 22, § 1º, Lei nº 8.906/94 [art. 22, § 1º] e, ainda, no art. 1º, § 1º, da Lei Estadual nº 13.166/1999"), e a data da nomeação da defesa dativa (29.01.2018 - f. 119), fixo os honorários do advogado dativo, o Dr. Jober Dias Júnior, OAB/MG 151.191, em R$500,49 (quinhentos reais e quarenta e nove centavos), pela sua atuação na fase recursal. Expeça-se a pertinente certidão cartorária.

Custas pelo apelante, observada a possibilidade de suspensão da exigibilidade de seu pagamento pelo Juízo da execução, isso porque o recorrente é assistido por defensor dativo e essa situação configura presunção *iuris tantum* de hipossuficiência financeira e de impossibilidade de arcar com as custas do processo, nos termos do art. 98 do Código de Processo Civil.

É como voto.

Votaram de acordo como Relator os DESEMBARGADORES MÁRCIA MILANEZ E DIRCEU WALACE BARONI.

Súmula - ACOLHERAM A PRELIMINAR E DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO

.

Apelação - Dispensa ou inexigibilidade de licitação - Prescrição retroativa - Reconhecimento - Data dos fatos anterior à vigência da Lei nº 12.234/2010 - Redação vigente à época - Extinção da punibilidade - Recurso provido

- Considerando que as alterações promovidas pela Lei nº 12.234/10 são prejudiciais ao réu, tendo o crime sido praticado antes de sua vigência, deve ser observada a redação anterior do art. 110, § 1º, do CP, que permitia adotar como termo inicial da prescrição data anterior ao recebimento da denúncia. Transcorrido, entre a data dos fatos e a data do recebimento da denúncia lapso superior ao previsto no CP, é de rigor o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva estatal, em sua modalidade retroativa.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0582.17.000271-8/001 - Comarca de Santa Maria do Suaçuí - Apelante: Roberto Costa Alves - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Relator: DES. ANACLETO RODRIGUES.

Acórdão

Vistos, etc., acorda, em Turma, a 8ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em ACOLHER A PRELIMINAR E DECLARAR EXTINTA A PUNIBILIDADE PELA PRESCRIÇÃO.

Belo Horizonte, 9 de dezembro de 20201. - *Anacleto Rodrigues* - Relator.

Voto

DES. ANACLETO RODRIGUES - Trata-se de recurso de apelação interposto por Roberto Costa Alves, visando a reforma da r. sentença de f. 2.756/2.763, que julgou procedente a pretensão punitiva estatal para condená-lo pela prática do crime do art. 89, parágrafo único, da Lei nº 8.666/93, por 45 (quarenta e cinco) vezes, nos termos do art. 71 do CP, fixando-lhe a pena definitiva de 6 (seis) anos e 8 (oito) meses de detenção, em regime semiaberto, e multa equivalente a 5% (cinco por cento) do valor dos contratos.

Em suas razões recursais (f. 2.770/2.783), o recorrente argui, preliminarmente, a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva.

No mérito, afirma que o Ministério Público não comprovou a ausência de licitação.

Requer o provimento do recurso. Formula pedido de justiça gratuita.

Seguiram-se contrarrazões (f. 2.784/2.789).

No parecer de f. 2.803/2.804v., a d. Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo provimento do re-

curso para reconhecer a extinção da punibilidade pela prescrição retroativa.

É o relatório.

Conheço do recurso, porquanto presentes os pressupostos e as condições de admissibilidade.

Preliminar.

Prescrição.

Narra a denúncia que o réu, Prefeito Municipal de Santa Maria do Suaçuí à época, autorizou, durante o ano de 2008, por quarenta e cinco vezes, por dispensa de licitação fora das hipóteses legais, a compra de diversos produtos, no valor total de R$4.934.805,15 (quatro milhões, novecentos e trinta e quatro mil, oitocentos e cinco reais e quinze centavos). Consta que as referidas compras foram realizadas diretamente com as empresas listadas no Procedimento Investigatório Criminal (f. 27/47).

A denúncia foi recebida às f. 2.535, em 20 de fevereiro de 2017.

Com efeito, a prescrição trata-se de causa extintiva da punibilidade, prevista nos arts. 109 e seguintes do Código Penal.

Como bem conceituado por Rogério Greco:

> Poderíamos conceituar a prescrição como o instituto jurídico mediante o qual o Estado, por não ter tido capacidade de fazer valer o seu direito de punir em determinado espaço de tempo previsto pela lei, faz com que ocorra a extinção da punibilidade (Curso de Direito Penal. 19ª ed. Niterói: Impetus. p. 928)

A prescrição da pretensão punitiva, por sua vez, apresenta quatro formas: a) propriamente dita (em abstrato), tratado no art. 109 do CP; b) superveniente (art. 110, § 1º, CP); c) retroativa (art. 110, § 1º); d) virtual ou antecipada.

Salienta-se que o curso da prescrição interrompe-se pelo recebimento da denúncia ou da queixa; pela pronúncia; pela decisão confirmatória da pronúncia; pela sentença condenatória recorrível; pela publicação da sentença ou acórdão condenatório recorrível; pelo início ou continuação do cumprimento da pena; pela reincidência.

Consoante norma insculpida no art. 110, § 1º, do CP, uma vez prolatada a sentença condenatória e ocorrendo o trânsito em julgado para a acusação, a prescrição, até então regulada pela pena máxima abstratamente cominada ao delito, passa a ser calculada pela pena aplicada, em concreto.

Nesse sentido, acerca da prescrição da pretensão punitiva retroativa, leciona Cezar Roberto Bitencourt:

> A prescrição retroativa leva em consideração a pena aplicada, in concreto, na sentença condenatória, contrariamente à prescrição in abstrato, que tem como referência o máximo de pena cominada ao delito. A prescrição retroativa (igualmente à intercorrente), como subespécie da prescrição da pretensão punitiva, constitui exceção à contagem dos prazos do art. 109. [...] O lapso prescricional retroativo depende de: a) inocorrência da prescrição abstrata; b) sentença penal condenatória; c) trânsito em julgado para a acusação ou improvimento de seu recurso (Código Penal Comentado. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 365).

Pois bem, após análise dos autos, verifica-se que o recorrente foi condenado pela prática do crime previsto no art. 89, parágrafo único, da Lei n° 8.666/93, por 45 (quantea e cinco) vezes, nos termos do art. 71 do CP, à pena individualizada de 4 (quatro) anos de detenção e multa, consolidada em 6 (seis) anos e 8 (oito) meses de detenção, nos termos do art. 71, após aplicação da fração de 2/3 (dois terços).

Frise-se que, nos termos do art. 119 do CP, "no caso de concurso de crimes, a extinção da punibilidade incidirá sobre a pena de cada um, isoladamente".

Assim, observada a pena aplicada ao Recorrente, nos termos do art. 109, inciso IV, do Código Penal, a prescrição verificar-se-ia em oito anos.

Como os fatos narrados na denúncia supostamente ocorreram no ano de 2008, isto é, antes da vigência da Lei n° 12.234, de 05 de maio de 2010, em respeito ao princípio da irretroatividade da lei penal maléfica ao réu, nos termos do art. 5º, inciso XL, da Constituição da República, incide ao presente caso a antiga redação do art. 110, § 1º, do CP, que autorizava o reconhecimento da prescrição por termo anterior ao recebimento da denúncia.

Na espécie, o último ato delituoso foi praticado no ano de 2008 e a denúncia foi recebida no dia 20.02.2017, inexistindo qualquer causa de suspensão ou interrupção da prescrição neste interregno, forçoso reconhecer sua ocorrência na modalidade retroativa, visto que transcorrido lapso temporal superior aos 8 (oito) anos indicados no Código Penal.

A pena pecuniária segue a sorte da pena privativa de liberdade, nos termos do art. 114, inciso II, do CP, estando, portanto, também prescrita.

Em razão da extinção da punibilidade pela prescrição, resta prejudicada a análise do mérito do recurso.

Ante o exposto, acolho a preliminar, para julgar extinta a punibilidade do acusado Roberto Costa Alves, pela prescrição da pretensão punitiva retroativa, nos termos dos arts. 107, inciso IV; 109, inciso IV e 110, § 1º (antiga redação), todos do CP.

Sem custas.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES MAURÍCIO PINTO FERREIRA E HENRIQUE ABI-ACKEL TORRES.

Súmula - ACOLHERAM A PRELIMINAR E DECLARARAM EXTINTA A PUNIBILIDADE PELA PRESCRIÇÃO.

Apelação criminal - Contravenção penal prevista no art. 19 do Decreto-Lei nº 3.688/1941 - Arma branca - Absolvição proferida em primeira instância - Atipicidade da conduta - Recurso ministerial - Condenação - Impossibilidade - Defensor dativo - Honorários advocatícios - Arbitramento necessário

- Inexistindo complementação à norma penal em branco contida no artigo 19 da Lei de Contravenções Penais, não há como considerar típica a conduta de portar faca e tesoura em via pública, por impossibilidade de atendimento à exigência de licença prévia da autoridade competente. Os honorários do Defensor Dativo devem ser fixados em consonância com a tabela elaborada pelo Conselho Seccional da OAB/MG, em observância à tese firmada no IRDR nº 1.0000.16.032808-4/002.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0470.21.000716-2/001 - Comarca de Paracatu - Apelante: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Apelado: José Geraldo Oliveira Braz. Relator: DES. ANACLETO RODRIGUES.

Acórdão

Vistos, etc., acorda, em Turma, a 8ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO E FIXAR HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS EM FAVOR DO DEFENSOR DATIVO.

Belo Horizonte, 9 de dezembro de 2021. - *Anacleto Rodrigues* - Relator.

Voto

DES. ANACLETO RODRIGUES - Trata-se de recurso de apelação interposto pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais visando a reforma da r. sentença de f. 153/160-v que julgou parcialmente procedente a denúncia para:

> - Absolver o acusado José Geraldo Oliveira Braz da imputação de prática da contravenção penal prevista no art. 19 do Decreto-lei nº 3.688/1941, nos termos do art. 386, inciso III, do Código de Processo Penal.
>
> - Condenar o acusado José Geraldo Oliveira Braz pela prática dos delitos previstos no art. 129, §9º e §12, no art. 329 e no art. 330, c.c. o art. 61, incisos I e II, alínea *h*, na forma do art. 69, todos do Código Penal, à pena de 1 (um) ano e 5 (cinco) meses de detenção, no regime semiaberto.

Em suas razões recursais (f. 173/176-v), o Ministério Público do Estado de Minas Gerais requer o reconhecimento da tipicidade da conduta descrita no art. 19 da Lei de Contravenções Penais.

Destaca a apreensão de um canivete em poder do acusado durante a abordagem policial.

Contrarrazões às f. 179/183, pugnando pelo não provimento do recurso e pela fixação de honorários advocatícios.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, em seu parecer de f. 188/190, opinou pelo provimento do recurso.

É o relatório.

Conheço do recurso, porquanto presentes os pressupostos e as condições de sua admissibilidade.

Não suscitadas preliminares ou inexistentes nulidades que possam ser decretadas de ofício, passo ao exame do mérito.

A peça acusatória restou apresentada nos seguintes termos:

> [...] Fato 01: Consta do incluso inquérito policial que, no dia 16 de março de 2021, às 00h47min, na rua Ladeira Mariana, nº 960, bairro Vila Mariana, nesta cidade, o denunciado, de forma consciente e voluntária, prevalecendo-se de relação de parentesco e com violência contra mulher, ofendeu a integridade corporal da vítima E.M.O., sua genitora.
>
> Fato 02: Exsurge ainda que, nas mesmas circunstâncias de data, hora e local supracitados, o denunciado, de forma consciente e voluntária, opôs-se à execução de ato legal mediante violência a funcionário público.
>
> Fato 03: Na mesma hora, data e local do fato 01, o denunciado, de forma consciente e voluntária, ofendeu a integridade corporal da vítima R.M.O., policial militar que estava no exercício de sua função.
>
> Fato 04: Consta também que no dia 16 de março de 2021, na rua Benedito Laboissiere, nº 301, Centro, nesta cidade, (Pronto socorro municipal), o denunciado, de forma consciente e voluntária, desobedeceu ordem legal de funcionário público.
>
> Fato 05: Por fim, consta que na mesma data e local do fato 04, o denunciado trazia consigo arma 'branca', concernente em um canivete, fora de casa ou de dependência desta, sem licença da autoridade.
>
> Narrativa Fática: Segundo se apurou, o denunciado é filho da vítima E.M.O. e ainda reside com ela, sendo constantemente acusado de agredi-la.
>
> É dos autos que no dia 16 de março de 2021, às 00h47min, na rua Ladeira Mariana, nº 960, bairro Vila Mariana, nesta cidade, a vítima E. e seu companheiro M. estavam no quarto do casal conversando, instante em que o denunciado se aproximou da janela do cômodo e começou a gritar com a idosa.
>
> Em continuidade, José Geraldo se apoderou de uma barra de ferro e arremessou contra a

> vítima E., causando-lhe uma lesão no braço, conforme exame de corpo de delito de f. 80. E. então começou a gritar por socorro e foi ouvida por vizinhos, que acionaram a Polícia Militar.
>
> Ato contínuo, a guarnição policial logo compareceu ao local indicado, ocasião em que ouviram pedido de socorro da vítima E. enquanto aguardavam ser atendidos. Enquanto um dos militares vigiava o imóvel por cima dos muros, o militar Raphael esperava em frente ao portão. Neste instante, o denunciado, a fim de resistir à abordagem, abruptamente saiu da casa e arremessou um pedaço de madeira em direção a R., tendo o objeto danificado o portão e atingido a testa do policial R. O denunciado ainda pegou partes do portão danificado e novamente arremessou em direção a R., voltando para o interior da casa em seguida.
>
> Diante da agressão, os policiais entraram na residência, momento em que o denunciado evadiu do local pela parte dos fundos, em meio a um matagal, não sendo encontrado pelos militares.
>
> Assim, os outros militares da guarnição levaram a vítima R. ao Pronto Socorro municipal para receber atendimento médico, todavia, ao chegarem lá, se depararam com o denunciado, tendo imediatamente o reconhecido. Os policiais emitiram ordem de parada, mas José desobedeceu à ordem e tentou novamente evadir do local, entretanto ele foi alcançado pelos policiais.
>
> Durante sua abordagem, o denunciado estava bastante exaltado e resistiu à sua prisão, sendo necessária a sua imobilização para contê-lo. Posteriormente, também foi verificado que o denunciado trazia consigo arma 'branca', consistente em um canivete, que foi recolhido pelo vigilante do hospital. Diante dos fatos, ele foi autuado em flagrante de delito e conduzido à presença da autoridade policial.
>
> Insta salientar que o denunciado praticou o delito de lesão corporal contra sua própria genitora, que tinha 73 (setenta e três) anos à época dos fatos, razão pela qual é imperioso que haja a incidência da agravante de pena prevista no artigo 61, inciso II, alínea *h*, do Código Penal.

Por meio da r. sentença de f. 153/160-v, o Magistrado Primevo julgou parcialmente procedente a pretensão deduzida na denúncia e absolveu o acusado da imputação prevista no art. 19 do Decreto-lei nº 3.688/1941, entendendo pela atipicidade da conduta de portar arma branca.

Inconformado com o *decisum* proferido em primeiro grau, o Ministério Público do Estado de Minas Gerais pugna pela condenação do recorrido nos estritos termos da denúncia.

Sem razão.

De início, é válido transcrever o teor do art. 19 do Decreto-Lei nº 3.688/41:

> Art. 19. Trazer consigo arma fora de casa ou de dependência desta, sem licença da autoridade:

> Pena - prisão simples, de quinze dias a seis meses, ou multa, de duzentos mil réis a três contos de réis, ou ambas cumulativamente.
>
> §1º A pena é aumentada de um terço até metade, se o agente já foi condenado, em sentença irrecorrível, por violência contra pessoa.
>
> § 2º Incorre na pena de prisão simples, de quinze dias a três meses, ou multa, de duzentos mil réis a um conto de réis, quem, possuindo arma ou munição:
>
> a) deixa de fazer comunicação ou entrega à autoridade, quando a lei o determina;
>
> b) permite que alienado menor de 18 anos ou pessoa inexperiente no manejo de arma a tenha consigo;
>
> c) omite as cautelas necessárias para impedir que dela se apodere facilmente alienado, menor de 18 anos ou pessoa inexperiente em manejá-la.

Note-se que o diploma legal supramencionado visa punir o porte ou a posse de arma branca, excluídas as armas de fogo por possuírem estas regulamentação específica na Lei nº 10.826/03.

Soma-se que a incidência da norma jurídica limita-se às hipóteses em que o agente encontra-se "sem licença da autoridade".

Contudo, inexiste no ordenamento pátrio lei disciplinando exatamente o porte de arma branca em via pública e o procedimento necessário para a obtenção da licença para portá-la, exigido no tipo do art. 19 da Lei de Contravenções Penais.

A elementar "sem a licença da autoridade" trata-se de norma penal em branco, sem qualquer complementação.

Vale dizer, o tipo remete-se a uma licença que supostamente deveria estar disciplinada em lei inexistente.

A propósito:

> [...] cuidando-se de armas de fogo, o art. 19 está completamente afastado desde a edição da Lei nº 9.437/97, agora confirmada a sua revogação pela Lei nº 10.826/2003 (Estatuto do Desarmamento). No mais, ao tratarmos das denominadas armas brancas (por exclusão, as que não são de fogo), sejam próprias (destinadas ao ataque ou defesa, como punhais, lanças, espadas etc.), sejam impróprias (destinadas a outros fins, como machados, martelos, serrotes etc., mas usadas para ataque ou defesa, eventualmente), entendemos que o art. 19 é inaplicável. Não há lei regulamentado o porte de arma branca de que tipo for. Logo, é impossível conseguir licença da autoridade para carregar consigo uma espada. Segundo o disposto no art. 5º, II, da Constituição Federal, ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. Há outro ponto importante. Cuida-se de tipo penal incriminador, razão pela qual não pode ficar ao critério do operador do direito aplicá-lo ou não, a seu talante. Primamos pela legalidade (não há crime - ou contravenção - sem prévia definição legal) e não encontramos lei que disponha sobre o tema (Nucci,

> Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 154-155).

Assim, em atenção aos princípios da legalidade e da reserva legal, previstos nos incisos II e XXXIX do art. 5º da Constituição da República, a ausência de regulamentação específica torna atípica a conduta prevista no artigo 19 da Lei de Contravenções Penais.

Nesse sentido já decidiu esta Câmara Criminal:

> Habeas corpus. Artigo 19 da lei de contravenções penais. Conduta atípica. - Inexistindo complementação à norma penal em branco contida no artigo 19 da Lei de Contravenções Penais, não há como considerar típica a conduta de portar faca em via pública, por impossibilidade de atendimento à exigência de licença prévia da autoridade competente (TJMG - *Habeas Corpus* Criminal nº 1.0000.19.167197-3/000, Rel. Des. Anacleto Rodrigues, 8ª Câmara Criminal, j. em 23.01.2020, DJe de 23.01.2020).
>
> *Habeas corpus*. Art. 19 da Lei de Contravenções Penais. Porte de faca em via pública. Trancamento da ação penal. Necessidade. Norma penal em branco. Atipicidade da conduta. Ordem concedida (TJMG - *Habeas Corpus* Criminal nº 1.0000.20.003809-9/000, Rel. Des.ª Márcia Milanez, 8ª Câmara Criminal, j. em 13.04.2020, *DJe* de 13.04.2020).

Corroborando tal entendimento, outros julgados deste eg. Tribunal de Justiça:

> Apelação criminal. Artigo 19 da Lei das Contravenções Penais. Absolvição proferida em primeira instância pela atipicidade. Condenação. Impossibilidade. Ausência de regulamentação da conduta. Apelado assistido por defensor dativo. Estipulação de honorários advocatícios pela atuação em segunda instância. - Ausente regulamentação legal para o porte de armas brancas em via pública e em atenção aos princípios da legalidade e da reserva legal, a conduta prevista no artigo 19 da Lei de Contravenções Penais se evidencia atípica até que sobrevenha a normatização própria. - Necessária a fixação de honorários advocatícios pela atuação em segunda instância a defensor dativo nomeado pelo juízo de origem (TJMG - Apelação Criminal nº 1.0056.15.001141-1/001, Rel. Des. Glauco Fernandes, 2ª Câmara Criminal, j. em 15.04.2021, p. da súmula em 23.04.2021).
>
> Apelação criminal. Porte de arma branca. Contravenção penal prevista no art. 19 da LCP. Irresignação ministerial. Pedido de condenação. Impossibilidade. Norma penal em branco. Inexistência de ato normativo complementador. Atipicidade da conduta. Recurso não provido. - A contravenção penal de "porte de arma branca" está prevista no art. 19 da LCP, dispositivo legal que consubstancia uma norma penal em branco e, por isso, sua aplicabilidade depende de ato normativo complementador, o qual, no entanto, é inexistente em nosso ordenamento jurídico. - Ausente regulamentação normativa que discipline formas legítimas para portar arma branca, ou para definir aquelas cujo porte seria legítimo, não há como se aplicar punição pela contravenção penal prevista no art. 19 do Decreto-Lei nº 3.688/1941, sob pena de se incorrer em violação oblíqua ao princípio da legalidade (TJMG - Apelação Criminal nº 1.0056.13.023965-2/001, Rel. Des. Rubens Gabriel Soares,

6ª Câmara Criminal, j. em 16.03.2021, p. da súmula em 14.04.2021).

Habeas corpus. Porte de arma branca. Impossibilidade do reconhecimento da infração capitulada no artigo 19 da Lei de Contravenções Penais. Norma penal em branco. Ausência de regulamentação. Conduta atípica. Ordem concedida. Inexistindo regulamentação de licença para porte ou uso de arma branca, atípica é a conduta daquele que é surpreendido portando uma faca (TJMG - *Habeas Corpus* Criminal nº 1.0000.20.599328-0/000, Rel. Des. Maria Luíza de Marilac, 3ª Câmara Criminal, j. em 24.02.2021, p. da súmula em 25.02.2021).

Destarte, evidenciada a manifesta atipicidade da conduta narrada na denúncia, mostrou-se acertada a absolvição do recorrido.

Por fim, em observância à tese firmada no Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas nº 1.0000.16.032808-4/002, fixo os honorários advocatícios em favor da defensora dativa, em complementação ao arbitrado em primeira instância, em R$500,49 (quinhentos reais e quarenta e nove centavos), observada a tabela de honorários advocatícios para advogados dativos divulgada pela OAB/MG (http://www.oabmg.org.br/Areas/Dativos/doc/Tabela%20de%20Honor%C3%A1rios%20DATIVOS%202017%202018.pdf).

Diante do exposto, nego provimento ao recurso, mantendo-se incólume a r. sentença, e fixo honorários advocatícios em favor da defensora dativa.

Custas, *ex lege*.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES MAURÍCIO PINTO FERREIRA E HENRIQUE ABI-ACKEL TORRES.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO E FIXARAM HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS EM FAVOR DO DEFENSOR DATIVO.

Administrativo - *Habeas corpus* cível - Expulsão de estrangeiro visitante - Paciente genitor de filho brasileiro de tenra idade - Dependência socioafetiva comprovada - Inviabilidade da expulsão - Aplicação do art. 55, II, a, da nova Lei de Migração (Lei nº 13.445/2017) - Princípio da prioridade absoluta no atendimento dos direitos e interesses da criança e do adolescente (art. 227 da CF) - Doutrina da proteção integral (art. 1º do ECA) - Concessão do remédio heroico.

1 - Na forma da jurisprudência, não se viabiliza a expulsão de estrangeiro visitante ou migrante do território nacional quando comprovado tratar-se de pai de criança brasileira que se encontre sob sua dependência socioafetiva (art. 55, II, *a*, da Lei nº 13.445/2017). Precedentes: STF, RE 608.898, Relator: Minº Marco Aurélio, Tribunal Pleno, *DJe* de 06/10/2020; STF, RHC 123.891-AgR, Relator: Minº Rosa Weber, Primeira Turma, *DJe* de 4/5/2021.

2 - O princípio da prioridade absoluta no atendimento dos direitos e interesses da criança e do adolescente, em cujo rol se inscreve o direito à convivência familiar (art. 227 da CF), direciona, *in casu*, para solução que privilegie a permanência do genitor em território brasileiro, em harmonia, também, com a doutrina da proteção integral (art. 1º do ECA).

3 - *Habeas corpus* concedido, com a consequente revogação da portaria de expulsão. Resta prejudicado o agravo interno.

***HABEAS CORPUS* Nº 666.247 -DF (2021/0145507-2) - Relator: MINISTRO SÉRGIO KUKINA.**

Impetrante: Angela de Fátima Almeida - Advogada: Angela de Fátima Almeida - Impetrados: Ministro da Justiça e Segurança Pública, Juiz de Direito da 1ª Vara Criminal de Avaré/SP - Paciente: Kaba Laye.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, concedar a ordem, com a consequente revogação da portaria de expulsão, e julgar prejudicado o agravo interno, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Regina Helena Costa, Gurgel de Faria, Manoel Erhardt (Desembargador convocado do TRF-5ª Região), Francisco Falcão, Herman Benjamin e Benedito Gonçalves votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausentes, justificadamente, o Sr. Ministro Mauro Campbell Marques e, ocasionalmente, o Sr. Ministro Og Fernandes. Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Assusete Magalhães.

Brasília (DF), 10 de novembro de 2021 - *Ministro Sérgio Kukina* - Relator.

Relatório

O SENHOR MINISTRO SÉRGIO KUKINA - Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado por Angela De Fátima Almeida em favor de Kaba Laye, com fundamento no art. 105, I, *c*, da Constituição Federal, em face de alegado constrangimento ilegal atribuído ao Exmo. Sr. Ministro de Estado da Justiça e ao MM. Juízo de Direito da Comarca de Avaré/SP, nos autos da Execução Penal nº 1002238-52.2020.8.26.0073.

Narra a impetrante que (f. 3/5):

> O paciente Kaba Laye, foi preso em 28/08/2018, por infração ao art. 33 da Lei de Drogas, condenado provisoriamente a pena de 5 anos de reclusão cumprindo pena em regime inicial fechado. O decreto expulsório em desfavor do sentenciado foi determinado em 11 de janeiro de 2018, anexado aos autos da execução criminal em 20/03/2021, pelo r. Juízo da vara de execução criminais de Avaré-SP, foi deferido a liberação do sentenciado para fins de expulsão independente do cumprimento da pena, o paciente segue cumprindo sua pena na penitenciaria "Cabo PM Marcelo Pires" de Itaí-SP, prestes a progredir de regime e ter o cumprimento da expulsão a qualquer momento, uma vez que está autorizado pelo MM. Juízo da execução nos autos nº 1002238-52.2020.8.26.0073.
>
> Ocorre que conforme documentação anexa, o paciente possui prole brasileira, o qual sobreveio de uma união estável com Joyce Caroline Soares Bispo. O paciente sempre esteve presente na vida de seu filho e de sua companheira, conforme declaração anexa, ademais ajuda-os financeiramente com o dinheiro que consegue trabalhando dentro da unidade prisional aonde se encontra.
>
> O paciente, mesmo recolhido no sistema prisional, permanece com sua companheira e do seu único filho, a assim pretende permanecer, para manter o laço afetivo que muito preza, ademais, ambos dependem afetivamente e financeiramente do paciente.
>
> À luz desses fatos, sustenta a ilegalidade do ato administrativo de expulsão em curso no Departamento de Estrangeiros do Ministério da Justiça, porquanto contrário ao que dispõe o art. 75, II, *b*, da Lei nº 6.815/1980 (alterado pela Lei nº 6.964/1981), que veda a ex

> pulsão de estrangeiro quando este tiver filho brasileiro que, comprovadamente, esteja sob sua guarda e dele dependa economicamente.

Requer, assim, "a concessão liminar da ordem para determinar a permanência do paciente no território nacional até o julgamento final do presente *writ*" e, no mérito, "a determinação da extinção do processo administrativo de expulsão, bem como a exclusão do nome do paciente do Sistema Nacional de Procurados e Impedidos, conferindo ao paciente o direito de permanecer no Brasil ao lado de sua família" (f. 6).

A liminar foi deferida (f. 86/89).

Em suas informações, o Exmo. Sr. Ministro de Estado da Justiça aduz as seguintes teses: (a) ausência de prova pré-constituída da ilegalidade do ato apontado como coator, na medida em que "a impetrante não comprova de plano os supostos fatos alegados na petição inicial, porquanto não acostou aos autos elementos de prova suficientes para demonstrar a dependência econômica e afetiva do filho brasileiro em relação ao paciente" (f. 103); (b) inexistência de causa impeditiva para o ato expulsório do paciente, tendo em vista a falta de comprovação de relação de dependência econômica entre ele e o filho brasileiro; (c) "a decisão de expulsão é um ato de soberania praticado pelo Poder Executivo, cuja razão e decisão não dependem do controle do Poder Judiciário, que deve se ater [...] apenas aos aspectos da legalidade" (f. 106).

Informações da segunda autoridade impetrada às f. 741/743.

O Ministério Público Federal, em parecer do Subprocurador-Geral da República Flávio Giron, opinou pela concessão da ordem (f. 746/749).

Contra a decisão que concedeu a liminar foi interposto agravo interno (f. 751/764).

É o relatório.

Voto

Como relatado, cuida-se de h*abeas corpus* impetrado em favor de Kaba Laye, com fundamento no art. 105, I, *c*, da Constituição Federal, em face de alegado constrangimento ilegal atribuído ao Exmo. Sr. Ministro de Estado da Justiça e ao MM. Juízo de Direito da Comarca de Avaré/SP, nos autos da Execução Penal nº 1002238-52.2020.8.26.0073, consubstanciado na ordem de expulsão do território nacional, malgrado possuir o paciente filho brasileiro.

Inicialmente, a despeito da remissão feita pela impetrante ao revogado art. 75, II, *b*, da Lei nº 6.815/1980, da leitura das razões deduzidas na petição inicial é possível aferir que a pretensão se ampara na regra contida no art. 55, II, *a*, da Lei nº 13.445/2017 (Lei de Migração), que assim dispõe:

> Art. 55. Não se procederá à expulsão quando:
>
> [...]

> II - o expulsando:
>
> a) tiver filho brasileiro que esteja sob sua guarda ou dependência econômica ou socioafetiva ou tiver pessoa brasileira sob sua tutela;
>
> [...]

No julgamento do RE 608.898, com Repercussão Geral, o Supremo Tribunal Federal firmou a tese no sentido de ser irrelevante a data da concepção da prole brasileira como fator exclusivo de impedimento à expulsão, desde que demonstrado existir dependência econômica e convivência socioafetiva entre o estrangeiro e sua prole. Confira-se a ementa desse precedente:

> Estrangeiro. Expulsão. Filho brasileiro. Soberania nacional versus família. O § 1º do art. 7 da Lei nº 6.815/1980 não foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988, sendo vedada a expulsão de estrangeiro cujo filho brasileiro foi reconhecido ou adotado posteriormente ao fato ensejador do ato expulsório, uma vez comprovado estar a criança sob a guarda do estrangeiro e deste depender economicamente (RE 608.898, Relator: Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, *DJe* de 6/10/2020).

Nesse mesmo sentido, o seguinte julgado desta Corte:

> Direito internacional público e penal. Expulsão de estrangeiro. Condenação criminal por tráfico transnacional de entorpecentes transitada em julgado, com pena agravada devido a reincidência. Impugnação da portaria de expulsão. Alegação de existência de prole brasileira e de dependência econômica e socioafetiva. Não comprovação, em âmbito administrativo, das hipóteses de inexpulsabilidade. Indivíduo submetido, na mesma oportunidade, além da expulsão, à extradição requerida por outro país, pela prática de crime de tráfico internacional de entorpecentes, que lhe rendeu mais uma condenação a ser cumprida no país requerente. Superveniência da nova Lei de Migração (Lei nº 13.445/2017), sem imposição de mudança nas conclusões que embasaram o ato impugnado, o qual está de acordo com seus preceitos. Alteração do entendimento do Supremo Tribunal Federal reconhecendo a não recepção do § 1º do art. 75 do revogado Estatuto do Estrangeiro (Lei nº 6.815/1980), o que não repercute no caso em exame, haja vista a expulsão ter-se efetivado diante da não comprovação de causas a ela impeditivas; no caso, a manutenção de prole brasileira com demonstração de dependência econômica e socioafetiva. Não comprovação que se repetiu neste feito e que leva à improcedência da pretensão, por não demonstrar ilegalidade ou abuso de poder do ato praticado pela autoridade impetrada. Competência da autoridade impetrada que permanece apta para reavaliar a pretensão do paciente, se houver comprovada alteração no quadro fático, nos termos dos arts. 54, § 2º, e 56 da Lei nº 13.445/2017. Pretensão improcedente. Ordem denegada. Síntese da controvérsia segundo a petição inicial e documentos apresentados. - Habeas corpus impetrado em favor de estrangeiro submetido à medida compulsória de expulsão do território nacional em 21.6.2018, após ter sido condenado com trânsito em julgado pela Justiça Federal ao cumprimento de 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão pela prática de tráfico internacional de entorpecentes. Pena elevada à conta de reincidência, reconhecida na sentença.

Condenação que transitou em julgado em 5.5.2016 e cujo cumprimento foi reconhecido por sentença de extinção da pena, prolatada pelo Juízo das Execuções Penais da Comarca de Salvador/BA. - Argumento de manutenção de prole brasileira, a saber, filha menor, nascida em junho de 2016, que seria dependente econômica do paciente, o qual, por sua vez, sendo impedido de regressar ao território brasileiro em decorrência da expulsão, sob pena de cometer o crime previsto no art. 338 do Código Penal (reingresso de estrangeiro expulso), estaria tendo prejudicado o direito de exercer o poder familiar, em conflito com disposições constitucionais que cuidam da família e dos interesses da criança. - Pretensão de que, neste habeas corpus, se reconheça a nulidade da Portaria nº 664/2017, baixada pelo Ministro de Estado da Justiça e Segurança Pública em 8/8/2017, após instrução do respectivo processo administrativo. - A alegação da impetrante é de que teria sido determinada expulsão do paciente de forma contrária à lei e ao atual entendimento do Supremo Tribunal Federal, retratado no Recurso Extraordinário 608.898, relator o Ministro Marco Aurélio, e julgado pelo Pleno, que reconheceu a não recepção do § 1º do art. 75 do revogado Estatuto do Estrangeiro (Lei nº 6.815/1980). - Documentação anexada ao feito que recebeu complementação, por determinação desta relatoria, que determinou a transcrição de diálogos entre o paciente, a criança e a avó materna, objeto de gravação trazida pela impetrante aos autos. - Situação concreta que demanda exame da disciplina legal da expulsão sob o regime do revogado Estatuto do Estrangeiro e da nova Lei de Migração, bem assim à luz do entendimento do Supremo Tribunal Federal e atenta a diversas particularidades deste caso concreto, à vista do conteúdo das informações prestadas pela autoridade impetrada. Disciplina legal da expulsão sob o revogado Estatuto do Estrangeiro. - Sob a égide da Lei nº 6.815/1980, a expulsão do estrangeiro operava-se nos termos dos arts. 65 e 71 dessa lei, este último a prever que, "nos casos de infração contra a segurança nacional, a ordem política ou social e a economia popular, assim como nos casos de comércio, posse ou facilitação de uso indevido de substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, ou de desrespeito à proibição especialmente prevista em lei para estrangeiro, o inquérito será sumário e não excederá o prazo de quinze dias, dentro do qual fica assegurado ao expulsando o direito de defesa". - As causas de impedimento à expulsão estavam relacionadas no art. 75 da revogada lei, sendo certo o impedimento se o estrangeiro tivesse "b) filho brasileiro que, comprovadamente, esteja sob sua guarda e dele dependa economicamente", além do fato de que, nos termos do parágrafo 1º desse preceito, "não constituem impedimento à expulsão a adoção ou o reconhecimento de filho brasileiro supervenientes ao fato que o motivar". Logo, sob esse regime, mesmo que o filho menor fosse dependente economicamente ou estivesse sob guarda do estrangeiro, a expulsão ocorreria caso a criança tivesse nascido após o fato gerador da medida compulsória. - O Estatuto do Estrangeiro foi revogado pela Lei nº 13.445, de 24.5.2017 (Lei de Migração), a qual entrou em vigor no dia 21.11.2017, de modo que o ato impugnado ocorreu durante o período de vacatio legis. Peculiaridades da situação concreta em exame. - Relato fático relevante foi trazido aos autos pela autoridade impetrada, acrescentando diversas particularidades importantes do caso, como por exemplo a participação do paciente no crime de tráfico transnacional de entorpecentes ocorrido em 6.8.2013, que lhe gerou condenação no Brasil, a revelar grau mais profundo de envolvimento com a atividade criminosa, ante sua participação efetiva na organização desse evento, em que houve apreensão de 18,535 kg (dezoito quilogramas e quinhentos e trinta e cinco gramas) de substância ilícita, posteriormente identificada como cocaína, e a prisão de outros quatro indivíduos

estrangeiros, que transportavam tal conteúdo em suas bagagens, sob as ordens e o comando do paciente. - Descrição do paciente como possível criminoso de âmbito internacional, que possuiria outro filho menor no exterior (Bélgica), a ponto de ser submetido a ordem de extradição em favor do governo da França, deferida pelo Supremo Tribunal Federal em maio de 2015 (Ext 1.370, Relator: Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJe-125, 26.6.2015), diante da condenação do paciente ao cumprimento de mais 7 (sete) anos de prisão naquele país pela prática de outro crime de tráfico internacional de entorpecentes. Extradição que foi cumprida concomitantemente com a ordem de expulsão, aos 21.6.2018, ao ensejo da extinção da pena por cumprimento, quanto à condenação recebida no Brasil, referida. - Cronologia dos fatos indica que a concepção da criança se deu logo após o julgamento da ordem de extradição, referida, visto que o nascimento ocorreu pouco mais de um ano após o deferimento do pleito do governo francês. O entendimento do Supremo Tribunal Federal à época do ato impugnado. - Ao tempo do ato impugnado neste writ, o Supremo Tribunal Federal, em diversos precedentes, manifestava o entendimento de que a superveniência da constituição de prole, em solo brasileiro, não configurava fator impeditivo à expulsão do estrangeiro por si só (HC 114.236, Relator: Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, Processo eletrônico DJe-117, 18.6.2014; HC 99.742, Relator: Min. Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, DJe-088, 12.5.2011, ementa v.-02520-01, PP-00089; HC 110.849, Relator: Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, Processo eletrônico DJe-105, 30.5.2012; HC 85.203, Relator: Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, DJe-247, 16.12.2010, ementa v.-02452-01, PP-00068; HC 94.896, Relator: Min. Cezar Peluso, Segunda Turma, DJe-232, 5.12.2008, ementa v.-02344-02, PP-00265, RTJ v.-00208-01, PP-00328, RSJADV, mar. de 2009, p. 58-61, RT v. 98, nº 882, 2009, p. 509-514). Advento da nova Lei de Migração (Lei nº 13.445/2017), o novo entendimento do Supremo Tribunal Federal e as repercussões no caso concreto. - O passar do tempo revelou duas modificações substanciais no tema. Primeiramente, com o advento da Lei de Migração, cuja entrada em vigor se deu em 21.11.2017, houve alteração na disciplina jurídica da expulsão de estrangeiro. Além da nova lei, também no entendimento do Supremo Tribunal Federal houve significativa alteração, a partir do reconhecimento da Repercussão Geral no Recurso Extraordinário 608.898, relator o eminente Ministro Marco Aurélio, j. em 25.6.2020. - A Lei de Migração passou a tratar da expulsão do estrangeiro nos seus arts. 54 a 60. Procedendo ao exame do ato impugnado à luz de tal disciplina, a conclusão inafastável é de que a expulsão do paciente não ocorreu de forma abrupta, mas ao final de um procedimento administrativo, denominado Inquérito Policial de Expulsão (IPE), que "consiste em procedimento administrativo de coleta de informações que devem ser encaminhadas em relatório conclusivo ao Ministério da Justiça e Segurança Pública, observando os princípios da ampla defesa e do contraditório" (item 7, subitem 11, de f. 212, e-STJ). - Desse procedimento advieram informações fáticas importantíssimas para o exame do ato impugnado, tendo ficado nítido que o paciente participou regularmente de tal procedimento, bem assim a mãe da criança, no bojo do qual foram levantados diversos dados acerca de situação familiar no Brasil, dos vínculos e da criança, conforme minudenciado no voto. - Em síntese, a simples leitura das informações permite concluir que não há nenhuma ilegalidade na expulsão do paciente, nem mesmo sob a égide da Lei nº 13.445/2017, pois os documentos dos autos demonstram que a autoridade impetrada aplicou, na essência, os preceitos da nova lei, que, à época do ato, estava em período de vacatio legis. - Após a edição da nova Lei de Migração, também sobreveio alteração sensível no entendimento do STF, no Recurso Ex-

> traordinário 608.898, relator o Ministro Marco Aurélio, j. pelo Pleno em 25.6.2020, com Repercussão Geral, firmando-se a tese de que o § 1º do art. 75 do revogado Estatuto do Estrangeiro (Lei nº 6.815/1980) não foi recepcionado pela CF/1988. - Assim, após o novo entendimento do Supremo, passou a ser considerada irrelevante a data da concepção da prole brasileira como fator exclusivo de impedimento à expulsão, desde que demonstrado existir dependência econômica e convivência socioafetiva entre o estrangeiro e sua prole. Noutras palavras, o que interessa para fins de causa de impedimento à expulsão, atualmente, não é mais a data do crime, mas sim a relação de dependência econômica e convivência socioafetiva entre o estrangeiro e sua prole, que demanda comprovação caso a caso. - Ocorre que, na situação concreta deste feito, não foi suficientemente comprovada a dependência econômica e a convivência socioafetiva entre o paciente e sua prole, circunstância que traz duas consequências inexoráveis para a solução deste caso concreto. - A primeira, é de que o comando do precedente do Supremo Tribunal Federal, acima citado, não produz os efeitos pretendidos na impetração; quais sejam, o de anular diretamente a ordem de expulsão e conceder um salvo-conduto ao paciente para regressar ao território nacional, pois - reforce-se - não foi comprovada suficientemente a relação de dependência econômica e a convivência socioafetiva entre o estrangeiro e sua prole, condição expressamente ressalvada no julgado em questão. - A segunda, é de que a superveniência da nova Lei de Migração (Lei nº 13.445/2017) não implica, por si só, a modificação do ato impugnado, porque praticado em consonância com seus preceitos. - Não houve neste processo, portanto, prova bastante de nenhuma das causas restritivas à medida de expulsão, e sim elementos de prova a demonstrar que o fato de a filha do paciente ter nascido posteriormente ao evento criminoso (que gerou a expulsão) não se revelou como a causa determinante e decisiva para a medida aplicada, mas como a ausência de comprovação da dependência econômica e socioafetiva entre o paciente e a prole brasileira. - Tal pretensão, por todo o exposto, mostra-se improcedente, estando, contudo, preservada a possibilidade de revisão da medida, em caráter rebus sic stantibus, nos termos dos arts. 54, § 2º, e 56 dessa Lei e demais normas administrativas aplicáveis, sob ônus do interessado. - Lembre-se, por fim, que aparentemente o paciente tem dívidas para com a Justiça de outro país, pelos crimes que lá teria cometido, como reconhecido na Extradição a que se submeteu, circunstância que agrega componente adicional à situação: assim como a soberania brasileira constitui pedra de toque no que diz respeito à expulsão, a soberania estrangeira enverga a mesma relevância no que se refere à extradição. Conclusão 26. Logo, diante da ausência de qualquer ilegalidade e/ou abuso de poder no ato impugnado, a ordem deve ser denegada. (HC 608.035/DF, Relator: Min. Herman Benjamin, Primeira Seção, DJe de 1/7/2021).

Há de se ponderar, entretanto, que a presença de um único desses requisitos já se mostra suficiente para o reconhecimento do direito do estrangeiro a permanecer em território nacional, haja vista que a lei expressamente os elenca de forma autônoma, ao utilizar a expressão "dependência econômica ou socioafetiva".

A propósito, o seguinte julgado:

> Agravo regimental no recurso ordinário em *habeas corpus*. Expulsão de estrangeiro. Concepção do filho em momento posterior ao fato ensejador do processo expulsório. Irrele-

> vância. Proteção especial do estado à entidade familiar, proteção integral à criança e ao adolescente. RE 608.898/DF com julgamento de mérito em repercussão geral. Socioafetividade como causa impeditiva da expulsão. Afeto e convívio familiar como expressivas manifestações da proteção especial à família. - A jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal orienta-se no sentido de que "O § 1º do artigo 75 da Lei nº 6.815/1980 não foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988, sendo vedada a expulsão de estrangeiro cujo filho brasileiro foi reconhecido ou adotado posteriormente ao fato ensejador do ato expulsório, uma vez comprovado estar a criança sob a guarda do estrangeiro e deste depender economicamente" (RE 608.898/DF, Relator: Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, *DJe* 06.10.2020). - A dependência socioafetiva também constitui fator autônomo e suficiente apto a impedir a expulsão de estrangeiros que tenham filhos brasileiros. Essa inteligência pode ser extraída tanto sob o prisma constitucional da leitura do Estatuto do Estrangeiro, tendo em vista que o direito à convivência familiar e ao afeto são das mais expressivas formas de proteção especial à entidade familiar, quanto sob o enfoque do art. 55, II, a, da Lei de Migração que, expressamente, vedou o processo expulsório na hipótese de o estrangeiro ter filho brasileiro "sob sua guarda ou dependência econômica ou socioafetiva". - Agravo regimental conhecido e não provido (RHC 123.891-AgR, Relator: Min Rosa Weber, Primeira Turma, *DJe* de 4/5/2021).

De se ver, portanto, que o art. 55, II, *a*, da Lei de Migração expressamente vedou o processo expulsório na hipótese de o estrangeiro ter filho brasileiro "sob sua guarda ou dependência econômica ou socioafetiva". No caso concreto, verifica-se que, de fato, pende contra o paciente nigeriano a Portaria/MJ nº 22, de 11/1/2018, determinando sua expulsão do território brasileiro após o cumprimento de sua pena (f. 9); e, ainda, sabe-se que o paciente possui um filho brasileiro, menor impúbere de nome Chimdi, atualmente com 5 anos de idade (cf. certidão de nascimento encartada à f. 10).

Nada obstante, no que tange à dependência econômica e à convivência socioafetiva, a única prova trazida aos autos limita-se a uma declaração fornecida pela genitora da criança, pela qual dá conta de que o pai, em vias de ser expulso do Brasil, sempre assistiu, afetiva e materialmente, o infante. Confira-se (f. 13):

> DECLARAÇÃO
>
> Eu Joyce Caroline Soares Bispo portadora do RG: 55.610.620-9 e do CPF: 471.127.708/07 venho através desta, afirmar que Kaba Laye é o Pai do meu filho Chimdi Henrique Soares Laye, e que ele nunca nos abandonou, sempre esteve conosco. Estamos muito precisando dele aqui, ele trabalha no presidio e sempre que pode me ajuda aqui fora. Pois eu e nosso filho Chimdi precisamos muito dele aqui conosco, o Chimdi pergunta sempre dele pois, ele sempre foi um ótimo pai para ele, e sempre presente. Muito companheiro comigo
>
> principalmente na educação, no cuidado com a saúde e alimentação do Nosso filho. Meu todo respeito a ele pois nunca nos abandonou.

Referida declaração não autoriza a compreensão de que o requisito da dependência econômica esteja preenchido, ante a inexistência de qualquer outro elemento probatório mínimo capaz de efetivamente demonstrar a forma como o paciente teria se desincumbido de assistir materialmente seu filho, mormente considerando-se seu encarceramento há mais de 3 (três) anos.

Entretanto, sendo incontroverso que o paciente se encontra encarcerado desde 28/8/2018, quando seu filho - nascido em 6/4/2016 (f. 10) – contava com pouco mais de 2 (dois) anos e 4 (quatro) meses de vida, exigir do paciente a produção de outras provas acerca do vínculo socioafetivo entre ele e seu filho – que, como se extrai do próprio termo em tela, é de natureza afetiva, sentimental, portanto - seria praticamente impor-lhe a produção de uma prova impossível.

Nessa linha de ideias, tenho que a declaração fornecida pela mãe no sentido de que remanesce viva a relação socioafetiva entre pai e filho reveste-se da necessária juridicidade para comprovação de tal requisito legal.

Nesse contexto, demonstrado se acha ambiente capaz de inibir a expulsão do paciente, consubstanciado na circunstância de ser ele o pai de pequeno filho brasileiro com quem, comprovadamente, mantém relação socioafetiva (art. 55, II, *a*, da Lei nº 13.445/2017).

Ademais disso, considero que, na espécie, a permanência do paciente em território nacional é medida que prestigia o texto constitucional de 1988, no passo em que confere absoluta prioridade no atendimento dos interesses fundamentais da criança e do adolescente (art. 227 da CF), dentre os quais se destaca o direito à "convivência familiar", tudo isso devidamente regulamentado no âmbito do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/1990) e, portanto, em conformidade com a universal doutrina da proteção integral da infância e da juventude (art. 1º do ECA).

Ante o exposto, concedo a reivindicada ordem de *habeas corpus* para revogar a Portaria nº 22, de 11/1/2018 (f. 9), do Ministro de Estado da Justiça e da Segurança Pública. Resta prejudicado o agravo interno de f. 751/764.

É como voto.

Certidão

Certifico que a egrégia Primeira Seção, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Primeira Seção, por unanimidade, concedeu a ordem, com a consequente revogação da portaria de expulsão, e julgou prejudicado o agravo interno, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Regina Helena Costa, Gurgel de Faria, Manoel Erhardt (Desembargador convocado do TRF-5ª Região), Francisco Falcão, Herman Benjamin e Benedito Gonçalves votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausentes, justificadamente, o Sr. Ministro Mauro Campbell Marques e, ocasionalmente, o Sr. Ministro Og Fernandes.

Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Assusete Magalhães.

Agravo regimental no *habeas corpus*. Processual penal. Direito de entrevista pessoal e reservada com o defensor. Conversa no parlatório via interfone. Ingresso do defensor com notebook na unidade prisional. Pleno acesso aos autos pela defesa técnica. Violação da ampla defesa não configurada. Prejuízo não comprovado. Princípio *pas de nullité sans grief.* Agravo regimental desprovido.

1 - Não constitui violação do princípio da ampla defesa, previsto no art. 5º, LV, da Constituição Federal, a realização de entrevista pessoal e reservada entre o preso e seu defensor através do parlatório, com utilização de interfones.

2 - Se a defesa técnica teve pleno acesso aos autos da ação penal, anexos e mídias eletrônicas, a negativa de ingresso de notebook na unidade prisional para que o custodiado visualize as peças eletrônicas não configura violação do princípio da ampla defesa.

3 - Nos termos do art. 563 do CPP e da Súmula nº 523 do STF, o reconhecimento de nulidade exige a demonstração de prejuízo, corolário do princípio *pas de nullité sans grief*.

4 - Agravo regimental desprovido.

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 631960-SP (2020/0328565-0) - Relator: MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA.

Agravante: L.S.M. - Advogados: Leandro Sarcedo e outros - Agravado: Ministério Público Federal - Impetrado: Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

Acórdão

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental.

Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik e Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDFT) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 23 de novembro de 2021. - *Ministro João Otávio de Noronha* - Relator.

Relatório

MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA - L.S.M. insurge-se contra a decisão de f. 1.937-1.941, que denegou a ordem pleiteada pela defesa.

Publicada essa decisão em 3/8/2021, foi interposto em 9/8/2021, tempestivamente, este agravo regimental.

Nas razões recursais, insiste o agravante em estar configurada nulidade por cerceamento de defesa.

Afirma que, enquanto esteve preso nas dependências da Polícia Federal, não lhe foi permitido acesso aos autos eletrônicos e anexos.

Esclarece que não foi autorizado o ingresso de seus advogados com notebook, ainda que sem conexão com a internet, para que pudesse acessar as mídias eletrônicas contidas nos autos.

Afirma que essa circunstância impediu o exercício da ampla defesa e do contraditório, devido à complexa e volumosa investigação.

Assevera também que foi impossibilitado de exercer suas garantias constitucionais da ampla defesa, tendo em vista a comunicação via interfone no parlatório, pugnando pelo direito de se reunir com seus defensores em sala sem divisórias.

Requer o provimento do recurso para ser concedida a ordem e anulada a Ação Penal nº 5021828-44.2020.4.03.0000 desde a citação, com devolução do prazo de defesa prévia.

É o relatório.

Voto

O recurso não reúne condições de êxito.

Extrai-se dos autos que o agravante, Juiz Federal, foi denunciado pela prática descrita nos arts. 317, *caput,* e § 1º (quatro vezes), e 312, *caput*, d CP; 1º, *caput,* e § 4º, da Lei nº 9.613/2013; e 2º, § 1º, da Lei nº 12.850/2013; todos em concurso material.

À época da impetração do *habeas corpus*, o agravante estava custodiado na Superintendência da Polícia Federal e requereu ao Tribunal Regional Federal da 3ª Região que lhe fosse garantida a comunicação reservada com seus advogados, fora do parlatório, além do acesso à íntegra dos autos e mídias eletrônicas. O Tribunal *a quo*, ao indeferir a pleito defensivo, manifestou-se nos termos a seguir (f. 672-675):

> Penal. Processo penal. Requerimentos formulados pelas defesas, comunicação pessoal e reservada com advogados em sala própria e privada, sem divisórias físicas. Permissão de ingresso do defensor com notebook. Indeferimento. Agravo regimental. Cabimento. Preliminar de não conhecimento, arguida pelo ministério público federal. Rejeição. Ausência de óbices às prerrogativas profissionais dos advogados que exercem a defesa técnica no bojo dos autos, bem como à própria autodefesa. Manutenção da decisão agravada. Recurso a que se nega provimento. - O agravo regimental é o recurso cabível para se impugnar decisão monocrática de relator em processo de competência originária, em casuística que envolve o alegado direito de investigado de se comunicar pessoal e reservadamente com seus advogados, em sala própria e privada, sem divisórias físicas, permitindo-se ainda

o ingresso do defensor com notebook, para que seja possível acessar a íntegra dos autos eletrônicos. - Juízo positivo de admissibilidade que se extrai de pacificação jurisprudencial nesta Corte. Precedentes. - Conquanto existente, no agravo, argumento novo relativamente ao pedido inicialmente trazido, discutindo-se a pretensão também sob o viés da autodefesa, e não apenas quanto ao respeito das prerrogativas dos procuradores do investigado e das condições para realização da defesa técnica do denunciado, vê-se como tecnicamente adequada, bem como alinhada com a celeridade processual que se espera de um feito com denunciados presos, a análise colegiada do pedido nos termos trazidos no agravo, pois a pretensão em ambos os momentos processuais é essencialmente a mesma, eventual negativa monocrática pelo fundamento diverso redundaria em oportunidade recursal distinta, a ser também analisada pelo Órgão Especial, e as questões versadas, de certo modo, estão relacionadas, dizendo respeito, em última instância, ao exercício do direito de defesa. - Preliminarmente não conhecimento do agravo em razão da alegada inovação recursal por parte do recorrente, veiculada pela Procuradoria Regional da República da 3ª Região nas contrarrazões, comporta rejeição, sendo de rigor o exame propriamente dito da questão de fundo. - Ausência, no mérito propriamente dito, de suficiente razão a alterar a conclusão da decisão impugnada. - Garantia do exercício do contraditório e da plenitude de defesa tem sido oportunizada forma mais ampla possível. - Assegurado o acesso aos autos desde o primeiro momento, os custodiados são assistidos por advogados constituídos, a quem compete a defesa técnica, tendo mesmo estado soltos por mais de um mês, abarcando significativo lapso temporal correspondente ao prazo de 15 (quinze) dias para apresentação de resposta à denúncia oferecida. - Dificuldades operacionais e estruturais no âmbito da Superintendência Regional da Polícia Federal em São Paulo, reportadas pela Unidade de Trânsito de Presos - notadamente no que diz respeito à inviabilidade de alternativa para comunicação pessoal e reservada entre advogado e aprisionado, que não seja o parlatório. - Impossibilidade de ingresso pelos advogados com notebook, durante o contato com cada um dos custodiados. - Reafirmação da inexistência, na decisão impugnada, de impedimento a acesso dos advogados constituídos, nem sequer de óbice algum para que os aspectos relativos à defesa dos custodiados sejam discutidos, em estrita obediência à lei processual penal aplicável, tal como feito entre quaisquer outros advogados e clientes presos no âmbito da Superintendência Regional da Polícia Federal em São Paulo, bem como nos demais estabelecimentos voltados ao recolhimento de pessoas no país. - Incumbe ao advogado, no exercício de seu múnus, a viabilização da estratégia que melhor adéque a necessidade de acesso ao seu cliente, em meio à circunstância atinente à condição de se encontrar preso preventivamente - que, por si só, não tem o condão de acarretar prejuízo à defesa técnica, ao menos não tendo sobrevindo aos autos indicativo concreto nesse sentido -, sendo incabível transmitir esse ônus ao órgão jurisdicional, ou mesmo entender como viável que se subverta a ordem do local em que recolhido o investigado, em discordância com o procedimento adotado com as outras pessoas lá presas. - Nenhum benefício ao agravante adviria de eventualmente estar recolhido em local diverso, do que é evidência o fato de, a partir do quanto assinalado pela área técnica do Departamento de Polícia Federal sobre a impossibilidade de se atender ao formato pretendido (sala e não parlatório), não haver a defesa técnica tal medida perseguido pelas vias próprias, pois não se confundem as garantias às autoridades, asseguradas pela legislação, com efetivos privilégios diferenciados. - Nada obstante mencionem os advogados que o próprio notebook não dispõe de internet, é tecnicamente inviável se garantir, tal como é o dever deste Juízo,

> independentemente de quaisquer colocações a respeito da higidez ética do investigador ou de seus procuradores, que o ingresso do aparelho eletrônico não se traduzirá em algum tipo de violação à segregação prisional imposta. - As referências à particularidade presente nesta investigação, de os autos terem volume superior a 20.000 (vinte mil) páginas, que não poderiam ser materializadas pela equipe de advogados responsáveis pela defesa do acusado, para discussão com seu cliente, são, no mínimo, discutíveis, porquanto parte dos elementos deste processado e mesmo dos demais feitos a ele relacionados nem sequer a ele se referem. - A versão eletrônica dos procedimentos investigativos e do processo judicial é recentíssima decorrência das inovações tecnológicas, de tal forma que, até então, não se tem notícia de que aos advogados dos investigados ou réus, nos incontáveis processamentos materializados em significativas quantidades de volumes físicos em grandes operações já realizadas, tenham se valido do expediente de ingresso nas dependências dos locais de segregação acompanhados da totalidade da massa de documentos aos respectivos autos encartados, até mesmo porque inviável seria a apresentação ao acusado da totalidade do quanto angariado nas investigações em tais procedimentos, dificuldade que, de igual maneira, aqui se coloca, mesmo se tratando de processo eletrônico. - Quanto à autodefesa, denotasse que ela não está sendo obstada, de maneira alguma, ao menos não existindo qualquer indicativo a esse respeito, mas sim sendo exercida considerando a circunstância em que se encontra a agravante -custodiado em decorrência de prisão preventiva decretada pelo Órgão Especial, que o Superior Tribunal de Justiça veio a reavivar após cassar liminar inicialmente deferida, denegando a e. 5ª Turma daquela e. Corte Superior o *habeas corpus* impetrado. - Na eventual hipótese de recebimento da inicial acusatória apresentada contra o denunciado, será a ele possibilitado o exercício da autodefesa em outras oportunidades e circunstâncias processuais, inclusive mediante interrogatório, viabilizando-se, conforme a legislação processual aplicável, sempre o acesso de seus procuradores, desde que obedecidas as normativas aplicáveis à espécie, inclusive as que dizem respeito ao local em que recolhido, já diferenciado em relação aos demais presos, conforme legislação que tutela as prerrogativas de seu cargo. - Agravo regimental a que se nega provimento.

Na espécie, não há notícia de impedimento ou obstáculo à realização de entrevista pessoal e reservada entre o agravante e seus defensores, que ocorreu no parlatório da unidade prisional, com utilização de interfones disponíveis no local.

Ao contrário do sustentado pelo agravante, não constitui violação do princípio da ampla defesa, previsto no art. 5º, LV, da Constituição Federal, a realização de entrevista pessoal e reservada entre o preso e seu defensor através do parlatório, com utilização de interfones. Nessa direção, por exemplo, os seguintes julgados do STJ:

> *Habeas corpus*. Tráfico internacional de drogas e associação. Operação trilha albis. Entrevista realizada por meio de parlatório. Conversa mantida via interfone. Ofensa ao direito de entrevista pessoal e reservada com o defensor. Nulidade não evidenciada. Necessidade de revolvimento de matéria fático-probatória. Impossibilidade. Ausência de intimação de assistente técnico. Cerceamento de defesa. Possibilidade de confrontar as conclusões do perito oficial garantida pelo juízo singular. Nulidade. Inexistência. Nulidade do interrogatório. Prejuízo não demonstrado. Ordem denegada. - De acordo com a jurisprudência

do Superior Tribunal de Justiça, a entrevista realizada em sala designada à essa finalidade pelo Diretor do Presídio, por meio de interfones, não ofende as garantias do contraditório e da ampla defesa. - No caso em exame, há, nas informações prestadas pelo Diretor da Secretaria de Administração Penitenciária, esclarecimentos no sentido de que não foi restringida a conversa entre os pacientes e seus patronos ou negada a entrada no presídio de cópias relativas às peças do processo. [...] - Não foi demonstrado o eventual prejuízo concreto sofrido pela defesa em razão dos limites impostos no segundo interrogatório do paciente Rafael Fernandes Campos Lima, pois, durante o primeiro interrogatório o réu teve a oportunidade de questionar a autoria, a materialidade, bem assim o teor das interceptações telefônicas. Por duas vezes foi assegurado ao acusado o ensejo de rebater as imputações feitas em seu desfavor, tendo em vista que na data do primeiro interrogatório ele já conhecia o teor dos diálogos interceptados durante a investigação policial e não apontou nenhum áudio apto a infirmar os fatos descritos na inicial acusatória. - *Habeas corpus* denegado (HC n° 166.532/RJ, Relator: Min. Marco Aurélio Bellizze, Quinta Turma, *DJe* de 28.11.2011)

Nulidade. Cerceamento de defesa. Entrevista realizada entre paciente e advogado por meio de parlatório. Conversação mantida via interfone. Ofensa ao direito do acusado de entrevistar-se pessoal e reservadamente com o seu defensor. Receio de prestar esclarecimentos em razão do meio disponibilizado pelo estado para a comunicação. Informação atestando a segurança e idoneidade do aparelho. Entrevista pessoal e reservada assegurada por ocasião do interrogatório. Ilegalidade não evidenciada. Ordem denegada. - Conforme atestado pela autoridade administrativa competente, ao paciente foi assegurada a sua entrevista de forma reservada e pessoal com o seu causídico constituído, cuja comunicação foi estabelecida por meio de interfone, livre de interferência de qualquer agente biológico, ou seja, respeitando-se a privacidade e sigilo que são inerentes ao exercício da advocacia. - E, ainda que assim não fosse, depreende-se que o paciente entrevistou-se reservada e pessoalmente com o seu causídico por ocasião da realização do seu interrogatório, circunstância que afasta do alegado constrangimento ilegal. Precedentes. - Ordem denegada (HC n° 130.894/SP, Relator: Min. Jorge Mussi, *DJe* de 14/6/2010).

No mesmo sentido: AgRg no AREsp n° 861.818/AM, Relator: Min. Nefi Cordeiro, Sexta Turma, *DJe* de 30/4/2018; e AgRg do HC n° 432.995/PR, Relator: Min. Felix Fischer, Quinta Turma, *DJe* de 23/5/2018.

Habeas corpus. Processual penal. Advogado. Direito de entrevistar-se com seu cliente reservadamente. Observância. Presídio que possui sala com divisória de vidro e interfone para a comunicação entre os interlocutores. Cerceamento de defesa. Afirmação. Arguição de nulidade. Prejuízo. Demonstração. Ausência. Réu que se utilizou do direito ao silêncio durante o interrogatório. Alegação de que tal conduta foi interpretada como abuso de defesa. Improcedência. Ordem denegada. - A existência de divisória de vidro e de interfone para a comunicação entre o advogado e seu cliente, preso preventivamente, não ofende a garantia prevista no art. 7º, III, da Lei n° 8.906/1994. - Os impetrantes não lograram demonstrar a ocorrência de prejuízo concreto para a defesa decorrente da existência de "barreiras" à comunicação entre o advogado e seu cliente, o que impede o reconhecimento

> de nulidade, nos termos da reiterada jurisprudência desta Corte. Precedentes. - No que concerne ao alegado cerceamento de defesa, os impetrantes também não lograram demonstrar a ocorrência de prejuízo concreto para a defesa, o que impede o reconhecimento de nulidade. Aliás, eles nem mesmo instruíram este *writ* com a cópia da assentada em que foi reinterrogado o paciente Rafael Fernandes, de modo a comprovar a alegada violação ao direito de defesa. - Ordem denegada (HC nº 112.558/RJ, Relator: Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, *DJe* de 9/12/2013).

Também não foi demonstrada violação do direito de autodefesa do agravante. No caso, sustenta o agravante que lhe assistia, enquanto esteve preso, o direito de visualizar a íntegra do processo e das mídias eletrônicas, o que poderia ter sido oportunizado, à época, pela autorização de entrada de seus advogados com notebook nas dependências da Polícia Federal.

Nesse ponto, o Tribunal Regional Federal da 3ª Região consignou (f. 789-795):

> Veja-se, nesse sentido, que o movimento do regimental baseia-se em afirmar, novamente, que há cerceamento de defesa, notadamente, porque L.S.M. não tem acesso às provas amealhadas nos presentes autos, dado que não foi autorizado a seu procurador adentrar com notebook no local em que se encontra recolhido o corréu, aspecto que inviabilizaria o exercício da ampla defesa.
>
> Esses mesmos argumentos foram enfrentados nos Autos de Reg. nº 5017787-43.2020.4.03.0000, reconhecendo-se, primeiro, que os advogados do réu têm amplo acesso ao seu cliente, podendo com ele se comunicar na Superintendência de Polícia Federal sem quaisquer óbices que impeçam a participação em sua defesa técnica, segundo, que o acesso de notebook ao local em que se encontra custodiado implicará em violação à segregação prisional, uma vez que é tecnicamente impossível se adotarem as cautelas necessárias para que L.S.M. não tenha contato exterior, inclusive via internet, e, terceiro, que a impossibilidade de acesso aos autos eletrônicos pelo réu não inviabiliza a defesa, incumbindo a seus procuradores, como é de seu múnus, operar seleção daqueles entendidos como relevantes à estratégia defensiva, se o caso viabilizando-se sua materialização ou mesmo, mediante contato com o réu, questionando-o a respeito.
>
> [...] Referida contextualização exsurge de relevo porque, sem prejuízo do respeito ao contraditório e à ampla defesa inerentes ao processo penal, vê-se que a defesa do recorrente, eventualmente com o intuito de arguir suposto prejuízo decorrente da questão veiculada neste regimental, tem mobilizado argumentos dissociados da realidade do processo-crime em que corréu. [...] Por sua vez, o agravante prossegue sustentando que a utilização do equipamento técnico seria indispensável ante a existência de "inúmeras mídias em áudio e vídeo", as quais teriam que ser apresentadas ao réu para que tomasse parte (sic) em sua defesa.
>
> Anote-se, mais uma vez, que a existência de determinado elemento em processo judicial não implica, diretamente, em seu cárter essencial para a realização da defesa técnica, sobretudo em feitos penais decorrentes de operações policiais como o presente, em que existentes diversos fatos e réus com variados graus de ligação com o agravante, nem mesmo

que a sua utilização pela defesa técnica exija que ele seja apresentado originalmente ao réu, para que assista ou ouça aquilo que está nos autos.

Ademais, parte substancial das informações constantes de áudio e vídeo relativamente à atuação do corréu, a exemplo de interceptações telefônicas entre o magistrado federal e seu diretor de secretaria, bem como ação controlada na qual, em tese, solicitada a vantagem ilícita por L.S.M., tiveram a sua própria participação, ocorrendo ainda no presente ano, sendo, assim, inverossímil o argumento de que seria necessário o acesso do réu ao seu conteúdo integralmente, por meio de vídeo, para exercer a sua defesa, sendo no mínimo razoável supor que tem recordação daquilo que aconteceu contando com a sua própria participação.

Cabe mencionar, ainda, que para além da disponibilização da integralidade de tais elementos à defesa técnica, as partes essenciais de referido material e que foram utilizadas para veicular a denúncia pelo Ministério Público Federal, bem como recebê-la, por parte do Órgão Especial desta Corte, acabaram sendo transcritas, quer seja pelo parquet quer seja pela autoridade policial oficiante nestes autos, sendo inseridas em relatórios que, se assim entender a defesa técnica, podem perfeitamente ser impressos e entregues ao acusado, para que deles tome conhecimento mais apuradamente.

[...] Saliente-se, por fim, a necessidade de exame técnico especializado no notebook a cada visita para verificação de eventual existência de recurso interno de acesso à internet, aspecto que já restara apontado em excerto do voto proferido na apreciação do agravo anterior, lá constando, "nos exatos termos do pronunciamento da Procuradoria Regional da República da 3ª Região, que, nada obstante mencionem os advogados que o próprio notebook não dispõe de internet, é tecnicamente inviável se garantir, tal como é o dever deste Juízo - e, aqui, independentemente de quaisquer colocações a respeito da higidez ética do investigado ou de seus procuradores - que o ingresso do aparelho eletrônico não se traduzirá em algum tipo de violação à segregação prisional imposta a L.S.M".

Conclui-se, dessa forma, que inexistem novos elementos a propósito do quanto novamente trazido pela defesa em reiteração, inexistindo qualquer indicativo que justifique a revisão para, diversamente do que restou anteriormente decidido, vir a se entender que o exercício da ampla defesa e do contraditório exigem seja permitido o ingresso do advogadona custódia da Superintendência da Polícia Federal em São Paulo, em pleno desacordo às orientações técnicas pertinentes, com notebook, para expor o feito judicial a seu cliente, quer seja porque é viável fazê-lo de outras formas, acima reportadas, quer seja porque é trabalho inerente à defesa técnica a seleção daquilo que é de relevo para o seu múnus, apresentando-o, se o caso, ao réu, ou mesmo tomando notas e o questionando a esse respeito, exatamente como se tem adotado como práxis no processo penal, não cabendo fazer-se diferenciação entre L.S.M. e os demais réus deste ou de outros processos.

Isso tudo considerado, rejeito a preliminar arguida pelo Ministério Público Federal, conheço do recurso e, no mérito, nego provimento ao agravo regimental interposto pela defesa de L.S.M.

Não há dúvida de que a garantia constitucional à ampla defesa, prevista no art. 5º, LV, da Constituição Federal, envolve a defesa em sentido técnico (defesa técnica), realizada pelo advogado, e a defesa em sentido material (autodefesa), por meio de qualquer atividade defensiva desenvolvida pelo próprio acusado, em especial durante seu interrogatório. Contudo, como salientei na decisão agravada, no caso, a restrição ao ingresso de notebook na unidade prisional justificava-se pelo risco de ofensa à segregação prisional.

Ademais, tal restrição não representava obstáculo à ampla defesa, pois, como destacou a autoridade coatora, as peças processuais relevantes ou de interesse poderiam ter sido impressas e levadas ao preso. Frise-se que, embora o custodiado tenha formação jurídica, sua defesa técnica está sendo patrocinada por advogados habilitados nos autos, os quais tiveram pleno acesso aos autos da ação penal, anexos e mídias eletrônicas. Portanto, assegurado à defesa técnica amplo acesso à integralidade dos elementos probatórios encartados nos autos, já estando o recorrente ciente das imputações descritas na denúncia, não há falar em nulidade processual.

Cumpre lembrar que, nos termos do art. 563 do CPP e da Súmula nº 523 do STF, o reconhecimento de nulidade exige a demonstração de prejuízo, corolário do princípio *pas de nullité sans grief* (HC nº 404.153/SP, Relator: Min. Felix Fischer, Quinta Turma, *DJe* de 19/12/2017; e AgRg no CC nº 140.409/SP, Relator: Min. Gurgel de Faria, Terceira Seção, *DJe* de 1º/2/2016).

Mesmo os benefícios que adviriam da repetição dos atos processuais após eventual anulação, não estando comprovado o constrangimento ilegal apontado na inicial.

Nessa direção:

> À luz da norma inscrita no art. 563 do Código de Processo Penal, o reconhecimento de nulidade dos atos processuais demanda, em regra, a demonstração do efetivo prejuízo causado à defesa técnica. Vale dizer, o pedido deve expor, claramente, como o novo ato beneficiaria o réu. Sem isso, estar-se-ia diante de um exercício de formalismo exagerado, que certamente comprometeria o objetivo maior da atividade jurisdicional. Precedentes (HC nº 126.249/SP, Relator: Min. Teori Zavascki, Segunda Turma, *DJe* de 11/3/2015).

Ante o exposto, nego provimento ao agravo regimental.

É o voto.

Certidão

Certifico que a egrégia Quinta Turma, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental.

Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik e Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDFT) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Direito Previdenciário e Constitucional - Recurso extraordinário - Sistemática da repercussão geral - Tema nº 526 - Pensão por morte - Rateio entre a concubina e a viúva - Convivência simultânea - Concubinato e Casamento – Impossibilidade - Recurso extraordinário provido.

1 - Assentou-se no acórdão recorrido que, comprovada a convivência e a dependência econômica, faz jus a concubina à quota parte de pensão deixada por ex-combatente, em concorrência com a viúva, a contar do pedido efetivado na seara administrativa. Tal orientação, contudo, contraria a tese fixada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do processo paradigma do Tema nº 529 sob a sistemática da repercussão geral, in verbis: "A preexistência de casamento ou de união estável de um dos conviventes, ressalvada a exceção do artigo 1723, § 1º, do Código Civil, impede o reconhecimento de novo vínculo referente ao mesmo período, inclusive para fins previdenciários, em virtude da consagração do dever de fidelidade e da monogamia pelo ordenamento jurídico- constitucional brasileiro".

2 - Antes do advento da Constituição de 1988, havia o emprego indistinto da expressão concubinato para qualquer relação não estabelecida sob as formalidades da lei, daí porque se falava em concubinato puro (hoje união estável) e concubinato impuro (relações duradoras com impedimento ao casamento). Erigida a união estável, pelo texto constitucional (art. 226, § 3º, da CF), ao status de entidade familiar e tendo o Código Civil traçado sua distinção em face do concubinato (art. 1.723, § 1º, c.c. art. 1.521, VI e art. 1.727 do CC), os termos passaram a disciplinar situações diversas, o que não pode ser desconsiderado pelo intérprete da Constituição.

3 - O art. 1.521 do Código Civil – que trata dos impedimentos para casar -, por força da legislação (art. 1.723, § 1º), também se aplica à união estável, sob claro reconhecimento de que a ela, como entidade familiar, também se assegura proteção à unicidade do vínculo. A espécie de vínculo que se interpõe a outro juridicamente estabelecido (seja casamento ou união estável) a legislação nomina

concubinato (art. 1.727 do CC). Assim, a pessoa casada não pode ter reconhecida uma união estável concomitante, por força do art. 1.723, § 1º, c.c. o art. 1.521, VI, do Código Civil.

4 - Considerando que não é possível reconhecer, nos termos da lei civil (art. 1.723, § 1º, c.c. art. 1.521, VI e art. 1.727 do Código Civil Brasileiro), a concomitância de casamento e união estável (salvo na hipótese do § 1º, art. 1.723, do CC/02), impende concluir que o concubinato – união entre pessoas impedidas de casar - não gera efeitos previdenciários.

5 - A exegese constitucional mais consentânea ao telos implícito no microssistema jurídico que rege a família, entendida como base da sociedade (art. 226, *caput*, da CF), orienta-se pelos princípios da exclusividade e da boa-fé, bem como pelos deveres de lealdade e fidelidade que visam a assegurar maior estabilidade e segurança às relações familiares.

6 - Foi fixada a seguinte tese de repercussão geral: "É incompatível com a Constituição Federal o reconhecimento de direitos previdenciários (pensão por morte) à pessoa que manteve, durante longo período e com aparência familiar, união com outra casada, porquanto o concubinato não se equipara, para fins de proteção estatal, às uniões afetivas resultantes do casamento e da união estável".

7 - Recurso extraordinário a que se dá provimento.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 883.168 - SC - Relator: MININISTRO DIAS TOFFOLI.

Reclamante: União. Reclamado: Rosemary do Rocio de Souza.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão virtual do Plenário de 25/6 a 2/8/21, na conformidade da ata do julgamento e nos termos do voto do Relator, Ministro Dias Toffoli, por maioria de votos, vencido o Ministro Edson Fachin, apreciando o tema nº 526 da repercussão geral, em dar provimento ao recurso extraordinário. Foi fixada a seguinte tese: "É incompatível com a Constituição Federal o reconhecimento de direitos previdenciários (pensão por morte) à pessoa que manteve, durante longo período e com aparência familiar, união com outra casada, porquanto o concubinato não se equipara, para fins de proteção estatal, às uniões afetivas resultantes do casamento e da união estável".

Brasília, 3 de agosto de 2021. - *Ministro Dias Toffoli* - Relator.

Relatório

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI - A União interpõe recurso extraordinário contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, o qual foi assim ementado:

> Militar. Pensão militar. Companheira. Concorrência com a viúva. Comprovada a convivência e a dependência econômica, faz jus a companheira à quota parte de pensão deixada por ex- combatente, em concorrência com a viúva, a contar do pedido efetivado na seara administrativa.

Opostos embargos de declaração, foram eles rejeitados.

No recurso extraordinário, a União sustenta violação dos arts. 5º, *caput*, inciso II, 37, *caput*, 40, § 2º, 226, § 3º, da Constituição Federal, e art. 53, *caput*, incisos II e III, dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias.

Em suas razões recursais, a recorrente alega a impossibilidade de pagamento de pensão por morte à recorrida, Rosemary do Rocio de Souza, uma vez que não se comprovou a união estável.

Em contrarrazões, a recorrida obtempera que, uma vez "comprovada a convivência e a dependência econômica, faz jus a companheira à quota parte da pensão deixada por ex-combatente, em concorrência com a viúva, a contar do pedido efetivado na seara administrativa".

Em contrarrazões, o *amicus curiae* Instituto Brasileiro de Direito Previdenciário suscita, preliminarmente, a ausência de violação frontal de dispositivo da Constituição Federal, haja vista que a matéria se restringe ao âmbito da legalidade do art. 45 da Lei nº 8.213/91.

Após análise dos autos, reconhecendo que a questão posta em discussão nesta lide apresenta densidade constitucional e extrapola os interesses subjetivos das partes, o Ministro Luiz Fux, então Relator, reconheceu a repercussão geral da matéria. Em sessão realizada por meio eletrônico, o Plenário confirmou esse entendimento, tendo a ementa sido redigida nos seguintes termos:

> Previdenciário. Pensão por morte. Concubinato impuro de longa duração. Efeitos para fins da proteção do estado à que alude o artigo 226, § 3º, da Constituição Federal. Existência de repercussão geral.

O assunto foi inscrito como Tema nº 526 da Gestão da Repercussão Geral do portal do Supremo Tribunal Federal, com a seguinte descrição:

> Recurso extraordinário em que se discute, à luz dos artigos 201, V, e 226, § 3º, da Constituição Federal, a possibilidade, ou não, de reconhecimento de direitos previdenciários (pensão por morte) à pessoa que manteve, durante longo período e com aparência familiar, união com outra casada.

Instada a se manifestar, a Procuradoria-Geral da República (PGR) opina pelo provimento do recurso extraordinário, consoante parecer assim ementado:

> Direito constitucional, Previdenciário e de Família. Recurso extraordinário. Repercussão geral. Tema nº 526. Concubinato de longa duração. Efeitos previdenciários. Pensão especial de ex-combatente. Distinção entre união estável e concubinato. Alcance da proteção constitucional das famílias. Novas concepções de família e de conjugalidade. Impossibilidade de conferir tratamento igualitário a situações diferenciadas. Cogência dos deveres inerentes ao matrimônio e dos impedimentos previstos na legislação. Provimento do recurso. - Proposta de Tese de Repercussão Geral - Tema nº 526: É possível o reconheci-

> mento de efeitos previdenciários ao concubinato, quando presentes as condições para sua equiparação à união estável, mas não ao concubinato adulterino. - Recurso extraordinário que discute a possibilidade de o concubinato de longa duração gerar efeitos previdenciários. - Os impedimentos ao casamento e os deveres matrimoniais estabelecidos no Código Civil são normas cogentes, de modo que não se deve admitir interpretações extensivas que as derroguem, tampouco o seu afastamento pela vontade das partes. - A equivalência de reconhecimento entre o casamento e a união estável, como núcleos familiares que gozam de especial proteção do Estado, acarreta justificadas assimetrias em relação ao concubinato, porquanto o impedimento listado na legislação, razão precípua da distinção entre concubinato e união estável, é norma cogente. - É compatível com o texto constitucional o tratamento diferenciado dispensado, para fins de direitos previdenciários, entre a concubina e à companheira ou cônjuge sobreviventes. - Não é possível fixar em abstrato o conceito de concubinato de longa duração, pois tal delimitação reclama a referência a dados concretos acerca do vínculo estabelecido. - Parecer pelo provimento do recurso extraordinário, com adoção da tese acima proposta.

Ato contínuo, o Ministro Luiz Fux, então Relator, determinou a substituição do processo modelo, o RE n° 669.465, pelos presentes autos.

É o relatório.

Voto

Discute-se, nestes autos, a possibilidade de o concubinato gerar efeitos previdenciários na hipótese de união simultânea ao casamento. No acórdão recorrido, deferiu-se o pedido para que a concubina recebesse a pensão por morte deixada pelo falecido em concorrência com a viúva.

Recentemente, no julgamento do processo paradigma do Tema n° 529, RE n° 1.045.273, da relatoria do Ministro Alexandre de Moraes, ocorrido em 21 de dezembro de 2020, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, por maioria, fixou a seguinte tese de repercussão geral:

> "A preexistência de casamento ou de união estável de um dos conviventes, ressalvada a exceção do artigo 1723, § 1º, do Código Civil, impede o reconhecimento de novo vínculo referente ao mesmo período, inclusive para fins previdenciários, em virtude da consagração do dever de fidelidade e da monogamia pelo ordenamento jurídico- constitucional brasileiro"

Eis a ementa desse julgado:

> Recurso extraordinário. Repercussão geral. Tema n° 529. Constitucional. Previdenciário. Pensão por morte. Rateio entre companheira e companheiro, de uniões estáveis concomitantes. Impossibilidade. - A questão constitucional em jogo neste precedente com repercussão geral reconhecida é a possibilidade de reconhecimento, pelo Estado, da coexistência de duas uniões estáveis paralelas, e o consequente rateio da pensão por morte entre os companheiros sobreviventes - independentemente de serem relações hétero ou

homoafetivas. - O Supremo Tribunal Federal tem precedentes no sentido da impossibilidade de reconhecimento de união estável, em que um dos conviventes estivesse paralelamente envolvido em casamento ainda válido, sendo tal relação enquadrada no art. 1.727 do Código Civil, que se reporta à figura da relação concubinária (as relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar, constituem concubinato). - É vedado o reconhecimento de uma segunda união estável, independentemente de ser hétero ou homoafetiva, quando demonstrada a existência de uma primeira união estável, juridicamente reconhecida. Em que pesem os avanços na dinâmica e na forma do tratamento dispensado aos mais matizados núcleos familiares, movidos pelo afeto, pela compreensão das diferenças, respeito mútuo, busca da felicidade e liberdade individual de cada qual dos membros, entre outros predicados, que regem inclusive os que vivem sob a égide do casamento e da união estável, subsistem em nosso ordenamento jurídico constitucional os ideais monogâmicos, para o reconhecimento do casamento e da união estável, sendo, inclusive, previsto como deveres aos cônjuges, com substrato no regime monogâmico, a exigência de fidelidade recíproca durante o pacto nupcial (art. 1.566, I, do Código Civil). - A existência de uma declaração judicial de existência de união estável é, por si só, óbice ao reconhecimento de uma outra união paralelamente estabelecida por um dos companheiros durante o mesmo período, uma vez que o artigo 226, § 3º, da Constituição se esteia no princípio de exclusividade ou de monogamia, como requisito para o reconhecimento jurídico desse tipo de relação afetiva inserta no mosaico familiar atual, independentemente de se tratar de relacionamentos hétero ou homoafetivos. - Tese para fins de repercussão geral: A preexistência de casamento ou de união estável de um dos conviventes, ressalvada a exceção do artigo 1723, § 1º, do Código Civil, impede o reconhecimento de novo vínculo referente ao mesmo período, inclusive para fins previdenciários, em virtude da consagração do dever de fidelidade e da monogamia pelo ordenamento jurídico-constitucional brasileiro. - Recurso extraordinário a que se nega provimento.

Permito-me utilizar, a propósito, as razões expostas em voto-vista que proferi no julgado acima transcrito, haja vista a similitude entre as questões debatidas:

Voto-Vista.

O Senhor Ministro Dias Toffoli: [...] Meu pedido de vista nestes autos, portanto, não foi motivado pelo questionamento atinente à possibilidade da união homoafetiva como instituto jurídico, ponto já bem solvido e consolidado, desde 2011, por esta Corte.

A celeuma que careceu de melhor reflexão é a que respeita à possibilidade de reconhecimento jurídico de uniões estáveis concomitantes, sendo irrelevante o fato de serem elas homoafetivas ou heteroafetivas, pois, como dito, ambas já possuem o referido reconhecimento jurídico.

[...] A união estável como entidade familiar é fruto de uma construção jurídica emanada da sociedade, resultante, portanto, da primeira faceta do Direito: a advinda do poder social.

Com efeito, tornou-se fato notório, ao longo das últimas décadas, o crescimento da escolha pela união estável em detrimento do casamento.

O reconhecimento pela Constituição Federal dessa formação familiar, que surgia espontaneamente no meio social, sem registro formal perante o Estado, deu origem ao seguinte comando constitucional:

"Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

[...]

§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento".

Como se percebe, todavia, no dispositivo, a CF/88 não descurou de sua função como instrumento regulatório da vida social, dando claro comando ao Estado no sentido de facilitar o reconhecimento formal dessa união (transmutação em casamento), tendo, ainda, a partir da EC nº 66, de 2010, desburocratizado significativamente a dissolução do vínculo matrimonial (art. 226, § 6º, da CF/88).

Conforme já manifestei oralmente na primeira assentada deste julgamento, a parte final do § 3º do art. 226 da Constituição da República, ao estabelecer que a lei facilitará a conversão da união estável em casamento, deixou claro que "uma coisa é uma coisa e outra é outra coisa".

De fato, são as peculiaridades mais relevantes para efeito de distinção dos institutos: (i) quanto à solenidade da constituição: casamento exige a publicação de proclamas - art. 1.527, CC/02 - e é realizado "com toda publicidade, a portas abertas, presentes pelo menos duas testemunhas" (art. 1.534, CC/02), lavrando-se "o assento no livro de registro" (art. 1.536, CC/02); (ii) quanto ao estado civil (é exigência sua modificação com o casamento, dando-se pleno conhecimento público do novo status com registro em cartório, ao passo que, na união estável, conquanto admitida a alteração, não é ela obrigatória) e (iii) quanto à extinção: casamento se extingue com o divórcio, já a união estável deixa de existir no momento em que houver a separação de fato do casal, podendo, ainda, conforme o caso, ser necessário um termo de dissolução de união estável.

E qual é a razão de haver maiores exigências para o casamento? A segurança das relações privadas na formação dos vínculos familiares. Com o casamento, torna-se mais difícil a constituição - ao menos sem o conhecimento das partes - de multiplicidade de vínculos de afeto. Confere-se, assim, maior proteção jurídica às repercussões patrimoniais, previdenciárias e mesmo familiares que decorrem dessa espécie de vínculo.

A Constituição, assim, dispõe acerca da facilitação da conversão da união estável em casamento, precisamente pela maior segurança jurídica que esse confere às relações privadas - interna e externamente, ou seja, entre os cônjuges, bem como entre esses e terceiros.

É essencialmente nesse ponto que se diferenciam tais institutos: a união estável emana da sociedade e é reconhecida pelo direito; o casamento é fruto do poder indutor e diretivo do Estado, com finalidade de contribuir para a maior confiabilidade nas relações privadas familiares e, no mesmo passo, para a segurança jurídica dos atos praticados na formação, na constância e na dissolução da união.

Isso não implica, importa ressaltar, a superioridade de uma forma jurídica sobre a outra. Em verdade, na multiplicidade familiar estabelecida pela Constituição, se atribuiu idêntica relevância a cada forma familiar, dispondo o texto constitucional que o reconhecimento da união estável se dá "para efeito da proteção do Estado" (art. 226, § 3º).

Assim, embora sejam formas jurídicas distintas, nota-se crescente atribuição de efeitos jurídicos similares ao casamento e à união estável.

[...]

Na legislação também temos referências a situações em que ocorre a equiparação de dados efeitos entre os institutos. Trata-se do art. 1.723 do Código Civil de 2002, o qual preceitua:

"Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

§ 1º A união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do art. 1.521; não se aplicando a incidência do inciso VI no caso de a pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente".

O citado art. 1.521 do Código Civil trata dos impedimentos para casar, ou seja, é uma regulamentação feita para o casamento, mas que, por força da legislação (art. 1.723, § 1º), também se aplica à união estável, sob claro reconhecimento de que a ela, como entidade familiar, também se assegura proteção à unicidade do vínculo.

Assim, a união estável não poderá ser reconhecida se ocorrer alguma das situações previstas naquela norma. E diz o citado artigo, no que ora interessa:

"Art. 1.521. Não podem casar:

[...]

VI - as pessoas casadas".

Essa previsão normativa é uma decorrência da escolha da monogamia em nosso ordenamento jurídico, a qual possui previsão expressa no Código Civil:

"Art. 1.566. São deveres de ambos os cônjuges:

I - fidelidade recíproca".

Portanto, depreende-se do art. 1.723, § 1º, c.c. o art. 1.521, VI, ambos do Código Civil, que uma pessoa com união estável não poderá ter simultaneamente reconhecido pelo Estado outro vínculo familiar. A espécie de vínculo que se interpõe a outro juridicamente estabelecido (seja casamento ou união estável) a legislação nomina concubinato, tendo o Código Civil disposto o seguinte:

"Art. 1.727. As relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar, constituem concubinato".

Apesar da clareza das normas, o Supremo Tribunal já foi instado a se manifestar sobre a possibilidade de se reconhecer uma união estável em relação a uma pessoa casada e esta

Corte, por sua Primeira Turma, nos autos do RE n° 590.779/ES e do RE n° 397.762/BA, da relatoria do Ministro Marco Aurélio, se manifestou no mesmo sentido da legislação, ou seja, pela impossibilidade desse reconhecimento. Vide:

"Companheira e Concubina. Distinção. Sendo o Direito uma verdadeira ciência, impossível é confundir institutos, expressões e vocábulos, sob pena de prevalecer a babel. União Estável. Proteção do Estado. A proteção do Estado à união estável alcança apenas as situações legítimas e nestas não está incluído o concubinato. Pensão. Servidor Público. Mulher-Concubina. Direito. A titularidade da pensão decorrente do falecimento de servidor público pressupõe vínculo agasalhado pelo ordenamento jurídico, mostrando-se impróprio o implemento de divisão a beneficiar, em detrimento da família, a concubina" (RE n° 397.762, Rel. Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, *DJe* de 12/9/08).

Nota-se, assim, que a legislação expressamente mencionou entre suas disposições a relação duradoura que se estabelece entre pessoas impedidas de casar (nominando-a concubinato), para (i) a distinguir da união estável (precisamente sob o aspecto do impedimento ao casamento); e (ii) afastar seu reconhecimento como entidade familiar (art. 1.566, I, do CC/02). Em comentário publicado logo após a edição do Código Civil de 2002, Luiz Felipe Santos bem precisou a finalidade do dispositivo:

"Não há dúvida de que o objetivo da lei é distinguir e extremar com nitidez os conceitos, introduzindo em nosso sistema uma noção legal de ambos os institutos, de forma a não permitir que se continue a empregá-los indistintamente, como até agora, em geral, tem sido feito, de modo especial no cotidiano forense e na jurisprudência' (União estável, concubinato e sociedade de fato: uma distinção necessária. Disponível em: https://www.colegioregistralrs.org.br/doutrinas/uniao-estavelconcubinato-e-sociedade-de-fato-uma-distincao- necessaria. Acesso em 6/12/20).

De fato, antes do advento da Constituição de 1988, havia o emprego indistinto da expressão concubinato para qualquer relação não estabelecida sob as formalidades da lei, daí porque se falava em concubinato puro (hoje união estável) e concubinato impuro (relações duradoras com impedimento ao casamento).

Com a Constituição de 1988 elevando a união estável a entidade familiar e o Código Civil precisando com clareza sua distinção em face do concubinato, o emprego dos termos passou a ser absolutamente distinto.

Importante, ainda, frisar que, para efeito de distinção entre os institutos (união estável e concubinato), o art. 1.727 deve ser lido em conjunto com o art. 1.723, § 1º, do CC/02, segundo o qual não se aplicam os impedimentos ao casamento "no caso de a pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente". Assim, para existir concubinato, é preciso que o parceiro casado esteja na constância fática da sociedade conjugal. Do contrário, a relação poderá - atendidos os demais requisitos - ser reconhecida como união estável.

Aqui, novamente, sob a vertente do direito como construção social, reconheceu-se que a pendência de dissolução do casamento (concretizável apenas pelo divórcio - art. 226, § 6º, da CF/88) não pode impedir o reconhecimento de uniões formadas entre pessoas que já estejam separadas.

A primazia, nesse caso, da realidade social considera o lapso temporal que, não raro, se faz necessário ao desfazimento do vínculo conjugal, a requerer do Estado o reconhecimento da nova união formada pelos que apenas aguardam o trâmite do divórcio.

Em nenhum outro caso, contudo, admite-se a cumulação de vínculos entre as figuras do casamento e da união estável, sob pena de se caracterizar o concubinato.

Assim, com a clareza trazida pela legislação, chega-se ao seguinte: casamento e união estável como institutos familiares distintos e não cumuláveis; e concubinato como qualquer situação na qual, salvo na hipótese do § 1º, art. 1.723, do CC/02, se descumpre a unicidade requerida pelo direito pátrio.

Respondendo, assim, ao questionamento central desta repercussão geral, aponto a impossibilidade de cumulação de vínculos familiares, seja sob o título de casamento, seja sob a veste da união estável.

Ora, se uma pessoa casada não pode casar, por força do art. 1.521, VI, do Código Civil, e se uma pessoa casada não pode ter reconhecida uma união estável concomitante, por força do art. 1.723, § 1º, c.c. o art. 1.521, VI, do Código Civil, seguindo essa linha de argumentação, uma pessoa que esteja convivendo em uma união estável não pode ter reconhecida, simultaneamente, uma outra união estável.

Assim, caracterizada esteja uma união estável, a outra relação - ainda que demonstrada sua não eventualidade - se caracteriza como concubinato.

E quais os efeitos jurídicos atribuíveis ao concubinato?

A legislação não previu qualquer espécie de direito, mas a jurisprudência - ao tempo em que as uniões fáticas não eram juridicamente reconhecidas como entidades familiares - construiu, sob as bases do Direito das Obrigações, o conceito de sociedade de fato.

Trata-se de instituto tomado de empréstimo do Direito das Obrigações, para possibilitar, presente impedimento matrimonial, consequências patrimoniais ao concubino quando demonstrada sua contribuição para a formação do patrimônio do cônjuge infiel.

Como relação obrigacional, todavia, as consequências ficam adstritas ao aspecto patrimonial, com partilha proporcional à participação de cada concubino. Como precisou Luiz Felipe Santos, "[n]estas condições, mesmo em uma relação de concubinato – onde se faz presente impedimento matrimonial, e, por isso, não há união estável - é possível, em tese, que seja comprovada a existência de uma sociedade de fato, desde que demonstrada a contribuição para a aquisição do patrimônio, ou parte dele. Se feita tal prova, cabível será a partilha proporcional à participação de cada concubino (porque de relação obrigacional se trata)" (União estável, concubinato e sociedade de fato: uma distinção necessária. Disponível em: https://www.colegioregistralrs.org.br/doutrinas/uniao-estavelconcubinato-e--sociedade-de-fato-uma-distincao- necessaria. Acesso em 6/12/20).

A compreensão se molda ao enunciado da Súmula nº 380/STF, a qual, conquanto estabelecida ao tempo em que união estável era também nominada concubinato (sua aprovação data de 3/4/64), pode ser invocada para fins de partilha do patrimônio no âmbito do atual concubinato. Vide seu enunciado:

"Súmula 380. Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esfôrço comum".

[...] Portanto, ratificando que o entendimento aqui firmado independe da relação ser heteroafetiva ou homoafetiva, concluo ser inviável o reconhecimento da concomitância de duas uniões estáveis (de dois casamentos, ou de um casamento e uma união estável), salientando, desde já, que não se trata de privilegiar a relação que primeiro for reconhecida, dada a possibilidade de ajuizamento de ação própria que permita o confronto dos fatos alegados e das provas produzidas, na direção da obtenção da verdade real.

Por essas razões, acompanho o Relator no não provimento do recurso extraordinário e na tese por ele proposta.

Convém destacar que, no voto que proferiu nesse julgamento, o eminente Ministro Gilmar Mendes defendeu a similitude entre as questões debatidas nos temas nºs 526 e 529 da sistemática de repercussão geral. Nesse ponto, aduziu Sua Excelência:

Da identidade dos Temas 526 e 529 da Sistemática da Repercussão Geral

De início, convém destacar que todos os aspectos relacionados à homossexualidade são irrelevantes para o deslinde do presente caso. Isso porque a questão referente ao reconhecimento de união homoafetiva, na esteira da vedação à discriminação, já foi discutida e arrematada por esta Corte nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277 e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132, Rel. Min. Ayres Britto, concluindo-se pela possibilidade de reconhecimento de união estável homoafetiva.

Portanto, não se discute mais aqui se uma união heterossexual se sobrepõe a uma união homossexual, mas se seria possível reconhecer uniões estáveis concomitantes para fins de rateio de pensão por morte. Sendo assim, irrelevantes quaisquer designações relativas à orientação sexual dos envolvidos.

Feitas essas considerações iniciais e atento à manifestação da Procuradoria-Geral da República, entendo que há similitude dessa matéria com o Tema 526 da Repercussão Geral. Transcrevo a descrição das questões constitucionais debatida em cada um dos temas:

"Tema 526: Recurso extraordinário em que se discute, à luz dos artigos 201, V, e 226, § 3º, da Constituição Federal, a possibilidade, ou não, de reconhecimento de direitos previdenciários (pensão por morte) à pessoa que manteve, durante longo período e com aparência familiar, união com outra casada.

"Tema 529: Recurso extraordinário com agravo em que se discute, à luz dos artigos 1º, III; 3º, IV; 5º, I, da Constituição Federal, a possibilidade, ou não, de reconhecimento jurídico de união estável e de relação homoafetiva concomitantes, com o consequente rateio de pensão por morte".

Dito isso, a tese aqui fixada, relativa à possibilidade de reconhecimento jurídico de uniões estáveis concomitantes, com o consequente rateio de pensão por morte, pode aplicar-se

> indistintamente a ambas as controvérsias, pois a natureza homoativa de dada relação jurídica é irrelevante para o enfrentamento desse case.

Com efeito, considerando que a Suprema Corte concluiu não ser possível o reconhecimento de uma segunda união estável, impende reconhecer que o concubinato (art. 1.723, § 1º, c.c. art. 1.521, VI e art. 1.727 do Código Civil Brasileiro) – união entre pessoas impedidas de casar - não gera efeitos previdenciários, conforme as razões expostas no voto- vista acima reproduzido.

Na esteira desse raciocínio, a Primeira Turma, em recente julgado, aplicando a tese adotada no Tema n° 529, sedimentou o seguinte entendimento:

> Companheira e concubina. Distinção. Sendo o Direito uma verdadeira ciência, impossível é confundir institutos, expressões e vocábulos, sob pena de prevalecer a babel. União estável. Proteção do estado. A proteção do Estado à união estável alcança apenas as situações legítimas e nestas não está incluído o concubinato. Agravo. Artigo 557, § 2º, do Código de Processo Civil. Multa. Se o agravo é manifestamente infundado, impõe-se a aplicação da multa prevista no § 2º do artigo 557 do Código de Processo Civil, arcando a parte com o ônus decorrente da litigância de má-fé.

Por ocasião do julgado acima transcrito, o ilustre Ministro Alexandre de Moraes obtemperou o seguinte:

> A recorrente defende que a Constituição protege a entidade familiar entre o homem e a mulher, não fazendo distinção entre a situação civil dessas pessoas (solteiras, viúvas, casadas, ou divorciadas), concluindo que o acórdão recorrido teria afrontado o art. 226 da CF ao referir-se ao período anterior a 1984 como "união impura" ou "concubinato impuro".
>
> Pois bem: a matéria foi resolvida no Tema n° 529, RE 1.045.273, de minha relatoria.
>
> Nesse tema, decidiu-se acerca da "possibilidade de reconhecimento jurídico de união estável e de relação homoafetiva concomitantes, com o consequente rateio de pensão por morte".
>
> Ao votar, esclareci que a questão constitucional a ser decidida estava restrita à possibilidade de reconhecimento, pelo Estado, da coexistência de duas uniões estáveis paralelas e o consequente rateio da pensão por morte entre os companheiros sobreviventes, independentemente de serem hétero ou homoafetivas.
>
> Isso porque a matéria do reconhecimento de entidades familiares formadas por pessoas de mesmo gênero já estava pacificada, pelo Supremo Tribunal Federal, na ADPF 132 e na ADI 4.277.
>
> Ao final do julgamento do Tema n° 529, foi fixada tese no sentido de que "A preexistência de casamento ou de união estável de um dos conviventes, ressalvada a exceção do artigo 1.723, § 1º, do Código Civil, impede o reconhecimento de novo vínculo referente ao mes

> mo período, inclusive para fins previdenciários, em virtude da consagração do dever de fidelidade e da monogamia pelo ordenamento jurídico-constitucional brasileiro".
>
> Apesar da ligeira diferença, que é a questão do concubinato, o Plenário decidiu - em julgamento apertado, 6 a 5, já referido pelo eminente Ministro Marco Aurélio - a impossibilidade da divisão da pensão em relação a união estável e casamento. Diria até que julgou mais, era uma situação mais ampla ainda, que acaba, a meu ver, contendo essa situação.

Ante o exposto, não há como reconhecer a existência de direitos previdenciários nas relações que se amoldem ao instituto do concubinato.

Aplicação ao caso concreto

In casu, a recorrida, Rosemary do Rocio de Souza, ajuizou ação visando o recebimento de pensão por morte de ex-combatente, na condição de companheira do falecido. Para tanto, ela alega que conviveu com o de cujus de 1998 a 2001, ano de sua morte. Ocorre que o falecido era casado a essa época, fato que caracteriza a relação de concubinato (art. 1.723, § 1º, c.c. art. 1.521, VI e art. 1.727 do Código Civil Brasileiro).

Desse modo, ante a configuração do concubinato, a recorrida não tem direito à pensão por morte do ex-combatente, razão pela qual merece reforma o acórdão objurgado.

Ante o exposto, na linha dos precedentes deste Tribunal, especialmente do julgamento do processo paradigma do tema nº 529 da sistemática de repercussão geral, RE nº 1.045.273, ocorrido em 21 de dezembro de 2020, dou provimento ao recurso extraordinário e proponho a adoção da seguinte tese para o Tema nº 526 da repercussão geral:

> "É incompatível com a Constituição Federal o reconhecimento de direitos previdenciários (pensão por morte) à pessoa que manteve, durante longo período e com aparência familiar, união com outra casada, porquanto o concubinato não se equipara, para fins de proteção estatal, às uniões afetivas resultantes do casamento e da união estável".

É como voto.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Sr. Presidente, temos para exame o Tema nº 526 da repercussão geral, assim descrito: "526 - Possibilidade de concubinato de longa duração gerar efeitos previdenciários".

Trata-se de Recurso Extraordinário interposto em face de acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, no qual se decidiu que, "comprovada a convivência e a dependência econômica, faz jus a companheira à quota parte de pensão deixada por ex-combatente, em concorrência com a viúva, a contar do pedido efetivado na seara administrativa".

O Ilustre Relator, Min. Dias Toffoli, acolhe o Recurso Extraordinário da União e propõe a seguinte tese de julgamento:

> É incompatível com a Constituição Federal o reconhecimento de direitos previdenciários (pensão por morte) à pessoa que manteve, durante longo período e com aparência
>
> familiar, união com outra casada, porquanto o concubinato não se equipara, para fins de proteção estatal, às uniões afetivas resultantes do casamento e da união estável.

Sr. Presidente, também entendo que esta é a solução a ser dada à questão. No RE 1.045.273, *leading case* do Tema nº 529 da repercussão geral ("Possibilidade de reconhecimento jurídico de união estável e de relação homoafetiva concomitantes, com o consequente rateio de pensão por morte"), do qual fui Relator, o Plenário desta Corte seguiu meu voto e sufragou a seguinte tese de julgamento:

> A preexistência de casamento ou de união estável de um dos conviventes, ressalvada a exceção do artigo 1.723, § 1º, do Código Civil, impede o reconhecimento de novo vínculo referente ao mesmo período, inclusive para fins previdenciários, em virtude da consagração do dever de fidelidade e da monogamia pelo ordenamento jurídico-constitucional brasileiro.

O acórdão ficou assim ementado:

> Recurso extraordinário. Repercussão geral. Tema nº 529. Constitucional. Previdenciário. Pensão por morte. Rateio entre companheira e companheiro, de uniões estáveis concomitantes. Impossibilidade. - A questão constitucional em jogo neste precedente com repercussão geral reconhecida é a possibilidade de reconhecimento, pelo Estado, da coexistência de duas uniões estáveis paralelas, e o consequente rateio da pensão por morte entre os companheiros sobreviventes - independentemente de serem relações hétero ou homoafetivas. - O Supremo Tribunal Federal tem precedentes no sentido da impossibilidade de reconhecimento de união estável, em que um dos conviventes estivesse paralelamente envolvido em casamento ainda válido, sendo tal relação enquadrada no art. 1.727 do Código Civil, que se reporta à figura da relação concubinária (as relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar, constituem concubinato). - É vedado o reconhecimento de uma segunda união estável, independentemente de ser hétero ou homoafetiva, quando demonstrada a existência de uma primeira união estável, juridicamente reconhecida. Em que pesem os avanços na dinâmica e na forma do tratamento dispensado aos mais matizados núcleos familiares, movidos pelo afeto, pela compreensão das diferenças, respeito mútuo, busca da felicidade e liberdade individual de cada qual dos membros, entre outros predicados, que regem inclusive os que vivem sob a égide do casamento e da união estável, subsistem em nosso ordenamento jurídico constitucional os ideais monogâmicos, para o reconhecimento do casamento e da união estável, sendo, inclusive, previsto como deveres aos cônjuges, com substrato no regime monogâmico, a exigência de fidelidade recíproca durante o pacto nupcial (art. 1.566, I, do Código Civil). - A existência de uma declaração judicial de existência de união estável é, por si só, óbice ao reconhecimento de uma outra união paralelamente estabelecida por um dos companheiros durante o mesmo período, uma vez que o artigo 226, § 3º, da Constituição se esteia no princípio de exclusividade ou de monogamia, como requisito para o reconhecimento jurí-

> dico desse tipo de relação afetiva inserta no mosaico familiar atual, independentemente de se tratar de relacionamentos hétero ou homoafetivos. - Tese para fins de repercussão geral: "A preexistência de casamento ou de união estável de um dos conviventes, ressalvada a exceção do artigo 1723, § 1º, do Código Civil, impede o reconhecimento de novo vínculo referente ao mesmo período, inclusive para fins previdenciários, em virtude da consagração do dever de fidelidade e da monogamia pelo ordenamento jurídico- constitucional brasileiro". - Recurso extraordinário a que se nega provimento (RE 1045273, Rel. Min. Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, j. em 21/12/2020, Processo Eletrônico Repercussão Geral – Mérito, *DJe*-066, Divulg. 08/04/2021, Public. 09/04/2021).

Como o voto do Eminente Min. Dias Toffoli fundamenta-se nesse precedente do Plenário, acompanho o Ilustre Relator e dou provimento ao Recurso Extraordinário da União.

Adiro à tese de julgamento proposta.

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Acolho o bem lançado relatório do Ministro Dias Toffoli.

A questão constitucional trazida para a Suprema Corte, à luz dos artigos 201, V, e 226, § 3º, da Constituição da República, diz com a possibilidade, ou não, de concubinato de longa duração gerar efeitos previdenciários.

O presente recurso extraordinário foi interposto pela União contra decisão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região que julgou cabível a divisão do total da pensão em 50% (cinquenta por cento) entre a viúva e a companheira do segurado falecido, assim ementada:

> Militar. Pensão militar. Companheira. Concorrência com a viúva. Comprovada a convivência e a dependência econômica, faz jus a companheira à quota-parte de pensão deixada por ex-combatente à quota-parte de pensão deixada por ex- combatente, com concorrência com a viúva, a contar do pedido efetivado na seara administrativa.

A Constituição da República conferiu proteção à entidade familiar, nos termos dos artigos 226 a 230. A união estável, especificamente, foi objeto do § 3º do art. 226:

> "Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.
>
> [...]
>
> § 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento".

O Código Civil de 2002, em respeito ao estatuto constitucional das famílias, definiu, no art. 1.723, a união estável:

> "Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.
>
> § 1º A união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do art. 1.521; não se aplicando a incidência do inciso VI no caso de a pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente.
>
> § 2º As causas suspensivas do art. 1.523 não impedirão a caracterização da união estável".

O cônjuge, o companheiro e a companheira são definidos como beneficiários do Regime Geral de Previdência Social, na condição de dependentes do segurado, nos termos do art. 16, I, da Lei nº 8.213/1991.

A jurisprudência dos Tribunais Superiores tem rejeitado a concessão de efeitos previdenciários às uniões concomitantes. São teses do Superior Tribunal de Justiça:

> Não é possível o reconhecimento de uniões estáveis simultâneas.
>
> Precedentes: AgRg no AREsp 609856/SP, Rel. Min. Raul Araújo, Quarta Turma, j. em 28/04/2015, *DJe* de 19/05/2015; AgRg no AREsp 395983/MS, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, j. em 23/10/2014, *DJe* de 07/11/2014; REsp 1348458/MG, Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, j. em 08/05/2014, *DJe* 25/06/2014; REsp 912926/RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, j. em 22/02/2011, *DJe* de 07/06/2011; AgRg no Ag 1130816/MG, Rel. Min. Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS), Terceira Turma, j. em 19/08/2010, *DJe* de 27/08/2010.
>
> A existência de casamento válido não obsta o reconhecimento da união estável, desde que haja separação de fato ou judicial entre os casados.
>
> Precedentes: AgRg nos EDcl no AgRg no AREsp 710780/RS, Rel. Min. Raul Araújo, Quarta Turma, j. em 27/10/2015, *DJe* de 25/11/2015; AgRg no AREsp 494273/RJ, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, j. em 10/06/2014, *DJe* de 01/07/2014; AgRg no REsp 1147046/RJ, Rel. Min. SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, j. em 08/05/2014, *DJe* de 26/05/2014; AgRg no REsp 1235648/RS, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, j. em 04/02/2014, *DJe* de 14/02/2014; AgRg no AREsp 356223/GO, Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, j. em 24/09/2013, *DJe* de 27/09/2013; REsp 1096539/RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, j. em 27/03/2012, *DJe* de 25/04/2012; AgRg no REsp 968572/RN, Rel. Min. Marco Buzzi, Quarta Turma, j. em 07/02/2012, *DJe* de 14/02/2012.
>
> É inviável a concessão de indenização à concubina, que mantivera relacionamento com homem casado, uma vez que tal providência daria ao concubinato maior proteção do que aquela conferida ao casamento e à união estável.
>
> Precedentes: AgRg no AREsp 770596/SP, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, j. em 17/11/2015, *DJe* de 23/11/2015; AgRg no AREsp 249761/RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, j. em 28/05/2013, *DJe* de 03/06/2013; REsp 874443/RS, Rel.

Min. Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, j. em 24/08/2010, *DJe* de 14/09/2010; EDcl no REsp 872659/MG, Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, j. em 15/12/2009, *DJe* 02/02/2010.

Na hipótese dos autos, foi reconhecido pelo Tribunal *a quo* a existência de união estável paralela ao casamento. Ou seja, afirmou-se estar comprovada a convivência e a dependência econômica da companheira, simultaneamente ao casamento, reconhecendo-se, por isso, direitos previdenciários decorrentes.

Em circunstâncias peculiaríssimas, o Superior Tribunal de Justiça reconheceu direitos - no caso de prestação de alimentos - à companheira de uma união paralela ao casamento, em virtude do princípio da dignidade da pessoa humana e boa fé. Assim está redigida a ementa do referido julgado:

> Recurso especial. Concubinato de longa duração. Condenação a alimentos. Negativa de vigência de lei federal. Caso peculiaríssimo. Preservação da família x dignidade e solidariedade humanas. Sustento da alimentanda pelo alimentante por quatro décadas. Decisão. Manutenção de situação fática preexistente. Inexistência de risco para a família em razão do decurso do tempo. Comprovado risco de deixar desassistida pessoa idosa. Incidência dos princípios da dignidade e solidariedade humanas. Dissídio jurisprudencial. Inexistência de similitude fático-jurídica. - De regra, o reconhecimento da existência e dissolução de concubinato impuro, ainda que de longa duração, não gera o dever de prestar alimentos a concubina, pois a família é um bem a ser preservado a qualquer custo. - Nada obstante, dada a peculiaridade do caso e em face da incidência dos princípios da dignidade e solidariedade humanas, há de se manter a obrigação de prestação de alimentos a concubina idosa que os recebeu por mais de quatro décadas, sob pena de causar-lhe desamparo, mormente quando o longo decurso do tempo afasta qualquer riso de desestruturação familiar para o prestador de alimentos. - O acórdão recorrido, com base na existência de circunstâncias peculiaríssimas - ser a alimentanda septuagenária e ter, na sua juventude, desistido de sua atividade profissional para dedicar- se ao alimentante; haver prova inconteste da dependência econômica; ter o alimentante, ao longo dos quarenta anos em que perdurou o relacionamento amoroso, provido espontaneamente o sustento da alimentanda -, determinou que o recorrente voltasse a prover o sustento da recorrida. Ao assim decidir, amparou-se em interpretação que evitou solução absurda e manifestamente injusta do caso submetido à deliberação jurisprudencial. - Não se conhece da divergência jurisprudencial quando os julgados dissidentes tratam de situações fáticas diversas. - Recurso especial conhecido em parte e desprovido (STJ - REsp 1185337 RS 2010/0048151-3, Rel. Min. João Otávio de Noronha, Terceira Turma, j. em 17/03/2015, *DJe* de 31/03/2015, RIOBDF v. 93, p. 130, RSDF v. 93, p. 130, RSTP v. 93, p. 130).

Trata-se, portanto, de saber se essa simultaneidade familiar está albergada pelos efeitos jurídicos previdenciários, de modo a determinar a divisão do benefício de pensão por morte entre a viúva e a companheira. Pondera-se, portanto, a respeito da possibilidade de atribuir efeitos jurídicos póstumos às famílias simultâneas na presença de boa-fé.

Circunscrevo o voto em torno do estreito campo previdenciário. Por isso assento desde logo que é possível o reconhecimento de efeitos post mortem previdenciários a casamento e união estável concomitantes, desde que presente o requisito da boa-fé objetiva.

É certo que, em termos dilatados, o tema acolhido para o desate nesta Suprema Corte tem conexões diversas à luz da hermenêutica constitucional adequada sobre famílias, direitos, deveres, sob os limites e as possibilidades da Constituição da República.

Nada obstante, a nervura temática no cerne do caso se cinge a três pilares: a) benefício previdenciário; b) dependência; c) eficácia póstuma de relações pessoais cujo âmbito se almeja inclusão sob o agasalho da união estável de boa fé.

O fio condutor para o desate do tema, limitado ao campo previdenciário, jaz na boa-fé. A questão central, pois, reside na boa-fé. Aliás, esta é a condição até mesmo para os efeitos do casamento nulo ou anulável, nos termos do Código Civil:

> "Art. 1.561. Embora anulável ou mesmo nulo, se contraído de boa-fé por ambos os cônjuges, o casamento, em relação a estes como aos filhos, produz todos os efeitos até o dia da sentença anulatória".

Como se vê, o casamento anulável ou mesmo nulo produz todos os efeitos até o dia da sentença que o invalida. Na situação dos autos, por causa da morte, cessaram as relações jurídicas, mas os efeitos, de boa-fé, devem ser preservados.

Ademais, a boa-fé se presume, inexistente demonstração em sentido contrário, prevalece a presunção, especialmente porque não se cogita de boa-fé subjetiva e, sim, de boa-fé objetiva.

Desse modo, uma vez não comprovado que esposa e companheira concomitantes do segurado instituidor, na hipótese dos autos, estavam de má-fé, deve ser reconhecida a proteção jurídica para os efeitos previdenciários decorrentes.

Ante o exposto, homenageando, respeitosamente, conclusão diversa, nego provimento ao recurso extraordinário, considerando a possibilidade de efeitos previdenciários ao casamento e união estável concomitantes.

Proposta de tese: É possível o reconhecimento de efeitos previdenciários póstumos à viúva e companheira concomitantes, desde que presente o requisito da boa-fé objetiva.

É como voto.

Extrato de Ata

Decisão: O Tribunal, por maioria, apreciando o Tema nº 526 da Repercussão Geral, deu provimento ao recurso extraordinário, nos termos do voto do Relator, vencido o Ministro Edson Fachin. Foi fixada a seguinte tese: "É incompatível com a Constituição Federal o reconhecimento de direitos

previdenciários (pensão por morte) à pessoa que manteve, durante longo período e com aparência familiar, união com outra casada, porquanto o concubinato não se equipara, para fins de proteção estatal, às uniões afetivas resultantes do casamento e da união estável". Falou, pelo *amicus curiae*: Instituto Brasileiro de Direito de Família - IBDFAM, o Dr. Marcos Alves da Silva.

Plenário, Sessão Virtual de 25.6.2021 a 2.8.2021.

Composição: Ministros Luiz Fux (Presidente), Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Dias Toffoli, Rosa Weber, Roberto Barroso, Edson Fachin, Alexandre de Moraes e Nunes Marques.

Carmen Lilian Oliveira de Souza Assessora-Chefe do Plenário.

Agravo regimental no recurso ordinário em *habeas corpus* - Impetração com o único objetivo de discutir o quantum da pena de multa fixada ao paciente – Inviabilidade – Precedentes - Violação do princípio *non reformatio in pejus* pelo tribunal de justiça local - Ordem concedida de ofício - Agravo regimental a que se dá provimento

1 - A decisão do Superior Tribunal de Justiça alinha-se à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que, "[e]m face de se tratar de condenação exclusivamente a pena de multa, e tendo em vista que a redação dada ao art. 51 do Código Penal pela Lei nº 9.268, de 1º de abril de 1996, não mais admite a conversão da pena de multa em pena privativa de liberdade, não é cabível o *habeas corpus* por inexistir qualquer risco ao direito de ir, vir e permanecer" (HC 73.882/RJ, Rel. Min. Moreira Alves, Primeira Turma).

2 - Em recurso exclusivo da defesa, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo deu provimento ao apelo para diminuir a reprimenda corporal, porém majorou a pena de multa fixada na sentença de primeira instância, o que configura flagrante violação do princípio *non reformatio in pejus* (CPP, art. 617).

3 - Recurso ordinário não conhecido, mas ordem concedida, de ofício, para restabelecer a pena de multa estabelecida pelo juízo de primeiro grau.

4 - Agravo regimental a que se dá provimento.

AG.REG. NO RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS 194.952 - SP - Relator: MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI.

Agravante: M.W.L.P. Agravados: Ministério Público do Estado de São Paulo; Ministério Público Federal.

Acórdão

Acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão virtual da Segunda Turma, na conformidade da ata de julgamentos, por votação unânime, dar provimento ao agravo regimental para, mantendo o não conhecimento do recurso ordinário, conceder a ordem, de ofício, e restabelecer a pena de multa estabelecida pelo juízo de primeiro grau, qual seja 660 (seiscentos e sessenta) dias-multa, no valor de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos, mantidos os demais termos do acórdão de segunda instância, tudo nos termos do voto do Relator, que reajustou seu voto.

Brasília, 13 de abril de 2021. - *Ministro Ricardo Lewandowski* - Relator.

Relatório

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Trata-se de agravo regimental interposto contra a decisão por mim proferida nestes autos (doc. eletrônico 6).

O agravante limita-se a reiterar os argumentos expostos na petição recursal, destacando que, a "partir do momento em que o inadimplemento da pena de multa passou a impedir a progressão de regime, a questão assumiu contornos que envolvem o direito de ir e vir do paciente do *habeas corpus*" (pág. 4 do doc. eletrônico 12).

Conclui, por conseguinte, que "a existência de multa pendente pode refletir na liberdade de locomoção, sendo tutelável, consequentemente, por meio do *habeas corpus*" (pág. 5 do doc. eletrônico 12).

Requer ao final, que "seja dado provimento ao presente agravo, exercendo-se o juízo de retratação por Vossa Excelência, com o prosseguimento do feito, com o provimento do recurso ordinário, realizando-se sua análise de mérito" (pág. 5 do doc. eletrônico 12).

Subsidiariamente, pede que "seja o agravo levado à Turma, em destaque e em sessão presencial, para que esta lhe dê provimento, nos termos acima requeridos" (pág. 5-6 do doc. eletrônico 12).

A vista à Procuradoria-Geral da República foi dispensada, nos termos do parágrafo único do art. 52 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

É o relatório.

Voto

Bem reexaminados os autos, tenho que a decisão atacada merece reforma.

Inicialmente, anotei que a decisão do STJ alinha-se à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que, "[e]m face de se tratar de condenação exclusivamente a pena de multa, e tendo em vista que a redação dada ao art. 51 do Código Penal pela Lei nº 9.268, de 1º de abril de 1996, não mais admite a conversão da pena de multa em pena privativa de liberdade, não é cabível o *habeas corpus* por inexistir qualquer risco ao direito de ir, vir e permanecer" (HC 73.882/RJ, Rel. Min. Moreira Alves, Primeira Turma).

Com essa mesma compreensão, indiquei os seguintes precedentes de ambas as Turmas e do Plenário desta Suprema Corte proferidos em casos análogos:

> Pena de multa. Doutrina brasileira do *habeas corpus*. Cessação (Reforma Constitucional de 1926). Impossibilidade de ofensa à liberdade de locomoção física. Descabimento da ação de *habeas corpus*. Pedido não conhecido. - É insuscetível de conhecimento o remédio constitucional de *habeas corpus*, quando utilizado com o objetivo de impugnar decisão que impôs, ao paciente, unicamente, a pena de multa. Não mais sendo juridicamente possível a conversão, em pena de prisão, da sanção pecuniária prevista nas leis penais (Lei nº 9.268/96) - inclusive na hipótese a que se refere o art. 85 da Lei nº 9.099/95 -, inocorre, por isso mesmo, situação de constrangimento à liberdade de locomoção física da pessoa,

circunstância esta que torna inadmissível a utilização do *writ* constitucional. Precedentes. A função clássica do *habeas corpus* restringe-se à estreita tutela da imediata liberdade de locomoção física das pessoas. - A ação de *habeas corpus* - desde que inexistente qualquer situação de dano efetivo ou de risco potencial ao *jus manendi, ambulandi, eundi ultro citroque* - não se revela cabível, mesmo quando ajuizada para discutir eventual nulidade do processo penal em que proferida decisão condenatória definitivamente executada. Esse entendimento decorre da circunstância histórica de a Reforma Constitucional de 1926 - que importou na cessação da doutrina brasileira do *habeas corpus* - haver restaurado a função clássica desse extraordinário remédio processual, destinando-o, quanto à sua finalidade, à específica tutela jurisdicional da imediata liberdade de locomoção física das pessoas. Precedentes (HC 79.345/SP, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma).

Habeas corpus. Título a encerrar pena de multa. Inadequação. A impossibilidade normativa e jurídica de a pena de multa ser transformada em privativa da liberdade afasta a adequação do *habeas corpus* - Verbete nº 693 da Súmula do Supremo: "Não cabe *habeas corpus* contra decisão condenatória a pena de multa, ou relativo a processo em curso por infração penal a que a pena pecuniária seja a única cominada" (HC 87.222 AgR/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, Primeira Turma).

Habeas corpus. Julgamento afetado ao plenário para uniformização jurisprudência das turmas: preliminar de conhecimento de *habeas corpus*, na hipótese em que o paciente sofreu, exclusivamente, pena de patrimonial, de multa, sem implicação na sua liberdade de locomoção pela conversão desta em pena de detenção (CP, art. 51). - Considerações sobre a doutrina brasileira do *habeas corpus*. Precedentes. - O *habeas corpus* é remédio excepcional para a salvaguarda da liberdade de ir e vir da pessoa, quanto esta constitua objeto de constrangimento resultante de ilegalidade ou abuso de poder; não é meio para se fazer correição e varredura de possíveis irregularidades ocorridas no processo penal. - Não cabe *habeas corpus* quando a decisão condenatória questionada aplica, exclusivamente, pena de multa. Ressalva, entretanto, da hipótese em que há ameaça concreta, atual ou iminente, à liberdade de locomoção de paciente insolvente, pela conversão, no processo de execução, da pena de multa em pena de detenção (CP, art. 51, *caput*), ocasião em que surge constrição ilegal à sua liberdade de locomoção. Precedentes. - A coação decorrente da conversão da pena de multa em pena de detenção é legal quando o paciente é solvente; ao contrário, é ilegal, quando insolvente, e, apenas nesta hipótese, cabe impetração do *writ*. - *Habeas corpus* não conhecido, por maioria de sete votos contra quatro (HC 73.340/SP, Rel. Min. Maurício Corrêa, Tribunal Pleno).

Mencionei, ainda: HC 115.405 AgR/SP, de relatoria do Ministro Luiz Fux; HC 82.392/RJ, de relatoria da Ministra Ellen Gracie; HC 93.442/SP, de relatoria do Ministro Menezes Direito; HC 105.903/RS, de relatoria da Ministra Rosa Weber; HC 73.929/SP, de relatoria do Ministro Ilmar Galvão; RHC 81.515/MG, de relatoria do Ministro Sydney Sanches; HC 83.238/RJ, de relatoria do Ministro Celso de Mello.

Anotei, por fim, que a orientação do Supremo Tribunal Federal, de ser o inadimplemento deliberado da pena de multa cumulativamente aplicada ao sentenciado óbice à progressão no regime prisional, proferido em execuções decorrentes de ações penais originárias desta Corte, não autoriza

a utilização do *habeas corpus* para discutir exclusivamente o *quantum* da multa fixada, como pretende o agravante.

Contudo, depois dos substanciosos argumentos trazidos pelo Ministro Gilmar Mendes em seu voto vista, relativamente à violação do princípio *non reformatio in pejus* por parte do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, pois aquele Tribunal, em recurso exclusivo da defesa, apesar de ter diminuído a reprimenda corporal do recorrente, majorou a pena de multa fixada na sentença de primeira instância, penso que o caso comporta a concessão de *habeas corpus*, de ofício.

Com efeito, considerando as consequências gravíssimas que o não pagamento da pena de multa poderá acarretar ao apenado, tal como explicitado pelo Ministro Gilmar em seu voto, alinho-me ao entendimento de Sua Excelência para, mantendo o não conhecimento deste recurso ordinário, conceder a ordem, de ofício, para restabelecer a pena de multa estabelecida pelo juízo de primeiro grau, qual seja 660 (seiscentos e sessenta) dias-multa, no valor de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos, mantidos os demais termos do acórdão de segunda instância.

Isso posto, dou provimento a este agravo regimental. É como voto.

Extrato de ata

Decisão: Após o voto do Ministro Ricardo Lewandowski (Relator), que negava provimento ao agravo regimental, no que foi acompanhado pela Ministra Cármen Lúcia, pediu vista o Ministro Gilmar Mendes.

Composição: Ministros Gilmar Mendes (Presidente), Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Edson Fachin e Nunes Marques.

Maria Clara Viotti Beck Secretária

Voto

Penal e Processual Penal. Recurso ordinário em *habeas corpus*. Violação à vedação de *reformatio in pejus*. Em recurso exclusivo da defesa, Tribunal aumenta a pena de multa. Manifesta ilegalidade. Potenciais consequências à liberdade do imputado. Superação da Súmula nº 693 do STF no caso concreto.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES: Trata-se de agravo regimental (eDOC 12) interposto contra decisão monocrática do relator, que negou provimento ao recurso ordinário em *habeas corpus* interposto pela DPU (eDOC 6).

Conforme relatado, o agravante reitera os argumentos expostos na petição recursal, destacando que, a partir do momento em que o inadimplemento da pena de multa passou a impedir a progressão de regime, a questão assumiu contornos que envolvem o direito de ir e vir do paciente do *habeas corpus*. Conclui, por conseguinte, que a existência de multa pendente pode refletir na liberdade de locomoção, sendo tutelável, consequentemente, por meio do *habeas corpus*.

O relator, citando a jurisprudência do Supremo, afirma que, por se tratar de condenação exclusivamente à pena de multa, não é cabível o *habeas corpus*, uma vez que inexiste risco ao direito de ir e vir, visto que não se admite a conversão da pena de multa em restritiva de liberdade.

Cuida-se, inclusive, de posição consolidada nos termos da Súmula nº 693 desta Corte: "Não cabe *habeas corpus* contra decisão condenatória a pena de multa, ou relativo a processo em curso por infração penal a que a pena pecuniária seja a única cominada".

Penso, contudo, que o julgamento deste *habeas corpus* é momento adequado para eventualmente repensarmos tal limitação ao conhecimento da ação.

Destaco que, no âmbito do STJ, houve, inclusive, manifestação favorável da PGR pela concessão da ordem de ofício (eDOC 3, p. 49).

No caso concreto, em primeiro grau, o agravante foi condenado à pena de 9 (nove) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime fechado, bem como ao pagamento de 660 (seiscentos e sessenta) dias-multa, no valor de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos.

Em recurso exclusivo da defesa, visto que não houve apelação do Ministério Público, o TJSP deu parcial provimento ao recurso, reduzindo a pena privativa de liberdade para 7 (sete) anos e 7 (sete) meses de reclusão em regime fechado, mas majorou a pena de multa para 758 (setecentos e cinquenta e oito) dias-multa (eDOC 3, p. 31).

Ou seja, há evidente e manifesta ilegalidade por violação ao *non reformatio in pejus*. Contudo, tal situação até o momento não foi corrigida em razão da aplicação da jurisprudência defensiva, que acarreta o não conhecimento do *habeas corpus*.

Penso que não podemos fechar os olhos a tal manifesta ilegalidade, de modo que o rigor da Súmula 693 precisa ser ponderado.

É sabido, pois, que o princípio *non reformatio in pejus* veda o agravamento da situação do réu por meio de recurso movido exclusivamente pela defesa, ou seja, se não houver recurso da acusação. Por outro lado, resta afastada a vedação, obviamente, se o agravamento se der por meio de recurso movido pela acusação.

Nos termos do CPP, "o tribunal, câmara ou turma atenderá nas suas decisões ao disposto nos arts. 383, 386 e 387, no que for aplicável, não podendo, porém, ser agravada a pena, quando somente o réu houver apelado da sentença" (art. 617).

Na doutrina, afirma-se: "Não se admite a *reformatio in pejus*, entendida como diferença para pior, entre decisão recorrida e decisão no recurso, não podendo a piora ocorrer nem do ponto de vista quantitativo, nem sob o ângulo qualitativo" (GRINOVER, Ada Pellegrini. GOMES FILHO, Antonio M.; FERNANDES, Antonio S. *Recursos no Processo Penal*. 3. ed. 2001. p. 45).

Trata-se de decorrência do sistema acusatório, ao passo que o Judiciário não pode agir sem a devida provocação do órgão acusador em sede recursal (BADARÓ, Gustavo H. *Manual dos Recursos*

Penais. 4. ed. RT, 2020. p. 112). Além disso, também se relaciona com o direito ao recurso do imputado sobre a condenação penal, assegurado pelo art. 8º, 2, *h*, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Decreto nº 678/92), pois, para um exercício efetivo de tal direito, o acusado deve ter liberdade para decidir se deve impugnar a sentença, sem receio de que o seu próprio questionamento da decisão possa piorar a sua situação.

Na jurisprudência, cito:

> *Habeas corpus*. Pena. Regime de cumprimento. Aberto domiciliar. Modificação. *Reformatio in pejus*. - A sentença condenatória que determina o cumprimento da pena em regime 'aberto domiciliar' não pode ser modificada, em recurso exclusivo da defesa, para agravar a situação do réu, por configurar *reformatio in pejus* (art. 617 do CPP). - *Habeas corpus* deferido para restabelecer a decisão de primeiro grau, relativamente ao regime de cumprimento da pena (HC 72.721, Rel. Min. Maurício Corrêa, Segunda Turma, *DJ* de 12.4.1996).
>
> *Habeas Corpus*. 2. Crime Hediondo. 3. Possibilidade de Progressão de Regime (cf. HC no 82.959-SP, Pleno, maioria, Rel. Min. Marco Aurélio, j. em 23.02.2006) 4. Existência de erro material na fixação do *quantum* da pena que implica *reformatio in pejus*. 5. Ordem deferida". (STF, HC 87.693/SE, de minha relatoria, j. em 1º.9.2006)

A Segunda Turma do STF entende que, na apreciação de recurso exclusivo da defesa, o Tribunal não pode inovar na fundamentação da dosimetria da pena, contra o condenado, ainda que a inovação não resulte em aumento da pena final. Nesse sentido:

> Recurso ordinário em *habeas corpus*. 2. Tráfico ilícito de drogas (art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343/2006). 3. Apelação exclusiva da defesa. Dosimetria da pena. Configuração de *reformatio in pejus*, nos termos do art. 617 do CPP. A pena fixada não é o único efeito que baliza a condenação, devendo ser consideradas outras circunstâncias, além da quantidade final de pena imposta, para verificação de existência de *reformatio in pejus*. Exame qualitativo. 4. O reconhecimento de circunstâncias desfavoráveis não previstas na sentença gera *reformatio in pejus*, ainda que a pena definitiva seja igual ou inferior à anteriormente fixada. Interpretação sistemática do art. 617 do CPP. 5. Recurso provido, em parte, para determinar ao Juízo da Vara das Execuções a redução da pena imposta ao recorrente, com a aplicação da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, no patamar máximo de 2/3 (dois terços), e, considerada a nova pena, o reexame do regime inicial e dos requisitos para a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos". (RHC 136.346/RJ, de minha relatoria, Segunda Turma, *DJe* de 8.11.2016)

No mesmo sentido: RHC 116.394/ES, Rel. Min. Cármen Lúcia, Segunda Turma, *DJe* de 27.5.2013.

Portanto, a vedação de *reformatio in pejus* é consolidada na legislação, na doutrina e na jurisprudência, o que resta manifestamente violado neste caso concreto.

Como já afirmei, não ignoro a jurisprudência consolidada no sentido de não ser cabível o *habeas corpus* em caso de condenação exclusivamente a pena de multa quando inexiste risco ao direito de ir e vir, nos termos da Súmula nº 693 desta Corte.

Contudo, como bem apontado pela DPU, precedentes recentes do Supremo Tribunal Federal têm intensificado as consequências gravosas relacionadas à pena de multa.

Na ADI 3.150, afirmou-se que a pena de multa tem natureza de sanção penal, podendo ser executada pelo MP em sede de execução penal (ADI 3.150, Rel. Min. Marco Aurélio, redator do acórdão Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, *DJe* de 6.8.2019). Consequentemente, o não pagamento pode impedir a extinção da punibilidade e, até mesmo, a progressão de regime prisional, afetando diretamente a liberdade do imputado (EP 8 ProgReg-AgR, Rel. Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, *DJe de* 20.9.2017).

Além disso, decidiu-se que o indulto da sanção privativa de liberdade não se estende à pena de multa na hipótese em que ultrapassado o valor mínimo para inscrição em Dívida Ativa da União (EP 5 IndCom-AgR, rel. Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, *DJe* de 26.11.2020).

Penso, portanto, que a premissa da qual parte a Súmula nº 693, no sentido de que inexiste risco ou violação à liberdade em situações relacionadas à pena de multa, precisa ser ponderada em cada caso concreto.

Aqui, verifica-se evidente e manifesta ilegalidade por violação ao *non reformatio in pejus*, ao passo que, em recurso exclusivo da defesa, o Tribunal aumentou a pena de multa. Isso precisa ser corrigido, sob pena de ocasionar relevantes prejuízos ao imputado.

Diante do exposto, acompanho o Relator em seu reajuste de voto, de modo a conceder a ordem de ofício para restabelecer a pena de multa fixada na sentença em 660 dias-multa, mantidos os demais termos do acórdão de segundo grau.

É como voto.

Reajuste de voto

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Presidente, eu ouvi com muita atenção o voto de Vossa Excelência e, realmente, o meu voto foi no sentido de prestigiar a jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal Federal, porque, num primeiro momento, como nós sabíamos, o não pagamento da multa penal implicava a prisão do recalcitrante ou do devedor.

Depois, houve uma alteração legislativa, e essa alteração legislativa fez com que o não pagamento da multa a convertesse em dívida ativa fiscal, e esta dívida seria cobrada por meio, enfim, de um executivo fiscal. Ou seja, o não pagamento da multa não implicaria mais a prisão, mas, sim, um processo executivo fiscal.

Daí por que a jurisprudência do Supremo começou a evoluir no sentido de não conhecer *habeas corpus* que discutissem a multa penal, porque não estava em jogo a liberdade das pessoas, no caso, dos pacientes dos *habeas corpus*.

Pois bem. Vossa Excelência está trazendo um fato novo, uma visão nova, uma perspectiva distinta da tradicional, inclusive que, a meu ver, permite a superação da Súmula. E qual é esta perspectiva nova? É que, no caso, num recurso exclusivo da defesa, houve uma *reformatio in pejus*.

Eu sei que a pronúncia varia, dependendo do tipo do latim que o cultor desta última flor do Lácio, aliás, a última flor do Lácio é a língua portuguesa, mas, digamos assim, a base dessa última flor do Lácio, enfim, como o locutor cultiva esta base desta última flor do Lácio.

Então, neste caso, houve uma *reformatio in pejus*, a meu ver, num recurso exclusivo da defesa, que é o fato novo e que eu também não analisei no meu voto.

Em segundo lugar, também, salvo melhor juízo, a jurisprudência da Corte, sobretudo nos últimos tempos, tem evoluído no sentido de dizer que o não pagamento da multa - e, neste caso, agravado por um aumento da pena num recurso exclusivo da defesa - impede a progressão de regime. Portanto, nós temos também, no caso, potencialmente, um agravo à liberdade do preso, especificamente do paciente.

Então, considerando essas questões todas, eu estou disposto, desde já, sem pedir vista, a acompanhar o ponto de vista de Vossa Excelência e evoluir, quer dizer, no sentido de dizer que cada caso é um caso, como é fato no Direito Penal. No Direito Penal, nós temos que analisar o caso em si. E eu apliquei uma jurisprudência, talvez, defensiva, consolidada, nesta Casa, no sentido de que, em se tratando de *habeas corpus*, não cabe discutir a multa.

Mas, neste caso, houve um prejuízo claro, evidente ao paciente, que não só é representado pelo aumento da multa num recurso exclusivo da defesa, como isso, também, em segundo lugar, pode redundar em um empecilho à progressão de regime que afeta a sua liberdade ou, pelo menos, a expectativa que ele tem de sair mais cedo da prisão.

Então, eu peço vênia aos Colegas, inclusive à Ministra Cármen, que me acompanhou, para evoluir - como se costuma dizer no Supremo Tribunal Federal - e mudar o meu ponto de vista para acompanhar, agora, esta perspectiva trazida pelo Ministro Gilmar Mendes no sentido de conceder a ordem.

Eu só tenho uma dúvida, Ministro Gilmar, estava refletindo sobre isso, se é melhor não conhecer do *habeas corpus* e conceder de ofício, ou conhecer desde logo.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – Eu estava defendendo que se conhecesse, tendo em vista que, nesse caso, a multa afeta a liberdade. Mas, em suma, podemos fazer.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - O não conhecimento preservaria, digamos assim, a jurisprudência do Supremo. E conceder de ofício atenderia o caso concreto. Mas acho que é uma filigrana técnica, e não me oponho à solução apresentada por Vossa Excelência.

Então, comunico aos eminentes Pares, com a devida vênia daqueles que me acompanharam e, porventura, tenham um ponto de vista contrário, que, neste caso, estou acompanhando a solução agora apresentada pelo Ministro-Presidente Gilmar Mendes.

É como voto.

Voto

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Presidente, no caso, como o Ministro Lewandowski agora lembrou, eu o tinha acompanhado exatamente no sentido de aplicar a jurisprudência. E, neste caso, o que nós temos é que, como a multa não tem uma ligação direta com a liberdade de locomoção, a jurisprudência consolidou-se exatamente como o Ministro-Presidente acaba de ler em seu voto.

Entretanto, neste caso específico, o Ministro Gilmar traz, primeiro, a circunstância de que o aumento do valor se deu exatamente em recurso exclusivo da defesa, o que, de todo jeito, redundaria numa ilegalidade manifesta, qual seja, a impossibilidade de se ter uma reforma para piorar a situação. Em segundo lugar, eu acho que, aí, sim, poderia realmente acarretar circunstâncias gravosas para eventual progressão de regime.

Então, Ministro Gilmar, de pronto, eu acompanharia Vossas Excelências se Vossas Excelências não conhecessem e concedessem de ofício, no caso concreto, para que se deixe em aberto e se possa fazer um estudo, talvez, um pouco mais aprofundado - no meu caso só, Ministro Gilmar, tenho certeza que Vossa Excelência fez isso e faz isso o tempo todo e com muita proficiência e para muito proveito nosso. Apenas, neste caso, fica perfeitamente configurada para mim a situação.

E, portanto, a concessão do habeas de ofício atenderia ao caso concreto, abre esta possibilidade e nos dá espaço para, durante um tempo, aprofundar e consolidar - isso para mim. Sendo dessa forma, eu me ponho inteiramente de acordo, reajustando, portanto, meu voto, Presidente, ladeando o ajuste também do Relator, a quem, então, continuo a acompanhar, se for essa a conclusão.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Presidente, foi essa linha que eu sugeri, quer dizer, no caso concreto, nós concederíamos de ofício para preservar, por enquanto, a jurisprudência, até que nós pudéssemos ter um pouco mais de fôlego para examinar a questão teoricamente de forma mais abrangente.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Então, Presidente, considerando o reajuste do Relator, eu continuo a acompanhar o eminente Ministro Ricardo Lewandowski.

Voto

O SENHOR MINISTRO NUNES MARQUES- Presidente, da mesma forma. Com as achegas do Ministro Ricardo Lewandowski e da Ministra Cármen Lúcia, em que pese já termos um norte quando houver uma afetação da liberdade do paciente, no caso concreto, talvez devêssemos ficar

nessas duas circunstâncias, da *reformatio in pejus* e do comprometimento da progressão do regime. Concordo que seria o suficiente para a resolução do caso concreto.

Acompanho o Relator e subscrevo a tese de Vossa Excelência.

É como voto.

Voto

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Presidente, cumprimento Vossa Excelência, a Ministra Cármen Lúcia, os eminentes Ministros Ricardo Lewandowski e Nunes Marques, o Senhor Subprocurador-Geral da República, Doutor Wagner Batista, e a Doutora Maria Clara.

Senhor Presidente e eminente Ministro Relator, Ministro Ricardo Lewandowski, eu houvera me alinhado à posição de Sua Excelência, preocupado precisamente com o enunciado da Súmula nº 693 deste Supremo Tribunal Federal. A preocupação ali estava postada no sentido de acompanhar o voto do Ministro Relator, reconhecendo, de um lado, que a controvérsia girava, como de fato gira, em torno da admissibilidade do *habeas corpus* para apreciar acórdão que teria violado a regra da *reformatio in pejus* em recurso exclusivo da defesa, e, de outro lado, a circunstância de que houve um recrudescimento da pena de multa, precisamente em recurso exclusivo da defesa, o que pode seguramente gerar quando menos um paradoxo, que chamou a atenção de Vossa Excelência, e levou agora Sua Excelência o eminente Ministro Relator a acolher essa circunstância para reformular o seu voto. E, a partir da proposição da eminente Ministra Cármen Lúcia, Vossa Excelência também reajusta a conclusão da divergência na linha do que houvera sugerido o eminente Ministro Relator, para não conhecer do *habeas corpus* e concedê-lo de ofício, tendo em vista precisamente o recrudescimento da pena de multa em recurso exclusivo da defesa.

Conforme Vossa Excelência mencionou na divergência, e o eminente Ministro Relator já houvera destacado efetivamente em seu voto - e essa é a razão pela qual eu havia me postado para acompanhar o eminente Ministro Relator, a jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal é persistente, inclusive com Verbete Sumulado nº 693, no sentido de que a imposição da pena de multa não representa, por si só, cerceamento do direito de liberdade de locomoção, sendo, por isso mesmo, incabível *habeas corpus*. A aplicação deste entendimento foi exarada no HC nº 79345, Segunda Turma, Rel. Min. Celso de Mello, *DJe* de 13/02/2009. Também foi aplicado no julgamento do RHC nº 178149, Segunda Turma, Relator Min. Celso de Mello, j. em 31/8/2020, p. em 3/9/2020. Ainda na Segunda Turma, o saudoso Ministro Teori Zavascki também entendeu pelo não cabimento de *habeas corpus* para discutir questões relacionadas à pena de multa (HC 122.563, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 2-9-2014, 2ª T, *DJe* de 16-9-2014.).

Eu houvera feito, Senhor Presidente, um voto mais alongado, porém, com o reajuste do voto que o eminente Ministro Relator vem de fazer no sentido de não conhecer do *habeas corpus*, mas deferir a ordem de ofício, tendo em vista precisamente a circunstância de ter ocorrido reforma em prejuízo do paciente, sem recurso da acusação, estou também subscrevendo essa solução. E, segundo sublinhou a eminente Ministra Cármen Lúcia, continuamos acompanhando o Relator, que acolhe essa

via, aliás sugerida por Sua Excelência na intervenção que fez, de não conhecer do habeas e deferir a ordem de ofício. É assim que estou me postando, mantendo, portanto, com esse reajuste e essa circunstância, o voto no sentido de acompanhar o eminente Ministro Ricardo Lewandowski.

É como voto, Presidente.

Extrato de ata

Decisão: Após o voto do Ministro Ricardo Lewandowski (Relator), que negava provimento ao agravo regimental, no que foi acompanhado pela Ministra Cármen Lúcia, pediu vista o Ministro Gilmar Mendes. Segunda Turma, Sessão Virtual de 26.2.2021 a 5.3.2021.

Decisão: A Turma, por votação unânime, deu provimento ao agravo regimental para, mantendo o não conhecimento do recurso ordinário, conceder a ordem, de ofício, e restabelecer a pena de multa estabelecida pelo juízo de primeiro grau, qual seja 660 (seiscentos e sessenta) dias-multa, no valor de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos, mantidos os demais termos do acórdão de segunda instância, tudo nos termos do voto do Relator, que reajustou seu voto. Presidência do Ministro Gilmar Mendes. 2ª Turma, 13.4.2021.

Presidência do Senhor Ministro Gilmar Mendes. Presentes à sessão os Senhores Ministros Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Edson Fachin e Nunes Marques.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Wagner Natal Batista.

Maria Clara Viotti Beck - Secretária.