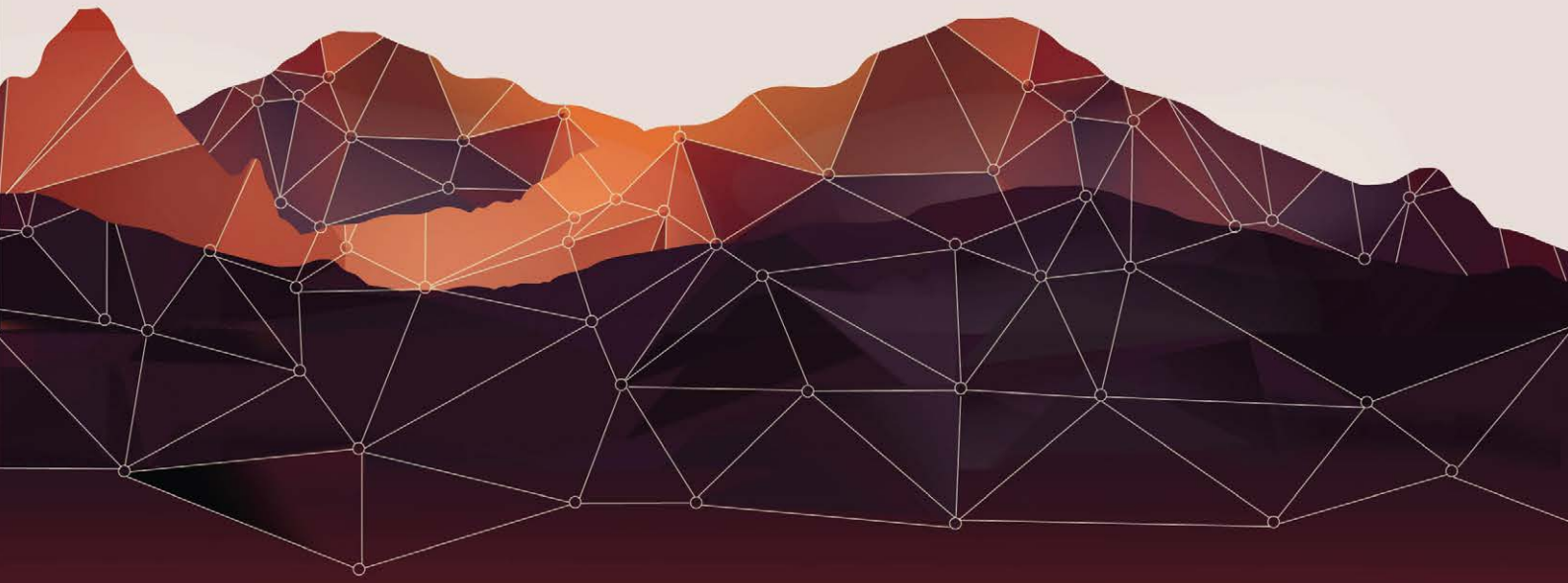
| Revista Eletrônica

Jurisprudência Mineira

Ano 69 | v. 223 | janeiro a junho de 2018



EJEF | TJMG

Revista Eletrônica
Jurisprudência Mineira
Órgão Oficial do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais

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

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

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

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

Jurisprudência Mineira	Belo Horizonte	a. 69	v. 223	p.1-621	jan./jun. 2018

Escola Judicial Desembargador Edésio Fernandes

Superintendente
Des. Wagner Wilson Ferreira

Superintendente Adjunto
Des. Manoel dos Reis Morais

Coordenadora do Centro de Estudos Jurídicos Juiz Ronaldo Cunha Campos
Des.ª Maria Aparecida de Oliveira Grossi Andrade

Juíza Auxiliar da 2ª Vice-Presidência
Juíza de Direito Lisandre Borges Fortes da Costa Figueira

Diretora Executiva de Desenvolvimento de Pessoas
Ana Paula Andrade Prosdocimi da Silva

Diretor Executivo de Gestão da Informação Documental
André Borges Ribeiro

Gerente de Jurisprudência e Publicações Técnicas
Thiago Israel Simões Doro Pereira

Coordenação de Publicação e Divulgação de Informação Técnica (CODIT)
Claudiciano dos Santos Pereira

Alexandre Silva Habib
Bernardino Senna de Oliveira
Cecília Maria Alves Costa
Eliana Whately Moreira
Guilherme de Assis Moreira
Guilherme de Macedo Machado
Leda Jussara Barbosa Andrade
Leila El Bizri Grossi Coura
Luciana Lobato Barros
Maria Amélia Ribeiro Kasakoff
Mariana de Souza Sickert Rodrigues
Maurício Tobias de Lacerda

Escola Judicial Desembargador Edésio Fernandes
Rua Goiás, 229 - 5º andar - Telefone (31) 3237-5137
30190-925 - Belo Horizonte/MG - Brasil
www.ejef.tjmg.jus.br - codit@tjmg.jus.br

Projeto Gráfico, Capa e Diagramação: Cristina Baía Marinho - ASCOM/CECOV
Normalização Bibliográfica: EJEF/GEDOC/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 1 n° 1 1950-2018
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 HERBERT JOSÉ ALMEIDA CARNEIRO

Primeiro Vice-Presidente
Desembargador GERALDO AUGUSTO DE ALMEIDA

Segundo Vice-Presidente
Desembargador WAGNER WILSON FERREIRA

Terceiro Vice-Presidente
Desembargador SAULO VERSIANI PENNA

Corregedor-Geral de Justiça
Desembargador ANDRÉ LEITE PRAÇA

Tribunal Pleno

Desembargadores

(por ordem de antiguidade, em 16.02.2018)

Kildare Gonçalves **Carvalho**
Márcia Maria **Milanez**
Antônio Carlos Cruvinel
Wander Paulo **Marotta** Moreira
Geraldo Augusto de Almeida
Caetano Levi Lopes
Luiz **Audebert Delage** Filho
Belizário Antônio **de Lacerda**
José **Edgard Penna Amorim** Pereira
José Carlos **Moreira Diniz**
Paulo Cézar Dias
Edilson Olímpio **Fernandes**
Maria **Beatriz** Madureira **Pinheiro** Costa **Caires**
Armando Freire
Dárcio Lopardi Mendes
Valdez Leite Machado
Alexandre Victor de Carvalho
Teresa Cristina da Cunha Peixoto
Alberto Vilas Boas Vieira de Sousa
José Geraldo **Saldanha da Fonseca**
Geraldo **Domingos Coelho**
Eduardo Brum Vieira Chaves
Maria das Graças Silva **Albergaria** dos Santos **Costa**
Elias Camilo Sobrinho
Pedro Bernardes de Oliveira
José Flávio de Almeida
Evangelina Castilho Duarte
Otávio de Abreu Portes
Luciano Pinto
Fernando Caldeira Brant
Hilda Maria Pôrto de Paula Teixeira da Costa
José de Anchieta da **Mota e Silva**
José **Afrânio Vilela**
Renato Martins Jacob
Maurílio Gabriel Diniz
Wagner Wilson Ferreira
Pedro Carlos Bitencourt Marcondes
Pedro Coelho Vergara
Marcelo Guimarães **Rodrigues**
Adilson Lamounier
Cláudia Regina Guedes **Maia**
Judimar Martins **Biber** Sampaio
Álvares Cabral da Silva
Alberto Henrique Costa de Oliveira
Marcos Lincoln dos Santos

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

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

Composição de Câmaras em 18.10.2017 - Dias de Sessão

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

** Presidente da Câmara*

Quarta Câmara Cível Quintas-feiras	**Quinta Câmara Cível** Quintas-feiras	**Sexta Câmara Cível** Terças-feiras
Desembargadores	**Desembargadores**	**Desembargadores**
Kildare Gonçalves **Carvalho**	**Wander** Paulo **Marotta** Moreira	Luiz **Audebert Delage** Filho
José Carlos **Moreira Diniz**	**Áurea** Maria **Brasil** Santos Perez*	**Edilson** Olímpio **Fernandes**
Dárcio Lopardi Mendes	Carlos Augusto de **Barros Levenhagen**	**Sandra** Alves de Santana e **Fonseca**
Ana Paula Nannetti **Caixeta***	**Moacyr Lobato** de Campos Filho	Luís Carlos de Azevedo **Corrêa Júnor***
Renato Luís **Dresch**	**Luís Carlos** Balbino **Gambogi**	**Yeda** Monteiro **Athias**

** Presidente da Câmara*

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

** Presidente da Câmara*

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

** Presidente da Câmara*

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

** Presidente da Câmara*

Décima Quinta Câmara Cível Quintas-feiras	**Décima Sexta Câmara Cível** Quartas-feiras	**Décima Sétima Câmara Cível** Quintas-feiras
Desembargadores	**Desembargadores**	**Desembargadores**
Maurílio Gabriel Diniz*	**Otávio de Abreu Portes**	**Luciano Pinto**
Tiago Pinto	**José Marcos Rodrigues Vieira***	**Evandro Lopes da Costa Teixeira***
Antônio Carlos de Oliveira **Bispo**	**Pedro Aleixo** Neto	Maria **Aparecida** de Oliveira **Grossi** Andrade
José Américo Martins da Costa	**Ramom Tácio de Oliveira**	**Roberto** Soares de **Vasconcellos** Paes
Octávio de Almeida Neves (Juiz convocado)	**Marcos Henrique Caldeira Brant**	**Amauri Pinto Ferreira**

** Presidente da Câmara*

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

** Presidente da Câmara*

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

** Presidente da Câmara*

Quarta Câmara Criminal Quartas-feiras	**Quinta Câmara Criminal** Terças-feiras
Desembargadores	**Desembargadores**
Eduardo Brum Vieira Chaves	**Alexandre Victor de Carvalho**
Fernando Caldeira Brant	**Pedro Coelho Vergara**
Júlio Cezar Guttierrez Vieira Baptista*	**Adilson Lamounier**
Doorgal Gustavo Borges de **Andrada**	**Eduardo Machado** Costa*
Jayme Silvestre **Corrêa Camargo**	**Júlio César Lorens**

Sexta Câmara Criminal Quartas-feiras	**Sétima Câmara Criminal** Quintas-feiras
Desembargadores	**Desembargadores**
Márcia Maria **Milanez**	**Marcílio Eustáquio Santos**
Rubens Gabriel Soares	**Cássio** Souza **Salomé**
José Osvaldo Corrêa **Furtado de Mendonça***	**Agostinho Gomes de Azevedo***
Jaubert Carneiro Jaques	**Sálvio Chaves**
Denise Pinho da Costa Val	**Paulo Calmon Nogueira da Gama**

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

Desembargadores

Herbert José Almeida **Carneiro**
Presidente

Geraldo Augusto de Almeida
Primeiro Vice-Presidente

Wagner Wilson Ferreira
Segundo Vice-Presidente

Saulo **Versiani Penna**
Terceiro Vice-Presidente

Pedro Coelho Vergara

Eduardo Machado Costa

André **Leite Praça**
Corregedor-Geral de Justiça

Júlio César Lorens

Luiz Carlos de Azevedo **Corrêa Junior**

Eduardo Brum Vieira Chaves

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

Desembargadores

Herbert José Almeida **Carneiro**
Presidente

Kildare Gonçalves Carvalho

Wagner Wilson Ferreira
Segundo Vice-Presidente

Márcia Maria **Milanez**

Antônio Carlos Cruvinel

Wander Paulo Marotta Moreira

Saulo **Versiani Penna**
Terceiro Vice-Presidente

Geraldo Augusto de Almeida
Primeiro Vice-Presidente

Caetano Levi Lopes

Luiz **Audebert Delage** Filho

Belizário Antônio **de Lacerda**

José **Edgard Penna Amorim** Pereira

José Carlos **Moreira Diniz**

Paulo Cézar Dias

Edilson Olímpio **Fernandes**

Armando Freire

Dárcio Lopardi Mendes

André **Leite Praça**
Corregedor-Geral de Justiça

Luiz Carlos Gomes da Mata

Sandra Alves de Santana e **Fonseca**

Estevão Lucchesi de Carvalho

Áurea Maria **Brasil** Santos Perez

Wanderley Salgado de **Paiva**

Luiz Artur Rocha Hilário

Alberto Vilas Boas Vieira de Sousa

Comitê Técnico da Escola Judicial Desembargador Edésio Fernandes

Desembargadores

Wagner Wilson Ferreira

Manoel dos Reis Morais

Paulo Calmon Nogueira da Gama

Ângela de Lourdes Rodrigues

Maria Aparecida de Oliveira Grossi Andrade

Juíza de Direito

Lisandre Borges Fortes da Costa Figueira

Diretora Executiva de Desenvolvimento de Pessoas

Ana Paula Andrade Prosdocimi da Silva

Diretor Executivo de Gestão da Informação Documental

André Borges Ribeiro

Comissão de Divulgação da Jurisprudência

Desembargadores

Wagner Wilson Ferreira - Segundo Vice-Presidente

Maria Beatriz Madureira Pinheiro Costa Caires

Armando Freire

José Flávio de Almeida

Rogério Medeiros Garcia de Lima

Áurea Maria Brasil Santos Perez

Júlio César Lorens

José Washington Ferreira da Silva

Fernando de Vasconcelos Lins

SUMÁRIO

MEMÓRIA DO JUDICIÁRIO MINEIRO

Desembargador Herbert José Almeida Carneiro (1960-2018)
Nota biográfica 12

As mulheres e a magistratura
Nota histórica 15

DOUTRINA

A limitação das hipóteses de cabimento do recurso de agravo de instrumento e o modelo constitucional do processo
Clara Romanelli Araújo 20

O precedente judicial e a responsabilidade institucional dos juízes
Rodrigo Dornas de Oliveira 34

Os paradigmas de controle da valoração e concretização de conceitos jurídicos indeterminados
Renan de Freitas Ongaratto 42

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Órgão Especial 51

Súmulas 60

Jurisprudência Cível 64

Jurisprudência Criminal 355

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA 465

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL 476

ÍNDICE NUMÉRICO 586

ÍNDICE ALFABÉTICO E REMISSIVO 590

Desembargador HERBERT JOSÉ ALMEIDA CARNEIRO

MEMÓRIA DO JUDICIÁRIO MINEIRO

NOTA BIOGRÁFICA

Desembargador Herbert José Almeida Carneiro (1960-2018)

O Desembargador Herbert José Almeida Carneiro nasceu em 19 de março de 1960, na cidade de Conceição do Mato Dentro, localizada na Região Central de Minas Gerais, na vertente oriental da Serra do Cipó da Cordilheira do Espinhaço. Era filho de Bruno Pires Carneiro e Ivoniles de Almeida Carneiro.

Iniciou sua carreira de servidor público do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (TJMG) em 19 de fevereiro de 1980, na função de atendente judiciário. Formou-se em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais em 1985 e tornou-se mestre em Direito Empresarial pela Faculdade de Direito Milton Campos. Advogou em Belo Horizonte, Rio de Janeiro e Brasília. De 1989 a 1992, foi assessor judiciário da 1ª Vice-Presidência e da Presidência do TJMG.

Em 29 de abril de 1992, foi nomeado para o cargo de 131º Juiz de Direito Substituto. Tomou posse e assumiu o exercício no dia 30. A partir do de 4 de maio, passou a responder pela 2ª Vara da Comarca de Almenara, de entrância intermediária. Em 10 de junho de 1994, foi promovido, por merecimento, do cargo de Juiz Substituto para a 1ª Vara da mesma comarca.

Em 30 de junho de 1995, o magistrado foi promovido, por merecimento, para a Vara Criminal e de Menores de Caratinga, de entrância final. Em 12 de dezembro de 1998, foi publicada a sua promoção, por merecimento, para o cargo de 7º Juiz de Direito de Belo Horizonte, de entrância especial. Foi designado Juiz-Diretor do Juizado Especial Criminal da Capital em 16 de dezembro de 1998, assumindo o exercício em 1º de fevereiro de 1999. Compôs, também, a sua Turma Recursal.

O Magistrado exerceu também a função de Juiz-Diretor do Juizado Especial Cível, a partir de 30 de agosto de 2001. Foi removido, a pedido, para o cargo de Juiz de Direito da Vara de Execuções Criminais em 29 de

maio de 2002. Por meio de ato publicado em 12 de março de 2004, assumiu a coordenação dos Juízes das Varas de Execuções Criminais e dos Juízes-Corregedores de presídios.

Em dia 30 de abril de 2009, foi nomeado Desembargador do TJMG com assento na 4ª Câmara Criminal. Presidiu a Associação dos Magistrados Mineiros (Amagis) de 2013 a 2015. Eleito Presidente do TJMG em 25 de abril de 2016, para biênio 2016/2018, o magistrado tomou posse no dia 1º de julho.

No Ministério da Justiça, exerceu a Presidência do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCP) e a Vice-Presidência da Comissão Nacional de Penas e Medidas Alternativas. O Desembargador Herbert Carneiro foi Vice-Presidente do Instituto de Ciências Penais e membro da Comissão de Execução Penal e Medidas de Segurança do Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

No magistério, lecionou a disciplina de Execução Penal no curso de pós-graduação da Faculdade Milton Campos e coordenou o Módulo de Penal e Processo Penal no Curso de Formação Inicial de Magistrados de 2010, promovido pela Escola Judicial Desembargador Edésio Fernandes (Ejef) do TJMG.

Foi homenageado com as medalhas de Honra da Inconfidência Mineira, Honra ao Mérito da Polícia Civil de Minas Gerais, Honra de Direitos Humanos do Governo do Estado de Minas, Dia de Minas, Desembargador Hélio Costa (TJMG), Desembargador Rui Gouthier de Vilhena" (Corregedoria de Justiça do Estado de Minas Gerais), Presidente Juscelino Kubitschek, Inconfidência, Mérito Legislativo da Câmara Municipal de Belo Horizonte, Mérito Especial da ALMG, Mérito da Defensoria Pública de Minas Gerais, Troféu Alferes Tiradentes, além dos títulos de cidadania honorária dos municípios de Caratinga, Bom Jesus do Galho, Almenara e Belo Horizonte.

O Desembargador Herbert Carneiro aposentou-se em 05 de abril de 2018, em razão de problemas na saúde, antes do término do seu mandato de Presidente. Faleceu em 06 de abril de 2018, aos 58 anos.

Referências

PREFEITURA MUNICIPAL DE CONCEIÇÃO DO MATO DENTRO – Disponível em: http://cmd.mg.gov.br/sobre-a-cidade. Acesso em 28/01/2019

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS. Gerência da Magistratura (Germag). Belo Horizonte, 2019.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS – Portal TJMG – Lista de desembargadores Falecidos – Disponível em: http://www.tjmg.jus.br/portal-tjmg/institucional/magistratura/herbert-jose-almeida-carneiro.htm. Acesso em 28/01/2019.

AS MULHERES E A MAGISTRATURA

NOTA HISTÓRICA*

Após anos de uma história de submissão perante os homens, as mulheres foram aos poucos se inserindo na sociedade, mas, sem sombra de dúvida, com menor poder político, menos prestígio social e, consequentemente, menor alcance financeiro em relação a eles. Esses papéis, frutos de uma construção histórica, interferem significativamente na qualidade de vida feminina e também no acesso dessas aos espaços de poder. Visões deterministas sobre o universo feminino e masculino, após tantos anos de "submissão", legitimaram a naturalização de várias discriminações ligadas à questão dos gêneros.

Em 1997, o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD) analisou, pela primeira vez - a partir de índices que mediam diferenças sociais por gênero -, dados específicos sobre mulheres e concluiu que: *"Nenhuma sociedade trata suas mulheres tão bem quanto seus homens"*. Vinte anos depois, em 2017, em seu relatório anual, a PNUD reforçava a não possibilidade de se alcançar um desenvolvimento se metade da humanidade ainda é ignorada. Segundo o estudo, " [...] a desigualdade de gênero e a falta de empoderamento das mulheres é um desafio ao progresso global em todas as regiões e grupos".

Dessa assertiva percebe-se que a inserção feminina no mundo do trabalho é marcada, notadamente, por salários inferiores aos dos homens em iguais funções, principalmente no setor privado, e por maiores dificuldades em se estabelecer na carreira. É comum, ainda, nos depararmos com uma porcentagem menor de mulheres que ocupam cargos de direção, pois, diferentemente dos homens, além de concorrerem com o currículo, necessitam, de forma velada, comprovar, a todo momento, sua competência.

Esse fenômeno que se caracteriza pela pequena representatividade de mulheres nos espaços de poder e decisão convencionou-se denominar de *"masculinização do comando e feminização da subalternidade"* (FILHO, MOREIRA, SCHIAMMARELA, 2015). Mesmo nos espaços conquistados por mulheres no universo do trabalho, o poder de chefia, de mando, permanece com a lógica da cultura patriarcal. E ainda que as diferenças de gêneros sejam superadas com a retórica de igualdade, constata-se que ela não é acompanhada de reformas estruturais. Dessa forma, muitas são as mulheres que ainda sofrem com dificuldades de conciliação entre a vida profissional e a familiar.

* Autoria: Andréa Vanêssa da Costa Val e Josiane Gabrielle Gonçalves de Freitas, sob supervisão do Desembargador Lúcio Urbano Silva Martins, Superintendente da Memória do Judiciário Mineiro.

No campo das profissões jurídicas, que carregam forte tradição masculina, identificam-se diversos estudos nacionais e internacionais que se ocupam em localizar o lugar da mulher no mundo do direito e o processo de feminização das carreiras.

Anne Boigeol, socióloga francesa especializada em pesquisas sobre gênero, história e sociologia do Judiciário, afirma que, em seu país, o acesso das mulheres à magistratura deu-se após o fim da Segunda Guerra Mundial, através de uma origem social mais elevada e pelo primor qualitativo das candidatas. Inicialmente, esse acesso era interpretado como uma ameaça às estruturas profissionais desse poder e caracterizado como um atentado ao modelo familiar tradicional do Ocidente.

O ingresso de mulheres na magistratura francesa, mesmo diante de obstáculos, promoveu uma mudança no *status* social da mesma, a partir do momento em que provocou uma ruptura do monopólio masculino. Atualmente, segundo Boigeol, ainda que não haja questionamentos sobre "magistradas", identificam-se, de forma sutil, práticas discriminatórias que as impedem de chegar ao topo da carreira do Judiciário.

Em Portugal, a magistratura era vedada às mulheres até o ano de 1974. Atualmente o número de mulheres na magistratura é superior ao de homens, especialmente no ambiente da primeira instância. Destaca-se que é nesse ambiente que magistrados e magistradas têm maior contato com os cidadãos. No entanto, Madalena Duarte, socióloga portuguesa e pesquisadora do Observatório Permanente da Justiça Portuguesa, ao realizar uma pesquisa com cidadãos de seu país, concluiu que cerca de 60,6% considerou que o sexo masculino ainda é predominante nos ambientes da magistratura judicial e do Ministério Público. Isso denota que o olhar da sociedade para essas profissões se mostra ainda muito enviesado e longe da feminização que se verifica em outras profissões.

No Brasil, as mulheres iniciaram o ingresso na magistratura a partir da década de 1960. Em Minas Gerais, especificamente, a primeira juíza de direito, Dra. Raphaela Alves Costa, foi nomeada em 26 de setembro de 1960. Como juíza, Dra. Raphaela enfrentou muita resistência a essa abertura da magistratura às mulheres. Chegou, inclusive, a ser cassada, ficando 13 anos afastada de suas funções.

Branca Margarida Pereira Rennó foi a primeira desembargadora a assumir o cargo no TJMG em 1988, exercendo a função por poucos meses. Existem relatos, não confirmados por vias oficiais, de que a desembargadora enfrentou dificuldades no seu dia a dia de trabalho, como a falta de um banheiro feminino exclusivo para magistradas. Fatos como este confirmam a teoria de que a tardia ocupação feminina na magistratura nacional está alinhada à construção histórica e social das carreiras jurídicas no país. Causas variadas, algumas óbvias e outras mais sutis - como ser cobrada e testada constantemente quanto a sua capacidade, seu profissionalismo, sua imparcialidade, sua firmeza, sua facilidade em impor respeito - acarretaram uma profunda desigualdade no ambiente jurídico em relação ao gênero, provocando uma diminuição dos percentuais ao longo da carreira sobre a baixa participação de mulheres, especialmente nos cargos mais altos.

Uma dessas causas pode ser verificada nos mecanismos de promoção de um juiz titular a desembargador, que se dá por merecimento ou antiguidade, ao mesmo tempo em que a designação de ministros de tribunais superiores se dá por indicação. Muitas magistradas afirmam perceber dificuldades, ainda que de forma velada, na promoção por merecimento. Segundo dados do CNJ de 2018, as mulheres progridem menos na carreira jurídica: 44% no primeiro estágio da carreira (juiz substituto) e 39% dos juízes titulares.

Mesmo diante de tantos entraves, a boa notícia é que se percebe, mesmo que lentamente, uma mudança nesse quadro. A ascensão de mulheres na carreira jurídica tem promovido intensos debates na sociedade sobre qual o lugar delas nos escritórios, tribunais, audiências ou onde mais quiserem estar.

Segundo dados da OAB, já é perceptível a mudança do cenário masculinizado do ambiente jurídico. Quase metade dos advogados do país são mulheres. Em relação à magistratura, o número ainda se manifesta tímido, mas em crescimento. Elas representam 37,3% das magistradas em atividade em todo o território nacional, conforme pesquisa do CNJ. Segundo Rita Cortez, 1ª Vice-Presidente do Instituto de Advogados Brasileiros, "Quando se diz respeito às mulheres nas carreiras jurídicas, tudo tem de ser conquistado e batalhado." Cortez é a segunda mulher a ocupar a presidência do instituto, tendo assumido em maio de 2018.

É nítido que os desafios das mulheres, especialmente na magistratura, são elevados. Eles perpassam pela vida profissional, em que a presença feminina ainda é minoria, até a conciliação com a vida pessoal, enquanto mãe e esposa. Atuar em uma profissão historicamente masculina é um desafio diário, como afirmam muitas magistradas. Algumas destacam as inúmeras vezes em que, nas audiências, os homens as interrompem durante suas respectivas falas, fato que demonstra nitidamente a perpetuação das desigualdades de gêneros nos espaços profissionais.

Destacamos, a seguir, algumas das grandes mulheres que fazem parte dessa história feminina da Magistratura no Brasil. Relatamos, também, alguns apontamentos circunstanciais que demonstram as dificuldades dessas magistradas no processo de ocupação feminina dos espaços jurídicos do país.

Maria Augusta Saraiva (1879 - 1961, São José do Barreiro, SP): em 1897, Saraiva sagrou-se como a primeira figura feminina a ingressar na Faculdade de Direito do Largo São Francisco. Ela também foi a primeira mulher a atuar no Tribunal do Júri. Ao se formar, em 1902, destacou-se de tal maneira que foi premiada com uma viagem à Europa. Ao retornar, atuou na Tribuna da capital paulista e depois na cidade de Jaboticabal. Chegou a ser nomeada Consultora Jurídica do Estado, uma espécie de cargo de honra. Apesar de sua brilhante atuação, pouco se sabe sobre sua carreira, inclusive porque seu nome não aparece em nenhum registro seccional paulista da OAB, criada em 1932, data em que não mais advogava.

Myrthes Gomes de Campos (1875 - 1965, Macaé/RJ): primeira advogada do Brasil. Foi pioneira na luta pelos direitos femininos, como o voto da mulher, a defesa da emancipação jurídica feminina e o exercício da advocacia para elas. Apesar de concluir o bacharelado em Direito em 1898, somente em 1906, por conta do preconceito sofrido por ser mulher, conseguiu legitimar-se profissional. Naquele período, era impensável que uma mulher construísse uma vida fora do casamento. Em 1899, atuou como defensora no Tribunal do Júri. Em 1944, aposentou-se depois de exercer, por mais de duas décadas, a função de encarregada pela Jurisprudência do Tribunal de Apelação do Distrito Federal.

Ester de Figueiredo Ferraz (1915 - 2008, São Paulo): primeira mulher a integrar a cátedra da tradicional Faculdade de Direito da USP, na década de 1940. Lecionou durante anos e foi considerada uma autoridade em matéria de direito processual penal e penitenciário. Destaca-se como a primeira mulher a comandar uma reitoria de universidade da América Latina, a Mackenzie. Secretária da Educação de São Paulo, entre 1971 e 1973, notabilizou-se como primeira ministra do país, ocupando o cargo na pasta de educação durante o governo do General João Baptista Figueiredo na década de 1980. Em entrevista publicada em 2001, Ester de Figueiredo Ferraz afirma: "O mérito não é meu. As mulheres da minha geração arrombaram muitas

portas. De tal maneira que, hoje, as novas gerações transitam com toda a suavidade por este caminho aberto por nós. Foi um esforço conjugado".

Ellen Gracie Northfleet (1948, Rio de Janeiro): ela alcançou um nobre feito: foi a primeira mulher a integrar a Suprema Corte do Brasil desde sua criação. Também foi a primeira mulher a presidir o STF. Em 1973, assumiu, por meio de concurso público, o cargo de procuradora da República de 3ª categoria. No ano seguinte, foi promovida, por merecimento, à 2ª categoria, passando à 1ª, por antiguidade, em 1980. Foi nomeada ministra do STF, em 2000, pelo então presidente da República Fernando Henrique Cardoso. Aposentou-se em 2011.

Cármen Lúcia Antunes Rocha (1954, Montes Claros). Em sessão de julgamento para validar a Lei Maria da Penha, em 2012, a então Ministra Cármen Lúcia desabafou: "Às vezes acham que juíza desse tribunal não sofre preconceito. Mentira, sofre! Há os que acham que isso aqui não é lugar de mulher, como uma vez me disse uma determinada pessoa sem saber que eu era uma dessas". Mineira, Cármen Lúcia foi a segunda mulher a presidir o Supremo Tribunal Federal. Em sessão plenária de 2017, Cármen Lúcia reclamou da interrupção exacerbada dos ministros em relação a ela e a Rosa Weber, as duas únicas mulheres da Corte. "Em geral, eu e a ministra Rosa, não nos deixam falar". Ela deixou a presidência da Corte em 13 de setembro de 2018.

Iracema Tavares Dias (1912 – 2010, Guaranésia, MG). Em 23 de maio de 1935, o jornal *Minas Gerais* noticiava a nomeação da primeira promotora de Justiça da Comarca de Guaranésia, na região sul do Estado. O texto dizia: "Mais uma vitória do feminismo (*sic*). Uma senhorinha nomeada promotora de justiça da Comarca de Guaranésia […] pela primeira vez no Estado, nomeada uma mulher para o cargo de promotor de Justiça". Dra. Iracema formou-se em direito pela Faculdade de São Paulo no Largo de São Francisco e depois voltou à sua cidade natal. Após ser nomeada procuradora em 1935, afirmou ter achado o trabalho muito difícil no início, mas que, aos poucos, foi se familiarizando com suas funções, declarando ter sido sempre respeitada. Em 1951, enfrentando dificuldades familiares, após a perda de seu marido, mudou-se para Belo Horizonte. Quatro anos mais tarde, já na capital, foi promovida à Curadoria de Menores, do Juizado de Menores da cidade. Em 1956, tornou-se Curadora de Menores, cargo que exerceu até sua aposentadoria em 1967.

A Desembargadora Márcia Milanez foi a segunda mulher a assumir o cargo no Tribunal de Justiça de Minas Gerais em 2001, acabando com um hiato de 13 anos sem a ascensão feminina na 2° instância do Estado. Posteriormente, foi a primeira mulher a ocupar cargo de direção no Tribunal, exercendo a 3° Vice-Presidência, durante o biênio 2010-2012.

Em Belo Horizonte, a Desembargadora Áurea Maria Brasil Santos Perez foi a primeira mulher a ocupar a Direção do Foro em 2002. Atualmente compõe a 2° Vice-Presidência do TJMG do biênio 2018-2020.

A Desembargadora Jane Silva foi a primeira mulher a tomar posse no Órgão Especial do TJMG em agosto de 2007, sendo ainda convocada para servir como ministra substituta no Superior Tribunal de Justiça (STJ). Aposentou-se em 2010.

A Desembargadora Mariangela Meyer Pires Faleiro é quem ocupa atualmente a 3° Vice-Presidência do TJMG. Sua carreira teve início em 1978, quando ingressou, mediante concurso público, no cargo de escrevente judicial. Foi a primeira mulher a ser diretora do foro eleitoral de Belo Horizonte e a primeira ouvidora do Tribunal de Justiça de Minas Gerais.

Em maio de 1997, o STF derrubou a obrigatoriedade do uso de vestido ou saia para mulheres nos plenários do Tribunal, rompendo com uma tradição secular. Antigos funcionários afirmavam que a proibição de uso de calças compridas para mulheres causava diversas situações constrangedoras. Eles contam um emblemático caso ocorrido no início da década de 1970, quando uma advogada que teria viajado a Brasília exclusivamente para fazer uma sustentação oral e, ao ser barrada pela vestimenta considerada incorreta, calça comprida e blazer, teria tirado a parte de baixo e entrado no plenário somente com o blazer, em forma de protesto.

Maria Berenice Dias, primeira desembargadora do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, afirmou passar por grandes dificuldades durante sua carreira jurídica. Segundo ela, "até 1973, todas as inscrições feitas por mulheres eram previamente negadas. […] Na minha época, tivemos que brigar para que as provas não fossem identificadas". A desembargadora relata momentos de constrangimentos em sua primeira entrevista de admissão realizada por um magistrado.

Referências bibliográficas

BOIGEOL, Anne. Las mujeres y la corte. La díficil implementación de la igualdad de sexos en el acceso a la magistratura, Academia. *Revista sobre Enseñanza del Derecho de Buenos Aires*, 2005.

BONELLI, Maria da Glória. Carreiras jurídicas e vida privada: interseções entre trabalho e família. *Anais do 37º Encontro Anual da Anpocs*. São Paulo: Anpocs, 2013. p. 2-23.

BONELLI, Maria da Glória. Profissionalismo e diferença de gênero na magistratura paulista. *Civitas*, v. 10, 2011, p. 270-292.

DUARTE, Madalena. OLIVEIRA, Ana. FERNANDO, Paula. GOMES, Conceição. As mulheres nas magistraturas: uma análise das representações sociais. E-cadernos ces [Online], 24. 2015.

FREITAS, SILVANA DE. "Supremo libera calça para mulheres". *Folha de São Paulo*, São Paulo, 24 mai. 1997. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/brasil/fc240526.htm> Acesso em: 21 mar. 2009.

MELO, Mônica de. NASTARI, Marcelo. MASSULA, Letícia. A participação da mulher na magistratura brasileira. *Revista Jurídica Virtual*, Brasília, mar. 2005.

RELATÓRIO PNDU. Disponível em <http://www.br.undp.org/content/brazil/pt/home/presscenter/articles/2017/03/21/relat-rio-do-pnud-destaca-grupos-sociais-que-n-o-se-beneficiam-do-desenvolvimento-humano.html> Acesso em: 20 mar. 2019.

SALGADO, Gisele Mascarelli. As mulheres no campo do direito: retratos de um machismo à brasileira. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia*, v. 44, n. 22, p. 64-68, jan./jun. 2016.

• • •

A limitação das hipóteses de cabimento do recurso de agravo de instrumento e o modelo constitucional do processo

Clara Romanelli Araújo[*]

Resumo: O presente artigo trata da alteração do cabimento do recurso de agravo de instrumento com a vigência do novo Código de Processo Civil e a possível afronta ao modelo constitucional do processo, em desconformidade com a própria principiologia que inspira a criação da nova lei processual. A questão da taxatividade do rol do art. 1.015 do novo Código de Processo Civil e a possibilidade ou não de se admitir a interposição do agravo de instrumento são extremamente controversas e não se encontram, até o presente momento, pacificadas, nem na jurisprudência pátria, tampouco na doutrina. O objetivo é encontrar soluções plausíveis de interpretação corretiva para o art. 1.015, visando a resguardar os princípios e garantias fundamentais do processo brasileiro, de modo que seja assegurado aos litigantes o devido processo legal, preenchendo-se a lacuna deixada pelo legislador. Feito isso, previne-se inclusive a utilização anômala do mandado de segurança como sucedâneo recursal. Para tanto, é utilizada pesquisa bibliográfica, com estudo doutrinário, jurisprudencial e casuístico.

Palavras-chave: Cabimento. Agravo de instrumento. Novo Código de Processo Civil. Modelo constitucional do processo.

Introdução

O legislador optou por limitar as hipóteses de cabimento do recurso de agravo de instrumento no novo Código de Processo Civil, instituindo rol *numerus clausus*. Entretanto, a Constituição Federal assegura aos litigantes garantias e princípios fundamentais, sendo que muitos desses foram incluídos nas Normas Fundamentais do Processo Civil, previstas no primeiro capítulo do novo Código de Processo Civil. Havendo possível afronta às garantias processuais fundamentais, é possível aceitar o agravo de instrumento em situações não previstas no art. 1.015 do Código de Processo Civil, levando-se em consideração o modelo constitucional do processo?

* Bacharel em Direito pela Faculdade Mineira de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, em 2014. Pós-Graduanda em Direito Processual Civil pelo Centro de Atualização em Direito (CAD).

É imprescindível estabelecer critérios consistentes para que sejam respeitados os direitos dos litigantes, sem, contudo, retroceder à legislação processual anterior, tampouco permitir que o mandado de segurança seja usado de forma anômala, tornando-se sucedâneo recursal. O tema é de extrema relevância, mas ainda é bastante controverso, não havendo consenso nem na jurisprudência nem na doutrina.

Marco teórico

O marco teórico do presente estudo é o Processo Constitucional e os princípios e garantias a ele inerentes.

No Estado Democrático de Direito, "a jurisdição somente se concretiza por meio de processo instaurado e desenvolvido em forma obediente aos princípios e regras constitucionais, [...] com o objetivo de realizar imperativa e imparcialmente os preceitos das normas componentes do ordenamento jurídico" (DIAS, 2015, p. 38).

Vale relembrar que, "desde a original teoria da pirâmide jurídica, elaborada por Kelsen, concebendo uma estrutura hierarquizada para as normas jurídicas, a Constituição passou a ser colocada no vértice do sistema normativo, fundamentando a unidade de todo o ordenamento jurídico" (DIAS, 2015, p. 155).

Assim sendo, "a legitimidade fundante e a validade das instituições jurídicas emergem da estrutura normativa constitucional, quando é esta garantidora da atuação permanente da cidadania na transformação ou preservação do Estado e das demais instituições" (LEAL, 2011, p. 31).

Conclui-se que "a classificada jurisdição constitucional visa a preservar o ordenamento jurídico-constitucional no julgamento dos casos concretos submetidos à apreciação do Estado por meio do processo, com isto obtendo a preeminência das normas constitucionais sobre as disposições das leis ordinárias" (DIAS, 2015, p. 52).

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 compreende garantias fundamentais aos litigantes, tratando-se de garantias processuais, dentre as quais se destacam o devido processo legal, a reserva legal, a inafastabilidade da jurisdição, a isonomia, o contraditório, a ampla defesa, a efetividade da prestação jurisdicional, a razoável duração do processo, a celeridade processual, a fundamentação das decisões judiciais, a publicidade, o juízo natural, além da segurança jurídica.

Dessarte, as decisões judiciais, no Estado Democrático de Direito, deverão ser proferidas

> [...] sob inarredável disciplina constitucional principiológica (devido processo constitucional), por meio da garantia fundamental de uma estrutura normativa metodológica (devido processo legal), a permitir que aquela decisão seja construída com os argumentos desenvolvidos em contraditório por aqueles que suportarão seus efeitos (DIAS, 2015, p. 164).

A Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, que instituiu o novo Código de Processo Civil, em consonância com o modelo constitucional do processo, traz, no Livro I, o "Título Único - Das Normas Fundamentais e a Aplicação das Normas Processuais", Capítulo I, "Das Normas Fundamentais do Processo Civil" (arts. 1º ao 12), incluindo, na legislação processual civil, vários princípios e garantias previstas na Constituição Federal.

Além disso, consta, na exposição de motivos elaborada pelo Senado Federal, que "a necessidade de que fique evidente a harmonia da lei ordinária em relação à Constituição Federal da República fez com que

se incluíssem no Código, expressamente, princípios constitucionais, na sua versão processual" (BRASIL, 2015b).

O Professor Alexandre Freitas Câmara (2017, p. 5) adverte que "o rol de normas fundamentais encontrado neste primeiro capítulo do CPC não é exaustivo (FPPC, Enunciado 369), bastando recordar o princípio constitucional do juiz natural, que ali não é mencionado".

Revela disparate evidente a inclusão de garantias constitucionais processuais no novo Código de Processo Civil ao passo que limita as hipóteses de cabimento do recurso de agravo de instrumento, deixando fora do rol taxativo algumas decisões que, caso não apreciadas de imediato, podem acabar por violar direitos fundamentais dos litigantes.

A apreciação tardia de matérias decididas no curso do procedimento contra as quais não exista previsão de cabimento do recurso de agravo de instrumento pode configurar, muitas vezes, inexorável afronta ao devido processo constitucional, indo de encontro à própria principiologia do Código, o que não pode ser aceito.

De acordo com o que estabelece o art. 3º do novo Código de Processo Civil, em conformidade com o texto constitucional (inciso XXXV do art. 5º), não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.

O recurso de agravo de instrumento nos Códigos de Processo Civil de 2015 e de 1973

O novo Código de Processo Civil trouxe alterações significativas ao nosso ordenamento jurídico, das quais se destaca, no presente estudo, a limitação das hipóteses de cabimento do recurso de agravo de instrumento.

Em relação ao cabimento do agravo de instrumento, tem-se que o legislador instituiu rol taxativo, isto é, *numerus clausus*, restringindo as decisões que podem ser combatidas por meio desse recurso.

Portanto, somente é cabível o recurso de agravo de instrumento quando interposto contra decisões interlocutórias que versem sobre as hipóteses previstas nos incisos I a XIII e parágrafo único do art. 1.015 do novo Código de Processo Civil, *in verbis*:

> Art. 1.015. Cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre:
>
> I - tutelas provisórias;
>
> II - mérito do processo;
>
> III - rejeição da alegação de convenção de arbitragem;
>
> IV - incidente de desconsideração da personalidade jurídica;
>
> V - rejeição do pedido de gratuidade da justiça ou acolhimento do pedido de sua revogação;
>
> VI - exibição ou posse de documento ou coisa;
>
> VII - exclusão de litisconsorte;
>
> VIII - rejeição do pedido de limitação do litisconsórcio;
>
> IX - admissão ou inadmissão de intervenção de terceiros;
>
> X - concessão, modificação ou revogação do efeito suspensivo aos embargos à execução;

> XI - redistribuição do ônus da prova nos termos do art. 373, § 1º;
>
> XII - (VETADO);
>
> XIII - outros casos expressamente referidos em lei.
>
> Parágrafo único. Também caberá agravo de instrumento contra decisões interlocutórias proferidas na fase de liquidação de sentença ou de cumprimento de sentença, no processo de execução e no processo de inventário.

Por conseguinte, caso a decisão interlocutória não esteja arrolada no art. 1.015 do Código de Processo Civil, não será permitida, em uma primeira análise, a recorribilidade imediata através do agravo de instrumento.

Cumpre ressaltar que, embora o novo Código de Processo Civil permita a criação dos chamados negócios jurídicos processuais, às partes não é dada a possibilidade de criar recursos não previstos em lei, tampouco ampliar as hipóteses de cabimento dos recursos, uma vez que só a lei poderá fazê-lo.

Não existe "recurso por mera deliberação das partes, de modo que é tido como ineficaz, devendo ser desconsiderado eventual negócio jurídico ou cláusula contratual que crie recurso não previsto em lei para impugnar determinado pronunciamento judicial" (DIDIER JR.; CUNHA, 2016, p. 209).

Já na vigência do Código de Processo Civil de 1973, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, conhecido como Código Buzaid, em regra, as decisões interlocutórias seriam impugnáveis através da interposição de agravo retido, recurso que inclusive foi extinto pelo novo Código.

Lado outro, o agravo de instrumento era o recurso cabível para impugnar quaisquer decisões interlocutórias suscetíveis de causar à parte lesão grave e de difícil reparação, assim como nos casos de inadmissão da apelação e nos relativos aos efeitos em que a apelação fosse recebida, por força do diposto no art. 522, com redação dada pela Lei nº 11.187, de 19 de outubro 2005, *in verbis*:

> Art. 522. Das decisões interlocutórias caberá agravo, no prazo de 10 (dez) dias, na forma retida, salvo quando se tratar de decisão suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação, bem como nos casos de inadmissão da apelação e nos relativos aos efeitos em que a apelação é recebida, quando será admitida a sua interposição por instrumento (Redação dada pela Lei nº 11.187, de 2005).

Dessarte, diferentemente do Código de Processo Civil anterior, para que seja admitido o recurso de agravo de instrumento, a decisão interlocutória deve estar inserida no rol taxativo do art. 1.015 ou em outras hipóteses expressamente previstas em lei.

Interposto o recurso, o Relator exercerá seu juízo de admissibilidade, aferindo

> [...] se estão presentes os pressupostos de admissibilidade (cabimento, legitimidade recursal, interesse recursal, tempestividade, preparo, regularidade formal e inexistência de fato impeditivo ou extintivo do poder de recorrer). Trata-se de matéria de ordem pública (NERY JÚNIOR; NERY, 2004, p. 1.041).

Sendo o juízo de admissibilidade

> [...] a decisão sobre a aptidão de um procedimento ter o seu mérito (objeto litigioso) examinado. Toda postulação se sujeita a um duplo exame do magistrado: primeiro, verifica-se se será possível o exame

> do conteúdo da postulação; após, e em caso de um juízo positivo no primeiro momento, examina-se a procedência ou não daquilo que se postula (DIDIER JR.; CUNHA, 2016, p. 105).

Dentre os pressupostos de admissibilidade do recurso de agravo de instrumento, cabe destacar o seu cabimento na vigência do atual Código de Processo Civil.

Pela interpretação literal da lei, se a decisão interlocutória agravada não estiver elencada no rol taxativo do art. 1.015 do novo Código de Processo Civil, o Relator, de acordo com a incumbência atribuída pelo art. 932, III, do mesmo Código, não conhecerá do recurso, porquanto inadmissível por não cabimento.

Tal decisão, contudo, não está sujeita à preclusão (§ 1º, art. 1.009, novo Código de Processo Civil), tendo em vista que o inconformismo poderá ser devolvido a exame do Tribunal de Justiça através da interposição de recurso de apelação, ou, ainda, em sede de preliminar de contrarrazões.

Ainda que essas decisões não recorríveis de imediato possam ser objeto de análise em momento posterior, pergunta-se: é possível admitir a interposição do recurso de agravo de instrumento fora das hipóteses expressamente previstas no rol do art. 1.015 do Código de Processo Civil, por meio de interpretação corretiva, como forma de evitar afronta às garantias processuais constitucionais?

Ou, no caso de possível afronta ao devido processo constitucional, deverá ser aceito o mandado de segurança para resguardar os direitos fundamentais dos litigantes e corrigir a lacuna legislativa?

Posicionamento jurisprudencial e doutrinário

A questão da interpretação a ser adotada em relação ao rol do art. 1.015 e da possibilidade, ou não, de interposição do recurso de agravo de instrumento fora das hipóteses expressamente previstas no mencionado dispositivo, embora de extrema relevância, até o presente momento, não se encontra pacificada na jurisprudência, tampouco na doutrina, mesmo com mais de dois anos de vigência do novo Código.

Reconhecendo a complexidade da controvérsia, o Superior Tribunal de Justiça propôs a afetação do Recurso Especial nº 1704520/MT para: 1) definir qual a natureza do rol do art. 1.015; 2) decidir se é possível a interpretação extensiva desse artigo, para admitir o cabimento do agravo de instrumento em face de decisões interlocutórias que não estão previstas nas hipóteses nele expressas. Senão vejamos:

> Proposta de afetação. Recurso especial. Representativo de controvérsia. Seleção. Afetação. Rito. Arts. 1.036 e ss. Do CPC/15. Direito processual civil. Agravo de instrumento. Controvérsia. Natureza. Rol do art. 1.015 do CPC/15. - 1. Delimitação da controvérsia: definir a natureza do rol do art. 1.015 do CPC/15 e verificar possibilidade de sua interpretação extensiva, para se admitir a interposição de agravo de instrumento contra decisão interlocutória que verse sobre hipóteses não expressamente versadas nos incisos de referido dispositivo do novo CPC. 2. Afetação do recurso especial ao rito do art. 1.036 e ss. do CPC/2015 (BRASIL, 2018a).

Em ocasião anterior, o Tribunal Superior, ao julgar o Recurso Especial nº 1679909/RS, admitiu a interpretação extensiva ou analógica do inciso III do art. 1.015 do novo Código de Processo Civil. Confira-se a ementa do julgado:

> Recurso especial. Processual civil. Aplicação imediata das normas processuais. *Tempus regit actum*. Recurso cabível. Enunciado administrativo nº 1 do STJ. Exceção de incompetência com fundamento no CPC/1973. Decisão sob a égide do CPC/2015. Agravo de instrumento não conhecido pela corte de origem. Direito processual adquirido. Recurso cabível. Norma processual de regência. Marco de definição. Publicação da decisão interlocutória. Recurso cabível. Agravo de instrumento. Interpretação analógica ou extensiva do inciso III do art. 1.015 do CPC/2015. - 1. É pacífico nesta Corte Superior o entendimento de que as normas de caráter processual têm aplicação imediata aos processos em curso, não podendo ser aplicadas retroativamente (*tempus regit actum*), tendo o princípio sido positivado no art. 14 do novo CPC, devendo-se respeitar, não obstante, o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. 2. No que toca ao recurso cabível e à forma de sua interposição, o STJ consolidou o entendimento de que, em regra, a lei regente é aquela vigente à data da publicação da decisão impugnada, ocasião em que o sucumbente tem a ciência da exata compreensão dos fundamentos do provimento jurisdicional que pretende combater. Enunciado Administrativo nº 1 do STJ. 3. No presente caso, os recorrentes opuseram exceção de incompetência com fundamento no Código revogado, tendo o incidente sido resolvido, de forma contrária à pretensão dos autores, já sob a égide do novo Código de Processo Civil, em seguida interposto agravo de instrumento não conhecido pelo Tribunal *a quo*. 4. A publicação da decisão interlocutória que dirimir a *exceptio* será o marco de definição da norma processual de regência do recurso a ser interposto, evitando-se, assim, qualquer tipo de tumulto processual. 5. Apesar de não previsto expressamente no rol do art. 1.015 do CPC/2015, a decisão interlocutória relacionada à definição de competência continua desafiando recurso de agravo de instrumento, por uma interpretação analógica ou extensiva da norma contida no inciso III do art. 1.015 do CPC/2015, já que ambas possuem a mesma *ratio* -, qual seja afastar o juízo incompetente para a causa, permitindo que o juízo natural e adequado julgue a demanda. 6. Recurso Especial provido (BRASIL, 2018b).

O Ministro Castro Meira, quando do julgamento do REsp 693278/PR, assinalou que "a interpretação, seja ela extensiva ou analógica, objetiva desvendar o sentido e o alcance da norma para então definir-lhe, com certeza, a sua extensão. A norma existe, sendo o método interpretativo necessário, apenas, para precisar-lhe os contornos" (BRASIL, 2006).

Ora, o próprio Superior Tribunal de Justiça, responsável pela uniformização e interpretação das leis federais, sugere a necessidade de se suprir a lacuna deixada pelo legislador.

No mesmo sentido, sobre a recorribilidade da decisão que trata da competência através de agravo de instrumento, por meio de interpretação extensiva, Fredie Didier leciona que:

> A interpretação extensiva da hipótese de cabimento de agravo de instrumento prevista no inciso III do art. 1.015 é plenamente aceitável. É preciso interpretar o inciso III do art. 1.015 do CPC para abranger as decisões interlocutórias que versam sobre competência. O foro de eleição é um exemplo de negócio jurídico processual; a convenção de arbitragem, também. Ambos, à sua maneira, são negócios que dizem respeito à competência do órgão jurisdicional. Primeiramente, em razão da identidade de *ratio*: são situações muito semelhantes, as quais, até mesmo pela incidência do princípio da igualdade (art. 7º, CPC), não poderiam ser tratadas diferentemente: alegação de convenção de arbitragem e alegação de incompetência têm por objetivo, substancialmente, afastar o juízo da causa. Ambas são formas de fazer valer em juízo o direito fundamental ao juiz natural - juiz competente e imparcial, como se sabe. Em segundo lugar, caso não se admita o agravo de instrumento nessa hipótese, perderia a utilidade a discussão sobre o foro de eleição. E que, sendo caso de incompetência relativa, o reconhecimento futuro da incompetência do juízo em razão do foro de eleição, por ocasião do julgamento da apelação (art. 1.009, § 1º, CPC), seria inócuo, pois o processo já teria tramitado perante o juízo territorialmente incompetente e, ademais, a decisão não poderia ser invalidada. Essa é a razão pela qual se previu o agravo de instrumento da decisão que rejeita a alegação de convenção de arbitragem: ou cabe o recurso imediatamente, ou a discussão perderia sentido após a tramitação inteira do processo em primeira instância. Em terceiro lugar, qualquer decisão sobre alegação de convenção de arbitragem é

> impugnável, quer seja ela acolhida (apelação), quer tenha sido ela rejeitada (agravo de instrumento). A decisão que examina a alegação de incompetência é, em regra, decisão interlocutória - acolhendo-a ou rejeitando-a; o processo não se extingue, no máximo sendo reencaminhado ao juízo competente, caso a alegação tenha sido acolhida. Não há razão para que a alegação de incompetência tenha um tratamento não isonômico. Em quarto lugar, imagine-se o caso de decisão que declina a competência para a Justiça do Trabalho. Caso não seja possível impugná-la imediatamente, pelo agravo de instrumento, a decisão se tornaria rigorosamente irrecorrível, já que o Tribunal Regional do Trabalho, ao julgar o recurso ordinário contra a futura sentença do juiz trabalhista, não poderia rever a decisão proferida no juízo comum - o TRT somente tem competência derivada para rever decisões de juízos do trabalho a ele vinculados. Bem pensadas as coisas, portanto, é preciso estender a hipótese do inciso III do art. 1.015 a qualquer decisão sobre a competência do juízo, seja ela relativa, seja ela absoluta (DIDIER JR., 2017, p. 267-269).

Em sentido diametralmente oposto, Alexandre Freitas Câmara entende que

> [...] não se pode é admitir que, por meio de 'interpretação', sejam incluídas no rol das decisões agraváveis pronunciamentos que claramente não o integram. É o caso, por exemplo, da decisão que versa sobre competência, ou a que resolve algo relacionado ao valor da causa. Nesses casos realmente não cabe o agravo de instrumento. E há uma razão importante para isso, diretamente ligada ao direito fundamental à segurança jurídica (CÂMARA, 2017, p. 438).

Como dito anteriormente, a questão não se encontra pacificada, sendo que

> [...] a decisão exarada pelo STJ mostra-se, de todo, controversa no ordenamento jurídico. Isso porque, mesmo após quase dois anos de vigência do CPC, ainda existe um intenso debate doutrinário e jurisprudencial no que tange às hipóteses de cabimento do recurso de agravo de instrumento (NUNES; ARAGÃO; BARBOSA, 2018).

Na obra *Novo CPC*: fundamentos e sistematização, escrita por renomados juristas, sendo que dois deles inclusive participaram diretamente da elaboração da nova lei processual civil, é feita crítica relevante quanto à possibilidade de surgirem situações de decisões que podem ser recorríveis imediatamente ou não, dependendo do procedimento em que foram proferidas. Assim, é criado "um modelo nada coerente ao se restringir a recorribilidade das interlocutórias às hipóteses expressamente previstas, no procedimento comum, e permite uma recorribilidade ilimitada das interlocutórias via agravo em determinados procedimentos/fases" (THEODORO JÚNIOR *et al.*, 2015. p. 32).

Resta evidente

> [...] que algumas situações não alcançadas pelo aludido dispositivo legal podem ocasionar não só prejuízo, como também, caso apreciáveis apenas e somente por ocasião da futura apelação, retardar o trâmite do processo, colidindo com um dos objetivos precípuos do novo CPC, que é o de atribuir o maior índice possível de resultados úteis ao processo civil (MELLO *et al.*, 2016).

Desse modo, imperioso registrar que "a taxatividade não é, porém, incompatível com a interpretação extensiva. [...] Tradicionalmente, a interpretação pode ser literal, mas há, de igual modo, as interpretações corretivas e outras formas de reinterpretação substitutiva" (DIDIER; CUNHA, 2016, p. 209-211).

Portanto,

> [...] para evitar que a impugnação de decisão interlocutória por mandado de segurança se popularize em demasia, a melhor doutrina vem defendendo uma interpretação ampliativa das hipóteses de cabimento do agravo de instru-

> mento, com utilização de raciocínio analógico para tornar recorríveis por agravo de instrumento decisões interlocutórias que não estão expressamente previstas no rol legal (NEVES, 2016, p. 1.688).

Lado outro, parte da doutrina defende que, "[...] sendo a decisão suscetível de causar à parte lesão grave antes do julgamento da apelação, pode-se manejar mandado de segurança, consoante interpretação, a contrario sensu, da Súmula 267 do STF: 'Não cabe mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso ou correição'" (DONIZETTI, 2018, p. 1.407).

Também apoiando a possibilidade de impetração do mandado de segurança, Rodrigo Freire e Maurício Cunha asseveram que, "para as hipóteses não impugnáveis pela via do agravo de instrumento, o Código reservou a apelação (impugnação nas razões ou nas contrarrazões de apelação), mas se houver urgência deve-se admitir a impetração do mandado de segurança" (FREIRE; CUNHA, 2017, p. 1.227).

Opinião

O mandado de segurança não pode ser tratado como sucedâneo recursal, sendo inadmissível seu uso anômalo como forma de suprir a lacuna deixada pelo legislador quanto às hipóteses de cabimento do recurso de agravo de instrumento.

A Lei nº 12.016, de 2009, que disciplina o mandado de segurança, prevê, expressamente, no art. 5º, inciso II, que não se concederá mandado de segurança de decisão judicial da qual caiba recurso com efeito suspensivo.

Na mesma linha de raciocínio, a Súmula nº 267 do Supremo Tribunal Federal enuncia que "não cabe mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso ou correição".

Conquanto uma decisão interlocutória não seja recorrível de imediato através do agravo de instrumento, tal decisão poderá ser combatida após prolação de sentença, por meio de recurso de apelação, ou em sede de preliminar de contrarrazões. Vale anotar que, por expressa previsão legal (art. 1.012 do Código de Processo Civil), a apelação terá efeito suspensivo.

Não se trata, pois, de decisão irrecorrível. A decisão é sim recorrível, porém em momento posterior, através de recurso dotado de efeito suspensivo. Conclui-se que não se concederá mandado de segurança contra essa decisão.

Superada a questão do não cabimento do mandado de segurança, cumpre ressaltar que não se defende aqui a possibilidade de interposição de agravo de instrumento contra qualquer decisão interlocutória de modo a tornar o rol do art. 1.015 meramente exemplificativo, retrocedendo ao Código de Processo Civil de 1973.

O que se busca é, em respeito à supremacia da Constituição, assegurar às partes o devido processo legal, em estrita observância aos preceitos constitucionais fundamentais, sem deixar de lado a máxima da tão almejada celeridade processual.

A propósito, Daniel Amorim Assumpção Neves adverte que "[...] não é possível sustentar-se o cerceamento do direito de defesa das partes com a justificativa de diminuir o trabalho dos tribunais e assim melhorar seu rendimento. Essa fórmula é flagrantemente violadora dos princípios do devido processo legal e da ampla defesa" (NEVES, 2016, p.1. 687).

Do mesmo modo, "[...] a pretexto de celeridade processual ou efetividade do processo, não se pode, de modo obcecado, suprindo deficiências de um Estado já anacrônico e jurisdicionalmente inviável, sacrificar

o tempo da ampla defesa que supõe a oportunidade de exaurimento das articulações de direito e produção de prova" (LEAL, 2011, p. 82).

Isso posto, é imperativo que sejam ampliadas as hipóteses de cabimento do recurso de agravo de instrumento de modo a assegurar o devido processo legal, suprindo a lacuna deixada pelo legislador processual civil.

A decisão que indefere a produção de prova não é combatível de imediato através do recurso de agravo de instrumento, porquanto não existe previsão expressa no rol do art. 1.015 do Código de Processo Civil.

Contudo, indeferida a produção de prova quando esta é essencial para a elucidação do fato controvertido e justa composição do litígio, tem-se por inequívoco o cerceamento ao direito de ampla defesa e afronta ao direito de efetivo contraditório.

As decisões sobre prova são de extrema relevância, porquanto "[...] a prova procedimental (existência de procedimento) é direito-garantia inafastável da cognição, porque somente a interpretação volitiva das autocracias ou democracias imperfeitas é que afastam a prova, em sua plenitude teórica, em troca de devaneios e ideações judicantes" (LEAL, 2011, p. 178).

Ao não incluir a hipótese de indeferimento de provas no rol das decisões combatíveis via agravo de instrumento, o novo Código de Processo Civil peca por ignorar situações como as de perecimento da prova, desaparecimento de vestígios do direito, incapacidade ou morte de determinada testemunha, situações essas que não são incomuns em nossa rotina.

Com efeito, embora a questão não esteja sujeita à preclusão, em muitos casos, a apreciação posterior ocasionará inegável e inaceitável cerceamento ao direito de defesa e violação ao contraditório.

Sobre o contraditório, Aroldo Plínio Gonçalves esclarece que:

> O contraditório não é o 'dizer' e o 'contradizer' sobre matéria controvertida, não é a discussão que se trava no processo sobre a relação de direito material, não é a polêmica que se desenvolve em torno dos interesses divergentes sobre o conteúdo do ato final. Essa será a sua matéria, o seu conteúdo possível. O contraditório é a igual oportunidade de igual tratamento, que se funda na liberdade de todos perante a lei. É essa igualdade de oportunidade que compõe a essência do contraditório enquanto garantia de simétrica paridade de participação no processo (GONÇALVES, 2012, p. 109).

Ademais, não há que se cogitar que a produção antecipada de provas seria o método adequado de se buscar conservar ou preservar uma prova.

Isso porque, nos termos do disposto no § 4º do art. 382 do Código de Processo Civil, no procedimento de produção antecipada da prova, não se admitirá defesa ou recurso, salvo contra decisão que indeferir totalmente a produção da prova pleiteada pelo requerente originário.

Igualmente, não será possível, nesse caso, que se impetre mandado de segurança, porque, se o caso exige exame de questão de fato e dilação probatória, não existe direito líquido e certo (art. 1º da Lei nº 12.016, de 2009), pelo que será indeferida a petição inicial.

Dessarte, a parte que teve seu pedido de produção de prova indeferido, mesmo em situação de possível perecimento da prova, suportará, inegavelmente, prejuízo ao seu direito de defesa, tendo em vista que se viu tolhida de exercer o efetivo contraditório.

Conforme assevera Leal,

> [...] no Estado Democrático de Direito, não há cogitar resultados financeiros e econômicos pelo encurtamento da atividade processual ou na rapidez (celeridade) dos procedimentos [...], pois a única vantagem buscada pela lei processual é assegurar, de modo irrestrito, o direito-garantia da ampla defesa, contraditório e isonomia (LEAL, 2011, p. 96).

Assim, proferida a sentença em nítido cerceamento de defesa, uma vez que a prova era essencial para deslinde do feito e justa composição do litígio, ela será anulada pelo tribunal que determinará o retorno dos autos para que nova sentença seja proferida, retardando o andamento processual, onerando ainda mais as partes e movimentando desnecessariamente o Poder Judiciário.

Daniel Amorim Assumpção Neves ilustra bem uma dessas situações.

> Basta imaginar um processo no qual a prova pericial foi indeferida, a parte não pode agravar e alegou o cerceamento de defesa na apelação. Depois de longo lapso temporal, quando o tribunal de segundo grau finalmente enfrenta e julga a apelação, reconhece que houve um cerceamento de defesa. Voltam-se os autos ao primeiro grau para a produção da prova pericial, sendo no mínimo a sentença anulada. É realmente concernente com os princípios da economia processual e da duração razoável do processo tal ocorrência? (NEVES, 2016, p. 1.688).

Em se considerando que o processo somente "cumprirá sua finalidade ao chegar a seu final com a participação das partes, participação revestida da garantia do contraditório" (GONÇALVES, 2012, p. 144), tal situação revela inaceitável violação ao próprio modelo constitucional do processo.

De acordo com a teoria da pirâmide de Hans Kelsen, a Constituição é considerada "uma ordenação normativa fundamental revestida de supremacia em relação às demais normas (regras e princípios) que compõem o ordenamento jurídico do Estado" (DIAS, 2015, p. 155).

Assim, no Estado Democrático de Direito, sendo a produção de prova essencial para efetivação do devido processo legal, entende-se que contra o pronunciamento judicial que decide sobre a produção de prova deve ser admitida a interposição do recurso de agravo de instrumento, em obediência aos princípios processuais constitucionais que regem o ordenamento jurídico.

Ainda, a decisão que define sobre competência, em atenção aos princípios do juízo natural, bem como da isonomia (tanto essa questão como a tratada no inciso III do art. 1.015 do Código de Processo Civil possuem a mesma *ratio*, não podendo, pois, ser tratadas de maneira distinta), deve ser recorrível via agravo de instrumento, utilizando-se a interpretação extensiva ou analógica do referido dispositivo legal.

Conforme defendido inclusive pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Recurso Especial nº 1679909/RS anteriormente mencionado, as decisões que rejeitam a alegação de convenção de arbitragem e que definem sobre a competência do juízo possuem a mesma *ratio*, qual seja afastar o juízo incompetente, em atenção ao princípio do juiz natural.

Desse modo, tais decisões não podem, sob pena de ferir o princípio da isonomia, receber tratamento legal diferenciado.

Até mesmo porque, caso se entenda que o agravo de instrumento não é cabível contra a decisão que decide sobre a competência, o procedimento tramitará perante juízo incompetente, sendo que as decisões por este proferidas poderão ser anuladas, embora a regra seja a da conservação dos atos (§ 4º do art. 64 do Código de Processo Civil), indo de encontro aos princípios da razoável duração do processo, celeridade e economia processuais.

Assim, a decisão que define sobre a competência do juízo é agravável, por interpretação extensiva ou analógica do inciso III do art. 1.015 do Código de Processo Civil.

Com efeito, tendo em vista que, ao deixar de incluir no rol do art. 1.015 do Código de Processo Civil as decisões que versam sobre o indeferimento da produção de prova e competência do juízo, o legislador acabou por contrariar não só o modelo constitucional do processo, mas também a própria principiologia do próprio código.

O professor Rosemiro Pereira Leal ensina:

> Não há processo, nos procedimentos, quando o processo não estiver, antes, institucionalmente definido e constitucionalizado pelos fundamentos normativos do contraditório, ampla defesa, direito ao advogado, e isonomia, ainda que o procedimento se faça em contraditório, porque o contraditório há de ser princípio regente (direito-garantia constitucionalizado) do procedimento, e não atributo consentido por leis ordinárias processuais (codificadas ou não) ou dosado pela atuação jurisdicional em conceitos e juízos personalistas de senso comum, de conveniência ou de discricionariedade do julgador. Na teoria jurídica da democracia, o procedimento só é legítimo quando garantido pela instituição do devido processo constitucional que assegure a todos indistintamente uma estrutura espácio-temporal (devido processo legal e devido processo legislativo) na atuação (exercício), aquisição, fruição, correição e aplicação de direitos (LEAL, 2011, p. 33).

Para que se obtenha procedimento legítimo, "[...] havendo divergência entre o sentido literal e o genético, teleológico ou sistemático, adota-se uma das interpretações corretivas, entre as quais se destaca a extensiva, que é um modo de intepretação que amplia o sentido da norma para além do contido em sua letra" (DIDIER; CUNHA, 2016, p. 211).

Desse modo, cabe aos operadores do direito suprir as lacunas deixadas pelo legislador para que sejam respeitados os princípios e garantias inerentes ao devido processo constitucional, por meio da interpretação corretiva da norma jurídica.

Conclusão

O novo Código de Processo Civil restringiu as hipóteses de cabimento do recurso de agravo de instrumento em rol taxativo. Contudo, questiona-se a possibilidade de se interpor o agravo de instrumento fora das hipóteses previstas pelo legislador, como forma de resguardar as garantias e princípios fundamentais norteadores do devido processo constitucional, a partir de uma interpretação corretiva da norma.

Embora o novo Código tenha entrado em vigor há mais de dois anos, até o presente momento não há consenso na interpretação a ser dada ao rol do art. 1.015, seja na jurisprudência, seja na doutrina.

A relevância do tema é notória, tanto que o Superior Tribunal de Justiça propôs afetação de recurso especial para definir a natureza do rol do art. 1.015 e decidir se é possível sua interpretação extensiva, admitindo-se o cabimento do agravo de instrumento em face de decisões interlocutórias não previstas naquelas hipóteses.

A busca de soluções plausíveis para o problema pauta-se no modelo constitucional do processo, com fincas nos princípios e garantias que o regem. No Estado Democrático de Direito, os preceitos constitucionais são supremos e devem fundamentar todo o ordenamento jurídico para que seja legítimo e válido.

Ao restringir as hipóteses de cabimento do recurso de agravo de instrumento, o legislador processual civil deixou fora do rol taxativo decisões que, caso não apreciadas de imediato, podem configurar violação ao devido processo constitucional, em total discrepância com a própria principiologia que inspirou a criação do novo Código.

Ainda que tais decisões não estejam sujeitas à preclusão, podendo ser devolvidas ao exame do tribunal através da interposição de recurso de apelação, ou em sede de preliminar de contrarrazões, é de se admitir a interposição do recurso de agravo de instrumento, como forma de evitar afronta às garantias processuais constitucionais, utilizando-se, para tanto, da interpretação corretiva da norma.

A possibilidade de interposição do recurso de agravo de instrumento fora das hipóteses previstas no rol do art. 1.015 evita inclusive o uso anômalo do mandado de segurança, que não pode ser aceito como sucedâneo recursal.

Isso porque não cabe mandado de segurança em face de ato judicial passível de recurso. Ora, a decisão interlocutória não impugnável através da interposição de agravo de instrumento é sim recorrível, porém depois de proferida a sentença.

Resta inequívoco, porém, que as decisões interlocutórias urgentes reclamam impugnação imediata, sob pena de incorrer em posterior anulação da sentença por inobservância ao devido processo legal, não sendo o mandado de segurança o meio adequado para suprir a falha do legislador.

Não se defende o cabimento irrestrito do agravo de instrumento contra toda e qualquer decisão interlocutória. Contudo, não se pode, a pretexto da celeridade processual, ignorar a supremacia da constituição e violar os direitos processuais fundamentais das partes.

Deve ser incluída no rol do art. 1.015 a decisão que indefere a produção de prova, que exige a possibilidade de recurso imediato, para que se efetive o contraditório, assegurando o direito à ampla defesa, de modo a alcançar a justa composição do litígio.

Proferida sentença sem a produção da prova necessária ao deslinde do feito, esta será anulada, a marcha processual restará comprometida, em total desrespeito aos princípios da celeridade e economia processuais, comprometendo a razoável duração do processo.

Lado outro, deve ser admitida a interpretação extensiva ou analógica do inciso III do art. 1.015 do Código de Processo Civil em relação às decisões que tratam da competência, para que se resguardem os princípios do juízo natural, isonomia, celeridade e economia processuais.

O próprio Superior Tribunal de Justiça, aceitando a interposição de agravo de instrumento contra decisões relacionadas à definição de competência - hipótese não prevista no rol taxativo do art. 1.015 -, por analogia ou interpretação extensiva, reconhece a necessidade de se suprir a lacuna legislativa.

As decisões que rejeitam a alegação de convenção de arbitragem e as que definem sobre a competência do juízo possuem a mesma *ratio*, qual seja afastar o juízo incompetente. Portanto, em atenção ao princípio da isonomia, ambas devem ter o mesmo tratamento jurídico, sendo imperativo que se admita a interposição do agravo de instrumento contra a decisão que trata da competência do juízo, também em respeito ao princípio do juízo natural.

Portanto, através da interpretação corretiva da norma contida no art. 1.015 do Código de Processo Civil, deverão ser supridas as lacunas deixadas pelo legislador, de modo a se efetivar o devido processo constitucional.

Referências

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil, 1988*. Brasília: Senado Federal, Centro Gráfico, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: jul. 2018.

BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 17 jan. 1973. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5869.htm. Acesso em: jul. 2018.

BRASIL. Lei nº 11.187, de 19 de outubro 2005. Altera a Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, para conferir nova disciplina ao cabimento dos agravos retido e de instrumento, e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 20 out. 2005. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11187.htm. Acesso em: jul. 2018.

BRASIL. Lei nº 12.016, de 7 de agosto de 2009. Disciplina o mandado de segurança individual e coletivo e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 10 ago. 2009. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12016.htm. Acesso em: jul. 2018.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 17 mar. 2015a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: jul. 2018.

BRASIL. Senado Federal. *Código de Processo Civil e normas correlatas*. 7. ed. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2015b. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/512422/001041135.pdf. Acesso em: 1º maio 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Proposta de afetação do Recurso Especial 1704520/MT. Relatora: Ministra Nancy Andrighi, Corte Especial, j. em 20 fev. 2018, Brasília, *DJe* de 28 fev. 2018a.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1679909/RS. Relator: Ministro Luís Felipe Salomão, Quarta Turma, j. em 14 nov. 2017, Brasília, *DJe* de 1º fev. 2018b.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 693278/PR. Relator: Ministro Castro Meira, Segunda Turma, j. em 28 nov. 2006, Brasília, *DJ* de 14 dez. 2006, p. 330.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2017.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *Processo constitucional e Estado Democrático de Direito*. 3. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2015.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 19. ed. Salvador: Juspodivm, 2017. v. 1.

DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil*: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. 13. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. v. 3.

DONIZETTI, Elpídio. *Curso didático de Direito Processual Civil*. 21. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018.

FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima; CUNHA, Maurício Ferreira. *Novo Código de Processo Civil para concursos*: doutrina, jurisprudência e questões de concursos. 7. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2017.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo:* primeiros estudos. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MELLO, Rogerio Licastro Torres de *et al. O agravo de instrumento e o rol do art. 1.015 do novo CPC*: taxatividade? 2016. Disponível em: http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI235291,81042-O+agravo+de+instrumento+e+o+rol+-do+art+1015+do+novo+CPC+taxatividade. Acesso em: 7 maio 2018.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*. 8. ed. São Paulo: RT, 2004.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de Processo Civil comentado artigo por artigo*. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

NUNES, Dierle; ARAGÃO, Erica Alves; BARBOSA, Lígia de Freitas. *STJ, o agravo e a interpretação extensiva do artigo 1.015 do novo CPC*. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2018-fev-08/opiniao-stj-agravo-interpretacao-artigo-1015-cpc. Acesso em: 27 fev. 2018.

THEODORO JÚNIOR, Humberto *et al. Novo CPC*: fundamentos e sistematização. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

• • •

O precedente judicial e a responsabilidade institucional dos juízes

Rodrigo Dornas de Oliveira[*]

***Sumário**: 1 Introdução. 2 A função e a força institucional do direito. 2.1 A função do direito. 2.2 A força moral do direito. 2.3 A responsabilidade institucional dos juízes. 3 Conclusão. Referências.*

Resumo: Partindo da análise de recentes decisões do Ministro Marco Aurélio Mello do Supremo Tribunal Federal e invocando a lição de positivistas jurídicos contemporâneos como Joseph Raz, Scott Shapiro, Wil Waluchow e Jeremy Waldron, este artigo pretende sustentar que os juízes, ao proferir suas decisões, são institucionalmente responsáveis por manter a unidade e a integridade da Corte que integram e do sistema jurídico como um todo, sob pena de lesão ao princípio do estado de direito.

Palavras-chave: Precedente judicial. Responsabilidade institucional. Estado de Direito. Positivismo jurídico.

1 Introdução

O sistema jurídico brasileiro vem passando por alterações em direção a uma prática jurídica baseada em precedentes judiciais, o que culminou com a introdução, no ordenamento jurídico, do *novel* art. 926 do Código de Processo Civil, o qual afirma que "os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente".

O prescritivo legal não é trivial, por mais que possa parecer. O atual paradigma judicial, notadamente aquele vigente nos tribunais superiores, alcança o ápice de uma tradição que advém desde os tempos mais remotos do país. Como bem aponta Thomas Bustamante (2012), desde a utilização, no nosso sistema jurídico, dos assentos portugueses, passando pela criação, em 1964, das súmulas persuasivas elaboradas pelo Supremo Tribunal Federal, o sistema processual brasileiro está alicerçado na criação de normas gerais e abstratas provenientes do Judiciário — ressalva-se, aqui, o período em que os assentos eram produzidos pelo próprio rei de Portugal.

Porém, desde a reforma do Judiciário, trazida pela Emenda Constitucional nº 45/2004, e, logo em seguida, com a reforma do Código de Processo Civil, em 2006, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça passaram a objetivizar ainda mais suas decisões, no sentido de que os casos concretos são muitas vezes deixados de lado para que sejam criadas teses abstratas e gerais, como ocorre no julgamento de casos de repercussão geral e recursos repetitivos. O caminho parece ainda mais certo com a criação, no âmbito dos tribunais estaduais e regionais, dos chamados Incidentes de Resolução de Demandas Repetitivas.

Sem embargo, a prática jurídica adotada por alguns juízes do país parece ainda não estar calcada no atual paradigma de força dos precedentes. São encontradas decisões diárias conflitantes com decisões anteriores

[*] Técnico Judiciário do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Assessor Jurídico da Assessoria Jurídica da Presidência. Pós-Graduado em Direito Constitucional pelo IEC PUC-Minas. Mestrando em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais.

firmadas por tribunais superiores ou, em alguns casos, com decisões de ministros do Supremo Tribunal Federal que não observam os precedentes criados pelo plenário ou pelas turmas que integram, os chamados precedentes horizontais.

Além disso, há decisões que acabam por alterar precedentes consolidados há muito tempo, surpreendendo a comunidade com medidas que modificam por completo o entendimento até então vigente, impedindo que o direito possa exercer uma de suas principais funções, qual seja a de fornecer aos indivíduos razões para agir em meio aos desacordos morais presentes na sociedade.

Um caso importante, em que ambas as situações ocorreram, no âmbito do STF, é o da prisão criminal após o julgamento em segundo grau. Como se sabe, em fevereiro de 2016, aquela Corte Suprema decidiu o *Habeas Corpus* nº 126.292/SP, afirmando que "a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal".

Deixando de lado a discussão quanto ao acerto ou não da decisão — em que pese ser importante deixar claro que há regra constitucional expressamente contrária ao entendimento firmado pelo STF —, a mudança de posição deu-se em um caso concreto, processo subjetivo em que não houve participação da sociedade. A decisão tampouco foi precedida de qualquer aviso a respeito da vindoura alteração do precedente firmado no *Habeas Corpus* nº 84.078/MG, em fevereiro de 2009, quando a Corte assentou que o princípio da presunção de inocência era incompatível com a execução provisória de sentença penal, ou seja, antes de seu trânsito em julgado, não seria possível sua execução.

Fica claro que a mudança de posicionamento, em que pese legítima do ponto de vista da autoridade conferida à Suprema Corte para interpretar a Constituição da República, acaba por levar a um ambiente de incerteza, pois uma interpretação *contra legem* foi levada a efeito sem um prévio debate na sociedade e na comunidade jurídica. Seja como for, posteriormente, o STF reafirmou o novo precedente no julgamento, em plenário virtual, do Recurso Extraordinário nº 964.246/SP.

Todavia, ao decidir o *Habeas Corpus* nº 138.337/SP,[1] o Ministro Marco Aurélio Mello contrariou o precedente firmado e, monocraticamente, suspendeu a execução provisória de sentença penal já decidida em segunda instância, utilizando-se dos seguintes argumentos:

> Não se pode potencializar o decidido pelo Pleno no *Habeas Corpus* nº 126.292, por maioria, em 17 de fevereiro de 2016. Precipitar a execução da pena importa antecipação de culpa, por serem indissociáveis. Conforme dispõe o inciso LVII do art. 5º da Constituição Federal, 'ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória', ou seja, a culpa surge após alcançada a preclusão maior. Descabe inverter a ordem natural do processo-crime — apurar-se para, selada a culpa, prender-se, em verdadeira execução da reprimenda.
>
> Ao tomar posse neste Tribunal, há 26 anos, jurei cumprir a Constituição Federal, observar as leis do País, e não me curvar a pronunciamento que, diga-se, não tem efeito vinculante. De qualquer forma, está-se no Supremo, última trincheira da Cidadania, se é que continua sendo. O julgamento virtual, a discrepar do que ocorre em Colegiado, no verdadeiro Plenário, o foi por seis votos a quatro, e o seria, presumo,

[1] Há, ainda, diversas outras recentes decisões no mesmo sentido, tais como as proferidas no HC nº 142.378/SP e no HC nº 145.380/SP, ambas publicadas em 4/8/2017.

> por seis votos a cinco, houvesse votado a ministra Rosa Weber, fato a revelar encontrar-se o Tribunal dividido. A minoria reafirmou a óptica anterior — eu próprio e os ministros Celso de Mello, Ricardo Lewandowski e Dias Toffoli. Tempos estranhos os vivenciados nesta sofrida República! Que cada qual faça a sua parte, com desassombro, com pureza d'alma, segundo ciência e consciência possuídas, presente a busca da segurança jurídica. Esta pressupõe a supremacia não de maioria eventual — segundo a composição do Tribunal —, mas da Constituição Federal, que a todos, indistintamente, submete, inclusive o Supremo, seu guarda maior. Em época de crise, impõe-se observar princípios, impõe-se a resistência democrática, a resistência republicana.

Vê-se que a opção por não obedecer ao precedente firmado pelo plenário e sua posterior confirmação em plenário virtual foi consciente. Novamente, não se discute aqui o acerto da decisão, mas o prejuízo que tal modo de conduta causa ao sistema de precedentes, especialmente no estágio atualmente vigente. Situações como a descrita levam, inexoravelmente, a uma situação de incerteza jurídica que não pode ser acolhida pelo sistema jurídico.

Na primeira seção deste trabalho, sustentando as teses positivistas da preempção (Joseph Raz) e do propósito moral do direito (Scott Shapiro), pretendo demonstrar que o direito fornece razões para o agir dos indivíduos que superam suas próprias razões em momentos de incertezas ou desacordos morais profundos. Apresentarei, ainda, com Wil Waluchow, a tese de que somente uma parcela da sociedade — na verdade, uma parcela dos juízes — possui autorização para mudar os precedentes judiciais. Sua teoria da força institucional do direito demonstra que aqueles que não estão autorizados a mudar o direito somente possuem uma obrigação moral de decidir (no caso dos juízes) ou atuar (no caso dos demais cidadãos) conforme os precedentes firmados.

Em seguida, será trabalhada a tese da abordagem em camadas de Jeremy Waldron, para quem um sistema de precedentes que se pretenda de acordo com o princípio do estado de direito deve servir para garantir a estabilidade do direito e proteger as expectativas criadas por decisões anteriores, cabendo ao juiz subsequente à formação do precedente atuar como parte de uma instituição.

Concluirei afirmando que a visão apresentada obriga os juízes a manter suas decisões, a não ser que haja alguma modificação jurídica ou fática capaz de alterá-las, bem assim que os juízes em posição inferior possuem a obrigação moral e jurídica de respeitar os precedentes, ainda que não concordem com eles.

2 A função e a força institucional do direito

2.1 A função do direito

O contemporâneo desenvolvimento do positivismo jurídico esclarece bem alguns dos motivos pelos quais o direito é uma estrutura normativa necessária ao funcionamento das sociedades. Ao estabelecer sua teoria acerca da normatividade do direito, Joseph Raz apresenta a chamada tese da preempção. Para ele, o agir racional está baseado numa análise das diversas razões disponíveis, cabendo ao agente sopesá-las a fim de escolher qual a melhor. Contudo, o direito, ao reivindicar autoridade, acaba por fornecer razões para o agir do cidadão que substituem suas próprias razões, motivo pelo qual ele as chama de razões preemptivas (RAZ, 1996, p. 214). Desse modo, o indivíduo agirá de acordo com as razões fornecidas pelo direito, como se ele mesmo tivesse escolhido suas razões por meio do processo de sopesamento acima mencionado, ficando relegado ao segundo plano o debate acerca das razões de primeira ordem que poderiam justificar seu agir.

Por sua vez, em um construto bastante similar ao de Raz, Scott Shapiro (2011) elabora sua Teoria do Direito como Planejamento (*Planning Theory of Law*), baseada na ideia de que o direito possui um propósito moral (*Moral Aim Thesis*), ou seja, as pessoas recorrem aos planos elaborados pelo direito, a fim de se evitar os desgastes decorrentes dos desacordos morais abundantes na sociedade, quando diante do que ele chama de circunstâncias da juridicidade, ou seja, as circunstâncias de fato encontradas em sociedade complexas e que acabam por exigir que o poder fique restrito às mãos de poucos agentes oficiais, sob pena de impossibilidade da vida em comunidade.

Assim, o propósito moral do direito é garantir que os desacordos morais existentes, quando presentes as circunstâncias da juridicidade, sejam superados por meio de uma ordem normativa que não se preocupe mais com os referidos desacordos depois que estabelecida. Vale lembrar que, segundo Shapiro, uma vez estabelecidos os planos, os agentes ficam a eles vinculados, pois discutir sua razão a cada momento de aplicação implica a quebra da própria lógica dos planos. Assim, a única discussão possível acerca dos planos fixados deve ser no sentido de sua alteração.

Extrai-se dos dois autores, ambos inseridos na corrente da filosofia jurídica contemporânea chamada positivismo excludente, que o direito possui o objetivo de garantir maior estabilidade aos sistemas humanos, buscando eliminar as divergências que necessariamente surgem a partir dos desacordos morais presentes nas sociedades complexas e permitir aos cidadãos que vivam suas vidas sem maiores preocupações com os dilemas que surgem da moralidade política.

A ideia pode ser transportada diretamente para a teoria do precedente judicial, uma vez que, a par de ser norma reconhecida do ordenamento jurídico, fonte social, portanto, o precedente também acaba por fornecer razões que substituem as próprias razões do indivíduo e visam a eliminar as consequências decorrentes dos desacordos morais existentes nas sociedades complexas.

2.2 A força moral do direito

Noutro giro, também inserido na tradição positivista, mas em sua vertente includente, Wil Waluchow, em seu livro *Inclusive legal positivism* (1994), analisando e criticando o estudo de Ronald Dworkin acerca da diferença entre fundamentos e força do direito, sustenta a importância de se distinguir entre teoria do direito e teoria da decisão judicial (*adjudication*). Ao tratar dessa distinção, Waluchow afirma que nem sempre os juízes estão obrigados a aplicar o direito, pelo contrário, em alguns momentos eles estariam obrigados a não aplicar o direito. Por essa razão, há uma diferença grande entre o que é o direito e o que é sua força, algo que Dworkin não teria notado em sua teoria.

Mas a força do direito nem sempre é igual para todos os seus aplicadores ou destinatários. Para a maioria das pessoas, a força do direito é estritamente moral, guardando relação com o dever de obediência dos cidadãos. A obrigação moral de respeitar as exigências legais leva ao reconhecimento de que as razões fornecidas pelo direito são obrigatórias. Por outro lado, para algumas pessoas inseridas no sistema jurídico, a força do direito é institucional, ou seja, a elas é conferido um conjunto de poderes que hes permite a alteração ou a criação do próprio direito (WALUCHOW, 1994, p. 39). Há que se ressaltar que a alguns juízes faltará a força institucional, por não possuírem autorização legal para a alteração do direito, restando, para eles, somente a força moral do direito, ou seja, a obrigação jurídica de aplicar em suas decisões o direito existente.

Levando em conta a proposta de Waluchow, temos que o precedente judicial poderá ser criado ou modificado por aqueles que possuem uma autorização legal para fazê-lo com base na força institucional do direito, enquanto ele deverá ser respeitado por aqueles que, ainda que possuam autorização para produzir normas jurídicas em casos concretos, estejam vinculados ao direito em virtude de sua força moral.

Fica claro, então, que, em um sistema jurídico como o brasileiro, nem todas as Cortes e, certamente, nem todos os juízes possuem poderes decorrentes da força institucional do direito, mas, tão somente, deveres decorrentes de sua força moral, notadamente o dever de aplicar os precedentes firmados pelas Cortes superiores.

Todavia, como o próprio Waluchow sustenta, um dilema surge quando as forças institucional e moral apontam para direções opostas (WALUCHOW, 1994, p. 39), ou seja, "quando [...] um juiz não é livre para modificar um direito moralmente indesejável, mas seu dever moral é escapar da força institucional do direito, mesmo após levar em consideração seu papel institucional e as regras de decisão judicial (*adjudication*) que parcialmente definem o papel para si".

A fim de se resolver o dilema, apresento abaixo o trabalho de Jeremy Waldron acerca dos precedentes, que, ao menos de forma indireta, acaba por reforçar a ideia de que o direito possui uma força moral que deverá, em nome do estado de direito, sobrepor-se aos entendimento e interesses dos membros dos tribunais.

2.3 A responsabilidade institucional dos juízes

No artigo intitulado "Stare decisis and the rule of law: a layered approach", Jeremy Waldron (2012) sustenta que a prática do precedente judicial decorre de limitações impostas pela regra do estado de direito (*rule of law*). Waldron afirma que os argumentos mais utilizados com vistas a sustentar a prática do *stare decisis*, que, em apertada síntese, pode ser descrita como a obrigação de que as decisões proferidas pelas Cortes de maior grau devam ser seguidas pelas cortes inferiores, incluem

> [...] a importância da estabilidade, o respeito pelas expectativas estabelecidas, eficiência decisional, o desenvolvimento ordenado do direito, a deferência Burkeana à sabedoria ancestral, justiça formal ou comparativa, equidade (*fairness*), comunidade, integridade, a importância moral de se tratar casos semelhantes de forma semelhante, e o desejo de se disciplinar nossos juízes e reduzir o ativismo judicial (WALDRON, 2012, p. 3).

Contudo, em sua visão, a prática da conformidade aos precedentes seria mais bem justificada à luz do princípio do estado de direito. Para ele, esse princípio exige (i) que as pessoas em posição de autoridade exerçam seus poderes em conformidade com uma moldura baseada em normas públicas, em vez de preferências pessoais ou ideologias, (ii) e que essa moldura forneça uma base jurídica para que os exercentes do poder possam estar sujeitos a responder por seu exercício (*accountability*). Além disso, (iii) as normas públicas, projetadas de forma prospectiva, devem ser acessíveis, estáveis, públicas e claras para todos, e (iv) as penalidades devem ser impostas pelo Estado tendo por base procedimentos jurídicos imparciais (WALDRON, 2012, p. 3).

Além disso, para Waldron, o estudo do precedente sob o prisma do ideal político do estado de direito implica duas consequências que devem ser analisadas como duas camadas distintas, quais sejam a justificação para seguir a decisão tomada em um caso anterior e a justificação para que o julgador seja cauteloso antes de derrubar um precedente estabelecido (WALDRON, 2012, p. 5). Essa cautela é justificada por valores intrinsecamente ligados ao princípio do estado de direito, tais como a certeza, a previsibilidade e o respeito

pelas expectativas estabelecidas, razão pela qual Waldron afirma que a observância do estado de direito garante ao povo o exercício da liberdade.

Extrai-se, pois, daí, o princípio da proteção às expectativas, como sendo um dos princípios subjacentes ao estado de direito e que possui dois elementos, os quais, se não observados, levam ao colapso do próprio princípio: (i) a prática jurídica e a decisão judicial devem ser realizadas a fim de criar expectativas e (ii) as expectativas devem ser respeitadas por outros tomadores de decisão (WALDRON, 2012, p. 10).

Vale ressaltar que essa previsibilidade sustentada por Waldron não deve ser entendida como uma garantia de que todas as decisões sempre serão previstas, o que levaria ao reconhecimento de que bastaria uma análise do passado e das preferências políticas dos julgadores a fim de se identificar como decidirão, assumindo uma postura realista em relação aos precedentes judiciais. Ao contrário, o que se pretende é uma previsibilidade baseada em princípios, ou seja, uma "previsibilidade resultante do mapeamento de um entendimento disseminado, oficial e público, acerca das várias fontes do direito em direção às situações fáticas que as pessoas confrontam" (WALDRON, 2012, p. 13-14).

Tendo em conta o princípio da previsibilidade ou da proteção às expectativas e, em última instância, o próprio ideal do estado de direito, a responsabilidade do juiz é tratar o precedente criado por um juiz anterior como uma norma jurídica genuína, devendo agir como se a norma criada possuísse uma presença jurídica positivada (WALDRON, 2012, p. 23).

A ideia não é somente de garantir a constância do ordenamento ou assegurar que as decisões sejam previamente calculadas. Trata-se, de fato, de permitir às pessoas a internalização das decisões tomadas, a fim de que possam garantir a dignidade da ação ordinária dos cidadãos, ou seja, que eles possam autoaplicar as decisões à sua vida cotidiana, guiando-se pelas decisões passadas (WALDRON, 2012, p. 28).

Caso o juiz se posicione de acordo com o princípio descrito, estará cumprindo um dos desideratos do estado de direito, o de que o direito deve ser relativamente estável (WALDRON, 2012, p. 28), especialmente num sistema em que a criação de normas jurídicas parte, em larga escala, do Judiciário, em que são tomadas decisões diariamente, diferentemente do que ocorre com as mudanças promovidas pelo Legislativo, pois, nessa hipótese, as pessoas tomam ciência das alterações antes mesmo de sua ocorrência, em virtude da própria natureza do processo legislativo, que quase sempre é integrado por debates públicos.

3 Conclusão

O filósofo Jeremy Bentham, crítico ferrenho do *common law* britânico, uma vez disse que "são os juízes (como já vimos) que fazem o *common law*. Você sabe como eles o fazem? Da mesma forma como um homem faz leis para seu cachorro. Quando seu cachorro faz alguma coisa que você não gostaria, você espera até que ele o faça, e então lhe bate por isso" (BENTHAM, 1843, p. 372). A isso ele deu o nome de *dog-law*. É claro que a prática jurídica contemporânea não se compara em nível de complexidade com aquela analisada por Bentham na virada dos séculos XVIII e XIX. Contudo, sua crítica possui um valor atual.

Como visto, o sistema de precedente, para que possa conceder aos seus destinatários um mínimo de coerência, previsibilidade e estabilidade, deve ser tratado com o maior respeito e consideração por parte dos juízes que estão a ele vinculados pelo que foi chamado de força institucional e, especialmente, para aqueles vinculados somente pela força moral do direito.

Em sistemas jurídicos como o brasileiro, os juízes não são eleitos pelo povo, mas escolhidos por meio de concursos públicos imparciais, além do que possuem prerrogativas como vitaliciedade e inamovibilidade, que lhes garantem independência e autonomia para atuar sem preocupações com política partidária, mas também a possibilidade de permanência em seus cargos sem que tenham que responder por suas decisões como se fossem membros do corpo político.

Diversamente do que ocorre com os demais poderes, nos quais a legitimidade é extraída diretamente do princípio democrático, as decisões do Judiciário não se apoiam neste tipo de razão. A legitimidade das decisões judiciais deriva da argumentação. Por tal motivo é que se exige do Judiciário o maior respeito às decisões passadas do que dos demais ramos políticos.

De um lado, a proposta do positivismo jurídico demonstra que a razão de existir do direito está justamente na necessidade de um sistema normativo capaz de assegurar a estabilidade da vida em comunidade, motivo pelo qual os seus destinatários estão jungidos à sua autoridade e às razões ou planos postos por ele. Aliás, a ideia de obrigação moral de cumprimento das normas jurídicas, inclusive dos precedentes judiciais, é medida capaz de garantir a coerência do sistema jurídico.

De outro, a tese de Waldron, como apresentada, leva à conclusão de que os juízes devem se posicionar como pertencentes a uma instituição. Suas decisões não podem ferir a unidade e a integridade da Corte que integram e do sistema jurídico como um todo, sob pena de lesão ao princípio do estado de direito. Sempre que decidem um caso concreto, os juízes precisam se posicionar institucionalmente, e não como ilhas julgadoras. Claro que não falamos aqui do absurdo de tolher a independência ou a autonomia dos juízes para aplicar o melhor direito ao caso concreto, mas de garantir que suas decisões sejam institucionalmente responsáveis, a fim de se preservar a liberdade dos cidadãos que não serão surpreendidos por decisões contrárias aos precedentes relativos àquela situação concreta, permitindo ao sistema jurídico a observância da integridade, da coerência e da estabilidade.

A responsabilidade institucional demanda um respeito ao precedente e às próprias razões estabelecidas pelo direito, em proteção ao princípio do estado de direito. A responsabilidade institucional exige, ainda, que as mudanças de entendimento jurisprudencial sejam previamente indicadas, garantindo a segurança jurídica e protegendo a confiança dos destinatários das decisões. Além disso, demanda que, na ausência de alteração de cenários fáticos ou evolução de entendimentos jurídicos, os precedentes sejam mantidos. A alteração que surpreende o jurisdicionado é exatamente a razão pela qual Bentham chamou o sistema de precedentes de *dog-law*.

Referências

BENTHAM, J. *The works of Jeremy Bentham*. Edinburgh: William Tait, 1843. v. 5. Disponível em: <http://oll.libertyfund.org/titles/1996>. Acesso em: 11 jul. 2017.

BUSTAMANTE, T. R. *Teoria do precedente judicial*: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais. São Paulo: Noeses, 2012.

RAZ, J. *Ethics in the public domain*: essays in the morality of law and politics. Revised ed. Oxford: Calerndon Press, 1996.

SHAPIRO, S. *Legality*. Cambridge, Massachusetts: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011.

WALDRON, J. Stare decisis and the rule of law: a layered approach. *Michigan Law Review,* v. 111, n. 1, p. 1-32, 2012.

WALUCHOW, W. J. *Inclusive legal positivism*. Oxford: Clarendon Press, 1994.

• • •

Os paradigmas de controle da valoração e concretização de conceitos jurídicos indeterminados*

*Renan de Freitas Ongaratto***

***Sumário**: 1. Introdução. 2. Concretização de conceitos indeterminados como juízo de legalidade vinculado. 3. O controle de legalidade, legitimidade e constitucionalidade da valoração administrativa de conceitos indeterminados. 4. Publicidade na lei de pregão e o conceito jurídico indeterminado de jornal de grande circulação. 5. Conclusão. Referências.*

Resumo: O artigo aborda a interpretação e aplicação dos conceitos indeterminados, expõe os rigores metodológicos necessários e define os limites de atuação do intérprete e do julgador, de forma a evidenciar, com a maior precisão possível, que a escolha de concretização do conceito indeterminado se deu corretamente. Objetivando tal fim, primeiramente, o artigo caracteriza a atividade do exegeta como juízo de legalidade vinculado, para, então, traçar as balizas norteadoras da sua interpretação. Ao fim, o artigo traz como paradigma o termo "jornal de grande circulação" utilizado na Lei nº 10.520/02, para afirmar e confirmar a metodologia proposta.

Palavras-chave: Legalidade. Discricionariedade. Conceitos jurídicos indeterminados. Sindicabilidade. Limites. Pregão. Jornal de grande circulação. Publicação.

1 Introdução

O artigo destina-se a analisar a sindicabilidade da valoração administrativa de conceitos indeterminados com o intuito de definir a medida de controle de atos interpretativos, em termos compatíveis com os princípios constitucionais do Estado Democrático de Direito. O trabalho volta-se, especialmente, a evidenciar que a técnica a ser aplicada na compatibilização de qualquer conceito indeterminado previsto no ordenamento jurídico trata, em última análise, de juízo de legalidade, sendo, assim, atividade vinculada.

Em concreto, o artigo analisa como paradigma a valoração administrativa dada ao termo "jornal de grande circulação", previsto na Lei de Pregão, Lei nº 10.520 (BRASIL, 2002). Contudo, a construção argumentativa e a técnica proposta se prestam à análise de qualquer outro conceito indeterminado previsto no ordenamento jurídico, voltando-se tanto para a atividade do administrador-gestor, quando da tomada de suas decisões voltadas ao atendimento do interesse público, quanto à verificação da correção interpretativa realizada em sede judicial.

Tem-se como justificativa para a abordagem do referido tema a necessidade de se assegurar a garantia dos direitos individuais por meio do direito fundamental à boa administração e à eficiente prestação jurisdicional.

---

* Este artigo é uma releitura e adaptação de artigo científico escrito e apresentado como requisito para obtenção de título de especialista em direito público e privado na Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ.

** Especialista em Direito Público e Privado pela Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ. Pós-Graduado em Direito Constitucional pela Faculdade Cândido Mendes. Graduado pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro - PUC/RJ. Advogado.

Nesse sentido, este artigo se propõe a discutir limites interpretativos para os conceitos indeterminados, de forma a pautar a atuação do Estado e frear abusos interpretativos na aplicação do direito, reforçando a submissão da Administração Pública, dos gestores públicos e dos aplicadores do direito aos mandamentos constitucionais, afastando desconfianças decorrentes do desconhecimento sobre os reais fundamentos dos atos administrativos e das decisões judiciais.

2 Concretização de conceitos indeterminados como juízo de legalidade vinculado

É certo que a indeterminabilidade dos conceitos legais cessa diante da necessidade concreta de aplicação da norma, momento antes do qual o preceito legal abstrato ainda não incide diretamente na esfera jurídica dos jurisdicionados. Ou seja, o fator de abstração perdura somente até o momento da ocorrência de fatos que venham a tal norma se subsumir e a ela conferir concretude. A doutrina, contudo, divide-se quanto a determinar se tal atividade, de extrair objetivamente uma solução unívoca frente à fluidez das expressões legais, é ou não uma atividade vinculada.

Uma primeira corrente sustenta que a concretização decorreria do juízo subjetivo volitivo do intérprete, frente àquilo que considerar oportuno e conveniente como forma de preenchimento do conceito indeterminado. Nesse sentido se posicionam Celso Antônio Bandeira de Mello (1993, p. 420) e José dos Santos Carvalho Filho (2001, p. 114).

Em sentido diametralmente oposto, apresenta-se uma segunda corrente, defendida por Eros Roberto Grau (2008, p. 114), Eduardo García de Enterría e Tomás Ramón Fernandéz (1990, p. 393-394) e Gustavo Binenbojm (2006, p. 219), que, nas palavras deste, afirma que a interpretação e consequente concretização do conceito indeterminado levam a uma única resposta correta para o caso sob análise, pelo que caberia ao administrador tão somente a interpretação, como juízo de legalidade.

> Como visto, o ato discricionário pressupõe um poder de escolha do administrador. Este, diante de uma situação concreta, pode optar por um ou outro caminho, de acordo com critérios racionais que, a seu ver, produzam a melhor solução. Tal resultado pode: (i) já estar previsto na norma de competência, havendo, nesse caso, a opção por uma solução A, B ou C (discricionariedade de escolha); ou (ii) ser de livre escolha do administrador, que se mantém vinculado, apenas, pela finalidade estabelecida na lei (discricionariedade de decisão). Já os atos fundados em conceitos jurídicos indeterminados não são fruto de uma opção do administrador. Se é que há uma eleição, esta é do próprio legislador, que escolheu o uso de termos vagos e conceitos imprecisos, sendo que a sua aplicação resolve-se com a interpretação de seu sentido (BINENBOJM, 2006, p. 219).

Além das posições apresentadas, inúmeros juristas debatem o tema trazendo relevantes contribuições.[1] Todavia, para fins deste trabalho, considerou-se, somente, o embate entre as duas principais correntes sobre o tema.

[1] Deve-se destacar a existência de importante tese de Germana de Oliveira Moraes, que analisa os conceitos indeterminados de acordo com os tipos de situações que pretende regular e explica não haver nexo essencial entre discricionariedade e conceitos indeterminados, podendo o conceito indeterminado conferir ou não margem de liberdade para o administrador. Para ela nos conceitos indeterminados que façam referência a uma situação atual, haverá atividade vinculada e, ao contrário, nos conceitos que envolvam uma ponderação valorativa de interesses concorrentes ou um juízo de prognose, realizar-se-á atividade não vinculada (MORAES, 1999, p. 61).

Para o devido posicionamento frente à divergência exposta, cabe, portanto, definir o que se pode entender por atividade discricionária e traçar importante distinção entre tal atividade e a de interpretação do direito, decorrente de um juízo de legalidade.

Segundo a doutrina de Celso Antônio Bandeira de Mello, a discricionariedade pode ser assim definida:

> Discricionariedade, portanto, é a margem de liberdade que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos cabíveis, perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair, objetivamente, uma solução unívoca para a situação vertente (MELLO, 2006, p. 48).

Do exposto é possível extrair a ideia de que os conceitos indeterminados, caracterizados na expressão "fluidez das expressões da lei", ensejam a discricionariedade administrativa, sendo um dos seus elementos caracterizadores. Todavia, esse não parece ser o melhor entendimento.

Com a vênia para discordar do ilustre jurista, não se pode enquadrar na noção de discricionariedade a atividade interpretativa, pois aquela é, em verdade, fruto de expressa atribuição legal, e não consequência do emprego de termos indeterminados (GRAU, 2008, p. 192). Em outras palavras, a discricionariedade é atribuída pela lei que confere ao administrador o juízo de oportunidade para optar entre alternativas igualmente justas ou entre indiferentes jurídicos, permitindo pluralidade de soluções justas,[2] mas tal ideia não se estende ou se aplica à atividade do intérprete legal.

Em adição, não se mostra razoável admitir que o administrador ou o julgador, ao realizar a interpretação que comina a concretização do conceito indeterminado, pratique um ato discricionário, mas que, quando o mesmo ato é questionado, seja em análise originária ou recursal pelo Judiciário, a interpretação sobre a correção da concretização realizada seja tida como juízo de legalidade, que verificará se a atuação se deu nos limites dispostos pelo legislador e pelos princípios jurídicos.

Conforme expõe Eros Roberto Grau, não se pode confundir a liberdade conferida pela lei com o processo de concretização dos conceitos indeterminados, que não decorre de juízo de oportunidade:

> Penso, assim, podermos apartar as duas técnicas na consideração dos juízos aos quais correspondem. No exercício da discricionariedade o sujeito cuida da emissão de juízos de oportunidade, na eleição entre indiferentes jurídicos; na aplicação de conceitos indeterminados (vale dizer, das noções), o sujeito cuida da emissão de juízos de legalidade. Por isso é que — e não porque o número de soluções justas varia de uma outra hipótese — são distintas as duas técnicas (GRAU, 2008, p. 204).

Desse modo, é possível notar que a tarefa de aplicação de conceitos indeterminados, de fato, diz respeito à concretização de uma linguagem instrumentalmente definida por lei; basta notar que: (**i**) antes de escolhida

[2] Na doutrina espanhola, o tema é bem explicado nos seguintes termos: "O peculiar destes conceitos jurídicos indeterminados é que sua qualificação em uma circunstância concreta não pode ser mais que uma: [...] ou há utilidade pública ou não há; ou se dá, com efeito, uma perturbação da ordem pública, ou não se dá; ou o preço que se indica é justo ou não o é, etc. Tertium no datur. Há, pois, e isto é essencial, uma unidade de solução justa na aplicação do conceito a uma circunstância concreta. Aqui está o peculiar do conceito jurídico indeterminado frente ao que é próprio às potestades discricionárias, pois o que caracteriza a estas é justamente a pluralidade de soluções justas possíveis como consequência de seu exercício." (ENTERRÍA apud FRANÇA, 2001, p. 118).

a conduta a ser adotada, não há discricionariedade, uma vez que as opções que se põem diante do administrador são as mesmas que se colocam frente a qualquer dispositivo legal, qual seja atender ou não ao comando legal, sendo irrelevante do ponto de vista jurídico haver uma, duas ou mais opções capazes de atender àquele comando; e (**ii**), após a escolha feita, concretizado o conceito jurídico indeterminado, tampouco pode-se falar em discricionariedade, uma vez que o controle dirá respeito à análise de subsunção da opção escolhida à norma.

3 O controle de legalidade, legitimidade e constitucionalidade da valoração de conceitos indeterminados

Bem visto que o melhor entendimento aponta no sentido de que o espaço de tomada de decisão conferido ao intérprete não o põe diante de uma verdadeira liberdade, e, sim, de um juízo de estrita vinculação, cumpre analisar as repercussões diretas no espectro de sindicabilidade, em especial, as hipóteses e de que forma o juiz poderá afirmar que a interpretação conferida por terceiros se prestou a atender o comando legal, tal como de que forma ele mesmo, ao interpretar conceitos indeterminados, deverá agir.

Repisa-se que, tratando-se de juízo vinculado, o julgador realizará juízo de legalidade,[3] ou seja, mera atividade de subsunção, pois não resta espaço ao exegeta no seu atuar a não ser atender ao comando legal segundo suas prescrições, respondendo pela correção ou incorreção da sua atividade.

O problema surge, contudo, justamente nos casos em que não é possível afirmar, de imediato, que determinada aplicação é adequada aos fins a que se propõe. A título de exemplo, é de se notar que, embora quem possua oito anos de idade possa se inserir no conceito de jovem e quem possua oitenta não o possa, suscitaria dúvidas definir se um indivíduo de quarenta anos se enquadraria no conceito, o que dependeria da análise de diversos aspectos, muitas vezes externos ao próprio termo, mas necessários a contextualizar o âmbito em que se empregaria a afirmativa.

É por isso que surgem os conceitos de zonas de certeza positiva, negativa e, principalmente, de incerteza,[4] esta referente às hipóteses que não estão claramente incluídas ou excluídas na subsunção de uma determinada realidade ao conceito proposto.

É nessa área de penumbra que ganha importância a atuação dos órgãos de controle externo da administração, tal como dos órgãos judiciais que atuam em grau recursal, visto que aferirão, no caso concreto, se a atuação do intérprete se deu de forma legítima, de acordo com as finalidades legais e em conformidade com os princípios constitucionais que regem a matéria.

Por mais tormentosa e difícil que seja a questão, é majoritário o entendimento de que o julgador não pode deixar de decidir sob a alegação de inexistência de norma adequada ao caso, ante o mandamento do *non liquet*. Nesse sentido, ressaltam os dizeres de Fredie Didier Jr.:

[3] Destaca-se que essa tradicional visão sobre os limites do controle judicial, restrito à análise de legalidade, encontra-se alargada diante do princípio da juridicidade, que amplia o espectro de controle, uma vez que leva em consideração também a legitimidade, ou seja, a conformidade deles não apenas com a lei, mas também com os princípios norteadores do Estado Democrático de Direito.

[4] Mais uma vez, torna-se relevante a menção, pela clareza de enfrentamento do tema, aos autores espanhóis que assim abordam o ponto: "Na estrutura do conceito indeterminado, é identificável um núcleo fixo (Begriffkern) ou 'zona de certeza', configurado por dados prévios e seguros, uma zona intermédia ou de incerteza ou 'halo do conceito' (Begriffhof), mais ou menos imprecisa, e, finalmente, uma 'zona de certeza negativa', também certa quanto à exclusão do conceito." (ENTERRÍA; FERNANDÉZ, 1990, p. 396).

> [...] todo problema que for submetido ao Tribunal precisa ser resolvido, necessariamente. É dizer: ainda que a situação concreta não esteja prevista expressamente na legislação, caberá ao magistrado dar uma resposta ao problema, classificando-a como lícita ou ilícita, acolhendo ou negando a pretensão do demandante (DIDIER JR., 2015, p. 160-161).

Percebe-se, portanto, que, mesmo nas situações em que não seja possível extrair uma nítida resposta jurídica sobre o acerto ou desacerto da atividade interpretativa que se questiona, o julgador não pode, nem deve, se abster do dever de julgar. Para tais situações, a solução é estabelecer critérios decisórios baseados no contexto em que está inserido o conceito indeterminado, na finalidade perseguida pela norma em que se encontra inserido e nos objetivos buscados pelo interlocutor, no caso, o legislador. O fruto de tal análise deve, por fim, ser interpretado sistematicamente, à luz das normas principiológicas incidentes sobre o caso.

Somente dessa forma o julgador poderá formar seu convencimento, por meio de decisão motivada, sobre a adequação da concretização aos mandamentos legais, como decorrência do enquadramento em uma zona positiva ou negativa.

O que se busca aqui evidenciar como parâmetro de concretização, portanto, é que, diante de conteúdo periférico vago e impreciso, com alto grau de controvérsia e incerteza, deve o intérprete, seja o administrador ou o julgador, sempre considerar os elementos do caso concreto em consonância com vetores constitucionais que pautam a atuação estatal para guiar seu juízo, de modo que qualquer opção ilegítima seja efetivamente excluída.

Mesmo nas hipóteses em que, após tal exercício hermenêutico, ainda que não se possa afirmar categoricamente que a concretização se inseriu em uma zona de certeza positiva, caso a análise realizada não leve a aferir qualquer desconformidade com os postulados do bloco de juridicidade (zona de certeza negativa), deve-se preservá-la como legítima. Assim deve ser, uma vez que a Administração ou julgador firmou uma intelecção comportada pelo conceito no caso concreto — ainda que outra também pudesse sê-lo —, estando mais perto dos problemas e, de regra, mais bem aparelhado para resolvê-los, pois em contato direto com os fatos e provas que fundamentaram a escolha.

Percebe-se, portanto, que, além de desejável, é exigível que a função de controle fiscalize o processo decisório e oriente o direcionamento do vetor interpretativo, valendo-se, para tanto, na esfera administrativa, dos mecanismos de revisão ou anulação dos atos e da punição dos agentes, e, na esfera judicial, da reforma ou anulação de decisões. Tal atuação visa, sobretudo, oferecer diretrizes para o aperfeiçoamento da atividade estatal.

4 Publicidade na Lei de Pregão e o conceito jurídico indeterminado de "jornal de grande circulação"

O legislador, inspirado pelo princípio da publicidade e procurando dele extrair a regra aplicável à modalidade de licitação criada pela Lei nº 10.520 (BRASIL, 2002), determinou, no art. 4º, I, da referida lei, que, para pregões de vulto, a publicidade também se desse em jornal de grande circulação, "nos termos do regulamento de que trata o art. 2º".

Nota-se, todavia, que o citado dispositivo foi vetado, uma vez que uma lei federal não poderia contemplar os certames dos Estados, Municípios e DF. Nesse sentido, Marçal Justen Filho afirma a correção do veto:

> Há referência à regulamentação do tema por parte do decreto referido no art. 2º, o qual nunca chegou a existir em virtude do veto presidencial. Antes assim, eis que a pretensão do Executivo Federal de regulamentar a publicidade dos atos estaduais, municipais e distritais incorreria em evidente infração ao princípio da Federação (JUSTEN FILHO, 2010, p. 144).

Tendo em vista que a Lei nacional de Pregão traça somente normas gerais sobre o tema, a doutrina, o Judiciário e os Tribunais de Contas, de um modo geral, reforçam que caberia aos regulamentos de cada um dos entes da Federação prever os parâmetros e valores do que seria o vulto da licitação que demandaria uma publicação de maior amplitude.

A análise dos decretos regulamentadores municipais revela, contudo, que as regulamentações[5,6] ficam aquém do comando da legislação federal, uma vez que não estipulam o alcance territorial do veículo de publicação, tampouco determinam o vulto do certame a demandar regras mais amplas de publicidade, o que apenas reforça a incerteza sobre a concretização do conceito jurídico "jornal de grande circulação". Tal opção normativa deficiente importa em um tratamento indistinto às licitações de grande e às de pequeno vulto, levando os prejudicados, muitas vezes, a buscar uma resposta dos órgãos de controle.

Como solução ao problema de os periódicos adotados se situarem em uma zona de incerteza, o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, pretendendo tornar mais objetiva a análise quanto à observância do requisito legal, estipulou o critério da tiragem mínima diária de vinte mil exemplares (BRASIL, 2013), passível de comprovação por quaisquer meios idôneos. Tal entendimento, todavia, não aparenta ser o mais adequado, uma vez que constitui um número fixo e predeterminado, cego às peculiaridades de cada ente da Federação, o que vai justamente de encontro ao que buscou o legislador ao empregar um conceito jurídico indeterminado.

É certo que, sendo a finalidade da publicidade atender ao dever de transparência e informação perante o cidadão e também ao próprio interesse do cidadão pela notícia ou ato administrativo publicado, constata-se que a tiragem do jornal, a abrangência (BRASIL, 2010), a tradição do periódico na publicação de editais (BRASIL, 2011) e ainda outros pontos podem ser levados em consideração, pois servem de indicadores do fim buscado pelo legislador.

Necessário frisar, porém, que, apesar de muitos critérios se apresentarem como balizadores aptos a subsidiar a análise, nenhum deles, por si só, ou sequer a conjugação deles é capaz de definir o que se pode entender como jornal de grande circulação. Isso porque a efetiva determinação sobre se a valoração administrativa do conceito indeterminado foi regular imprescinde dos fatos concretos apresentados ao intérprete e da subsunção deles às finalidades do dispositivo em que se insere o conceito à luz dos princípios constitucionais.

É por essa razão que critérios objetivos não se prestam a adequadamente determinar a concreção de um conceito indeterminado. Até mesmo porque o impulso e a justificativa do legislador por adotá-los é

[5] A título de exemplo cita-se o caso do Decreto Municipal nº 4.748/05, do Município de Angra dos Reis, que, em seu art. 11, I, dispõe: "Art. 11. [...]: I - a convocação dos interessados será efetuada por meio de publicação de aviso em órgão de publicação oficial do Município ou, não existindo, em jornal de circulação local, e facultativamente, por meios eletrônicos e conforme o vulto da licitação, em jornal de grande circulação na região; [...]."

[6] Outro exemplo ocorre com o Decreto Municipal nº 2.510/09, de Belford Roxo, que, no art. 11, I, do Anexo I, praticamente reprisou os termos do art. 4º, I, da Lei nº 10.520/02: "Art. 11. [...]: I - a convocação dos interessados será efetuada por meio de publicação de aviso em diário oficial do respectivo ente federado ou, não existindo, em jornal de grande circulação local, e facultativamente, por meios eletrônicos e, conforme o vulto da licitação, em jornal de grande circulação".

justamente permitir que, em um país de proporções continentais, uma mesma lei possa se prestar aos seus fins nas mais diversas e díspares realidades.

Deve-se observar, segundo essa perspectiva, que, embora não seja possível determinar abstratamente se determinado periódico seria ou não de grande circulação, não há margem para interpretações contrárias à de que um jornal somente poderá ser tido como "de grande circulação" quando garantir a observância do princípio da publicidade e a ampliação da competitividade, mormente, quando se tratar de contratações vultosas, o que, por conseguinte, incidirá sobre outros princípios, tais como os da economicidade, isonomia, da seleção da proposta mais vantajosa, dentre outros.

Tal constatação sobre o atendimento dos princípios constitucionais — uma vez que o objetivo maior do dispositivo, quando exige a debatida publicação, é assegurar tais princípios e, sobretudo, evitar a indevida restrição de competividade que vicia de nulidade o certame (JUSTEN FILHO, 2009) — pode ser realizada a partir da quantidade de propostas apresentadas, do diferente perfil dos proponentes, da economicidade atingida e dos demais elementos concretos que subsidiaram a escolha interpretativa de que o veículo escolhido não geraria danos à Administração Pública e atenderia ao comando legal, evidenciando o que se pretende com este trabalho demonstrar, qual seja que a atividade do intérprete vincula-se aos fins legais, não podendo deles em nenhuma hipótese se distanciar.

5 Conclusão

Diante da velocidade em que se dão as mudanças e das grandes diferenças sociais no Brasil, recorrentemente, vale-se o legislador de mecanismos que lhe possibilitem conferir maior aplicabilidade e efetividade aos textos normativos.

Ocorre que a solução do legislador encontra óbices em sua aplicação. O maior deles diz respeito a determinar se a interpretação dada aos conceitos indeterminados, de forma a concretizar o comando legislativo, seria atividade discricionária ou vinculada, o que repercute diretamente na extensão do controle a ser realizado.

Apesar do embate doutrinário existente, o melhor entendimento é o de que o emprego de conceitos jurídicos indeterminados não se traduz em discricionariedade, pois não haverá opções para o administrador público ou para o julgador, senão a atividade de interpretação e aplicação da norma com vias a satisfazer o comando legal ou constitucional.

Reconhecer a ausência de discricionariedade significa garantir a possibilidade de controle jurisdicional da valoração de conceitos indeterminados, em sede administrativa ou judicial, tal como vincular a administração pública e o Estado-Juiz ao direito posto e aos ideais e anseios da sociedade, evitando-se a dúvida, a intranquilidade e a suspeição, uma vez que não há que se falar em conveniência e oportunidade em se atender à lei.

Como consequência reduz-se o espaço para arbitrariedades e inúmeros vícios que maculam a atuação estatal e geram a desconfiança dos jurisdicionados na ação dos titulares do poder.

Nesse contexto, este artigo voltou-se à premente necessidade de se traçar parâmetros para a concretização de tais conceitos, de forma a se afastar, de um lado, arbitrariedades e injustiças decorrentes de interpretações ilegais, mas, de outro, a impedir a interferência indevida na atividade do intérprete.

Para tanto, necessário se fez demonstrar que, quando a concretização de um conceito indeterminado se situa em uma zona de incerteza, a solução é perquirir se a opção, diante do caso concreto e das finalidades inerentes ao dispositivo legal, prestou-se ao atendimento do interesse público e, cumulativamente, não violou nenhum dos princípios constitucionais, mormente a isonomia; impessoalidade; moralidade; publicidade; eficiência; e a própria noção de legalidade, diante das balizas aferidas no caso concreto, sendo certo que as matérias afetas ao tema devem ser continuamente debatidas e aperfeiçoadas, de modo que os intérpretes possam adotar os entendimentos que melhor atendam às finalidades de interesse público perquiridas pelo legislador para permitir o fortalecimento da confiança depositada nas instituições do Estado.

Com base no paradigma escolhido para ilustrar o que se pretende demonstrar, percebe-se que, embora parâmetros objetivos — no caso do conceito de jornal de grande circulação, a tiragem, abrangência, especialização do periódico, entre outros — possam subsidiar a verificação de regularidade da escolha de concretização realizada, tal como em relação a qualquer outro conceito indeterminado, somente a análise das repercussões da escolha em cada contexto em que se insere, apreciadas à luz dos princípios constitucionais que servem de enquadramento normativo ao tema, serão capazes de determinar o atendimento ao que dispôs o dispositivo legal, por se tratar a interpretação legislativa, em última análise, de uma atividade interpretativa típica, que não pode ser separada da função judicativa.

Referências

BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo*: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BRASIL. *Diário Oficial do Estado do Ceará*. Disponível em: <http://imagens.seplag.ce.gov.br/ PDF/20111221/do20111221p04.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2018.

BRASIL. *Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10520.htm>. Acesso em: 3 mar. 2018.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Processo: 023.261/2006-7. Relator: Valmir Campelo. Brasília, 4 ago. 2010. Disponível em: https://contas.tcu.gov.br/juris/SvlHighLight ?key=41434f5244414f2d4c454741444f-2d3935353932&sort=RELEVANCIA&ordem=DESC&bases=acordao-LEGADO;DECISAO-LEGADO;RELACAO-LEGADO;ACORDAO-RELACAO-LEGADO;&highlight=&posiçãoDocumento=0&numDocumento=1&totalDocumentos=1. Acesso em: 7 mar. 2018.

BRASIL. Tribunal de Contas do Estado de São Paulo. Processo: TC-000144/989/13-4. Relator: Dimas Eduardo Ramalho. São Paulo, 6 mar. 2013. Disponível em: http://www4.tce.sp.gov.br/sites/default/files/epe-m-06-der-004-tc-000144-989-13-4.pdf. Acesso em: 10 mar. 2018.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. O controle judicial da concretização dos conceitos jurídicos indeterminados. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro*, n. 54, 2001.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil*. 17. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Juspodivum, 2015. v. 1.

ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNANDÉZ, Tomás-Ramón. *Curso de direito administrativo*. Tradução Arnaldo Setti. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1990.

FRANÇA, Vladimir da Rocha. Vinculação e discricionariedade nos atos administrativos. *Revista de Informação Legislativa*, v. 38. n. 151, jul./set. 2001. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/703>. Acesso em: 11 out. 2017.

GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos.* São Paulo: Dialética, 2009.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Pregão*: comentários à legislação do pregão comum e eletrônico. 6. ed. São Paulo: Dialética, 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 4. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1993.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MORAES, Germana de Oliveira. *Controle jurisdicional da Administração Pública*. São Paulo: Dialética, 1999.

Mandado de segurança - Concurso público - Requisito ilegal no edital - Naturalização - Aquisição do direito mediante atendimento aos requisitos constitucionais - Portaria dotada de eficácia meramente declaratória

- A aquisição do direito à naturalização dá-se com o atendimento dos requisitos identificados no texto constitucional (art. 12, II, *b*), sendo a portaria de reconhecimento da naturalização um ato meramente declaratório.

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 1.0000.16.041431-4/000 - Comarca de Pouso Alegre - Impetrante: Milana Toudvaseva Silva de Oliveira - Autoridade Coatora: Governador do Estado de Minas Gerais - Relator: DES. PEDRO BERNARDES

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 CONCEDER A ORDEM.

Belo Horizonte, 23 de abril de 2018. - Pedro Bernardes - Relator.

Notas taquigráficas

DES. PEDRO BERNARDES - Trata-se de Mandado de Segurança impetrado por Milana Toudvaseva Silva de Oliveira contra ato do Governador do Estado de Minas Gerais, no qual, em suas razões, em síntese, sustentou a impetrante que nasceu na Rússia, mudando-se para o Brasil em 1996; que recebeu o visto de permanente em 2009; que a impetrante preenche os requisitos constitucionais para a naturalização; que requereu sua naturalização em 2014, estando pendente o processo; que a impetrante realizou concurso público, tendo sido aprovada em 1º lugar; que a impetrante foi informada de que será negada sua posse, ao fundamento de que consta no edital a necessidade de que o empossado seja brasileiro nato ou naturalizado em tal momento; que a impetrante tomou todas as medidas cabíveis para acelerar o procedimento de sua naturalização, sem êxito; que o reconhecimento da naturalização é meramente declaratório; que a impetrante possui direito líquido e certo à sua nomeação e posse.

Teceu outras considerações, citou doutrina, jurisprudência e, ao final, requereu seja concedida a ordem para que seja nomeada no cargo público.

Determinada a emenda da petição inicial para suprir defeito formal (f. 209), sendo a medida cumprida a tempo e modo (f. 212/227).

Liminar deferida e gratuidade de justiça concedida (f. 229/231).

Interposição de agravo interno (f. 249/251-v), sendo-lhe negado provimento (f. 304/308).

Informações prestadas pelo Governador do Estado de Minas Gerais (f. 244/247-v).

Suscitado conflito de competência (f. 257/259), acolhido por maioria (f. 284/291).

Parecer da d. Procuradoria-Geral de Justiça pela concessão da ordem (f. 314/317).

Presentes os pressupostos processuais genéricos e específicos do mandado de segurança, bem como as condições da ação, conheço do presente *writ*.

Inexistentes preliminares, passa-se ao exame do mérito.

Mérito.

Trata-se de mandado de segurança impetrado contra ato concernente a negativa de nomeação da impetrante para o cargo público, sendo alegada a violação a direito líquido e certo à sua imediata nomeação e posse.

O mandado de segurança consiste em ação constitucional cujo objeto consiste na tutela de direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, violado por ilegalidade ou abuso de poder cometido por autoridade pública.

Depreende-se dos autos que a impetrante participou de concurso público, tendo sido aprovada em 1º lugar, sendo convocada de sua nomeação.

Todavia, tendo em vista disposição no edital que impõe como requisito para a posse no cargo público a comprovação da naturalização, a impetrante ajuizou a presente demanda de natureza preventiva, visando impedir mácula ao alegado direito líquido e certo.

A posse deveria ocorrer em 10 de junho de 2016, não tendo sido realizado o exame da liminar em razão da necessidade de emenda da inicial.

Todavia, tal circunstância não obsta o conhecimento da demanda, tenha ou não ocorrido a prorrogação do prazo de posse requerido pela impetrante, conforme orientação da jurisprudência:

Não obstante a inicial pretensão preventiva, por alegadas ilicitudes do PAD, a consumação do ato demissório transmuda a proteção em andamento para o fim repressivo, de afastar a demissão baseada em iguais fundamentos de ilegalidade (STJ, MS 14.589/DF, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Terceira Seção, j. em 8/10/2014, *DJe* de 16/10/2014).

Assentada tal premissa, tem-se que o Estatuto do Estrangeiro (Lei 6.815/80) expressamente dispõe em seu art. 121 que o preenchimento das condições legais não assegura ao estrangeiro o direito à naturalização.

Logo, a princípio, o ato de naturalização seria constitutivo, gerando efeitos tão-somente por força de sua concessão pelo Estado Brasileiro.

Entretanto, tal dispositivo legal é anterior à Constituição vigente.

Neste sentido, pertinente destacar que o Supremo Tribunal Federal, ao interpretar o art. 12, II, *b*, da Constituição Federal, assentou que a aquisição do direito à naturalização dá-se com o atendimento dos requisitos identificados no texto constitucional, sendo a portaria de reconhecimento da naturalização um ato meramente declaratório, conforme se infere de precedentes da Corte Constitucional:

> Agravo regimental em recurso extraordinário. 2. Concurso público. Estrangeiro. Naturalização. Art. 12, inciso II, alínea *b*, da Constituição Federal. Posse em cargo público efetivo. Possibilidade. Portaria do Ministro da Justiça que reconhece a naturalização. Expediente de natureza meramente formal com efeitos retroativos à data do requerimento da naturalização. Precedentes. 3. Agravo regimental a que se nega provimento (STF, RE 697154 AgR, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, j. em 30/10/2012, Processo Eletrônico *DJe*-228 divulg. em 20/11/2012, p. em 21/11/2012).
>
> O requerimento de aquisição da nacionalidade brasileira, previsto na alínea *b* do inciso II do art. 12 da Carta de Outubro, é suficiente para viabilizar a posse no cargo triunfalmente disputado mediante concurso público. Isto quando a pessoa requerente contar com quinze anos ininterruptos de residência fixa no Brasil, sem condenação penal. A Portaria de formal reconhecimento da naturalização, expedida pelo Ministro de Estado da Justiça, é de caráter meramente declaratório. Pelo que seus efeitos hão de retroagir à data do requerimento do interessado. Recurso extraordinário a que se nega provimento (STF, RE 264848, Rel. Min. Carlos Britto, Primeira Turma, j. em 29/6/2005, *DJ* de 14/10/2005, p. 00012, ement. v. 02209-3, p. 00489, RTJ v. 00196-01, p. 00325).

Portanto, tem-se que o art. 121 da Lei 6.815/80 não foi recepcionado pela Constituição Federal, de modo que se constata a ilegalidade na disposição do edital que exige a prova da naturalização no momento da posse, sendo suficiente para tal desiderato a mera comprovação de que o candidato preencheu todos os requisitos constitucionais para sua naturalização, tal como ocorrido na espécie.

Cumpre destacar que inexiste óbice ao controle judicial de validade do ato administrativo e especificamente do edital, conforme orientação da jurisprudência:

O controle do Poder Judiciário, em tema de concurso público, deve limitar-se à verificação da observância dos princípios da legalidade e da vinculação ao edital, em razão da discricionariedade da Administração Pública, que atua dentro do juízo de oportunidade e conveniência, na fixação dos critérios e normas editalícias, os quais deverão atender aos preceitos instituídos pela Constituição Federal de 1988, mormente o da vedação de adoção de critérios discriminatórios (STJ, RMS 53.495/SP, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, j. em 27/4/2017, *DJe* de 8/5/2017).

Neste esteio, não se tratando de hipótese de disposição lícita no edital, por evidente que seu teor não pode surtir efeitos válidos, de modo que inoponível à impetrante.

Resta mencionar que o impetrado alegou que a impetrante teria descumprido os requisitos para a naturalização, o que impediria sua nomeação no cargo público em questão.

Todavia, tais alegações não procedem, tanto que foi concedida a nacionalidade brasileira à impetrante no curso do feito, conforme comprova a publicação de f. 275 dos autos.

Portanto, deve ser reconhecido o direito líquido e certo da impetrante à nomeação e posse no cargo público em questão.

Inexistente condenação em honorários de sucumbência, nos termos do art. 25 da Lei 12.016/2009 e da Súmula nº 105 do STJ.

Com estas considerações, concedo a ordem para reconhecer, para os fins do concurso público em questão, o atendimento pela impetrante do requisito previsto no item 4.1, a do edital (f. 165/166), determinando a nomeação e posse da impetrante no cargo público, condicionada esta a prova dos demais requisitos previstos no edital.

Custas processuais isentas.

É como voto.

DES. EDGARD PENNA AMORIM - Acompanho o em. Relator, pois as razões de decidir deduzidas por S. Ex.ª, para alcançar a solução do caso concreto, revelam-se pertinentes, motivo por que peço licença para subscrever o voto.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES SANDRA FONSECA, WANDERLEY PAIVA, ESTEVÃO LUCCHESI, ÁUREA BRASIL, LUIZ ARTUR HILÁRIO, KILDARE CARVALHO, ANTÔNIO CARLOS CRUVINEL, CAETANO LEVI LOPES, AUDEBERT DELAGE, MOREIRA DINIZ, PAULO CÉZAR DIAS, EDILSON OLÍMPIO FERNANDES, ARMANDO FREIRE, DÁRCIO LOPARDI MENDES, ALBERTO VILAS BOAS, BEATRIZ PINHEIRO CAIRES, DOMINGOS COELHO e ELIAS CAMILO SOBRINHO.

Súmula - CONCEDERAM A ORDEM.

• • •

Mandado de segurança - Servidora pública - Cargo em comissão - Exoneração durante a gravidez - Indenização substitutiva - Cabimento - Segurança que se concede parcialmente *in casu*

- Conquanto se afeiçoe legítima a exoneração *ad nutum* de servidor ocupante de cargo em comissão em decorrência da precariedade do ato vinculativo, firmou-se a compreensão no sentido de que as servidoras públicas, independentemente da natureza do vínculo que tenham com a Administração, possuem direito à licença-maternidade e à estabilidade provisória, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto, consoante os termos dos arts. 7º, XVIII, da CF/88 e 10, II, *b*, do ADCT, sendo-lhes assegurado, em caso de dispensa, o direito à indenização correspondente às vantagens financeiras pelo período constitucional da estabilidade.

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 1.0000.17.084082-1/000 - Comarca de Belo Horizonte - Impetrante: Jordana Souza Cruz Almeida - Autoridade Coatora: Governador do Estado de Minas Gerais - Interessado: Estado de Minas Gerais - Relator: DES. BELIZÁRIO DE LACERDA

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 CONCEDER PARCIALMENTE A SEGURANÇA.

Belo Horizonte, 24 de maio de 2018. - *Belizário de Lacerda* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. BELIZÁRIO DE LACERDA - Vistos.

Cuida-se de mandado de segurança repressivo individual impetrado por Jordana Souza Cruz Almeida contra ato inquinado de abusivo e ilegal atribuído ao Exmo. Sr. Governador do Estado de Minas Gerais, consistente na dispensa da impetrante do cargo de Presidente da Fundação TV Minas - Cultural e Educativa.

Afirmou a impetrante que referida dispensa se revela abusiva e ilegal, haja vista que se encontra em estado gestacional e, por tal razão, possuiria direito à estabilidade provisória nos termos do art. 10, II, *b*, do Ato das Disposições Transitórias da Constituição da República, que dispõe sobre a proibição de dispensa arbitrária ou sem justa causa da empregada gestante, direito este que se estenderia também aos servidores públicos ocupantes de cargo em comissão.

Após deduzir os fundamentos de fato e de direito que justificam sua pretensão, pugnou a impetrante pela concessão de liminar para que seja determinada sua imediata reintegração ao cargo do qual foi indevidamente dispensada ou, alternativamente, seja imposto ao Estado de Minas Gerais o pagamento imediato de indenização substitutiva, no valor correspondente à remuneração que a impetrante auferia, acrescido dos reflexos e vantagens pecuniárias, computada a partir do ato de dispensa até o final do quinto mês após o parto.

Ao final, requereu seja declarada a nulidade do ato de dispensa, concedendo, em caráter definitivo, a segurança pretendida.

Por meio do despacho de ordem 19, determinei a intimação da impetrante para emendar a inicial e promover a juntada dos documentos comprobatórios da certeza e liquidez do direito alegado, sob pena de indeferimento da peça vestibular.

A impetrante atendeu ao despacho apresentando aditamento à inicial e juntando os documentos de ordem 21 e 24/25.

A liminar foi deferida para assegurar à impetrante os vencimentos e vantagens do cargo de Presidente da TV Minas - Cultural e Educativa, a serem suportados em forma de indenização substitutiva, desde a impetração até a decisão final ou até o quinto mês após o parto, caso ocorrido antes do julgamento do writ (doc. de ordem 29).

Noticiado o descumprimento da liminar (doc. de ordem 33); foi determinada a intimação do Estado de Minas Gerais para efetuar o pagamento relativo ao mês de outubro/2017, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, sob pena de bloqueio judicial da quantia (doc. de ordem 47).

Na sequência, a parte impetrada juntou o comprovante de depósito dos valores, em 21/11/2017, para demonstrar o pagamento das importâncias referentes à indenização substitutiva (doc. de ordem 49). Contudo, a impetrante se insurgiu em face da inobservância do prazo para cumprimento da decisão (doc. de ordem 51), e, por meio de despacho à ordem 52, foi indeferido o pedido de fixação de astreintes.

Em petição à ordem 53, a impetrante requereu fosse determinada a condenação ao pagamento de multa diária pelo descumprimento da liminar, bem como de medida compensatória pelo período em que deixou de perceber os valores. Para tanto, defendeu que a autoridade coatora não depositou os valores referentes às vantagens do cargo, assim como não recolheu o percentual relativo ao INSS.

O Exmo. Sr. Governador do Estado de Minas Gerais prestou informações, aduzindo, em síntese, "que a impetrante, ao ingressar no cargo político de Presidente de Fundação Pública, tinha conhecimento de que a natureza do cargo é política e estratégica, razão pela qual sua permanência no cargo está sujeita ao interesse do Governador, no sentido de manter o atendimento adequado a políticas públicas que envolvem as atividades da Fundação TV Minas"; argumentou que "a exoneração da impetrante ocorreu por interesse público, e, quando publicada, nem a Fundação TV Minas, nem a autoridade coatora, tinha conhecimento sobre seu estado gestacional, em especial porque naquela ocasião sua permanência na direção superior da Fundação TV Minas não era mais de interesse do Governador do Estado de Minas Gerais", sendo que "somente em 28 de agosto de 2017, dois dias após a exoneração, é que houve a notificação formal da impetrante sobre seu estado"; pugnou pela denegação da segurança (doc. de ordem 55).

Realizada conclusão do feito ao eminente Des. Edgard Penna Amorim nos termos do § 5º do art. 79 do RITJMG, S. Ex.ª indeferiu o pedido de ordem 53 por entender inexistir o alegado descumprimento do decisum, na medida em que a impetrante não faz jus ao recebimento do montante equivalente ao auxílio-refeição ou ao recolhimento do INSS (doc. de ordem 58).

A impetrante se manifestou novamente nos autos, alegando o descumprimento da liminar, ao fundamento de que não teria sido depositada a quantia correspondente à gratificação natalina (doc. de ordem 59).

O Estado de Minas Gerais prestou esclarecimentos por meio da petição de ordem 62.

Não evidenciado o descumprimento da liminar em relação ao pagamento da gratificação natalina, foi indeferido o pedido de fixação de multa cominatória e de bloqueio de verbas (doc. de ordem 66).

A douta Procuradoria-Geral de Justiça emitiu judicioso parecer por meio do qual opinou "pela concessão parcial da ordem, para que seja paga a indenização substitutiva em sua integralidade à impetrante" (doc. de ordem 68).

É o relatório, decido.

Conquanto se afeiçoe legítima a exoneração *ad nutum* de servidor ocupante de cargo em comissão em decorrência da precariedade do ato vinculativo, firmou-se a compreensão no sentido de que as servidoras públicas, independentemente da natureza do vínculo que tenham com a Administração, possuem direito à licença-maternidade e à estabilidade provisória, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto, consoante os termos dos arts. 7º, XVIII, da CF/88 e 10, II, *b*, do ADCT, sendo-lhes assegurado, em caso de dispensa, o direito à indenização correspondente às vantagens financeiras pelo período constitucional da estabilidade.

Nesse sentido, cito, como paradigma, o RE 634.093-AgR/DF, de relatoria do Ministro Celso de Mello, cuja ementa se transcreve:

> Servidora pública gestante ocupante de cargo em comissão. Estabilidade provisória (ADCT/88, art. 10, II, *b*). Convenção OIT nº 103/1952. Incorporação formal ao ordenamento positivo brasileiro (Decreto nº 58.821/66). Proteção à maternidade e ao nascituro. Desnecessidade de prévia comunicação do estado de gravidez ao órgão público competente. recurso de agravo improvido. - O acesso da servidora pública e da trabalhadora gestantes à estabilidade provisória, que se qualifica como inderrogável garantia social de índole constitucional, supõe a mera confirmação objetiva do estado fisiológico de gravidez, independentemente, quanto a este, de sua prévia comunicação ao órgão estatal competente ou, quando for o caso, ao empregador. Doutrina. Precedentes. - As gestantes - quer se trate de servidoras públicas, quer se cuide de trabalhadoras, qualquer que seja o regime jurídico a elas aplicável, não importando se de caráter administrativo ou de natureza contratual (CLT), mesmo aquelas ocupantes de cargo em comissão ou exercentes de função de confiança ou, ainda, as contratadas por prazo determinado, inclusive na hipótese prevista no inciso IX do art. 37 da Constituição, ou admitidas a título precário - têm direito público subjetivo à estabilidade provisória, desde a confirmação do estado fisiológico de gravidez até cinco (5) meses após o parto (ADCT, art. 10, II, *b*), e, também, à licença-maternidade de 120 dias (CF, art. 7º, XVIII, c/c o art. 39, § 3º), sendo-lhes preservada, em consequência, nesse período, a integridade do vínculo jurídico que as une à Administração Pública ou ao empregador, sem prejuízo da integral percepção do estipêndio funcional ou da remuneração laboral. Doutrina. Precedentes. Convenção OIT nº 103/1952. - Se sobrevier, no entanto, em referido período, dispensa arbitrária ou sem justa causa de que resulte a extinção do vínculo jurídico-administrativo ou da relação contratual da gestante (servidora pública ou trabalhadora), assistir-lhe-á o direito a uma indenização correspondente aos valores que receberia até cinco (5) meses após o parto, caso não ocorresse tal dispensa. Precedentes (STF, RE 634093 AgR, Rel.: Min. Celso de Mello, Segunda Turma, j. em 22/11/2011, Acórdão Eletrônico *DJe*-232, divulg. 6/12/2011, public. 7/12/2011, *RTJ* v. 219-01, p. 640, *RSJADV* jan. 2012, p. 44-47).

No mesmo diapasão colhem-se precedentes deste col. Órgão Especial:

> Mandado de segurança originário. Contrato temporário de trabalho. Exercício das funções de oficial de apoio classe D. Servidora em estado gravídico. Estabilidade provisória. Art. 7º, inciso XVIII, da CR/88 e art. 10, inciso II, B, do ADCT. Dispensa. Impossibilidade. Indenização substitutiva. Necessidade. Segurança concedida em parte. - Na esteira da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, independentemente do regime jurídico a que se encontre submetido o servidor público, a ele são conferidos os direitos sociais previstos no art. 7º da Carta Magna, estendidos pelo § 3º do art. 39, do mesmo diploma, prevendo-se ali o direito à licença-maternidade e à estabilidade provisória, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto, influxo do estabelecido no inciso II, alínea *b*, do art. 10, do ADCT. - Independentemente do encerramento do vínculo funcional com a Administração Pública, o estado gravídico da impetrante e a proteção constitucional que tal situação recebe, não poderia ter sido dispensada enquanto não transcorrido o prazo estabelecido alhures, por conta da estabilidade provisória e da licença-maternidade a que faz jus, mostrando-se necessária a concessão parcial da segurança para assegurar o direito líquido e certo violado. - Segurança concedida em parte (TJMG - Mandado de Segurança nº 1.0000.14.085619-6/000, Rel.ª Des.ª Mariângela Meyer, Órgão Especial, j. em 25/3/2015, publicação da súmula em 31/3/2015).

> Mandado de segurança. Servidora. Designação a título precário. Dispensa. Gravidez. Estabilidade provisória. Art. 10, II, *b*, do ADCT. Direito à indenização substitutiva desde a impetração do *writ* até cinco meses após o parto. Segurança parcialmente concedida. 1 - A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça pacificou-se no sentido de que a garantia da estabilidade provisória estende-se às servidoras públicas civis e às militares, independentemente do regime jurídico ao qual se submetem, ainda que de natureza precária, tendo em vista a preponderância da proteção constitucional à maternidade e ao nascituro sobre as normas infraconstitucionais atinentes ao regime jurídico dos servidores. 2 - Não obstante, a orientação jurisprudencial daqueles Sodalícios é no sentido de que, uma vez rompido o vínculo jurídico entre a servidora e a Administração pela dispensa arbitrária no período em que lhe é assegurada a estabilidade provisória, não tem a servidora direito à reintegração, mas sim à indenização substitutiva em valor equivalente ao que receberia desde a dispensa até cinco meses após o parto. 3 - A ação mandamental não produz efeitos patrimoniais em relação ao período anterior à impetração, que deve ser pleiteado na via ordinária, a teor do enunciado da Súmula nº 271, do Supremo Tribunal Federal (TJMG - Mandado de Segurança nº 1.0000.13.034043-3/000, Rel. Des. Bitencourt Marcondes, Órgão Especial, j. em 23/10/2013, p. em 8/11/2013).

Conforme se colhe dos autos, além de outros documentos a impetrante juntou atestado médico (doc. ordem 21), que dá conta de que já se encontrava grávida no momento de sua dispensa do cargo, razão pela qual faz jus à indenização substitutiva da estabilidade provisória.

Contudo, não se pode olvidar, a ação mandamental não produz efeitos patrimoniais em relação ao período anterior à impetração, o que deve ser pleiteado na via ordinária, a teor do enunciado da Súmula nº 271, do Supremo Tribunal Federal.

Assim e considerando que a impetrante fora dispensada em 26/8/2017, e a ação mandamental fora impetrada em 4/10/2017, as parcelas compreendidas entre a dispensa e o ajuizamento do *writ* devem ser reclamadas na via processual adequada.

Mediante tais fundamentos é que, confirmando a liminar, concedo parcialmente a segurança para assegurar à impetrante os vencimentos e vantagens do cargo de Presidente da TV Minas - Cultural e Educativa, a serem suportados em forma de indenização substitutiva, desde a impetração até o quinto mês após o parto.

Custas isentas.

Sem honorários.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores EDGARD PENNA AMORIM, PAULO CÉZAR DIAS, ARMANDO FREIRE, DÁRCIO LOPARDI MENDES, ALBERTO VILAS BOAS, LUIZ CARLOS GOMES DA MATA, SANDRA FONSECA, WANDERLEY PAIVA, ESTEVÃO LUCCHESI, ÁUREA BRASIL, LUIZ ARTUR HILÁRIO, ALEXANDRE SANTIAGO, MÁRCIA MILANEZ, WANDER MAROTTA, CAETANO LEVI LOPES, AUDEBERT DELAGE, BEATRIZ PINHEIRO CAIRES, TERESA CRISTINA DA CUNHA PEIXOTO e SALDANHA DA FONSECA,

Súmula - CONCEDER PARCIALMENTE A SEGURANÇA.

• • •

Enunciado 39

A cobrança judicial de honorários pelo advogado dativo não depende do esgotamento da via administrativa.

Órgão Julgador: Órgão Especial.
Data do Julgamento: 11/10/2017.
Data da Publicação/Fonte: *DJe* de 1/2/2018, 8/2/2018 e 11/4/2018.

Referências legislativas:
- Constituição Federal de 1988, art. 5º, XXXV;
- Constituição do Estado de Minas Gerais de 1989, art. 272;
- Lei Federal nº 8.906, de 5 de julho de 1994, art. 22, § 1º;
- Lei Estadual nº 13.166, de 20 de janeiro de 1999;
- Decreto Estadual nº 45.898, de 23 de janeiro de 2012.

Precedentes:
- Apelação Cível 1.0529.15.004951-6/001. Acórdão: 8/11/2016. Diário do Judiciário Eletrônico: 23/11/2016;
- Apelação Cível 1.0097.14.002053-4/001. Acórdão: 18/8/2016. Diário do Judiciário Eletrônico: 30/8/2016;
- Apelação Cível 1.0116.15.001861-6/001. Acórdão: 2/8/2016. Diário do Judiciário Eletrônico: 09/08/2016;
- Apelação Cível 1.0720.14.001171-2/001. Acórdão: 4/8/2016. Diário do Judiciário Eletrônico: 9/8/2016;
- Apelação Cível 1.0116.14.003637-1/001. Acórdão: 2/8/2016. Diário do Judiciário Eletrônico: 18/8/2016;
- Apelação Cível 1.0525.14.017549-4/001. Acórdão: 3/3/2016. Diário do Judiciário Eletrônico: 15/3/2016;
- Incidente de Uniformização de Jurisprudência 1.0515.13.001899-4/002. Acórdão: 4/11/2014. Diário do Judiciário Eletrônico: 14/11/2014.

Enunciado 40

As diferenças salariais decorrentes da conversão dos vencimentos dos servidores estaduais, de cruzeiro real para URV, respeitada a prescrição quinquenal, somente são devidas quando se apurar, por meio de perícia contábil, prejuízo na data do efetivo pagamento, desde que referente a meses anteriores à entrada em vigor do novo regime jurídico remuneratório.

Órgão Julgador: Órgão Especial.
Data do Julgamento: 25/10/2017.
Data da Publicação/Fonte: *DJe* de 1/2/2018, 8/2/2018 e 11/4/2018.

Referências legislativas:
- Constituição Federal de 1988, art. 22, VI, e art. 158;
- Lei Federal nº 8.880, de 27 de maio de 1994, art. 22;
- Lei Estadual nº 11. 510, de 7 de julho de 1994, art. 1º.

Precedentes:
- Apelação Cível 1.0024.07.595932-0/001. Acórdão: 24/1/2017. Diário do Judiciário Eletrônico: 31/1/2017;

- Apelação Cível 1.0024.08.171584-9/001. Acórdão: 27/9/2016. Diário do Judiciário Eletrônico: 7/10/2016;

- Apelação Cível 1.0024.07.761039-2/001. Acórdão: 2/5/2013. Diário do Judiciário Eletrônico: 15/5/2013;

- Apelação Cível/Reexame Necessário 1.0024.10.312484-8/001. Acórdão: 10/3/2016. Diário do Judiciário Eletrônico: 15/3/2016;

- Apelação Cível 1.0024.08.125429-4/003. Acórdão: 20/6/2013 – Diário do Judiciário Eletrônico: 28/6/2013;

- Apelação Cível 1.0024.11.005648-8/001. Acórdão: 16/7/2013 – Diário do Judiciário Eletrônico: 26/7/2013;

- Apelação Cível/Rem. Necessária 1.0024.09.587085-3/001. Acórdão: 29/10/2015 – Diário do Judiciário Eletrônico: 9/11/2015;

- Apelação Cível/Rem. Necessária 1.0352.09.053781-7/001. Acórdão: 6/10/2016 – Diário do Judiciário Eletrônico: 18/10/2016.

Enunciado 41
O servidor público municipal, quando licenciado para exercer mandato eletivo em diretoria de entidade sindical, possui direito à remuneração de seu cargo, excluídas as verbas indenizatórias, as vantagens eventuais e as vantagens decorrentes de condição excepcional do serviço.

Órgão Julgador: Órgão Especial.
Data do Julgamento: 8/11/2017.
Data da Publicação/Fonte: *DJe* de 12/4/2018, 19/4/2018 e 26/4/2018.

Referências legislativas:
- Constituição Federal de 1988, art. 37, VI;
- Constituição do Estado de Minas Gerais de 1989, art. 34.

Precedentes:
- Mandado de Segurança 1.0000.15.047549-9/000. Data de Julgamento 26/4/2016. Diário Judiciário Eletrônico: 6/5/2016;
- Mandado de Segurança 10000.14.095970-1/000. Data de Julgamento: 28/9/2016. Diário Judiciário Eletrônico: 7/10/2016.

Enunciado 42

A inscrição ou manutenção indevida em cadastro negativo de crédito e o protesto indevido de título caracterizam, por si sós, dano *in re ipsa*, o que implica responsabilização por danos morais.

Órgão Julgador: Órgão Especial.
Data do Julgamento: 8/11/2017.
Data da Publicação/Fonte: *DJe* de 10/5/2018, 17/5/2018 e 24/5/2018.

Referências legislativas:
- Lei Federal 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), art. 186, art. 187, art. 393, *caput*, e art. 927;
- Lei Federal 8078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), art. 6º, IV e VI, e art. 14, § 3º.

Precedentes:
- Apelação Cível 1.0145.12.082632-9/002. Acórdão: 20/4/2017. Diário do Judiciário Eletrônico: 3/5/2017;
- Apelação Cível 1.0702.13.003985-3/001. Acórdão: 11/4/2017. Diário do Judiciário Eletrônico: 19/4/2017;
- Apelação Cível 1.0372.15.000663-6/001. Acórdão: 16/3/2017. Diário do Judiciário Eletrônico: 27/3/2017;
- Apelação Cível 1.0672.09.410759-2/001. Acórdão: 9/3/2017. Diário do Judiciário Eletrônico: 27/3/2017;
- Apelação Cível 1.0079.14.019685-2/001. Acórdão: 9/3/2017. Diário do Judiciário Eletrônico: 17/3/2017;
- Apelação Cível 1.0024.10.012861-0/001. Acórdão: 7/2/2017. Diário do Judiciário Eletrônico: 17/2/2017;
- Apelação Cível 1.0145.13.069333-9/001. Acórdão: 26/5/2015. Diário do Judiciário Eletrônico: 15/2/2017;
- Apelação Cível 1.0384.13.008555-6/001. Acórdão: 8/10/2015. Diário do Judiciário Eletrônico: 20/10/2015;
- Apelação Cível 1.0518.13.014675-7/001. Acórdão: 18/8/2016. Diário do Judiciário Eletrônico: 23/8/2016;
- Apelação Cível/Rem. Necessária 1.0024.11.290807-4/001. Acórdão: 26/5/2015. Diário do Judiciário Eletrônico: 2/6/2015;
- Apelação Cível 1.0024.07.743563-4/001. Acórdão: 1/10/2014. Diário do Judiciário Eletrônico: 8/10/2014.

Enunciado 43

O servidor da Polícia Civil do Estado de Minas Gerais faz jus ao adicional noturno, nos termos do art. 39, § 3º, c/c art. 7º, inc. IX, da Constituição da República e do art. 10 da Lei Estadual n.º 10.745/92.

Órgão Julgador: Órgão Especial.
Data do Julgamento: 13/12/2017.
Data da Publicação/Fonte: *DJe* de 5/6/2018, 12/6/2018 e 19/6/2018.

Referências legislativas:
- Constituição Federal de 1988, art. 7º, IX, e art. 39, § 3º;
- Lei Estadual nº 10.745, de 25 de maio de 1992, art. 12.

Precedentes:

- Apelação Cível 1.0024.13.101424-3/001. Acórdão: 5/7/2016. Diário do Judiciário Eletrônico: 13/7/2016;

- Apelação Cível/Rem. Necessária 1.0024.13.250847-4/001. Acórdão: 23/5/2017 - Diário do Judiciário Eletrônico: 14/6/2017;

- Apelação Cível 1.0024.14.249666-0/001. Acórdão: 1/12/2016. Diário do Judiciário Eletrônico: 31/1/2017;

- Apelação Cível/Rem. Necessária 1.0024.13.232405-4/001. Acórdão: 22/9/2016. Diário do Judiciário Eletrônico: 27/9/2016;

- Apelação Cível / Rem. Necessária 1.0024.12.133104-5/001. Acórdão: 16/2/2017. Diário do Judiciário Eletrônico: 24/2/2017;

- Apelação Cível 1.0024.13.429553-4/001. Acórdão: 2/8/2016. Diário do Judiciário Eletrônico: 24/2/2017;

- Apelação Cível/Rem. Necessária 1.0024.14.120168-1/001. Acórdão: 21/3/2017. Diário do Judiciário Eletrônico: 27/3/2017;

- Reexame Necessário Cível. 1.0024.14.251058-5/001. Acórdão: 10/3/2016. Diário do Judiciário Eletrônico: 23/5/2016.

• • •

Apelação cível - Reponsabilidade civil - Teoria objetiva - Município de Juatuba - Ajuizamento equivocado de ação de execução fiscal - Publicização das informações - Violação ao direito da personalidade - Nome - Danos morais caracterizados - Quantificação

- A responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito público é, em regra, objetiva, conforme disciplinado pelo art. 37, § 6º, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

- Restando incontroverso, nos autos, o ajuizamento equivocado pela parte ré de ação de execução fiscal em desfavor do autor, há de ser reconhecida a prática de conduta antijurídica.

- Surgem os prejuízos extrapatrimoniais, em regra, da violação aos direitos da personalidade, tutelados juridicamente (imagem, nome, honra, integridade física, privacidade e outros), concretizando-se *in re ipsa*. Também se verifica a sua configuração quando a conduta antijurídica, dada a sua dimensão, é capaz de romper a paz, a rotina e a tranquilidade da vida da vítima, expondo-a a intenso sofrimento psíquico e emocional, situação esta que deve ser comprovada.

- O ajuizamento indevido de ação de execução fiscal gera danos morais indenizáveis, em virtude da violação do direito ao nome. Ainda que não tenha sido realizada constrição judicial de bens, tal fato não afasta, por si só, o dever indenizatório, servindo, quando muito, para a quantificação da reparação.

- Na mensuração do *quantum* reparatório por danos morais, deve o julgador se ater aos critérios de razoabilidade e da proporcionalidade, para que a medida não represente enriquecimento sem causa da parte que busca a indenização, bem como para que seja capaz de atingir seu caráter pedagógico, coibindo a prática reiterada da conduta lesiva por seu causador.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0407.15.000029-4/001 - Comarca de Mateus Leme - Apelante: Samuel José de Queiroz - Apelado: Município de Juatuba - Relatora: DES.ª ANA PAULA CAIXETA

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em DAR PROVIMENTO AO RECURSO DE APELAÇÃO.

Belo Horizonte, 28 de junho de 2018. - *Ana Paula Caixeta* - Relatora.

Notas taquigráficas

DES.ª ANA PAULA CAIXETA - Cuida-se de recurso de apelação interposto contra a sentença de f. 31/36, proferida pelo MM. Juiz de Direito da 2ª Vara da Comarca de Mateus Leme, Dr. Eudas Botelho, que, nos autos da ação de indenização por danos morais ajuizada por Samuel José de Queiroz em desfavor do Município de Juatuba, julgou improcedente o pedido inicial. O autor foi condenado ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios de sucumbência, arbitrados em R$700,00 (setecentos reais), cuja exigibilidade de recolhimento restou suspensa, por estar amparado pelos benefícios da justiça gratuita.

Em suas razões recursais de f. 38/40, o autor, doravante denominado apelante, afirmou que "foi incluído indevidamente em uma ação de execução de um terreno que nunca lhe pertenceu (processo de ampla pesquisa - público), fato este reconhecido pela ré"; que "não há [...] que se falar em mero dissabor, mas em verdadeiro dano moral".

Regularmente intimado, o réu, doravante denominado apelado, trouxe as contrarrazões recursais de f. 43/49.

Desnecessária a remessa dos autos à douta Procuradoria-Geral de Justiça.

Conheço do recurso de apelação, porquanto presentes os seus pressupostos de admissibilidade.

Relatou o apelante, em sua petição inicial, que, em pesquisa ao sistema informatizado deste Egrégio Tribunal de Justiça, foi surpreendido com a notícia de que existia, contra si, Ação de Execução Fiscal nº 0407.13.006835-3, ajuizada pelo apelado. Narrou que "o imóvel que supostamente gerara a retromencionada dívida nunca pertenceu ao autor, e o mesmo sequer residira no endereço declinado pela ré em sua inicial". Ponderou que o referido fato lhe causou transtornos, pois "sempre procurou honrar com seus compromissos, sendo seu bom nome seu bem maior"; que "é uma pessoa simples e o simples fato de seu nome (ter sido) maculado pela ré já seria suficiente para gerar o dever de indenizar".

Lado outro, o apelado defendeu, em essência, a ausência dos elementos caracterizadores da responsabilidade civil.

A responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito público é, em regra, objetiva, conforme disciplinado pelo art. 37, § 6º, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988:

> Art. 37. [...].
>
> [...]
>
> § 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Em idêntico sentido, o disposto no art. 43 do Código Civil:

> Art. 43. As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo.

Exige-se, assim, para o surgimento do dever indenizatório/reparatório, a configuração conjunta dos seguintes requisitos legais: a) conduta antijurídica estatal; b) dano moral e/ou patrimonial; c) nexo de causalidade.

A responsabilidade civil, objetiva que é, prescinde, para a sua perfeita caracterização, da demonstração do elemento subjetivo, qual seja a culpa, em seu sentido lato (dolo, negligência, imperícia, imprudência). Em tais casos, o ônus da prova é invertido, vale dizer, ao ente público compete provar a existência de uma das causas de exclusão da responsabilidade, como a culpa exclusiva da vítima, o caso fortuito ou a força maior.

Sobre o tema ensina Diógenes Gasparini:

> Sabe-se que a responsabilidade civil do Estado, instituída nesse dispositivo constitucional, é a do risco administrativo ou objetiva, dado que a culpa ou dolo só foi exigida em relação ao agente causador direto do dano. Quanto às pessoas jurídicas de Direito Público (União, Estado-Membro, Distrito Federal, Município, autarquia, fundação pública) e às de Direito Privado prestadoras de serviços públicos (concessionários, permissionários), nenhuma exigência dessa natureza foi feita. Logo, essas pessoas respondem independentemente de terem agido com dolo ou culpa, isto é, objetivamente (GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 913).

Contudo, a adoção da responsabilidade objetiva pela Constituição da República não conduz ao entendimento de que a pessoa jurídica de direito público esteja obrigada a indenizar todo e qualquer dano, sendo dever da pessoa que alega ter suportado prejuízos, em razão de ato daquela, provar a ocorrência dos fatos constitutivos do seu direito, quais sejam o dano efetivo e o nexo causal.

Ensina José dos Santos Carvalho Filho: "O fato de ser o Estado sujeito à teoria da responsabilidade objetiva não vai ao extremo de lhe ser atribuído o dever de reparação de prejuízos em razão de tudo que acontece no meio social" (CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo.* 5. ed. Lumen Juris, 1999. p. 390).

Pois bem. Na hipótese dos autos, restou incontroversa a conduta antijurídica praticada pelo apelado, relativa ao ajuizamento indevido de ação de execução fiscal em face do apelante, para cobrança de IPTU, mesmo não sendo ele o proprietário do imóvel descrito na Certidão de Dívida Ativa, cuja cópia foi acostada à f. 7.

Tanto assim, que o próprio apelado confessou o erro cometido em sua contestação, como se nota da passagem a seguir transcrita (f. 19): "Certo é que já foi peticionado nos autos da Execução Fiscal de nº 0407.13.006835-3, requerendo sua extinção por inconsistência cadastral e o setor tributário do Município foi devidamente cientificado".

O equívoco é evidenciado, também, quando observado o documento de f. 9, por meio do qual é possível verificar que o imóvel, gerador do débito tributário, nunca esteve registrado em nome do apelante.

No que toca aos danos morais, surgem os ditos prejuízos, em regra, da violação aos direitos da personalidade, tutelados juridicamente (imagem, nome, honra, integridade física, privacidade e outros), concretizando-se *in re ipsa*. Também se verifica a sua configuração quando a conduta antijurídica, dada a sua dimensão, é capaz de romper a paz, a rotina e a tranquilidade da vida da vítima, expondo-a a intenso sofrimento psíquico e emocional, situação esta que deve ser comprovada.

Sobre o tema, o seguinte julgado do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

Agravo regimental no agravo em recurso especial (art. 544 do CPC). Ação condenatória. Danos patrimoniais e morais decorrentes de saque indevido de numerário depositado em conta poupança. Instâncias ordinárias que julgaram parcialmente procedente o pedido, apenas no que concerne à indenização pelos prejuízos de ordem patrimonial. Decisão monocrática não acolhendo o reclamo.
Insurgência do autor.Agravo regimental provido.

Pretensão condenatória deduzida por titular de conta poupança, tendo em vista a realização de saques indevidos de numerário lá depositado. Instâncias ordinárias que julgaram parcialmente procedentes os pedidos, condenando a instituição financeira ré ao ressarcimento somente dos danos patrimoniais.

1. Ofensa ao art. 557 do Código de Processo Civil. O agravo, nos termos do art. 544 do diploma instrumental, é apreciado pelo Relator, que tomará uma das providências elencadas nos incisos e parágrafos do citado artigo. Outrossim, conforme sólida jurisprudência desta Corte, a reapreciação do reclamo pelo órgão colegiado, em sede de agravo regimental, supre eventual nulidade.

2. Insurgência quanto ao afastamento da tese de negativa de prestação jurisdicional e no que toca à aplicação da Súmula 7/STJ.

Impositivo o conhecimento do agravo (art. 544 do CPC), a fim de que se examine, de plano, o próprio apelo extremo.

2.1 Ausência de violação ao art. 535 do Código de Processo Civil, pois o acórdão recorrido encontra-se devida e suficientemente fundamentado, tendo enfrentado todas as questões necessárias à solução da controvérsia.

2.2 O dano extrapatrimonial, mais do que o simples efeito de lesão, é aquele que incide sobre objetos próprios, sobre bens da vida autônomos, consistindo em gênero, no qual haverá espécies.

Segundo desenvolvimento doutrinário, a par das lesões a direitos da personalidade (imagem, honra, privacidade, integridade física), o que se pode denominar de dano moral objetivo e, ainda, que ensejam um prejuízo a partir da simples violação da proteção a eles conferida, surgem situações outras, que, embora não atinjam diretamente tal complexo de direitos, também consubstanciam dano extrapatrimonial passível de compensação, por se relacionarem com um mal sofrido pela pessoa em sua subjetividade, em sua intimidade psíquica, sujeita a dor ou sofrimento intransferíveis, que o ato ilícito ou antijurídico veio a subverter.

Enquanto a primeira categoria traduz um dano aferível de plano, com a mera lesão a um direito de personalidade, a segunda pressupõe uma maior investigação do caso concreto, a fim de que sejam examinadas as suas peculiaridades e, ao final, de definir se aquela determinada hipótese fática e suas repercussões e desdobramentos, embora não tenham atingido um direito de personalidade, ultrapassaram o que se entende por mero aborrecimento e incômodo, alcançando sobremodo a integridade psíquica do sujeito.

É sob a ótica desta segunda categoria - danos morais subjetivos, os quais reclamam uma análise mais pormenorizada das circunstâncias do caso concreto -, que deve ser procedido o exame acerca do reconhecimento ou não de dano extrapatrimonial passível de compensação em hipóteses como a dos autos - saque indevido de numerário depositado em conta poupança.

2.3 A análise do enquadramento jurídico dos fatos expressamente mencionados no acórdão impugnado não constitui simples reexame probatório, mormente quando, em um juízo sumário, for possível visualizar primo *icto oculi* que a tese articulada no apelo nobre não retrata rediscussão de fato e nem interpretação de cláusulas contratuais, senão da própria qualificação jurídica dos fatos já apurados e consignados nas decisões proferidas pelas instâncias ordinárias.

> 2.4 Na hipótese dos autos, diversamente do que compreendido pelas instâncias ordinárias, as circunstâncias que envolveram o caso são suficientes à caracterização do dano moral. O autor somente está vendo restituído o seu dinheiro, indevidamente retirado de sua conta poupança, após ter intentado uma ação judicial que obrigou a instituição financeira a recompor os depósitos. Evidente que essa circunstância vai muito além de um mero dissabor, transtorno ou aborrecimento corriqueiro, não sendo admissível compreender que o intento e longo acompanhamento de uma demanda judicial, único instrumento capaz de refazer seu patrimônio e compelir a ré a proceder à reparação, seja acontecimento normal, comum no cotidiano de qualquer indivíduo.
>
> 3. Agravo regimental provido, a fim de conhecer do agravo (art. 544 do CPC) para, de plano, uma vez superada a preliminar de negativa de prestação jurisdicional, dar provimento ao recurso especial, reconhecendo a configuração do dano moral na hipótese (AgRg no AREsp 395.426/DF, Rel. Ministro Antônio Carlos Ferreira, Rel. p/ Acórdão Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, j. em 15/10/2015, *DJe* de 17/12/2015).

No caso em apreço, encontra-se demonstrado o prejuízo extrapatrimonial, uma vez que o apelante foi considerado, irregularmente, como devedor de tributo, tendo sido o seu nome incluído nos cadastros da dívida ativa.

Além do mais, o apelado promoveu o ajuizamento de ação de execução fiscal contra o apelante, tendo sido a existência dos autos publicizada pelas informações lançadas nos sistemas deste Egrégio Tribunal de Justiça, acessíveis a terceiros, mediante simples consulta, em sua página na internet.

Sobre o tema, confiram-se os seguintes julgados desta Superior Instância Mineira:

> Apelação cível. Indenização. Ajuizamento de execução fiscal em face de contribuinte. Homônimo. CPF incorreto. Bloqueio de valores em conta bancária. Dano moral configurado. Dever de indenizar. Responsabilidade objetiva. Art. 37, § 6º, da CR/88. - A responsabilidade civil, consubstanciada no dever de indenizar o dano sofrido por outrem, provém do ato ilícito, caracterizando-se pela violação da ordem jurídica com ofensa ao direito alheio e lesão ao respectivo titular, conforme a regra expressa dos artigos 186 e 927 do Código Civil. - O dano moral alcança valores ideais, não apenas a dor física ou o reflexo patrimonial. Repita-se, há duas diretrizes que merecem especial destaque: a finalidade da sanção reparatória, não no sentido de pena, mas, para que o ato abusivo não se repita, e a finalidade da reparação moral, que visa não à restauração do patrimônio da vítima, mas apenas proporcionar-lhe uma indenização compensatória pela lesão sofrida. - Cabia à Fazenda Pública a devida cautela, no que se refere à averiguação dos dados dos contribuintes antes de buscar satisfazer sua pretensão junto ao Poder Judiciário, por meio de determinação de penhora, pelo que resta caracterizada a responsabilidade civil do ente público em indenizar o lesionado (TJMG - Apelação Cível nº 1.0558.15.001583-9/001, Relator: Des. Dárcio Lopardi Mendes, 4ª Câmara Cível, j. em 5/4/2018, p. em 11/4/2018).
>
> Apelação cível. Preliminar. Competência juizado especial. Afastada. Indenização. Responsabilidade civil do estado. IPVA. Crédito fiscal inexistente. Indicação equivocada do contribuinte. Inscrição e cobrança indevidas. Falha do agente estatal. Penhora irregular de valores. Realizada. Dano moral configurado. Dever de indenizar. As ações nas quais se discute apenas responsabilidade civil por cobrança indevida de IPTU não são de competência do Juizado Especial da Fazenda Pública por não constar a referida matéria no rol do art. 8° da Resolução n° 700/2012. Patenteada a responsabilidade civil do Estado pela prática de conduta ilícita de seus agentes decorrente de realização de inscrição em dívida ativa e propositura de execução fiscal indevidas com consequente penhora de valores, de rigor o pagamento de indenização

> a título de danos morais. Os transtornos, constrangimentos, humilhação e dor experimentados pelo contribuinte são presumidos e devem ser reparados (TJMG - Apelação Cível nº 1.0693.12.011021-0/001, Relatora: Des.ª Ângela de Lourdes Rodrigues, 8ª Câmara Cível, j. em 1º/3/2018, p. em 12/3/2018).

Houve, sim, violação ao nome do apelante, verdadeiro atributo da personalidade, o que gera o dano anímico. Insta salientar, nesta passagem, a lição de Flávio Tartuce sobre os direitos da personalidade e a inserção do nome dentre eles:

> Pelos conceitos transcritos, observa-se que os direitos da personalidade têm por objeto os modos de ser, físicos ou morais do indivíduo. O que se busca proteger com tais direitos são os atributos específicos da personalidade, sendo esta a qualidade do ente considerado pessoa. Em síntese, pode-se afirmar que os direitos da personalidade são aqueles inerentes à pessoa e à sua dignidade (art. 1º, III, da CF/1988).
>
> [...]
>
> Didaticamente, é interessante associar os direitos da personalidade com cinco grandes ícones, colocados em prol da pessoa no atual Código Civil e visualizados a seguir:
>
> a) Vida e integridade físico-psíquica, estando o segundo conceito inserido no primeiro, por uma questão lógica.
>
> b) Nome da pessoa natural ou jurídica, com proteção específica constante entre os arts. 16 a 19 do CC, bem como na lei de Registros Públicos (Lei nº 6.015/1973).
>
> c) Imagem, classificada em imagem-retrato - reprodução corpórea da imagem, representada pela fisionomia de alguém; e imagem-atributo - soma de qualificações de alguém ou repercussão social da imagem.
>
> d) Honra, com repercussões físico-psíquicas, subclassificada em honra subjetiva (autoestima) e honra objetiva (repercussão social da honra).
>
> e) Intimidade, sendo certo que a vida privada da pessoa natural é inviolável, conforme previsão expressa do art. 5º, X, da CF/1988: 'são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação' (TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil*. 2. ed. São Paulo: Editora Método, 2012 p. 87/88).

Ainda que não tenha recaído constrição em seus bens, tal fato não afasta, por si só, o dever indenizatório, servindo, quando muito, para a quantificação da reparação.

Resta, agora, o arbitramento da aludida indenização. Na mensuração do *quantum* reparatório por danos morais, deve o Julgador se ater aos critérios de razoabilidade e da proporcionalidade, para que a medida não represente enriquecimento sem causa da parte que busca a indenização, bem como para que seja capaz de atingir seu caráter pedagógico, coibindo a prática reiterada da conduta lesiva por seu causador.

A respeito do tema, colhe-se a lição de Rui Stoco:

> Assim, tal paga em dinheiro deve representar para a vítima uma satisfação, igualmente moral, ou seja, psicológica, capaz de neutralizar ou 'anestesiar' em alguma parte o sofrimento impingido.
>
> A eficácia da contrapartida pecuniária está na aptidão para proporcionar tal satisfação em justa medida, de modo que tampouco signifique um enriquecimento sem causa da vítima, mas está também em produzir no causador do mal impacto bastante para dissuadi-lo de igual e novo atentado.

> [...]
>
> O estabelecimento do *quantum debeatur* deve ser entregue ao prudente arbítrio do Juiz, ante a falta de parâmetros, salvo aqueles estabelecidos expressamente pela Legislação de Regência (STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil*. 6. ed. Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 1.683/1.684).

Para a quantificação, deve ser verificada, ainda, a regra trazida pelo art. 944 do Código Civil, segundo a qual "a indenização mede-se pela extensão do dano".

Nessa perspectiva, sopesadas todas as circunstâncias específicas que envolveram o caso em questão, parece-me que a importância de R$3.000,00 (três mil reais) revela-se suficiente a indenizar os danos morais sofridos pelo apelante.

Diante do exposto, dou provimento ao recurso de apelação e, via de consequência, julgo parcialmente procedente o pedido inicial, para condenar o apelado ao pagamento de indenização por danos morais ao apelante, no valor de R$3.000,00 (três mil reais), que deverá ser corrigido monetariamente, a partir desta data, pelo IPCA-E, acrescido de juros de mora, nos termos do art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com redação dada pela Lei nº 11.960/09, contados da data do evento danoso, que estabeleço como o dia do ajuizamento da ação de execução fiscal nº 0407.13.006835-3.

Nos moldes da Súmula nº 326 do Colendo Superior Tribunal de Justiça, condeno o apelado ao pagamento dos honorários advocatícios de sucumbência, que arbitro, já considerada a atuação recursal, em 15% (quinze por cento) do valor atualizado da condenação.

O apelado está isento do recolhimento das custas processuais.

Votaram de acordo com a Relatora os DESEMBARGADORES RENATO DRESCH e KILDARE CARVALHO.

Súmula - DERAM PROVIMENTO AO RECURSO DE APELAÇÃO.

Apelação cível - Ação de indenização por danos materiais e morais - Queda - Via pública - Buraco - Ausência de cuidados necessários à conservação e sinalização - Responsabilidade objetiva - Teoria do risco administrativo - Danos materiais - Indenização paga extrajudicialmente - Não comprovação de gastos acima do valor pago - Danos morais comprovados - Sentença reformada em parte - Recurso parcialmente provido

- Nos termos do art. 37, § 6º, da Constituição da República, a responsabilidade do Estado é objetiva, sob a modalidade do risco administrativo, respondendo as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos pelos danos que seus agentes, nessa condição, causarem a terceiros, sendo, para tanto, suficiente a prova do nexo de causalidade entre o ato praticado e o dano dele advindo, e desnecessária a comprovação da culpa.

- As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos respondem por danos decorrentes de queda de cidadão em via pública, em razão da conduta omissiva relativa à manutenção/reparo de buraco, mormente quando não comprovada a existência de causa excludente de responsabilidade, como a culpa exclusiva da vítima ou concorrente, o caso fortuito ou a força maior.

- Comprovado o pagamento de indenização na esfera extrajudicial pelos danos materiais, e não tendo sido demonstrado que o valor pago foi insuficiente para cobrir os gastos, inocorre dever de complementação de tal valor.

- Deve ser reformada a sentença que não condenou a pessoa jurídica responsável ao pagamento da indenização, a título de danos morais.

- A quantificação do dano moral deve dar-se com prudente arbítrio, para que não haja enriquecimento à custa do empobrecimento alheio, tampouco atribuição em valor irrisório.

- O valor da indenização por danos morais imposta contra a Fazenda Pública deve ser corrigido monetariamente nos termos da tabela da Corregedoria-Geral de Justiça, a contar da data do arbitramento, acrescido de juros moratórios "equivalentes aos índices oficiais de remuneração básica e juros aplicáveis à caderneta de poupança", nos termos do art. 1º-F da Lei federal nº 9.494/97, com redação dada pela Lei federal nº 11.960/09, a partir da data do evento danoso.

V.v.: Apelação cível. Ação de indenização por danos materiais e morais. Queda. Via pública. Buraco. Responsabilidade subjetiva. Danos materiais. Indenização paga extrajudicialmente. Não comprovação de gastos acima do valor pago. Danos morais comprovados. Sentença reformada em parte. Recurso parcialmente provido.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0334.13.000048-5/001 - Comarca de Itapajipe - Apelante: Cacilda Ferreira

Carneiro - Apelado: Companhia de Saneamento de Minas Gerais - Copasa - Relator: DES. MOACYR LOBATO

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em DAR PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO, VENCIDOS, PARCIALMENTE, O SEGUNDO E O QUARTO VOGAIS.

Belo Horizonte, 28 de junho de 2018. - *Moacyr Lobato* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. MOACYR LOBATO - Trata-se de recurso de apelação cível interposto por Cacilda Ferreira Carneiro contra a sentença de f. 104/106-v. proferida pelo MM. Juiz de Direito da Vara Única da Comarca de Itapajipe, que, nos autos da ação de indenização por danos materiais e morais, ajuizada em desfavor da Companhia de Saneamento de Minas Gerais (Copasa - MG), julgou improcedentes os pedidos iniciais, condenando a autora ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios sucumbenciais fixados em 10% (dez por cento) do valor atualizado da causa, suspensa a exigibilidade, por litigar sob o pálio da gratuidade da justiça.

Em suas razões (f. 104/106-v.), a autora/ apelante sustenta, em síntese, a necessidade de reforma da sentença, ao fundamento de que estariam comprovados os danos materiais e morais, razão pela qual faria jus à indenização correspondente. Ao final, pugna pelo provimento do recurso.

Contrarrazões pelo não provimento do recurso apresentadas às f. 116/120.

Recurso próprio e tempestivo, ausente o preparo em face da gratuidade da justiça.

Passo a decidir.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

Colhe-se dos autos que a autora/apelante ajuizou esta demanda indenizatória alegando que, no dia 18/1/2011, trafegava de bicicleta pela Rua Dezessete, Centro, em frente ao nº 760, no Município de Itapajipe/MG, quando caiu em um buraco provocado pelo estouro de um cano de água, sem que houvesse qualquer sinalização no local, ensejando sua queda, resultando em lesões, sendo encaminhada a um dos postos de saúde do Município, sendo constatadas lesões em sua face, notadamente ferimento intenso em mucosa jugal do lábio inferior com afundamento no maxilar com lesões, fratura alveolar que vai do assoalho do selo maxilar do lado direito acima do ápice do dente 15 até adontoma terço do dente 12, sendo necessária a realização de cirurgia. Relata que teve que permanecer por mais 3 (três) meses afastada do seu trabalho e que se deslocou por diversas vezes para cidades vizinhas para realizar seus tratamentos, uma vez que o valor pago pela ré/apelada extrajudicialmente foi insuficiente para custear todas as despesas. Afirmou que remanescem despesas em razão do tratamento, no importe de R$1.832,90 (um mil oitocentos e trinta e dois reais e noventa centavos), devendo ser indenizada por tais danos materiais, além dos danos morais sofridos.

Validamente citada, a ré/apelada apresentou a contestação de f. 38/46, afirmando que já teria efetuado extrajudicialmente o pagamento da indenização dos danos materiais sofridos pela autora/apelada, não tendo outros sido comprovados, e que não houve dano moral passível de indenização.

Impugnada a contestação às f. 51/54, e colhida a prova oral, foi proferida a sentença que julgou improcedentes os pedidos iniciais.

Essa a decisão guerreada.

Cinge-se a controvérsia recursal a apurar se restaram configurados os elementos caracterizadores da responsabilidade da ré/apelada por eventuais danos materiais e morais sofridos pela autora/apelante em decorrência dos fatos descritos na inicial.

Como se sabe, para a configuração do dever de indenizar, necessária a comprovação da presença dos requisitos da responsabilidade civil, quais sejam: o dano sofrido, o ato ilícito que resultou no dano e o nexo de causalidade entre o ato e o dano decorrente.

Nos termos do art. 37, § 6º, da Constituição da República:

> Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, o seguinte:
>
> [...]
>
> § 6º As pessoas jurídicas de direito público e as pessoas de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Ante a citada norma, possível perceber que a hipótese dos autos reclama a adoção da teoria da responsabilidade objetiva em relação à ré/apelada, sociedade de economia mista do Estado de Minas Gerais, segundo a qual o dever de indenizar decorre da demonstração do fato administrativo, do dano e do nexo de causalidade; contudo, a responsabilidade objetiva do Estado foi adotada pela ótica do risco administrativo, o que afasta a teoria do risco integral, segundo o qual a responsabilidade sempre seria objetiva, independentemente das circunstâncias.

> A marca característica da responsabilidade objetiva é a desnecessidade de o lesado pela conduta estatal provar a existência da culpa do agente ou do serviço. O fator culpa, então, fica desconsiderado como pressuposto da responsabilidade objetiva. Para configurar-se esse tipo de responsabilidade, bastam três pressupostos. O primeiro deles é a ocorrência do fato administrativo, assim considerado como qualquer forma de conduta, comissiva ou omissiva, legítima ou ilegítima, singular ou coletiva, atribuída ao Poder Público. Ainda que o agente estatal atue fora de suas funções, mas a pretexto de exercê-las, o fato é tido como administrativo, no mínimo pela má escolha do agente (culpa *in eligendo*) ou pela má fiscalização de sua conduta (culpa *in vigilando*). O segundo pressuposto é o dano. Já vimos que não há falar em responsabilidade civil sem que a conduta haja provocado um dano. Não importa a natureza do dano: tanto é indenizável o dano patrimonial como o dano moral. Logicamente, se o dito lesado não prova que a conduta estatal lhe causou prejuízo, nenhuma reparação terá a postular. O último pressuposto é o nexo causal (ou relação de causalidade) entre o fato administrativo e o dano. Significa dizer que ao lesado cabe apenas demonstrar que o prejuízo sofrido se originou da conduta estatal, sem qualquer consideração

> sobre o dolo ou a culpa. Se o dano decorre de fato que, de modo algum, pode ser imputado à Administração, não se poderá imputar responsabilidade civil a esta; inexistindo o fato administrativo, não haverá, por consequência, o nexo causal. Essa é a razão por que não se pode responsabilizar o Estado por todos os danos sofridos pelos indivíduos, principalmente quando decorrem de fato de terceiro ou de ação da própria vítima.
>
> [...]
>
> No risco administrativo, não há responsabilidade civil genérica e indiscriminada: se houver participação total ou parcial do lesado para o dano, o Estado não será responsável no primeiro caso e, no segundo, terá atenuação no que concerne a sua obrigação de indenizar. Por conseguinte, a responsabilidade civil decorrente do risco administrativo encontra limites.
>
> [...]
>
> A questão relativa à prova leva, primeiramente, em conta a defesa do Estado na ação movida pelo lesado. Diante dos pressupostos da responsabilidade objetiva, ao Estado só cabe defender-se provando a inexistência do fato administrativo, a inexistência de dano ou a ausência do nexo causal entre o fato e o dano. Mas há ainda outro fator que merece ser analisado. A pretensão formulada pelo indivíduo para obter do Estado a reparação de prejuízos atenua em muito o princípio de que o ônus da prova incumbe a quem alega (*onus probandi incumbit ei que dicit, non qui negat*). Se o autor da ação alega a existência do fato, o dano e o nexo de causalidade entre um e outro, cabe ao Estado-réu a contraprova sobre tais alegações (CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 24. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 516, 523, 525).

Consoante a norma acima mencionada, resulta ser a responsabilidade do Estado objetiva, deflagrada mediante a teoria do risco administrativo, segundo o qual a Administração Pública responde pelos danos que seus agentes causarem a terceiros, devendo haver demonstração do nexo de causalidade entre o ato praticado e o dano dali decorrente, independentemente da comprovação da ocorrência de culpa.

Diante de tal cenário normativo, importante destacar que a responsabilidade do estado é sempre objetiva, independentemente de se tratar de ato comissivo ou omissivo, só podendo ser afastada diante da comprovação de que o resultado decorreu de fato de terceiro ou de ação da própria vítima, de caso fortuito ou de força maior.

Nesses termos, reportando-me às provas produzidas nos autos, extrai-se que a pretensão indenizatória formulada pela autora/apelante está ancorada em evento compreendido pelo acidente causado por queda sofrida em razão da existência de buraco provocado por um cano de água estourado da ré/apelada, não dotado dos cuidados e proteção necessários à sua conservação e de sinalização de defeito.

Da análise do conjunto probatório, em especial os depoimentos testemunhais, infere-se que a queda sofrida pela autora/apelante no local indicado na inicial restou incontroversa, bem como a existência do buraco aberto sem qualquer sinalização, fato, aliás, incontroverso.

A par disso infere-se que os danos sofridos restaram comprovados pelos laudos e demais documentos médicos (f. 21/25), dando conta de que, em virtude da queda, a autora/apelante teve diversas lesões na face.

Vale dizer que o nexo causal entre os danos físicos sofridos pela vítima e o acidente mostra-se incontroverso.

Diante desse quadro, há de se reconhecer a responsabilidade da ré/apelada em indenizar a autora/apelante, por lhe ter causado o evento danoso descrito na peça vestibular, uma vez comprovado o nexo de causalidade entre a conduta do agente público e o dano suportado pela vítima.

No que concerne aos danos morais, estes são evidentes e não contemplam meros aborrecimentos ou dissabores, mesmo porque se consubstanciam na própria angústia e preocupação no momento do acidente e suas consequências, justificando o dever de indenizar.

A prova do dano moral, em situações como a dos presentes autos, reclama simples demonstração do ato ilícito.

Sobre a matéria, pertinente a transcrição doutrinária de Carlos Alberto Bittar:

> Na concepção moderna da teoria de reparação de danos morais, prevalece, de início, a orientação de que a responsabilização do agente se opera por força do simples fato da violação. Com isto, verificado o evento danoso, surge *ipso facto* a necessidade de reparação, uma vez que presentes os pressupostos de direito (BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação civil por danos morais*. Ed. RT, 1993. p. 202).

Por conseguinte, restando induvidoso o dano moral, passa-se à análise do *quantum* indenizatório.

A quantificação do dano moral deve dar-se com prudente arbítrio, para que não haja enriquecimento à custa do empobrecimento alheio, mas também para que o valor não seja irrisório.

Referentemente à fixação dos danos morais, Caio Mário da Silva Pereira leciona:

> O problema de sua reparação deve ser posto em termos de que a reparação do dano moral, a par do caráter punitivo imposto ao agente, tem de assumir sentido compensatório. Sem a noção de equivalência, que é própria da indenização do dano material, corresponderá à função compensatória pelo que tiver sofrido. Somente assumindo uma concepção desta ordem é que se compreenderá que o direito positivo estabelece o princípio da reparação do dano moral. A isso é de se acrescer que na reparação do dano moral insere-se uma atitude de solidariedade à vítima (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. 6. ed. Forense, 1995. p. 60).

Destarte, atento aos critérios da indenização por danos morais e à vedação do enriquecimento sem causa da vítima e levando-se em consideração as peculiaridades do caso concreto, hei por bem arbitrar o valor em R$15.000,00 (quinze mil reais), por se mostrar capaz de propiciar à vítima satisfação compensadora pelos dissabores que passou.

Quanto aos consectários legais, cumpre observar que, a partir da vigência da Lei federal nº 11.960/2009, em todas as condenações impostas à Fazenda Pública, independentemente de sua natureza, a correção monetária e os juros de mora incidiriam uma única vez, até o efetivo pagamento, segundo os índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança.

Contudo, o Supremo Tribunal Federal, nos autos da ADI 4357/DF, declarou a inconstitucionalidade por arrastamento de parte do art. 5º da Lei federal nº 11.960/2009, ao entendimento de que os índices da caderneta de poupança não corrigem a inflação, não podendo ser utilizados para fins de incidência da correção

monetária, razão pela qual a correção monetária deverá observar os índices da Tabela da CGJ, desde a data do arbitramento da indenização.

Cumpre ressaltar que a modulação dos efeitos da referida decisão, no sentido de que fosse "mantida a aplicação do índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança (TR), nos termos da Emenda Constitucional nº 62/2009, até 25/3/2015, data após a qual (i) os créditos em precatórios deverão ser corrigidos pelo Índice de Preços ao Consumidor Amplo Especial (IPCA - E) [...]", aplica-se apenas aos precatórios, e não aos processos de conhecimento.

No que tange aos juros de mora, em se tratando de indenização por danos morais, os mesmos devem ter incidência segundo as disposições do art. 1º-F da Lei federal nº 9.494/1997, com a redação que lhe atribuiu a Lei federal nº 11.960/2009, a partir da data do evento danoso.

Por fim, quanto aos danos materiais, considerando que houve o pagamento extrajudicial, não tendo a autora/apelante comprovado que tal valor pago foi insuficiente para cobrir as despesas que teve, a improcedência quanto a tal pedido era mesmo medida que se impunha.

Mediante tais considerações, dou provimento parcial ao recurso, reformando a sentença para julgar parcialmente procedentes os pedidos iniciais, condenando a ré/apelada a pagar à autora indenização pelos danos morais no importe de R$15.000,00 (quinze mil reais), corrigidos monetariamente pela Tabela da CGJ a contar da data do arbitramento, incidentes juros de mora desde a data do evento danoso até o efetivo pagamento, segundo os índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança, nos termos do art. 1º-F da Lei federal nº 9.494/1997, com a redação que lhe foi dada pela Lei federal nº 11.960/2009, mantendo, quanto ao mais, a sentença.

Diante do novo resultado da lide e dada a sucumbência mínima da autora/apelante, inverto os ônus sucumbenciais e condeno a ré/apelada ao pagamento das custas, inclusive recursais, e honorários advocatícios sucumbenciais de 10% (dez por cento) do valor atualizado da condenação, os quais majoro, em grau recursal, para 15 (quinze por cento) do valor atualizado da condenação, nos termos do art. 85, § 11, do CPC.

DES. LUÍS CARLOS GAMBOGI - Peço vênia ao eminente Relator, Des. Moacyr Lobato, por vislumbrar que a hipótese deve ser examinada sob o prisma da responsabilidade subjetiva e por entender prudente a redução do dano moral verificado.

A Constituição da República, além da conduta comissiva, cobre a hipótese da conduta omissiva, havendo que se ressaltar a possibilidade de responsabilização subjetiva do Estado, por omissão ou pela má prestação do serviço (*faute du service*). Para esclarecê-la, valiosa é a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello:

> Responsabilidade subjetiva é a obrigação de indenizar que incumbe a alguém em razão de um procedimento contrário ao Direito - culposo ou doloso - consistente em causar um dano a outrem ou em deixar de impedi-lo quando obrigado a isto. Em face dos princípios publicísticos não é necessária a identificação de uma culpa individual para deflagrar-se a responsabilidade do Estado. Esta noção civilista é ultrapassada pela ideia denominada de *faute du service* entre os franceses. Ocorre a culpa do serviço ou 'falta de serviço' quando este não funciona, devendo funcionar, funciona mal ou funciona atrasado. Esta é a tríplice modalidade pela qual se apresenta e nela se traduz um elo entre a responsabilidade tradicional do Direito Civil e a responsabilidade objetiva (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 992).

Não obstante polêmica a posição sugerida pelo mestre Celso Antônio, a partir de seu ensinamento, minha interpretação caminha na direção de que é juridicamente possível a adoção da teoria da responsabilidade subjetiva do Estado, por omissão ou pela má prestação do serviço (*faute du service*), por meio da qual se passa a exigir a prova da conduta antijurídica ou ilícita, culposa ou danosa, do nexo causal e do dano.

Esclarecidas as diretrizes para a configuração do dever de indenizar, passa-se à análise do *quantum* indenizatório.

A pretensão indenizatória formulada pela autora/apelante está ancorada em evento compreendido pelo acidente causado por queda sofrida em razão da existência de buraco provocado por um cano de água estourado da ré/apelada, não dotado dos cuidados e proteção necessários à sua conservação e sinalização de defeito.

Na hipótese, os danos sofridos ficaram comprovados pelos laudos e demais documentos médicos (f. 21/25), dando conta de que, em virtude da queda, a autora/apelante teve diversas lesões na face.

Segundo Sérgio Cavalieri Filho, o "dano moral, à luz da Constituição vigente, nada mais é do que agressão à dignidade humana" e explica:

> [...] só deve ser reputado como dano moral a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar. Mero aborrecimento, dissabor, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada estão fora da órbita do dano moral, porquanto, além de fazerem parte da normalidade do nosso dia a dia, no trabalho, no trânsito, entre os amigos e até no ambiente familiar, tais situações não são intensas e duradouras, a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo. Se assim não se entender, acabaremos por banalizar o dano moral, ensejando ações judiciais em busca de indenizações pelos mais triviais aborrecimentos. [...] (CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 93).

Carlos Roberto Gonçalves, ao conceituar o dano moral assevera que:

> Dano moral é o que atinge o ofendido como pessoa, não lesando seu patrimônio. É lesão de bem que integra os direitos da personalidade, como a honra, a dignidade, intimidade, a imagem, o bom nome, etc., como se infere dos art. 1º, III, e 5º, V e X, da Constituição Federal, e que acarreta ao lesado dor, sofrimento, tristeza, vexame e humilhação (GONCALVES, 2009, p. 359).

Assim, constitui dano moral a lesão decorrente do sentimento de dor, humilhação, sofrimento físico ou espiritual, que impingem tristezas, preocupações ou angústias, que afetam o psicológico do ofendido, servindo a indenização como forma de compensar a lesão sofrida.

Destaque-se que tal prejuízo de natureza moral deve suplantar os meros aborrecimentos aos quais todas as pessoas estão sujeitas, em razão de fatos corriqueiros e atinentes à vida em sociedade e que, por conseguinte, são incapazes de ocasionar dano passível de ressarcimento.

No que tange ao *quantum* relativo aos danos morais, entendo que devem ser arbitrados à luz do cânone da proporcionalidade, em que há relação de causalidade entre meio e fim, entre a ofensa e os objetivos da exemplaridade, e não, da razoabilidade, aplicável quando há conflito entre a norma geral e a norma individual concreta, entre o critério e a medida.

No presente caso, inolvidáveis os sentimentos de dor e humilhação suportados pela parte, a qual, em face da desídia da ré, sofreu acidente de certa gravidade, que lhe causou diversos ferimentos.

Nesse cenário, estou em que o valor da indenização deve ser fixado em R$10.000,00 (dez mil reais), montante que, a meu sentir, revela-se suficiente para amenizar o sofrimento suportado pela recorrida, sem se mostrar exorbitante ou insignificante.

Assim, também dou provimento parcial ao recurso, para reformar a sentença e julgar parcialmente procedentes os pedidos iniciais, condenando a ré/apelada a pagar à autora indenização pelos danos morais no importe de R$10.000,00 (dez mil reais), ressaltando tratar-se de aplicação da responsabilidade subjetiva.

É como voto.

DES. WANDER MAROTTA - De acordo com o Relator.

DES. CARLOS LEVENHAGEN - Acompanho a divergência parcial, *data venia*.

DES.ª ÁUREA BRASIL - De acordo com o Relator.

Súmula - DERAM PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO, VENCIDOS, PARCIALMENTE, O SEGUNDO E O QUARTO VOGAIS.

• • •

Apelação - Ação de obrigação de fazer - Contrato - Plano de saúde - Rescisão unilateral pela operadora - Notificação feita - Oportunidade de migração - Valores diversos - Previsibilidade - Contrato individual

- Se a autora não pode contratar o plano individual por ser mais oneroso, isso não leva ao reconhecimento de eventual ilegalidade por parte do plano de saúde porque não pode ele manter os valores e condições do plano de saúde coletivo, quando da migração ao plano individual, porque há evidente modificação do regime e tipo de contratação oferecidos.

V.v. - Apelação - Obrigação de fazer - Anulatória de rescisão contratual c/c pedido liminar - Preliminar de ilegitimidade passiva - Rejeitado - Sentença reformada.

- Não há que se falar em distinção entre as empresas, tendo em vista que o logotipo "Unimed" induz à conclusão de tratarem de empreendimentos pertencentes ao mesmo grupo econômico. A extinção do contrato deve ser acompanhada da garantia ao segurado da possibilidade de migração para outro plano, mantendo-se as condições equivalentes àquelas relativas ao plano cancelado, sem a perda do prazo de carência, nos termos previstos pela Resolução nº 19/99 do Conselho Nacional de Saúde Suplementar. Inexiste comprovação de que à apelante foi facultada a contratação de plano individual, com iguais condições ao anterior, para continuar a usufruir dos serviços, sem a necessidade de observar qualquer período de carência, o que inviabiliza a extinção do vínculo contratual, na forma pretendida pela empresa apelada.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0363.15.000223-8/001 - Comarca de João Pinheiro - Apelante: Dalva Batista Ferreira - Apelado: Unimed Belo Horizonte Cooperativa de Trabalho Médico Ltda. - Relator: DES. NEWTON TEIXEIRA CARVALHO – Relator para o acórdão: DES. ALBERTO HENRIQUE

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 13ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, por maioria, em NEGAR PROVIMENTO, VENCIDO O D. RELATOR.

Belo Horizonte, 28 de junho de 2018. - *Newton Teixeira Carvalho* - Relator. *Alberto Henrique* - Relator para o acórdão.

Notas taquigráficas

DES. NEWTON TEIXEIRA CARVALHO - Trata-se de apelação, com pedido de efeito suspensivo, interposto por Dalva Batista Ferreira, contra sentença (f. 211/214) proferida nos autos da ação de obrigação de fazer c/c anulatória de rescisão contratual c/c pedido liminar, ajuizada em desfavor de Unimed, indeferitória dos pedidos da apelante, nos seguintes termos:

> Ante o exposto, julgo improcedentes os pedidos, extinguindo o processo com resolução de mérito, nos termos do art. 487, inciso I, do Código de Processo Civil. Condeno a requerente ao pagamento de custas e honorários advocatícios, os quais fixo em 10% (dez por cento) sobre o valor da causa atualizado,

> tomando-se em consideração os parâmetros do art. 85, § 2°. No entanto, suspendo a exigibilidade de pagamento, em face da gratuidade judiciária concedida no momento. [...].

A apelante pleiteia a atribuição do efeito suspensivo ao recurso, com deferimento da liminar, sob o argumento de que a apelada já efetuou a suspensão/cancelamento quanto à vigência do plano de saúde (discutido nos autos em epígrafe) e, conforme documento anexo, é portadora de HAS e DM, de difícil controle, inclusive com retinopatia diabética, com amputação de pé direito devido a complicações de diabetes. Necessita de assistência médica regular e contínua.

Afirmou que, em setembro de 2014, a Unimed notificou a Associação Comercial Empresarial Industrial e Agropecuária de João Pinheiro - MG da rescisão contratual do Plano de Saúde Coletivo Empresarial, a partir da data de 30 de novembro de 2014, de forma unilateral, e ofereceu a migração para planos individuais e/ou familiares, porém com abrangência diferente e tabela de preços extremamente onerosos e diversos do plano anterior, a impedir a continuidade dos tratamentos.

Afirma a parte apelante que o relatório médico, anexado aos autos, mostrou a necessidade dela de continuar com o plano de saúde, em razão da gravidade do caso, nas mesmas condições do plano anterior.

Liminar deferida às f. 280/282, suspendendo os efeitos da sentença, até julgamento deste recurso.

O apelado apresentou contrarrazões, às f. 261/268, alegando, preliminarmente, ilegitimidade passiva e carência de ação e, no mérito, pugna pela manutenção da sentença.

Relatado no essencial. Decidimos.

Conhecemos do recurso, visto que tempestivo e regularmente processado.

Preliminar.

A empresa apelada Unimed - BH Cooperativa de Trabalho Médico alegou, preliminarmente, a ilegitimidade passiva e afirmou que a apelante não possui vínculo contratual com a parte apelada.

Analisando detidamente os autos, especificadamente o contrato firmado entre as partes, percebe-se que ele foi celebrado juntamente com a Empresa Central Nacional Unimed - Cooperativa Central (f. 27).

Contudo, não há falar em distinção entre as empresas, tendo em vista que o logotipo "Unimed" induz à conclusão de serem empresas pertencentes ao mesmo grupo econômico.

Nesse sentido:

> Apelação cível. Ação declaratória c/c indenizatória. Preliminar de ilegitimidade passiva. Rejeição. Negativação indevida. Dano moral presumido. *Quantum*. Majoração. Admissibilidade. Caráter pedagógico da condenação. Honorários advocatícios. Critérios de fixação. - Pertencendo a empresa administradora de cartão de crédito ao mesmo grupo econômico do banco réu, tem este legitimidade passiva para responder pelos eventuais danos causados aos consumidores. A inscrição indevida em serviço de proteção ao crédito configura dano moral presumido, que prescinde de prova. Conquanto o arbitramento do valor da indenização por dano moral seja de livre arbítrio do julgador, admite-se a sua majoração visando atender ao caráter punitivo-pedagógico da condenação, tendo em vista as condições econômicas do ofensor, desde que não implique enriquecimento sem causa do ofendido. Consoante preconizado no art. 20, § 3º, do CPC/73, os honorários advocatícios devem ser fixados entre o mínimo de dez por cento e o

> máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação, atendidos os critérios estabelecidos no mesmo dispositivo legal (TJMG - Apelação Cível 1.0086.12.001832-9/001, Rel. Des. José de Carvalho Barbosa, 13ª Câmara Cível, j. em 8/2/2018, p. em 23/2/2018).

Assim, afasto a preliminar arguida.

Mérito.

Cinge-se a controvérsia a averiguar a legalidade ou não da rescisão unilateral do contrato do plano de saúde, mediante prévia notificação e oferta de migração dos beneficiários para planos com característica diversa do plano anterior.

Inicialmente, verifica-se que a natureza da relação jurídica negocial constituída entre as partes é de consumo, pois os contratantes se enquadram nos conceitos de consumidor e fornecedor, conforme preceituam os art. 2º e 3º, ambos do Código de Defesa do Consumidor.

Nesse sentido, aliás, dispõe o Enunciado nº 469 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça, que não faz qualquer distinção entre os contratos de fornecimento de planos de saúde coletivos ou individuais: "Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde".

De fato, especificamente quanto aos contratos coletivos, o preceito normativo supracitado não apresenta solução específica. A regulamentação adequada, aliás, ficou a cargo da Resolução ANS nº 195/2009, senão vejamos:

> Art. 17. As condições de rescisão do contrato ou de suspensão de cobertura, nos planos privados de assistência à saúde coletivos por adesão ou empresarial, devem também constar do contrato celebrado entre as partes.
>
> Parágrafo único. Os contratos de planos privados de assistência à saúde coletivos por adesão ou empresarial somente poderão ser rescindidos imotivadamente após a vigência do período de doze meses e mediante prévia notificação da outra parte com antecedência mínima de sessenta dias.

Percebe-se, portanto, que existe a possibilidade de rescisão unilateral imotivada por parte dos planos privados coletivos de assistência à saúde, após a vigência do período de 12 (doze) meses e mediante prévia notificação da outra parte, com antecedência mínima de 60 (sessenta) dias.

Não obstante, a extinção do contrato deve ser acompanhada da garantia ao segurado da possibilidade de migração para outro plano, mantendo-se as condições equivalentes àquelas relativas ao plano cancelado, sem a perda do prazo de carência, nos termos previstos pela Resolução nº 19/99 do Conselho Nacional de Saúde Suplementar:

> Art. 1º As operadoras de planos ou seguros de assistência à saúde, que administram ou operam planos coletivos empresariais ou por adesão para empresas que concedem esse benefício a seus empregados, ou ex-empregados, deverão disponibilizar plano ou seguro de assistência à saúde na modalidade individual ou familiar ao universo de beneficiários, no caso de cancelamento desse benefício, sem necessidade de cumprimento de novos prazos de carência.

Também nesse sentido os princípios do Código de Defesa do Consumidor asseguram aos consumidores a continuidade dos serviços de assistência à saúde, mesmo em se tratando de contrato coletivo, sem necessidade de cumprimento de novos prazos de carência.

Dessa forma, havendo rescisão unilateral do plano de saúde, surge a obrigação legal de disponibilizar aos beneficiários um plano individual ou familiar, sem a necessidade de cumprimento de novos prazos de carência, a fim de atender às necessidades dos segurados e de possibilitar a continuidade de eventuais tratamentos médicos.

Nesse sentido, já se manifestou este Tribunal de Justiça:

> Civil. Consumidor. Plano de saúde coletivo. Rescisão unilateral pela operadora. Possibilidade. Art. 13, parágrafo único, II, da Lei nº 9.656/98. Inaplicabilidade. Migração para plano individual. Garantia a ser assegurada pela operadora. Ausência. Beneficiária em tratamento de grave enfermidade. Manutenção do plano. Cabimento. - 1. Conforme orientação jurisprudencial consolidada pelo Superior Tribunal de Justiça, admite-se a resilição unilateral de contrato coletivo de plano de saúde, imotivadamente, após a vigência do período de 12 meses e mediante prévia notificação da outra parte, tendo em vista que a norma do art. 13, II, *b*, parágrafo único, da Lei nº 9.656/98 se aplica exclusivamente a contratos individuais ou familiares. 2. Entretanto, em tais casos, 'as operadoras de planos ou seguros de assistência à saúde, que administram ou operam planos coletivos empresariais ou por adesão para empresas que concedem esse benefício a seus empregados, ou ex-empregados, deverão disponibilizar plano ou seguro de assistência à saúde na modalidade individual ou familiar ao universo de beneficiários, no caso de cancelamento desse benefício, sem necessidade de cumprimento de novos prazos de carência', conforme estabelece o art. 1º da Resolução nº 19 do Conselho de Saúde - CONSU. 3. Inviabilizando-se a migração pela circunstância de que a operadora não comercializa plano individual de saúde, ela deve ser compelida a manter ativa a atual contratação, notadamente na hipótese em que a beneficiária esteja em tratamento de grave enfermidade, além de ser idosa, sendo que a rescisão abrupta do plano poderia lhe causar nefastos e irreparáveis danos (Apelação Cível nº 1.0000.16.052123-3/002, Rel. Des. Cabral da Silva, p. em 5/5/2017).

No caso em exame, ainda que a comunicação da rescisão unilateral, por parte da requerida, tenha se efetivado após a vigência do período de 12 (doze) meses e que tal situação esteja prevista nas condições gerais do contrato coletivo empresarial, firmado entre as partes, inexiste nos autos comprovação de que à apelante foi facultada a contratação de plano individual, com iguais condições ao anterior, para continuar a usufruir dos serviços, sem a necessidade de observar qualquer período de carência, o que inviabiliza a extinção do vínculo contratual na forma pretendida pela empresa apelada.

Deve-se ressaltar, ainda, que a apelante e beneficiária é pessoa idosa, necessitando de tratamento terapêutico continuado, indispensável à preservação de sua saúde e vida, direitos esses fundamentais assegurados pela Constituição Federal.

A interpretação da apelada, de que não pode ser obrigada a manter um contrato, bastando, para rescisão da avença, o simples encaminhamento de prévia notificação, a bem da verdade, viola a Constituição, o Código de Defesa do Consumidor, o Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/2003) e os princípios da dignidade humana, da função social do contrato, da boa-fé objetiva e da vedação ao abuso do poder econômico, mormente se considerarmos que, no caso vertente, o contrato permaneceu em vigor durante mais de 16 (dezesseis) anos.

Cláudia Lima Marques e Cristiano Heineck Schmitt, em "Visões sobre os planos de saúde privada e o Código de Defesa do Consumidor", Revista dos Tribunais, p. 68, ensinam sobre o tema:

> Não pode haver privilégios de rescisão extrajudicial neste tipo de contrato cativo de longa duração, em que o consumidor pagou durante anos à seguradora e agora vê seu inadimplemento punido pelo fim imediato do vínculo. Não pode haver reabertura das carências, por abusiva. As normas da lei nova tentaram resolver o problema, mas parece-me que a prática do mercado continua a mesma, a necessitar um controle mais efetivo da ANS sobre o tema. Não se pode negar que haja direito subjetivo a desvincular-se de qualquer contrato, por inadimplemento do parceiro contratual, mas também não se pode negar que o exercício deste direito não é absoluto e em alguns casos concretos pode e é abusivo e contrário aos princípios da confiança e boa-fé. Este abuso ocorre especialmente nos contratos cativos de longa duração que envolvam transferência de riscos futuros, como os de planos e a previdência privada, pois o fim do vínculo é uma grande perda das expectativas levantadas, especialmente em contratos coletivos que unem milhares de pessoas representadas por apenas um cocontratante. A nova lei parece indicar que há direito de rescisão unilateral em contratos coletivos, o que seria um grande retrocesso para os consumidores e há de se aplicar a já mencionada norma do art. 54, § 3º, que só permite cláusulas alternativas à escolha do consumidor em contratos de adesão, como os aqui em análise.

Dessa forma, emerge inegável que, sem a cobertura, com a qual se encontra protegida a apelante, e sem a comprovação da oferta de plano individual, sem carência, nas condições equivalentes àquelas aplicáveis ao plano cancelado, deve ser modificada a sentença que considerou legal a rescisão, nos moldes em que procedeu a apelada.

Pelo exposto, damos provimento ao recurso, para reformar a sentença para julgar procedente o pedido inicial para anular a rescisão contratual e manter a autora no plano de saúde, com condições equivalentes ao contrato objeto desta lide.

Em face do provimento deste recurso, invertemos e majoramos os honorários arbitrados na sentença para 20% (vinte por cento) sobre o valor da causa atualizado, em consonância com o disposto nos termos do art. 85, § 2º, inciso I, c/c § 11, corrigidos monetariamente, com incidência de juros de mora, a partir do trânsito em julgado desta decisão, na forma do art. 85, § 16, do Código de Processo Civil.

DES. ALBERTO HENRIQUE - Sr. Presidente. Sr. Relator.

Divirjo do douto Relator após verificar ter o plano de saúde notificado a autora sobre a rescisão unilateral do contrato coletivo, possibilitando a migração para plano individual.

Se a autora não pode contratar o plano individual por ser mais oneroso, isso não leva ao reconhecimento de eventual ilegalidade por parte do plano de saúde porque não pode ele manter os valores e condições do plano de saúde coletivo, quando da migração ao plano individual, porque há evidente modificação do regime e tipo de contratação oferecidos. O plano individual, por suas características, é mais oneroso, como ressaltou o MM. Juiz na sentença.

Diante disso, nego provimento ao apelo para manter a sentença de improcedência do pedido por não vislumbrar nenhuma ilegalidade na conduta do plano de saúde.

DES. LUIZ CARLOS GOMES DA MATA - Acompanho a divergência instaurada pelo douto Desembargador 1º Vogal e, igualmente, nego provimento ao apelo.

DES. ROGÉRIO MEDEIROS - Peço vênia ao douto Relator, para aderir à divergência instalada pelo eminente 1º Vogal, tendo em vista que, segundo entendimento do STJ, a migração de beneficiário de plano de saúde coletivo empresarial extinto para plano individual ou familiar não enseja a manutenção dos valores das mensalidades previstos no plano primitivo, conforme REsp 1.471.569/RJ.

DES. JOSÉ DE CARVALHO BARBOSA - Peço vênia ao em. Relator, Des. Newton Teixeira Carvalho, para acompanhar a divergência apresentada pelo em. 1° Vogal, Des. Alberto Henrique, nos termos do seu judicioso voto.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO, VENCIDO O RELATOR.

• • •

Constitucional - Administrativo - Ação cominatória - Matrícula em creche infantil próxima à residência da parte autora - Vagas preenchidas por meio de ordem cronológica - Acesso à educação - Direito subjetivo público - Sentença confirmada

- Sob a ótica da maioria da 1ª Câmara Cível e com ressalva da posição jurídica do relator, incumbe ao Município concretizar o direito de criança ao ingresso em creche/unidade de educação próxima à sua residência, em atenção às regras dos arts. 205 e 208 da Constituição Federal, e arts. 4º e 53, V, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0183.17.000236-8/002 - Comarca de Conselheiro Lafaiete - Apelante: Município de Conselheiro Lafaiete - Apelados: Menor representado p/ mãe T.E.F.J. - Relator: DES. ALBERTO VILAS BOAS

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em NEGAR PROVIMENTO AO APELO, E, EM REEXAME NECESSÁRIO, CONFIRMAR A SENTENÇA.

Belo Horizonte, 26 de junho de 2018. - *Alberto Vilas Boas* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. ALBERTO VILAS BOAS - Conheço do recurso e, de ofício, submeto a sentença ao reexame necessário (art. 496, CPC).

1 - A espécie em julgamento.

Cuida-se de ação ordinária ajuizada por H.G.F.J., representado pela mãe T.E.F.J., em desfavor do Município de Conselheiro Lafaiete, objetivando a inclusão do menor em creche infantil próxima a sua residência, pois a genitora precisa trabalhar e não possui renda para arcar com escola particular. Segundo a narrativa constante da inicial, o autor, nascido em dezembro de 2014, a despeito de sua inscrição no sistema de ensino municipal, continua a aguardar vaga, sendo certo que sua mãe trabalha 44 horas semanais e não tem condições de pagar alguém para os cuidados ou uma creche particular. O Município respondeu que o infante se encontra na 37ª colocação, aguardando vaga na instituição escolhida por sua mãe, sendo certo que as demais estão lotadas. Deferida a tutela de urgência (f. 52/53), o Município contestou o pedido e alegou tratar-se de política pública de caráter discricionário, que não pode haver ingerência do Poder Judiciário e que tem envidado esforços para ampliar o atendimento da educação infantil.

Após regular contraditório, sobreveio a sentença na qual o Juiz *a quo* julgou procedente o pedido (f. 101/108).

Inconformado, o Município de Conselheiro Lafaiete sustenta que a política pública é algo que é realizado de forma gradativa; que a universalização da educação infantil de zero a três anos encontra-se na esfera

discricionária do Administrador e que, ao Poder Judiciário, cabe somente a análise de legalidade do ato administrativo, e não a esfera do mérito administrativo no que concerne às políticas públicas.

Argumenta que, em Conselheiro Lafaiete, não há ilegalidade a ser pronunciada, pois não há como atender à demanda existente. Afirmou que está envidando esforços para a construção de outras creches, e deve obedecer à Lei Municipal nº 5.705/2014, que regulamenta a oferta de vagas e estabelece o critério de ordem cronológica de inscrição em lista de espera.

Invoca a Resolução da Secretaria Municipal de Educação, criada para estabelecer controle do atendimento da demanda, a Lei Federal nº 13.005/2014, que aprovou o Plano Nacional de Educação, e defende que a inexistência de vagas na rede municipal não pode ser atribuída à sua omissão ou inércia.

Enfatiza, com fundamento no princípio da reserva do possível, que não está obrigado a oferecer atendimento à totalidade das crianças entre zero e seis anos de idade, que não tem recursos bastantes para arcar com toda a demanda, que enfrenta difícil situação financeira. Pede, subsidiariamente, a redução da multa fixada.

2 - Mérito.

Registro que, em diversas demandas desta natureza, decidia, com fundamento nas diretrizes estabelecidas pela Administração que permeiam o processo de distribuição de vagas, pela impossibilidade de compelir o Município a matricular criança em determinada creche, por constituir violação ao princípio da isonomia, quando se observava que outros interessados não puderam ser igualmente atendidos.

Destacavam, em tais hipóteses, as informações geralmente prestadas pela Administração Pública, a existência de leis e resoluções que demonstravam a existência de critérios rígidos e objetivos de distribuição das vagas.

Salientava que a concessão das pretensões, na forma de ação cominatória ou de mandado de segurança, acabava por implicar que a instituição de ensino tivesse número de alunos superior ao permitido ou que um aluno contemplado com a vaga fosse compelido a se retirar, o que violava a isonomia e a razoabilidade.

Com base nessas considerações e tendo como norte a regra da isonomia, negava a possibilidade de burla do sistema e reformava as sentenças que determinavam a matrícula em creche a despeito do não sorteio da criança, ou de seu posicionamento como excedente em determinada unidade.

Entretanto, é preciso observar que tenho ficado vencido em julgamentos desta natureza, e, por conseguinte, prevalece, nesta 1ª Câmara Cível, o entendimento segundo o qual é dever do Município propiciar o atendimento a todas as crianças, como direito público subjetivo, independentemente de sorteio de vagas e/ou ordem cronológica de inscrição, conforme ocorre no Município de Conselheiro Lafaiete.

Assim ocorreu no julgamento da apelação n. 1.0024.13.293347-4/002, de relatoria do Des. Armando Freire, que contou com a seguinte ementa:

> Reexame necessário. Apelação cível. Ação civil pública. Matrícula em UMEI (Unidades Municipais de Educação Infantil) próxima à residência dos menores. Art. 54, inciso IV, do Estatuto da Criança e do Adolescente. Art. 205, 208, IV, e 227, da CR/88. Abertura de novas turmas. Possibilidade. Reserva do possível. Inaplicabilidade. Período integral. Obrigatoriedade. Sentença confirmada. Procedência da ação.

Confirma-se a sentença que determinou a matrícula dos infantes mediante a abertura de novas turmas nas Unidades Municipais de Educação Infantil, em consonância com as disposições do art. 54, inciso IV, da Lei

8.069/90 e do art. 205 da CR/88, para que as crianças tenham garantido o direito fundamental de acesso à educação infantil. Diante das particularidades do caso concreto, associadas à noção de dignidade da pessoa humana, a chamada "cláusula da reserva do possível", em toda sua abstrata extensão, não pode servir de óbice à restrição do direito à educação.

O Município de Belo Horizonte deve assegurar a disponibilização de vagas para as crianças de zero a seis anos de idade em creche e pré-escola em período integral, haja vista a expressa previsão legal constante no art. 157, § 1º, inciso II, de sua Lei Orgânica (Apelação Cível/Remessa Necessária nº 1.0024.13.293347-4/002. Rel. Des. Armando Freire. 1ª Câmara Cível, j. em 18/04/2017, *DJe* de 27/4/2017).

Nos processos nºs 1.0702.16.025732-6/001, 1.0024.15.132473-8/001 e 1.0024.15.200349-7/001, nos quais fui Relator, julgados em 20/06/2017, e 04/07/2017, fiquei igualmente vencido. Em tais julgamentos, prevaleceu entendimento segundo o qual a Constituição Federal impõe a obrigação de garantir educação básica e gratuita a crianças e adolescentes, e o atendimento em creches e pré-escolas a crianças até seis anos de idade, encargo também estabelecido no Estatuto da Criança e do Adolescente e na Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional. Tem-se entendido, ademais, que a educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível e direito humano fundamental social, sendo certo que o argumento de inexistência de vagas e a impossibilidade orçamentária não exime o poder público da obrigação de dar cumprimento à norma. Os demais julgadores enfatizaram, em tais oportunidades, que os direitos fundamentais devem prevalecer sobre quaisquer óbices de cunho infraconstitucional que os mitiguem, e não acolheram a tese do ente público no sentido de que, diante da existência de prazo para universalização da educação infantil até 2024, conforme estabelece a Lei Federal nº 13.005/2014 - Plano Nacional de Educação -, poderia deixar de atender ao comando constitucional em análise.

Também é rejeitada a tese segundo a qual a intervenção do Poder Judiciário violaria o direito de outras crianças que também se encontram em lista de espera, ou a isonomia, prevalecendo o entendimento de que, em se tratando de direito fundamental, as demais crianças também fazem jus a uma vaga em creche municipal, independentemente de 'fila de espera'. Seguindo essa trilha de raciocínio, também é possível recusar os argumentos acerca da discricionariedade na realização de políticas públicas, e da ausência de obrigatoriedade nos termos do princípio da reserva do possível. Sim, porque se se trata de obrigação constitucional vinculada ao mínimo existencial, não seria possível não concretizá-la por questões de conveniência, administrativas ou orçamentárias.

Não altera o resultado da lide o argumento do Município de Conselheiro Lafaiete de que a falta de vagas não se deve a omissão sua e tem enviado esforços para expandir o atendimento. A ninguém mais do que o Administrador pode ser imputada a omissão. Esforços para o futuro não resolvem a necessidade urgente e imediata de uma mãe carente e trabalhadora de colocar seu filho na escola. Caso contrário, ter-se-á uma criança cuidada, fora da escola, e uma mãe desempregada. Outrossim, a legislação municipal, que estabeleceu o critério cronológico de inscrição, não prevalece sobre o ordenamento constitucional, o ECA e a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional. Portanto, ficam superados todos os argumentos do Município invocados nesta causa, no sentido de regularidade do processo de distribuição, ausência de obrigatoriedade de propiciar atendimento de crianças de zero a seis anos, expansão da rede de atendimento, e obrigação de universalização apenas a partir de 2024. A garantia social de acesso à educação, cujo atendimento deve se dar com absoluta prioridade, suplanta todos os argumentos do ente público.

Nos termos do art. 926 do novo CPC, os Tribunais devem primar por uma jurisprudência estável, íntegra e coerente, sendo necessário preservar as diretrizes firmadas pela maioria do colegiado em situações similares. Dentro dessa perspectiva, com ressalva de minha convicção pessoal sobre o tema, conforme se extrai dos julgamentos nos quais restei vencido, não há como reformar a sentença.

3 - Multa.

No que se refere à multa, a própria natureza do direito posto em discussão não recomenda a modificação da determinação, porquanto representa meio de compelir o ente público a cumprir a obrigação de extrema relevância a tempo e modo. Ademais, não há dispositivo legal que impeça este meio de coação, em desfavor de pessoa jurídica de direito público, razão pela qual é incabível se falar em imposição arbitrária ou em impor esse ônus à coletividade, pois basta ao réu cumprir a ordem judicial. Alie-se a isso o fato de o poder público, muitas vezes chamado a assistir os cidadãos necessitados e em situações de urgência, descumprir prazos e ordens judiciais, obstando seu cumprimento com questões burocráticas. Por certo, sem a inclusão de gravame pecuniário substancial, que desincentive eventual demora no cumprimento da ordem, corre-se o risco da ineficácia da decisão. Saliento, ainda, que o valor diário (R$ 500,00) e o limite máximo (R$ 10.000,00) são condizentes com as circunstâncias do caso concreto, a seriedade do tema, o porte e a capacidade do réu.

4 - Os honorários recursais.

Enfatizo, de início, que o Juiz *a quo* deixou de fixar honorários de sucumbência na sentença, não tendo o autor se insurgido contra isso. Assim, atento à regra do art. 85, § 11, do CPC, fixo os honorários recursais no montante de R$ 1.000,00, com base no critério da equidade, pois o valor dado à causa é irrisório e não é possível quantificar o proveito econômico do autor. Observa-se que a Defensoria Pública é órgão de pessoa jurídica de Direito Público diversa do Município, sendo devidos os honorários advocatícios.

5 - O reexame necessário.

O apelo interposto pelo Município devolveu todas as questões jurídicas de seu interesse, portanto, não há nada para ser examinado em sede de reexame necessário.

6 - Conclusão.

Fundado nessas considerações, nego provimento ao apelo, e, no reexame necessário, confirmo a sentença, observada a incidência dos honorários recursais na forma acima especificada. Custas recursais, pelo réu, observada a isenção legal.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES BITENCOURT MARCONDES e WASHINGTON FERREIRA.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO APELO, E, EM REEXAME NECESSÁRIO, CONFIRMARAM A SENTENÇA.

• • •

Agravo de instrumento - Ação ordinária com pedido de tutela de urgência - Indeferimento de matrícula em instituição de ensino mantida pela Polícia Militar de Minas Gerais - Colégio Tiradentes de Juiz de Fora - Vagas preenchidas por meio de sorteio - Critério objetivo - Princípio da isonomia - Ausência da probabilidade do direito - Manutenção da decisão recorrida - Recurso não provido

- O pedido de reforma da decisão *a quo* submete-se à aferição dos pressupostos preconizados no art. 300 do Código de Processo Civil, relativos à concessão da tutela de urgência, a saber, a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

- O dever do Estado de viabilizar a educação às crianças e adolescentes não implica na obrigatoriedade de garantir a matrícula em instituição de ensino específica escolhida pelo educando.

- Hipótese em que o Edital para a inscrição, seleção e matrícula para os candidatos às vagas nas unidades do Colégio Tiradentes da Polícia Militar de Minas Gerais, para o ano letivo de 2018, prevê, no que concerne ao preenchimento das vagas, a realização de sorteio, caso o número de inscrições seja superior às vagas existentes.

- O critério do sorteio para a seleção e ingresso em Instituição de Ensino não ofende a regra da isonomia, haja vista que todos os candidatos pré-matriculados competem entre si, em igualdade de condições, tratando-se de critério objetivo.

- Inexistente a demonstração da ilegalidade no indeferimento da matrícula da ora agravante, haja vista não ter se classificado dentro do número de vagas existentes quando da realização do sorteio, e inexistente desistência posterior dos sorteados, não se vislumbra a probabilidade do direito alegado, razão pela qual a manutenção do *decisum primevo* é medida que se impõe.

- Recurso não provido.

AGRAVO DE INSTRUMENTO CÍVEL Nº 1.0145.18.000283-7/001 - Comarca de Juiz de Fora - Agravante: G.B.D. Representado p/ pai E.L.P.D. - Agravado: Colégio Tiradentes - 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 NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 26 de junho de 2018. - *Corrêa Junior* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. CORRÊA JUNIOR - Trata-se de agravo de instrumento com pedido de tutela antecipada recursal, interposto por G.B.D., representada por seu genitor E.L.P.D., contra a decisão de f. 35-TJ, proferida pelo MM. Juiz de Direito da Vara da Infância e Juventude da comarca de Juiz de Fora, que, nos autos da Ação

Ordinária com pedido de Tutela de Urgência ajuizada pela agravante em face do Colégio Tiradentes da Polícia Militar de Juiz de Fora, indeferiu a tutela antecipada almejada.

Em suas razões de inconformismo, a agravante alega, em síntese: com a recusa na efetivação de sua matrícula no Colégio Tiradentes, sendo o seu pai militar, sofre com o ato abusivo e ilegal da medida, por meio da qual não lhe foi assegurado o atendimento à educação em sua idade de ingresso; houve afronta aos dispositivos constitucionais que asseguram o direito à educação às crianças e adolescentes em igualdade de condições; é dever do Estado garantir o acesso pleno ao sistema educacional, haja vista que se trata de atendimento à educação básica de qualidade; o seu direito à vaga de primeiro ano do ensino fundamental junto ao colégio vindicado encontra-se resguardado, inclusive, pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, em especial nos arts. 4º, parágrafo único, alínea *b*, e 54, inciso IV.

Inicialmente, pugnou pela concessão da tutela antecipada recursal e, ao final, pelo provimento do presente recurso, para reforma da decisão recorrida, determinando-se ao requerido que matricule em seu quadro de alunos a agravante, no primeiro ano do ensino fundamental, nas mesmas condições de igualdade que os demais alunos já matriculados, sob pena de incorrer o seu diretor em crime de desobediência, de acordo com a legislação vigente e a jurisprudência pertinente ao caso.

Por meio de decisão fundamentada, o presente recurso foi devidamente recebido e processado, com o indeferimento da antecipação da tutela recursal almejada - f.

40/45-TJ.

Contraminuta apresentada à f. 47-TJ, pelo desprovimento do recurso.

Instada a se manifestar, a douta Procuradoria Geral de Justiça opinou, às f. 49/55-TJ, pelo desprovimento do recurso.

É o breve relatório.

Concedo à agravante os benefícios da assistência judiciária gratuita almejada, tão somente para este agravo de instrumento.

Conheço do recurso, porquanto presentes os pressupostos de admissibilidade.

Conforme se afere dos autos, G.B.D., devidamente representada por seu genitor E.L.P.D., ajuizou a presente Ação Ordinária com pedido de Tutela de Urgência em face do Colégio Tiradentes da Policia Militar de Juiz de Fora, objetivando, em sede liminar, a sua matrícula no 1º ano do Ensino Fundamental nos quadros de alunos do requerido, em igualdade de condições com os demais.

Para tanto, asseverou ser filha do militar E.L.P.D., integrante da Polícia Militar de Minas Gerais, possuindo 06 (seis) anos de idade e origem humilde, sendo que, no inicio de novembro de 2017, nos termos do Edital para a inscrição, seleção e matrícula para os candidatos às vagas nas unidades do Colégio Tiradentes para o ano letivo de 2018, o seu genitor efetivou a sua inscrição para que concorresse a uma das vagas da referida instituição de ensino para o 1º ano do Ensino Fundamental.

Salientou que, após o sorteio das vagas - critério de sorte -, a agravante não teve o seu nome entre os contemplados para o número de vagas previstas, e o diretor da instituição rechaçou a sua matrícula, sob o fundamento de que não existiam as vagas necessárias, nos termos do edital.

Ao recebimento da inicial, o d. magistrado indeferiu a tutela de urgência pleiteada, eis que ausentes os requisitos autorizadores da medida liminar, haja vista que a requerente ficou em 8º (oitavo) lugar na lista de excedentes, não havendo prova de que sobraram vagas a serem preenchidas.

Irresignada, recorre a autora para que seja reformado o referido *decisum* e, consequentemente, seja matriculada na instituição demandada.

Pois bem.

Após a detida análise dos fatos e fundamentos contidos nos autos, não vislumbro irradiar da documentação que instrui o feito, a relevância das razões invocadas pela parte agravante como justificadoras da prestação jurisdicional aspirada. Senão vejamos.

O pedido de reforma da decisão *a quo* submete-se à aferição dos pressupostos preconizados no art. 300 do Código de Processo Civil, que versa sobre a concessão da Tutela de Urgência, quais sejam, a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo, *in verbis*:

> 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.

Ressalta-se que tais requisitos legais são cumulativos, simultâneos e indissociáveis, e devem estar caracterizados concretamente, para que haja o deferimento da tutela antecipada.

No caso em tela, vê-se que não restou configurado o requisito da probabilidade do direito a ensejar a concessão da tutela de urgência vindicada.

Ora, em que pesem as razões expendidas pela agravante, compulsando os autos, não se vislumbra qualquer irregularidade/ilegalidade do ato que negou a matrícula requerida pela menor, que pretendia cursar o 1º (primeiro) ano do ensino fundamental no Colégio Tiradentes em Juiz de Fora.

Isso porque, conforme cediço, o dever do Estado de viabilizar a educação às crianças e adolescentes não implica na obrigatoriedade de garantir a matrícula em instituição de ensino específica escolhida pelo educando.

Observa-se que o Edital nº 02/2017, que dispõe sobre a inscrição, seleção e matrícula para os candidatos às vagas nas unidades do Colégio Tiradentes da Polícia Militar de Minas Gerais, para o ano letivo de 2018, prevê, no que concerne ao preenchimento das vagas, a realização de sorteio, caso o número de inscrições seja superior às vagas existentes.

O referido Edital ainda estabelece expressamente, em seu item 6.2, que:

> 6.2 A inscrição no processo não assegura ao candidato inscrito o direito a vaga (f. 27-verso-TJ).

E, na hipótese em apreço, restou comprovado no feito que a agravante G.B.D., no sorteio às vagas disponibilizadas, foi classificada em 8º (oitavo) lugar na lista de excedentes para o Colégio Tiradentes de Juiz de Fora (f. 24-TJ), com a informação de que "os candidatos constantes na lista de excedentes permanecerão no Banco de Reservas" e, em "havendo desistência de algum candidato sorteado, os candidatos excedentes serão chamados para a matrícula, em ordem numérica".

Logo, depreende-se que o critério para o preenchimento das vagas disponibilizadas na instituição de ensino demandada era tão somente o sorteio, visto que apenas ingressariam aqueles inscritos que fossem sorteados dentro do número de vagas disponibilizado, tendo em vista que a instituição de ensino não teria condições de prestar, com qualidade, o serviço educacional a que se dispôs a todos os que se inscreveram, indiscriminadamente.

Neste contexto, ao contrário do alegado, a regra do sorteio não se mostra lesiva ao princípio da isonomia, haja vista que todos os candidatos pré-matriculados competiram entre si, em igualdade de condições.

Portanto, tendo em vista que a agravante G.B.D. foi classificada no sorteio às vagas disponibilizadas em 8º (oitavo) lugar na lista de excedentes para o ingresso no Colégio Tiradentes (f. 24-TJ), e que não consta dos autos qualquer informação quanto à desistência dos candidatos sorteados, hipótese em que seriam os candidatos excedentes chamados para a matrícula em ordem numérica, tenho que não faz jus ao direito vindicado.

Nesse sentido, já decidiu este colendo Tribunal de Justiça:

> Agravo de instrumento cível. Mandado de segurança. Indeferimento de matrícula em instituição de ensino mantida pela Polícia Militar de Minas Gerais. Vagas preenchidas por meio de sorteio. Princípio da isonomia. Liminar. Requisitos ausentes. Recurso não provido. - A liminar em mandado de segurança tem por objetivo afastar a lesão ou ameaça de lesão a direito líquido e certo, sendo os requisitos para a sua concessão - aparência do direito e perigo da demora - são cumulativos, simultâneos, devendo, pois, estar ambos caracterizados nos autos não sendo comportada dilação probatória a esse respeito. As vagas de escola são limitadas e a procura é intensa de forma que a escolha pela distribuição delas por meio de sorteio público é um meio justo de garantia do princípio da isonomia (TJMG - Agravo de Instrumento-Cv 1.0145.15.016383-3/002, Rel. Des. Belizário de Lacerda, 7ª Câmara Cível, j. em 29/9/2015, p. em 5/10/2015).
>
> Processo civil. Tutela antecipada. Pré-matrícula em instituição de ensino mantida pela polícia militar. Acesso ao ensino fundamental. Número de pretendentes superior ao número de vagas. Sorteio. Critério objetivo. Validade. - A instituição de sorteio de vagas para o acesso fundamental em instituição de ensino mantida pela Polícia Militar de Minas Gerais não ofende a regra da isonomia (TJMG - Agravo de Instrumento 1.0024.07.383509-2/001, Rel. Des. Alberto Vilas Boas, 1ª Câmara Cível, j. em 26/6/2007, p. em 3/7/2007).

Assim, não constatada, de plano, a alegada irregularidade/ilegalidade do ato que negou a matrícula requerida pela menor, tem-se por indemonstrada a probabilidade do direito da agravante, requisito indispensável à concessão da antecipação de tutela pleiteada no feito originário, razão pela qual a manutenção do *decisum primevo* é medida que se impõe.

Por fim, ressalte-se que o Colégio Tiradentes é desprovido de personalidade jurídica, pelo que deve figurar no polo passivo da demanda o Estado de Minas Gerais.

Conclusão.

Por todo o exposto, NEGO PROVIMENTO AO RECURSO, mantendo incólume a decisão recorrida.

Custas recursais pela agravante, com a suspensão da exigibilidade.

É como voto.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES AUDEBERT DELAGE e YEDA ATHIAS.

Súmula - RECURSO NÃO PROVIDO.

• • •

Apelação cível - Ação de ressarcimento - Vício do produto - Agravo retido - Cerceamento de defesa afastado - Responsabilidade do fabricante - *Recall* - Reconhecimento de defeito de fabricação - Danos materiais devidos

- A realização de perícia indireta e a dificuldade probatória com relação ao veículo sinistrado não enseja cerceamento de defesa em relação ao fabricante do veículo.

- À luz da teoria finalista, adotada pelo Superior Tribunal de Justiça, são inaplicáveis as normas da Lei 8.078/90, 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.

- O mero fato de ter havido *recall* no veículo visando sanar defeitos que, reconhecidamente, causam a perda de dirigibilidade do mesmo, somado à prova pericial que concluiu que o defeito ocasionou o acidente, é suficiente para ensejar a condenação da requerida ao pagamento de indenização por danos materiais.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0188.10.000603-3/001 - Comarca de Nova Lima - Apelante: CNH Industrial Brasil Ltda. - Apelada: Transcargas Camilo dos Santos Ltda. - Relator: DES. JOÃO CANCIO

Acórdão

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

Belo Horizonte, 26 de junho de 2018. - *João Cancio* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. JOÃO CANCIO - Trata-se de apelação cível interposta por Iveco Latin América Ltda. em face da r. sentença de f. 595/597 proferida pelo MM. Juiz de Direito da 1ª Vara Cível da Comarca de Nova Lima, que, nos autos da ação de ressarcimento ajuizada por Transcargas Camilo dos Santos Ltda. em face da ora apelante, julgou procedentes os pedidos iniciais, condenando a ré ao pagamento de indenização por danos materiais à autora, no valor de R$94.564,32, acrescidos de juros e correção monetária. Condenou, ainda, a requerida ao pagamento de custas processuais e honorários advocatícios fixados em 10% do valor da condenação, nos termos do art. 85 do CPC.

No apelo de f. 599/607, insurge-se o réu requerendo, preliminarmente, a apreciação do agravo retido de f. 568/570, no qual requer a realização de nova vistoria técnica no veículo objeto da ação, após indeferimento pelo Juízo *a quo* conforme decisão de f. 567. Sustenta, para tanto, que o laudo pericial não foi apto à verificação da causa do acidente, ao deixar de abordar as razões técnicas que sustentariam a relação do abalroamento com o vício de fabricação. O equívoco residiria na conclusão de que o *recall* configuraria prova

inequívoca da ocorrência do vício decorrente de falha no processo produtivo, fato levantado como principal motivo do acidente.

No mérito, alega que deve ser afastada a aplicação do art. 2º do CDC, uma vez que havia a utilização do produto para fomento da atividade econômica da empresa. Sustenta que o *recall* é medida preventiva, de forma que nem todos os veículos do mesmo lote ou série apresentam o vício constatado.

Ademais, alega que o vício de fabricação poderia também ter sido comprovado no momento da vistoria realizada pela seguradora a fins de pagamento da apólice, o que não ocorreu *in casu*.

Eventualmente, pugna pela reforma da sentença, alegando, em suma, o cabimento da norma geral de ônus probatório prevista no inciso I do art. 373 do CPC, *in casu*, sendo da empresa autora o ônus de comprovar os fatos constitutivos de seu direito.

Contrarrazões às f. 613/631, pelo desprovimento do apelo.

É o relatório.

Passo a decidir.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

Cuidam os autos de ação de ressarcimento, na qual a apelada, Transcargas Camilo dos Santos Ltda., pretende ser ressarcida pelos prejuízos decorrentes da "perda total" de um dos veículos de sua frota, após acidente ocorrido em 28/4/2008, tratando-se de veículo fabricado pela parte ré, adquirido em 2004, o qual veio a ser chamado para *recall* em 2009, em razão de provável falta de torque nos parafusos de fixação da caixa de direção.

Alega para tal que a situação em que se deu o acidente afasta a possibilidade de falha humana tendo em vista que: o abalroamento ocorreu em curva suave, onde o asfalto se encontrava em bom estado de conservação, para além da experiência do motorista, que não possuía histórico de acidentes.

Em defesa, a ré sustenta, em suma, a inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor *in casu*, de forma que incumbe à autora o ônus probatório quanto aos fatos constitutivos do direito pleiteado. Alega não ser possível a comprovação de que o acidente teria ocorrido em detrimento de falha mecânica no processo de fabricação, não sendo possível, portanto, atribuir à ré nenhuma responsabilidade pelo ocorrido, tampouco condená-la ao pagamento de indenização por danos materiais.

O i. Juiz sentenciante julgou procedentes os pedidos iniciais, condenando a ré, ora apelante, ao pagamento de indenização por danos materiais à autora, no valor de R$94.564,32, acrescidos de juros e correção monetária.

Irresignada, recorre a ré nos termos já relatados.

Eis os limites da lide.

1. Do agravo retido.

Contra decisão de f. 567, que indeferiu a realização de nova prova pericial requerida pelo réu, foi interposto agravo retido às f. 568/570, ao argumento de que teve seu direito de defesa cerceado, pois a perícia se faz necessária ao deslinde do feito com a constatação da real causa do acidente.

Sem razão, contudo.

Assegurados, no inciso LV do art. 5º da Constituição da República de 1988, a todos os litigantes em processo judicial ou administrativo o direito ao contraditório e à ampla defesa, devem estes ser respeitados, sob pena de nulidade do julgamento.

O mesmo art. 5º garante, também, aos litigantes a duração razoável do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação, nos termos do inciso LXXVIII.

Por sua vez, nos termos dos arts. 125, II, e 130, *caput*, do Código de Processo Cível, cabe ao juízo "velar pela rápida solução do litígio", bem como "[...] de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias".

Cabe, portanto, ao juiz, como dirigente do processo e prestador da tutela jurisdicional, análise do conjunto argumentativo e da realidade concreta do feito, para medição equilibrada da pertinência das provas requeridas, a fim de que possa, com segurança e razoabilidade, denegar vias instrutórias que se mostrem protelatórias ou inúteis para o deslinde da questão, assegurando os direitos constitucionalmente previstos.

Defende o réu que o Juízo primevo, ao julgar o feito sem a produção de nova prova pericial, cerceou-lhe o direito de defesa.

Contudo, analisando detidamente os autos, tenho que razão não lhe assiste.

Isso porque a prova pericial foi realizada de forma indireta, não ensejando tal circunstância em cerceamento de defesa em relação ao fabricante.

Com efeito, o caso presente não indica afronta aos princípios supracitados, pois, pelo que se pode avaliar e extrair das alegações ventiladas pelo réu, a nova prova pericial que se pretendia produzir é dispensável à solução da lide, pois o veículo envolvido nos fatos já fora consertado e vendido para outra pessoa.

É dizer: a nova prova pericial requerida é desnecessária à composição da lide, visto que a prova já produzida é suficiente à formação da convicção do juízo para seu julgamento, sem violação ao contraditório e à ampla defesa.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo retido.

2. Da apelação.

A respeito, é certo que o *caput* do art. 2º do CDC afirma expressamente que consumidor é "toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final".

Analisando o que dos autos consta, nota-se que a autora é empresária que atua na área de transporte de cargas e adquiriu o veículo para dar mais eficiência aos serviços prestados por sua empresa.

Com efeito, segundo a teoria finalista, defendida por Cláudia Lima Marques, a autora não se enquadra no conceito de consumidora a atrair a aplicação do Código de Defesa do Consumidor ao caso, pois não é consumidora final:

> Essa interpretação restringe a figura do consumidor àquele que adquire (utiliza) um produto para uso próprio e de sua família, consumidor seria o não-profissional, pois o fim do Código de Defesa do Consumidor é tutelar de maneira especial um grupo da sociedade que é mais vulnerável (MARQUES, Cláudia Lima. *Pessoa jurídica no Código de Defesa do Consumidor*. 6. ed. São Paulo: RT, 2009).

Isso porque o consumidor intermediário, por adquirir produto ou usufruir de serviço com o fim exclusivo de, direta ou indiretamente, instrumentalizar ou dinamizar seu próprio negócio, não pode ser enquadrado na definição de consumidor, como destinatário final, levando-se em conta a definição expressa no CDC.

A definição trazida pelo art. 2º do referido diploma legal limita a figura do consumidor somente aos que fazem aquisição ou utilização de um produto para uso próprio. Consumidor seria o não profissional, pois o objetivo da legislação consumerista é regular os contratos de consumo e proteger, de maneira especial, um grupo da sociedade tida como mais vulnerável.

O Superior Tribunal de Justiça tem adotado a teoria finalista para classificação da pessoa jurídica como consumidora; no entanto, admite, em alguns julgados, a aplicação da teoria finalista mitigada, que reconhece a necessidade de abrandar este critério do consumidor final para atender situações em que a vulnerabilidade se encontra demonstrada, conforme se extrai dos seguintes arestos:

> Processual civil e administrativo. Agravo regimental no recurso especial. Utilização de energia elétrica como insumo. Ausência de vulnerabilidade. Não incidência do CDC. Agravo regimental desprovido. - Esta Corte Superior adota a teoria finalista para a definição do conceito de consumidor, motivo pelo qual não se aplica a legislação consumerista quando o usuário do serviço utiliza a energia elétrica como insumo, como se verifica no caso dos autos. 2. O que qualifica uma pessoa jurídica como consumidora é aquisição ou utilização de produtos ou serviços em benefício próprio; isto é, para satisfação de suas necessidades pessoais, sem ter o interesse de repassá-los a terceiros, nem empregá-los na geração de outros bens ou serviços. Desse modo, não sendo a empresa destinatária final dos bens adquiridos ou serviços prestados, não está caracterizada a relação de consumo (AgRg no REsp 916.939/MG, Rel. Min. Denise Arruda, *DJe* de 3/12/2008). 3. Agravo Regimental desprovido (AgRg no REsp 1331112 / SP - Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho - T1 - Primeira Turma - Data da Publicação/Fonte: *DJe* de 1/9/2014).

> Recurso especial. Civil. Seguro empresarial. Violação do art. 535 do CPC. Inexistência. Proteção do patrimônio da própria pessoa jurídica. Destinatária final dos serviços securitários. Relação de consumo. Caracterização. Incidência do CDC. Cobertura contratual contra roubo/furto qualificado. Ocorrência de furto simples. Indenização devida. Cláusula contratual abusiva. Falha no dever geral de informação ao consumidor. - 1. Não há falar em negativa de prestação jurisdicional se o tribunal de origem motiva adequadamente sua decisão, solucionando a controvérsia com a aplicação do direito que entende cabível à hipótese, apenas não no sentido pretendido pela parte. 2. Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza, como destinatário final, produto ou serviço oriundo de um fornecedor. Por sua vez, destinatário final, segundo a teoria subjetiva ou finalista, adotada pela Segunda Seção desta Corte Superior, é aquele que ultima a atividade econômica, ou seja, que retira de circulação do mercado o bem ou o serviço para consumi-lo, suprindo uma necessidade ou satisfação própria, não havendo, portanto, a reutilização ou o reingresso dele no processo produtivo. Logo, a relação de consumo (consumidor final) não pode ser confundida com relação de insumo (consumidor intermediário). 3. Há relação de consumo

no seguro empresarial se a pessoa jurídica o firmar visando à proteção do próprio patrimônio (destinação pessoal), sem o integrar nos produtos ou serviços que oferece, mesmo que seja para resguardar insumos utilizados em sua atividade comercial, pois será a destinatária final dos serviços securitários. Situação diversa seria se o seguro empresarial fosse contratado para cobrir riscos dos clientes, ocasião em que faria parte dos serviços prestados pela pessoa jurídica, o que configuraria consumo intermediário, não protegido pelo CDC. 4. A cláusula securitária a qual garante a proteção do patrimônio do segurado apenas contra o furto qualificado, em esclarecer o significado e o alcance do termo 'qualificado', bem como a situação concernente ao furto simples, está eivada de abusividade por falha no dever geral de informação da seguradora e por sonegar ao consumidor o conhecimento suficiente acerca do objeto contratado. Não pode ser exigido do consumidor o conhecimento de termos técnico-jurídicos específicos, ainda mais a diferença entre tipos penais de mesmo gênero. 5. Recurso especial provido (REsp 1352419 / SP - Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva - T3 - Terceira Turma - Data da Publicação/Fonte: *DJe* 8/9/2014).

Agravo regimental. Agravo em recurso especial. Cerceamento de defesa. Súmula nº 7/STJ. Incidência do CDC. Súmula nº 83/STJ. Capitalização mensal dos juros. Razões dissociadas dos fundamentos do acórdão recorrido. Súmula nº 284/STF. Continência de ações. Inovação recursal. - 1. Não há cerceamento de defesa na hipótese em que ocorre julgamento sem a produção de prova pericial, quando o Tribunal de origem considerar substancialmente instruído o feito e reconhecer que existem provas suficientes para a formação do seu convencimento. A revisão do entendimento atrai a incidência da Súmula nº 7/STJ. 2. O CDC não se aplica aos casos em que não estiver configurado o destinatário final da relação de consumo, podendo, no entanto, ser flexibilizada a aplicação da teoria finalista quando ficar comprovada a condição de hipossuficiência técnica, jurídica ou econômica da pessoa jurídica. 3. A não impugnação específica dos fundamentos da decisão recorrida enseja a aplicação da Súmula nº 284 do STF. 4. As inovações recursais trazidas nas razões do regimental não comportam análise, tendo em vista a ocorrência da preclusão consumativa. 5. Agravo regimental desprovido (AgRg no AREsp 439263/SP - Rel. Min. João Otávio de Noronha - T3 - Terceira Turma - Data da Publicação/Fonte: *DJe* 4/4/2014).

Agravo regimental no recurso especial. Responsabilidade civil. Contrato de abertura de crédito e novação de dívida. Relação de consumo. Teoria finalista mitigada. Inscrição indevida em cadastro de inadimplentes. Violação do art. 535 do CPC. Súmula 7/STJ. Dano moral. Razoabilidade. 1. Tendo o Tribunal de origem fundamentado o posicionamento adotado com elementos suficientes à resolução da lide, não há que se falar em ofensa ao art. 535, do CPC. 2. A jurisprudência desta Corte tem mitigado a teoria finalista para autorizar a incidência do Código de Defesa do Consumidor nas hipóteses em que a parte (pessoa física ou jurídica), embora não seja tecnicamente a destinatária final do produto ou serviço, se apresenta em situação de vulnerabilidade. Precedentes. 3. A convicção a que chegou o Acórdão acerca do dano e do aval decorreu da análise do conjunto fático-probatório, e o acolhimento da pretensão recursal demandaria o reexame do mencionado suporte, obstando a admissibilidade do Especial os enunciados 5 e 7 da Súmula desta Corte Superior. 4. [...] (AgRg no REsp 1413889/SC - Rel. Min. Sidnei Beneti - T3 - Terceira Turma - Data da Publicação/Fonte: *DJe* de 2/5/2014).

Assim, considerando que a função da norma consumerista é a defesa e proteção do consumidor vulnerável frente ao desequilíbrio existente na relação com os fornecedores, em se tratando a autora de empresária que tem por principal atividade o transporte, não há como afastar a aplicabilidade do CDC à espécie, pois apesar de o bem em discussão possuir relação direta com o objeto social da empresa é flagrante a hipossuficiência da autora.

Pois bem.

O legislador, ao regular a responsabilidade pelo fato do produto, estatuiu textualmente o seguinte:

> Art. 12. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos.
>
> § 1° O produto é defeituoso quando não oferece a segurança que dele legitimamente se espera, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais:
>
> I - sua apresentação;
>
> II - o uso e os riscos que razoavelmente dele se esperam;
>
> III - a época em que foi colocado em circulação.
>
> § 2º O produto não é considerado defeituoso pelo fato de outro de melhor qualidade ter sido colocado no mercado.
>
> § 3° O fabricante, o construtor, o produtor ou importador só não será responsabilizado quando provar:
>
> I - que não colocou o produto no mercado;
>
> II - que, embora haja colocado o produto no mercado, o defeito inexiste;
>
> III - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

Assim, o fornecedor, no caso o fabricante, na precisa dicção legal, só não será responsabilizado quando provar que, embora haja colocado o produto no mercado, o defeito inexiste. Ou seja, o ônus da prova da inexistência de defeito do produto ou do serviço é do fornecedor, no caso, do fabricante demandado.

No que tange à prova do fato que desencadeara o acidente com o veículo segurado, temos que nos autos restou plenamente comprovado que a fabricante do automóvel, ora apelante, reconhecendo vícios de fabricação de seus caminhões, dentre os quais o adquirido pela autora, especialmente na "falta de torque nos parafusos de fixação da caixa de direção, o que pode, em determinadas condições de uso, causar a perda da dirigibilidade do veículo" (f. 35), chamou de forma genérica os adquirentes para comparecerem junto às concessionárias para realizarem a reparação do defeito, visando evitar os danos.

Ora, o chamado *recall*, operação através da qual o fornecedor de produtos procura minimizar os efeitos de sua má atuação, ao colocar no mercado consumidor produtos defeituosos, não o desonera da responsabilidade pelos eventuais danos causados pelo vício dos produtos.

Ressalte-se que este reconhecimento do fabricante basta como início de prova de que o veículo sinistrado possuía defeito e corria o risco de perder a dirigibilidade, o ônus de provar o contrário, ou seja, que a causa do acidente foi outra, incumbia a recorrente, aplicando-se a inversão do *onus probandi* prevista no CDC, na medida em que a fábrica de automóveis detém conhecimento técnico, bem como domínio sobre a tecnologia embarcada no produto, noções inexigíveis do consumidor hipossuficiente.

Ainda que assim não fosse, o laudo pericial é categórico ao afirmar:

> O diagnóstico da empresa ré da real necessidade de correção na caixa de direção e fixação da mesma, que determinou o *recall* pode ter sido a causa principal do acidente do veículo de propriedade do autor,

ocorrido no dia 28 de abril de 2008. O Boletim de Ocorrência - BO, emitido pela PRF - Polícia Rodoviária Federal atesta o sinistro objeto da presente lide.

Assim, caem por terra todas as argumentações da apelante no sentido de se eximir da responsabilidade pela indenização pleiteada em juízo, principalmente porque, tendo o sistema de defesa do consumidor adotado a responsabilidade objetiva do fornecedor de produtos e prestador de serviços, não há que se perquirir sobre sua atuação dolosa ou culposa, bastando a prova do dano e do nexo de causalidade com o fato do produto.

Aliás, o defeito de fabricação foi expressamente reconhecido pelo fabricante no chamamento público aos consumidores para reparos, sobrevindo acidente que destruiu totalmente o veículo, consequência antevista pela fábrica em face do defeito constatado, inexorável sua responsabilização.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo retido e ao apelo.

Custas e honorários, acrescidos de 5% do valor da condenação, pelo apelante.

É como voto.

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

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO AGRAVO RETIDO E AO APELO.

Administrativo - Ação civil pública ambiental - Edificação em área de preservação permanente - Danos ambientais - Ocupação antrópica consolidada - Não caracterização - Pedido acolhido - Sentença reformada

- Acolhe-se o pedido formulado em ação civil pública - destinada à demolição de construção e adoção de demais medidas necessárias à recuperação de área de preservação permanente -, quando não há prova de que a edificação existente no local possa ser considerada ocupação antrópica consolidada, quer por não observados limites temporais previstos em lei, quer por não haver laudo técnico algum do IEF, Emater ou profissional habilitado outro a registrar dita premissa.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0435.15.000661-5/001 - Comarca de Morada Nova de Minas - Apelante: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Apelado: José Antônio Moreira - 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 RECURSO E, EM REEXAME NECESSÁRIO, REFORMAR A SENTENÇA.

Belo Horizonte, 26 de junho de 2018. - *Alberto Vilas Boas* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. ALBERTO VILAS BOAS - Conheço do recurso e, de ofício, submeto a sentença ao duplo grau obrigatório, em aplicação analógica do art. 19, da Lei nº 4.717/65.

1 - A espécie em exame.

Cuida-se de ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais em face de José Antônio Moreira, objetivando a demolição de edificação às margens do reservatório artificial da UHE de Três Marias.

Asseverou que, em 2002, foi constatada a edificação de um rancho no local. Posteriormente, em segunda vistoria realizada pela Polícia Militar, em 3/3/2013, foi constatada a reforma e a ampliação da referida construção. Alegou que a edificação está inserida em área de preservação permanente e que, para recuperação dos danos, é imprescindível a demolição de toda e qualquer construção existente no local, inclusive a remoção de entulhos e recomposição da vegetação nativa, na faixa de 100 metros a partir do nível máximo do reservatório artificial. Afirmou não ter sido identificada área destinada à reserva legal no imóvel; fez referência às normas que entende aplicáveis ao caso, e pleiteou o acolhimento do pedido.

No âmbito da contestação, o réu alegou ser desprovido de fundamento o pedido inicial, pois se trata de pequeno rancho existente em comunidade local e construído há mais de dez anos, consoante comprova a escritura de compra e venda do imóvel. Afirmou ser o espaço utilizado esporadicamente para pesca

autorizada, funcionando como local de turismo rural que pratica com familiares e amigos, sem causar degradação ou impacto ambiental. Asseverou que o rancho é pequeno e que não houve nova edificação, mas mera reforma, a qual, inclusive, diminuiu o tamanho da área construída. Salientou tratar-se de situação consolidada através de uso antrópico há mais de 13 anos, e sem prova de dano ambiental, impondo-se o desacolhimento do pedido.

Após regular contraditório, o pedido foi julgado improcedente e, irresignado, recorre o autor, nos termos da exposição retro.

2 - Mérito.

A sentença deve ser reformada, *data venia*.

Com efeito, tanto a tese esposada pelo réu, como a fundamentação adotada na sentença, partem da premissa de que a ocupação mencionada na peça de ingresso tem natureza antrópica consolidada, uma vez que a edificação existente na área de preservação permanente é anterior ao ano de 2002. Todavia, não é esta a realidade que se apura dos autos. De fato, a autoridade ambiental realizou inspeção em 4/12/2002, ocasião na qual constatou que em área de preservação permanente estava edificado um

> "rancho, com placas de muro pré-fabricado e coberto com placas de buriti. Anexado ao rancho tem uma área aberta, levantada com colunas de madeira, coberta também com palhas de buriti. O rancho mede 04,00 x 14,00 metros. Possui fossa para esgoto do banheiro. O rancho não possui área cercada em sua volta, ou seja, ele foi construído em terreno de responsabilidade da Codevasf" (f. 12).

Àquela época, laudo do Ibama já indicava que a intervenção teria sido feita sem sua autorização; que causava danos ambientais persistentes, consistentes em supressão da vegetação, disposição de esgoto de forma incorreta no local, afugentamento da fauna silvestre e compactação e impermeabilização do solo, sendo necessária a demolição da edificação e realização de plano de recuperação da área (f. 16/18).

Em 3/3/2013 a autoridade ambiental retornou ao local, e constatou que

> "hoje o rancho se encontra reformado, paredes de tábuas, coberto com telhas francesas, possui fossa, banheiro, água encanada e energia elétrica e se encontra com a seguintes medidas 08 x 11 metros, ou seja, foi ampliado - 32 metros quadrados - O atual proprietário também fez uma cerca em volta da casa, de eucalipto e arame farpado de 882 metros quadrados, com medidas 30,50 x 28 metros, cerca esta que não existia na fiscalização anterior (f. 20v).

Resta claro, portanto, que houve alteração significativa na edificação, porquanto o tamanho foi aumentado e acrescentados materiais, em muito, diversos dos anteriores - colunas de madeira e palhas de buriti - tais como telhas francesas, paredes de tábuas, água encanada, energia elétrica, cerca de arame farpado, etc., em momento posterior ao ano de 2002.

Nesse aspecto, cabe ressaltar ter o próprio requerido admitido que a reforma no local foi por ele realizada, pois no âmbito da contestação registrou que

> não houve edificação de rancho, sendo fato público e notório, que será provado na instrução, que a intervenção realizada no rancho foi simplesmente uma reforma que inclusive diminuiu o tamanho da área

> construída [...]. Ocorre, ainda, que na reforma foram tomadas todas as medidas preventivas a não gerar nenhum impacto ambiental, o que poderá ser comprovado por prova pericial" (f. 47 e 48).

Outrossim, o recibo de compra e venda de f. 54 registra que o réu somente adquiriu o imóvel aos 18/3/2010, ou seja, em momento, em muito posterior ao ano de 2002. Há ainda, e como ponderado no despacho de f. 92 - feito em atendimento à regra prevista no art. 10, CPC -, que ser considerada a presunção de veracidade que emana da documentação acostada à inicial, visto se tratar de Boletins de Ocorrência Policial, relatórios emitidos pelo Ibama e pela Coordenadoria do Ministério Público, etc.

Em face do exposto, vê-se que a presunção de veracidade que emana de citados documentos é confirmada pelos demais elementos dos autos, produzidos pelo réu, consistentes na demonstração de aquisição da área somente no ano de 2010 e na confissão expressa, contida na contestação, que realizou reformas no imóvel. Certo, ainda, ter o próprio réu registrado que iria comprovar, na instrução do processo, a simplicidade da reforma realizada no local, a qual, segundo alegou, teria adotado as medidas preventivas necessárias a evitar o impacto ambiental, consoante seria demonstrado por prova pericial. Todavia, intimado para a especificação de provas, optou por quedar-se inerte (f. 67/68v), não apresentando elemento de convencimento algum, que não aqueles já acostados aos autos com a inicial e contestação. Não há, por conseguinte, como reconhecer que a espécie se refere a ocupação de natureza antrópica consolidada, eis que tal premissa exige que dita ocupação fosse a de junho de 2002, o que em momento algum restou demonstrado nos autos.

Nesse sentido, a Lei Estadual 14.309/2002, que fundamentou a sentença, consignou:

> Art. 11 - Nas áreas de preservação permanente, será respeitada a ocupação antrópica consolidada, vedada a expansão da área ocupada e atendidas as recomendações técnicas do poder público para a adoção de medidas mitigadoras e de recuperação de áreas degradadas.
>
> § 1º Para fins do disposto neste artigo, considera-se ocupação antrópica consolidada o uso alternativo do solo em área de preservação permanente estabelecido até 19 de junho de 2002, por meio de ocupação da área, de forma efetiva e ininterrupta, com edificações, benfeitorias e atividades agrossilvipastoris, admitida neste último caso a adoção do regime de pousio.
>
> [...]
>
> § 4º A comprovação da ocupação consolidada será realizada por meio de laudo técnico emitido pelo IEF, pela Empresa de Assistência Técnica e Extensão Rural de Minas Gerais - Emater-MG, ou por profissional habilitado, neste caso acompanhado da anotação de responsabilidade técnica.

No caso em comento, ao lado de não haver prova de que tanto a edificação apontada na primeira vistoria, como a reforma registrada na segunda inspeção fosse anterior à 19/6/2002, não há laudo técnico algum do IEF, Emater ou profissional habilitado outro a registrar que se tratava de ocupação consolidada. Outrossim, a legislação arguida pelo réu - Lei nº 12.651/2012, com alterações promovidas pela Lei nº 12.727/2012 - não pode ser aplicada na espécie, pois a infração à norma legal já havia se consumado em face do ato normativo anterior, e a lei nova, de 2012, não tem o condão de tornar lícitas aqueles condutas.

Mesmo que assim não fosse, verifica-se que dito ato normativo não alberga o direito a que se arroga a parte, pois prevê:

> Art. 61 - Nas Áreas de Preservação Permanente, é autorizada, exclusivamente, a continuidade das atividades agrossilvipastoris, de ecoturismo e de turismo rural em áreas rurais consolidadas até 22 de julho de 2008.

A intervenção na área foi posterior ao previsto na lei, pois, conquanto tenha se iniciado no final de 2002, foi significativamente alterada após 2010, quando adquirido o imóvel e efetuada a reforma anotada pela autoridade ambiental e confirmada pelo réu. Não se trata de atividade consolidada até 22/7/2008, portanto. Acrescente-se que, em momento algum, comprovou o interessado que ali realizasse atividades agrossilvipastoris, de ecoturismo e de turismo rural. Pondere-se, ademais, não haver prova quanto à destinação e averbação de área destinada à reserva legal no imóvel, como bem ponderado na inicial.

Registre-se, por fim, que o dano ambiental já havia sido sinalizado desde a primeira intervenção na área (f. 16/18) - como referido acima - e foi confirmado pelo laudo de f. 40/41.

Dessarte, por qualquer ângulo que se analise, verifica-se a pertinência do pedido inicial, consistente em propiciar a recuperação ambiental de área de preservação permanente.

3 - Conclusão.

Fundado nessas considerações, dou provimento ao apelo e, em reexame necessário, reformo a sentença, para julgar procedente o pedido inicial.

Em razão do acolhimento da ação, fica o réu condenado a) a interromper quaisquer intervenções na área indicada na inicial, que não aquelas destinadas à demolição da construção e recuperação dela; b) demolir, no prazo de trinta dias - contados do trânsito em julgado deste recurso -, toda e qualquer construção irregular existente na área de preservação permanente, na faixa de cem metros a partir do nível máximo do reservatório artificial, removendo os entulhos respectivos, sob pena de multa diária de R$ 5.000,00, limitado a R$ 100.000,00, sem prejuízo de que este valor seja aumentado se houver resistência no cumprimento da obrigação; c) apresentar, no prazo de 90 dias, contados do trânsito em julgado deste recurso, o Projeto Técnico de Reconstituição da Flora - PTRF, e efetuar as demarcações e averbações consignadas nos itens 3.2.3 a 3.2.8 da inicial (f. 07), sob pena de multa de R$ 5.000,00, limitados a R$ 100.000,00, em caso de descumprimento das obrigações ora impostas, em valores que serão revertidos ao Fundo Especial do Ministério Público do Estado de Minas Gerais.

Custas, pelo apelante, não havendo falar em condenação ao pagamento de verba honorária por ser tratar de ação civil pública.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES BITENCOURT MARCONDES e WASHINGTON FERREIRA.

Súmula - DERAM PROVIMENTO AO APELO, E, EM REEXAME NECESSÁRIO, REFORMARAM A SENTENÇA.

• • •

Apelação cível - Ação previdenciária - Auxílio-doença - Exercício da atividade rural na infância - Regime de economia familiar - Acidente do trabalho - Incapacidade demonstrada - Benefício previdenciário devido - Recurso provido

- Nos termos da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o art. 7º, XXXIII, da Constituição "não pode ser interpretado em prejuízo da criança ou adolescente que exerce atividade laboral, haja vista que a regra constitucional foi criada para a proteção e defesa dos trabalhadores, não podendo ser utilizada para privá-los dos seus direitos" (RE 537.040, Rel. Min. Dias Toffoli).

- Restando demonstrado nos autos que o autor sofreu acidente de trabalho, antes de completar 14 anos, do qual decorreram sequelas capazes de reduzir a sua capacidade laborativa, impõe-se a concessão do auxílio-doença postulado.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0243.10.000909-7/001 - Comarca de Espinosa - Apelante: Ademilton Costa Ramos - Apelado: Instituto Nacional da Previdência Social - INSS - Relatora: DES.ª SHIRLEY FENZI BERTÃO

Acórdão

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

Belo Horizonte, 13 de junho de 2018. - *Shirley Fenzi Bertão* - Relatora.

Notas taquigráficas

DES.ª SHIRLEY FENZI BERTÃO - Trata-se de recurso de apelação interposto por Ademilton Costa Ramos contra a sentença de f. 175/176-v., proferida pela MM. Juíza Gicélia Milene Santos da Comarca de Espinosa, que, nos autos da ação reivindicatória de auxílio-doença ajuizada em desfavor do INSS - Instituto Nacional do Seguro Social, julgou improcedente o pedido inicial, condenando o autor ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios arbitrados em 10% sobre o valor atribuído à causa, suspensa a exigibilidade de tais verbas, ante a gratuidade de justiça concedida.

Assim fundamentou a MM. Juíza:

> Realizada a perícia pelo perito judicial às f. 156/157, atestou-se que o autor é portador de amputação de falange média do segundo, terceiro e quarto dedos da mão direita.
>
> O perito é claro ao relatar que o requerente está definitivamente incapacitado para o trabalho rural, pois a lesão causa dificuldade para segurar objetos.
>
> Assim, constatada a patologia e a incapacidade causada, o autor preenche o primeiro requisito para concessão do benefício.

> No entanto, em resposta ao quesito 04 apresentado pela autarquia, o perito relatou que a patologia do requerente o acomete desde 8/5/2000, momento em que o autor possuía apenas 08 anos de idade. Assim, a incapacidade do autor é preexistente à filiação ao RGPS.
>
> Quanto à qualidade de segurado, o autor deverá comprovar o exercício da atividade pelo prazo de carência do benefício, ou seja, 12 (doze) meses anteriores à constatação da incapacidade, conforme art. 25, inciso I, da Lei nº 8.213/91.
>
> A comprovação do período de carência exigido é necessária através da demonstração do efetivo exercício da atividade rural, a qual deverá ser observada conforme determina o art. 25, inciso I, da Lei 8.213/91, não sendo, todavia, necessário o recolhimento de contribuições previdenciárias.
>
> Quanto a esse requisito, o requerente procurou comprovar sua qualidade de segurado mediante os seguintes documentos: carteira do sindicato dos trabalhadores rurais, datada de 2009 (f. 12), declaração de ITRs (f. 28/34) no nome de seu pai e a ata de Associação da Comunidade de Várzea da Faca (f. 53).
>
> Nestes termos, encontra-se comprovada a incapacidade do autor para o trabalho rural, porém, em face dessa incapacidade ter sido preexistente à filiação ao RGPS, não há como acolher o pedido feito pelo requerente. (*sic*)

Em suas razões recursais (f. 177/184), relata o apelante que se trata de típico lavrador que sofreu acidente de trabalho, por volta de seus oito anos de idade, em um moinho de milho, que acarretou a amputação da falange média do seu segundo, terceiro e quarto dedos da mão direita.

Ressalta que continuou trabalhando por aproximadamente dez anos após o acidente, o que ensejou o agravamento de seu quadro clínico.

Assevera que a norma protetiva do menor, que estabelece limite mínimo de idade para que alguém possa trabalhar, não pode prejudicar o infante, nos casos em que efetivamente trabalhou, não obstante a proibição constitucional.

Argumenta que, restando demonstrado o efetivo exercício da atividade rural do menor de quatorze anos, em regime de economia familiar, bem como a sua incapacidade laboral, deve ser reconhecido o seu direito ao recebimento de auxílio-doença.

Pede, ao final, o provimento do recurso, a fim de que sejam julgados procedentes os pedidos iniciais.

Ausente o preparo recursal, já que a litigante se encontra amparada pela assistência judiciária (documento de ordem n. 11).

Embora devidamente intimado, o réu não apresentou contrarrazões, conforme certificado à f. 185-v.

É o relatório.

Primeiramente, vale frisar que o novo Código de Processo Civil/2015, o qual entrou em vigor em 18/3/2016, tem aplicação imediata, por se tratar de norma processual. Contudo, nos termos do art.14 do NCPC/15, "a norma processual não retroagirá e será aplicável imediatamente aos processos em curso, respeitados os atos processuais praticados e as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da norma revogada".

Assim, em que pese a entrada em vigor do NCPC/15, esclareço que, em respeito à regra de direito intertemporal e aos atos jurídicos processuais consumados, o presente recurso será analisado sob a ótica do antigo

CPC/73, uma vez que praticado o ato jurídico, qual seja a publicação da decisão em cartório, sob a vigência da antiga lei processual, devendo, assim, segui-la até o seu julgamento.

Nessa linha, vale transcrever trecho do julgamento do STJ em que prescreve que: "[...] A lei vigente à época da prolação da decisão que se pretende reformar é que rege o cabimento e a admissibilidade do recurso. [...]" (REsp nº 1.132.774/ES).

Do mesmo modo, tem-se o Enunciado Administrativo nº 02 do STJ: "Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas, até então, pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.".

Igualmente, ressalto o Enunciado 54 do Fórum de Debates e Enunciados sobre o NCPC do TJMG: "Enunciado 54 - (art. 1.046) A legislação processual que rege os recursos é aquela da data da publicação da decisão judicial, assim considerada sua publicação em cartório, secretaria ou inserção nos autos eletrônicos".

Com efeito, a sentença primeva, no caso vertente, foi publicada em cartório, no dia 3 de dezembro 2015, conforme certidão de f. 176-v., revelando-se, portanto, inequívoca a aplicação do Código de Processo Civil de 1973.

Dito isso, conheço do recurso, presentes os pressupostos de sua admissibilidade.

Depreende-se dos autos que o autor ajuizou a presente demanda, visando à concessão de benefício previdenciário de auxílio-doença em razão do acidente do trabalho, ocorrido no exercício de sua atividade rural, que acarretou a amputação da falange média e distal do segundo, terceiro e quarto dedos, reduzindo a sua capacidade laborativa parcial e permanentemente (f. 01/08).

Em sua defesa, contrapõe a autarquia, ponderando que o recorrido não demonstrou a sua incapacidade laborativa, motivo pelo qual não faz jus ao almejado benefício de auxílio-doença. Ressalta que o acidente descrito na inicial ocorreu no ano de 1998, havendo o requerente trabalhado posteriormente, o que demonstra que ele se adequou a utilizar a mão esquerda com prioridade.

Após a realização da perícia técnica (f. 84/90), a douta Magistrada primeva julgou improcedente o pedido inicial, ensejando a interposição do presente recurso.

Pois bem.

É cediço que a legislação previdenciária tem caráter eminentemente social, tendo como princípio básico a garantia de meios indispensáveis à sobrevivência dos seus segurados.

O art. 19 da Lei nº 8.213/1991, que dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social, define o acidente do trabalho como aquele que ocorre pelo exercício do labor, provocando lesão corporal ou perturbação funcional que cause morte ou perda ou redução, permanente ou temporária, da capacidade laboral.

O auxílio-doença acidentário é um benefício devido em consequência de afastamento por motivo de acidente do trabalho, do qual resultou incapacidade temporária para o trabalhador, em razão das sequelas causadas pelo evento infortunístico.

Sobre o tema dispõem os arts. 59 a 63 da Lei nº 8.213 de 24 de julho de 1991:

> Art. 59. O auxílio-doença será devido ao segurado que, havendo cumprido, quando for o caso, o período de carência exigido nesta Lei, ficar incapacitado para o seu trabalho ou para a sua atividade habitual por mais de 15 (quinze) dias consecutivos.
>
> Parágrafo único. Não será devido auxílio-doença ao segurado que se filiar ao Regime Geral de Previdência Social já portador da doença ou da lesão invocada como causa para o benefício, salvo quando a incapacidade sobrevier por motivo de progressão ou agravamento dessa doença ou lesão.

Assim, para que a parte faça jus ao benefício de auxílio-doença e sua posterior conversão em aposentadoria por invalidez ou auxílio-acidente, é necessária a comprovação de sua condição de segurada, da consolidação das lesões decorrentes do acidente de trabalho e de que as sequelas implicaram a redução da capacidade para o trabalho, para o auxílio-acidente, ou na sua incapacidade, para a aposentadoria.

No caso vertente, restou incontroverso que o acidente que acarretou a amputação da falange média e distal do segundo, terceiro e quarto dedos do requerente ocorreu em maio de 1998 (f. 58 e f. 160).

Por outro lado, os documentos de f. 11 e 13 comprovam que o requerente nasceu em agosto de 1991, concluindo-se, portanto, que, à época do acidente em questão, ele tinha apenas 7 (sete) anos.

Nesse ínterim, importante salientar que, embora o trabalho infantil seja expressamente proibido pelo ordenamento jurídico pátrio, conforme dispõe o art. 7º, XXXIII, da Constituição Federal, é notória a situação de inúmeras crianças e adolescentes que são precocemente inseridas no mercado de trabalho, muitas vezes não pelos abusos de seus pais ou responsáveis, mas pela própria condição precária de sua família, que exige auxílios dentro da comunidade doméstica.

Nesse contexto, os Tribunais Superiores adotaram o entendimento de que a vedação do trabalho infantil não pode prejudicar os seus direitos previdenciários, pois, nesse caso, haveria dupla penalidade: primeiro, pelo ingresso precoce no mercado de trabalho; segundo, pela ausência de proteção previdenciária decorrente da sua atividade laboral.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal decidiu:

> Agravo regimental em recurso extraordinário. Direito previdenciário. Trabalhadora rural. Menor de 16 anos de idade. Concessão de salário-maternidade. Art. 7º, XXXVIII, da Constituição Federal. Norma protetiva que não pode privar direitos. Precedentes. Nos termos da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o art. 7º, XXXIII, da Constituição 'não pode ser interpretado em prejuízo da criança ou adolescente que exerce atividade laboral, haja vista que a regra constitucional foi criada para a proteção e defesa dos trabalhadores, não podendo ser utilizada para privá-los dos seus direitos' (RE 537.040, Rel. Min. Dias Toffoli). Agravo regimental a que se nega provimento (RE 600616 AgR, Rel. Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, j. em 26/8/2014, Acórdão Eletrônico *DJe*-175 divulg 9/9/2014 public 10/9/2014).

E ainda:

> Agravo de instrumento. 2. Trabalhador rural ou rurícola menor de quatorze anos. Contagem de tempo de serviço. Art. 11, VII, da Lei nº 8.213. Possibilidade. Precedentes. 3. Alegação de violação aos arts. 5º, XXXVI, e 97 da CF/88. Improcedente. Impossibilidade de declaração de efeitos retroativos para o caso de declaração de nulidade de contratos trabalhistas. Tratamento similar na doutrina do direito comparado: México, Alemanha, França e Itália. Norma de garantia do trabalhador que não se interpreta em seu detrimento. Acórdão do STJ em conformidade com a jurisprudência desta Corte. 4. Precedentes citados: AgRAI 105.794, 2ª T., Rel. Aldir Passarinho, *DJ* de 2/4/86; e RE 104.654, 2ª T., Rel. Francisco Rezek, *DJ*

> de 25/4/86. 5. Agravo de instrumento a que se nega provimento (AI 529694, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, j. em 15/2/2005, *DJ* de 11/3/2005 pp-00043 ement vol-02183-09 pp-01827 RTJ vol-00193-01 pp-00417 RDECTRAB v. 12, n. 129, 2005, p. 176-190).

No mesmo diapasão, é a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

> Processual civil. Previdenciário. Salário-maternidade. Indígena. Menor de 16 anos. Atividade campesina comprovada. Norma de garantia do menor não pode ser interpretada em seu detrimento. Imperiosa proteção da maternidade, do nascituro e da família. Devida a concessão do benefício. - 1. É possível conceder o benefício previdenciário a menor de 16 anos que tenha trabalhado em atividade rural durante o período de carência do salário-maternidade (10 meses). 2. Vedar a filiação ao RGPS a uma jovem menor de 16 anos que efetivamente tenha exercido atividade rural pela simples ausência do requisito etário enseja o desamparo não só a adolescente, mas também ao nascituro, que seria privado não apenas da proteção social, como do convívio familiar, já que sua mãe teria de voltar ao exercício profissional após seu nascimento. Precedentes (REsp 1.440.024/RS, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, j. em 18/8/2015, *DJe* de 28/8/2015.) Agravo regimental improvido (AgRg no REsp 1559760/MG, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, j. em 3/12/2015, *DJe* de 14/12/2015).
>
> Previdenciário e processual civil. Ação rescisória. Atividade rurícola desempenhada por menor de 14 anos em regime de economia familiar. Contagem de tempo de serviço para fins previdenciários. Possibilidade. Decisão rescindenda fundamentada e em sintonia com a jurisprudência deste Tribunal. Inexistência de violação à disposição literal de lei e de erro de fato. CPC, art. 485, V e IX. Utilização de ação rescisória como sucedâneo recursal. Descabimento. - 1. A decisão rescindenda, ao dar provimento ao recurso especial do autor-segurado para reformar o acórdão e restabelecer a sentença, reconhecendo como tempo de serviço efetivo o período de labor rural de 1964 a 1968, amparou-se no entendimento de que o tempo de serviço prestado por menor de 14 anos, ainda que não vinculado ao Regime de Previdência Social, pode ser averbado e utilizado para o fim de obtenção de benefício previdenciário, exegese que se encontra em sintonia com a jurisprudência deste Tribunal: Precedentes: AR nº 3.629/RS, Min. Maria Thereza de Assis Moura, *DJe* de 9/9/2008; EDcl no REsp nº 408.478/RS, Min. Arnaldo Esteves Lima, *DJ* de 5/2/2007; AgRg no REsp nº 539.088/RS, Min. Felix Fischer, *DJ* de 14/6/2004. 2. Na espécie, considerando que o próprio acórdão proferido em apelação, mesmo reformando a sentença, registrou, de forma inequívoca, a suficiência do início de prova material, corroborada pela prova testemunhal, da atividade rurícola desempenhada pelo autor, não há dúvidas de que, reconhecida em recurso especial a possibilidade de contabilização do período de labor anterior aos 14 anos para o fim de postulação de benefício previdenciário, ponto nodal da discordância entre o Juízo de primeiro grau e o Tribunal *a quo*, deveria ser restabelecida a sentença, que originalmente aplicara tal solução, não se configurando a apontada violação à disposição literal de lei. [...] (AR 3.877/SP, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Seção, j. em 28/11/2012, *DJe* de 30/4/2013).

Dito isso e volvendo ao caso vertente, analisando detidamente os autos, observa-se que o autor/apelante comprovou ter sofrido acidente no exercício de trabalho rural (moagem de milho) em sua infância, conforme consignado no documento de f. 47:

> [...] sou trabalhador rural desde os 6 anos de idade, nasci, cresci e estou até hoje na lavoura, moro em uma região que, nos últimos anos, não veio produzindo quase nada devido à falta de chuva e, em momento algum, deixei de falar que meus pais são servidores em uma escola por meio período, ou seja, 4 horas ao dia, o outro tempo está sim na lavoura comigo, e o mais importante é eu ser trabalhador rural, é o que eu sempre fui e sou [...] (*sic* f. 47).

Ademais, o próprio INSS tornou incontroversa a questão ao dizer que "a incapacidade do autor decorreu de um acidente que infelizmente amputou os dedos de sua mão no ano de 1991, quando possuía apenas 7 anos de idade" (*sic*, f. 171).

Com efeito, resta demonstrado nos autos o acidente de trabalho sofrido pelo recorrente, sendo certo que a prévia filiação ao RGPS, *in casu*, não pode constituir requisito à concessão do benefício, pois, como dito, ele nem sequer poderia ser formalmente inscrito à época do acidente (1991), quando contava com apenas sete anos de idade.

Lado outro, denota-se do laudo pericial de f. 156/157, em que o il. *expert* foi incisivo ao constatar que o requerente (apelado) apresenta incapacidade parcial para o exercício da sua atividade laboral, em virtude do acidente do trabalho por ele sofrido, senão vejamos:

> 5 - Ainda se afirmativa a resposta a quesito anterior, a incapacidade para o trabalho é absoluta ou relativa? Se relativa, qual a limitação? Pode a limitação ser controlada ou minimizada por medicamentos? Se positivo, a parte autora utiliza regularmente os medicamentos? Tais medicamentos são fornecidos gratuitamente?
>
> Incapacidade relativa, ou seja, limitação total para segurar objetos de trabalho na atividade rural, não podendo ser controlada com medicamentos.
>
> 6 - A incapacidade é definitiva ou temporária? Se temporária, qual o tempo de convalença? Justifique.
>
> Incapacidade definitiva.
>
> 7 - O autor pode ser reabilitado para a sua profissão? Poderá ele realizar alguma atividade profissional que lhe assegure meio de sobrevivência (tais como vendedor, costureiro, porteiro, empregado doméstico/caseiro/faxineiro, vendedor, vigilante ou outra qualquer compatível com sua escolaridade)?
>
> Não para trabalhador rural e sim para os trabalhos sugeridos nesse quesito.
>
> Caso diagnosticada a incapacidade no autor, quando ocorreu o evento incapacitante, ou seja, desde quando se encontra ele incapacitado para o trabalho? Esta resposta foi baseada em exames ou em informações prestadas pelo autor?
>
> Incapacidade desde o acidente. Informação baseada no atestado médico em anexo (f. 71 e 156).

Nesse diapasão, restando induvidosamente evidenciada nos autos a incapacidade total e temporária da requerente para o exercício da atividade laborativa que lhe garanta a subsistência, impõe-se a concessão do pretendido benefício auxílio-doença.

Em relação ao termo inicial do benefício em referência, dispõe o art. 60 da Lei 8.213, de 24 de julho de 1991, *in verbis*:

> Art. 60. O auxílio-doença será devido ao segurado empregado a contar do décimo sexto dia do afastamento da atividade, e, no caso dos demais segurados, a contar da data do início da incapacidade e enquanto ele permanecer incapaz.

Com efeito, como no caso concreto não houve a prévia concessão do benefício à parte autora, este será devido a contar do protocolo administrativo (22/09/2009), tal como postulado à f. 08, devendo ser pago até a data da reabilitação.

Como cediço, o Superior Tribunal de Justiça, em face de recente decisão (REsp 1495146/MG), firmou a seguinte tese para aplicação das taxas de juros e correção:

> Processual civil. Recurso especial. Submissão à regra prevista no Enunciado Administrativo 02/STJ. Discussão sobre a aplicação do art. 1º-F da Lei 9.494/97 (com redação dada pela Lei 11.960/2009) às condenações impostas à Fazenda Pública. Caso concreto que é relativo a indébito tributário. 'Teses jurídicas fixadas. [...] 3.2 Condenações judiciais de natureza previdenciária. As condenações impostas à Fazenda Pública de natureza previdenciária sujeitam-se à incidência do INPC, para fins de correção monetária, no que se refere ao período posterior à vigência da Lei 11.430/2006, que incluiu o art. 41-A na Lei 8.213/91. Quanto aos juros de mora, incidem segundo a remuneração oficial da caderneta de poupança (art. 1º-F da Lei 9.494/97, com redação dada pela Lei n. 11.960/2009). [...] (REsp 1495146/MG, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, j. em 22/2/2018, *DJe* de 2/3/2018).

Referido acórdão decidiu que, após a vigência da Lei 11.430/2006, em se tratando de condenações judiciais impostas à Fazenda Pública de natureza previdenciária, a correção monetária deve ser calculada segundo a variação do Índice Nacional de Preços ao Consumidor - INPC.

Acerca de tal encargo, vinha decidindo que a correção monetária deveria ser calculada segundo Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo Especial - IPCA-E, nos termos do RE 870.947/SE, julgado pelo Supremo Tribunal Federal.

Ressalto, ainda, que restou consignado no REsp 1.495.146/MG, julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, que a aplicação do Índice Nacional de Preços ao Consumidor - INPC não afronta o que ficou decidido pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE 870.947/SE, em sede de repercussão geral, senão vejamos:

> [...]
>
> Cumpre registrar que a adoção do INPC não configura afronta ao que foi decidido pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de repercussão geral (RE 870.947/SE). Isso porque, naquela ocasião, determinou-se a aplicação do IPCA-E para fins de correção monetária de benefício de prestação continuada (BPC), o qual se trata de benefício de natureza assistencial, previsto na Lei 8.742/93. Assim, é imperioso concluir que o INPC, previsto no art. 41-A da Lei 8.213/91, abrange apenas a correção monetária dos benefícios de natureza previdenciária. [...] (Trecho retirado do REsp 1495146/MG).

Dessa forma, tendo o Superior Tribunal de Justiça pacificado tal matéria, reposiciono-me, passando a entender que, após a vigência da Lei 11.430/2006, os valores devidos pela autarquia federal (requerida) deverão ser corrigidos monetariamente pelo INPC.

No que se refere aos juros de mora, para débitos de natureza previdenciária, o julgamento (REsp 1495146/MG) manteve o uso do índice de remuneração da poupança, previsto no art. 1º-F da Lei 9.494/1997, com a redação dada pela Lei 11.960/2009.

Dispositivo.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso, para reformar a sentença e julgar procedente o pedido inicial, a fim de determinar que o réu conceda ao autor o benefício previdenciário de auxílio-doença acidentário a contar do protocolo administrativo, tal como requerido à f. 08 (22/9/2009), até a data da reabilitação,

acrescido de juros de mora segundo a remuneração oficial da caderneta de poupança (art. 1º-F da Lei 9.494/97, com redação dada pela Lei nº 11.960/2009) e corrigidos monetariamente pelo Índice de Nacional de Preços ao Consumidor - INPC, desde a data do vencimento de cada parcela.

Sem custas, observada a isenção legal.

Nos termos do art. 85 do novo CPC, fixam-se os honorários advocatícios devidos pela autarquia em 12% (doze por cento) do valor da condenação, para ambas as instâncias.

Votaram de acordo com a Relatora os DESEMBARGADORES MARCOS LINCOLN e ALEXANDRE SANTIAGO.

Súmula - DERAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Agravo de instrumento - Inventário - Ex-cônjuge - Viúva - Herança da sogra - Direito de representação restrito aos descendentes - Extinção do matrimônio com a morte do herdeiro - Herdeiro pré-morto - Inteligência do art. 1.851 do CCB/2002

- O direito sucessório possibilita que os descendentes do herdeiro pré-morto, exercendo direito de representação, se habilitem e recebam a quota-parte que o falecido receberia se vivo estivesse.

- O direito de representação é legalmente garantido apenas aos descendentes, sendo inviável conferir-lhe interpretação extensiva para contemplar a possibilidade de o(a) viúvo(a) representar o cônjuge falecido. Além disso, extinguindo-se a sociedade conjugal com a morte de um dos cônjuges, injustificável seria atribuir-se ao(à) viúvo(a) o direito de representação no que tange à herança de sua sogra.

AGRAVO DE INSTRUMENTO CÍVEL Nº 1.0151.16.001109-5/001 - Comarca de Cássia - Agravante: Zilda Alves Borges Custódio - Agravada: Maria das Graças Calixto - Interessados: Luiz Antônio Custódio, espólio de Sebastiana Alves Borges e espólio de Leonardo Alves Borges - Relator: DES. PEIXOTO HENRIQUES

Acórdão

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

Belo Horizonte, 5 de junho de 2018. - *Peixoto Henriques* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. PEIXOTO HENRIQUES - Via agravo de instrumento, insurge-se Zilda Alves Borges Custódio, inventariante nomeada nos autos do inventário de Sebastiana Alves Borges, contra decisão que determinou sua intimação para providenciar o documento de procuração de Maria das Graças Calixto, viúva do herdeiro pré-morto Leonardo Alves Borges.

Em linhas gerais, sustenta a agravante: que a decisão recorrida, ao fazer "a aplicação do art. 1.829, inciso I, do Código Civil Brasileiro, em favor da viúva do herdeiro pré-morto", contraria "o disposto no art. 1.571, inciso I, e art. 1.852, ambos do Código Civil Brasileiro"; que "o herdeiro pré-morto (Leonardo Alves Borges) era casado com a Sr.ª Maria das Graças Calixto, pelo regime de comunhão de bens, sendo que a mesma não consta na partilha como herdeira do herdeiro pré-morto nem mesmo possui procuração nos autos"; que "juntou petição às f. 65/69, esclarecendo sobre a infundada certidão, uma vez que a viúva do herdeiro pré-morto não é meeira nem herdeira", pois a morte extingue o vínculo conjugal, nos termos do art. 1.571, I, do CC/2002; que ao caso deve ser aplicado o art. 1.852 do CCB/02; e, enfim, que "a esposa do herdeiro pré-morto não é herdeira da herança de sua sogra, neste caso, não concorrem os descendentes do herdeiro pré-morto, portanto, não se faz necessária a juntada de procuração da Sr.ª Maria das Graças Calixto".

Sem pedido liminar, pugna pelo provimento, "para reformar a respeitável decisão interlocutória de f. 72 e verso e homologar o Auto de Orçamento, Partilha e Pagamentos de f. 16/26".

Bem instruído o recurso (f. 5/81-TJ).

A agravante litiga sob o pálio da justiça gratuita (f. 80-TJ).

A d. PGJ/MG não se interessou pela causa (f. 91-TJ).

Vieram as informações judiciais (f. 97/98-TJ).

É o breve relatório.

Em sua parte admissível, tenho por procedente o recurso.

Cuida-se o feito de origem de inventário dos bens deixados por Sebastiana Alves Borges, sendo sua abertura requerida pela filha Zilda Alves Borges Custódio (f. 6-TJ).

Colhe-se dos autos que a inventariada, morta aos 13/3/2016, teve 6 (seis) filhos, dentre os quais Leonardo Alves Borges, que morreu aos 30/10/2009, bem antes, portanto, da morte da mãe inventariada, deixando ele 3 (três) filhos e a viúva (f. 41-TJ).

Após certificado nos autos pela Escrivã que "o herdeiro pré-morto era casado com a Sr.ª Maria das Graças Calixto (certidão de casamento à f. 36 e documentos de f. 38) pela 'comunhão de bens', sendo que ela não consta na partilha como herdeira do herdeiro pré-morto nem mesmo possui procuração nos autos" (f. 66/67-TJ), o d. Julgador de piso, ao entendimento de que "a 'viúva' participará da herança com relação aos bens particulares recebidos por seu marido *de cujus* na qualidade de herdeira e participará da herança com relação aos bens adquiridos na constância do casamento na qualidade de meeira", prolatou a decisão objeto deste agravo de instrumento, determinando a intimação da "inventariante para que providencie as pendências informadas na certidão" (f. 76/76-v.-TJ).

Pede a agravante, enquanto inventariante, seja este agravo de instrumento provido "para reformar a respeitável decisão interlocutória de f. 72 e verso, e homologar o Auto de Orçamento, Partilha e Pagamentos de f. 16/26".

Da homologação:

Esta a parte da pretensão recursal que tenho por inadmissível.

É que o pedido da agravante "para homologar o Auto de Orçamento, Partilha e Pagamentos de f. 16/26" não pode ser ainda enfrentado e dirimido neste juízo *ad quem*.

A decisão recorrida trata apenas do tema atinente à inclusão da viúva do herdeiro pré-morto no rol dos herdeiros da inventariada. Ora, é óbvio que questões outras precisam ser resolvidas para se chegar à pretendida e final homologação, sendo certo que este juízo *ad quem* atropelaria a prerrogativa que tem o juízo *a quo* para ser o seu primeiro julgador ou, noutros termos, de resolvê-las em primeiro lugar.

Por conta da vedação à supressão de instância, não se pode conhecer do pedido homologatório deduzido pela agravante.

Da inclusão de herdeira:

Eis, pois, a única questão passível de conhecimento e resolução nestes autos: é a viúva do herdeiro pré-morto herdeira de sua sogra?

O direito sucessório possibilita que os descendentes do pré-morto, exercendo o direito de representação, se habilitem e recebam a quota-parte que o falecido receberia acaso vivo estivesse.

Nos dizeres de nosso CCB/02:

> Art. 1.851. Dá-se o direito de representação, quando a lei chama certos parentes do falecido a suceder em todos os direitos, em que sucederia, se vivo fosse.
>
> Art. 1.852. O direito de representação dá-se na linha reta descendente, mas nunca na ascendente.
>
> 0Art. 1.853. Na linha transversal, somente se dá o direito de representação em favor dos filhos de irmãos do falecido, quando com irmãos deste concorrerem.
>
> Art. 1.854. Os representantes só podem herdar, como tais, o que herdaria o representado, se vivo fosse.
>
> Art. 1.855. O quinhão do representado partir-se-á por igual entre os representantes.
>
> Art. 1.856. O renunciante à herança de uma pessoa poderá representá-la na sucessão de outra.

A olhos vistos, o direito de representação é assegurado apenas aos descendentes, não havendo, na lei, qualquer menção quanto à possibilidade de o(a) viúvo(a) representar o cônjuge falecido; e, em se tratando de um direito excepcional, não há, *data maxima venia*, possibilidade de o intérprete da lei e, notadamente, de seu aplicador dar-lhe um alcance ou uma extensão maior do que a que lhe foi dada pelo legislador.

Lado outro, impossível desprezar o fato de que, por força do art. 1.571, I, do CCB/2002, uma sociedade conjugal se extingue com a morte de um dos cônjuges, em razão do que injustificável seria atribuir-se ao(à) viúvo(a) o direito de representação no que tange à herança de sua sogra.

No caso em comento, tem-se que Leonardo, um dos seis filhos e herdeiros de Sebastiana, faleceu em 3/11/2009 (f. 41-TJ). Sebastiana, por sua vez, morreu posteriormente, mais precisamente aos 13/3/2016 (f. 9-TJ). Extrai-se dos autos, portanto, que, à época do falecimento da inventariada, um de seus filhos já havia falecido.

E é nesse passo que, por ditar a lei a excepcionalidade do direito de representação e a extinção da sociedade conjugal em razão do falecimento de um dos cônjuges, concluo que apenas aos filhos do herdeiro pré-morto Leonardo é que se pode atribuir o direito de representação nos autos do originário inventário, e não à sua esposa, independentemente do regime de bens que regrava o casamento deles.

Na hipótese em que a sogra tenha morrido depois do marido, a viúva deste não tem o direito à herança daquela, isso em razão da extinção ou dissolução do vínculo conjugal antes do próprio surgimento da herança.

A viúva (Maria das Graças) tinha direito sucessório aos bens deixados pelo marido no momento do óbito deste, não tendo direito de representação à herança gerada pelo posterior falecimento de sua sogra.

Como já decidido:

> Agravo de instrumento. Direito das sucessões. Pretensão de habilitação da viúva por representação do filho pré-morto dos falecidos. Inviabilidade. Representação que somente aproveita aos descendentes [...] Recurso provido. - 1. O direito de representação é exceção prevista nos arts. 1.851 e ss. do Código Civil, que se restringe aos descendentes do falecido. 2. É inviável a habilitação de viúva por representação do filho pré-morto dos falecidos, porquanto não a aproveita a regra da representação (AI nº 1.0024.02.676700-4/002, 6ª Câmara Cível/TJMG, Rel.ª Des.ª Sandra Fonseca, *DJ* de 7/4/2015 - ementa parcial).
>
> Agravo de instrumento. Habilitação em inventário. Herdeiros colaterais. Direito de representação. Estendido somente aos descendentes. Limitação até os parentes de 3ª grau. Art. 1.853 do Código Civil. Recurso desprovido. - Os parentes por afinidade não são herdeiros legítimos do *de cujus*. - Na sucessão hereditária, o direito de representação estende-se somente aos descendentes do parente pré-morto, logo, o viúvo não representa o herdeiro pré-morto (AI nº 1.0105.12.030650-8/001, 2ª Câmara Cível/TJMG, Rel.ª Des.ª Hilda Teixeira da Costa, *DJ* de 28/1/2015 - ementa parcial).
>
> A sucessão por representação se faz em linha reta e não envolve o cônjuge do representado. O direito de representação existe em linha reta descendente, herdando os filhos do herdeiro pré-morto tal como herdaria o representado se vivo estivesse (AI nº 1.0398.09.014610-9/001, 7ª Câmara Cível/TJMG, Rel. Des. Wander Marotta, *DJ* de 17/12/2009 - ementa parcial).

Diante do exposto e por tudo mais que dos autos consta, dou provimento à parte cognoscível do recurso, isso para, reformando a decisão recorrida, determinar o prosseguimento do originário inventário independentemente da inclusão da viúva do herdeiro pré-morto como herdeira da inventariada.

Sem custas recursais (art. 10, II, LE nº 14.939/03).

É como voto.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES WILSON BENEVIDES e ALICE BIRCHAL.

Súmula - DERAM PROVIMENTO À PARTE COGNOSCÍVEL DO RECURSO.

• • •

Reexame necessário - Ação reivindicatória - Desapropriação indireta - Incorporação do bem ao patrimônio público - Conversão em perdas e danos - Valor da indenização - Prova pericial - Juros compensatórios - Art. 15 do Decreto-Lei nº 3.365/1941 - Omissão - Súmula 45 do STJ - *Reformatio in pejus* - Incabível correção monetária e juros de mora - Honorários advocatícios - Sentença parcialmente reformada

- A desapropriação indireta é calcada no art. 35 do Decreto-Lei nº 3.365/41, que caracteriza o "fato consumado" e dispõe que os bens expropriados incorporados à Fazenda Pública não podem ser objeto de reivindicação, resolvendo-se a ação em perdas e danos.

- Inexistindo elementos que desconstituam o *quantum* indicado no laudo oficial, deve este prevalecer.

- Omitindo-se a sentença quanto à imposição dos juros compensatórios, regulados pelo art. 15-A do Decreto -Lei nº 3.365/41, à vista da impossibilidade de *reformatio in pejus* em sede de reexame necessário (Súmula 45 do STJ), ausente interposição de recurso pela parte interessada, revela-se inviável a modificação da sentença nessa parte.

- A correção monetária a ser aplicada sobre o montante da condenação incide a partir da elaboração do laudo oficial e deve ser calculada segundo o IPCA-E.

- O art. 15-B do Decreto-Lei nº 3.365/41 estabelece que os juros de mora são devidos a partir de 1º de janeiro do exercício seguinte àquele em que o pagamento deveria ter sido efetivado, no percentual de 6% (seis por cento) ao ano.

- A teor do art. 27, § 1º, do Decreto-Lei nº 3.365/41, os honorários advocatícios devem se limitar ao patamar de 5% (cinco por cento) da condenação.

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL Nº 1.0418.10.001129-9/001 - Comarca de Minas Novas - Remetente: Juiz de Direito da Comarca de Minas Novas - Autora: Associação de Pais e Amigos dos Excepcionais de Minas Novas - Réu: Município de Minas Novas - 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 REFORMAR PARCIALMENTE A SENTENÇA NO REEXAME NECESSÁRIO.

Belo Horizonte, 26 de junho de 2018. - *Afrânio Vilela* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. AFRÂNIO VILELA - Em exame, remessa oficial da sentença de f. 140/141, que, nos autos da ação reivindicatória ajuizada pela Associação de Pais e Amigos dos Excepcionais de Minas Novas em face do Município de Minas Novas, após extinção parcial do processo com relação ao pedido principal (f. 83/84), julgou procedente o pedido sucessivo para condenar o requerido a pagar à requerente a quantia de R$140.462,79 (cento e quarenta mil, quatrocentos e sessenta e dois reais e setenta e nove centavos), acrescida de juros de mora de 1% (um por cento) ao mês, desde a citação, e corrigida monetariamente desde o ajuizamento da demanda, conforme índices da CGJMG. Ao final, condenou ainda o requerido a arcar com os honorários arbitrados no importe de 10% sobre o valor da condenação, isentando-o, contudo, das custas processuais, *ex vi lege*.

Promovida a intimação pessoal do ente público sobre os termos da r. sentença (f. 146), restou consignada a desistência do prazo recursal, conforme cota lançada à f. 148-v.

Atendidos os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

Cinge-se a controvérsia a aferir se decidiu com o costumeiro acerto o Exm.º Juiz singular que, diante da desapropriação indireta do bem objeto do pedido reivindicatório, acolheu o pedido de indenização por danos materiais, formulado sucessivamente na exordial.

Pois bem.

A regra matriz da desapropriação está estampada no art. 5º, XXIV, da Constituição Federal, que assim disciplina:

> XXIV - a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição;
>
> [...].

O procedimento administrativo para desapropriação é composto das fases declaratória, em que se manifesta o interesse na desapropriação, e expropriatória, em que são adotadas as providências para consumar a transferência do bem para o Poder Público.

Já a desapropriação indireta é aquela em que o Poder Público se apropria do bem particular sem prévia declaração e indenização.

Aludida modalidade de desapropriação é calcada no art. 35 do Decreto-Lei 3.365/41, que caracteriza o "fato consumado":

> Art. 35. Os bens expropriados, uma vez incorporados à Fazenda Pública, não podem ser objeto de reivindicação, ainda que fundada em nulidade do processo de desapropriação. Qualquer ação, julgada procedente, resolver-se-á em perdas e danos.

Com efeito, havendo apossamento administrativo com a perda da propriedade, o dono, não importando qual seja, deve ser indenizado, sob pena de enriquecimento ilícito, pois o apossamento de um bem sempre importa em aumento de patrimônio de quem o recebe em detrimento de quem o perde.

No caso em apreço, restou comprovada a desapropriação indireta sobre a parte do imóvel que integrava o patrimônio da autora, utilizada pelo Município para construção do Caps Agenor Santos, o que inviabiliza

o acolhimento do pedido reivindicatório e, por conseguinte, impõe a condenação do ente público ao pagamento da justa indenização.

Inexistindo elementos que desconstituam o *quantum* indicado no laudo oficial de f. 119/133, R$140.462,79 (cento e quarenta mil, quatrocentos e sessenta e dois reais e setenta e nove centavos), deve este prevalecer.

Tocante aos consectários da condenação, tenho que a r. sentença merece parcial reforma.

O art. 15-B do Decreto-Lei nº 3.365/41 estabelece que os juros de mora são devidos a partir de 1º de janeiro do exercício seguinte àquele em que o pagamento deveria ter sido efetivado, no percentual de 6% (seis por cento) ao ano.

Já a correção monetária, por constituir mera recomposição do valor da moeda corroído pelo processo inflacionário, incide a partir da elaboração do laudo pericial, segundo índices do IPCA (REsp 1.270.439/PR, submetido ao regime do art. 543-C do Código de Processo Civil).

Nesse sentido, é a jurisprudência do STJ:

> Administrativo e processual civil. Agravo regimental no recurso especial. Desapropriação para fins de reforma agrária. Valor da indenização contemporâneo à data da avaliação. Jurisprudência pacífica do STJ. Súmula 83/STJ. Agravo regimental improvido. - I. O acórdão de 2º grau está em consonância com a jurisprudência do STJ, no sentido de que 'a inteligência do art. 26 do Decreto-Lei 3.365/1941 estabelece regra segundo a qual o valor da indenização por desapropriação deve ser contemporâneo à avaliação judicial, independentemente da data do decreto expropriatório, da imissão na posse pelo ente expropriante ou da sua vistoria' (STJ, AgRg no REsp 1.405.295/RN, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, *DJe* de 11/2/2014). No mesmo sentido: STJ, AgRg no REsp 1.434.078/RN, Rel. Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, *DJe* de 13/10/2015; STJ, AgRg no REsp 1.452.039/CE, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, *DJe* de 16/9/2014; STJ, AgRg no AREsp 444.748/CE, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, *DJe* de 25/2/2014. Incidência da Súmula 83/STJ. II. Agravo Regimental improvido (STJ - AgRg no REsp nº 1452400/RN - Rel.ª Min.ª Assusete Magalhães - *DJe* de 17/3/2016).

Lado outro, a Súmula 618 do Supremo Tribunal Federal estabelece que, "na desapropriação, direta ou indireta, a taxa dos juros compensatórios é de 12%".

Quanto ao termo inicial do aludido consectário legal, o enunciado da Súmula 114, do Superior Tribunal de Justiça, segundo o qual "os juros compensatórios, na desapropriação indireta, incidem a partir da ocupação, calculados sobre o valor da indenização, corrigido monetariamente".

Entretanto, omitindo-se a sentença quanto à imposição dos juros compensatórios, regulados pelo art. 15-A do Decreto-Lei nº 3.365/41, à vista da impossibilidade de *reformatio in pejus* em sede de reexame necessário (Súmula 45 do STJ), ausente interposição de recurso pela parte interessada, revela-se inviável a modificação da sentença nessa parte.

Por derradeiro, os honorários advocatícios de sucumbência devem ser arbitrados em 5% sobre o valor da indenização, devidos pelo expropriante, dentro dos limites impostos pelo art. 27, § 3º, do Decreto-Lei nº 3.365/41.

Isso posto, em reexame necessário, reformo parcialmente a sentença quanto aos consectários da condenação, nos seguintes termos: os juros moratórios devem incidir a partir do primeiro dia do mês de janeiro do exercício seguinte àquele em que o pagamento deveria ter sido feito (2010), no percentual de 6% (seis por cento) ao ano; a correção monetária observará os índices do IPCA-E e será computada a partir de 4/3/2015 (f. 118/133); os honorários advocatícios ficam arbitrados no importe correspondente a 5% (cinco por cento) do valor da condenação.

Sem custas, *ex vi lege*.

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

Súmula - REFORMARAM PARCIALMENTE A SENTENÇA NO REEXAME NECESSÁRIO.

• • •

Apelação cível - Embargos de terceiro - Averbação de ação de execução nas matrículas de imóveis - Bens recebidos por doação - Existência de vários coproprietários - Cláusula de impenhorabilidade e inalienabilidade imposta pelo doador - Existência de usufruto vitalício - Alienação da quota-parte dos executados a uma coproprietária - Permissão averbada nas matrículas dos imóveis pelo doador - Possibilidade - Risco de insolvência dos executados - Ausência de prova - Fraude à execução - Não configuração

- Para o reconhecimento da fraude à execução, além da venda do imóvel que lhe pertence, após a averbação da ação de execução em sua matrícula, também é necessária a criteriosa análise do estado de insolvência do executado em razão dessa alienação, requisitos estes que, necessariamente, devem coexistir para autorizar a decretação da fraude à execução.

- São impenhoráveis os imóveis gravados, pelo doador, com a cláusula de impenhorabilidade e inalienabilidade, haja vista que a venda da quota-parte dos executados a outro coproprietário desses bens também decorre da livre vontade do doador, que assim o permitiu, com o intuito de mantê-los somente entre os donatários.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0439.16.001212-6/001 - Comarca de Muriaé - Apelante: Credimur Cooperativa de Crédito Rural Muriaé - Apelados: Rosângela Neves de Miranda e outro, Abigail Conde Correa Neves - Relator: DES. EVANDRO LOPES DA COSTA TEIXEIRA

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 17ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 28 de junho de 2018. - *Evandro Lopes da Costa Teixeira* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. EVANDRO LOPES DA COSTA TEIXEIRA - Trata-se de recurso de apelação interposto por Cooperativa de Crédito das Matas de Minas Gerais Ltda. - Sicoob/Credisudeste, contra a sentença de f. 54/54-v., proferida nos autos dos embargos de terceiro opostos por Rosângela Neves de Miranda e de Abigail Condé Corrêa Neves à execução ajuizada em face de Indústria Gráfica Neves e Queiroz Ltda., Wellington Correa Neves, Paulo Sérgio Neves e Cristiane Aparecida Leandro Neves, 47/48, que acolheu os embargos para determinar que a parte embargada realize o cancelamento da averbação dos imóveis de matrícula 5.735 e 12.557, no prazo de até 10 dias após o trânsito em julgado, e condenou a parte embargada ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, estes fixados em R$600,00.

Em suas razões recursais (f. 96/63), a parte embargada pediu a reforma da sentença para que sejam rejeitados os embargos, declarando a fraude à execução na alienação das quotas-partes de 28,57% dos imóveis penhorados pelos executados Wellington Correa Neves e Paulo Sérgio Neves à sua irmã Rosângela Neves de Miranda, e, por conseguinte, para declarar que esse percentual está sujeito à execução, na forma do art. 790, V, do CPC. Disse que a sentença aplicou ao caso o art. 833, I, do CPC, que foi invocado para afastar a declaração de fraude à execução; que o Juiz adotou o entendimento de que os imóveis gravados com cláusula de impenhorabilidade não poderiam ser objeto de constrição; que a declaração de fraude à execução seria inócua já que a pretensão executória restaria frustrada, caso o bem permanecesse no patrimônio dos executados/transmitentes; que a sentença afastou do debate a averbação preexistente de pendência de execução nos registros dos imóveis à época da compra e venda (f. 16/19 - art. 792, II, CPC), bem como a análise da responsabilidade patrimonial sobre bens futuros (art. 789, CPC), à luz do princípio da boa-fé objetiva e do abuso de direito da compradora e vendedores; que o entendimento adotado destoa da posição do STJ, que não aplica normas da impenhorabilidade quando invocadas para legitimar uma fraude, bem como negou vigência aos artigos 789, 790, V, 792, II, todos do CPC, e aos artigos 187 e 422 do CC. Ressaltou que a Lei Federal foi interpretada equivocadamente; que a ação de execução foi ajuizada em 20/3/2009, que a averbação dessa ação foi efetivada, no dia 6/5/2009, nas matrículas dos imóveis adquiridos pela primeira apelada; que esta sabia daquela ação e adquiriu livremente as quotas-partes dos devedores (28,57%); que a escritura de compra e venda desses imóveis foi lavrada no dia 2/7/2015; que os executados são irmãos da adquirente de tal quota-parte e filhos da usufrutuária; que o Magistrado deixou de aplicar o art. 792, II, do CPC. Alegou, ainda, que os bens em questão estavam fora do comércio em virtude de cláusula de inalienabilidade instituída pelo doador (avô dos executados e da primeira apelada); que essa cláusula comportava exceção, porque os proprietários poderiam vender a quota-parte entre eles; que a inalienabilidade foi renunciada pelos executados ao fazerem essa venda; que a parte apelada poderia adquirir esses bens, mas desde que depositasse em juízo o valor da compra e venda.

Contrarrazões pela negativa de provimento ao recurso (f. 93/100), sob o argumento de que não houve fraude à execução, porque os imóveis estavam gravados com cláusula de impenhorabilidade e inalienabilidade antes da averbação feita a pedido da parte embargada; que a referida cláusula foi lançada no momento da compra realizada pelo avô da primeira apelada e em favor de seus netos, estabelecendo usufruto vitalício em favor de suas filhas, entre elas a segunda apelada, que permanece viva e reside no imóvel; que esses gravames permanecem no imóvel, mesmo após a transmissão entre os herdeiros; que os imóveis não foram dados em garantia da dívida alegada, nem foram penhorados de forma legal, porque não houve, no processo de execução, a observância da ordem de preferência. Disse mais: ainda que não existisse a cláusula de impenhorabilidade, o dito bem permaneceria impenhorável por ser bem de família, estando a usufrutuária vitalícia residindo no imóvel até a presente data, juntamente com seu esposo; que ele é considerado bem de família, conforme a Lei 8.009/90, sendo o único imóvel da apelada Abigail; que os imóveis foram averbados somente para fins de informação, conforme a própria declaração da parte apelante no processo de execução; que é pacífico o entendimento de que as cláusulas de inalienabilidade e impenhorabilidade devem ser mantidas até o fim da vida do contemplado, assim como o instituto do usufruto vitalício, sendo a averbação realizada nula de pleno direito.

Incidência do novo CPC.

De início, registro que a sentença foi proferida e publicada na vigência do novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015) e, em razão disso, é este o Código a ser observado no caso.

Juízo de admissibilidade.

Conheço do recurso, presentes os pressupostos de admissibilidade.

Preliminares.

Não há preliminares a serem enfrentadas.

Mérito.

Versam os autos sobre embargos de terceiro opostos com a finalidade de desconstituição da averbação realizada pela parte exequente, ora apelante, nos imóveis de matrículas 5.735 e 12.557.

Essa averbação foi lavrada no dia 14/5/2009 e consiste na informação referente à existência da ação de execução ajuizada pela apelante Sicoob Credimur Cooperativa de Crédito de Muriaé em face de Indústria Gráfica Neves e Queiroz Ltda., Wellington Correa Neves, Paulo Sérgio Neves e Cristiane Aparecida Leandro Neves (autos de nº 0439.09.099245-4) (f. 15 e 22).

É fato incontroverso, nos autos, que os imóveis descritos nas referidas matrículas foram adquiridos por Xenofonte Corrêa Neto, conforme registro lançado no dia 20/8/1987, "para seus netos", menores à época, entre os quais estão a embargante Rosângela Correa Neves e os executados Wellington Correa Neves e Paulo Sérgio Neves, tratando-se, pois, de um ato de doação, embora não tivesse essa denominação no registro.

Também constou nesse registro que o doador reservou para si e suas filhas Alina Correia Neto Pires e Abigail Condé Correa Neves o usufruto vitalício sobre esses imóveis e fez constar as cláusulas de impenhorabilidade e inalienabilidade, permitindo tão somente a venda das quotas-partes entre os coproprietários (f. 13 e 20).

Conforme consta na escritura de compra e venda de f. 16/18, no dia 2/7/2015, a embargante Rosângela Neves de Miranda comprou de Wellington Correa Neves e de Paulo Sérgio Neves 28,57% dos imóveis descritos nas referidas matrículas, sendo mantidas as cláusulas de impenhorabilidade e inalienabilidade, bem como o usufruto de tais imóveis pela segunda embargante - Abgail Condé Correa Neves.

Como relatado, o cerne da controvérsia recursal consiste em decidir se a venda da quota-parte dos referidos imóveis pelos executados Wellington Correa Neves e de Paulo Sérgio Neves, para a primeira embargante, caracteriza fraude à execução.

Sobre o instituto da fraude à execução, o art. 593 do Código de Processo Civil de 1973, vigente à época da alienação, assim dispõe:

> Art. 593. Considera-se fraude de execução a alienação ou oneração de bens:
>
> I - quando sobre eles pender ação fundada em direito real;
>
> II - quando, ao tempo da alienação ou oneração, corria contra o devedor demanda capaz de reduzi-lo à insolvência;
>
> III - nos demais casos expressos em lei.

Segundo esse dispositivo legal, para a caracterização da fraude à execução, necessário se faz que a alienação tenha sido efetuada após a citação válida do réu na demanda capaz de levá-lo à insolvência, restando tal ato devidamente inscrito no registro, ou, na falta de tal providência, havendo prova de que o adquirente tinha conhecimento do ajuizamento da execução.

Acerca do tema, eis a lição de Luiz Guilherme Marinoni:

> A jurisprudência exige que o terceiro adquirente ou beneficiado com o ônus real tenha ciência da demanda para caracterização da fraude à execução, protegendo-se por aí a boa-fé do terceiro (STJ, 4ª Turma, REsp 784.995/MT, Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, j. em 14/11/2006, *DJ* de 5/2/2007, p. 249). Do contrário, a fraude à execução não se caracteriza, não alcançando o terceiro de boa-fé, sendo existente, válida e eficaz a alienação ou oneração realizada pelo demandado. A ciência do terceiro pode advir, por exemplo, da averbação da propositura de determinada demanda no registro competente (art. 615-A, CPC), da inscrição da penhora no registro competente (art. 659, § 4º, CPC, STJ, 4ª Turma, REsp 943.591/PR, Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, j. em 19/6/2007, *DJ* de 8/10/2007, p. 311) ou de qualquer outro ato que denote ciência inequívoca do terceiro a respeito da existência da demanda em curso (STJ, 4ª Turma, REsp 784.995/MT, Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, j. em 14/11/2006, *DJ* de 5/2/2007, p. 249) (*Código de Processo Civil comentado artigo por artigo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 610).

No caso dos autos, é fato incontroverso que a venda feita pelos executados à primeira embargante foi realizada após a averbação da ação de execução ajuizada pela apelante.

Ocorre, porém, que os imóveis em questão, além do usufruto vitalício, foram gravados pelo doador com a cláusula de impenhorabilidade e inalienabilidade, que também permitiu a alienação tão somente entre os coproprietários.

Quanto a essa questão, assim dispunha o art. 1.676 do Código Civil de 1916, vigente à época da instituição desse gravame:

> Art. 1.676. A cláusula de inalienabilidade temporária, ou vitalícia, imposta aos bens pelos testadores ou doadores, não poderá, em caso algum, salvo os de expropriação por necessidade ou utilidade pública, e de execução por dívidas provenientes de impostos relativos aos respectivos imóveis, ser invalidada ou dispensada por atos judiciais de qualquer espécie, sob pena de nulidade.

E, embora esse dispositivo legal não tenha sido repetido no Código Civil de 2002, em seu art. 1.911, consoante recente julgamento do Superior Tribunal de Justiça, ao decidir sobre essa questão, ressaltou que "permanece o mesmo tratamento ao instituto, que, por impor ao beneficiário restrição à livre disposição do bem doado, exterioriza o intuito protetivo pretendido pelo testador/doador ao patrimônio do herdeiro/donatário".

Esse acórdão foi assim ementado:

> Recurso especial. Processo civil. Cumprimento de sentença. Penhora sobre nua-propriedade de imóvel gravado com usufruto vitalício. Possibilidade. Cláusula de inalienabilidade. Impenhorabilidade e incomunicabilidade do bem. - 1. Ação de cobrança, em fase de cumprimento de sentença estrangeira, por carta rogatória, autuada em 18/2/2011, da qual foi extraído este recurso especial, interposto em 3/6/2014, concluso ao gabinete em 30/11/2017. 2. O propósito recursal é dizer sobre a possibilidade de penhora de imóvel gravado com cláusulas de usufruto vitalício, inalienabilidade e incomunicabilidade. 3. A nua-propriedade pode ser objeto de penhora e alienação em hasta pública, ficando ressalvado o direito real de usufruto, inclusive após a arrematação ou a adjudicação, até que haja sua extinção. 4. A cláusula de inalienabilidade vitalícia implica a impenhorabilidade e a incomunicabilidade do bem (art. 1.911 do CC/02) e tem vigência enquanto viver o beneficiário. 5. Recurso especial desprovido (REsp 1712097/RS, Rel.ª Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, j. em 22/3/2018, *DJe* de 13/4/2018).

Em igual sentido já julgou esta Câmara:

> Agravo de instrumento. Execução. Penhora. Bem imóvel. Gravame. Cláusula de impenhorabilidade. Desconstituição da constrição. - Se o bem sobre o qual recaiu a constrição se encontra gravado com cláusula de impenhorabilidade, inarredável a conclusão de que ele se enquadra numa das hipóteses do art. 649 do CPC, e se mostra inafastável a desconstituição da penhora (TJMG - Agravo de Instrumento nº 1.0024.98.014381-2/002, Rel. Des. Luciano Pinto, 17ª Câmara Cível, j. em 23/8/2007, p. em 12/9/2007).

Da mesma forma, mudando o que tiver que ser mudado, assim já julgou este Tribunal:

> Agravo de instrumento. Penhora. Bem de família. Existência de galpão construído no mesmo lote da residência. Matrícula única. Bens indivisíveis. Extensão da proteção contida na Lei nº 8.009/2009. Doação por município com cláusula expressa de impenhorabilidade. Validade. - Diante da comprovação de indivisibilidade, o galpão construído no mesmo lote em que se encontra edificada a moradia da família, independentemente de sua finalidade, compõe aludido imóvel residencial e, também, deverá ser protegido pela Lei nº 8.009/09, sendo, portanto, impenhorável. O bem doado por município ao particular, sob condição ou encargo, com cláusula de inalienabilidade ou impenhorabilidade, desde que registrada a cláusula na matrícula do imóvel, obsta a penhora do bem (TJMG - Agravo de Instrumento Cível nº 1.0604.14.002450-5/001, Rel. Des. José de Carvalho Barbosa, 13ª Câmara Cível, j. em 14/9/2017, p. em 22/9/2017).

> Embargos de terceiros. Usufrutuário. Possibilidade. Penhora sobre imóvel doado com reserva de usufruto e gravado com cláusula de inalienabilidade. Dívida de natureza civil. Impenhorabilidade. Eficácia das referidas cláusulas. Prevalência da constrição efetiva. Apelação cível a que se dá provimento. 1 - Os embargos de terceiro têm por objetivo excluir da constrição os bens de quem, sendo proprietário ou possuidor, e não sendo parte no processo, sofre esbulho ou turbação, por ato judicial. 2 - Para manter a eficácia da impenhorabilidade do imóvel, gravado com cláusula de inalienabilidade, impende aferir se a repercussão da cláusula de blindagem na responsabilidade patrimonial do executado encontra-se frente a débitos civis de natureza *propter rem*, tributários ou trabalhistas, ou se são simplesmente decorrentes de uma obrigação civil (TJMG. Apelação Cível nº 1.0024.11.067678-0/001, Rel. Des. Marcelo Rodrigues, 2ª Câmara Cível, j. em 13/8/2013, p. em 26/8/2013).

Assim, com o intuito de preservar os bens gravados com a mencionada cláusula entre os donatários, o doador, avô da primeira embargante e dos executados, permitiu somente a venda da quota-parte entre eles, mantendo-se, dessa forma, o referido gravame.

Dessa forma, o fato de os executados terem vendido as suas frações dos imóveis à primeira embargante não significa que houve violação à cláusula de inalienabilidade, pois, como visto, foi preservada a vontade do doador.

Não fosse isso, também não há prova nos autos de que a alienação em questão levou os executados à insolvência, que é o outro requisito necessário à caracterização da fraude à execução, conforme tem decidido esta Câmara. A saber:

> Apelação cível. Embargos de terceiro. Alienação de imóvel depois de instaurada a execução, mas antes da inscrição da penhora no registro imobiliário. Ausência de prova de que o adquirente sabia da existência de demanda capaz de levar o primitivo proprietário à insolvência. Fraude à execução. Não configuração. - Para o reconhecimento da fraude à execução, é preciso que se observe a ocorrência da litispendência (devedor já citado quando da alienação) e criteriosa análise do estado de insolvência, requisitos estes que, necessariamente, devem coexistir para autorizar a decretação da fraude à execução (TJMG

- Apelação Cível nº 1.0193.01.000387-2/001, Rel. Des. Evandro Lopes da Costa Teixeira, 17ª Câmara Cível, j. em 20/3/2014, p. em 1/4/2014).

Ainda:

> Agravo de instrumento. Execução por título extrajudicial. Localização de veículo de propriedade do executado. Venda do bem anteriormente à constrição. Fraude à execução. Ausência dos requisitos constantes no art. 792 do CPC. Inexistência de prova da má-fé do adquirente. Observância da Súmula 375 do STJ. Impossibilidade de reconhecimento. - Para a configuração do disposto no art. 792 do Código de Processo Civil/1973, não é suficiente a alienação do bem ao tempo da Execução de Título Extrajudicial, sendo indispensável a demonstração da ciência do adquirente sobre a existência de demanda capaz de tornar o alienante insolvente ou a prova do *consilium fraudis*. - À falta de elementos válidos e reveladores de que o adquirente, por ocasião da compra do veículo, conhecia a existência da execução movida contra a vendedora/executada, e de que a alienação de bem dessa seria capaz de reduzi-la à insolvência, não há que se falar em reconhecimento de fraude à execução (TJMG - Agravo de Instrumento Cível nº 1.0024.12.277186-8/001, Rel. Des. Roberto Vasconcellos, 17ª Câmara Cível, j. em 16/11/0017, p. em 17/11/2017).

Também é deste Tribunal este precedente:

> Embargos do devedor. Imóveis. Impenhorabilidade. Fraude à execução. Inocorrência. Coisa julgada. Decisão cassada. Art. 515 do CPC. - 1. Verificando-se, pelos registros, que os imóveis estão gravados com cláusula de impenhorabilidade e inalienabilidade, correta é a decisão que declarou insubsistente a penhora em relação a eles. 2. Não basta, para a configuração de fraude à execução, a ocorrência de alienação de bens no curso da execução, sendo imprescindível a demonstração que tal fato levou o executado à insolvência. 3. Uma vez cassada a decisão, nada do que nela foi julgado prevalece, devendo toda a matéria em discussão ser apreciada em novo julgamento, não havendo, portanto, que se falar em coisa julgada. 4. A norma contida no *caput* do art. 515 do CPC deixa claro que o efeito devolutivo dos recursos devolve ao Tribunal somente o conhecimento da matéria impugnada (TJMG - Apelação Cível nº 1.0479.03.059913-4/004, Rel. Des. Guilherme Luciano Baeta Nunes, 18ª Câmara Cível, j. em 9/11/2010, p. em 25/11/2010).

Portanto, considerando todo o exposto, deve ser mantida a sentença recorrida que impôs à parte embargada a obrigação de providenciar o cancelamento da averbação dos imóveis de matrícula 5.735 e 12.557, porquanto, nos termos do art. 649 do CPC/73, vigente à época, são absolutamente impenhoráveis "os bens inalienáveis e os declarados, por ato voluntário, não sujeitos à execução".

Posto isso, nego provimento ao recurso.

E, com fundamento nos §§ 1º e 11 do art. 85 do NCPC, majoro os honorários advocatícios para R$1.000,00 (um mil reais).

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES APARECIDA GROSSI e ROBERTO SOARES DE VASCONCELLOS PAES.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

• • •

Apelaçao cível - Ação ordinária - Plano de saúde - Atendimento *home care* - Falecimento da autora no curso do processo - Danos morais - Cabimento - *Quantum* indenizatório

- Havendo confronto entre a exclusão contratual e o direito à saúde, deve prevalecer este último, uma vez que, ao contratar um plano de saúde, o consumidor tem a legítima expectativa de receber um atendimento adequado e eficaz quando necessitar.

- A obrigação de indenizar exsurge da negativa de tratamento, não propiciando o tratamento recomendado pelos médicos, fato que constituiu ato ilícito diante da fundamental continuidade no tratamento.

- A fixação do valor da indenização por dano moral deve atender às circunstâncias do caso concreto, não devendo ser fixada em quantia irrisória, assim como em valor elevado a ponto de propiciar enriquecimento sem causa.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0472.17.001246-3/002 - Comarca de Paraguaçu - Apelante: Unimed Alfenas Cooperativa de Trabalho Médico - Apelados: Ângela Maria Prado da Silva e outro, Carlos César Prado, Fernando Prado Filho, Sara Júlia Prado Martins, Joarina Castilho Prado, Fernando Prado - Relator: DES. MARCO AURELIO FERENZINI

Acórdão

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

Belo Horizonte, 21 de junho de 2018. - *Marco Aurelio Ferenzini* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. MARCO AURELIO FERENZINI - Trata-se de recurso de apelação cível interposto por Unimed Alfenas Cooperativa de Trabalho Médico contra a sentença de f. 230/232, proferida nos autos da ação ordinária ajuizada por Joarina Castilho Prado, representada por sua filha Ângela Maria Prado da Silva, pela qual o juízo de primeiro grau julgou parcialmente procedente para condenar a ré ao pagamento de R$10.000,00 (dez mil reais) a título de indenização por danos morais, valor a ser corrigido monetariamente a partir da data da decisão, e acrescidos de juros de mora de 1% ao mês, a partir da citação.

A requerida defende que o contrato firmado possui previsão expressa de exclusão de cobertura para o atendimento buscado e que, de acordo com parecer técnico da ANS, não é obrigada a fornecer o serviço de *Home Care*. Sustenta, também, que a existência de cláusula limitativa não importa em abusividade do contrato, haja vista ter sido feito sob a égide do Código de Defesa do Consumidor.

Além disso, afirma ser dever do Estado a garantia do acesso à saúde e que não pode ser compelida a fornecer tal serviço, senão na forma contratada. Assegura que cuidou de auxiliar no transporte da autora do hospital

ao seu domicílio, ainda que fora da cobertura do plano, e que não foi prescrito pelo médico auxílio em tempo integral por profissional de saúde.

Quanto ao dano moral, alega ser tal indenização indevida por ter agido dentro dos limites legais e contratuais, cumprindo devidamente com as suas obrigações. Nesse contexto, aduz ser inexistente o dano e, consequentemente, o dever de indenizar.

Pela eventualidade, pugna pela redução do *quantum* fixado a título de danos morais, ao argumento de que se mostra excessivo diante do presente caso.

Juízo de admissibilidade.

Publicada a sentença em 1º/12/2017 (f. 233), apelação protocolizada em 24/1/2018 (f. 234) e preparo devidamente recolhido e comprovado (f. 247-v). Conheço do recurso por presentes os requisitos de admissibilidade e, nos termos do art. 1.012 do CPC, recebo-o com efeito suspensivo.

Mérito.

Versam os autos sobre ação ordinária ajuizada por Joarina Castilho Prado em face de Unimed Alfenas Cooperativa de Trabalho Médico, visando ao fornecimento do serviço de h*ome care* e a condenação da requerida ao pagamento de indenização por danos morais.

Relata a inicial que a autora era conveniada de plano fornecido pela ré e encontrava-se internada, em coma, em decorrência de quadro de Acidente Vascular Cerebral (AVC), necessitando cuidados médicos variados. Os médicos, então, prescreveram a internação domiciliar, diante do risco de infecção hospitalar, necessitando de suporte clínico em casa. Narra que os filhos da autora entraram em contato com a autora para que lhe fosse fornecido o aparato, porém, sem sucesso, motivo pelo qual foi ajuizada a presente ação.

No curso do processo, entretanto, a autora veio a óbito, conforme atesta certidão de f. 102, e seus herdeiros foram devidamente habilitados (f. 103).

Sobreveio sentença condenatória que determinou à ré que pagasse R$10.000,00 (dez mil reais) a título de indenização por danos morais, sobre a qual se insurgiu a requerida, ora apelante.

Deste modo, o cerne do presente litígio cinge-se em perquirir se é devida tal indenização e, eventualmente, qual o seu *quantum*.

A contratação de plano de saúde tem como objetivo propiciar ao contratante assistência médica e tratamento das doenças que o acometerem. O beneficiário tem o propósito de se ver amparado na proteção de sua saúde e vida. Estes são direitos fundamentais próprios da natureza e finalidade do contrato.

Nessa senda, o Superior Tribunal de Justiça já decidira que o serviço de *Home Care* é o desdobramento do tratamento hospitalar, de forma que não pode ser limitado pelo plano de saúde e os termos de seu contrato, senão, veja-se:

> Civil. Processual civil. Agravo regimental no agravo em recurso especial. Recurso manejado sob a égide do CPC/73. Consumidor. Plano de saúde. Cobertura. Tratamento *home care*. Recusa injustificada. Cláusula abusiva. Tribunal estadual alinhado à jurisprudência desta corte. Súmula nº 83 do STJ. Preceitos legais não prequestionados. Súmula nº 282 e 356 do STF. Conclusões do acórdão local acerca da neces-

> sidade do tratamento pleiteado. Súmula nº 7 do STJ. Agravo regimental não provido. [...] 3. O serviço de *home care* (tratamento domiciliar) constitui desdobramento do tratamento hospitalar contratualmente previsto que não pode ser limitado pela operadora do plano de saúde. Na dúvida, a interpretação das cláusulas dos contratos de adesão deve ser feita da forma mais favorável ao consumidor [...] (AgRg no AREsp 835.018/DF, Rel. Min. Moura Ribeiro, Terceira Turma, j. em 2/2/2017, *DJe* de 16/2/2017).

Através do exame da documentação acostada aos autos, em especial o relatório médico de f. 27/28, observa-se que a apelante necessitava de cuidado domiciliar por indicação médica, uma vez que ela era idosa, encontrava-se em coma, acometida por AVC que acarretou na necessidade de traqueostomia e passagem de sonda nasoentérica. Encontrava-se em condições de alta, a qual se fazia imprescindível diante do risco de infecção hospitalar, como asseverou o relatório médico à f. 28: "A sua manutenção em hospital aumenta o risco de infecção hospitalar, complicando o prognóstico da paciente. Tal suporte pode ser oferecido fora do ambiente hospitalar, sendo indicado o tratamento domiciliar para a paciente".

Apesar de existir exclusão contratual de atendimento domiciliar no contrato, deve ser reconhecido o direito da autora para tratamento domiciliar, sendo pacífico na doutrina e jurisprudência que as relações jurídicas firmadas entre o plano de saúde e o cliente são de consumo. Assim, havendo confronto entre a exclusão contratual e o direito à saúde, deve prevalecer este último, uma vez que, ao contratar um plano de saúde, o consumidor tem a legítima expectativa de receber um atendimento adequado e eficaz quando necessitar.

Dessa forma, tomando por base o princípio da dignidade da pessoa humana e o princípio da boa-fé contratual, imprescindível se fazia a prestação do tratamento domiciliar à apelante, que possuía saúde bastante debilitada e o tratamento fora de seu domicílio poderia agravar seu estado de saúde.

Isso posto, tem-se que a negativa da ré, que não propiciou o tratamento recomendado pelos médicos, constituiu ato ilícito, pois, diante da fundamental continuidade no tratamento, foi-lhe negada a assistência. Assim, existente o ato ilícito, o dano e o nexo causal, exsurge a obrigação de indenizar.

Ainda quanto à indenização do dano moral, cumpre salientar que ela é devida, mesmo ante o falecimento da autora no curso da lide, que deve prosseguir em nome de seus herdeiros, conforme autoriza o art. 110 do Novo CPC.

Sobre o tema, Theotônio Negrão, na obra *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*. 47. ed. São Paulo: Saraiva, p. 221, observa que:

> Morte do autor da ação de indenização por danos morais. Se a vítima de danos morais morre no curso da ação, sua posição no processo é ocupada pelo espólio ou pelos sucessores. Assim, 'Se a indenização se faz mediante pagamento em dinheiro, aquele que suportou os danos tinha direito de recebê-la e isso constitui crédito que integrava seu patrimônio, transmitindo-se a seus sucessores. Possibilidade de os herdeiros prosseguirem com a ação já intentada por aquele que sofreu os danos (RSTJ - 130/299: Terceira Turma, REsp 219.619). No mesmo sentido: STJ - Primeira Turma, REsp 1.028.187, Min. José Delgado, j. em 6/5/2008, *DJU* de 4/6/2008; *RSTJ* 172/451 (Quarta Turma, REsp 440.6260, *RT* 893/256 (TJBA, Ap. Cível 26381-1/2009), 896/217 (TJSP, Ap. Cível 994.09.371365-0), RJ - 336/118, *JTJ* - 301/203, 375/160 (Ap Cível 312.711-5/3-00).

Quanto ao valor da indenização, cumpre destacar que não existe parâmetro objetivo para se aferir e quantificar o abalo psíquico sofrido pela vítima de danos na sua esfera moral, sendo que o valor da indenização

deve atender às circunstâncias do caso concreto, não podendo ser irrisório a ponto de nada representar ao agente que sofre a agressão, assim como não pode ser elevado a ponto de propiciar enriquecimento sem causa.

Dessa forma, diante das especificidades do caso concreto e, ainda, atentando-se aos critérios da razoabilidade e proporcionalidade, tem-se que a indenização fixada no importe de R$10.000,00 (dez mil reais) deve ser mantida, pois tal valor se mostra razoável e adequado para minimizar e reparar os danos morais sofridos.

Dispositivo.

Diante do exposto, nego provimento ao recurso.

Condeno a parte apelante ao pagamento das custas recursais, bem como ao pagamento de honorários advocatícios, os quais, a teor do art. 85, § 11, do novo CPC (Lei 13.105/2015), majoro para 18% (dezoito por cento) do valor da condenação, tendo em vista o trabalho desenvolvido pelo advogado da parte contrária em sede recursal.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES VALDEZ LEITE MACHADO e EVANGELINA CASTILHO DUARTE

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Apelação cível - Ação negatória de paternidade - Registro público - Vícios de consentimento - Ausência - Improcedência

- A ausência de prova inequívoca de erro, dolo, coação, simulação ou fraude, no momento do registro público de nascimento promovido voluntariamente pelo pai, impede sua anulação.

Recurso conhecido, mas não provido.

Apelação - Direito de família - Negativa de paternidade - Exame de DNA realizado anteriormente ao ajuizamento da ação - Possibilidade - Nomeação de curador especial - Condenação do Município de Vazante ao pagamento de honorários advocatícios - Impossibilidade

- Não é necessária a repetição, em juízo, do exame de DNA realizado anteriormente ao ajuizamento da ação anulatória de paternidade, se a parte contrária não aponta vício ou nulidade capaz de macular a prova apresentada, e, se, das demais provas constantes nos autos, se conclui pela veracidade do resultado apresentado.

- Tem-se a posse do estado de filho pela reunião da *tractatio* e da *reputatio*, sendo desnecessário o *nomen*; isso porque a filiação socioafetiva, porquanto baseada em vínculos de afetividade, se traduz no comportamento do suposto pai em relação à criança, sendo imprescindível, a bem da verdade, a visibilidade social de tal comportamento.

- "Prestada a assistência judiciária gratuita por advogado nomeado pelo Magistrado, para patrocinar causa de juridicamente necessitado, o mesmo faz jus à percepção de honorários fixados pelo Juiz, a serem pagos pelo Estado" (art. 22, § 1º, do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil - Lei 8.906/94).

V.v. Apelação - Direito de família - Paternidade socioafetiva - Estado da posse de filho - Ausência de elementos - Não reconhecimento

- Ausentes os elementos para a configuração da posse do estado de filho, impossível reconhecimento da paternidade socioafetiva.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0710.15.001268-4/001 - Comarca de Vazante - 1º Apelante: W.L.L. - 2º Apelante: Município de Vazante - Apelados: L.H.L.S. representado p/ mãe R.C.P.S., Cristiane Resende Cardoso curadora - Relator: DES. JAIR VARÃO

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em NEGAR PROVIMENTO AO PRIMEIRO RECURSO, VENCIDO O RELATOR; E DAR PROVIMENTO AO SEGUNDO.

Belo Horizonte, 5 de abril de 2018. - *Jair Varão* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. JAIR VARÃO - Cuida-se de recursos de apelação interpostos contra a r. sentença de f. 92/93-v. proferida pelo Juízo da Vara Única da Comarca de Vazante, que, nos autos da ação anulatória de paternidade c/c retificação de registro, movida por W.L.L. em face de L.H.L.S., representado por O.P.S., M.L.S. e R.C.P.S., julgou improcedente o pedido inicial, nos seguintes termos:

> Assim, julgo improcedente o pedido, extinguindo o processo, com julgamento de mérito, nos termos do art. 487, I, do CPC/15.
>
> Condeno o autor ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, que fixo em R$1.200,00 (mil de duzentos reais), suspendendo a exigibilidade em virtude da gratuidade de justiça concedida à f. 42.
>
> Entendo que os municípios não estão obrigados a disponibilizar aos seus cidadãos assistência jurídica gratuita, mas, se assim o fazem voluntariamente, devem prestar tal serviço de forma eficiente, sob pena de responsabilização. No caso, apesar de intimado, o assessor jurídico do Município de Vazante não compareceu à audiência de instrução e julgamento, o que ensejou a nomeação da Dra. Cristiane Resende Cardoso como advogada dativa dos guardiões do réu. Nesse sentido, fixo honorários em favor da mencionada advogada no valor de R$1.200,00 (mil e duzentos reais) a ser custeado pelo Município de Vazante.
>
> Intime-se o Prefeito de Vazante, com cópia desta sentença e da ata de audiência (f. 75/75-v.) para tomar conhecimento da condenação [...].

Recorre o autor, com razões às f. 95/104, sustentando, em síntese, que a conclusão constante na sentença contraria as informações do relatório social de f. 67/70, o qual comprovou, juntamente com declarações do recorrente e de testemunha proferidas na audiência de instrução e julgamento, que não existem laços afetivos entre ele e o menor recorrido. Afirmou que não pode o Judiciário impor paternidade afetiva ao recorrente, sendo que ele próprio nega veementemente a suposta afinidade havida entre ele e a criança. Aduziu que é inegável que foi induzido a erro pela mãe do recorrido, a qual lhe ocultou que a criança é, na verdade, filho de terceiro, o que viciou seu consentimento e culminou na falsa declaração de paternidade perante o Cartório de Registro Civil.

Pugnou, assim, pelo provimento do recurso, a fim de que seja declarado que o autor não é pai do recorrido, reconhecendo-se o vício de consentimento consistente no erro que o levou a fazer falsa declaração de paternidade perante o Cartório de Registro Civil, determinando-se a expedição de mandado de averbação à serventia, para excluir seu nome e de seus pais como avós paternos da criança, no registro de nascimento do menor.

Contrarrazões, de f. 116/120, em óbvias informações.

O Município de Vazante apresentou recurso de apelação por terceiro prejudicado, às f. 107/110, afirmando que, nos presentes autos, não deveria ter sido nomeado curador especial para representar o réu, uma vez que este tinha advogado habilitado e constituído nos autos, estando devidamente representado nos autos por seus avós, os quais possuem sua guarda judicial. Dessa forma, defendeu que, havendo advogado constituído nos autos, a ausência do advogado na audiência não acarretaria a nomeação de outro advogado como curador especial para prosseguir na defesa do réu. Afirmou, assim, que o Juízo *a quo* equivocadamente realizou uma substituição do advogado da parte ré, sendo tal atitude contrária à legislação processual, motivo pelo qual

a sentença combatida deve ser reformada. Ressaltou que, ainda que a referida advogada, Dra. Cristiane Resende Cardoso, tivesse sido nomeada como advogada dativa ou *ad hoc*, não há, *in casu*, requisitos autorizadores para a referida nomeação. Reforçou que a falta do advogado em audiência de instrução e julgamento não acarreta a nomeação de curador especial para parte que já possui advogado constituído, tratando-se que um ato arbitrário que não pode perpetuar. Sustentou que os guardiões da criança nem sequer integram o polo passivo da ação, visto que apenas representam o réu por este ser menor. Salientou que o Município não é parte da presente ação e que este não teve oportunidade de comprovar a eficiência na prestação de serviços, não tendo sido respeitados o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa. Relembrou que a obrigação constitucional de prestar assistência judiciária é dos Estados, e não dos Municípios; logo, ainda que a advogada em questão tivesse sido nomeada como advogada dativa, seria dever do Estado de Minas Gerais remunerá-la pelos serviços prestados. Sucessivamente, em caso de manutenção da condenação, impugnou o valor arbitrado a título de honorários, afirmando que é desarrazoado e em desconformidade com o princípio da proporcionalidade. Afirmou que, para fixação do montante deveria ter sido aplicada a Tabela de Honorários Dativos consoante convênio firmado entre a OAB e a Procuradoria-Geral do Estado de Minas Gerais. Requereu, portanto, provimento do recurso para que seja decotada a condenação impugnada da sentença.

Parecer da douta Procuradoria-Geral de Justiça às f. 125/129 pelo desprovimento dos recursos.

I - Juízo de admissibilidade.

Presentes os requisitos de admissibilidade, conheço dos recursos.

II - Mérito.

Cuida-se de ação anulatória de paternidade c/c retificação de registro civil, na qual alega o autor não ser pai biológico da criança e não possuir com ela nenhum tipo de vínculo afetivo, desde que realizado o exame de DNA constante às f. 10/14.

A sentença recorrida julgou improcedente o pedido ao reconhecer a existência de paternidade socioafetiva, baseando-se em depoimento pessoal do réu, oitiva de testemunha em audiência de instrução e julgamento e no relatório social de f. 67/70.

De início, em razão da prejudicialidade entre as questões, entendo por analisar argumento, construído em contrarrazões de apelação, de que não seria o exame de DNA de f. 10/14 válido, uma vez que não foi realizado em juízo, sob o crivo do contraditório.

Consta no relatório social de f. 67/70 que a guardiã legal do recorrido afirmou que, quando da realização do exame de DNA, a genitora de L.H.L.S. não foi comunicada, tendo sido o exame realizado enquanto a criança estava na posse do pai registral:

> De acordo com a avó, a insistência em realizar outro exame é da R., genitora do réu, pois quando o exame foi realizado ela nem sequer foi comunicada; que fizeram o exame calados, e, para ter uma cópia, teve que insistir muito; que a genitora acredita que o exame foi influenciado pela assistente social da época, que não gostava dela (f. 68).

A informação de que o exame foi realizado unilateralmente foi corroborada pelas declarações da esposa do recorrente, quando da realização do estudo social. É ver:

> De acordo com relatos da companheira do autor, quando o conheceu sabia da existência do réu. [...] a criança adoeceu e foi internado no Hospital Cristo Rei, aqui na Comarca de Vazante , na oportunidade, o autor resolveu realizar o exame de DNA; que, após o resultado do exame, a criança ainda permaneceu com eles por 3 (três) dias até ser entregue ao avô [...] (f. 69).

O próprio recorrente, indagado sobre a questão afirmou:

> Indagado o porquê de realizar o exame de DNA calado sem comunicar a genitora, respondeu que foi pelo fato de ser alvo de comentários e piadas por parte de parentes e terceiros que diziam que a criança não tinha nenhuma característica sua (f. 69).

Pois bem. Analisando o exame de DNA constante às f. 10/14, verifico que a identificação do material biológico coletado no Laboratório de Análises Clínicas São Judas Tadeu Ltda., localizado a Rua Pereira Guimarães, 532, em Vazante/MG, foi realizada pelo Departamento de Genética Humana, do Instituto Hermes Pardini, em 17/10/2007.

Verifico, ainda, que consta no exame a assinatura do médico responsável, bem como a identificação e a assinatura do responsável pela coleta e envio de material, que declarou "que recebeu a caixa contendo material biológico intacta e sem evidências de violação" (f. 10) e se responsabilizou pela identificação das partes (f. 13), não havendo, à primeira vista, qualquer indício de irregularidade no mesmo.

Dessa forma, em que pese argumento construído pelo recorrido e informações constantes no relatório social que apontam para realização unilateral do exame, entendo que as impugnações feitas ao laudo investigação de paternidade constante às f. 10/14 não são suficientes para demonstrar a nulidade da referida prova.

É que, ao longo dos autos, não foi apontado nenhum fato ou apresentado nenhum argumento capaz de levantar dúvida plausível sobre as conclusões constantes no exame. O que se observa é que os representantes do réu fazem negativa geral quanto à validade da prova, a qual não é apta a invalidar a conclusão de que W.L.K. não é pai biológico de L.H.L.S.

É de se notar que o próprio recorrente pugnou pela realização de um novo exame de DNA em juízo (f. 03), caso necessário, e prontamente se dispôs, conforme consta no relatório social de f. 67/70, a realizá-lo, o que demonstra que confia na veracidade dessa prova:

> Indagado sobre a possibilidade de outro exame, informou que está disposto a realizar a qualquer hora e onde a genitora quiser ou o juiz determinar (f. 69).

Sendo assim, em atenção às demais provas acostadas aos autos, concluo que a impugnação feita ao exame de DNA carece de maiores fundamentos e não é suficiente para gerar dúvidas quanto à negativa da paternidade biológica do recorrido.

Saliento que, ao contrário do alegado ao longo dos autos pelo recorrido, o exame de DNA em questão foi submetido ao contraditório, uma vez que foi juntado aos autos, e foi oportunizado aos interessados impugná-lo. Entretanto, como já demonstrado acima, considerando o conjunto fático-probatório do presente caso, a impugnação feita a esta prova não foi suficiente para demonstrar vício ou nulidade que enseje a sua não apreciação.

Ultrapassada a questão referente à necessidade de ser o exame de DNA, que comprova a inexistência de filiação biológica, produzido em juízo, passo à análise do mérito dos recursos.

Do primeiro recurso.

Alega o primeiro recorrente, W.L.L., que o reconhecimento, pela sentença *a quo*, da paternidade socioafetiva contraria as informações do relatório social de f. 67/70 e as declarações proferidas na audiência de instrução e julgamento, que claramente demonstraram a inexistência de laços afetivos entre ele e o menor recorrido.

Após uma minuciosa análise do caso, entendo que, conforme defendido pelo recorrente, merece reforma a sentença, pois não se verifica, no caso em tela, a posse do estado de filho, vale dizer, nas palavras de Rolf Madaleno, "o substrato fático da verdadeira e única filiação, sustentada no amor e no desejo de ser pai ou de ser mãe, em suma, de estabelecer espontaneamente os vínculos da cristalina relação filial." (MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 471).

A doutrina costuma elencar três elementos para a qualificação da filiação em virtude da posse do estado de filho advinda da convivência familiar, quais sejam o *nomen* (o nome paterno), o *tractatus* (o tratamento "de filho") e a *reputatio* (a notoriedade social de tal tratamento).

A meu sentir, todavia, a exigência do primeiro requisito (utilização de mesmo patronímico) não se mostra plausível, considerando que a filiação socioafetiva, porquanto baseada em vínculos de afetividade, se traduz no comportamento do suposto pai em relação à criança, sendo imprescindível, a bem da verdade, a visibilidade social de tal comportamento.

Dessa maneira, tem-se a posse do estado de filho pela reunião da *tractatio* e da *reputatio*.

Em sentido semelhante, a doutrina de Cristiano Chaves e de Nelson Rosenvald nos leciona que:

> A exigência de que se prove que o pai emprestava tratamento de filho e que este tratamento era notório (reputação social) se apresenta envolta de toda a lógica. Todavia, não se pode exigir que a posse do estado de filho demonstre a efetiva utilização do nome de família, como fator necessário para o acolhimento da teoria no caso concreto. É que o elemento nome não é decisivo, possuindo menor ou nenhuma importância para a determinação da posse do estado de filho, uma vez que as pessoas, de regra, são conhecidas pelo prenome e, na hipótese, não disporiam de condições de ostentar o sobrenome de seu pai afetivo. Assim, a não comprovação do uso do patronímico não compromete o acatamento da posse do estado de filho (FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil:* famílias. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2012. v. 6, p. 625).

No caso *sub judice*, em que pesem trechos do relatório social e termo de audiência colacionados na sentença, entendo que o verdadeiro teor de tais declarações demonstram a ausência do tratamento "de filho" pela maior parte da vida da criança, ou seja, desde que reconhecida a inexistência da paternidade biológica com a realização do exame de DNA de f. 10/14. Senão, vejamos.

Consta no relatório social de f. que:

> No momento da visita, encontrava-se o réu L.H., que tem 12 (doze anos de idade), cursa o 6º ano na Escola Estadual Cândido Ulhoa. [...] Indagado quem era seu pai biológico, respondeu que não sabe o nome nem que é. Sobre o autor relatou não conhecer nem saber onde reside (f. 67/68).

Além disso, quando indagados os guardiões legais de L.H.L.S. sobre suposta existência de relação paternal entre recorrente e recorrido, aqueles afirmaram que:

> [...] o avô relatou que o neto, criança em tela, não tem contato com o autor desde criança, aliás, desde que foi realizado exame de DNA; que não sabe o paradeiro do autor [...] (f. 68).
>
> Em conversa com a avó do réu, essa nos relatou que, depois do resultado do exame de DNA, o autor cortou relação com a criança e nunca mais manteve contato, que antes era até bonito de se ver o carinho que tinha pela criança. [...] que, por algum tempo, quando a criança encontrava com o autor na rua, ia até ele, tomava benção e o abraçava, mas atualmente não faz mais, e quando se fala no autor, ele diz: 'sei que não é meu pai' (f. 68).

Ora, das declarações colacionadas acima o que se verifica é que tanto o menor recorrido quanto seus guardiões legais (f. 36/41) relataram, assim como alegado na peça exordial, que o recorrente, após a realização do exame de DNA de f. 14/15, não manteve mais qualquer tipo de contato com a criança.

Ressalte-se que a própria criança afirma que não considera o recorrente como seu pai, sentimento que foi, inclusive, demonstrado pelas informações obtidas com a companheira de seu avô.

A falta de afeto entre a criança e o recorrente também pode ser verificada nas declarações do pai registral:

> que, logo após a realização do exame de DNA, procurou a assistente social e junto com promotora da época conversaram; que foi perguntado a ele se queria adotar a criança, porém a companheira não quis [...]; que durante 4 anos e quatro meses e 20 dias assumiu a paternidade do réu; que como não ia adotar, preferiu romper com os contatos e rompeu todos os laços; [...] Atualmente não sente mais carinho, com o tempo foi perdendo o afeto que sentia pelo réu (f. 69).

As declarações supra, dadas ao tempo do relatório social, foram confirmadas no depoimento pessoal do recorrente, proferido na audiência de instrução e julgamento, cujo termo se encontra às f. 76/76-v. dos autos.

Além disso, observo que a ausência do tratamento "de filho", e, em especial, a ausência de notoriedade social desse suposto tratamento, ficou também evidenciada no depoimento da testemunha M.D.R., termo de audiência constante à f.77, que declarou que:

> Que o autor residia próximo à declarante antes do réu nascer, que viu o relacionamento entre autor e réu até o dia em que o autor descobriu que não era pai biológico do réu [...] (f. 77).

Sendo assim, analisando a totalidade dos depoimentos e fatos narrados ao longo dos autos, concluo pela inexistência da posse do estado de filho, uma vez que ausente o tratamento "de filho" e a notoriedade social de tal tratamento.

As demais provas acostadas aos autos apontam para essa mesma conclusão. Na cópia da peça inicial da ação de guarda ajuizada pelo avô do recorrido e sua companheira, datada de 2009, juntada no presente processo pelo recorrente às f. 02/05, é narrado que o pai registral de L.H.L.S. "não vem cumprindo com a responsabilidade do pagamento das pensões alimentícias, argumentando que não é pai do menor, pois realizou exame de DNA [...]" (f. 22).

Ademais, no estudo social realizado no referido processo de guarda, constou que:

> O Sr. W.L.L., citado como pai do menor L.H., contestou a paternidade, mediante resultado negativo do exame de DNA, motivo pelo qual, desde a data que recebeu o resultado do exame e de sua contestação de paternidade, o Sr. W. não paga os alimentos nem participa da vida do menor (f. 34).

Embora tenha o recorrente, de fato, assumido a paternidade de L.H.L.S. durante o período que conviveu com a criança anteriormente à realização do exame de DNA, não há dúvida que essa assunção teve fim com a comprovação de que não era pai biológico do menor.

No mesmo sentido, não há controvérsia quanto ao fato de que, após a realização do exame, não remanesceu qualquer tipo de vínculo afetivo entre o recorrente e o recorrido, ou qualquer espécie de custeio de alimentos por parte do pai registral.

Percebo que o exame de DNA de f. 10/14 foi realizado quando a criança tinha apenas 3 anos (f. 09/10), sendo incontroverso que, na maior parte de sua vida, ou seja, dos 3 aos 13 anos, ele não possuiu qualquer espécie de contato ou convívio com o recorrente.

Sendo assim, impossível reconhecimento de paternidade socioafetiva, tendo em vista que, no caso dos autos, uma vez verificada a ausência de paternidade biológica, não remanesceu vínculo afetivo que pudesse demonstrar o desejo do recorrente em ser pai do recorrido. Nesse sentido, esclarecedor precedente do STJ:

> Recurso especial. Ação negatória de paternidade. [...] 2. Mérito. Declarante, sob a presunção *pater is est*, induzido a erro. Verificação. Relação de afeto estabelecida entre pai e filho registrais calcada no vício de consentimento originário. Rompimento definitivo. Filiação socioafetiva. Não configuração. 3. Recurso especial provido. [...] 2. A controvérsia instaurada no presente recurso especial centra-se em saber se a paternidade registral, em desacordo com a verdade biológica, efetuada e declarada por indivíduo que, na fluência da união estável estabelecida com a genitora da criança, acredita, verdadeiramente, ser o pai biológico desta (incidindo, portanto, em erro), daí estabelecendo vínculo de afetividade durante os primeiros cinco/seis anos de vida do infante, pode ou não ser desconstituída. 2.1. Ao declarante, por ocasião do registro, não se impõe a prova de que é o genitor da criança a ser registrada. O assento de nascimento traz, em si, esta presunção, que somente pode vir a ser ilidida pelo declarante caso este demonstre ter incorrido, seriamente, em vício de consentimento, circunstância, como assinalado, verificada no caso dos autos. Constata-se, por conseguinte, que a simples ausência de convergência entre a paternidade declarada no assento de nascimento e a paternidade biológica, por si, não autoriza a invalidação do registro. Ao marido/companheiro incumbe alegar e comprovar a ocorrência de erro ou falsidade, nos termos dos art. 1.601 c.c 1.604 do Código Civil. Diversa, entretanto, é a hipótese em que o indivíduo, ciente de que não é o genitor da criança, voluntária e expressamente declara o ser perante o Oficial de Registro das Pessoas Naturais ('adoção à brasileira'), estabelecendo com esta, a partir daí, vínculo da afetividade paterno-filial. A consolidação de tal situação (em que pese antijurídica e, inclusive, tipificada no art. 242, CP), em atenção ao melhor e prioritário interesse da criança, não pode ser modificada pelo pai registral e socioafetivo, afigurando-se irrelevante, nesse caso, a verdade biológica. Jurisprudência consolidada do STJ. 2.2. A filiação socioativa, da qual a denominada adoção à brasileira consubstancia espécie, detém integral respaldo do ordenamento jurídico nacional, a considerar a incumbência constitucional atribuída ao Estado de proteger toda e qualquer forma de entidade familiar, independentemente de sua origem (art. 227, CF). 2.3. O estabelecimento da filiação socioafetiva perpassa, necessariamente, pela vontade e, mesmo, pela voluntariedade do apontado pai, ao despender afeto, de ser reconhecido como tal. É dizer: as manifestações de afeto e carinho por parte de pessoa próxima à criança somente terão o condão de convolarem-se numa relação de filiação, se, além da caracterização do estado de posse de filho, houver,

> por parte daquele que despende o afeto, a clara e inequívoca intenção de ser concebido juridicamente como pai ou mãe daquela criança. Portanto, a higidez da vontade e da voluntariedade de ser reconhecido juridicamente como pai, daquele que despende afeto e carinho a outrem, consubstancia pressuposto à configuração de toda e qualquer filiação socioafetiva. Não se concebe, pois, a conformação desta espécie de filiação, quando o apontado pai incorre em qualquer dos vícios de consentimento. Na hipótese dos autos, a incontroversa relação de afeto estabelecida entre pai e filho registrais (durante os primeiros cinco/seis anos de vida do infante), calcada no vício de consentimento originário, afigurou-se completamente rompida diante da ciência da verdade dos fatos pelo pai registral, há mais de oito anos. E, também em virtude da realidade dos fatos, que passaram a ser de conhecimento do pai registral, o restabelecimento do aludido vínculo, desde então, nos termos deduzidos, mostrou-se absolutamente impossível. 2.4. Sem proceder a qualquer consideração de ordem moral, não se pode obrigar o pai registral, induzido a erro substancial, a manter uma relação de afeto, igualmente calcada no vício de consentimento originário, impondo-lhe os deveres daí advindos, sem que, voluntária e conscientemente, o queira. Como assinalado, a filiação sociafetiva pressupõe a vontade e a voluntariedade do apontado pai de ser assim reconhecido juridicamente, circunstância, inequivocamente, ausente na hipótese dos autos. Registre-se, porque relevante: encontrar-se-ia, inegavelmente, consolidada a filiação socioafetiva, se o demandante, mesmo após ter obtido ciência da verdade dos fatos, ou seja, de que não é pai biológico do requerido, mantivesse com este, voluntariamente, o vínculo de afetividade, sem o vício que o inquinava. 2.5. Cabe ao marido (ou ao companheiro), e somente a ele, fundado em erro, contestar a paternidade de criança supostamente oriunda da relação estabelecida com a genitora desta, de modo a romper a relação paterno-filial então conformada, deixando-se assente, contudo, a possibilidade de o vínculo de afetividade vir a se sobrepor ao vício, caso, após o pleno conhecimento da verdade dos fatos, seja esta a vontade do consorte/companheiro (hipótese, é certo, que não comportaria posterior alteração). 3. Recurso Especial provido, para julgar procedente a ação negatória de paternidade (REsp 1330404/RS, Rel. Min.o Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, j. em 5/2/2015, *DJe* de 19/2/2015).

Logo, necessária a reforma da sentença.

Do segundo recurso.

Insurge o Município de Vazante contra condenação que lhe foi imposta pela sentença, relativa ao pagamento de honorários, em favor da Dra. Cristiane Resende Cardoso, no valor de R$1.200,00, em razão na desídia na prestação do serviço de assistência jurídica gratuita, que ensejou a nomeação da referida advogada como defensora dativa dos réus.

Com razão.

Em análise ao processo (f. 02), verifico que a presente ação foi proposta por W.L.L., contra o menor L.H.L.S., requerendo-se a citação de sua mãe, R.C.P.S., detentora do poder familiar, e de O.P.S. e M.L.S., os quais são detentores da guarda da criança (f. 36/41).

Conforme consta nas certidões de f. 51, 53 e 58, R.C.P.S., O.P.S. e M.L.S., foram regularmente citados.

Mediante petição de f. 53/56, O.P.S. compareceu aos autos, constituindo como sua patrona a Dra. Cibele Alves Machado, inscrita na OAB/MG sob o nº 104.953 (f. 514), representante da Defensoria Pública Municipal de Vazante.

Ainda, a Dra. Cibele Alves Machado compareceu aos autos, a despeito de apresentação de procuração, na petição de f. 57, como representante legal de M.L.S., ressaltando-se que a referida peça foi assinada tanto pela advogada como por O.P.S. e M.L.S.

No despacho de f. 58-v., foi nomeada como curadora especial (art. 9º, II, CPC/73) à ré R.C.P.S. a Dra. Cristiane Resende Cardoso, inscrita na OAB/MG sob o nº 122.448, a qual foi devidamente intimada da nomeação (f.60/61) e apresentou contestação, como curadora de R.C.P.S., às f. 62/63.

Marcada a audiência de instrução de julgamento (f. 72), foi publicado o despacho de redesignação (f. 72-v.) e expedido mandado à curadora Dra. Cristiane Resende Cardoso, o qual foi devidamente cumprido (73/73-v.).

Quando da realização da audiência, foi proferido o seguinte despacho (f. 75):

> Vistos, etc. Verifico que a ação foi ajuizada exclusivamente contra o réu L.H.L.S., inclusive de forma correta. Verifico ainda que os avós maternos de L.H., O.P.S. e M.L.S. possuem a guarda definitiva do neto desde setembro/2011 (f. 41), sendo, portanto, representantes legais do réu desde antes do ajuizamento da ação. Assim, como os avós maternos são os guardiões do réu, desnecessária a intimação/citação da genitora R.C.P.S., que, por estar presa, teve como curadora especial a Dra. Cristiane Resende Cardoso. Entendo que não haveria necessidade de R.C. se manifestar nos autos, muito menos ter curadora nomeada em seu favor, seja porque não é parte, seja porque não é representante legal do réu. Observo ainda que, embora o réu não tenha apresentado contestação, foi juntada procuração às f. 54/55 pelos avós maternos, constituindo como sua procuradora a Dra. Cibele Alves Machado, na qualidade de assistente judiciária do município. Com a mudança da administração municipal, Dr. Orlando Ribeiro, foram alterados no SICOM todos os cadastros realizados em nome da Dra. Cibele como assistente judiciária do município. Apesar de devidamente intimado para a audiência, o assistente judiciário do município não compareceu à audiência, razão pela qual nomeei para prosseguir na defesa do réu a então curadora especial Dra. Cristiane [...].

A partir de então, a Dra. Cristiane Resende Cardoso passou a atuar no feito como "advogada nomeada para prosseguir na defesa dos réus (f. 79)", apresentando alegações finais de f. 79/82.

Proferida a sentença, foi então, o Município de Vazante condenado a pagar honorários, em favor da Dra. Cristiane Resende Cardoso, no valor de R$1.200,00. Vejamos:

> Entendo que os municípios não estão obrigados a disponibilizar aos seus cidadãos assistência jurídica gratuita, mas, se assim o fazem voluntariamente, devem prestar tal serviço de forma eficiente, sob pena de responsabilização. No caso, apesar de intimado, o assessor jurídico do Município de Vazante não compareceu a audiência de instrução e julgamento, o que ensejou a nomeação da Dra. Cristiane Resende Cardoso como advogada dativa dos guardiões do réu. Nesse sentido, fixo honorários em favor da mencionada advogada no valor de R$1.200,00 (mil e duzentos reais) a ser custeado pelo Município de Vazante. Intime-se o Prefeito de Vazante, com cópia desta sentença e da ata de audiência (f. 75/75-v.) para tomar conhecimento da condenação [...] (f. 93-v.).

Ocorre que, conforme bem apontado pelo Município de Vazante, a despeito da nomeação da Dra. Cristiane Resende Cardoso como curadora especial à ré R.C.P.S., o despacho proferido em audiência, constante à f. 75, não deveria a ter nomeado como defensora dativa de O.P.S. e M.L.S., em razão de já possuírem advogado constituído nos autos.

É certo que a nomeação da referida advogada como curadora especial à ré R.C.P.S. se deu pelo fato de que esta, apesar de não ser ré no presente processo, é genitora do réu L.H.L.S., detentora do pátrio poder relativo à criança, e se encontra presa, sendo necessária a nomeação de curador especial para que o menor estivesse devidamente representado nos autos.

Ainda que os detentores da guarda da criança, O.P.S. e M.L.S., tenham sido regularmente citados nos autos, estes apresentaram petição informando que não conseguiram contato com a genitora do réu e não mais se manifestaram nos autos, pelo que entendo que foi deveras necessária a nomeação da Dra. Cristiane Resende Cardoso, para, em nome de R.C.P.S., proceder à defesa do menor.

Em verdade, tem-se que, no presente caso, a Dra. Cristiane Resende Cardoso, ao atuar nos autos, seja como curadora especial de R.C.P.S., ou, como fez em alegações finais e contrarrazões de apelação, como "advogada nomeada para prosseguir na defesa dos réus" (em razão do despacho de f. 75), fê-lo em defesa de L.H.L.S.

Assim, sendo certo que a errônea nomeação da Dra. Cristiane Resende Cardoso como defensora dativa de O.P.S. e M.L.S. não lhe gerou qualquer trabalho adicional, uma vez que já atuava nos autos em nome R.C.P.S., representando L.H.L.S., entendo que, materialmente, toda sua atuação nos autos se deu em razão de sua nomeação como curadora especial, devendo perceber uma única verba honorária em razão do trabalho que despendeu.

Dessa forma, indevida a condenação do Município de Vazante em lhe pagar honorários advocatícios, já que a remuneração de advogado dativo/curador especial é de responsabilidade dos Estados.

A indispensabilidade de intervenção de advogado no processo é a regra no ordenamento jurídico pátrio, nos termos do art. 133 da Constituição Federal de 1988.

Para garantia de acesso ao Poder Judiciário e para possibilitar a representação da parte necessitada em juízo, por advogado, a Constituição Federal impôs ao Estado o ônus de prestar "assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos" (art. 5º, LXXIV).

Essa assistência é, em regra, prestada através da Defensoria Pública. Entretanto, em não havendo Defensoria Pública local ou sendo esta insuficiente para o atendimento de todas as demandas, ao Juiz é conferido o poder-dever de nomear um advogado particular para o exercício da função de defensor do autor ou réu pobre e, pelos mesmos motivos, para o encargo de curador especial, quando o réu se encontra em local incerto e não sabido.

Essa nomeação tem o objetivo de permitir a formação da relação processual e a realização dos atos processuais, assegurando à parte os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

Como se sabe, a prestação de assistência judiciária é um dever do Estado, ao qual cabe remunerar aqueles que tenham sido indicados como defensores dativos ou curadores especiais.

Esda conclusão decorre do próprio Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (Lei 8.906/94), que estabelece que, uma vez prestada a assistência judiciária gratuita por advogado nomeado pelo Magistrado, para patrocinar causa de juridicamente necessitado, este faz jus à percepção de honorários fixados pelo Juiz, a serem pagos pelo Estado (art. 22, § 1º).

Além disso, a fixação dos honorários do curador especial/advogado dativo é consectário da própria garantia constitucional de que todo o trabalho deve ser remunerado.

Portanto, havida a nomeação do advogado particular para atuar como curador especial e tendo este cumprido o *munus* que lhe foi imposto, impõe-se o pagamento dos valores correspondentes aos serviços prestados, pelo Estado da Federação competente.

Dessa forma, entendo que a verba honorária devida à Dra. Cristiane Resende Cardoso deve ser custeada pelo Estado de Minas Gerais, devendo ser seu pagamento requerido em ação própria.

Ainda, entendo por bem esclarecer que eventual prejuízo sofrido por O.P.S. e M.L.S., em razão da desídia do Município de Vazante na prestação do serviço de assistência jurídica gratuito, poderá ser posteriormente reparado, mediante as vias cabíveis.

IV - Dispositivo.

Isso posto, dou provimento ao primeiro recurso, para reformar a sentença e julgar procedente o pedido exordial, consistente na declaração da inexistência do vínculo de paternidade entre as partes, reconhecendo-se o vício de consentimento, consistente no erro que levou o autor a fazer falsa declaração de paternidade perante o Cartório de Registro Civil, determinando-se a expedição de mandado de averbação à serventia, para excluir seu nome – e de seus pais como avós paternos da criança – do registro de nascimento do menor.

Igualmente, dou provimento ao segundo recurso, decotando condenação imposta ao Município de Vazante.

Condeno o réu L.H.L.S. ao pagamento das custas e honorários advocatícios, em favor do patrono do autor, os quais arbitro em R$1.200,00, nos termos do art. 85, § 8º, do CPC.

Suspensa a exigibilidade da condenação em razão da justiça gratuita que ora defiro (requerimento à f. 53/56).

Fixo, em favor da Dra. Cristiane Resende Cardoso, inscrita na OAB/MG sob o nº 122.448, honorários advocatícios no importe de R$1.200,00.

JD. CONVOCADO ADRIANO DE MESQUITA CARNEIRO - De acordo com o Relator.

DESª. ALBERGARIA COSTA - Peço vênia ao eminente Relator para dele divergir apenas quanto ao julgamento do primeiro recurso.

Sabe-se que o consentimento no registro de nascimento de um filho, quando manifestado por erro, gera a sua invalidade, nos termos do art. 171, II, do Código Civil.

A par disso, é cediço, ainda, que o ato de reconhecimento voluntário da paternidade é irretratável e irrevogável. A respeito, pontificam Washington de Barros Monteiro e Maria Helena Diniz, respectivamente:

> O reconhecimento é perpétuo e irrevogável, nesse sentido o disposto no art. 1º da Lei nº 8.560/92. No máximo, poderá vir a ser eventualmente anulado, por inobservância das formalidades legais, ou, então, se eivado estiver de algum dos defeitos dos atos jurídicos (*Curso de direito civil* - direito de família. 36. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 264).
>
> O reconhecimento voluntário é, segundo Antônio Chaves, o meio legal do pai, da mãe ou de ambos revelarem espontaneamente o vínculo que os liga ao filho, outorgando-lhe, por essa forma, o *status* correspondente (CC, art. 1.607) (art. 348 CC/16).
>
> Nele vislumbra Silvio Rodrigues um ato jurídico unilateral, ante o fato de gerar efeitos pela simples manifestação de vontade de quem reconhece.
>
> [...]

> Uma vez declarada a vontade de reconhecer, o ato passa a ser irretratável ou irrevogável, inclusive se feito por testamento [...] apesar de poder vir a ser anulado se inquinado de vício de vontade como erro, coação (AJ, 97:145) ou se não observar certas formalidades legais (*Curso de direito civil brasileiro*. v. 5. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 421-422).

Dessa feita, é possível, em tese, a anulação desse registro - por se tratar de um ato jurídico - desde que provado cabalmente que a manifestação de vontade decorreu de vício resultante de erro, dolo, coação, simulação e fraude.

Isso é reforçado pela regra contida no art. 1.604 do Código Civil que dispõe:

> Art. 1.604. Ninguém pode vindicar estado contrário ao que resulta do registro de nascimento, salvo provando-se erro ou falsidade do registro.

Com efeito, incumbia ao autor, ora primeiro apelante, a prova concreta do alegado vício no seu consentimento, no momento em que registrou o apelado, como se seu filho fosse.

Frise-se que as informações contidas no registro público gozam de fé-pública e, portanto, têm presunção de veracidade e produzem efeitos *erga omnes*.

No caso em apreço, o exame de DNA trazido às f. 10/14 não é capaz de elidir a presunção de veracidade do registro público de f. 09.

Assim, deve ser considerado legítimo e válido o reconhecimento espontâneo da paternidade pelo apelante, independentemente do exame de DNA, que não desconstitui a presunção de veracidade do registro público de nascimento da parte apelada.

Não se pode deixar de considerar a forma de parentesco não resultante da consanguinidade, o que é expressamente admitido pelo art. 1.593 do Código Civil.

Isso posto, peço vênia ao eminente Relator e nego provimento ao primeiro recurso de apelação e dou provimento ao segundo recurso, na esteira de seu voto.

É como voto.

DES. ELIAS CAMILO SOBRINHO - Acompanho o eminente Relator quanto à análise relativa ao segundo recurso. Entretanto, em relação ao primeiro, peço vênia para acompanhar a divergência instaurada pela eminente 2ª Vogal, já que comungo do mesmo entendimento acerca da matéria.

DES. JUDIMAR BIBER - Sr. Presidente.
Peço escusas para ficar com a divergência parcial.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO PRIMEIRO RECURSO, VENCIDO O RELATOR; E DERAM PROVIMENTO AO SEGUNDO.

• • •

Apelação cível - Dano moral - Pessoa jurídica - Protesto indevido - Comprovação

- A pessoa jurídica tem direito ao recebimento de indenização por danos morais, entretanto, indispensável que sua honra objetiva tenha sido lesada, ou seja, que sua imagem e seu bom nome tenham sofrido abalo perante a sociedade.

- Se a pessoa jurídica requerente logrou êxito em demonstrar os fatos constitutivos de seu direito, faz jus ao recebimento de indenização por danos morais.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0598.12.001450-4/001 - Comarca de Santa Vitória - Apelante: Lojas Mabel Ltda. - Apelada: Teka Tecelagem Kuehnrich S/A, em recuperação judicial - 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 PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 21 de junho de 2018. - *Marco Aurelio Ferenzini* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. MARCO AURELIO FERENZINI - Trata-se de recurso de apelação interposto por Lojas Mabel Ltda. contra a sentença de f. 251/253 proferida nos autos da ação ordinária ajuizada em face de Teka Tecelagem Kuehrinch S/A, na qual o juízo de primeira instância julgou procedente em parte o pedido inicial para declarar inexistente o débito de R$540,18 (quinhentos e quarenta reais e dezoito centavos) e condenar o réu ao pagamento à autora da quantia de R$16,52 (dezesseis reais e cinquenta e dois centavos) a título de danos materiais, corrigidos desde a data do evento danoso (9/3/2012) pelos índices divulgados pela tabela da CGJMG, e juros de mora de 1% (um por cento) ao mês contados da citação. O pedido de danos morais foi julgado improcedente. Diante da sucumbência recíproca, as partes foram condenadas ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em R$1.500,00 (mil e quinhentos reais), devendo a autora arcar com o pagamento de 20% (vinte por cento) e a ré com o pagamento dos 80% (oitenta por cento) restantes, vedada a compensação.

A apelante, conforme razões de f. 255/261-v, sustenta que a indevida negativação ocasiona o abalo na esfera moral da pessoa jurídica, sendo desnecessária a comprovação de tal fato, pois o dano é presumível. Defende que o valor fixado a título de indenização deve ser suficiente para compensar os danos sofridos. Por fim, sustenta que a parte ré, ora apelada deve responder pela totalidade dos ônus de sucumbência.

Contrarrazões apresentadas às f. 263/274.

É o relatório.

Juízo de admissibilidade.

Sentença publicada no dia 23/11/2017 (f. 254), apelação protocolizada no dia 14/12/2017 (f. 255), acompanhada do respectivo preparo (f. 262). Conheço do recurso por presentes os requisitos para sua admissibilidade, com atribuição de efeito suspensivo, nos termos do art. 1.012, *caput*, do CPC.

Mérito.

Versam os autos sobre ação ordinária ajuizada pelas Lojas Mabel Ltda. em face de Teka Tecelagem Kuehnrich S.A. visando à condenação desta ao cancelamento do protesto do título objeto dos autos e ao pagamento de indenização a título de danos morais.

A autora, ora apelante, relata em sua peça inicial que realizou uma compra de produtos junto à ré, cuja entrega demorou mais do que o previsto, e, quando do recebimento, a duplicata já estava vencida. Por tal motivo, recusou o recebimento da mercadoria e, diante disso, a ré entrou em contato propondo novo acordo de pagamento, e assim a requerente aceitou recebê-la.

Diz, então, que, apesar do acordado, a ré não havia feito quaisquer alterações nas condições de pagamento, apenas teria reimprimido a nota fiscal. Reporta que tentaram negociar acerca do pagamento, porém, sem sucesso, sendo que, em seguida, a autora teria recebido a notificação de protesto, e que entrou em contato com a requerida a fim de que fosse retirado.

Narra que lhe foi informado que deveria efetuar o pagamento em duas parcelas, mediante depósito bancário na conta da empresa vendedora, o qual foi efetuado e o débito quitado, e, apesar disso, mantido o processo.

Em sede de contestação, a ré pediu pela improcedência dos pedidos, em suma, ao argumento de que é de responsabilidade do Banco Industrial e Comercial S/A. - Bicbanco, o qual não deu a devida baixa por ela requisitada.

Sobreveio sentença, à f. 251, que declarou inexistente o débito e condenou a ré ao pagamento de R$16,52, a título de indenização por danos materiais. Julgou improcedente o pedido de condenação ao pagamento de indenização por danos morais, motivo pelo qual se insurgiu a autora, ora apelante.

Desta maneira, o cerne do presente litígio cinge-se em perquirir se é devida a indenização a título de danos morais.

O dever de indenizar pressupõe a confluência de três requisitos: a prática de uma conduta antijurídica, a existência de um dano, bem como o nexo de causalidade entre os dois primeiros elementos (arts. 186 e 927 do CC).

A possibilidade de indenização deve decorrer da prática de um ato ilícito, que é considerado como aquela conduta que viola o direito de alguém e causa a este um dano, que pode ser material ou exclusivamente moral. Em qualquer hipótese, porém, exige-se a violação de um direito da parte, da comprovação dos fatos alegados, dos danos sofridos e do nexo de causalidade entre a conduta desenvolvida e o dano suportado.

A pessoa jurídica tem direito ao recebimento de indenização por danos morais, entretanto, indispensável que sua honra objetiva tenha sido lesada, ou seja, que sua imagem e seu bom nome tenham sofrido abalo perante a sociedade.

Acerca da questão:

> Direito civil. Ação de indenização por danos morais. Pessoa jurídica. Dano moral. Honra objetiva. Prova. Ausência. Pedido. Improcedência. Nos termos do art. 333 do Código de Processo Civil, o ônus da prova incumbe ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito, e ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito daquele. O dano moral indenizável, no caso das pessoas jurídicas, notadamente as empresárias, é aquele que decorre do abalo de sua honra objetiva, isto é, aquilo que as pessoas de uma forma geral dela pensam com relação à credibilidade, confiabilidade e expectativa de eficiência do produto/serviço prestado etc. Com efeito, não havendo abalo à honra objetiva da parte autora tem-se que a improcedência do pedido de indenização por danos morais é medida que se impõe. Negaram provimento ao recurso (Apelação Cível 1.0707.11.015238-6/001, Rel. Des. Sebastião Pereira de Souza, 16ª Câmara Cível, j. em 8/5/2013, p. em 17/5/2013).

No presente caso, tem-se que o irregular protesto tornou-se fato incontroverso, conforme fundamentado na sentença à f. 252, e não recorrido pela ré, inclusive porque não se insurgiu em face da declaração de inexistência do débito determinada na sentença pelo juízo *a quo*.

Desta maneira, e tendo em vista o acima exposto, tem-se que o fato de a pessoa jurídica não possuir emoções como a pessoa humana não impede eventual reparação a título de danos morais. Assim, se houve o indevido protesto do nome da apelante, faz-se necessária a condenação da ré ao pagamento de indenização por danos morais.

Assim já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

> Civil e processual civil. Recurso especial. Protesto indevido. Pagamento em atraso. Danos morais. Pessoa jurídica. - Ação ajuizada em 14/1/2011. Recurso especial interposto em 11/2/2015 e atribuído a este gabinete em 25/8/2016. - Para a pessoa jurídica, o dano moral não se configura *in re ipsa*, por se tratar de fenômeno muito distinto daquele relacionado à pessoa natural. É, contudo, possível a utilização de presunções e regras de experiência no julgamento. - Afigura-se a ilegalidade no protesto de título cambial, mesmo quando pagamento ocorre em atraso. - Nas hipóteses de protesto indevido de cambial ou outros documentos de dívida, há forte presunção de configuração de danos morais. Precedentes. - Recurso especial provido (REsp nº 1.564.955/SP, Rel.ª Min.ª Nancy Andrighi, Terceira Turma, *DJe* de 15/2/2018).

Assim, devidamente comprovado o pagamento integral do valor da nota fiscal (f. 24 e 28), e que, ainda assim, foi mantido o protesto (f. 29), tem-se que o autor logrou êxito em demonstrar os fatos constitutivos de seu direito, fazendo jus ao recebimento de indenização por danos morais.

Quanto à fixação do valor da indenização, cumpre destacar que não existe parâmetro objetivo para se aferir e quantificar a extensão dos danos causados na esfera moral da pessoa jurídica, sendo que o valor da indenização deve atender às circunstâncias do caso concreto, não podendo ser irrisório a ponto de nada representar ao agente que sofre a agressão, assim como não pode ser elevado a ponto de propiciar enriquecimento sem causa.

Dessa forma, diante das especificidades do caso concreto e, ainda, atentando-se aos critérios da razoabilidade e proporcionalidade, tem-se que a indenização deve ser fixada no importe de R$12.800,00 (doze mil e oitocentos reais), pois tal valor se mostra razoável e adequado para minimizar e reparar os danos morais sofridos.

Dispositivo.

Diante do exposto, dou provimento ao recurso para condenar a ré ao pagamento de indenização a título de danos morais, fixados no importe de R$12.800,00 (doze mil e oitocentos reais), acrescidos de correção monetária pelos índices divulgados pela tabela expedida pela CGJMG, a partir da data da publicação deste acórdão, e juros de mora a partir da citação.

Diante do teor do julgado e da alteração no quadro sucumbencial, condeno o réu/apelado ao pagamento das custas, inclusive recursais, bem como a pagamento de honorários advocatícios, os quais, nos termos do art. 86, parágrafo único, do CPC, fixo para o equivalente a 10% (dez por cento) do valor da condenação (art. 85, § 2º, do novo CPC), por ser tal patamar compatível com a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para seu serviço.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES VALDEZ LEITE MACHADO e EVANGELINA CASTILHO DUARTE.

Súmula - DERAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Apelação cível - Execução fiscal - Prescrição intercorrente - Suspensão do processo pelo Juiz depois de pedido do exequente - Realização de diligências infrutíferas - Não encontrados bens penhoráveis - Prescrição intercorrente reconhecida - Sentença mantida - Recurso desprovido

- Conforme Súmula 314 do STJ: "Em execução fiscal, não localizados bens penhoráveis, suspende-se o processo por um ano, findo o qual se inicia o prazo da prescrição quinquenal intercorrente".

- A jurisprudência é firme no sentido de que "os requerimentos para realização de diligências que se mostraram infrutíferas em localizar o devedor ou seus bens não têm o condão de suspender ou interromper o prazo de prescrição intercorrente" (AgRg no REsp 1208833/MG, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, j. em 19/6/2012, *DJe* de 3/8/2012).

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0251.02.001827-0/001 - Comarca de Extrema - Apelante: Estado de Minas Gerais - Apelado: Petroforte Brasileiro Petróleo Ltda. - Litisconsortes: Aparecida Maria Pessuto, Sandra Regina Davanco e outros - Relator: DES. CARLOS ROBERTO DE FARIA

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 28 de junho de 2018. - *Carlos Roberto de Faria* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. CARLOS ROBERTO DE FARIA - Trata-se de recurso de apelação aviado às f. 200/202 pelo Estado de Minas Gerais, nos autos da execução fiscal movida em desfavor de Petroforte Brasileiro Petróleo Ltda. e outros, demonstrando inconformismo perante a sentença proferida à f. 198, que declarou a prescrição intercorrente do crédito tributário e julgou extinta a execução fiscal.

O recorrente pede, inicialmente, que o feito seja sobrestado em razão do REsp. 1.340.553. Sucessivamente, traz que a execução foi ajuizada no prazo de cinco anos que a Fazenda dispõe para cobrar seu crédito. Diz que o "fato de terem decorrido mais de 5 (cinco) anos da data da constituição do crédito tributário ou do ajuizamento da ação, não autoriza o reconhecimento da prescrição intercorrente". Defende não ter deixado de dar andamento regular ao feito. Pugna pelo provimento do recurso e a reforma da sentença, a fim de que a execução fiscal possa prosseguir. Sem contrarrazões, não obstante o despacho de intimação para tanto tenha sido devidamente publicado no DJe (f. 211/215).

É o relatório.

Considerando que a legislação processual que rege os recursos é aquela vigente na data da publicação da decisão judicial, registro que o feito deverá ser analisado segundo as disposições do Código de Processo Civil de 2015.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

De início, registro que não entendo ser cabível, na fase em que o processo se encontra, o seu sobrestamento em razão do trâmite do REsp. nº 1.340.533/RS, porquanto não há decisão do Relator do REsp. nesse sentido, e, ainda, porque à época em que fora reconhecida a repercussão geral apontada, estava em vigência o CPC de 1973, que determinava tão somente que houvesse a suspensão dos processos nos quais houvesse recurso interposto perante o STJ. Indo adiante, temos que a Lei nº 6.830/1980, que dispõe sobre a cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública, especialmente no § 4º do art. 40, esclarece que o Juiz, depois de ouvida a Fazenda Pública, poderá, de ofício, reconhecer a prescrição intercorrente e decretá-la de imediato, senão vejamos:

> Art. 40 - O Juiz suspenderá o curso da execução, enquanto não for localizado o devedor ou encontrados bens sobre os quais possa recair a penhora, e, nesses casos, não correrá o prazo de prescrição.
>
> § 1º - Suspenso o curso da execução, será aberta vista dos autos ao representante judicial da Fazenda Pública.
>
> § 2º - Decorrido o prazo máximo de 1 (um) ano, sem que seja localizado o devedor ou encontrados bens penhoráveis, o Juiz ordenará o arquivamento dos autos.
>
> § 3º - Encontrados que sejam, a qualquer tempo, o devedor ou os bens, serão desarquivados os autos para prosseguimento da execução.
>
> § 4º - Se da decisão que ordenar o arquivamento tiver decorrido o prazo prescricional, o Juiz, depois de ouvida a Fazenda Pública, poderá, de ofício, reconhecer a prescrição intercorrente e decretá-la de imediato. (Incluído pela Lei nº 11.051, de 2004).
>
> § 5º - A manifestação prévia da Fazenda Pública prevista no § 4º deste artigo será dispensada no caso de cobranças judiciais cujo valor seja inferior ao mínimo fixado por ato do Ministro de Estado da Fazenda. (Incluído pela Lei nº 11.960, de 2009).

Vale ressaltar que, segundo entendimento do STJ, o § 4º do art. 40 da citada lei, por ser norma de natureza processual, tem aplicação imediata, alcançando, inclusive, os processos em curso (REsp. 853.767-RS).

Nessa linha, no julgamento do incidente de uniformização de jurisprudência 1.0344.04.015669-9/002, o TJMG estabeleceu que, requerida a suspensão da execução com base no art. 40, da LEF, incidem os termos da Súmula nº 314, do STJ; em caso contrário, a prescrição, pronunciável na forma do art. 219, § 5º, do CPC 1973, observará tão somente o quinquênio previsto no art. 174, do CTN. Esse entendimento prevalece na vigência do NCPC, haja vista que, conforme inteligência dos art. 487, II, e 332, § 1º, o Juiz poderá decidir, de ofício ou a requerimento, sobre a ocorrência da decadência ou prescrição. No caso, o exequente requereu a suspensão do processo pelo prazo de 12 (doze) meses em 12/6/2007, tendo a suspensão sido deferida pelo Juiz em 25/6/2007, conforme f. 111. Após a suspensão, a exequente realizou algumas diligências, que,

contudo, se mostraram infrutíferas em localizar os bens da parte devedora. Foram realizados sucessivos pedidos de suspensão (f. 122, f. 168, f. 181, f. 191, f. 197).

Destaca-se texto da Súmula 314 do STJ:

> "Em execução fiscal, não localizados bens penhoráveis, suspende-se o processo por um ano, findo o qual se inicia o prazo da prescrição quinquenal intercorrente".

Além disso, a jurisprudência é firme no sentido de que

> "os requerimentos para realização de diligências que se mostraram infrutíferas em localizar o devedor ou seus bens não têm o condão de suspender ou interromper o prazo de prescrição intercorrente". (AgRg no REsp 1208833/MG, Rel. Ministro Castro Meira, segunda turma, julgado em 19/06/2012, DJe 03/08/2012).

Após a primeira suspensão, deferida em 27/06/2008, transcorreram quase 10 (dez) anos, sem que fosse realizada qualquer diligência com resultado positivo, não tendo sido encontrados quaisquer bens penhoráveis. O Estado foi intimado para se manifestar sobre a ocorrência da prescrição intercorrente (f.196), oportunidade na qual pediu nova suspensão do feito (f. 197). Por todo o exposto, tendo em vista que após a suspensão do feito foram realizadas apenas diligências que se mostraram infrutíferas e ocorreram em lapso temporal superior ao quinquênio legal, fica evidente a ocorrência da prescrição intercorrente.

Por fim, no tocante à inconstitucionalidade do art. 40, § 4º da Lei 6.830/80, este Tribunal, no julgamento do Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade, decidiu pela constitucionalidade do dispositivo, em acórdão assim ementado:

> Incidente de inconstitucionalidade. Alegada ofensa à Constituição Federal, pela Lei nº 11.051/2004, que acrescentou o § 4º ao art. 40, da Lei nº 6.830/1980, permitindo a pronúncia pelo Juiz, de ofício, da prescrição do crédito tributário. Inocorrência. Matéria afeta ao campo da legislação processual, que não traz qualquer situação de modificação do direito material declinado, não reclamando, portanto, Lei Complementar para a sua reforma, bastando lei ordinária. Inteligência do art. 24, incisos I e XI, da CF/88. Inexistente qualquer inconstitucionalidade formal a ser reconhecida, senão o estabelecimento de uma nova política processual criada pelo legislador ordinário, que não conflita com quaisquer normas constitucionais, não há que se falar em violação aos seus mandamentos. Recalcitrância da Fazenda Pública Municipal em chancelar a vontade do legislador, que impôs o dever primário da Administração ao reconhecimento da prescrição antes mesmo de qualquer pronunciamento jurisdicional, nos termos do art. 1º, inciso II, letra *a*, da Lei Municipal nº 5.763/90, que antevê expressamente a remissão para o crédito tributário prescrito e o cancelamento da inscrição na dívida ativa. Incidente desacolhido. (Ac. no Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade nº 1.0000.06.435143-0/000, Corte Superior, Rel. Des. Gudesteu Biber, j. em 22.11.2006, *DJe* de 09.03.2007).

Em casos como o presente, nos quais não foram encontrados bens penhoráveis, este Tribunal já decidiu:

> Tributário. Apelação cível. Execução fiscal. Prescrição intercorrente. Pedido de suspensão do processo. Falta de intimação. Irrelevância para contagem do prazo prescricional. Arquivamento. Providência automática.- Mantendo-se paralisado o feito por período superior a seis anos, em razão de não ter sido localizado o devedor ou encontrados bens penhoráveis, configura-se a prescrição intercorrente. - O ato

de suspensão do processo, atendendo a pedido do exequente, tem caráter meramente ordinatório, sendo passível de realização de ofício pelo servidor a teor do art. 162, § 4º do CPC/73. - O decurso do prazo de prescrição intercorrente não depende de intimação pessoal da Fazenda Pública do ato de suspensão ou do arquivamento do processo, que decorre automaticamente do decurso de um ano de suspensão, configurando-se pela inércia da exequente que deixou de praticar atos necessários ao prosseguimento do trâmite da execução fiscal. - Recurso não provido. (TJMG - Apelação Cível nº 1.0024.00.012318-2/001, Relatora Des.ª Heloisa Combat, 4ª Câmara Cível, j. em 8/9/2016, publicação da súmula em 13/9/2016).

Assim, nego provimento ao recurso. Custas na forma da lei. Sem honorários.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES GILSON SOARES LEMES e TERESA CRISTINA DA CUNHA PEIXOTO.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Apelação cível - Ação de obrigação de fazer - Manutenção do pagamento de benefício previdenciário após os 24 (vinte e quatro) anos - Impossibilidade

- Já tendo a autora completado a idade limite de 24 (vinte e quatro) anos, não há como prorrogar o benefício, ora requerido, simplesmente por falta de amparo contratual e legal.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0694.16.002013-7/003 - Comarca de Três Pontas - Apelante: Tamara Maria Vicentini - Apelada: Previ Caixa de Previdência dos Funcionários do Banco do Brasil - Relator: DES. MARCO AURELIO FERENZINI

Acórdão

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

Belo Horizonte, 21 de junho de 2018. - *Marco Aurelio Ferenzini* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. MARCO AURELIO FERENZINI - Trata-se de recurso de apelação interposto por Tamara Maria Vicentini contra a sentença de f. 296/297v-TJ, por meio da qual foi julgado improcedente o pedido inicial, com a extinção do processo com resolução de mérito, nos moldes do art. 487, I, do CPC.

Condenou a autora ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, fixados em 10% (dez por cento) do valor da causa.

Em suas razões recursais, sustenta a apelante que faz jus ao pagamento do benefício previdenciário até que conclua a sua formação no Curso Superior de Direito, diante da disposição contida no art. 6º, § 2º, do Regulamento do Plano de Benefício da apelada.

Afirma que tal disposição possibilita a extensão dos benefícios pagos pela apelada em situações diversas daquelas taxadas no art. 5º do Regulamento, eis que demonstrada a relação de dependência econômica e a situação de vulnerabilidade da apelante.

Expõe que, ainda que não exista a previsão de extensão dos pagamentos do benefício previdenciário denominado complemento de pensão por morte aos filhos maiores de 24 (vinte e quatro) anos, tal fato não constitui óbice ao deferimento da medida pleiteada, pois que se trata de uma exceção relevante.

Pede a concessão dos benefícios da gratuidade de justiça, com o consequente afastamento do pagamento das custas e honorários advocatícios. Ao final, requer seja o apelo conhecido e provido para julgar procedente o pedido inicial.

Foram apresentadas contrarrazões ao recurso às f. 321/331.

Intimada a comprovar a alegada miserabilidade (f. 336), a parte apelante juntou aos autos termo de compromisso de estágio e o contrato de estágio, onde consta o valor da bolsa percebida mensalmente.

É o relatório.

Juízo de admissibilidade.

Publicada a sentença em 29/9/2017 (f. 298), apelação protocolizada em 23/10/2017 (f. 299), sem preparo porquanto defiro à autora os benefícios da gratuidade de justiça. Conheço do recurso por presentes os requisitos para sua admissibilidade e o recebo no efeito suspensivo, nos termos do art. 1.012 do NCPC.

Mérito.

Cinge-se a controvérsia em aferir se faz jus a autora ao pagamento do benefício previdenciário denominado Complemento de Pensão por Morte, oriundo do seu genitor, até que ela conclua sua formação em curso superior.

Inicialmente, cabe salientar que a recorrente já possui mais de 24 (vinte e quatro) anos, conforme se observa da sua carteira de identidade à f. 30, vez que seu nascimento ocorreu em 29/5/1992.

Analisando-se os autos, verifica-se que o regulamento do Plano de Benefícios I (f. 59), Capítulo II, sessão II, art. 5º, III, dispõe que:

> Art. 5º - Poderão ser inscritas na condição de beneficiários do participante, para fins deste Regulamento, as pessoas físicas por ele indicadas na forma a seguir:
>
> [...]
>
> III - Os filhos, de qualquer condição, menores de 24 (vinte e quatro) anos.

Extrai-se do dispositivo que a pretensão da apelante não tem amparo contratual.

Assim, em relação à previdência privada, não há que se falar em relação de dependência e de situação de vulnerabilidade por parte da recorrente, a fim de que se estenda o benefício até após os 24 anos da beneficiária, como quer a apelante, mas sim das cláusulas que constam do contrato firmado pelas partes, desde que não ofendam a boa-fé.

Com efeito, no caso em tela, os valores avençados, seja a título de contribuição, seja a título de pensão, devem obedecer estritamente ao acordado pelas partes, nos limites em que foram pactuados, a fim de assegurar paridade aos contratantes, assim como a toda a coletividade que integra aquele plano de previdência.

Dessa forma, verifica-se que, ao completar a idade de 24 (vinte e quatro) anos, a apelante já ultrapassou a idade limite para receber tais benefícios, nos termos do Regulamento da apelada.

A colaborar:

> Apelação cível. PREVI. Pensão por morte. Extensão. Beneficiário estudante. Impossibilidade. Na esfera privada das relações negociais, devem prevalecer os estatutos e regulamentos que cuidem das normas vigentes para ambas as partes. Não pode o beneficiário de pensão por morte pretender a extensão de seu benefício além do prazo previsto no estatuto, apenas com base na sua necessidade de concluir curso

> superior, haja vista a quebra da segurança nas relações jurídicas que se estabeleceria (TJMG - Apelação Cível nº 1.0145.07.425625-9/002, Rel. Des. Luciano Pinto, 17ª Câmara Cível).

Por conseguinte, uma vez demonstrado que a autora não faz jus ao benefício pleiteado, a manutenção da sentença de improcedência é medida que se impõe.

Dispositivo.

Diante do exposto, nego provimento ao recurso, ficando mantida a sentença recorrida.

Condeno a apelante ao pagamento das custas recursais, bem como a pagamento de honorários advocatícios, os quais, a teor do art. 85, § 11, do novo CPC (Lei 13.105/2015), majoro para o equivalente a 12% (doze por cento) do valor atualizado da causa (art. 85, § 2º, do novo CPC), tendo em vista o trabalho desenvolvido pelo advogado da parte contrária em sede recursal. Suspensa a cobrança, nos termos da Lei 1.060/50.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES VALDEZ LEITE MACHADO e EVANGELINA CASTILHO DUARTE.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Apelações cíveis - Ação de indenização - Acidente de trânsito - Responsabilidade aquiliana - Morte de filho menor - Atropelamento - Dever de cuidado - Obrigação dos pais - Não observância - Culpa concorrente - Ultrapassagem - Ausência de cautela - Negligência e imprudência - Pensão mensal - Devida - Danos morais - Configuração - Redução - Possibilidade - Valor adequado - Sentença reformada em parte

- A responsabilidade civil decorrente de acidente de trânsito é aquiliana, demandando, em regra, a comprovação de: um ato, comissivo ou omissivo; da culpa ou dolo do agente; do dano e do nexo causal entre um e outro.

- Aos pais compete zelar pela segurança do filho menor, sujeito ao poder familiar, consoante disposto no art. 1.630 do Código Civil. Assim sendo, resta configurada a falha no dever de proteção dos pais, que, ao se descuidar da segurança do filho, permitem que este atravesse a pista de rolamento de forma indevida, quando foi atingido pelo caminhão dos requeridos.

- Por sua vez, resta também configurada a culpa dos requeridos pelo acidente, na medida em que o condutor do caminhão atuou de forma negligente e, até mesmo, imprudente, pois, tendo verificado que havia pessoas desembarcando do veículo ultrapassado, deveria cercar-se de cuidados especiais, reduzindo a velocidade no momento da ultrapassagem, conforme preconizado pelo art. 31 do CTB.

- Dessa feita, não se pode afastar a comunicação de culpa da vítima que culminou no evento danoso, condição que deve influir na fixação da indenização, nos moldes preconizados pelo art. 945 do Código Civil.

- Presume-se a dependência econômica dos pais em relação ao filho, quando se trata de família de baixa renda. Precedentes do STJ.

- A jurisprudência posiciona-se no sentido de que a morte de filho menor impõe a fixação de pensão a partir dos 14 anos de idade, com base em 2/3 do salário mínimo, até os 25 anos e, após esta, a pensão é reduzida para 1/3 até a data correspondente à expectativa média de vida da vítima.

- O valor da indenização por dano moral deve atender às circunstâncias do caso concreto, não podendo ser irrisório a ponto de nada representar ao agente que sofre a agressão, assim como não pode ser exagerado a ponto de propiciar enriquecimento sem causa.

- Primeiro recurso provido em parte. Sentença reformada. Segundo e terceiro recursos não providos.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0440.12.002038-1/001 - Comarca de Mutum - Apelantes: 1º) Cleber Mendes Pinheiro, P. S. Dutra Ferreira - ME e outro - 2º) Fabiano Paulo de Andrade e outro, Claudiana Batista Pereira de Andrade - 3º) MAPFRE Vera Cruz Seguradora S/A - Apelados: Cleber Mendes Pinheiro, P. S. Dutra Ferreira - ME e outro, Fabiano Paulo de Andrade e outro, Claudiana Batista Pereira de Andrade, MAPFRE Vera Cruz Seguradora S/A - Relatora: DES.ª MARIÂNGELA MEYER

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 10ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em DAR PROVIMENTO, EM PARTE, AO PRIMEIRO RECURSO E NEGAR PROVIMENTO AO SEGUNDO E TERCEIRO RECURSOS.

Belo Horizonte, 19 de junho de 2018. - *Mariângela Meyer* - Relatora.

Notas taquigráficas

DES.ª MARIÂNGELA MEYER - Foram interpostos três recursos de apelação por P. S. Dutra Ferreira - ME e outro, Fabiano Paulo de Andrade e outra e MAPFRE Vera Cruz Seguradora S/A, contra a sentença de f. 211/214, proferida pelo Juízo da Comarca de Mutum que, nos autos da ação de reparação por danos morais, julgou parcialmente procedente o pedido, para condenar os réus, solidariamente, a pagar aos autores pensão mensal no importe de 1/3 do salário mínimo, a partir da data em que a vítima completaria 14 anos até quando completaria vinte e cinco anos, e na metade desse valor, até os sessenta e cinco, salvo se antes os autores falecerem, quando, então, a pensão se extingue, bem como indenização por danos morais no importe de R$20.000,00 (vinte mil reais) para cada autor, autorizada a dedução do valor já percebido a título de seguro obrigatório, ficando a obrigação da seguradora ré limitada ao capital segurado.

Condenou, por fim, os requeridos ao pagamento de custas e honorários de sucumbência, arbitrados estes em 10% sobre o valor da condenação.

1ª apelação p/ P.S. Dutra Ferreira Ltda. - ME e outro.

Inconformados, os apelantes afirmam que não restou demonstrada a ocorrência de nenhum elemento que pudesse ensejar a condenação dos requeridos, ao contrário, foi provada a culpa exclusiva da vítima pelo infortúnio. Sustentam que foram adotadas as cautelas necessárias ao conduzir o veículo, diminuindo a velocidade no trecho do acidente.

Alegam que o apelado estava embriagado, quando desembarcou do ônibus em que estava com o filho (vítima), deixando de zelar pela segurança deste, que tinha apenas 4 anos e atravessou sozinho a pista, "saindo pela frente do ônibus e entrando, de repente, na pista de rolamento". Reiteram que era impossível tomar qualquer providência ou cautela para evitar o acidente.

Salientam que, na rodovia em que ocorreu o acidente, não há acostamento, razão por que o ônibus que transportava a vítima e o requerente parou na pista de rolamento para que estes desembarcassem, momento em que o caminhão da empresa apelante reduziu sua velocidade e verificou o sentido oposto, constatando que não vinha nenhum veículo, passou pelo ônibus parado, quando a criança repentinamente surgiu na frente do veículo. Reafirmam que o veículo estava a 57 km/h no momento do acidente, conforme registrado no tacógrafo, e no intuito de evitar o acidente, o pneu estourou e o veículo tombou.

Concluem não ter havido a alegada imprudência, negligência ou imperícia que pudesse levar à culpa concorrente. Aduzem não haver infração ou falha cometida pelo condutor do caminhão.

Noticiam que a passagem do caminhão pelo ônibus foi realizada de forma responsável e não teria ocorrido o acidente, se a criança estivesse sob os cuidados do pai, incidindo este em culpa *in vigilando*. Citam o laudo

da Polícia Civil que, segundo os recorrentes, indicou que "o local estava bem sinalizado, com pista seca, sendo permitida a ultrapassagem, que a velocidade máxima permitida para o local era de 60 km/h", limite respeitado pelo condutor do caminhão.

Insurgem-se contra o valor da indenização arbitrada, ao fundamento de que a dependência econômica de familiares até os 65 anos se aplica apenas a marido e mulher. Além disso, destacam que a atividade laborativa tem início com a maioridade, não sendo crível o deferimento das verbas alimentícias a contar dos 14 anos de idade.

Entendem que o pensionamento deveria cessar aos 25 anos, quando se presume que o filho contrai matrimônio e deixa de contribuir com o sustento de seus pais. Defendem que os danos morais também estão elevados, sobremaneira, ao se considerar o reconhecimento da culpa concorrente.

Requerem seja dado provimento ao recurso, para reformar a sentença de primeiro grau e julgar improcedentes os pedidos iniciais ou, subsidiariamente, reduzir as indenizações arbitradas.

Contrarrazões apresentadas pelos recorridos às f. 238/241, reiterando a culpa do motorista do caminhão pelo acidente que vitimou o filho dos apelados.

2ª apelação p/ Fabiano Paulo de Andrade e outra.

Também inconformados, os recorrentes afirmam que não constou na sentença o valor que caberá ao motorista e o que deve ser suportado pelo proprietário do caminhão. Dizem que a seguradora não constou na sentença como responsável pelo que foi assegurado na apólice.

Requer seja dado provimento ao recurso, para reformar a sentença e elucidar a responsabilidade de cada parte pelas indenizações arbitradas.

Embora devidamente intimados, os apelados não apresentaram contrarrazões recursais.

3ª Apelação p/ MAPFRE Vera Cruz Seguradora S/A.

Igualmente irresignada a ora recorrente assevera que houve culpa exclusiva da vítima pelo acidente, tendo em vista que iniciou a transposição de rodovia em local impróprio para travessia de pedestre, sem qualquer cuidado ou acompanhamento de seus pais ou responsáveis, impedindo a ação evasiva do condutor do veículo segurado.

Ressalta que o caminhão seguia seu curso normal, em velocidade compatível com a via. Pontua que, sendo a vítima criança de 5 anos de idade, o dever de vigilância não foi devidamente cumprido por seus genitores.

Reafirma que o condutor do veículo segurado não teve qualquer culpa pelo acidente.

Requer seja dado provimento ao recurso, para reformar-se a sentença primeva, julgando-se improcedente o pedido inicial.

Contrarrazões apresentadas pelos apelados às f. 254/257, rebatendo a afirmação de que não haveria culpa do condutor do caminhão, tendo em vista que este estaria em velocidade excessiva. Pugna seja negado provimento ao terceiro apelo.

Relatados, examino-os e, ao final, decido.

Recursos próprios, tempestivos e observados os demais pressupostos de admissibilidade, deles conheço.

Recebo-os nos termos do art. 1.012 do CPC.

Saliento que será realizada a análise conjunta dos recursos, de forma a evitar repetições desnecessárias.

Cinge-se a controvérsia a se apurar a responsabilidade pelo acidente de trânsito que vitimou o filho dos requerentes, bem como eventuais indenizações decorrentes deste fato.

Sabe-se que o dever de indenizar, quando decorrente de responsabilidade extracontratual, encontra suas diretrizes nos arts. 186 e 927 do Código Civil, determinando a todo aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito ou causar prejuízo a outrem o encargo de reparar o dano.

Sobre a responsabilidade aquiliana discorre Carlos Roberto Gonçalves:

> Quando a responsabilidade não deriva de contrato, diz-se que ela é extracontratual. Neste caso, aplica-se o disposto no art. 186 do Código Civil. Todo aquele que causa dano a outrem, por culpa em sentido estrito ou dolo, fica obrigado a repará-lo. É a responsabilidade derivada de ilícito extracontratual, também chamada aquiliana.
>
> Na responsabilidade extracontratual, o agente infringe um dever legal, e, na contratual, descumpre o avençado, tornando-se inadimplente. Nesta, existe uma convenção prévia entre as partes que não é cumprida. Na responsabilidade extracontratual, nenhum vínculo jurídico existe entre a vítima e o causador do dano, quando este pratica o ato ilícito.
>
> O Código Civil distinguiu as duas espécies de responsabilidade, disciplinando genericamente a responsabilidade extracontratual nos arts. 186 a 188 e 927 a 954; e a contratual nos arts. 389 e s. e 395 e s., omitindo qualquer referência diferenciadora (*Direito civil brasileiro*. Responsabilidade Civil. 8. ed. São Paulo: Saraiva, v. 4, 2013, p. 44-45).

E complementa, indicando os pressupostos para a configuração da responsabilidade civil:

> O art. 186 do Código Civil consagra uma regra universalmente aceita: a de que todo aquele que causa dano a outrem é obrigado a repará-lo. Estabelece o aludido dispositivo legal, informativo da responsabilidade aquiliana:
>
> 'Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.'
>
> A análise do artigo supratranscrito evidencia que quatro são os elementos essenciais da responsabilidade civil: ação ou omissão, culpa ou dolo do agente, relação de causalidade e o dano experimentado pela vítima (op. cit., p. 52). Tem-se, portanto, que a responsabilidade civil aquiliana, em regra, demanda a comprovação de: um ato, comissivo ou omissivo; da culpa ou dolo do agente; do dano e do nexo causal entre um e outro.

Do elemento culpa, em sentido amplo, pode decorrer o dolo, caracterizado pela plena consciência da lesão e a vontade de praticá-la, ou a culpa em sentido estrito, consubstanciada pela negligência, imperícia ou imprudência diante da imposição de um dever de cuidado.

Assim, para o deslinde do feito, impõe-se a verificação da dinâmica de como se deu o sinistro envolvendo o caminhão dos réus, que vitimou o filho dos autores.

Pelo que se extrai do laudo produzido pela "Seção Técnica Regional de Criminalística" da Polícia Civil de Minas Gerais, é possível perceber que o caminhão dos réus estava realizando manobra de ultrapassagem do ônibus, do qual estavam desembarcando os requerentes e seu filho, quando este, repentinamente, entrou na frente daquele veículo.

Confira-se a dinâmica do acidente narrada pela perícia, sendo V1 o ônibus, e V2 o caminhão:

> Trafegava V2 pela referida via, sentido Mutum/Lajinha, quando nas proximidades do marco quilométrico 193, iniciou manobra de ultrapassagem de V1, que se encontrava à sua vanguarda, parado sobre o leito da via (sentido Mutum/Lajinha) para operação de embarque/desembarque.
>
> Durante a manobra de ultrapassagem, V2 teve sua trajetória obstruída pelo pedestre, que na ocasião atravessava a pista de rolamento. Posteriormente, V2 perdeu o controle direcional de sua unidade motora, derivou à direita de modo a sair da pista, imobilizando-se em uma depressão localizada à direita da via. (f. 16)

É importante salientar que a vítima, à época do acidente, contava com 5 anos de idade (f. 27), ou seja, tratava-se de menor impúbere, sob a responsabilidade dos pais, a quem competia zelar por sua guarda e segurança.

Nesse sentido, dispõe o art. 1.630 do Código Civil que os "filhos estão sujeitos ao poder familiar, enquanto menores", devendo os pais zelar pela segurança deles.

Assim sendo, não se tem dúvidas de que, no caso dos autos, houve a efetiva falha no dever de proteção dos pais ao se descuidar da segurança do filho, permitindo que este atravessasse a pista de rolamento de forma indevida, quando foi atingido pelo caminhão dos requeridos.

Por sua vez, a despeito das alegações do requeridos, entendo que restou evidenciada também a culpa destes pelo acidente. Isto porque o condutor do caminhão atuou de forma negligente e, até mesmo, imprudente, uma vez que, tendo verificado que havia pessoas desembarcando do veículo ultrapassado, deveria cercar-se de cuidados especiais, reduzindo a velocidade no momento da ultrapassagem, conforme preconizado pelo art. 31 do CTB.

Nesse contexto, cumpre salientar que o laudo pericial indicou que a velocidade mínima do mencionado caminhão era de 57,97 km/h, concluindo que houve a culpa concorrente pelo acidente.

Veja a conclusão da perita criminal:

> Diante do exposto e levando-se em conta o aspecto do local, trajetória primitiva e ensejada pelo pedestre/vítima, que realizou a travessia da pista de rolamento de maneira inopinada. Contribui, também, o condutor de V2, que deixou de observar o disposto no art. 31 do Código de Trânsito Brasileiro. (f. 19)

Dessa feita, não se pode afastar a comunicação de culpa da vítima que culminou no evento danoso, condição que deve influir na fixação da indenização, como bem observado pelo douto Sentenciante, nos moldes preconizados pelo art. 945 do Código Civil: "Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em contra a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano".

Nesse mesmo sentido, há julgados deste Tribunal:

> Responsabilidade civil. Acidente de trânsito. Atropelamento de pedestre. Princípio da incolumidade dos veículos menores. Pista desprovida de acostamento - pedestre que não observa as regras de transitar pela borda da via e em fila. Culpa concorrente. Dano moral *in re ipsa*. Quantificação. Razoabilidade. Despesas com transporte - indenização. - É assente na doutrina sobre o direito de trânsito o princípio da incolumidade, o qual visa preservar na circulação dos veículos aqueles que possuem menor porte e, na circulação viária em geral, os pedestres, atores de maior fragilidade no cotidiano do trânsito das grandes cidades. - Tratando-se de pista desprovida de acostamento, cabe ao pedestre transitar pela sua borda, bem como em fila com os demais usuários. O descumprimento dessa regra pelo pedestre caracteriza a culpa concorrente pela ocorrência do acidente. - O dano moral oriundo dos ferimentos sofridos em acidente de trânsito decorre da lesão aos direitos da personalidade e, portanto, caracteriza-se *in re ipsa* em virtude da simples constatação das lesões físicas sofridas. - Demonstrado o gasto com despesas de transporte para outra cidade para consulta com ortopedista, essas devem ser ressarcidas, observando-se o percentual relativo à culpa concorrente. - Apelo provido em parte (TJMG - Apelação Cível 1.0540.08.014972-2/001, Rel. Des. Cabral da Silva, 10ª Câmara Cível, j. em 13/9/2016, p. em 23/9/2016).

> Apelação cível. Ação indenizatória. Acidente de trânsito. Atropelamento. Morte da filha da autora. Responsabilidade extracontratual. Culpa concorrente do motorista e da tia da vítima. Escola. Dano moral *in re ipsa*. Danos materiais. Súmula 491 do STF. Pensão. Entendimento pacificado no STJ. Presentes os pressupostos da responsabilidade civil é devida a indenização por danos materiais e morais. De acordo com a Súmula 491 do STF 'indenizável o acidente que cause a morte de filho menor, ainda que não exerça trabalho remunerado'. A culpa concorrente da tia da vítima, que contribuiu para a ocorrência do evento danoso (culpa *in vigilando*), tem o condão de atenuar a responsabilidade civil. Admitida a culpa concorrente em acidente de trânsito, a procedência da ação de reparação de danos é parcial, reduzindo-se pela metade o valor da indenização. No caso de morte de filho menor, os pais terão direito a pensionamento de 2/3 do salário percebido (ou do salário mínimo, caso não exercesse trabalho remunerado) até a data em que a vítima completaria 25 (vinte e cinco) anos de idade e, a partir daí, reduzido para 1/3 do salário até a data em que a vítima completaria 65 (sessenta e cinco) anos. Precedentes (AgRg no REsp 1325246/SC, Rel. Min. Og Fernandes, Segunda Turma, j. em 22/9/2015, *DJe* de 14/10/2015). Conforme precedentes do STJ, causa danos morais a perda brusca de ente querido em acidente de trânsito, não dependendo da prova do abalo psicológico, por se tratar de dano moral puro (*in re ipsa*) (TJMG - Apelação Cível 1.0447.07.002420-6/001, Rel.ª Des.ª Aparecida Grossi, 16ª Câmara Cível, j. em 24/2/2016, p. em 4/3/2016).

Portanto, entendo que a sentença se mostra adequada ao reconhecer a culpa concorrente pelo evento danoso.

Pensão mensal.

Em relação à pensão mensal, vejo que a sentença determinou o pagamento de pensão no valor correspondente a 1/3 do salário mínimo, a partir da data em que a vítima completaria 14 anos até quando atingisse 25 anos de idade, reduzindo esse valor para a metade, até os 65 anos de idade, salvo se antes os autores falecerem, quando se extingue a pensão.

Acerca da dependência econômica, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de que se presume a dependência dos pais em relação ao filho menor falecido, quando se trata de família de baixa renda. Cita-se:

> Processual civil. Agravo interno no agravo em recurso especial. Acidente de trânsito. Responsabilidade. Reexame do conjunto fático-probatório dos autos. Inadmissibilidade. Incidência da Súmula nº 7/STJ. Morte de filho menor. Pensão. Dependência econômica presumida. Súmula nº 83/STJ. Decisão manti-

> da. - 1. O recurso especial não comporta o exame de questões que impliquem revolvimento do contexto fático-probatório dos autos (Súmula nº 7 do STJ). 2. No caso concreto, o Tribunal de origem concluiu que o acidente ocorreu por culpa exclusiva do *de cujus*, cujas herdeiras são as ora recorrentes. Alterar esse entendimento demandaria o reexame das provas produzidas nos autos, o que é vedado em recurso especial. 3. 'Nos termos do entendimento consolidado desta Corte, a dependência econômica dos pais em relação ao filho menor falecido é presumida, mormente em se tratando de família de baixa renda' (AgRg no Ag nº 1247155/SP, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, j. em 16/2/2012, *DJe* de 29/2/2012). 4. Agravo interno a que se nega provimento (AgInt no AREsp 1047018/SC, Rel. Min. Antônio Carlos Ferreira, Quarta Turma, j. em 20/6/2017, *DJe* de 29/6/2017).

No caso concreto, verifico que os requerentes são trabalhadores rurais (f. 13), tratando-se, pois, de família de baixa renda, de forma a permitir a presunção de dependência econômica do filho.

De igual modo, a jurisprudência posiciona-se no sentido de que a morte de filho menor impõe a fixação de pensão a partir dos 14 anos de idade, com base em 2/3 do salário mínimo, até os 25 anos e, após esta, a pensão é reduzida para 1/3 até a data correspondente à expectativa média de vida da vítima.

Veja excerto extraído de julgado do STJ:

> [...]
>
> 8. Segundo precedentes deste Tribunal, é devido o pensionamento aos pais, pela morte de filho, nos casos de família de baixa renda, equivalente a 2/3 do salário mínimo ou do valor de sua remuneração, desde os 14 até os 25 anos de idade e, a partir daí, reduzido para 1/3 até a data correspondente à expectativa média de vida da vítima, segundo tabela do IBGE na data do óbito ou até o falecimento dos beneficiários, o que ocorrer primeiro. No caso, tendo os recorrentes formulado pedido apenas para que o valor seja pago até a data em que o filho completaria 65 (sessenta e cinco) anos, o recurso deve ser provido nesta extensão, sob pena de julgamento *ultra petita*. 9. Cessando para um dos beneficiários o direito ao recebimento da pensão, sua cota-parte será acrescida, proporcionalmente, em favor do outro. 10. Recurso especial da ré desprovido e provido parcialmente o dos autores (REsp 1346320/SP, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, j. em 16/8/2016, *DJe* de 5/9/2016).

No presente feito, foi formulado pedido na inicial para que se concedesse pensão até os 65 anos de idade, não sendo possível estipular a pensão com base na expectativa média de vida do brasileiro.

Assim sendo, a sentença mostra-se acertada e em consonância com o entendimento da jurisprudência pátria, devendo ser mantida.

Danos morais.

No que tange à indenização por danos morais, mostra-se cabível a compensação pelos danos causados aos autores.

Sobre o tema, convém destacar sobre a seguinte lição de Rui Stoco:

> Em sua obra *Danni morali contrattuali*, Dalmartello enuncia os elementos caracterizadores do dano moral, segundo sua visão, como a privação ou diminuição daqueles bens que têm um valor precípuo na vida do homem e que são a paz, a tranquilidade de espírito, a liberdade individual, a integridade física, a honra e os demais sagrados afetos, classificando-os em dano que afeta a parte social do patrimônio moral (honra, reputação etc.); dano que molesta a parte afetiva do patrimônio moral (dor, tristeza, sauda-

> de etc.); dano moral que provoca direta ou indiretamente dano patrimonial (cicatriz deformante etc.), e dano moral puro (dor, tristeza etc.) (Rivista di Diritto Civile, 1933, p. 55) (*Tratado de responsabilidade civil*. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 1363).

Ressalta-se, nesse contexto, que o dano caracterizado nos presentes autos afetou a parte mais íntima do patrimônio moral dos requerentes, que se viram privados do convívio com seu filho.

Por sua vez, o valor alusivo à indenização pelo dano moral deve se ater às circunstâncias do caso concreto, à sua repercussão na esfera da lesada e ao potencial econômico-social do lesante, a fim de que se sinta compelido a não mais reiterar na prática do ato ilícito ora enfocado.

Sobre o tema, em artigo denominado "A responsabilidade civil por dano moral", Maria Helena Diniz revela:

> Na reparação do dano moral, o juiz determina, por equidade, levando em conta as circunstâncias de cada caso, o *quantum* da indenização devida, que deverá corresponder à lesão e não ser equivalente, por ser impossível, tal equivalência. A reparação pecuniária do dano moral é um misto de pena e satisfação compensatória. Não se pode negar sua função: penal, constituindo uma sanção imposta ao ofensor; e compensatória, sendo uma satisfação que atenue a ofensa causada, proporcionando uma vantagem ao ofendido, que poderá, com a soma de dinheiro recebida, procurar atender a necessidades materiais ou ideais que repute convenientes, diminuindo, assim, seu sofrimento (*Revista literária de direito*, ano II, nº 9, jan./fev. de 1996, p. 9).

De acordo com esses parâmetros, julgo ser mais razoável e proporcional reduzir a quantia indenizatória fixada na sentença para R$15.000,00 (quinze mil reais) para cada um dos autores, levando em consideração a culpa recíproca, valor este que se mostra adequado para ressarcir os danos sofridos pelos requerentes, não representando enriquecimento sem causa para eles, tampouco impossibilidade de pagamento pelos requeridos.

Assim sendo, deve ser acolhido, em parte, o primeiro recurso, para reformar a sentença, em parte, reduzindo a indenização por danos morais para R$15.000,00 (quinze mil reais) para cada autor.

Por fim, o segundo recurso, interposto pelos requerentes não tem qualquer razão de ser, tendo em vista que a sentença expressamente reconheceu a responsabilidade solidária dos réus, ou seja, eles respondem integralmente por toda a dívida, nos termos do art. 264 do CC, não havendo necessidade de se fazer qualquer esclarecimento na referida decisão. De igual modo, consta expressamente na citada sentença que a responsabilidade da seguradora abrange os limites da apólice, inclusive, os danos morais.

Isso posto, dou provimento, em parte, ao primeiro recurso, para reformar, em parte, a sentença, reduzindo a indenização por danos morais para R$15.000,00 (quinze mil reais) para cada autor, mantida quanto ao mais a decisão primeva.

Lado outro, nego provimento ao segundo e ao terceiro recursos de apelação.

Custas recursais, pelos respectivos apelantes, suspensa a exigibilidade em relação aos autores, em razão da gratuidade judiciária deferida anteriormente.

Com fundamento no art. 85, § 11, do CPC, majoro os honorários devidos pelos réus, em grau recursal, para 11% sobre o valor da condenação. Fixo os honorários em favor dos patronos dos requeridos em sede recursal em R$400,00 (quatrocentos reais), igualmente suspensa a exigibilidade.

É como voto.

Votaram de acordo com a Relatora os DESEMBARGADORES VICENTE DE OLIVEIRA SILVA e MANOEL DOS REIS MORAIS.

Súmula - DERAM PROVIMENTO, EM PARTE, AO PRIMEIRO RECURSO. NEGARAM PROVIMENTO AO SEGUNDO E AO TECEIRO RECURSOS.

• • •

Administrativo e constitucional - Ação civil pública - Depósito de resíduos sólidos urbanos a céu aberto - Meio ambiente - Degradação - Obrigação de fazer - Interferência indevida do Judiciário - Inocorrência - Multa cominatória - Possibilidade - Sentença confirmada

- Comprovada a omissão do Município em tratar adequadamente os resíduos sólidos urbanos advindos da operação irregular do aterro sanitário, sem a devida licença ambiental, é legítima a pretensão deduzida em ação civil pública visando obrigá-lo a adotar medidas adequadas à saúde pública e à proteção do meio ambiente.

- A atuação do Poder Judiciário, quando se alega ofensa a direitos e garantias assegurados pela Constituição da República e em atos normativos infraconstitucionais, não configura situação de interferência indevida na esfera de outro Poder do Estado, traduz, ao contrário, válido exercício de controle jurisdicional destinado a amparar a tutela de direitos transindividuais e coletivos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

- A multa cominatória visa garantir o cumprimento da decisão judicial, sendo que a sanção somente será devida em caso de descumprimento com observância do devido processo legal, não produzindo lesão direta e imediata ao Poder Público.

APELAÇÃO CÍVEL/REMESSA NECESSÁRIA Nº 1.0216.16.002089-9/001 - Comarca de Diamantina - Remetente: Juiz de Direito da 2ª Vara Cível, Criminal e da Infância e da Juventude da Comarca de Diamantina - Apelante: Município de Diamantina - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais 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 CONFIRMAR A SENTENÇA NA REMESSA NECESSÁRIA E JULGAR PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

Belo Horizonte, 2 de abril de 2018. - Edilson Olímpio Fernandes - Relator.

Notas taquigráficas

DES. EDILSON OLÍMPIO FERNANDES - Trata-se de remessa necessária e recurso voluntário interposto contra a sentença proferida nos autos da Ação Civil Pública ajuizada pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais contra o Município de Diamantina, que julgou procedente o pedido pra condenar o réu a adotar, no prazo de 180 dias, medidas necessárias para a obtenção do licenciamento ambiental do aterro sanitário junto ao órgão ambiental competente; implantar o aterro sanitário e, em seguida, iniciar suas atividades dando destinação adequada aos resíduos sólidos urbanos mediante o cumprimento das exigências legais e de todas as condicionantes fixadas pelo órgão ambiental; instalar usina de triagem e compostagem de modo a proceder à reciclagem dos materiais compatíveis; encerrar o depósito irregular de resíduos no atual lixão e impedir o acesso de terceiras pessoas e animais na área; elaborar Plano de Recuperação da Área

Degradada; executar integralmente o PRAD conforme cronograma apresentado; implementar programa de coletiva seletiva; elaborar o Plano Municipal de Gestão Integrada de Resíduos Sólidos; elaborar e submeter à apreciação do órgão ambiental competente e implementar o Plano Integrado de Gerenciamento de Resíduos da Construção Civil; promover sistema de coleta e destinação adequada de pilha e baterias; efetuar a coleta e transporte de resíduos sólidos em veículos com compartimento fechado, tudo sob pena de multa diária de R$500,00, limitada a R$50.000,00, a ser revertida para o Fundo Especial do Ministério Público em caso de descumprimento (f. 399/402).

O apelante sustenta que tem envidado esforços para dar um tratamento duradouro e ambientalmente satisfatório aos resíduos produzidos pela população em decorrência do consumo de produtos e serviços, mas o Município, reconhecidamente, não tem condições de dar um pronto destino àquela descarga e muito menos de proceder à paralisação. Diz que tem projeto de catadores, situação que demonstra que não se encontra inerte em relação à gestão de resíduos sólidos. Afirma que há estudo de instalação de uma usina que servirá de complemento ao aterro sanitário, segregando e beneficiando o resíduo orgânico, o que implicará redução de valas e do custo operacional. Defende a impossibilidade de intervenção do Poder Judiciário no controle de atos discricionários praticados pelo Poder Executivo, sob pena de ofensa ao princípio da separação dos Poderes. Assevera a inexistência de recursos financeiros para suportar as ações necessárias à implementação da gestão de recursos sólidos. Salienta que não procede a aplicação da sanção de multa de vultosa quantia, uma vez que não se mostra razoável nem proporcional compelir o Poder Público a arcar com essa obrigação. Requer o provimento do recurso com consequente reforma do julgado de primeiro grau (f. 411/417).

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço da remessa necessária e do recurso voluntário.

Versam os autos sobre ação civil pública manejada pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais contra o Município de Diamantina, visando à condenação do réu na obrigação de proceder ao correto acondicionamento, coleta, transporte e a destinação final dos resíduos sólidos urbanos, por meio de soluções ambientalmente adequadas.

Após minuciosa análise dos autos, verifico que a presente ação civil pública funda-se no Inquérito Civil nº MPMG-0216.08.000016-0, instaurado para apurar irregularidades na destinação final dos resíduos sólidos urbanos do Município de Diamantina, valendo anotar a existência de diversos documentos que atestam a violação, por parte do Poder Público, das normas ambientais, pois essa área é caracterizada como um "lixão", estando os resíduos dispostos a céu aberto, sem recobrimento e fora de vala, a qual contém não só resíduos de natureza doméstica, mas também hospitalares e pneumáticos, cuja conduta, aliás, resultou em Auto de Infração pela Fundação Estadual do Meio ambiente (f. 66/67, 108/110, 112, 127, 129/136, 148/155, 171/172, 215/218, 243/245, 322/328, 335/337).

O Inquérito Civil acima mencionado foi instaurado em 2/12/2008 (f. 23), e a presente ação civil pública proposta em 17/3/2016 (f. 02v), mas as irregularidades apontadas na petição inicial ainda persistem, mesmo já decorridos quase dez anos da atuação ministerial para solucionar o problema junto à Administração Pública Municipal, conforme se observa do Boletim de Ocorrência lavrado pela Polícia Militar em 31/7/2017:

> Deparamos com grande quantidade de lixo residencial depositado ao solo sem o devido aterramento, o que consiste na infração ambiental de causar poluição e degradação ambiental que resulte, ou possa resultar em danos aos recursos hídricos, já que o xorume (*sic*) proveniente de tal resíduo infiltra livremente no solo podendo atingir o lençol freático, as espécies animais, pois no local constava a existência de gran-

> de número de aves de rapina, tais como gavião, conhecido como carcará, a segurança e ao bem-estar da população, visto que a decomposição de tal lixo a céu aberto contribui para a manifestação de diversos insetos, bem como microrganismos nocivos ao homem.
>
> [...]
>
> A Sra. Secretária informou-nos que o Município de Diamantina/MG não possui nenhuma autorização ambiental referente ao aterro [...] (*sic*) (f. 405/407).

A Constituição da República estabeleceu como competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios "proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas", bem como "promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico" (art. 23, incisos VI e XI), sendo que o seu art. 225 estabelece que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, a fim de garantir um ambiente saudável para as presentes e futuras gerações.

A Lei nº 11.445/07, que estabelece diretrizes nacionais para o saneamento básico, dispõe que os serviços públicos de saneamento básico serão prestados com base em princípios fundamentais, tais como abastecimento de água, esgotamento sanitário, limpeza urbana e manejo dos resíduos sólidos realizados de formas adequadas à saúde pública e à proteção do meio ambiente, eficiência e sustentabilidade econômica (art. 2º).

Por sua vez, a Lei nº 12.305/10, que institui a Política Nacional de Resíduos Sólidos, ao tratar das proibições, assim dispõe, em seu art. 47:

> Art. 47. São proibidas as seguintes formas de destinação ou disposição final de resíduos sólidos ou rejeitos:
>
> I - lançamento em praias, no mar ou em quaisquer corpos hídricos;
>
> II - lançamento *in natura* a céu aberto, excetuados os resíduos de mineração;
>
> III - queima a céu aberto ou em recipientes, instalações e equipamentos não licenciados para essa finalidade;
>
> IV - outras formas vedadas pelo Poder Público.

Como se vê, há uma preocupação do legislador, em todas as esferas de poder, com a questão relativa à proteção e preservação do meio ambiente.

Desse modo, resta clara a obrigação do Poder Público em preservar o meio ambiente, sendo que o Poder Judiciário está autorizado a reconhecer que o Executivo não cumpriu sua obrigação legal, quando vulnerou direitos difusos e coletivos, bem como em corrigir tal distorção, restaurando a ordem jurídica violada.

As normas definidoras dos direitos e garantias individuais do cidadão possuem aplicação imediata e, por isso, não pode o Poder Judiciário, desde que acionado, deixar de obrigar o Poder Executivo, em quaisquer de suas esferas, a cumprir o seu dever constitucional de adotar e executar normas que garantam a proteção do meio ambiente, sem que, com isso, haja qualquer ofensa ao princípio da separação dos Poderes.

Com efeito, restou comprovado no curso do devido processo legal a operação irregular do aterro de resíduos sólidos do Município de Diamantina, sem a devida licença ambiental, o que pode causar danos irreparáveis

ao meio ambiente e aos munícipes, porquanto esta atividade causa alterações adversas das características do meio ambiente, prejudicando as atividades sociais, econômicas, estéticas e relativas à biota, tal a proliferação de vetores transmissores de doenças, a poluição visual, o mau cheiro, entre outros.

Assim, demonstrada a omissão do Município em tratar adequadamente os resíduos sólidos da localidade, bem como a possibilidade de agravamento da situação, é imperiosa a manutenção da sentença, conforme, em situação semelhante, já concluiu este egrégio Tribunal de Justiça:

> Direito constitucional. Direito ambiental. Direito processual civil. Reexame necessário. Apelação. Ação coletiva. Defesa do interesse público. Procedência. Não cabimento da remessa necessária. Município de Jampruca. Destinação de resíduos sólidos. Lei Federal nº 12.305/2010. Descumprimento. Obrigação de implementação de medidas previstas na referida Lei Federal. Manifesta recusa do administrador em cumprir o dever constitucional e a lei. Conduta que gera dano ambiental. Violação do princípio da separação dos Poderes. Inocorrência. Fixação de multa para o caso de descumprimento da decisão. Possibilidade. Prazo de dois anos. Razoabilidade. Marco inicial. Publicação do acórdão. Recurso parcialmente provido. - Em se tratando de ação coletiva que busca resguardar o interesse público, a remessa necessária ocorre em favor do interesse da coletividade, com base na aplicação analógica do art. 19 da Lei de Ação Popular, o que significa que o acolhimento da pretensão dirigida contra o Município não impõe o reexame. - Como há lei prevendo o dever do Município de implantar um aterro sanitário com destinação e disposição final ambientalmente adequadas - o que não vem sendo observado - e como o sistema adotado pelo Município de Jampruca está gerando dano ao meio ambiente, a interferência do Poder Judiciário para impor obrigações ao referido ente público não implica violação do princípio da separação dos Poderes, mas apenas reconhecimento de manifesta ilegalidade, por descumprimento do que está expresso em lei, e imposição de medidas para impedir a lesão ao direito coletivo do meio ambiente equilibrado (art. 225 da CF). - Cabe ao Chefe do Executivo, e não ao Poder Judiciário, buscar o enquadramento das despesas decorrentes da presente decisão nas leis orçamentárias adequadas, que, além da previsão das despesas ordinárias na lei orçamentária anual, também contempla a possibilidade da edição de créditos adicionais especiais, que são aqueles destinados a despesas para as quais não haja dotação orçamentária específica. A justificativa de que não há previsão orçamentária é inaceitável, pois bastaria tal alegação para o Poder Público estar imune ao descumprimento de qualquer direito fundamental. - O principal propósito da multa diária consiste em desestimular o descumprimento de uma decisão judicial, o que se revela mais relevante quando a questão envolve matéria ambiental, sendo que, no caso, o valor da multa não é elevado. - Considerando que a ação foi ajuizada em 2014, que o próprio Município, em junho de 2009, reconheceu, no Termo de Ajustamento de Conduta não cumprido, a ocorrência de danos ao meio ambiente, e que há medidas impostas na sentença que podem ser cumpridas simultaneamente, mostra-se razoável o prazo de dois anos para o adimplemento das obrigações, sendo que o marco inicial deve ser a publicação do presente acórdão, e não a intimação da decisão de primeiro grau (TJMG - Ap. Cível/Remessa Necessária nº 1.0327.14.001911-5/001, Rel. Des. Moreira Diniz, 4ª Câm. Cível, *DJe* de 19/12/2017).

Ademais, a mera alegação de insuficiência orçamentária, desacompanhada de qualquer elemento concreto capaz de evidenciar essa limitação, por si só, não pode justificar o desatendimento à ordem constitucional de não degradar o meio ambiente, mormente tendo em vista o prejuízo causado à população local.

A prioridade do direito ao meio ambiente equilibrado e à saúde decorre da própria Constituição da República, devendo, na ponderação dos direitos tutelados constitucionalmente, se afastar a prevalência de questões orçamentárias em prol da sua preservação.

Por fim, anoto que a multa cominatória visa garantir o cumprimento da decisão judicial, sendo que a sanção somente será devida em caso de descumprimento, com observância do devido processo legal, não produzindo lesão direta e imediata ao Município. Caso não seja mantida a penalidade, o ente público pode atrasar ainda mais o correto cumprimento da determinação judicial, situação que afeta gravemente o ecossistema local, provocando sérios prejuízos ao meio ambiente.

O montante fixado na instância singular pelo descumprimento diário da obrigação (R$500,00) não se encontra dissociado das especificidades do caso concreto, e sua exequibilidade está condicionada ao descumprimento da decisão judicial, sendo certo que a reavaliação da multa pode ser promovida em momento oportuno (art. 537, § 1º, do CPC), valendo anotar que o prazo de 180 (cento e oitenta) dias para cumprimento da tutela, estabelecido pelo digno Juiz da causa revela-se razoável.

Confirmo a sentença na remessa necessária e julgo prejudicado o recurso voluntário.

Isento de custas (Lei Estadual nº 14.939/2003).

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES SANDRA FONSECA e CORRÊA JUNIOR.

Súmula - CONFIRMARAM A SENTENÇA NA REMESSA NECESSÁRIA E JULGARAM PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

• • •

Apelação - Usucapião extraordinário - Posse mansa, pacífica, contínua, com *animus domini* e por, no mínimo, 15 anos - Requisitos satisfeitos - Deferimento - Somatória de posses - Possibilidade - Exigência de idêntica qualificação - Verificação - Soma possível

- O acolhimento do pedido de usucapião extraordinário demanda a comprovação de posse mansa, pacífica, contínua, com *animus domini* e por, no mínimo, 15 anos. A soma da posse do atual possuidor com a de seu predecessor é possível, contudo deve ser comprovada a identidade de características, ou seja, ambas devem ser mansas, pacíficas, contínuas e com *animus domini*. No caso, houve a comprovação de todos os requisitos legalmente previstos para a somatória da posse e, consequentemente, do acolhimento do pedido exordial.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0620.15.002219-7/001 - Comarca de São Gonçalo do Sapucaí - Apelante: Dulce de Souza Pereira, Benedito Carlos Pereira e outro - Relator: DES. AMAURI PINTO FERREIRA

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, 21 de junho de 2018. - *Amauri Pinto Ferreira* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. AMAURI PINTO FERREIRA - Tratam os autos de ação de conhecimento manejada por Benedito Carlos Pereira e Dulce de Souza Pereira em desfavor de Cecília Piedade Valias Ferreira, Maria Azevedo Ferreira e José Geraldo Azevedo Ferreira, que fluiu perante o juízo da 1ª Vara Cível, Criminal e de Execuções Penais da Comarca de São Gonçalo do Sapucaí, MG, por meio da qual se pretende alcançar provimento jurisdicional final que declare a prescrição aquisitiva do imóvel em discussão a seu favor.

A sentença ora vergastada pelo presente recurso extinguiu o processo sem resolução, julgando improcedente o pedido exordial.

Em sede recursal, a parte primeira apelante, Benedito Carlos Pereira e Dulce de Souza Pereira, deduziu que a sentença deveria ser reformada, pois teria satisfeito todos os requisitos do art. 1.240 do CC, já que teria posse mansa, pacífica, ininterrupta e com *animus domini* há mais de 15 (quinze) anos. Frisou o fato de que o imóvel maior do qual se originou o imóvel que adquirira, somente após a celebração do contrato de compra e venda é que fora regularizado. Ao final, requereu que fosse ofertado provimento ao recurso.

Não fora a parte ré intimada para apresentação de contrarrazões, pois não constituiu patrono nos autos.

Este é o breve relatório.

Dos pressupostos de admissibilidade do recurso.

No caso em análise, atesto que foram devidamente observados todos os requisitos de admissibilidade recursal, pelo que conheço a presente insurgência.

Das questões preliminares ou prejudiciais.

Do compulsar os autos, concluo não existir qualquer questão preliminar ou prejudicial à análise do mérito a ser decidido, pelo que passo ao seu exame.

Circa merita.

Para que seja reconhecida a prescrição aquisitiva extraordinária, a parte que a deduz deve comprovar o exercício da posse do imóvel por, no mínimo, 15 anos, de maneira mansa, pacífica, contínua e com *animus domini*, *ex vi*:

> Art. 1.238. Aquele que, por quinze anos, sem interrupção, nem oposição, possuir como seu um imóvel, adquire-lhe a propriedade, independentemente de título e boa-fé; podendo requerer ao juiz que assim o declare por sentença, a qual servirá de título para o registro no Cartório de Registro de Imóveis.
>
> Parágrafo único. O prazo estabelecido neste artigo reduzir-se-á a dez anos se o possuidor houver estabelecido no imóvel a sua moradia habitual, ou nele realizado obras ou serviços de caráter produtivo.

Poderá o prazo precitado ser reduzido para 10 anos, acaso se atribua ao imóvel finalidade social, como o estabelecimento de moradia ou realização de obras ou serviços de caráter produtivo.

Nesse sentido é o entendimento doutrinário sobre a questão ora discutida:

> Três requisitos são essenciais a qualquer modalidade de usucapião em nosso ordenamento jurídico: o tempo, a posse mansa e pacífica e o *animus domini* (FARIA, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil*. Editora Atlas - Reais, v. 4, p. 350).
>
> A posse há de ser *ad usucapionem*, isto é, tem que ser pacífica, ininterrupta e com convicção de dono. A pessoa deve possuir o imóvel como seu, com a intenção e convicção de dono (FIUZA, César. *Direito civil*. Curso completo. Revista dos Tribunais, p. 580).

Bem como pretoriano:

> Apelação cível. Ação de usucapião extraordinária. Necessidade de comprovação dos requisitos exigidos por lei para a prescrição aquisitiva do imóvel. Art. 1.238 do NCC/2002. Não ocorrência. Posse do antecessor não demonstrada. Pedido julgado improcedente. Cabimento. Inteligência do art. 333, inciso I, do CPC. - A usucapião extraordinária é aquela que se configura com a posse de um imóvel, por 15 (quinze) anos, com ânimo de dono, sem oposição e interrupção, salvo se o possuidor houver estabelecido no imóvel sua moradia habitual ou nele tiver realizado obras ou serviços de caráter produtivo sendo, nesse caso, o lapso de tempo de 10 (dez) anos, mediante prova de posse mansa e pacífica e ininterrupta, independentemente de justo título e boa-fé, nos termos do art. 1.238 do CC/2002. - O ônus da prova, quanto ao fato constitutivo de seu direito, é do autor, consoante disposição do art. 333, inciso I, do CPC. - Não comprovados os requisitos legais, não há falar em procedência do pedido de usucapião (TJMG - Apelação Cível 1.0699.12.006230-1/001, Rel. Des. Evandro Lopes da Costa Teixeira, 17ª Câmara Cível, j. em 16/6/2016, p. em 28/6/2016).

No caso em estudo, a parte ré aduz que ocupa o imóvel, há mais de 15 anos, e que nele desenvolvera atividade de caráter produtivo como plantações.

Ao longo da instrução probatória, foi apurado que tal lapso temporal é alcançado com a soma da posse do anterior possuidor, o que é possível de se fazer, como se abstrair do conteúdo do art. 1.243 do CC, devendo, tão somente, as posses possuírem idêntica qualificação, qual seja mansa, pacífica, contínua e com *animus domini*, *in verbis*:

> Art. 1.243. O possuidor pode, para o fim de contar o tempo exigido pelos artigos antecedentes, acrescentar à sua posse a dos seus antecessores (art. 1.207), contanto que todas sejam contínuas, pacíficas e, nos casos do art. 1.242, com justo título e de boa-fé.

O entendimento doutrinário sobre isso não discrepa do acima exposto:

> Em razão de ser longa a trajetória da usucapião, permite-se que o interessado junte período anterior de posse para usucapir, sendo que o possuidor pode acrescentar à sua posse a do antecessor, contanto que ambas sejam contínuas e pacíficas (art. 1.243 do CC) (FARIA, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil* - Reais, Editora Atlas, v. 5, p. 355).

No caso em estudo, inicialmente, deve ser verificado se a posse do possuidor anterior, à qual a parte autora pretende somar a sua, apresentava *animus domini*.

Como se pode apurar da análise dos autos, atesto que a regularização da área maior de titularidade da parte ré se operou somente em 2012, como comprovado pelo documento de f. 17. Mais do que isso, afirmo que esse imóvel, considerado singularmente, somente nessa oportunidade fora regularizado, pois a aquisição de sua propriedade pela ré foi inscrita no registro de nº 1 da matrícula imobiliária, ou seja, foi aberta para constituí-la. Assim, até então, a posse da parte ré, de quem a parte autora adquiriu o imóvel, era exercida com *animus domini*, pois o imóvel não possuía registro, enfim não era sua proprietária. Contudo, apesar disso, a parte ré, inclusive, o alienou parcialmente à parte autora, praticando ato de disposição, o qual é característico de quem é proprietário. Assim, inegavelmente, se portava como se fosse proprietária, enfim, sua posse era exercida com *animus domini*.

Esclareço que o *animus domini* se encontra presente quando aquele que não é proprietário exerce posse sobre determinado bem como se seu fosse, desejando isso. De tal contexto, decorre naturalmente a afirmação de que aquele que é proprietário do bem não exerce posse com *animus domini*, pois sabe que é o proprietário. Ele não deseja ser, é. O entendimento doutrinário não discrepa do acima exposto:

> A posse necessariamente será acompanhada do *animus domini*. Consiste no propósito de o usucapiente possuir a coisa como se esta lhe pertencesse. O possuidor que conta com *animus domini* sabe que a coisa não lhe pertence, porém atua com o desejo de se converter em proprietário, pois quer excluir o antigo titular (FARIA, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil* - Reais, Editora Atlas, v. 5, p. 353).

No caso em estudo, como acima exposto, a regularização do imóvel maior, do qual se originou o imóvel ora em discussão, ocorreu apenas em 2012, quando este já havia sido vendido pela parte ré à parte autora, pois a alienação ocorreu em 2010, ou seja, a posse transferida naquele ensejo apresentava *animus domini*.

Noto que os demais requisitos, também, encontram-se satisfeitos, como se abstrai da leitura da oitiva da testemunha e do depoimento pessoal, pois a posse da parte autora, somada com a da parte ré, totaliza mais de 15 anos, remontando 1995; é mansa e pacífica, além de ininterrupta, já que nunca houve contestação quanto ao seu contínuo exercício.

Desse modo, encontram-se satisfeitos todos os requisitos para que o pedido exordial seja acolhido.

Dispositivo.

Em face do exposto, dou provimento ao presente recurso para reformar a sentença, de modo a declarar, em prol da parte autora, a usucapião extraordinária do imóvel descrito na peça de ingresso.

Condeno a parte ré a solver as custas e despesas processuais, bem como honorários sucumbenciais que fixo em R$1.000,00 (um mil reais).

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES LUCIANO PINTO e EVANDRO LOPES DA COSTA TEIXEIRA.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Apelação cível - Ação de indenização - Uso de tintura para cabelo - Queda de cabelo após o uso - Responsabilidade objetiva - Não realização do teste de sensibilidade pelo consumidor - Instrução do fabricante - Excludente de responsabilidade

- A responsabilidade do fabricante e do fornecedor, embora não dependa da existência de culpa, pode ser afastada, quando provado que o defeito alegado pelo consumidor não existe ou que o dano alegado decorre de culpa exclusiva deste último ou de terceiro (art. 12, § 3º, II e III, CDC).

- Resta configurada a hipótese de excludente de responsabilidade do fabricante, conforme previsto no art. 12, § 3º, inciso III, do Código de Defesa do Consumidor, quando não demonstrado que o produto fora utilizado segundo as instruções do fabricante, sobretudo em relação ao teste de sensibilidade, orientação destacada na embalagem e no manual de uso do produto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0521.10.002650-4/001 - Comarca de Ponte Nova - Apelante: Nilzete Prates - Apelados: Procter e Gamble do Brasil S.A e outros, HFC Brasil Comércio de Cosméticos Ltda - 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 DE APELAÇÃO.

Belo Horizonte, 07 de junho de 2018. - *Luiz Carlos Gomes da Mata* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. LUIZ CARLOS GOMES DA MATA - Versa o presente embate sobre Apelação Cível interposta por Nilzete Prates, contra sentença proferida pelo MM. Juiz da 2ª Vara Cível da Comarca de Ponte Nova, Dr. Bruno Henrique Tenório Taveira, nos autos da ação de indenização por danos materiais e morais, ajuizada em desfavor de Procter e Gamble do Brasil S.A e outro, que julgou improcedente o pedido inicial.

Alega a apelante, f. 268/271, que demonstrou de forma inequívoca a queda de cabelo ocorrida após o uso do produto da requerida. Afirma que o produto foi utilizado de forma adequada, conforme comprovado pela testemunha ouvida nos autos e pelo relatório médico juntado. Diz que o MM Juiz não realizou uma leitura adequada de seu depoimento pessoal. Assevera que, tendo em vista que a relação é de consumo, deve ser possibilitada a inversão do ônus da prova.

Sem preparo, tendo em vista que a parte litiga amparada pelos benefícios da Justiça Gratuita.

Contrarrazões, f. 272/278.

É o relatório. Decido:

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

Extrai-se dos autos que Nilzete Prates (apelante) ajuizou a presente ação em desfavor de Procter e Gamble do Brasil S.A e outro (apelada), alegando que em 26/10/2009 adquiriu um produto "Wellaton coloração permanente". Afirmou que usou o produto seguindo todas as instruções de uso contidas no folheto. Disse que com o passar dos dias, percebeu que ao pentear o cabelo, uma grande quantidade de fios caía. Contou que procurou um médico para tratamento e que também foi a um salão para que fizessem um tratamento especializado em queda de cabelo. Requereu, assim, a condenação da requerida ao pagamento de indenização pelos danos morais e materiais que suportou em razão do ocorrido.

Citada, a requerida afirmou que a tintura adquirida pela requerente, desde que utilizada corretamente, produz os efeitos desejados. Argumentou a necessidade de ser feito o teste de sensibilidade antes da utilização do produto; e que a requerente não realizou o referido teste. Sustentou que não restou comprovado o nexo de causalidade necessário para a procedência do pedido.

Ao julgar improcedente o pedido, o MM. Juiz fundamentou que "[...] a requerente informou não ter realizado o teste de sensibilidade e mechas, ao argumento de ter o hábito de usar o produto [...]"; que "[...] a embalagem do produto contém uma série de precauções que devem ser observadas pelo consumidor. Conclui-se, pelas provas constantes nos autos, que a autora não adotou referidas precauções. Logo, não há como ser atribuída ao fabricante a responsabilidade pelos danos causados" (f. 266/266-v.).

Com efeito, após analisar os autos com acuidade, tenho que a respeitável sentença deve ser mantida, porquanto a falta de razão da requerente, ora apelante, é latente nos autos.

Com efeito, não há dúvidas de que na hipótese dos autos a relação havida entre as partes é regida pelas normas do Código de Defesa do Consumidor. Trata de 'responsabilidade pelo fato do produto', sendo a responsabilidade da apelante objetiva, nos termos do art. 12 do Código de Defesa do Consumidor, só não sendo cabível a reparação nos casos em que restar demonstrada a ocorrência de excludente de responsabilidade previstas no aludido dispositivo:

> Art. 12. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos.
>
> § 1º O produto é defeituoso quando não oferece a segurança que dele legitimamente se espera, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais:
>
> I - sua apresentação;
>
> II - o uso e os riscos que razoavelmente dele se esperam;
>
> III - a época em que foi colocado em circulação.
>
> § 2º O produto não é considerado defeituoso pelo fato de outro de melhor qualidade ter sido colocado no mercado.
>
> § 3º O fabricante, o construtor, o produtor ou importador só não será responsabilizado quando provar:
>
> I - que não colocou o produto no mercado;

> II - que, embora haja colocado o produto no mercado, o defeito inexiste;
>
> III - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

Portanto, nesses casos, a responsabilidade do fabricante e do fornecedor, embora não dependa da existência de culpa, pode ser afastada, quando provado que o defeito alegado pelo consumidor não existe ou que o dano alegado decorre de culpa exclusiva deste último ou de terceiro (art. 12, § 3º, II e III, CDC).

Segundo a doutrina:

> [...] uma vez provado o defeito de fabricação e o nexo causal que estabelece a ligação entre este e o dano suportado, cabe imputar o resultado danoso ao fabricante (ou ao produtor, construtor e importador), de modo que, para liberar-se e livrar-se do dever de indenizar, impõe-se-lhe a prova da ocorrência de uma das causas excludentes da responsabilidade estabelecidas expressamente no art. 12, § 3º do CDC [...] (STOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência.* 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 527).

No presente caso, as provas dos autos (f. 61/94) dão conta de que a apelante, ao entrar em contato com a apelada para a solução do seu problema, admitiu que não fez o teste de sensibilidade antes da utilização do produto, pois era de seu costume usar aquela coloração. Observa-se, porém, que nas instruções de segurança trazidas pelo produto, f. 25, o referido teste deve ser realizado antes de cada utilização, ainda que o consumidor já tenha feito uso do produto ou de outros produtos de coloração, anteriormente.

Registre-se que a alegação da apelante em seu depoimento pessoal no sentido de que fez o teste de sensibilidade antes do uso do produto não tem credibilidade suficiente para derruir as provas de f. 61/94. É que referidas provas demonstram de forma muito mais verdadeira todas as tratativas havidas entre as partes antes do ajuizamento da ação, através do sistema SAC, ocasião, insisto, em que ela admitiu não ter realizado o teste de sensibilidade, f. 69.

Além do mais, conforme registrado pelo MM. Juiz, embora a apelante tenha afirmado em depoimento ter realizado o teste de sensibilidade, não comprovou tê-lo feito conforme as indicações constantes na embalagem do produto.

Nesse contexto, tenho que restou configurada a hipótese de excludente de responsabilidade do fabricante, conforme previsto no art. 12, § 3º, inciso III, do Código de Defesa do Consumidor, uma vez que não demonstrado que o produto fora utilizado segundo as instruções do fabricante, sobretudo em relação ao teste de sensibilidade, orientação destacada na embalagem e no manual de uso do produto.

Em caso semelhante:

> Apelação cível. Responsabilidade civil. Danos materiais e morais. Eletroestimulador. Reação alérgica. Erupção na pele. Uso inadequado do produto. Manual do usuário. Não observação. Consumidor. Culpa exclusiva. Excludente de responsabilidade. Sentença mantida. I. A consumidora que faz uso inadequado de eletroestimulador, sem a indispensável leitura das orientações e advertências inteligíveis contidas no manual do usuário, é a única responsável pela reação alérgica sofrida, o que frustra o pedido de indenização por danos materiais e morais. II. A culpa exclusiva do consumidor, nos termos do Código de Defesa do Consumidor, ainda no caso de responsabilidade objetiva, exclui a responsabilidade civil

> do responsável pela comercialização do produto (TJMG - Apelação Cível nº 1.0074.10.002405-3/001, Relator: Des. Vicente de Oliveira Silva, 10ª Câmara Cível, j. em 19/8/2014, p. em 29/8/2014).

Com essas considerações, mantenho a decisão recorrida e nego provimento ao recurso de apelação.

Custas recursais, pela apelante, suspensa a exigibilidade.

Na forma prevista pelo art. 85, § 11, do Novo Código de Processo Civil, majoro os honorários de sucumbência para o percentual de 12% sobre o valor da causa, suspensa também a exigibilidade em razão dos benefícios da Justiça Gratuita que lhe foram concedidos na primeira instância.

É como voto.

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

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO DE APELAÇÃO.

• • •

Apelação cível - Ação indenizatória - Esquecimento de objeto no corpo de paciente durante a cirurgia - Responsabilidade objetiva do hospital - Nexo de causalidade entre a cirurgia e o objeto - Existência - Indenização por danos morais - Necessidade - *Quantum* - Manutenção

- O ônus da prova incumbe ao réu quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, nos termos do art. 373, II, do Código de Processo Civil.

- Demonstrada a conduta indevida ou ilícita, o nexo de causalidade e o dano, fica configurado o dever de indenizar.

- O valor da indenização por danos morais deve ser fixado considerando o grau de responsabilidade atribuída ao réu, a extensão dos danos sofridos pela vítima, bem como a condição social e econômica do ofendido e do autor da ofensa, atentando-se, também, para os princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0145.15.002996-8/002 - Comarca de Juiz de Fora - Apelante: Hospital e Maternidade Therezinha de Jesus - Apelada: A.A.A. - Litisconsorte: S.R.P. - 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 NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 26 de junho de 2018. - *Claret de Moraes* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. CLARET DE MORAES - Apelação interposta por Hospital e Maternidade Therezinha de Jesus contra sentença de lavra do MM. Juiz Edson Geraldo Ladeira, da 7ª Vara Cível da Comarca de Juiz de Fora (f. 319/323-v.), nos autos da ação indenizatória proposta por A.A.A., que assim decidiu:

> Ante o exposto, declaro a perda de objeto da ação, relativamente a pedido de pagamento da nova cirurgia para extração de corpo estranho, em referência ao qual o processo deve ser extinto, sem julgamento de mérito, na forma do art. 485, VI, do CPC. Quanto ao mérito, julgo parcialmente procedentes os pedidos iniciais, pelo que condeno o Hospital e Maternidade Therezinha de Jesus ao pagamento da indenização por danos morais, em favor da autora A.A.A., no importe de R$25.000,00, acrescido de correção monetária e juros de mora de 1% ao mês, contados desta data. E julgo extinto o feito, com base no art. 487, I, do CPC.
>
> Finalmente, condeno a autora ao pagamento de 15% das custas processuais e dos honorários advocatícios do hospital; por outro lado, condeno o hospital ao pagamento dos outros 85% das custas e dos honorários advocatícios da autora.
>
> Fixo os honorários advocatícios em 15% sobre o valor da condenação.

> E também condeno a autora ao pagamento dos honorários do advogado da ré S.R.P., que fixo em 10% sobre o valor da inicial.
> Contudo, estando a autora e o hospital sob amparo da justiça gratuita, ficam dispensados do pagamento das verbas de sucumbência.

O apelante, em suas razões recursais (f. 325/332), relatou que inexiste nos autos qualquer prova de que a "gaze esquecida" no corpo da apelada teria sido consequência de erro médico perpetrado nas suas dependências.

Citou os depoimentos das testemunhas arroladas pelas partes, as quais teriam sido claras em afirmar "que o protocolo da referida cirurgia não prevê a utilização de gazes, mas apenas compressas, o que afasta a possibilidade de tal gaze ter sido deixada no corpo da recorrida no momento da cirurgia."

Asseverou a dúvida acerca do momento em que o objeto teria sido esquecido no corpo da recorrida, visto que a mesma já havia realizado outro procedimento cirúrgico.

Por fim, relatou a inexistência de prova da conduta culposa da médica que assistiu a recorrida durante a cirurgia, bem como falha das instalações hospitalares, devendo o pedido de indenização por danos morais ser julgado improcedente.

Eventualmente, pugnou pela redução da indenização arbitrada pelo Magistrado singular.

Intimada, a apelada contrarrazoou o recurso (f. 334/349), pugnando pela manutenção da sentença.

É o relatório. Decido.

Recurso próprio, tempestivo, adequado e sem necessidade de preparo, por litigar o recorrente sob o pálio da gratuidade da justiça (f. 245). Assim, presentes os pressupostos de sua admissibilidade, deles conheço.

Inicialmente, registro que a sentença recorrida foi proferida sob a égide do Código de Processo Civil de 2015, razão pela qual o exame da questão controvertida será feito à luz desse diploma legal.

Antes de adentrar o mérito do recurso, necessário relatar alguns fatos ocorridos antes e durante o processo.

Consta nos autos que a recorrida, no ano de 2013, estava grávida de seu segundo filho quando, no 9º mês de gestação, ocorreu uma complicação que ocasionou a morte de seu bebê ainda em seu ventre.

Relatou que foi encaminhada ao hospital recorrente para a realização da cirurgia cesariana pela equipe médica de plantão, tendo como responsável a Dra. S.R.P..

Informou que durante a cirurgia foi esquecida uma compressa cirúrgica (gaze) dentro de seu útero, o que resultou em intenso sofrimento, dores, diarreia, menstruação irregular e náuseas por vários meses.

Assim, pugnou pela condenação solidária do hospital e da médica S.R.P. ao pagamento de nova cirurgia para retirada de tal corpo estranho, bem como condenação ao pagamento de indenização por danos morais em R$120.000,00.

Em decisão de f. 179/180, o Magistrado singular rejeitou a preliminar de ilegitimidade passiva da segunda ré, S.R.P., bem como a denunciação à lide de L.H.C., suposta responsável pela realização da cesariana em questão.

Contra tal decisão, foi interposto agravo de instrumento, ao qual foi negado provimento (f. 309/312).

O Juiz singular, em sua decisão, reconheceu a realização de uma segunda cirurgia para retirada do material esquecido no útero da recorrida, julgando prejudicado o pedido de realização de novo procedimento; afastou a responsabilidade da Dra. S. sobre o ocorrido, argumentando que a mesma não teria sido responsável pela cirurgia em questão; e reconheceu a responsabilidade do hospital sobre o erro médico ocorrido, condenando-o ao pagamento de indenização por danos morais no montante de R$25.000,00.

A sentença não merece reparos.

Com relação ao direito, sabe-se que a responsabilidade do médico está prevista no art. 951 do Código Civil, que assim dispõe:

> O disposto nos arts. 948, 949 e 950 aplica-se ainda no caso de indenização devida por aquele que, no exercício de atividade profissional, por negligência, imprudência ou imperícia, causar a morte do paciente, agravar-lhe o mal, causar-lhe lesão, ou inabilitá-lo para o trabalho.

Da mesma forma, nos casos de averiguação da culpa (negligência, imprudência e imperícia) dos profissionais liberais, o Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 14, § 4º, normatiza que a responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa. É, assim, subjetiva.

Portanto, os médicos têm obrigação de meio, ou seja, sua responsabilidade é a de se esforçar para obter o melhor resultado, mediante aplicação dos procedimentos e técnicas adequados e disponíveis. Assim, a culpa do médico não é presumida, sendo do paciente ou de seus herdeiros o ônus de provar a ocorrência de negligência, imprudência ou imperícia, ao contrário do que acontece com a obrigação de resultado, em que há o dever de atingir o resultado pretendido.

Quanto à responsabilidade do hospital nos casos de erros médicos de profissionais por ele contratados, já se manifestou este Tribunal:

> Apelações cíveis. Recurso adesivo. Reexame necessário conhecido de ofício. Responsabilidade civil. Hospital privado credenciado do SUS. Legitimidade passiva do município. Inépcia da inicial. Agravo retido. Nulidade da perícia. Não ocorrência. Prescrição. Teoria do risco administrativo (responsabilidade objetiva). Erro médico. Comprovação. Danos morais. Culpa concorrente. Ausência. Valor da indenização. Agravo retido não provido. Sentença confirmada, em reexame necessário conhecido de ofício. Recursos de apelação não providos. Recurso adesivo provido. [...] 6. Nas demandas atinentes à responsabilidade civil oriunda de danos causados pela prestação de serviços médico-hospitalares em nosocômio privado, por meio do SUS, incide a norma inserta no art. 37, § 6º, da Constituição da República, que consagra a teoria da responsabilidade objetiva do Poder Público e das pessoas jurídicas de direito privado, prestadoras de serviço público. 7. Nos casos em que se discute a responsabilidade decorrente de procedimentos médicos, a teoria do risco administrativo deve ser analisada de modo particular, pois a obrigação do médico, via de regra, é de meios, e não de resultados; assim, a responsabilidade objetiva, em hipóteses tais, só exsurge quando ocorrer erro médico, caracterizado pela conduta culposa do profissional. 8. Demonstrada a ocorrência do erro médico e do nexo de causalidade entre tal falha e os danos causados à paciente menor, que sofreu lesão grave e irreversível (paralisia cerebral), patente o dever do ente municipal e do nosocômio em indenizar. [...] (TJMG - Apelação Cível nº 1.0480.08.117491-8/001, Rel. Des. Bitencourt Marcondes, 1ª Câmara Cível, j. em 14/11/2017, p. em 23/11/2017).

Analisando os autos, verifico ser incontroverso o fato da existência de um corpo estranho no útero da recorrida no momento do ajuizamento da presente ação.

A insurgência do recorrente se limita à suposta inexistência de nexo de causalidade entre a cesariana havida em suas instalações e o objeto esquecido no corpo da recorrida, bem como ausência de responsabilidade sobre o ocorrido.

Dos depoimentos contidos nos autos, ao contrário do apresentado pelo recorrente, é possível a ocorrência de erro médico com o esquecimento do material no útero da recorrida.

Isto porque a Dra. Lara Henriques de Carvalho, médica funcionária do hospital recorrido, reconhecendo sua responsabilidade pela cirurgia em questão, afirmou apenas achar "improvável o esquecimento dessa gaze no corpo da autora" (f. 287). Ademais, a Sra. Adriana Villela também destacou que, "na doutrina médica, a depoente esclarece que há notícias de esquecimentos de corpos estranhos em pacientes".

Quanto à alegação de que "tal gaze poderia perfeitamente ter sido deixada no corpo da apelada quando da realização da cesariana para o nascimento de seu primeiro filho, cerca de quatro anos antes do parto realizado nas dependências da apelante", razão não assiste à recorrente.

Isso porque a recorrida realizou diversos exames até a realização da cirurgia em questão, e o hospital réu deixou de apontar a existência de qualquer corpo estranho junto ao segundo feto, ocorrendo assim o esquecimento de tal objeto a partir da segunda cesariana.

Sendo assim, na presente ação indenizatória por esquecimento de gaze no corpo de paciente, incumbia à ré/recorrente a comprovação de que a recorrida teria realizado outros procedimentos cirúrgicos após a cesariana em questão, nos termos do art. 373, inciso II, do CPC/2015, não podendo exigir da mesma a produção de prova negativa.

Logo, considerando que o réu/recorrente não se desincumbiu do ônus que lhe foi atribuído e inclusive realizou uma nova cirurgia na autora/recorrida com o descarte do objeto em questão, persiste o dever de indenizar.

Nesse sentido, também já se manifestou este Tribunal em recente julgamento:

> Remessa necessária. Condenação inferior a 100 (cem) salários mínimos. Descabimento. Apelação cível. Indenização por danos morais. Material cirúrgico deixado no corpo da paciente após realização de cirurgia em hospital municipal. Demora na realização de novo procedimento cirúrgico para retirada do material. Falha do atendimento hospitalar. Agravamento do quadro clínico. Dano e nexo de causalidade comprovados. Responsabilidade objetiva do ente público. Inexistência de excludentes. Dever de indenizar configurado. Redução do valor da condenação. Princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Recurso parcialmente provido. [...] 2 - Comprovado nos autos que, após a realização de procedimento cirúrgico para retirada de pedra na vesícula, foi encontrada uma gaze no corpo da paciente, resta caracterizado o erro médico. [...] 5 - Após a parte ter se consultado no hospital municipal por diversas vezes queixando-se de dores após o procedimento cirúrgico, somente dois meses depois foi realizada nova cirurgia para retirada do material encontrado no corpo da paciente, resultando assim, no agravamento do quadro clínico, o que comprova a falha no atendimento hospitalar e a existência de nexo de causalidade entre o dano e a conduta desidiosa do ente público. 6 - A condenação a título de dano moral se presta a compensar o sofrimento experimentado pela vítima, sem gerar enriquecimento sem causa, e punir o infrator, de modo a desencorajá-lo da prática reiterada do ilícito, sendo que o valor fixado deve se ater aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade. 7 - Recurso parcialmente provido (TJMG - Apelação

Cível/Remessa Necessária nº 1.0105.14.040954-8/001, Rel.ª Des.ª Sandra Fonseca, 6ª Câmara Cível, j. em 20/2/2018, p. em 2/3/2018).

Com relação ao valor dos danos morais, verifica-se que o ordenamento jurídico não possui critérios taxativos capazes de nortear a quantificação da indenização por danos morais, motivo pelo qual a fixação do montante devido deve levar em conta o grau da responsabilidade atribuída ao réu, a extensão dos danos sofridos pela vítima, bem como a condição social e econômica do ofendido e do autor da ofensa.

A quantificação fica sujeita, pois, a juízo ponderativo, devendo atender aos fins a que se presta, não podendo, contudo, representar, enriquecimento sem causa da parte lesada nem, tampouco, a ruína do ofensor.

Nesse seguimento tenho que a indenização arbitrada em R$25.000,00 (vinte e cinto mil reais) deve ser mantida, pois é certo que compensará o gravame sofrido pela recorrida, sem que se caracterize enriquecimento ilícito.

Diante do exposto, nego provimento ao recurso, mantendo incólume a sentença proferida em 1º grau.

Condeno a recorrente ao pagamento integral das custas recursais e honorários advocatícios, que ora majoro em 2% (dois por cento) sobre o valor da condenação, nos termos do art. 85, § 11º, do Código de Processo Civil, suspendendo a exigibilidade de tais cobranças em razão da apelante estar litigando sob o pálio da assistência judiciária gratuita.

É como voto.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES ÁLVARES CABRAL DA SILVA e MARIÂNGELA MEYER.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

• • •

Apelação civil - Ação indenizatória - Danos morais e materiais - Seguro de vida - Devolução de valores - Parcelas do prêmio - Impossibilidade - Cancelamento do seguro - Ausência de notificação - Dano moral não configurado - Manutenção da sentença que se impõe

- O contrato de seguro tem por objetivo a cobertura do risco contratado, de forma a assegurar eventos futuros e incertos que, porventura, venham a acontecer, no período acobertado pela apólice. Assim, não é devida a devolução do valor das parcelas do prêmio pagas pela parte autora, haja vista que, no período de vigência do contrato de seguro, remanesceu a possibilidade de cobertura para sinistros, que poderiam ser indenizados, caso acontecessem.

- O cancelamento da apólice de seguro por inadimplemento das parcelas do prêmio deve ser precedido por notificação extrajudicial, de modo que o segurado possa, caso queira, quitar as parcelas inadimplidas. No caso em exame, não restou comprovada a prévia notificação do segurado, de modo que houve falha na prestação do serviço pela seguradora quando do cancelamento da apólice de seguro.

- Na esteira do entendimento do STJ, estando o ilícito relacionado ao inadimplemento de cláusula contratual (no caso, consubstanciado na ausência de prévia notificação do segurado acerca do iminente cancelamento do contrato de seguro), apenas seria possível a condenação da parte ao pagamento de indenização por danos morais, na hipótese em que restar caracterizada efetiva ofensa a direitos da personalidade do contratante, o que não ocorreu nesta seara.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0395.16.003078-3/001 - Comarca de Manhumirim - Apelante: Geneci Soares - Apelado: Companhia de Seguros Aliança do Brasil - Relator: DES. LUCIANO PINTO

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 17ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 28 de junho de 2018. - *Luciano Pinto* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. LUCIANO PINTO - Geneci Soares ajuizou ação indenizatória por danos morais e materiais em desfavor de Companhia de Seguros Aliança do Brasil, pleiteando, em síntese, a condenação da ré ao ressarcimento dos valores pagos a título de prêmios do contrato de seguro firmado entre as partes, como também ao pagamento de indenização por danos morais em razão do cancelamento do contrato sem a prévia notificação do segurado. Juntou documentos (f. 08/47).

O pedido de justiça gratuita foi deferido (f. 48).

A parte ré apresentou contestação (f. 67/76), arguindo prejudicial de mérito de prescrição, e, em sede meritória, defendeu a tese de que o cancelamento da apólice decorreu do inadimplemento das parcelas do prêmio pelo autor.

Disse que o postulante foi previamente notificado acerca da rescisão do contrato; verberou os pedidos indenizatórios; transcreveu jurisprudência em prol de seus argumentos e, ao final, requereu a improcedência da ação. Juntou procuração e documentos (f. 77/89).

A parte autora apresentou impugnação (f. 95/99), rechaçando as razões lançadas na defesa.

Instados a se manifestarem acerca da produção de provas (f. 101), a parte autora requereu a juntada de prova documental (f. 103), enquanto a parte ré requereu julgamento antecipado da lide (f. 105).

Em cumprimento à determinação de f. 107, a seguradora ré juntou documentos aos autos (f. 110/116).

Foi proferida a sentença (f. 118/119), que afastou a prejudicial de mérito de prescrição e firmou seu entendimento no sentido de que contrato foi cancelado unilateralmente pela seguradora frente à ausência de pagamento da parcela do seguro de vida (f. 113), sem a prévia notificação do segurado.

Não obstante a falha na prestação do serviço, entendeu pela impossibilidade de devolução dos valores pagos a título de prêmio, haja vista que, durante tal período, o autor permaneceu coberto pela seguradora, e afastou a tese do dano moral, ao entendimento de que o cancelamento do seguro configurou mero aborrecimento.

Dito isso, julgou improcedente a demanda e condenou o autor ao pagamento das custas e honorários no valor de 10% (dez por cento) sobre valor da causa.

Inconformado, apelou o autor (f. 121/127), volvendo à tese de que houve falha na prestação do serviço pela apelada, haja vista que não foi previamente notificado acerca da rescisão do contrato, de modo que, sob sua ótica, devem ser devolvidos os valores pagos a título de prêmio do seguro e condenada a apelada ao pagamento de indenização por danos morais.

Discorreu sobre tais temas, ressaltando o que lhe pareceu relevante; transcreveu jurisprudência em prol de seus argumentos e requereu, ao final, o provimento do recurso e a reforma *in totum* da sentença.

Contrarrazões de apelação (f. 129/133), batendo-se a apelada pela manutenção da sentença com base nos mesmos argumentos levantados anteriormente.

É o relatório.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

A meu aviso, não assiste razão ao apelante em seu inconformismo.

No caso dos autos, observa-se que o apelante contratou seguro de vida denominado "Seguro Ouro Vida Grupo Especial", em 2 de abril de 2002, sendo que, em 15/8/2016, recebeu, apenas, a comunicação de que o seguro tinha sido cancelado em virtude do não pagamento de parcelas do prêmio (f. 13).

Asseverou o apelante, em suas razões iniciais, que faz jus ao ressarcimento do valor do prêmio relativo às parcelas pagas até o cancelamento do seguro, pois o cancelamento automático, por parte da seguradora, se mostrou abusivo.

Sobre o contrato de seguro, veja-se lição de Orlando Gomes:

> O contrato de seguro origina para o segurador, como obrigação principal, a de cobrir o risco, e para o segurado, a de pagar o prêmio.
>
> A obrigação de cobrir o risco decorre da própria função do seguro, que consiste, como visto, na proteção do interesse do segurado em que se não verifique o acontecimento previsto no contrato, mas, em se verificando, que não sofra prejuízo. No seguro de vida, o interesse não pode ter essa extensão porque o acontecimento é certo, mas, nem por isso, deixa de existir, ainda se considere que não tem função indenizatória.
>
> Obrigado a suportar o risco, o segurador deve pagar o valor do seguro logo ocorra o evento previsto. Nesse momento surge para o segurado, ou para o beneficiário, um direito de crédito, imediatamente exigível (GOMES, Orlando. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 520).

Estabelece o art. 757 do Código Civil:

> Art. 757. Pelo contrato de seguro, o segurador se obriga, mediante o pagamento do prêmio, a garantir interesse legítimo do segurado, relativo a pessoa ou a coisa, contra riscos predeterminados.
>
> Parágrafo único. Somente pode ser parte, no contrato de seguro, como segurador, entidade para tal fim legalmente autorizada.

Dito isso, depreende-se que o contrato de seguro tem por objetivo a cobertura do risco contratado, de forma a assegurar eventos futuros e incertos que porventura venham a acontecer, no período acobertado pela apólice.

Assim, a meu aviso, impossível a devolução dos valores pagos pelo apelante, porque, no período em que o contrato de seguro estava vigente, ele estava assegurado, de modo que, caso houvesse a ocorrência de sinistro, faria jus ao seu recebimento da indenização contratada.

De fato, não é devido o ressarcimento das parcelas do prêmio pagas pelo apelante, haja vista que, no período de vigência do contrato de seguro, como já dito, remanesceu a possibilidade de cobertura para sinistros, que poderiam ser indenizados caso ocorressem.

Nesse sentido, veja-se:

> Contrato de seguro e contrato de previdência privada. Diferença. Rescisão do contrato de seguro de vida e acidentes pessoais. Devolução das contribuições (prêmio). Impossibilidade. - No contrato de seguro, o dever de indenizar nasce mediante uma condição, qual seja eventual ocorrência do sinistro; no contrato de previdência privada, o dever de indenizar nasce mediante um termo, seja o implemento de um prazo estabelecido, seja o implemento de certa idade. - Nos contratos de seguro firmados entre as partes, durante o período em que fora pago o prêmio, os segurados e respectivos beneficiários estiveram garantidos em relação aos riscos futuros assumidos pela apelada, a qual se veria obrigada a efetuar o pagamento do pecúlio por morte ou invalidez dos segurados. - Embora não tenha ocorrido nenhum dos sinistros segurados, não deixaram os segurados e beneficiários de usufruir da prestação do serviço na vigência do contrato, que é, por natureza, oneroso, sendo o prêmio a contraprestação por essa transferência de responsabilidade. - Com efeito, é incabível a devolução dos valores pagos pela apelante (TJMG - Apelação Cível nº 1.0024.07.788864-2/001, Rel. Des. Mota e Silva, 18ª Câmara Cível, j. em 6/8/2013, p. em 12/8/2013).

> Ação de cobrança. Contrato de seguro de vida. Pacto rescindido pelo segurado. Devolução da integralidade dos prêmios. Impossibilidade. - Na espécie, a restituição integral das parcelas pagas a título de prêmio em contrato de seguro de vida não possui - nem poderia ter - amparo contratual, sob pena de privar a seguradora da contraprestação pecuniária destinada a compensar os riscos assumidos durante a vigência da apólice. Tendo em vista que o autor não comprovou a existência de motivos que justifiquem o deferimento do pedido de restituição da integralidade dos pagamentos dos prêmios de seguro de vida contratado junto à ré, mostra-se correta a sentença que julgou improcedente o pedido inicial (TJMG - Apelação Cível nº 1.0024.06.131841-6/001, Rel. Des. Lucas Pereira, 17ª Câmara Cível, j. em 21/8/2008, p. em 7/10/2008).

Cabe ressaltar que o cancelamento feito pela apelada se mostrou claramente irregular, uma vez que seria essencial que ela tivesse constituído o apelante em mora, para que ele tivesse a oportunidade de quitar as parcelas vencidas que não foram pagas.

Nesse sentido, veja-se:

> Apelação cível. Ação ordinária. Seguro. Parcela do prêmio em atraso. Impossibilidade de cancelamento automático da apólice. Necessidade de constituição em mora do segurado. Dano moral. Inocorrência. Descumprimento contratual. Ofensa a direitos da personalidade não comprovada. Recurso parcialmente provido. - O STJ firmou o entendimento de que a recusa do pagamento da indenização securitária somente será legítima se o segurado for previamente constituído em mora. Mister se faz destacar que, nos termos do art. 51, XI, do Código de Defesa do Consumidor, são nulas de pleno direito as cláusulas contratuais que 'autorizem o fornecedor a cancelar o contrato unilateralmente, sem que igual direito seja conferido ao consumidor'. Estando o ilícito relacionado ao inadimplemento de cláusulas contratuais, apenas será possível a condenação da parte inadimplente ao pagamento de indenização por danos morais, na hipótese em que restar caracterizada efetiva ofensa a direitos da personalidade do contratante. Ocorre, por exemplo, na negativa de cobertura por parte de planos de saúde, quando o consumidor apresenta doença grave, que coloca em risco sua vida, sendo necessário procedimento médico de urgência ou emergência, que é injustificadamente negado pela operadora. Não é demais repisar que, para fique caracterizado o dano moral, é indispensável que o ato apontado como ofensivo seja suficiente para, hipoteticamente, adentrar a esfera jurídica do homem médio e causar-lhe um prejuízo. De modo algum, pode o julgador ter como referência, para averiguar a ocorrência de dano moral, a pessoa extremamente melindrosa ou aquela de constituição psíquica extremamente tolerante ou insensível. Recurso parcialmente provido (TJMG - Apelação Cível nº 1.0223.13.008878-2/001, Rel. Des. Eduardo Mariné da Cunha, 17ª Câmara Cível, j. em 13/11/2014, p. em 25/11/2014).

> Processual civil. Apelação. Indenização por dano moral c/c reabilitação de seguro de vida. Contrato de seguro. Débito em conta-corrente do prêmio. Insuficiência de fundos. Cancelamento automático do seguro. Impossibilidade. Notificação. Inexistência. Dano moral. Ausência dos requisitos. Honorários advocatícios. Cabimento. Recurso parcialmente provido. - A insuficiência de saldo na conta corrente do segurado, por si só, não implica o cancelamento automático do contrato pela seguradora. - Havendo a seguradora assumido a obrigação de efetuar mensalmente o débito na conta-corrente do segurado, relativa ao prêmio do seguro contratado, na eventualidade de inexistência de saldo suficiente, a mora contratual somente se configura após a regular notificação do segurado. - Ausente a notificação, não há falar em mora do segurado, não sendo possível o cancelamento automático do contrato pela seguradora, mas em mera suspensão do seguro, até o pagamento ordenado (TJMG - Apelação Cível nº 1.0080.05.001029-9/001, Rel.ª Des.ª Márcia De Paoli Balbino, 17ª Câmara Cível, j. em 16/8/2007, p. em 12/9/2007).

Não obstante a falha na prestação do serviço, consubstanciada na ausência de prévia notificação do autor/apelante acerca do inadimplemento das parcelas e do iminente cancelamento do contrato de seguro, tal circunstância, a meu aviso, não tem o condão de amparar a pretensão de indenização por danos morais.

Isso porque o STJ já deixou claro que o simples inadimplemento contratual, desacompanhado de prova de efetiva lesão a qualquer projeção da personalidade do credor, não configura dano moral:

> Agravo interno no recurso especial. Ação de obrigação de fazer. Plano de saúde. Inadimplemento contratual. Recusa fundamentada em requisitos de ato normativo da ANS. Dano moral. Ausência. Agravo não provido. - 1. O STJ já decidiu que o simples inadimplemento contratual não gera, em regra, danos morais, por caracterizar mero aborrecimento, dissabor, envolvendo controvérsia possível de surgir em qualquer relação negocial, sendo fato comum e previsível na vida social, embora não desejável nos negócios contratados. 2. A despeito do reconhecimento do dever do plano de saúde de cobrir as despesas da cirurgia em virtude da existência de indicação médica, não é possível reconhecer que a recusa da operadora agravada, devidamente pautada por ato normativo da ANS, caracterize ilícito gerador de dano moral. 3. Agravo interno não provido (AgInt no REsp 1645135/PR, Rel. Min. Raul Araújo, Quarta Turma, j. em 17/8/2017, *DJe* de 8/9/2017).
>
> O mero descumprimento contratual, caso em que a promitente vendedora deixa de entregar o imóvel no prazo contratual injustificadamente, embora possa ensejar reparação por danos materiais, não acarreta, por si só, danos morais (AgRg no AREsp 570.086/PE, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, j. em 20/10/2015, *DJe* de 27/10/2015).
>
> Agravo regimental. Recurso especial. Plano de saúde. Negativa de cobertura. Dever de indenizar. Cláusula contratual controvertida. - 1. O mero descumprimento de cláusula contratual controvertida não enseja a condenação por dano moral. 2. [...] (AgRg no REsp 1457475/MG, Rel.ª Min.ª Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, j. em 16/9/2014, *DJe* de 24/9/2014).

Assim, na esteira do entendimento do STJ, estando o ilícito relacionado ao inadimplemento de cláusula contratual, apenas seria possível a condenação da parte inadimplente ao pagamento de indenização por danos morais, na hipótese em que restar caracterizada efetiva ofensa a direitos da personalidade do contratante. Ocorre, por exemplo, na negativa de cobertura por parte de planos de saúde, quando o consumidor apresenta doença grave, que coloca em risco sua vida, sendo necessário procedimento médico de urgência ou emergência, que é injustificadamente negado pela operadora.

Não é demais repisar que, para fique caracterizado o dano moral, é indispensável que o ato apontado como ofensivo seja suficiente para, hipoteticamente, adentrar a esfera jurídica do homem médio e causar-lhe um prejuízo.

Nesse sentido:

> Recurso inominado. Ação revisional de contrato c/c pedido de danos morais. Cobrança abusiva de juros. Dano moral não comprovado. Sentença mantida. - Ausente a prova de violação a direitos da personalidade, não se configura o dano moral, mas o mero aborrecimento (TJMG - Apelação Cível nº 1.0701.14.025860-2/001, Rel. Des. Vasconcelos Lins, 18ª Câmara Cível, j. em 25/4/2017, p. em 27/4/2017).

No caso em exame, a meu aviso, o mero cancelamento do contrato de seguro, por parte da requerida, não constituiu, por si só, fato hábil a acarretar danos a direitos da personalidade do autor, constituindo mero dissabor do cotidiano.

Não restando demonstrado que, em decorrência do inadimplemento contratual, por parte da ré, o autor veio a sofrer lesão a quaisquer direitos de sua personalidade, não há falar na condenação daquela ao pagamento de indenização, a tal título.

Eis a jurisprudência deste Tribunal:

> Apelação cível. Contrato de seguro de vida individual. Preliminar. Ilegitimidade passiva da corretora configurada. Adequação ao plano. Ausência de notificação. Rescisão unilateral. Impossibilidade. Danos morais não configurados. Sentença reformada em parte. Recurso provido em parte. - A pretensão de recebimento do prêmio do seguro de vida individual deve ser dirigida diretamente contra a contratada/seguradora, não sendo, assim, parte legítima para figurar no polo passivo a corretora de seguros, pois esta age como intermediária entre o estipulante/segurado e a seguradora, agindo em nome desta, inclusive para firmar o contrato. É nula de pleno direito a cláusula contratual que prevê a possibilidade de cancelamento unilateral do contrato de seguro, sem a prévia notificação do segurado, uma vez que afronta o disposto no inciso XI, do art. 51 do CDC. Ausente a prova concreta de danos morais que a parte alega ter sofrido, em face da recusa do pagamento da indenização do seguro, não há como se falar em indenização por danos morais. Sentença reformada em parte. Recurso provido em parte (Apelação Cível nº 1.0056.08.164503-0/001 - Des.ª Mariângela Meyer, p. em 29/5/2015).

No mesmo sentido, confira-se o julgado do STJ:

> Agravo regimental no agravo em recurso especial. Seguro de veículo. Cobertura. Instalação de *kit* gás. Agravamento do risco de roubo. Dano moral. Termo inicial dos juros moratórios e da correção monetária. Improvimento. 1 - O acórdão, em consonância com a jurisprudência desta Corte, afastou a obrigação de indenizar por entender, com base nos elementos fático-probatórios dos autos, que a instalação do *kit* gás no veículo segurado não foi decisivo para a ocorrência do sinistro, sem o qual o roubo não teria ocorrido. Precedentes. 2. - Como regra, o descumprimento de contrato, ao não pagar a seguradora o valor do seguro contratado, não enseja reparação a título de dano moral, salvo em situações excepcionais, que transcendam, no indivíduo, a esfera psicológica e emocional do mero aborrecimento ou dissabor, próprio das relações humanas, circunstância essa que não se faz presente nos autos. 3 - Nos casos de ilícito contratual, os juros de mora são contados da data da citação (art. 406 do novo Código Civil). Precedentes. 4 - 'Incide correção monetária sobre dívida por ato ilícito a partir da data do efetivo prejuízo' (Súmula 43/STJ). Incidência da Súmula 83/STJ. 5 - Agravo regimental improvido (STJ, AgRg no AREsp 200.514/RJ, Rel. Min. Sidnei Beneti, Terceira Turma, j. em 28/5/2013, *DJe* de 13/6/2013).

Dessarte, estou que não merece reparos a sentença, devendo ser mantida por seus próprios fundamentos.

Isso posto, nego provimento ao recurso.

Custas recursais, pelo apelante. Majoro a verba honorária, com base no disposto no art. 85, §§ 2º e 11º, do CPC, para 12% (doze por cento) do valor da causa. Suspendo a exigibilidade dos ônus sucumbenciais por litigar o autor/apelante sob o pálio da justiça gratuita.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES EVANDRO LOPES DA COSTA TEIXEIRA e APARECIDA GROSSI.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

• • •

Apelação Cível - Ação de indenização - Servidor municipal - Desconto na folha de pagamento - Restituição no mês seguinte - Dano moral - Comprovação - Ausência - Mero aborrecimento - Sentença reformada

- Na apuração da responsabilidade objetiva do Estado, deve-se perquirir acerca do nexo de causalidade entre a ação que tenha gerado o dano, porque daí decorre o dever ressarcitório, incumbindo ao ofendido provar o dano sofrido, perpetrado através da ação de seus servidores ou agentes públicos.

- Para que o Estado indenize a vítima, após a comprovação do dano sofrido, basta a configuração do nexo causal entre o fato e o resultado danoso, conforme o princípio da responsabilidade objetiva, assumindo o Poder Público o risco da ação de seus servidores.

- Ausente a comprovação do abalo moral sofrido, deve ser reformada a sentença que condena o Ente Público ao pagamento de indenização.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0028.14.003120-5/001 - Comarca de Andrelândia - Apelante: Município de Arantina - Apelado: Luiz Carlos Batista - 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 RECURSO.

Belo Horizonte, 26 de junho de 2018. - *Afrânio Vilela* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. AFRÂNIO VILELA - Em análise, apelação cível interposta pelo Município de Arantina contra a sentença de f. 84/93, que, nos autos da ação de indenização por dano moral ajuizada por Luiz Carlos Batista, julgou parcialmente procedente o pedido inicial e condenou o município ao pagamento em favor da parte autora no valor de R$6.000,00 (seis mil reais), a título de danos morais. O valor arbitrado deverá ser acrescido de atualização monetária a partir da data dessa decisão (Súmula nº 362 do STJ), segundo o índice da CGJ/MG, bem como de juros moratórios a partir do evento danoso (Súmula nº 54 do STJ), nos exatos termos do art.1º-F da Lei nº 9.494/97, com redação dada pela Lei nº 11.960/09. Condenou o réu ao pagamento de honorários, fixados em 20% (vinte por cento) sobre o valor atualizado da condenação. Deixou de condenar o réu ao pagamento das custas processuais finais, nos moldes do art. 10 da Lei estadual nº 14.939/2003.

Nas razões recursais, às f. 94/101, o Município de Arantina aduz que os fatos não aconteceram conforme os relatos contidos na inicial, não existindo em absoluto qualquer atitude que tenha humilhado o apelado; que a conferência do atestado médico apresentado junto ao Departamento de Pessoal do Município não pode ser caracterizado como um tipo de penalidade. Alega que a situação reflete mero aborrecimento. Pontua que a suspensão do pagamento referiu-se à faltas no serviço, mostrando-se correta a conduta da Administração. Requer a reforma da sentença.

Contrarrazões às f. 102/105.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

Cinge-se a controvérsia a aferir o acertamento da sentença que julgou parcialmente procedente o pedido inicial e condenou o município ao pagamento em favor da parte autora no valor de R$6.000,00 (seis mil reais), a título de danos morais.

Extrai-se dos autos que o autor, ora apelado, é servidor público do Município de Arantina e sofreu desconto em seu contracheque relativo a 12 (doze) dias de trabalho no mês de março de 2014.

Afirma o requerente que o desconto se mostra indevido, pois estava de licença saúde, consoante atestado médico apresentado ao Ente Público.

Por sua vez, o apelante alega que foram apresentados 10 (dez) atestados em 14 (quatorze) meses, tendo o servidor sido visto no período de licença saúde na festa de carnaval da cidade.

Sabido que a responsabilidade da Administração Pública por lesões causadas aos administrados, conforme consagrado pelo § 6º do art. 37 da Constituição Federal, é objetiva, não havendo necessidade de se perquirir acerca do elemento subjetivo, qual seja, a culpa, bastando a simples demonstração, por parte do ato lesionado, do dano sofrido e do nexo causal.

O § 6º do art. 37 da Constituição Federal de 1988 assim dispõe:

> Art. 37 [...]
>
> [...]
>
> § 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviço público responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Na apuração da responsabilidade objetiva do Estado, deve-se perquirir acerca do nexo de causalidade entre a ação que tenha gerado o dano, porque daí decorre o dever ressarcitório, incumbindo ao ofendido provar o dano sofrido, perpetrado através da ação de seus servidores ou agentes públicos.

Assim, para que o Estado indenize a vítima, após a comprovação do dano sofrido, basta a configuração do nexo causal entre o fato e o resultado danoso, conforme o princípio da responsabilidade objetiva, assumindo o Poder Público o risco da ação de seus servidores.

No caso, possível inferir que o dano moral não foi demonstrado.

Segundo informações constantes dos autos, o autor, ora apelado, apresentou atestado médico de 10 (dias) dias entre 25/2/2014 e 6/3/2014, tendo sido descontados 12 (doze) dias na folha de pagamento de março de 2014, no valor de R$390,52 (trezentos e noventa reais e cinquenta e dois centavos).

Todavia, ainda que os descontos tenham sido efetuados, não há que se falar em abalo moral, uma vez que, no mês seguinte, o valor foi integralmente reembolsado ao servidor, conforme depoimento de f. 72, do Secretário de Saúde, à época dos fatos, Sr. Dirceu Oliveira Landim. Vejamos:

> [...] que, na época dos fatos, o informante estava lotado no gabinete, esclarecendo que o autor apresentava uma carga elevada de atestados médicos, não havendo faltas injustificadas; que reconhece o documento de f. 17 como sendo o atestado médico apresentado pelo autor, esclarecendo que, na ocasião, solicitou informações junto ao departamento de recursos humanos, uma vez que o documento apresentado indicava como CID problemas de coluna e foi assinado por um médico ginecologista/obstetra; que, na ocasião, o fechamento do ponto dos funcionários já estava próximo, tendo sido computados como faltas os dias constantes do atestado apresentado pelo autor; que houve, portanto, desconto no pagamento do autor referente àquele mês; que, posteriormente, o informante procurou o médico subscritor do atestado de f. 17, tendo este esclarecido a situação; que, em virtude disso, a prefeitura reembolsou ao autor, no mês subsequente, a quantia descontada, acreditando o informante que não tenha ficado nenhum centavo em aberto; [...] que, na gestão do informante, na qualidade de secretário de saúde, o médico subscritor do atestado de f. 17 atende apenas como ginecologista/obstetra, não sabendo dizer se, em gestões anteriores, atendia como clínico geral; que, posteriormente, o médico em questão disse verbalmente ao informante que prescreveu o atestado de f. 17 com base em uma tomografia que foi apresentada pelo autor, quando da consulta. [...].

Considerando que, para caracterização do dano moral, é imperiosa a demonstração do abalo sofrido, não há como condenar o Município de Arantina à indenização pretendida, uma vez que a situação noticiada retrata mero aborrecimento.

O único documento apto a comprovar possível transtorno decorrente do desconto seria o de f. 24, atinente à cobrança da Mercearia JF, no importe de R$236,70 (duzentos e trinta e seis reais e setenta centavos), sob pena de inclusão nos cadastros do SPC. Entretanto, sequer consta o nome do requerente/recorrido, tratando-se de mero informativo, desprovido inclusive dos dados da pessoa jurídica que supostamente realizou a cobrança.

Desse modo, estando ausente a comprovação do abalo sofrido, de rigor a reforma da sentença e improcedência do pleito inicial.

Isso posto, dou provimento ao recurso, reformo a sentença e julgo improcedente o pedido inicial.

Inverto os ônus sucumbenciais e condeno o autor ao pagamento de custas processuais, recursais e honorários advocatícios, os quais arbitro em 20% (vinte por cento) do valor da causa, suspensa a exigibilidade, porque deferida a justiça gratuita.

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

Súmula - DERAM PROVIMENTO AO RECURSO.

• • •

Apelação Cível e Reexame Necessário - 'Medida Protetiva Com Vistas à Obrigação de Fazer' - Direito Constitucional, Administrativo e Processual Civil - Transferência de Paciente - Relatório Médico Subscrito por Profissional Vinculado ao Sus - Ausência de Controvérsia Quanto à Essencialidade e Urgência da Transferência da Paciente - Responsabilidade Solidária dos entes Federativos - Reposicionamento do Relator - Manutenção da Procedência do Pedido

- É de se reconhecer o caráter solidário da responsabilidade dos entes federados pela prestação dos serviços de saúde, à luz do entendimento sufragado pelo Supremo Tribunal Federal no exame do RE 855.178-RG/PE. Reposicionamento do Relator que se impõe diante da decisão proferida pela Corte Suprema com repercussão geral.

- Em ação de obrigação de fazer aforada contra ente público, a condenação deste à realização de transferência hospitalar e cirurgia da paciente substituída - cuja essencialidade não fora sequer questionada pelo requerido - deve prevalecer nos termos em que pleiteada, se o réu não demonstrou a existência de alternativa de tratamento ou que a medida seria inadequada para o caso clínico do enfermo.

APELAÇÃO CÍVEL/REMESSA NECESSÁRIA Nº 1.0480.17.003282-9/001 - Comarca de Patos de Minas - Remetente: Juiz de Direito da Vara de Execuções Criminais, da Infância e da Juventude e de Precatórias Cíveis e Criminais da Comarca de Patos Minas - Apelante: Estado de Minas Gerais - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Interessado: M.M.S. representado p/ mãe J.B.S. - Relator: DES. EDGARD PENNA AMORIM

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO VOLUNTÁRIO E, NO REEXAME NECESSÁRIO, CONFIRMAR A SENTENÇA.

Belo Horizonte, 27 de junho de 2018. - *Edgard Penna Amorim* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. EDGARD PENNA AMORIM - Trata-se de "medida protetiva com vistas à obrigação de fazer" movida pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais, em face do Estado de Minas Gerais, com o objetivo de condenar o requerido à realização da transferência da paciente substituída para instituição hospitalar que disponha de CTI neonatal, necessária para a realização do procedimento oftalmológico de retinopatia de prematuridade grau III com doença Plus, seguida da submissão da menor a todos os tratamentos necessários ao restabelecimento de sua saúde.

Adoto o relatório da sentença de f. 33/36v., por correto, e acrescento que o i. Juiz da Vara da Infância e Juventude da Comarca de Patos de Minas, Joamar Gomes Vieria Nunes, julgou procedente o pedido inicial, ratificada a liminar de f. 10/12, para que o requerido providencie a transferência da infante para hospital que disponha de CTI neonatal e forneça todos os procedimentos médicos adequados ao substituído, conforme descrito na inicial.

Na apelação interposta pelo Estado de Minas Gerais às f. 40/49, ele discorre sobre o "SUS Fácil", a Programação Pactuada Integrada do SUS (PPI), e o princípio constitucional da descentralização, com vistas a afastar a sua responsabilidade pela realização da transferência e tratamento requeridos na inicial, a qual alega ser do município. Aduz, ainda, que é necessária a obediência à lista de espera do SUS, sob pena de quebra do princípio da isonomia.

Contrarrazões ao recurso às f. 53/58, pela manutenção da sentença.

Parecer da douta Procuradoria-Geral de Justiça (f. 63/64), da lavra do i. Procurador de Justiça Geraldo Magela Carvalho Fiorentini, pelo desprovimento do recurso.

Conheço da remessa necessária e do recurso voluntário, presentes os pressupostos de admissibilidade.

Anoto que, em situações similares, nas quais os pedidos de assistência à saúde pela Administração Pública são veiculados por meio de mandado de segurança, tenho entendido que a mencionada ação constitucional - frequentemente instruída apenas com receituário de médico particular - não se revela adequada para a obtenção desta espécie de provimento, por não permitir a dilação probatória, com a constatação da necessidade urgente e da ilegalidade do ato omissivo do Poder Público. Daí o posicionamento por mim manifestado nos autos do Processo nº 1.0707.08.164051-8/001, julgado pela Oitava Câmara Cível em 22/11/2012.

Contudo, no caso *sub examine*, o requerente se valeu de "medida protetiva com vistas à obrigação de fazer", pela qual submeteu a disceptação acerca da suposta necessidade e do cabimento dos procedimentos de transferência, internação e realização da cirurgia requerida ao contraditório e à ampla instrução probatória. Portanto, resta verificar, a partir dos elementos produzidos na demanda, se cabível a condenação do réu à transferência e internação do paciente.

Da análise dos autos, verifica-se que eles foram instruídos, entre outros, com relatório médico oriundo do Hospital Regional Antônio Dias, integrante da rede da FHEMIG (f. 09), o qual atesta que a paciente, de tenra idade, foi diagnosticada com Retinopatia de Prematuridade grau III com doença Plus, a qual, caso não tratada com urgência, pode acarretar cegueira unilateral ou bilateral. Consta, também, que a paciente está cadastrada no SUS Fácil desde 22/3/2017, e ainda não foi disponibilizada a vaga em CTI neonatal, como requerido.

O Estado se opôs à pretensão com amparo na existência da Central de Regulação Assistencial (SUS Fácil), no âmbito da qual seria imprescindível a observância da lista de espera previamente fixada.

A propósito da objeção suscitada pelo Estado, registro já haver acompanhado entendimento favorável à injuridicidade de medida que implique a quebra de ordem de internação estabelecida pelo SUS, em detrimento dos demais pacientes em situações de urgência (cf. Embargos Infringentes nºs 1.0245.09.165747-9/002, Oitava Câmara Cível, j. em 8/3/2012, *DJe* de 27/3/2012).

Entretanto, *in casu*, o Estado de Minas Gerais não negou a situação de extrema urgência a que está submetida a paciente, tampouco comprovou, nos termos do inc. II, do art. 373, do CPC/15, que a transferência de fato resultou em subversão da ordem de prioridades na administração da disponibilidade de vagas.

Lado outro, sobre a legitimidade para responder pela transferência e tratamento pretendidos, anoto que o entendimento que se adotava até então era o de que, em matéria de prestação de serviço público de saúde, não há obrigações solidárias entre a União, os Estados e os Municípios, pois o Sistema Único de Saúde, nos termos da Constituição da República e da legislação infraconstitucional, distribui claramente as competências entre os diversos níveis de governo.

Não obstante, reconheci que o Pleno do exc. Supremo Tribunal Federal sufragou posição contrária à suprarreferida no julgamento do RE 855.178-RG/PE, com repercussão geral, de cuja ementa se extrai:

> Recurso extraordinário. Constitucional e administrativo. Direito à saúde. Tratamento médico. Responsabilidade solidária dos entes federados. Repercussão geral reconhecida. Reafirmação de jurisprudência. - O tratamento médico adequado aos necessitados se insere no rol dos deveres do Estado, porquanto responsabilidade solidária dos entes federados. O pólo passivo pode ser composto por qualquer um deles, isoladamente, ou conjuntamente (STF, RE 855.178-RG/PE, Tribunal Pleno, Rel. Min. Luiz Fux, j. em 5/3/2015, *DJe* de 16/3/2015).

Conquanto ainda não convencido de tal posicionamento - na esteira das razões deduzidas no acórdão proferido no Processo nº 1.0024.13.168867-3/001, sob a minha relatoria, julgado em 23/6/2015 -, curvo-me à decisão plenária da Corte Suprema, para também considerar o caráter solidário da responsabilidade dos entes federados pela prestação da assistência à saúde.

Uma vez superado este óbice arguido pelo ente estadual, verifica-se que a necessidade urgente da transferência da paciente substituída foi atestada por médico vinculado ao Sistema Único de Saúde, cujas declarações gozam de presunção de legitimidade dos atos administrativos, a evidenciar o fato constitutivo do direito invocado da parte autora (CPC/15, art. 373, inc. I).

Anota-se, ainda, que o art. 196 da Constituição da República impõe ao Poder Público a prestação de serviço integral de saúde, que engloba a realização de transferência para unidades ou centros de terapia intensiva. Assim, como a autora se utilizou da via própria para instar a parte ré a disponibilizar procedimento imprescindível para a sua saúde, não há falar em malferimento do princípio da separação dos Poderes e da cláusula da reserva do possível, pois a sentença cuidou de fazer cumprir, no caso concreto, o mandamento constitucional.

Nesse contexto, uma vez demonstrada pelo requerente a essencialidade do tratamento médico postulado, incumbia ao requerido o ônus de provar ou que a moléstia da qual a menor substituída é portadora não poderia ser eficazmente tratada com o procedimento indicado, ou que este seria inadequado para o tratamento do caso clínico. Contudo, como dito alhures, o Estado de Minas Gerais sequer invocou alguma dessas objeções na peça de resistência.

Diante desses elementos, que revelam a imprescindibilidade do procedimento oftalmológico pleiteado para a preservação da saúde do menor, não há falar em violação aos princípios constitucionais. Ademais, o pedido inicial também está amparado pelo § 2º do art. 11 da Lei nº 8.069/90 - Estatuto da Criança e do Adolescente -, com a redação dada pela Lei nº 13.257/2016, *in verbis*:

> Art. 11. É assegurado acesso integral às linhas de cuidado voltadas à saúde da criança e do adolescente, por intermédio do Sistema Único de Saúde, observado o princípio da equidade no acesso a ações e serviços para promoção, proteção e recuperação da saúde.
>
> [...]
>
> § 2º Incumbe ao poder público fornecer gratuitamente, àqueles que necessitarem, medicamentos, órteses, próteses e outras tecnologias assistivas relativas ao tratamento, habilitação ou reabilitação para crianças e adolescentes, de acordo com as linhas de cuidado voltadas às suas necessidades específicas.
>
> [...].

Por todo o exposto, nego provimento ao recurso voluntário e, no reexame necessário, confirmo a sentença.

Deixo de condenar o apelante nas custas, em virtude de ser ele o próprio sujeito ativo da subjacente relação tributária, assim teratológica a isenção prevista no inc. I, do art. 10, da Lei Estadual nº 14.939/03.

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

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO VOLUNTÁRIO E, NO REEXAME NECESSÁRIO, CONFIRMARAM A SENTENÇA.

• • •

Apelação cível - Ação de cobrança c/c indenização por danos morais - Contrato de seguro lotérico - Código de Defesa do Consumidor - Cláusula restritiva - Violação ao princípio da informação e transparência não caracterizada

- Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor, em regra, às atividades fornecidas no mercado de natureza securitária, na forma do seu art. 3º, § 2º.

- Embora o contrato de seguro seja adstrito aos limites e riscos previamente estipulados no instrumento, o contrato deve ser interpretado de forma favorável ao consumidor, eis que presumida sua vulnerabilidade.

- No caso de cláusulas restritivas de direitos, a redação deve ser clara e guardar sintonia com o objeto do contrato, sempre em observância à boa-fé e à expectativa legítima do segurado.

- Não há violação ao princípio da informação e transparência, revelando qualquer abusividade, a cláusula em contrato de seguro lotérico que limite o valor máximo da indenização contratada em caso de não observância às diretrizes de transporte de valores, que preveem valores máximos de transporte para cada portador.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0400.14.004264-1/001 - Comarca de Mariana - Apelante: Lotérica Diamante Ltda. - ME - Apelada: Caixa Seguradora S/A. - Relator: Juiz de Direito convocado 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 NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 28 de junho de 2018. - *Octávio de Almeida Neves* - Relator.

Notas taquigráficas

Juiz de Direito convocado OCTÁVIO DE ALMEIDA NEVES - Apelação interposta por Lotérica Diamante Ltda. - ME contra sentença proferida pelo juízo da 2ª Vara Cível, Criminal e de Execuções Penais de Mariana, que em sede de ação de cobrança c/c indenização por danos morais em desfavor de Caixa Seguradora S/A julgou improcedente o pedido inicial nos termos seguintes:

> Ausentes preliminares ou nulidades declaráveis de ofício, presentes os pressupostos processuais e as condições da ação, passo ao julgamento do mérito.
>
> Trata-se de ação de cobrança c/c ação de indenização ajuizada por Lotérica Diamante Ltda. em face de Caixa Seguradora S/A, objetivando, em razão do contrato de seguro empresarial lotérico firmado entre as partes e do roubo de valores em mão do portador, no valor de R$57.760,00, ocorrido no dia 10/2/2014, a condenação da ré ao pagamento da importância de R$31.992,60, correspondente à diferença do valor do seguro contratado (R$50.000,00) e do valor da indenização (R$17.500,00), com correção monetária e juros de mora, além de indenização por danos morais.

Em sua defesa, a ré alegou que, pelo fato de os portadores terem levado valores superiores ao permitido, foi limitado o valor de R$17.500,00 para indenização, conforme condições gerais da apólice do seguro contratado pela autora, que o limite de R$17.500,00 para indenização deve ser observado, que a autora transportou quantia acima do limite, qual seja, R$17.500,00, e tinha ciência de que, na hipótese de materialização de algum sinistro, o recebimento de indenização também estaria limitado a R$17.500,00 e que as condições gerais da apólice foram entregues à autora no momento da contratação do seguro.

De início, insta consignar que consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza, como destinatário final, produto ou serviço oriundo de um fornecedor. Por sua vez, destinatário final, segundo a teoria subjetiva ou finalista, adotada pela jurisprudência majoritária dos nossos tribunais, é aquele que ultima a atividade econômica, ou seja, que retira de circulação do mercado o bem ou o serviço para consumi-lo, suprindo uma necessidade ou satisfação própria, não havendo, portanto, a reutilização ou o reingresso dele no processo produtivo.

Na esteira desse entendimento, a conclusão é de que há relação de consumo no seguro empresarial se a pessoa jurídica o firmar visando à proteção do próprio patrimônio (destinação pessoal), sem o integrar nos produtos ou serviços que oferece, mesmo que seja para resguardar insumos utilizados em sua atividade comercial, pois será a destinatária final dos serviços securitários.

Assim, considerando que a empresa autora firmou contrato de seguro empresarial com a ré para a proteção do seu patrimônio, dúvida não há acerca da aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor na hipótese em exame.

O art. 54, § 4º, do Código de Defesa do Consumidor impõe que as cláusulas restritivas de direito sejam redigidas com destaque, possibilitando sua imediata compreensão. *In verbis*:

'Art. 54. Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo.

[…]

§ 4° As cláusulas que implicarem limitação de direito do consumidor deverão ser redigidas com destaque, permitindo sua imediata e fácil compreensão.'

No caso, a apólice do contrato de seguro empresarial firmado entre as partes, na cláusula 5a, 5.1, "b", prevê o seguinte:

Cláusula 5ª - Proteção e Segurança de valores.

5.1. Sem prejuízo de outras exigências estabelecidas por legislação específica, qualquer que seja o Limite de Indenização contratado, o Segurado se obriga a proteger convenientemente os valores e a cumprir ou fazer cumprir o seguinte:

[…]

b) não transportar valores superiores aos limites abaixo em cada remessa, respeitando ainda o Limite Máximo de Indenização contratado:

[…]

b.2. transportado por dois ou mais portadores: R$17.500,00 (f. 32/33).

Note-se, portanto, que a cláusula restritiva de direitos foi redigida em destaque, em observância ao Código de Defesa do Consumidor, de modo que não se pode considerar abusiva a limitação do contrato de seguro empresarial lotérico, com imposição de maior segurança no transporte, quanto maior o valor transportado. E, uma vez demonstrado que a empresa autora teve ciência prévia dessa cláusula restritiva,

inexistindo violação ao direito de informação, o contrato, livremente pactuado, deve ser observado, sob pena de ofensa ao princípio da *pacta sunt servanda*, de força obrigatória.

A esse respeito, colhe-se o seguinte julgado:

Apelação cível. Obrigação de fazer. Cláusula limitadora de riscos. Abusividade não demonstrada. Indenização securitária. Indevida. - O contrato, ainda que seja de adesão, é um acordo de vontades, regido pelos princípios da boa-fé, da função social e da "pacta sunt servanda". Assim, ausente qualquer vício, obriga as partes contratantes a seguir seus ditames. - A responsabilidade da seguradora está adstrita aos termos do contrato de seguro. - A cláusula delimitadora de riscos não é necessariamente abusiva, especialmente se traz de forma clara, destacada e bem explicada, os limites da cobertura para roubo ou furto mediante arrombamento. (TJMG, AC 1.0145.15.003321-8/001, Relator: Des. Sérgio André da Fonseca, p. em *DJe* 8/4/2016).

Ressalto, por oportuno, que o documento de f. 59 comprova que o autor recebeu um CD da empresa ré, quando da contratação do seguro empresarial lotérico, contendo as condições gerais da apólice e o manual de assistência, de modo que a alegação de que não tinha ciência da cláusula restritiva não se sustenta.

Logo, como os portadores, no momento do roubo, transportavam valores superiores ao permitido pela apólice, a indenização paga pela ré, de R$17.500,00, está de acordo com as cláusulas gerais da apólice, não havendo que se falar em pagamento da diferença pleiteada, de R$31.292,60.

Do mesmo modo, se a cláusula limitativa do contrato de seguro, com imposição de maior segurança no transporte, quanto maior o valor transportado, com redação suficientemente clara e em destaque, não é abusiva e se não houve a prática de ato ilícito pela negativa da empresa ré de cobertura do valor total segurado, a improcedência do pedido de indenização por danos morais é medida que se impõe.

Em observância ao princípio da causalidade, a parte autora arcará com o pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, que deverão ser arbitrados em 10% sobre o valor da causa, atentando-se para os requisitos do art. 85, § 2º, do NCPC.

III - Dispositivo
Ante o exposto, resolvo o mérito da demanda, na forma do art. 487, I, do NCPC, e, em consequência, julgo improcedentes os pedidos formulados na petição inicial.

Condeno a parte autora ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, que arbitro em 10% sobre o valor atualizado da causa (f. 142/144).

O apelante, em razões recursais, sustentou que renovou o contrato de seguro lotérico firmado entre as partes, e tanto a Proposta de Renovação Contratual quanto a Apólice nº 101800185778 estabelecem expressamente a quantia de R$ 50.000,00 como valor máximo segurado em caso de roubo de valores em mãos do portador. Salientou que no momento da contratação não fora levantada hipótese de cobertura a menor do contratado, de modo que a recusa da ré em assegurar o pagamento da indenização no limite estabelecido viola o princípio da boa-fé. Requereu a reforma da sentença julgando-se procedentes os pedidos iniciais.

Preparo efetuado (f. 151-v.).

Contrarrazões (f. 154/168).

É o relatório.

Conheço do recurso, eis que presentes os seus pressupostos legais.

Mérito.

Consta da inicial que a autora firmou com a ré contrato de seguro lotérico com valor máximo de indenização previsto de R$ 50.000,00. Discorreu que em 10/2/2014 ao transportar malote no valor de R$ 57.760,00 foi vítima de roubo em mãos do portador e, ao acionar a seguradora, esta se recusou a pagar a importância total segurada, vindo a pagar somente R$17.500,00.

Em razão disso, postulou a condenação da ré à complementação da indenização no valor de R$31.292,60, conforme cálculos de f. 13, além de indenização por danos morais.

De início, indubitável a aplicação do Código de Defesa do Consumidor ao caso, haja vista o disposto no art. 3º, § 2º, que conceitua os serviços para efeito de proteção do consumidor como sendo qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive a de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes de relação de caráter trabalhista.

Nos termos do art. 757 do Código Civil, "pelo contrato de seguro, o segurador se obriga, mediante o pagamento do prêmio, a garantir interesse legítimo do segurado, relativo a pessoa ou coisa, contra riscos predeterminados".

Nesse contexto, embora o contrato de seguro seja adstrito aos limites e riscos previamente estipulados no instrumento, o contrato deve ser interpretado de forma favorável ao consumidor, eis que presumida sua vulnerabilidade. No caso de cláusulas restritivas de direitos, a redação deve ser clara e guardar sintonia com o objeto do contrato, sempre em observância à boa-fé e à expectativa legítima do segurado.

Nesse sentido:

> Agravo interno no recurso especial. Processual civil (CPC/73). Ação de cobrança. Violação ao art. 535 do CPC. Inexistência. Alegação de ausência de comprovação de pagamento do preparo. Reexame probatório. Impossibilidade. Incidência do enunciado nº 7/STJ. Embriaguez do segurado. Condição determinante do acidente. Limitação de cobertura. Restrição de direitos. Cláusula eficaz. 1. Inexistência de ofensa ao disposto no art. 535, incisos I e II, do Código de Processo Civil/73, quando o acórdão recorrido, ainda que de forma sucinta, aprecia com clareza as questões essenciais ao julgamento da lide. 2. Na espécie, o Tribunal *a quo* afastou a alegação de deserção do recurso de apelação interposto pela parte ora recorrida. Nesse contexto, alterar tal conclusão significa adentrar no contexto fático-probatório dos autos, o que é vedado nesta seara recursal, ante o óbice do Enunciado nº 7/STJ. 3. A embriaguez do segurado, por si só, não exime o segurador do pagamento de indenização prevista em contrato de seguro de vida, sendo necessária a prova de que o agravamento de risco dela decorrente influiu decisivamente na ocorrência do sinistro. 4. Tendo as instâncias ordinárias, reconhecido que a causa determinante do acidente foi o estado de embriaguez do segurado, a pretensão recursal, em sentido contrário, esbarra necessariamente nos óbices do Enunciado nº 7/STJ. 5. A jurisprudência deste Tribunal Superior entende que, nos contratos de adesão, consoante o art. 54, § 4º, do CDC, a cláusula restritiva a direito do consumidor, para ser exigível, deverá ser redigida com destaque, a fim de permitir sua imediata e fácil compreensão. 6. Não apresentação pela parte agravante de argumentos novos capazes de infirmar os fundamentos que alicerçaram a decisão agravada. 7. Agravo interno desprovido (AgInt no REsp 1451386/SC, Rel. Min.. Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, j. em 21/3/2017, *DJe* 28/3/2017).

No caso dos autos é incontroversa a pactuação e vigência do seguro lotérico na ocasião do roubo de R$ 57.760,00, durante transporte de malotes para depósito na agência bancária. A controvérsia se situa em relação à negativa da ré em efetuar a indenização no limite previsto de R$ 50.000,00 em razão de a autora, no evento do roubo, estar transportando valores que excediam o permitido na apólice.

A negativa foi amparada na cláusula 5ª da apólice que limita a indenização a R$17.500,00 em caso de valores transportados por dois ou mais portadores:

> Cláusula 5ª - Proteção e segurança de valores
>
> 5.1. Sem prejuízo de outras exigências estabelecidas por legislação específica, qualquer que seja o Limite Máximo de indenização contratado, o segurado se obriga a proteger convenientemente os valores e a cumprir ou fazer cumprir o seguinte:
>
> b) Não transportar valores superiores aos limites abaixo em cada remessa, respeitando ainda o Limite Máximo de Indenização contratado:
>
> b.1. Transportado apenas por um portador: R$ 3.500,00.
>
> b.2. Transportado por dois ou mais portadores: R$17.500,00 (f. 106-V).

Nota-se que a redação da referida cláusula é direta, clara e inteligível. O exposto no item 5.1 não deixa dúvidas ao segurado que independentemente do limite máximo de indenização contratado, o segurado deverá observar as regras de transporte de valores estabelecidas na alínea "b".

Por outro lado, uma análise abrangente das condições gerais do seguro relativas a roubo de valores em mãos de portadores, dentre as quais se insere a cláusula 5ª supracitada, revela que a fonte da letra é de tamanho significativo que não prejudica a compreensão do texto, e os tópicos foram classificados de forma objetiva e destacada, permitindo que o segurado tenha acesso facilitado à informação desejada.

Para além dessa questão, em linhas gerais, não se tem por abusiva a cláusula em contrato de seguro lotérico que limite o valor máximo da indenização contratada em caso de não observância às diretrizes de transporte de valores, já que, por certo, o manejo de cifras elevadas de forma diversa do pactuado poderá acarretar o desequilíbrio do contrato, em violação à boa-fé, impondo à seguradora ônus superior ao contratado.

Sendo assim, não havendo controvérsia factual sobre a dinâmica do roubo, e não se vislumbrando violação ao princípio de informação e transparência, ou abusividade decorrente da violação de outro preceito, a improcedência da ação é medida de rigor, impondo-se a manutenção do desfecho imprimido na origem.

Dispositivo.

Por essas razões, nego provimento ao recurso.

Condeno a apelante ao pagamento das custas (processuais e recursais) e honorários advocatícios que, com fulcro no art. 85, § 11, do CPC/2015, majoro para 12% (doze por cento) sobre o valor atualizado da causa.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES JOSÉ AMÉRICO MARTINS DA COSTA e MAURÍLIO GABRIEL.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

• • •

Apelações cíveis - Indenização por danos morais e materiais - Instituição de ensino da rede pública estadual - Briga de alunos - Intimidação sistemática nas redes sociais *(cyberbullying)* - Morte nas dependências da escola - Conduta omissiva - Responsabilidade civil subjetiva - Dever de vigilância - Obrigação de indenizar - Morte do filho: dano moral presumido - Responsabilidade objetiva - Família de baixa renda - Dependência econômica presumida - Danos materiais indenizáveis - Pensionamento mensal

- A responsabilidade civil do ente público exige a prova de três pressupostos, que são o fato administrativo - comissivo ou omissivo, legítimo ou ilegítimo, singular ou coletivo atribuído ao Poder Público, o dano material ou moral e o nexo causal entre o fato administrativo e o dano.

- Nos termos da Lei nº 13.185/15, é dever da instituição de ensino combater a violência e a intimidação sistemática (*bullying* e *cyberbullying*).

- O estabelecimento de ensino tem o dever de guarda e preservação da integridade física dos seus alunos, devendo ter atuação preventiva para evitar danos ou ofensas aos estudantes.

- De acordo com a prova dos autos, um aluno que praticava intimidação sistemática (*cyberbullying*) a colega de sala foi vítima de golpe de faca, este nas dependências da instituição de ensino da rede pública estadual, durante intervalo das aulas, o que causou àquele hemorragia interna aguda e o levou a óbito.

- O dano moral indenizável é aquele capaz de atingir profundamente a esfera subjetiva da pessoa, causando-lhe grave dor interna, angústia ou sentimento de impotência, capaz de lhe subtrair a própria dignidade.

- Em caso de morte do filho, o dano moral é presumido.

- É entendimento do Superior Tribunal de Justiça ser devida a indenização por dano material, consistente em pensionamento mensal, aos genitores de menor falecido, mesmo que este não exerça atividade remunerada, porque se presume ajuda mútua entre os integrantes de famílias de baixa renda (AgInt no AREsp 1198316/AC, Rel. Min. Og Fernandes, T2, *DJe* de 25/5/2018).

- Nos termos da jurisprudência do STJ, em caso de morte de filho, o pensionamento aos pais ocorre desde o sinistro, com 2/3 do salário mínimo, até que completasse 25 anos, a partir de quando será de 1/3 do salário até a data em que a vítima fizesse 65 anos (REsp 853921/RJ, Rel. Min. João Otávio de Noronha, T4, *DJe* de 24/5/2010).

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0394.14.005128-2/001 - Comarca de Manhuaçu - 1º Apelante: S.G.T. - 2º Apelante: Estado de Minas Gerais - Apelados: S.G.T., Estado de Minas Gerais - Relator: DES. RENATO DRESCH

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em DAR PARCIAL PROVIMENTO AO PRIMEIRO RECURSO E NEGAR PROVIMENTO AO SEGUNDO APELO.

Belo Horizonte, 28 de junho de 2018. - *Renato Dresch* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. RENATO DRESCH - Trata-se de apelações interpostas contra sentença que julgou parcialmente procedente o pedido formulado por S.G.T. na ação de indenização por danos morais e materiais que ajuizou em face do Estado de Minas Gerais.

A autora informa que seu filho, então com 16 anos, foi esfaqueado por outro menor no interior de instituição de ensino da rede pública estadual, em horário de aula e, em razão de hemorragia interna, faleceu. Alega que a morte do seu filho lhe tem causado "dores, sofrimentos, tristezas, angústia, abalo psicológico, depressão, estando em tratamento médico, não tendo mais a alegria de outrora, por faltar-lhe um bem precioso, que era o seu filho". Invocando a responsabilidade do Estado, requer indenização por danos morais, em valor razoável a ponto de desestimular o réu, bem como por danos materiais, consistentes em pensão mensal, no valor de 2/3 do salário mínimo, até que a vítima completasse 25 anos de idade, e de 1/3, a partir de então, até que completasse 72 anos.

O Estado de Minas Gerais contestou (f. 84/98), alegando que não foram preenchidos os pressupostos da responsabilidade civil, diante da excludente de caso fortuito ou força maior, além disso, os fatos narrados ocorreram em razão de que o menor que desferiu o golpe foi anteriormente agredido em sua honra pelo filho da autora, de modo que entende inexistirem danos indenizáveis - nem morais, nem materiais. Em eventual condenação, requer que a fixação do valor da indenização seja feita com parcimônia, sob pena de enriquecimento ilícito da parte autora.

Por sentença (f. 149/153), o Juiz Vinícius Dias Paes Ristori, da 2ª Vara Cível da Comarca de Manhuaçu, julgou parcialmente procedente o pedido inicial para condenar o requerido no pagamento de indenização por danos morais, fixada em R$ 50.000,00, a ser paga em parcela única após o trânsito em julgado, acrescida de juros de mora de 1% ao mês, contados da data do ato ilícito, e correção monetária a partir da prolação da sentença. Também condenou o requerido no pagamento de pensão mensal à autora, no valor de 2/3 do salário mínimo vigente à época do efetivo pagamento, da data em que a vítima faleceu até quando completasse 25 anos de idade, devendo as prestações vencidas ser pagas de uma só vez após o trânsito em julgado, incidindo juros moratórios de 1% ao mês. Ainda, condenou o réu no pagamento de honorários advocatícios, arbitrados em 10% sobre o valor da condenação, reconhecida sua isenção legal ao pagamento de custas.

A autora interpôs apelação (f. 155/160), requerendo a majoração do valor arbitrado a título de danos morais, por considerá-lo "irrisório" e não condizente com os valores adotados nas decisões do TJMG e do STJ, considerando tratar-se da perda de um filho. Também requer que o pagamento da pensão mensal ocorra até que a vítima completasse 72 anos de idade, sendo que a partir dos 25 anos de idade o valor seria correspondente a 1/3 do valor do salário mínimo.

O Estado de Minas Gerais também apresentou apelação (f. 162/170), alegando que, pela narrativa dos fatos, não era exigível que a escola tivesse ciência de que o aluno portava uma faca, além de que o ato ilícito

ocorreu de forma repentina, não havendo meios de se prevenir, e o Corpo de Bombeiros prestou imediata assistência ao menor e aos seus familiares. Conclui que não se configurou a responsabilidade, porque não há prova da culpa da administração, tratando-se de hipótese de caso fortuito ou força maior. Afirma que também não ha prova de que a mãe era dependente da vítima, por isso considera indevida a indenização por danos materiais. Na eventualidade, pugna para que seja compelido apenas ao pagamento dos efetivos prejuízos ocasionados à requerente e que seja oficiada a Previdência Social para que informe se a autora é beneficiária de pensão por morte do falecido. Também aduz que inexiste dano moral imputável ao Estado apto a justificar sua condenação no pagamento de indenização, mas, pela eventualidade, alegando excesso no valor fixado, requer sua redução.

Requerido (f. 170/172) e requerente (f. 176/179) apresentaram contrarrazões, pugnando, cada qual, para que seja negado provimento ao recurso interposto.

A d. PGJ deixou de se manifestar diante da ausência de interesse a justificar sua intervenção no feito (f. 184).

É o relatório.

Conheço dos recursos, presentes os requisitos de sua admissibilidade.

A autora pretende a majoração dos danos morais fixados, decorrentes do falecimento do seu filho no interior de estabelecimento de ensino público, bem como que a pensão mensal lhe seja paga até que a vítima completasse 72 anos, sendo que a partir dos 25 anos o valor corresponderia a 1/3 do salário mínimo. Por outro lado, o Estado alega que não teve culpa do ato ilícito praticado e entende que inexiste o dever de indenizar.

Como o provimento de um recurso importará no desprovimento do outro, será feita a análise de ambos os apelos conjuntamente.

1- Da responsabilidade civil.

A Constituição da República sufragou, no seu art. 37, § 6º, a responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviço público pelos danos que seus agentes causarem a terceiro, nestes termos:

> § 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Na lição de Aguiar Dias:

> O princípio do risco como regedor da responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito público interno, como já constava das Constituições anteriores, a partir da de 1946, e o estende às pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos (DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994. v. II, p. 616).

Portanto, a responsabilidade civil do Estado está fundamentada na teoria do risco administrativo, adotada pelo direito brasileiro, sendo aplicável à Administração Pública direta, indireta e aos prestadores de serviço público.

Felipe P. Braga Netto analisa a necessidade de atualizar a responsabilidade civil do Estado, no sentido de incorporar as teorias modernas para que o ente público não apenas se abstenha de violar direitos fundamentais, devendo, também, protegê-los de violações por terceiros. Braga Netto afirma, enfim, que a responsabilidade civil se funda na ocorrência de qualquer dano a terceiro: "A responsabilidade civil centra-se, portanto, na obrigação de indenizar um dano injustamente causado" (BRAGA NETTO, Felipe P. *Manual da responsabilidade civil do Estado*: à luz da jurisprudência do STF e do STJ e da teoria dos direitos fundamentais. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 27).

A responsabilidade objetiva se verifica quando ocorrer dano injusto em decorrência de atividade administrativa regular (lícita), cumprindo à coletividade suportar o ônus pela atividade de direito público que causou dano.

Na teoria da responsabilidade objetiva, há inversão do ônus da prova, cumprindo à administração o ônus de provar que o dano ocorreu por culpa exclusiva da vítima. Isso decorre da "teoria do risco administrativo".

Nos danos que decorrem de atos ilícitos comissivos ou omissivos da administração, a responsabilidade passa a ser subjetiva, cabendo, nesse caso, à vítima o ônus de provar a culpa do Poder Público. Nessas situações, configura-se a chamada "culpa anônima da administração".

Acontece que o ato ilegal não é ato administrativo regular, de modo que, nesse caso, a responsabilidade passa a ser subjetiva.

O "Estado" não pratica atos ilícitos; quem pode praticá-los são os seus prepostos. Embora o Estado responda por eventuais danos causados por seus prepostos, este o fará dentro dos critérios da responsabilidade subjetiva, exigindo a prova do dano e da culpa.

Bandeira de Mello escreve:

> Logo, a responsabilidade estatal por ato omissivo é sempre responsabilidade por comportamento ilícito. E, sendo responsabilidade por ilícito, é necessariamente responsabilidade subjetiva, pois não há conduta ilícita do Estado (embora do particular possa haver) que não seja proveniente de negligência, imprudência ou imperícia (culpa) ou, então, deliberado propósito de violar a norma que o constituía em dada obrigação (dolo). Culpa e dolo são justamente as modalidades de responsabilidade subjetiva.
>
> 54. 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 extraí-lo 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 ao evento 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 (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 943).

Bandeira de Mello acrescenta de forma conclusiva:

> 82. Consoante se disse, a responsabilidade subjetiva é aplicável quando o Estado, devendo evitar um dano evitável, omite-se, faltando ao dever legal de agir com a diligência, prudência e perícia capazes de

> impedir a lesão produzida por terceiro ou por fato da natureza. Logo, exime-se de responsabilidade se não houve culpa ou dolo. (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 955).

Desse modo, a conduta ilícita (comissiva ou omissiva) não se filia à "responsabilidade objetiva", cumprindo à vítima o ônus da prova de que os danos decorreram da deficiência do serviço público.

O presente caso deve ser analisado à luz da teoria da responsabilidade subjetiva.

Um dos requisitos da responsabilidade civil é o nexo de causalidade entre os fatos e o dano, deixando de existir responsabilidade quando a administração não deu causa ao dano ou quando este estiver aliado a outras circunstâncias, ou de culpa exclusiva da vítima.

Não há responsabilidade do ente estatal quando o fato ocorreu por culpa exclusiva da natureza, a chamada força maior.

Nestes autos, a autora pretende ser indenizada pela morte do seu filho nas dependências de instituição escolar pública.

2 - Do dever de guarda da Administração X Omissão estatal.

Duas indagações devem ser feitas: quais os limites da responsabilidade estatal? Era dever do Estado evitar o dano?

Isso porque "nem sempre é fácil distinguir a omissão que responsabiliza civilmente o Estado daquela que não o responsabiliza", já que a "solução envolve múltiplos fatores, como o nexo causal, as circunstâncias de fato, a natureza do dano, além da própria configuração da omissão" (FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe; ROSENVALD, Nelson. *Novo tratado de responsabilidade civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 1.043, 1.061).

Por outro lado, é de se ressaltar, conforme orientação de Celso Antônio Bandeira de Mello, que, embora, em princípio, cumpra ao Estado prover "a todos os interesses da coletividade", o Estado não é "segurador universal" (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 945).

Na mesma linha, Carvalho Filho afirma que "o Poder Público não é, repita-se, o segurador universal de todos os danos causados aos administrados. O que é importante é verificar a conduta administrativa" (CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 27. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2014. p. 575).

No sentido de que o Estado não é segurador universal, até porque não é onipresente, decisão do STJ - apenas no que interessa:

> Administrativo. Ambiental. Ação civil pública. Recursos hídricos. Prioridade do abastecimento público. Lei nº 9.433/1997. Responsabilidade civil do estado por omissão de fiscalização ambiental. Lei nº 6.938/1981. Dano *in re ipsa* ao meio ambiente. Construção de imóvel em área de proteção de mananciais. Reservatório Guarapiranga. Área *non aedificandi*. Imputação objetiva e execução subsidiária. Mudanças climáticas. 1. [...]. 10. Nesse ponto, o Tribunal de Justiça se distanciou da jurisprudência do STJ. Não se imputa ao Estado, nem se mostra viável fazê-lo, a posição de segurador universal da integralidade das lesões sofridas por pessoas ou bens protegidos. Tampouco parece razoável, por carecer de onipresença, exigir que a Administração fiscalize e impeça todo e qualquer ato de infração à lei. No entanto, incumbe

> ao Estado o dever-poder de eficazmente e de boa-fé implementar as normas em vigor, atribuição que, no âmbito do meio ambiente, ganha maior relevo diante da dominialidade pública de muitos dos elementos que o compõem e da diversidade dos instrumentos de prevenção, repressão e reparação prescritos pelo legislador. 11. [...] 13. Recurso Especial provido (REsp 1376199/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, *DJe* de 7/11/2016).

Há que se verificar, assim, se o ato impugnado se deu em contrariedade a um dever legal e se dele decorreu dano ao administrado.

Para que se configure o dever de indenizar, o dano tem que estar ligado à omissão estatal.

3 - Da intimidação sistemática: *bullying*.

A Lei nº 13.185/15 instituiu o Programa de Combate à Intimidação Sistemática (*bullying*), que considera intimidação sistêmica atos de violência física ou psicológica, que ocorre intencional e repetidamente, sem motivação, para intimidar ou agredir a vítima:

> Art. 1º Fica instituído o Programa de Combate à Intimidação Sistemática (*bullying*) em todo o território nacional.
>
> § 1º No contexto e para os fins desta Lei, considera-se intimidação sistemática (*bullying*) todo ato de violência física ou psicológica, intencional e repetitivo, que ocorre sem motivação evidente, praticado por indivíduo ou grupo, contra uma ou mais pessoas, com o objetivo de intimidá-la ou agredi-la, causando dor e angústia à vítima, em uma relação de desequilíbrio de poder entre as partes envolvidas.

O programa instituído visa combater e prevenir o *bullying*, inclusive o *cyberbullying* (intimação sistemática na rede mundial de computadores - parágrafo único, art. 2º), em toda a sociedade, aqui incluídas as escolas, por meio de capacitação dos docentes. Veja-se:

> Art. 4º Constituem objetivos do Programa referido no *caput* do art. 1º:
>
> I - prevenir e combater a prática da intimidação sistemática (*bullying*) em toda a sociedade;
>
> II - capacitar docentes e equipes pedagógicas para a implementação das ações de discussão, prevenção, orientação e solução do problema;
>
> [...]
>
> Art. 5º É dever do estabelecimento de ensino, dos clubes e das agremiações recreativas assegurar medidas de conscientização, prevenção, diagnose e combate à violência e à intimidação sistemática (*bullying*).

Portanto, é dever da instituição de ensino combater a violência e a intimidação sistemática.

4 - Do caso destes autos.

Conforme se extrai do boletim de ocorrência (f. 19/28), o filho da autora foi esfaqueado por colega de sala, também menor, nas dependências de instituição de ensino na rede pública estadual, decorrente de desavenças por ofensa à honra e à imagem deste, em rede social - *Facebook* - por aquele, o que causou o óbito da vítima.

Do histórico da ocorrência também consta que, ofendido com as mensagens postadas em rede social, o aluno agressor levou uma faca para a escola, recebendo provocações verbais da vítima durante a aula. Durante o recreio, desferiu golpe de faca no abdômen do colega de sala, que foi socorrido pelo Corpo de Bombeiros e encaminhado para a UPA, e o agressor foi apreendido em flagrante. Veja-se (f. 23):

> Histórico da ocorrência
>
> O menor 1, infrator, nos disse que o menor 2, vítima, utilizou o perfil do *Facebook* de outro menor, amigo dos envolvidos, para efetuar brincadeiras, postando mensagens na linha do tempo do *Facebook* dele. As mensagens continham os dizeres: "o meu amor, to com saudades", que o menor 2 disse ao menor 1 que havia conseguido "raquear" a senha do *Facebook* daquele outro menor, e que logo após este fato começaram a chegar as mensagens em seu perfil; que na última segunda-feira, ele, menor 1, levou para a escola a faca apreendida com a intenção de "acertar as contas com a vítima", contudo, a vítima não foi à aula naquele dia; que nesta data o menor 2, vítima, foi à aula, e, quando chegou, começou a provocá-lo [...], até o término do intervalo (recreio) das aulas; que, diante das provocações, ele, menor 1, sacou da faca que estava localizada em sua cintura, e efetuou um golpe na região abdominal da vítima [...].

Verifica-se que as testemunhas ouvidas no inquérito policial confirmaram que o ato infracional ocorreu no interior da escola (f. 39/44).

O condutor da viatura que socorreu a vítima, J.D.J. (f. 39/40), informou que compareceu à Escola Estadual e que o agressor pretendia "'prestar contas' com a vítima" e que: "[...] quando o depoente chegou ao local, o menor infrator já estava no interior de um dos cômodos da escola e a faca utilizada na prática do ato infracional já havia sido arrecadada pela vice-diretora [...]".

A vice-diretora, M.C.S., informou que (f. 41):

> Na manhã de hoje, por volta de 10h40min, tomou conhecimento de que, durante o intervalo da 4ª para a 5ª aula, o menor 1 havia se desentendido com o também menor 2, e desferiu um golpe que lhe atingiu à altura do abdômen; que a depoente viu quando o menor 2 estava correndo em direito à outra sala, com um ferimento 'na barrida' e o menor 1 estava com uma faca na mão [...]. (*sic*).

Uma professora da Escola e o próprio agressor confirmaram que o ato infracional foi praticado nas dependências da escola pública.

Do Exame de Corpo de Delito - Relatório de Necropsia (f. 47/48), ao exame cadavérico interno, é possível extrair que o filho da autora foi "vítima de ferimento por arma branca, porém evoluiu para óbito". Ainda consta que o cadáver possuía "presença de ferida pérfuro-cortante do tipo penetrante, localizada em região hepática" e em "região retroperitoneal".

As conclusões do médico-legista foram (f. 48):

> Conclusões: Diante dos dados colhidos durante a necropsia e dos resultados, conclui-se que: choque hipovolêmico (hemorragia interna aguda traumática) devido traumatismo abdominal por arma branca.

Portanto, a causa da morte do filho da autora foi hemorragia interna por trauma abdominal causado por perfuração no abdômen por arma branca (pérfuro-cortante), decorrente de briga ocorrida nas dependências de escola da rede estadual.

Ademais, as discussões entre agressor e vítima (*bullying*) se iniciaram no decorrer de uma aula, ou seja, em sala de aula, e continuaram no pátio da escola, local em que, após novas discussões, ocorreu a agressão física que culminou com o óbito do agredido.

O que se pode concluir é que não houve uma postura preventiva da escola. Tanto assim que um aluno compareceu às aulas portando uma faca capaz de perfurar órgãos internos a ponto de provocar hemorragia interna aguda na vítima.

Nesse sentido, decisões deste TJMG:

> Apelação cível. Ação de indenização por danos morais. Município de Delfinópolis. Escola municipal. Brigas entre alunos durante aula. Agressão física sofrida pelo autor. Fratura do nariz. Inércia da escola em encaminhá-lo para atendimento médico. Menor mantido sob a custódia do Estado. Responsabilidade civil objetiva. Teoria do risco administrativo. Nexo de causalidade. Danos morais. Caracterização. Dever de indenizar. 1. A responsabilidade civil estatal, segundo a Constituição Federal de 1988, em seu art. 37, § 6º, subsome-se à teoria do risco administrativo, tanto para as condutas estatais comissivas quanto paras as omissivas, rejeitada a teoria do risco integral (STF, repercussão geral, RE 841526). 2. No momento em que recebe crianças e adolescentes nas escolas públicas, o Estado (*lato sensu*) passa a exercer a sua tutela, assumindo a séria responsabilidade de guarda e vigilância dos menores. Deve, portanto, responder por qualquer ato ocorrido durante as aulas, ainda que de terceiro, que acarrete dano àqueles que frequentam o estabelecimento educacional. 3. Considerando que incumbia à professora zelar pela integridade física do autor, que estava sob sua guarda, porquanto menor de idade e deixado sob sua vigilância, bem como que competia às agentes da escola, incluindo a Diretora, tentar minimizar o sofrimento do estudante, assegurando-lhe pronto atendimento médico em face da fratura do nariz resultante de briga com colega, inarredável a responsabilidade civil do Município de Delfinópolis. 4. Indenização por danos morais. 5. Recurso provido (Apelação Cível nº 1.0151.14.003237-7/001, Rel. Des.ª Áurea Brasil, 5ª Câmara Cível, *DJe* de 22/8/2017).

O estabelecimento de ensino tem o dever de guarda e preservação da integridade física dos seus alunos. De modo que deve ter atuação preventiva para evitar danos ou ofensas aos alunos.

Ademais, deve agir contra a violência e a prática da intimidação sistemática (*bullying* e *cyberbullying*).

> Recurso de apelação. Ação ordinária. Danos morais e danos materiais. Ação proposta por aluno contra escola municipal por fato supostamente ocorrido no ambiente escolar. Art. 37, § 6º. Responsabilidade objetiva. *Bullying*. Ausência de provas. Uma só briga, considerada de forma isolada, não configura *bullying*. Fenômeno desconfigurado. Ausência de obrigação de indenizar. Da agressão sofrida na briga. Comprovação de hematomas e encaminhamento do aluno ao hospital em razão da desavença. Dever do município de garantir a segurança e integridade do aluno. Indenização relativa à agressão devida. Recurso parcialmente provido. - Na ação que visa à condenação de Escola Municipal à reparação civil decorrente de ato supostamente ocorrido no ambiente escolar, aplica-se a teoria do risco administrativo, sendo objetiva a responsabilidade do ente público. - O fenômeno social denominado *bullying* deve ser combatido, devendo ser implementados esforços da família, sociedade e Estado para que as crianças e adolescentes estejam a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, nos termos do art. 227, *caput*, da Constituição Federal da República. - A escola é corresponsável pelos casos de *bullying* ocorridos em seu interior, eis que tem a função de proteger, vigiar e garantir a integridade física e psicológica dos alunos nos horários de aula. - No entanto, a ocorrência de uma briga entre duas crianças, por si só, não configura *bullying*, sendo que a ocorrência do reprovável fenômeno é mais complexa e envolve atos de violência, física ou psicológica, mas que ocorram de forma reiterada e com intenção de humilhar determinada criança. - Embora uma só briga não configure *bullying*, se fica demonstrado que o incidente ocorrido entre o autor e outro aluno no horário escolar deixou hematomas no autor e, inclusive, culminou na realização de um procedimento cirúrgico, há a obrigação do Município de indenizar o autor pela agressão sofrida. É que, no momento dos fatos, estava o autor sob a vigilância da Escola e esta tinha o dever de garantir a sua integridade e segurança (Apelação Cível nº 1.0686.14.004589-5/001, Rel. Des. Carlos Roberto de Faria, 8ª Câmara Cível, *DJe* de 27/3/2017).

Portanto, trata-se de omissão que importa no dever de indenizar.

5 - Da indenização por danos morais.

A reparação financeira do dano moral visa a uma compensação pecuniária, e não ressarcimento para o dano ou valor aflitivo causado pelo autor do fato.

Na fixação do valor da indenização, deve ser considerado o caráter reparador e o pedagógico.

O dano moral da genitora é presumido (*in re ipsa*), em caso de morte do filho.

No caso dos autos, o valor fixado na sentença, em favor da autora, foi de R$50.000,00.

Embora o Estado requeira a redução do *quantum*, reputo razoável e proporcional o valor fixado pelo juiz sentenciante, razão pela qual deve ser mantido.

6 - Dos danos materiais - pensionamento mensal.

O dano material é o prejuízo financeiro que a vítima efetivamente sofreu, o que lhe causou diminuição do patrimônio.

Quanto à possibilidade de pensionamento mensal à mãe de filho menor falecido, o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento de que "'é devida a indenização de dano material consistente em pensionamento mensal aos genitores de menor falecido, ainda que este não exerça atividade remunerada, visto que se presume ajuda mútua entre os integrantes de famílias de baixa renda'" (AgInt no AREsp 1198316/AC, Rel. Min. Og Fernandes, Segunda Turma, *DJe* de 25/5/2018). Portanto, prescinde de prova.

O STJ também estabeleceu parâmetros a serem observados em caso de indenização decorrente de responsabilidade civil. Veja-se:

> Responsabilidade civil. Linha férrea. Acidente entre composição ferroviária e automóvel. Sinalização. Responsabilidade da concessionária de serviços ferroviários. Culpa concorrente. Luto. Comprovação. Desnecessidade. Fixação em parâmetro compatível. Juros de mora. Termo inicial. Súmula nº 54 do STJ. 13º salário. Exercício de atividade remunerada. Pensionamento. Morte de filho(a) de companheiro(a) e de genitor(a). Cabimento desde a data do óbito. Juros compostos. Vedação. Valor do dano moral. Súmula nº 7 do STJ. Constituição de capital. Possibilidade. 1. [...]. 3. Cabível a indenização por luto, que dispensa comprovação das despesas, quando fixada em parâmetro compatível. 4. Em caso de responsabilidade extracontratual, os juros moratórios fluem a partir do evento danoso (Súmula nº 54 do STJ). 5. Possível o pagamento do 13º salário apenas quando comprovado que a vítima exercia atividade remunerada. 6. A jurisprudência do STJ entende que: a) no caso de morte de filho(a) menor, pensão aos pais de 2/3 do salário percebido (ou o salário mínimo caso não exerça trabalho remunerado) até 25 (vinte e cinco) anos e, a partir daí, reduzida para 1/3 do salário até a idade em que a vítima completaria 65 (sessenta e cinco) anos; b) no caso de morte de companheiro(a), pensão ao companheiro sobrevivente de 2/3 do salário percebido (ou o salário mínimo caso não exerça trabalho remunerado) até a idade em que a vítima completaria 65 (sessenta e cinco) anos; c) no caso de morte de genitor(a), pensão aos filhos de 2/3 do salário percebido (ou o salário mínimo caso não exerça trabalho remunerado) até que estes completem 24 anos de idade. 7. A pensão por morte é devida desde a data do óbito. 8. Inviável a cobrança de juros compostos quando a obrigação de indenizar resultar de ilícito de natureza eminentemente civil. 9. [...]. 11. Recurso especial conhecido em parte e provido (REsp 853921/RJ, Rel. Min. João Otávio de Noronha, Quarta Turma, *DJe* de 24/5/2010).

Portanto, a orientação do STJ, em caso de morte de filho, é de que o pensionamento aos pais ocorra desde o sinistro, em 2/3 do salário mínimo, até 25 anos, a partir de quando será de 1/3 do salário até a data em que a vítima completasse 65 anos.

No caso destes autos, a sentença fixou pensionamento mensal em favor da autora, mãe da vítima da violência em interior de estabelecimento de ensino público, desde a data do óbito, em 2/3 do salário mínimo, até que o filho completasse 25 anos.

Verifica-se que a autora é comerciária (f.15), ocupa o cargo de "embalador a mão" e recebia, em 1º/2/2013, salário de R$740,00, ou seja, pouco maior do que o mínimo vigente no mesmo ano (R$678,00). De modo que se enquadra no conceito de família de baixa renda, a justificar o pagamento da pensão mensal.

Embora se mantenha a sentença quanto à fixação de pensionamento mensal de 2/3 do salário mínimo até que a vítima complete 25 anos, adotando o entendimento do STJ em relação ao pensionamento da genitora por morte do filho, a pensão será fixada, a partir dos 25 anos, em 1/3 do salário mínimo, até que a vítima complete 65 anos - e não até os 72 anos, como requerido pela autora.

Ressalvo apenas que se trata de direito personalíssimo que finda com o óbito da autora.

Por fim, não há que se falar em expedição de ofício à Previdência Social neste momento processual, tendo em vista que se trata de inovação recursal, porque, intimado a especificar provas, o Estado requereu o julgamento antecipado da lide (f. 147).

Assim considerando, é de se dar parcial provimento apenas ao apelo da autora, reformando-se a sentença parcialmente, para:

1) Dar parcial provimento ao apelo da autora, apenas para fixar como termo do pensionamento mensal até a data em que a vítima completaria 65 anos; e

2) Negar provimento ao recurso do Estado, por reconhecer a responsabilidade civil do ente estatal e o consequente dever de indenizar, considerando razoável o valor fixado a título de indenização por danos morais e reconhecendo que, embora não haja prova do dano material, a dependência no grupo familiar de baixa renda é presumido, mantendo-se a sentença.

Pelo exposto, dou parcial provimento ao apelo da autora, apenas para fixar como termo do pensionamento mensal até a data em que a vítima completaria 65 anos, e nego provimento ao recurso do Estado de Minas Gerais, mantendo os demais termos da sentença.

Custas recursais na forma da lei.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES KILDARE CARVALHO e MOREIRA DINIZ.

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

• • •

Apelação cível - Ação de cobrança - Transação comercial - Venda de sementes - Pagamento efetuado através de depósito errôneo na conta bancária da apelante, contadora da empresa - Apropriação indébita

- Restando incontroverso que o depósito na conta corrente da apelante foi indevido, cabíveis as providências jurídicas e criminais efetuadas pelo apelado.

- Registre-se que, no tocante à responsabilidade da apelante, baseada na apropriação indevida de quantia pertencente à autora/apelada, o Ministério Público de Minas Gerais ofereceu denúncia em face da apelante, em que narra que ela, de forma livre e consciente, em razão de profissão, apropriou-se de coisa alheia móvel, de quantia em dinheiro, de que tinha a posse, tendo em vista depósito efetuado por engano em sua conta corrente, em prejuízo de terceiro.

- O art. 371, CPC, dispõe que o juiz apreciará livremente a prova, devendo indicar os motivos que lhe formaram o convencimento.

- Na acepção de Georges Ripert (em *A regra moral nas obrigações civis*. Campinas: Bookseller, trad. Osório de Oliveira, 2. ed. 2002, p. 24): "É preciso inquietarmo-nos com os sentimentos que fazem agir os assuntos de direito, proteger os que estão de boa-fé, castigar os que agem por malícia, má-fé, perseguir a fraude e mesmo o pensamento fraudulento. [...] O dever de não fazer mal injustamente aos outros é o fundamento do princípio da responsabilidade civil; o dever de se não enriquecer à custa dos outros, a fonte da ação do enriquecimento sem causa".

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0704.11.005984-4/001 - Comarca de Unaí - Apelante: N.P.S.M. - Apelada: Marangatu Sementes Ltda. – Relator: DES. ROGÉRIO MEDEIROS

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 13ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 28 de junho de 2018. - *Rogério Medeiros* – Relator.

Notas taquigráficas

DES. ROGÉRIO MEDEIROS - Trata-se de ação de cobrança de revisão contratual ajuizada por Marangatu Sementes Ltda., ora apelada, em face de N.P.S.M., ora apelante, requerendo a condenação da requerida ao pagamento da quantia de R$28.937,50.

A parte requerida apresentou contestação, arguindo preliminar de carência de ação por impossibilidade jurídica do pedido e, no mérito, confirma, em termos, o alegado pela autora/apelada, ressaltando que o Sr. N.W. lhe devia honorários e, assim, foi combinado entre todos que o valor em questão seria depositado em sua conta para respectivo pagamento.

Sobreveio a sentença, que julgou procedente o pedido do autor para condenar a ré/apelante a pagar à autora a quantia de R$28.937,50, com correção monetária, segundo índice da Tabela da Corregedoria Geral de Justiça do Estado de Minas Gerais, desde a data do desembolso (22/9/2008), e juros de mora de 1%, desde a citação válida, até o efetivo pagamento.

O MM. Juiz *a quo* condenou a ré/apelante ao pagamento das custas e demais despesas processuais, bem como da verba honorária, fixada em 10% sobre o valor da condenação, nos termos do § 2º do art. 85 do Código de Processo Civil, suspensa a exigibilidade em razão da gratuidade de justiça deferida.

Inconformada com a sentença, a ré/apelante interpôs o presente recurso de apelação.

A ré/apelante, em suas razões recursais, aduz que não houve má-fé de sua parte e tampouco apropriação indébita, mas sim recebimento de seus honorários no valor de R$28.937,50, pelo período de prestação de serviço de 2006 a 2009.

A ré/apelante assevera que a autora/apelada e o depoente Sr. N. não fizeram qualquer prova do alegado, ou seja, de que houve depósito errôneo na conta da apelante, pois, conforme se extrai da inicial, não anexaram nenhuma nota fiscal do valor cobrado de R$28.937,50, eis que, em depoimento, o Sr. N. sustenta que não sabe de qualquer nota fiscal nesse exato valor e que, de fato, contratava os serviços da apelante e devia honorários a ela.

A ré/apelante salienta que, mesmo depois do ocorrido, a apelante continuou prestando serviços para o Sr. N., emitindo outras notas fiscais, todas relativas a compras de sementes de braquiária pela empresa apelada, o que demonstra a ciência das partes quanto à destinação do valor depositado pela apelante.

A ré/apelante enfatiza que comprovou cabalmente a transação através das notas e do valor do ICMS, bem como o próprio Sr. N. admitiu, em seu depoimento, que estava devendo honorários para a apelante e que fez um documento para o Sr. N., proprietário da empresa apelada, confessando parte da dívida.

A ré/apelante requer seja dado provimento ao recurso para reformar a sentença e julgar improcedentes os pedidos formulados na inicial.

A autora/apelada, em suas contrarrazões, assevera que restou incontestável da prova testemunhal que depositou erroneamente na conta da apelante a quantia de R$28.937,50.

Informa que a apelante realmente prestava serviços contábeis para o Sr. N.W., que era comum o Sr. N., ao realizar uma compra/venda de sementes, depositar o valor do ICMS e impostos na conta de sua contadora, a apelante, e o comprador efetuava o depósito do valor da compra na conta do Sr. N.

A autora/apelada requer seja negado provimento ao recurso.

O recurso é tempestivo.

A ré/apelante está sob o pálio da justiça gratuita.

É o relatório. Decido.

Conheço o recurso, porquanto presentes os pressupostos de admissibilidade.

Com efeito, pelo que se depreende dos autos, efetivamente, houve erro no depósito de valores na conta corrente da apelante, o que, em nenhum momento, foi negado por ela.

De todo prisma que analiso a questão, tenho como descabidas as articulações feitas no apelo.

Mister destacar que o art. 371, CPC, dispõe que o juiz apreciará livremente a prova, devendo indicar os motivos que lhe formaram o convencimento.

Nesse contexto, o conjunto probatório dos autos convence que a apelada, na qualidade comercial de comprador/vendedor de produtos agrícolas (sementes), havia feito uma compra de sementes do Sr. N.W., e, para efetuar o pagamento dessa transação, foi depositado, erroneamente, na conta corrente da contadora/apelante, a quantia de R$28.937,50.

Também ficou comprovado nos autos o equívoco da apelada ao depositar o valor total da compra (R$28.937,50) na conta nº 31060-3, agência 0508-8, Banco do Brasil, Unaí/MG, de titularidade da contadora/apelante.

Restando incontroverso que o depósito na conta corrente da apelante foi indevido, cabíveis as providências jurídicas e criminais efetuadas pela apelada.

Registre-se que, no tocante à responsabilidade da apelante, baseada na apropriação indevida de quantia pertencente à autora/apelada, o Ministério Público de Minas Gerais ofereceu denúncia em face da apelante, em que narra que ela, de forma livre e consciente, em razão de profissão, apropriou-se de coisa alheia móvel, de quantia em dinheiro, de que tinha a posse, tendo em vista depósito efetuado por engano em sua conta corrente, em prejuízo da vítima N.C.F.

Em seguida, a 1ª Delegacia de Polícia Regional de Unaí instaurou inquérito policial nº 064/2010, incidente penal art. 168 do Código Penal Brasileiro - apropriação indébita.

Patente a má-fé da apelante, eis que restou infrutífera qualquer tentativa de devolução.

Ademais, não podemos desprezar os preceitos da boa-fé. A ética impregnou o Direito Civil contemporâneo. Quanto ao princípio da boa-fé, já era definido doutrinariamente, segundo Orlando Gomes (em *Contratos*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 43):

> Para traduzir o interesse social de segurança das relações jurídicas, diz-se, como está expresso no Código Civil alemão, que as partes devem agir com lealdade e confiança recíprocas. Numa palavra, devem proceder com boa-fé. Indo mais adiante, aventa-se a ideia de que entre o credor e o devedor é necessária a colaboração, um ajudando o outro na execução do contrato.

O preceito sobre boa-fé é considerado por Miguel Reale o "artigo-chave" do Novo Código Civil (em *Estudos preliminares do Código Civil.* São Paulo: Editora RT, 2003. p. 75, 77):

> Em todo ordenamento jurídico há artigos-chave, isto é, normas fundantes que dão sentido às demais, sintetizando diretrizes válidas 'para todo o sistema'.
>
> Nessa ordem de ideias, nenhum dos artigos do novo Código Civil me parece tão rico de consequência como o art. 113, segundo o qual 'os negócios jurídicos devem ser interpretados.
>
> Boa-fé é, assim, uma das condições essenciais da atividade ética, nela incluída a jurídica, caracterizando-se pela sinceridade e probidade dos que dela participam, em virtude do que se pode esperar que será cumprido e pactuado sem distorções ou tergiversações, máxime se dolosas, tendo-se sempre em vista o adimplemento do fim visado ou declarado como tal pelas partes.

O Código Civil de 2002 expressou o princípio da boa-fé objetiva. Na dicção de Álvaro Villaça Azevedo (*Teoria geral dos contratos típicos e atípicos*. São Paulo: Atlas, 2002. p. 26-27):

> Deve existir, ante a lealdade, a honestidade e a segurança, que se devem os contratantes, nas tratativas negociais, na formação, na celebração, na execução (cumprimento) e na extinção do contrato, bem como após esta.
>
> Assim, desde o início devem os contratantes manter seu espírito de lealdade, esclarecendo os fatos relevantes e as situações atinentes à contratação, procurando razoavelmente equilibrar as prestações, expressando-se com clareza e esclarecendo o conteúdo do contrato, evitando eventuais interpretações divergentes, cumprindo suas obrigações nos moldes pactuados, objetivando a realização dos fins econômicos e sociais do contrato; tudo para que a extinção do contrato não provoque resíduos ou situações de enriquecimento indevido, sem causa. [...]
>
> Todo o Direito dos povos obedece a esse princípio de acolher a boa-fé e de repelir a má-fé.

Na acepção de Georges Ripert (*A regra moral nas obrigações civis*. Trad. Osório de Oliveira. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2002. p. 24):

> É preciso inquietarmo-nos com os sentimentos que fazem agir os assuntos de direito, proteger os que estão de boa-fé, castigar os que agem por malícia, má-fé, perseguir a fraude e mesmo o pensamento fraudulento. [...] O dever de não fazer mal injustamente aos outros é o fundamento do princípio da responsabilidade civil; o dever de se não enriquecer à custa dos outros, a fonte da ação do enriquecimento sem causa.

Assim, outra conclusão não há senão a confirmação da sentença que julgou procedente o pedido da autora para condenar a ré/apelante a pagar a autora a quantia de R$28.937,50, com correção monetária, segundo índice da Tabela da Corregedoria Geral de Justiça do Estado de Minas Gerais, desde a data do desembolso (22/9/2008), e juros de mora de 1%, desde a citação válida, até o efetivo pagamento.

Em contrarrazões, a apelada sustenta que a apelante não faz jus aos benefícios da justiça gratuita.

Às f. 129-TJ, a apelante foi intimada para comprovar sua hipossuficiência financeira.

Às f. 131/143-TJ, a apelante se manifestou, comprovando devidamente sua hipossuficiência financeira.

Nos termos do art. 5º, LXXIV, da Constituição Federal de 1988, mantenho a justiça gratuita deferida em primeira instância.

Pelo exposto, nego provimento ao recurso. Custas, pela apelante, suspensa a exigibilidade por litigar sob o pálio da justiça gratuita. Majoro os honorários advocatícios de sucumbência para 11%, suspensa sua exigibilidade, por estar litigando sob o pálio da justiça gratuita.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES LUIZ CARLOS GOMES DA MATA e JOSÉ DE CARVALHO BARBOSA.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

• • •

Remessa necessária - Mandado de segurança - Câmara Municipal - Requisição de informações ao Poder Executivo - Documentação relativa a procedimentos licitatórios - Atendimento - Obrigatoriedade - Direito à informação - Art. 5º, XXXIII, da CF - Lei de acesso às informações públicas - Direito líquido e certo - Relação de todas as dívidas do ente público - Pedido genérico - Ônus indevido - Concessão parcial da segurança - Sentença confirmada na remessa necessária

- O direito de acesso à informação, positivado nos arts. 5º, XXXIII, e 37, *caput* e § 3º, II, da CF, é verdadeiro princípio republicano, uma vez que tem por finalidade última a construção de um Estado subordinado a interesses comuns e submetido ao controle público.

- A Lei de Acesso às Informações Públicas preceitua, no art. 8º, que é dever dos órgãos e entidades públicas assegurar o acesso às informações.

- No caso concreto, considerando que a Câmara Municipal formulou requerimento administrativo e que a autoridade apontada como coatora quedou-se inerte, há que se conceder a segurança, reconhecendo o direito líquido e certo de se obter a documentação referente aos procedimentos licitatórios.

- Justificada a recusa da autoridade coatora quanto ao pedido de envio da relação de todas as dívidas do ente público, visto que as informações foram solicitadas de forma genérica, não tendo a impetrante sequer delimitado qual seria o período ou a natureza dos débitos cujo conhecimento importava ao Poder Legislativo.

- Ademais, o cumprimento da diligência ensejaria ônus indevido ao Município de Limeira do Oeste, sobretudo porque as informações estavam à disposição da impetrante nos setores competentes da Prefeitura e no Portal da Transparência. Precedente do STJ.

- Sentença confirmada na remessa necessária.

REEXAME NECESSÁRIO CÍVEL Nº 1.0344.14.006196-3/001 - Comarca de Iturama - Remetente: Juiz de Direito da 2ª Vara da Comarca de Iturama - Autora: Câmara Municipal de Limeira do Oeste - Réu: Prefeito do Município de Limeira do Oeste – 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 CONFIRMAR A SENTENÇA NA REMESSA NECESSÁRIA.

Belo Horizonte, 26 de junho de 2018. - *Raimundo Messias Júnior* - Relator.

Notas taquigráficas

O SR. DES. RAIMUNDO MESSIAS JÚNIOR - Trata-se de remessa necessária da sentença proferida pelo MM. Juiz de Direito da 2ª Vara Cível, Criminal e da Infância e da Juventude da Comarca de Iturama

(f. 1.039/1.043-v.), que, nos autos do mandado de segurança, impetrado pela Câmara Municipal de Limeira do Oeste, contra ato supostamente ilegal praticado pelo Prefeito do Município de Limeira do Oeste/MG, concedeu, em parte, a segurança, para garantir à impetrante o acesso às informações e documentos que foram objeto dos requerimentos formulados nos ofícios nº 062/210-GPC e nº 119/2014-GPC, os quais já foram juntados ao processo.

Não houve interposição de recurso voluntário.

A Procuradoria-Geral de Justiça opinou pela confirmação da sentença (f. 1.048/1.050).

É o relatório.

Conheço da remessa necessária, uma vez presentes os requisitos de admissibilidade.

Cinge-se a controvérsia a aferir se há direito líquido e certo de a Câmara Municipal de Limeira do Oeste obter cópias dos documentos e informações requisitados ao Prefeito Municipal por meio dos ofícios nº 045/2014-GPC, nº 062/2014-GPC e nº 119/2014-GPC.

Pelo Ofício nº 045/2014-GPC, foi requisitado o relatório discriminado da dívida do Município, com indicação dos valores devidos a cada credor e das condições em que a dívida foi contraída, bem ainda das condições de pagamento (f. 30/32).

O Ofício nº 062/2014-GPC, por sua vez, refere-se à solicitação de cópias dos procedimentos licitatórios que visavam à construção da Praça Amador José de Queiroz e da Praça da Prefeitura, sobretudo dos projetos de engenharia e arquitetônico, além das respectivas notas de empenho e fiscais, bem ainda informações acerca da mão de obra e dos materiais empregados em ambas as obras (f. 35/37).

Ao seu turno, o Ofício nº 119/2014-GPC versa sobre a requisição de cópia do procedimento licitatório referente à aquisição de dois ônibus para o transporte universitário (f. 40/41).

Conquanto tais ofícios tenham sido devidamente recebidos pela Prefeitura Municipal, a autoridade coatora não entregou os documentos solicitados, tendo informado à Câmara Municipal que tais informações estavam disponíveis para consulta nos setores competentes e no Portal da Transparência.

Especificamente quanto ao Ofício nº 119/2014-GPC, o impetrado informou que tal requisição "destoa do regular exercício das prerrogativas parlamentares e se desdobra em indevida ingerência do Legislativo em assuntos de competência estanque do Poder Executivo" (f. 42).

Diante disso, a Câmara Municipal impetrou o presente *mandamus*, e, após o regular deslinde do feito, o MM. Juiz *a quo* concedeu em parte a segurança, para garantir à impetrante o acesso às informações e documentos que foram objeto dos requerimentos formulados nos Ofícios nº 062/210-GPC e nº 119/2014-GPC, os quais já foram juntados aos autos.

Pois bem.

A Constituição Federal erigiu o direito ao recebimento de informações de interesse público ao *status* de garantia fundamental, conforme dispõe o art. 5º, XXXIII, da CF:

> Art. 5º [...]
>
> XXXIII - todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado;

[...].

Trata-se de verdadeiro princípio republicano, uma vez que o acesso à informação tem por finalidade última a construção de um Estado subordinado a interesses comuns e submetido ao controle público.

Destaca-se, ainda, que o acesso à informação encontra guarida no princípio da publicidade, uma das normas norteadoras da Administração Pública, o qual se encontra positivado no art. 37, *caput* e § 3º, II, da CF:

> Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:
>
> [...]
>
> § 3º A lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente:
>
> [...]
>
> II - o acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo, observado o disposto no art. 5º, X e XXXIII;
>
> [...].

A fim de regulamentar os dispositivos constitucionais em comento, o legislador ordinário editou a Lei nº 12.527/11, que disciplina o acesso às informações públicas.

Estabelece o art. 8º da Lei de Acesso às Informações Públicas que:

> Art. 8º É dever dos órgãos e entidades públicas promover, independentemente de requerimentos, a divulgação em local de fácil acesso, no âmbito de suas competências, de informações de interesse coletivo ou geral por eles produzidas ou custodiadas.
>
> § 1º Na divulgação das informações a que se refere o *caput*, deverão constar, no mínimo:
>
> I - registro das competências e estrutura organizacional, endereços e telefones das respectivas unidades e horários de atendimento ao público;
>
> II - registros de quaisquer repasses ou transferências de recursos financeiros;
>
> III - registros das despesas;
>
> IV - informações concernentes a procedimentos licitatórios, inclusive os respectivos editais e resultados, bem como a todos os contratos celebrados;
>
> V - dados gerais para o acompanhamento de programas, ações, projetos e obras de órgãos e entidades; e
>
> VI - respostas a perguntas mais frequentes da sociedade.

De igual sorte, no âmbito das licitações e contratações públicas, existem diversas disposições que asseguram tanto aos cidadãos quanto aos licitantes o direito à informação, tal como preceitua o art. 16 da Lei de Licitações e Contratos:

> Art. 16. Será dada publicidade, mensalmente, em órgão de divulgação oficial ou em quadro de avisos de amplo acesso público, à relação de todas as compras feitas pela Administração Direta ou Indireta, de maneira a clarificar a identificação do bem comprado, seu preço unitário, a quantidade adquirida, o nome do vendedor e o valor total da operação, podendo ser aglutinadas por itens as compras feitas com dispensa e inexigibilidade de licitação (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994).
>
> Parágrafo único. O disposto neste artigo não se aplica aos casos de dispensa de licitação previstos no inciso IX do art. 24.

Ante tais premissas, adequada a sentença em exame ao reconhecer o direito liquido e certo da impetrante de obter cópia dos documentos solicitados nos Ofícios de nº 062/2014-GPC e nº 119/2014-GPC, visto que se trata de informações relacionadas ao exercício do poder-dever fiscalizatório da Câmara Municipal.

Ademais, os requerimentos apresentados foram formulados de forma específica, além de terem sido devidamente justificados.

Logo, nesse ponto, mostra-se ilegal a omissão do Prefeito Municipal, o que é inadmissível no âmbito do Estado Democrático de Direito.

Em casos semelhantes, decidiu este Tribunal no mesmo sentido:

> Reexame necessário. Mandado de segurança. Câmara Municipal. Requerimento administrativo realizado acerca de processo licitatório deflagrado pela Fazenda Pública Municipal de Minas Novas. Ausência de resposta. Direito à informação. Art. 5º, inciso XXXIII, da CR/88. Análise do pedido. Dever da Administração Pública. Princípios da eficiência e publicidade. Ato ilegal. Segurança concedida. - O mandado de segurança é uma ação civil constitucional para proteção de direito líquido e certo, não amparável por *habeas corpus* ou *habeas data*, em caso de ilegalidade ou abuso de poder praticado por autoridade pública ou agente no exercício de atribuições do Poder Público. - A Câmara Municipal detém capacidade processual para defesa dos interesses afetos às suas prerrogativas funcionais e institucionais (art. 31, § 1º, c/c art. 71, VII, da CR/88). - É atribuição do Poder Legislativo fiscalizar os atos praticados pelo Poder Executivo, que devem ser pautados pelos princípios da eficiência, razoabilidade e proporcionalidade. - Inconteste que o Poder Executivo deve responder aos pedidos de informações realizados pelo Poder Legislativo acerca de processo licitatório deflagrado no âmbito municipal, dada a sua prerrogativa constitucional (art. 5º, XXXIII, da CF/88). - A concessão da segurança não implica intervenção do Poder Judiciário no procedimento administrativo, porque não se adentra a sua competência exclusiva concernente à discricionariedade e oportunidade do ato, mas à ilegalidade ou não do ato omissivo do Administrador Público (TJMG - Reexame Necessário Cível nº 1.0418.14.001272-9/001 - Relator Des. Washington Ferreira - 7ª Câmara Cível, j. em 1º/10/2015).
>
> Reexame necessário conhecido de ofício. Recurso de apelação. Constitucional. Mandado de segurança. Documentação relativa a contratações de pessoal e processos licitatórios. Requerimento de acesso às informações. Omissão. Ilegalidade. Art. 5º, XXXIII, da Constituição Federal. Lei federal nº 12.527/2011. Concessão da ordem. Sentença confirmada no reexame necessário conhecido de ofício. Prejudicada a análise do recurso voluntário. - A omissão da autoridade coatora em fornecer informações relativas a contratações de pessoal e a processos licitatórios ofende a garantia constitucional de acesso à informação, nos termos do art. 5º, XXXIII, da Carta de 1988, e da Lei Federal nº 12.527/2011. - Não se afigura irrazoável a sentença que determina a disponibilização do acesso aos documentos no próprio paço municipal, mediante o acompanhamento de servidor da municipalidade e a oportunização aos vereadores impetrantes do direito à extração de fotocópias. - Sentença confirmada no reexame necessário conheci-

> do de ofício. Prejudicada a análise do recurso voluntário (TJMG - Apelação Cível nº 1.0386.13.001306-6/001 - Relator Des. Corrêa Junior - 6ª Câmara Cível, j. em 15/7/2014).

Ao seu turno, no tocante ao Ofício nº 045/2014-GPC, referente à discriminação de todas as dívidas do ente público, certo que as informações foram solicitadas de forma genérica, não tendo a impetrante sequer delimitado qual seria o período ou a natureza dos débitos cujo conhecimento importava ao Poder Legislativo.

Assim, segundo bem ressaltou o MM. Juiz *a quo*, mostra-se justificada a recusa da autoridade coatora, sobretudo quando se verifica que o cumprimento da diligência ensejaria ônus indevido ao Município de Limeira do Oeste, bem ainda que as informações estavam à disposição da impetrante nos setores competentes da Prefeitura e no Portal da Transparência.

Sobre o tema, *mutatis mutandis*, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

> Administrativo. Recurso ordinário em mandado de segurança. Direito de obter certidões do Poder Público para eventual propositura de ação popular. Pedido genérico. Ausência de indicação de atos ou fatos específicos. Inadmissibilidade. - A Constituição Federal, no art. 5º, incisos XXXIII e XXXIV, letra *b*, prevê o direito de obter certidões, em repartições públicas, 'para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal'. - A Lei nº 9.051/95, que regulamentou os mencionados dispositivos da Carta Magna, especificou o direito de obter certidões, desde que vinculadas à defesa de interesse pessoal do requerente. - Pedido de cópia de todo e qualquer contrato celebrado entre a Administração Pública do Estado do Rio de Janeiro que não pode, definitivamente, ser atendido, ante a flagrante violação ao princípio da razoabilidade. - Recurso ordinário improvido (STJ - RMS 18.564/RJ - Rel. Ministro Francisco Falcão - Primeira Turma, j. em 9/11/2004).

Por conseguinte, nenhum reparo merece a sentença em exame, a qual concedeu parcialmente a segurança, reconhecendo o direito líquido e certo da impetrante de obter cópia dos documentos solicitados nos Ofícios de nº 062/2014-GPC e nº 119/2014-GPC.

Com essas considerações, confirmo a sentença na remessa necessária.

Custas *ex lege*.

Sem honorários.

É como voto.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADOES HILDA TEIXEIRA DA COSTA e AFRÂNIO VILELA.

Súmula - CONFIRMARAM A SENTENÇA NA REMESSA NECESSÁRIA.

• • •

Apelação cível - Ação declaratória de inexistência de débito c/c indenização - Prestação de serviços - Reconvenção - Ausência de análise - Julgamento *citra petita* - Sentença cassada - Cumprimento parcial do contrato - Contraprestação devida - Recurso provido

- Ao juiz incumbe resolver todas as questões que lhe são submetidas pelas partes, sendo nula a sentença que se mostra omissa quanto à análise da reconvenção.

- Nos termos do art. 1.013, § 3º, do NCPC, se o processo estiver em condições de imediato julgamento, o Tribunal deve decidir desde logo a demanda.

- Comprovada a prestação dos serviços na forma pactuada, é devida a contraprestação pelo tomador que não logrou êxito em provar qualquer causa para afastar sua obrigação.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0702.13.006722-7/001 - Comarca de Uberlândia - Apelante: Geaap Agrociências Ltda. - Apelado: Hilton Naves Araújo - 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 DAR PROVIMENTO AO RECURSO PARA CASSAR A SENTENÇA E, NOS TERMOS DO ART. 1.013, § 3º, DO NCPC, JULGAR IMPROCEDENTE O PEDIDO PRINCIPAL E PROCEDENTE A RECONVENÇÃO.

Belo Horizonte, 6 de junho de 2018. - *Marcos Lincoln* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. MARCOS LINCOLN - Trata-se de recurso de apelação interposto por Geaap Agrociências Ltda. da sentença de f. 239/241, proferida nos autos da ação declaratória de inexistência de débito c/c indenização por perdas e danos ajuizada por Hilton Naves Araújo, pela qual o MM. Juiz de Direito da 4ª Vara Cível da Comarca de Uberlândia assim decidiu:

> [...]
>
> Com base no acima exposto e do que mais dos autos consta, julgo parcialmente procedente o pedido inicial para declarar a inexistência do débito apontado à f. 34. Por fim, condeno o réu ao pagamento das custas e honorários de sucumbência, que fixo em 10% (dez por cento) sobre o valor dado à causa.

Nas razões recursais (f. 243/259), a ré, em síntese, sustentou que teria sido contratada para realização dos serviços de amostragem de solo, análise laboratorial, recomendação e mapa, bem como aplicação de calcário para possibilitar o plantio de soja na fazenda do autor; que "os serviços 1º; 2º e 3º foram efetivamente prestados, tudo anexado e confessado pelo próprio apelado, sendo estes serviços, objeto de ação de reconvenção, ação esta que, sequer foi objeto de manifestação e/ou prestação jurisdicional, pois o juízo em sua sentença

sequer mencionou e/ou se manifestou sobre os pedidos formulados na reconvenção"; que a última etapa dos serviços (aplicação de calcário) não teria ocorrido por desídia do apelado em fornecer os insumos necessários; que o pagamento dos serviços contratados deveria ocorrer após a conclusão de cada etapa, mas o apelado não teria quitado as parcelas devidas na forma contratada; que o apelado "determinou a realização dos trabalhos, mas não efetivou os pagamentos da forma avençada, assim, desincumbiu ele de 2 (dois) dos 3 (três) pagamentos devidos à apelante, fatos estes confessados e provados pelos depoimentos das testemunhas, razão do pedido formulado de reconvenção, pedido este que não foi julgado, ficando desde já, requerido que seja cassada e/ou reformada a sentença, pela negativa de prestação jurisdicional, ficando desde já prequestionado o assunto para futuros e possíveis recursos, caso não haja a correção desta sentença."; que o apelado não teria adquirido o calcário a tempo e modo; que "não pode ser desconsiderado por esta Corte é que todas as notas fiscais de calcário, gesso e fretes são referentes à Fazenda Santa Fé (inscrição 001417577.03-72), onde foram entregues os produtos e os serviços foram prestados para a Fazenda Mutum (inscrição 001417577.04-53), como pode ser visto na NF emitida pela Geaap."; que o apelado estaria de má-fé, pois o "calcário foi comprado para outra propriedade, entregue em quantidade inferior". Ao final, pugnou pelo provimento do recurso e pela reforma da sentença.

Contrarrazões às f. 262/266.

É o relatório.

Passa-se à decisão.

Colhe-se dos autos que Hilton Naves Araújo ajuizou esta ação declaratória de inexistência de débito c/c indenização por perdas e danos" em desfavor de Geaap Agrociências Ltda., alegando que "contratou a requerida para efetivar a implantação de agricultura de precisão em área de aproximadamente 300 (trezentos) hectares de soja, na região de Monte Alegre de Minas Gerais, para a safra de verão de 2012/2013 [...]".

Segundo a inicial, "os trabalhos foram contratados, de forma global, para a realização de todas as etapas acima descritas, sendo o valor de R$94,00 (noventa e quatro) reais por hectare trabalhado, conforme consta do relatório apresentado pela requerida, inexistindo contratação por etapa realizada, sendo certo afirmar que o objetivo do trabalho era a correção do solo, através da implantação da agricultura de precisão".

A par disso, a ré deixou de realizar os serviços objeto do contrato e passou a cobrar indevidamente a quantia de R$13.699,62 (treze mil seiscentos e noventa e nove reais e sessenta e dois reais), razão pela qual o autor pediu a declaração de inexistência do débito, bem como indenização por perdas e danos.

Devidamente citada, a ré apresentou contestação às f. 104/129, afirmando que os serviços não foram concluídos por desídia do autor, pois ele não efetuou o pagamento na forma contratada e tampouco forneceu os insumos necessários à aplicação do calcário.

Ato contínuo, a ré ofertou reconvenção às f. 137/144, enfatizando que "o reconvindo assumiu a obrigação de pagamento dos serviços (doc. f. 15 a 19) constante na pag. 19, no item forma de pagamento, da seguinte maneira, 30% no fechamento do contrato (o que não ocorreu) e 30% na entrega das recomendações (que também não ocorreu) [...]", pelo que pleiteou a condenação do autor ao pagamento referente aos serviços que foram concluídos.

Em seguida, o autor impugnou a contestação (f. 157/158) e ofereceu resposta à reconvenção (f. 159/160).

Após a instrução do feito, sobreveio a r. sentença, pela qual, como relatado, o ilustre Juiz de primeiro grau julgou parcialmente procedentes os pedidos.

Esses são os fatos.

Preliminar de nulidade da sentença.

Julgamento *citra petita*.

Da leitura atenta da sentença recorrida, infere-se que houve julgamento *citra petita*, pois o MM. Juiz *a quo* deixou de analisar a reconvenção de f. 137/144.

Assim, vê-se que o Julgador de primeiro grau não observou os pedidos formulados pela ré em sede de reconvenção, devendo ser anulada a sentença.

Isso porque os artigos 141 e 489 do novo Código de Processo Civil estabelecem o seguinte:

> 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. 489. São elementos essenciais da sentença:
>
> [...]
>
> III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem.

As normas acima transcritas exigem prestação jurisdicional completa, adstrita aos contornos da *litiscontestatio*, vedando pronunciamento de decisões *citra*, *ultra* ou *extra petita*, ou seja, aquém, além ou fora do pedido, sob pena de incorrer a decisão em *error in procedendo* - passível de nulidade, conforme o caso.

Dessarte, não sendo possível suprir o vício, sua nulidade há de ser declarada, especialmente quando puder causar prejuízo à parte.

Por tais razões, considerando que o feito está maduro para julgamento, com fulcro nas disposições do art. 1.013, § 3º, III, do novo CPC, deve ser cassada a sentença a fim de que seja analisada a reconvenção em conjunto com o pedido principal.

Mérito.

Como cediço, em regra, incumbe a cada uma das partes a comprovação de suas alegações, competindo ao autor provar o fato constitutivo do seu direito, e ao réu a prova do fato impeditivo, extintivo ou modificativo daquele, a teor do art. 373 do novo Código de Processo Civil.

No caso em apreço, é incontroverso que a ré-apelante foi contratada para realização de serviços de agricultura de precisão (amostragem de solo em malha, análise laboratorial química e granulométrica do solo, elaboração de mapas de fertilidade, recomendações técnicas em correção e adubação, geração de mapas e aplicação de calcário) para otimizar o plantio de soja na fazenda do autor-apelado.

A par disso, a ré-apelante não cumpriu integralmente o contrato, porque deixou de corrigir o solo com a aplicação de calcário, gesso e cloreto de potássio granulado, sendo que o autor-apelado defende que a contratação ocorreu de forma global e, por isso, o pagamento ocorreria após a conclusão dos serviços.

Lado outro, em sede de reconvenção, a ré-apelante enfatizou que quem deu causa ao descumprimento do contrato foi o autor-apelado, já que não forneceu os insumos necessários a tempo e modo.

Além disso, a ré-apelante asseverou que o pagamento deveria ser feito por etapas, ou seja, 30% no ato da assinatura do contrato, 30% na entrega das recomendações e mapas e 40% depois da conclusão dos trabalhos.

Portanto, constata-se que foram apresentadas duas versões diferentes sobre a culpa pelo descumprimento do contrato, pelo que a controvérsia deve ser dirimida de acordo com as provas produzidas pelas partes, mormente considerando que não houve a celebração de contrato por escrito.

Registre-se, ainda, que o art. 476 do Código Civil consagrou a cláusula denominada exceção de contrato não cumprido - *exceptio non adimpleti contratus* -, ao estabelecer que: "nos contratos bilaterais, nenhum dos contratantes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro".

Em comentário ao dispositivo em evidência, Nelson Rosenvald explica:

> Discutem-se atualmente os limites do exercício da *exceptio*. Em sede constitucional urge sempre precisar a proporcionalidade entre a inexecução da contraparte e o exercício da exceção. Será caracterizada como abuso do direito e, portanto, ato ilícito (art. 187 do CC) a conduta daquele que se recusa a cumprir a sua obrigação em razão de um inadimplemento mínimo praticado pela contraparte. Assim, a alegação da *exceptio* acaba se convertendo em uma escusa indevida ao cumprimento do contrato.
>
> O princípio da boa-fé objetiva pretende limitar o exercício de pretensões excessivas, não sendo razoável a recusa total da prestação diante de uma falta sem maior gravidade e desprezível do ponto de vista da economia do negócio jurídico. Portanto, se A deveria entregar cinco veículos a B, mas deixa de cumprir com a remessa de um dos automóveis, não pode B se recusar a pagar o todo, amparado na inexecução de um quinto da obrigação. Justo seria a recusa do pagamento na medida proporcional (*Código Civil comentado*: doutrina e jurisprudência. Coordenador Min. Cezar Peluso. 5. ed. ver. e atual. Barueri, SP: Manole, 2011. p. 542).

Como se vê, o descumprimento parcial do contrato não isenta a outra parte de realizar a contraprestação devida, pois tal medida seria contrária ao princípio da boa-fé objetiva.

E, na hipótese em exame, a despeito das alegações ofertadas na inicial, as provas produzidas, em verdade, corroboram a versão apresentada na contestação e na reconvenção, isto é, que houve cumprimento parcial do contrato pela ré-apelante e que o pagamento deveria ser realizado após a conclusão de cada etapa.

Isso porque o próprio autor-apelado fundamentou o pedido inicial com base no projeto de f. 15/19, no qual constou o seguinte, *in verbis*:

> Forma de pagamento: 30% no fechamento do contrato e 30% na entrega das recomendações e o restante ao final das aplicações em taxa variável (*sic*).

Como se vê, os mencionados documentos corroboram a versão narrada pela ré-apelante de que o pagamento seria feito depois da conclusão de cada etapa dos serviços prestados.

Ademais, ao impugnar a contestação e a reconvenção, o autor-apelado não alegou, em nenhum momento, que o contrato foi descumprido integralmente, restringindo-se a sustentar que a contratação se deu de forma global e que o pagamento somente ocorreria no final.

Em verdade, apenas a última etapa do projeto (aplicação de calcário) não foi concluída, sendo que as demais foram cumpridas integralmente.

Sendo assim, estando comprovado que a ré-apelante realizou os serviços de amostragem do solo, análise laboratorial, bem como recomendação e elaboração dos mapas para aplicação do calcário, não há dúvida de que ela tem o direito de receber os respectivos valores, sob pena de enriquecimento sem causa do autor-apelado.

Não bastasse isso, no depoimento de f. 222, a única testemunha arrolada pelo autor-apelado nada esclareceu sobre a forma de pagamento, afirmando apenas que a ré-apelante não aplicou o calcário na forma contratada.

De mais a mais, o autor-apelado pretende declarar a inexistência do débito descrito no boleto de f. 34, no valor de R$13.699,62 (treze mil seiscentos e noventa e nove reais e sessenta e dois centavos).

No entanto, o mencionado título é vinculado à nota fiscal de f. 33, na qual estão discriminados os seguintes serviços: amostragem, análise e recomendação.

Logo, a cobrança que o autor-apelado pretende anular não está relacionada à aplicação do calcário, mas, sim, aos serviços que foram efetivamente prestados pela ré-apelante, tanto que a nota fiscal correspondente foi juntada pelo próprio apelado.

Em assim sendo, o caso em tela não demanda maiores digressões, porquanto, sendo incontroversa a prestação dos serviços e não estando comprovada pelo autor-apelado qualquer causa excludente da sua obrigação de pagar pelos serviços efetivamente realizados, a reforma da sentença é medida que se impõe.

Conclusão.

Ante o exposto, dá-se provimento ao recurso para cassar a sentença e, nos termos do art. 1. 013, § 3º, do NCPC, julgar improcedente o pedido principal e procedente a reconvenção, a fim de condenar o autor a pagar à ré a quantia de R$13.699,62 (treze mil seiscentos e noventa e nove reais e sessenta e dois centavos), acrescida de juros de mora e correção monetária a contar do vencimento do boleto de f. 34.

Diante do novo resultado da lide, condena-se o autor-apelado ao pagamento das custas processuais, inclusive as recursais, e honorários advocatícios de 15% (quinze por cento) sobre o valor atualizado da condenação, nos termos do art. 85 do NCPC, valendo o percentual para as duas instâncias.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES ALEXANDRE SANTIAGO e ALBERTO DINIZ JUNIOR.

Súmula - DAR PROVIMENTO AO RECURSO PARA CASSAR A SENTENÇA E, NOS TERMOS DO ART. 1.013, § 3º, DO NCPC, JULGAR IMPROCEDENTE O PEDIDO PRINCIPAL E PROCEDENTE A RECONVENÇÃO.

• • •

Apelação cível - Ação de indenização - Rompimento de cabo de energia da Cemig e queda dos fios em cima dos autores - Agravo retido - Desnecessidade da produção de prova - Responsabilidade objetiva da concessionária de energia elétrica - Art. 37, § 6º, da CRFB/1988 - Danos materiais e morais comprovados - *Quantum* indenizatório - Manutenção - Juros moratórios - Termo inicial - Súmula 54 do STJ

- Nos termos do art. 37, § 6º, da CR/1988, as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que causarem a terceiros.

- A falha na rede elétrica caracteriza fato previsível e inerente ao serviço público prestado pela concessionária, incapaz de elidir sua responsabilidade civil pelos danos causados a terceiros e a consumidores de energia elétrica afetados.

- Presentes o dano e o nexo causal, e não existindo comprovação de qualquer causa excludente da responsabilidade civil, impõe-se o dever de indenizar pelos danos materiais e morais causados em razão da queda dos cabos em cima dos autores, mãe e filhos, enquanto transitavam pela rua.

- Deve ser mantido o valor da indenização por dano moral, fixado em *quantum* adequado, em observância aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, de forma a trazer a necessária compensação ao dano experimentado pela vítima, sem que sirva de fonte de enriquecimento sem causa.

- Os juros de mora incidentes sobre a condenação por danos materiais devem ser computados desde o evento danoso, em conformidade com a Súmula 54 do STJ.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0461.11.007347-9/001 - Comarca de Ouro Preto - Apelante: Cemig Distribuicão S/A - Apelados: Vania Ângela de Jesus Gomes e outro, Gabriel de Jesus Coimbra, Geovanna de Jesus Coimbra - Relatora: DES.ª YEDA ATHIAS

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 6ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em REJEITAR A PRELIMINAR E NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 26 de junho de 2018. - *Yeda Athias* - Relatora.

Notas taquigráficas

DES.ª YEDA ATHIAS - Trata-se de apelação cível em face da sentença de f. 253/257, proferida pela MM. Juíza de Direito da 1ª Vara Cível da Comarca de Ouro Preto que, nos autos da ação indenizatória por danos materiais e morais ajuizada por Vânia Ângela de Jesus Gomes e outros, ora apelados, contra a Cemig Distribuição S/A, ora apelante, julgou procedente o pedido inicial, condenando a ré ao pagamento de indenização por danos materiais no valor de R$65,90 (sessenta e cinco reais e noventa centavos), corrigido

monetariamente, desde o efetivo desembolso, acrescido de juros de 1% ao mês, desde a citação, equivalentes aos índices de remuneração básica e juros aplicáveis à caderneta de poupança, nos termos do art. 1º-F, da Lei Federal nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei Federal nº 11.960/09, e, a título de danos morais, a quantia de R$10.000,00 (dez mil reais) para cada autor, corrigidos nos termos da tabela da Corregedoria Geral de Justiça, a contar do arbitramento (Súmula 362, STJ) e acrescidos de juros moratórios "equivalentes aos índices oficiais de remuneração básica e juros aplicáveis à caderneta de poupança", nos termos do art. 1º-F, da Lei Federal 9.494/97, com redação dada pela Lei 11.960/09, a partir do evento danoso. Honorários de sucumbência fixados no percentual de 15% do valor da condenação.

Inconformada, apela a ré (Cemig Distribuição S/A) (f. 261/277), pleiteando, preliminarmente, a análise e o provimento do agravo retido de f. 152/156, interposto contra a decisão que indeferiu a produção de prova pericial (f. 150). No mérito, defende a ausência de provas que comprovem que o acidente tenha ocorrido por culpa da apelante, já que a rede elétrica havia passado por vistoria, sem a constatação de qualquer irregularidade, "tratando-se de uma fatalidade oriunda de caso fortuito, porquanto imprevisível, causado por força externa" (f. 266). Impugna a condenação ao pagamento de danos materiais, alegando que "não restou comprovado que a aquisição dos medicamentos se deu em virtude do acidente" e, quanto aos danos morais, afirma que "a Cemig não praticou nenhum ato ilícito capaz de ensejar reparação por danos morais" e que "os apelados foram atendidos pela Santa Casa da cidade de Ouro Preto, onde receberam atendimento adequado ao seu caso, porquanto, sem qualquer lesão craniana, amputação de membros ou necessidade de cirurgia" (f. 269). Por fim, impugna o valor arbitrado a título de danos morais, honorários de sucumbência, e o termo inicial de incidência dos juros moratórios.

Contrarrazões às f. 283/284.

Parecer da Procuradoria Geral de Justiça (f. 299/305), opinando pelo provimento parcial do recurso, apenas para determinar que os juros de mora incidam a partir da publicação da sentença, nos termos do art. 407 do Código Civil.

É o relatório.

Conheço do recurso, pois presentes os pressupostos de admissibilidade.

Preliminar - agravo retido.

A Cemig pleiteia, em preliminar, o provimento do agravo retido de f. 152/156, interposto contra a interlocutória de f. 150, proferida na vigência do CPC/73:

> Indefiro o pedido de produção de prova pericial requerido pela parte ré, posto que o fato ocorreu há aproximadamente três anos atrás, sendo improvável que a rede de distribuição do local do fato continue como estava há tanto tempo atrás (f. 150).

Alega a Cemig que a prova pericial em engenharia elétrica é necessária para se apurar a regularidade de suas instalações, e, consequentemente, a ausência de responsabilidade pelo fatídico acidente que envolveu os autores.

Entretanto, segundo estabelece, com indubitável clareza, a norma do art. 130 do CPC/73 (art. 370, parágrafo único, CPC/2015), caberá ao Juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias.

O Juiz, na processualística moderna, não é mais aquele expectador passivo do debate entre os litigantes, devendo assumir posição atuante no processo, deferindo aquelas provas que, segundo seu discernimento, sejam realmente necessárias ao esclarecimento da controvérsia, e indeferindo, de outro norte, as inócuas ou irrelevantes.

Isto significa, em suma, que o Juiz deve ser alçado à condição de principal árbitro na questão de produção de provas, mesmo porque é, por óbvio, o verdadeiro destinatário delas.

Assim, a despeito de a apelante ter requerido a produção de prova pericial em engenharia elétrica para aferir a regularidade da rede, esta se mostra irrelevante ao deslinde do feito, pois o acidente envolvendo os autores ocorreu há mais de três anos, sendo desnecessário aferir as condições atuais da rede elétrica, pois tal análise em nada alteraria o resultado da lide.

Nesse contexto, considerando que a apelante não demonstrou a necessidade e a utilidade na realização da prova requerida, e sendo o juiz o destinatário da prova, à luz do art. 370 do CPC/15, anterior art. 130 do CPC/73, não há que se falar em cerceamento do direito de defesa, mormente quando as demais provas constantes dos autos são suficientes para o deslinde da questão, consoante vem decidindo este egrégio Tribunal de Justiça:

> Apelação cível. Embargos à execução. Agravo retido. Cerceamento de defesa. Não ocorrência. Multas administrativas. Regularidade das CDAS. Identificação do imóvel. Cálculo da correção e dos juros. Verificação. Notificação prévia. Ausência de comprovação para alguns dos lançamentos. Contraditório e ampla defesa. Violação. Recurso ao qual se dá parcial provimento. 1- Inexiste cerceamento de defesa quando o indeferimento da prova pericial requerida baseia-se na ausência de motivação de sua necessidade, sobretudo quando se verifica sua irrelevância para o deslinde do feito. 2 - A CDA é título formal, cujos elementos devem estar bem delineados para não impedir a defesa do executado; matéria, portanto, de ordem pública. 3 - Obrigatoriedade de atendimento aos requisitos exigidos pelos arts. 2º, § 5º, da Lei 6.830, de 1980, e 202 do Código Tributário Nacional. 4 - Verificando-se que os títulos que embasam a execução identificam expressamente o imóvel gerador das multas administrativas executadas, bem como a forma de cálculo dos juros e da correção monetária, não há de se falar em irregularidade das CDAs. 5 - A Administração Pública não pode olvidar que suas ações fiscalizadoras, quando realizadas, devem buscar não só o fiel cumprimento da legislação vigente, como também a correta identificação da pessoa ou do bem fiscalizado, observando-se, prioritariamente, os princípios constitucionais do contraditório e ampla defesa. 6 - Impõe-se a extinção da execução em relação aos títulos executivos, cuja prévia notificação do executado sobre o lançamento não foi demonstrada (TJMG - Apelação Cível nº 1.0024.04.530745-1/001, Rel. Des. Marcelo Rodrigues, 2ª Câmara Cível, j. em 8/11/2016, p. em 18/11/2016).

> Apelação cível. Embargos à execução. Agravo retido. Prova pericial. Indeferimento. Manutenção. Preliminar rejeitada. Cédula de crédito bancário. Título executivo extrajudicial. Liquidez, certeza e exigibilidade. Configuração. Capitalização diária de juros. Possibilidade. Contrato que a previu e pactuado após a MP 1.963-17/2000. - Não há que se falar em cerceamento de defesa se as provas pleiteadas pela

> parte embargante são desnecessárias ao julgamento da lide. - Nos termos do art. 28 da Lei 10.931/04, a cédula de crédito bancário é considerada título executivo extrajudicial desde que a evolução do saldo devedor esteja demonstrada em planilha de cálculo ou extratos de conta corrente. - É admitida a capitalização diária de juros nos contratos celebrados com instituições financeiras, após 31 de março de 2000, em virtude do disposto na MP nº 1.963-17/2000, e desde que haja pactuação expressa. - Em sendo infundadas as alegações postas nos embargos à execução, cabe rejeitá-los, com o prosseguimento da execução ajuizada (TJMG - Apelação Cível nº 1.0479.14.005049-9/001, Rel. Des. Evandro Lopes da Costa Teixeira, 17ª Câmara Cível, j. em 7/12/2016, p. em 24/1/2017).

Diante do exposto, rejeito a preliminar de nulidade por cerceamento de defesa e nego provimento ao agravo retido.

Mérito.

A controvérsia consiste em verificar o preenchimento dos requisitos para a configuração do dever indenizatório da Cemig por danos morais e materiais decorrentes da queda de fios de rede elétrica no momento em que os apelados transitavam pela rua, atingindo-os e causando-lhes ferimentos e queimaduras, além de sofrimento e angústia.

Pois bem.

Importante frisar, em princípio, que a responsabilidade civil das pessoas jurídicas do direito público (bem como das concessionárias de serviço público) pela reparação de danos, excepcionada a situação em que o dano decorre de omissão, é objetiva, não exigindo, para sua configuração, a existência de culpa, mas, tão somente, o nexo causal entre a conduta estatal e o dano sofrido.

Dispõe a norma do art. 37, § 6º, de nossa Carta Magna, que "as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa".

De acordo com os ensinamentos do renomado jurista Celso Antônio Bandeira de Mello, a "responsabilidade objetiva é a obrigação de indenizar que incumbe a alguém em razão de um procedimento lícito ou ilícito que produziu uma lesão na esfera juridicamente protegida de outrem", e completa dizendo que "para configurá-la basta, pois, a mera relação causal entre o comportamento e o dano" (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2009, p. 995).

Portanto, não se faz necessária a comprovação da culpa dos agentes supostamente causadores dos danos.

Dessa forma, para a caracterização do dever de indenizar por parte da administração pública, há a necessidade de que se mostrem presentes a comprovação do dano e o nexo causal entre a conduta do ente público e os danos suportados pelo ofendido.

No entanto, deve ser ressaltado que o Estado e os prestadores de serviço público serão responsáveis, mas não em qualquer circunstância, pois, embora predomine a doutrina objetiva, circunstâncias excludentes ou atenuantes de responsabilidade, como a culpa da vítima, o caso fortuito ou a força maior, podem afastar ou diminuir a responsabilidade da Administração.

No caso em exame, todavia, encontram-se presentes os elementos caracterizadores da responsabilidade da Cemig.

Isso porque as fotografias de f. 18/20 e o boletim de ocorrência acostado às f. 14/17, associado ao relatório de f. 123/128, deixam claro que, no dia 8/10/2010, um fio de média tensão da linha de distribuição de energia elétrica rompeu-se e caiu em cima dos autores, atingindo o menor Gabriel, causando-lhe ferimentos e queimaduras, como se vê da descrição dos fatos perante a Cemig:

> A Sra. Vânia de Jesus, com sua filha de colo, Geovana, e seu filho Gabriel, passavam pela Rua das Hortências, próximo ao número 39, quando foram surpreendidos pela queda dos cabos da rede de MT, que atingiram Gabriel no rosto, provocando-lhe choque elétrico. Ao se deparar com a situação, a Sra. Vânia, com a Geovana no colo, pegou nos cabos no intuito de retirar o filho que estava preso entre eles. Neste momento, a Sra. Vânia e sua filha Geovana também sofreram choque elétrico. Os três foram socorridos pelo Corpo de Bombeiros de Ouro Preto e conduzidos à UPA (f. 128).

Restou incontroversa, portanto a ocorrência do fato narrado na petição inicial, ou seja, que a fiação se rompeu e atingiu os autores, vindo a apelante a alegar: a ausência de sua responsabilidade pelo evento, já que a rede elétrica havia sido vistoriada e se encontrava totalmente dentro das exigências da ABNT e que o fato se trata de caso fortuito.

No entanto, mesmo que a fiação tivesse sido vistoriada recentemente, cumprindo as exigências da ABNT, o seu rompimento é de responsabilidade da ré, e não há nos autos nenhuma prova da alegação de caso fortuito, ônus de que não se desincumbiu, a teor do art. 373, II, do CPC/15.

Outrossim, ainda que comprovado algum fator da natureza, como chuva forte ou ventania, melhor sorte não assistiria à Cemig, uma vez que tal circunstância consiste no denominado fortuito interno, ou seja, diz respeito a fato previsível e inerente ao serviço público prestado pela concessionária ré, que deve adotar procedimentos e medidas a fim de evitar ou minimizar os danos causados aos consumidores de energia elétrica e terceiros afetados, consoante já decidiu este Tribunal de Justiça, *verbis*:

> Apelação cível. Ação de indenização por danos materiais e morais. Descarga elétrica atmosférica. Danificação de aparelhos situados em imóvel rural. Condução pelos equipamentos da Cemig. Não comprovação. Ausência de nexo entre o serviço prestado pela concessionária e os danos sofridos. Responsabilidade civil afastada. Recurso desprovido. - A CEMIG Distribuição S/A tem o dever de manter equipamentos de segurança destinados a evitar ou ao menos a reduzir a incidência de descargas elétricas (atmosféricas ou não) sobre suas redes de transmissão, por se tratar de fato previsível, que se insere no risco do fornecedor de energia elétrica. Todavia, comprovado nos autos que a descarga elétrica atmosférica responsável pela danificação dos aparelhos eletrônicos de propriedade da parte autora não atingiu a rede de transmissão mantida pela Cemig, mas a antena de telefonia existente no imóvel rural, deve ser afastada a responsabilidade civil da concessionária, ante a ausência de nexo entre o serviço prestado e o dano sofrido. Recurso desprovido (TJMG - Apelação Cível nº 1.0342.11.009949-2/001, Rel.ª Des.ª Teresa Cristina da Cunha Peixoto, 8ª Câmara Cível, j. em 27/2/2014, p. em 13/3/2014).

Ademais, não se pode admitir que a administração transfira para o usuário o risco natural decorrente da prestação do serviço, mormente em hipótese como a dos autos, que envolve risco previsível e evitável.

Nesse contexto, presentes o dano e o nexo causal, entre a conduta e o dano, além de afastada, consequentemente, qualquer hipótese excludente da responsabilidade civil, impõe-se o dever de a ré indenizar os autores pelos prejuízos materiais causados.

Quanto aos danos materiais, restaram devidamente demonstrados nos autos, mediante o comprovante de f. 30, que menciona gastos com materiais de curativo para a queimadura, no dia 16/10/2010, contemporâneo ao acidente, que ocorreu em 8/10/2010.

Quanto aos danos morais, evidente a sua caracterização, diante da situação de angústia, sofrimento, amargura, tensão e susto vivenciados pelos apelados, mãe e filhos que andavam tranquilamente pela rua no momento em que a fiação caiu sobre eles, conforme destacado no laudo médico de f. 196/199:

Tendo em vista os elementos documentais disponíveis para esta perícia a autora e seus filhos sofreram um acidente envolvendo rede elétrica em 2010.

Apenas Gabriel sofreu uma queimadura (de segundo grau, na região esquerda da face) no acidente.

A queimadura sofrida por Gabriel demandou cuidados médicos contínuos, tendo o mesmo permanecido internado na Santa Casa de Misericórdia de Ouro Preto por nove dias. Após este período internado, ainda foram necessárias trocas de curativo realizadas em unidade básica de saúde.

Baseado nos registros documentais disponíveis e no exame físico da autora e de seu filho Gabriel, realizado cerca de quadro anos após o trauma, é possível afirmar pericialmente que não houve danos estéticos e psicológicos duradouros decorrentes das queimaduras sofridas em 2010 (f. 198).

Em relação ao *quantum* indenizatório, diante da inexistência de qualquer critério legal para sua fixação, cabe ao Judiciário sopesar as condições econômicas das partes, as circunstâncias em que ocorrera o fato, a intensidade do sofrimento da vítima, enfim, aspectos dotados de ampla subjetividade, o que torna a tarefa bastante difícil e delicada.

Sobre a matéria, ensina Maria Helena Diniz:

> Na avaliação do dano moral, o órgão judicante deverá estabelecer uma reparação equitativa, baseada na culpa do agente, na extensão do prejuízo causado e na capacidade econômica do responsável. Na reparação do dano moral, o juiz determina, por equidade, levando em conta as circunstâncias de cada caso, o *quantum* da indenização devida, que deverá corresponder à lesão e não ser equivalente, por ser impossível tal equivalência (*Curso de direito civil brasileiro* - responsabilidade civil. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1990, v. 7, p. 78/79).

Registre-se, ainda, que o Superior Tribunal de Justiça, ante a ausência de critério legal orientador para a fixação do *quantum i*ndenizatório, assentou a necessidade de observância dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade (REsp 521.434/TO, Rel.ª Min. Denise Arruda, Primeira Turma, j. em 4/4/2006, *DJ* de 8/6/2006, p. 120).

No caso vertente, o valor de R$10.000,00 (dez mil reais) para cada autor, fixado na sentença, observou os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, razão pela qual deve ser mantido, por se revelar adequado, trazendo a necessária compensação proporcional ao dano experimentado, sem que sirva de fonte de enriquecimento sem causa.

Por fim, em relação aos juros moratórios arbitrados a partir do evento danoso, também devem ser mantidos, uma vez que a indenização, *in casu*, decorre da lei, configurando-se, pois, responsabilidade extracontratual, a atrair a incidência da Súmula 54 do STJ.

Com tais considerações, devem ser rechaçados os argumentos da apelante, impondo-se a confirmação da bem lançada sentença de primeiro grau.

Ante o exposto, rejeito a preliminar e nego provimento ao recurso, mantendo incólume a sentença.

Em observância ao disposto no § 11 do art. 85 do CPC, majoro os honorários advocatícios sucumbenciais devidos pela ré ao patrono da parte autora para 17% sobre o valor da condenação.

Custas recursais, pela apelante.

Votaram de acordo com a Relatora os DESEMBARGADORES AUDEBERT DELAGE e EDILSON OLÍMPIO FERNANDES.

Súmula - REJEITARAM A PRELIMINAR E NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

• • •

Apelação cível - Ação de indenização por danos materiais e morais - Saques efetuados em terminal eletrônico - Alegação de fraude - Não comprovação - Restituição dos valores - Não cabimento - Danos morais - Não configuração

- Somente podem ser realizados saques em terminal eletrônico mediante utilização de cartão magnético e fornecimento da senha pessoal. Compete ao correntista a guarda do cartão magnético, bem como o sigilo de sua senha eletrônica.

- Ausente a comprovação de que os saques foram feitos por estelionatários, não há que se falar em restituição dos valores sacados.

- Não caracterizado o ato ilícito, não é cabível a condenação da instituição financeira ao pagamento de indenização a título de danos morais.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0481.15.007562-2/001 - Comarca de Patrocínio - Apelante: Banco do Brasil S/A - Apelada: Marda Maria da Silva - Relator: DES. LUIZ ARTHUR HILÁRIO

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 9ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em DAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 18 de junho de 2018. - *Luiz Artur Hilário* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. LUIZ ARTUR HILÁRIO - Trata-se de recurso de apelação interposto contra a sentença de f. 168/172-v., proferida pelo MM. Juiz de Direito da 2ª Vara Cível da Comarca de Patrocínio que, nos autos da Ação de reparação por danos materiais e morais movida por Marda Maria da Silva em face de Banco do Brasil S/A, julgou procedentes os pedidos para: a) condenar o réu a ressarcir todos os valores sacados nas contas-poupança 010.007.500-2 e 510.007.500-3, no período de 1/1/2012 a 31/5/2015, a serem apurados em liquidação de sentença por cálculos, acrescidos de juros de mora e correção monetária a partir de cada saque ilícito; b) condenar a parte ré a pagar à autora a importância de R$15.000,00 (quinze mil reais), a título de danos morais, corrigida monetariamente e acrescida de juros de mora de 1% ao mês, desde a publicação da sentença. Por fim, condenou o réu ao pagamento das custas e despesas processuais, bem como dos honorários advocatícios, arbitrados em 20% sobre os valores das condenações (danos materiais e morais).

Inconformado com o pronunciamento de primeira instância recorre o réu, às f. 174/186, sustentando que os pedidos de condenação lastreados nos danos materiais e morais não merecem ser acolhidos, uma vez que estes sequer foram comprovados. Alega que agiu em exercício regular de direito. Afirma inexistir, no caso em apreço, os requisitos da responsabilidade civil. Aduz que os saques foram realizados com uso de cartão

e senhas pessoais e intransferíveis da autora, cujo dever de guarda compete à mesma. Ressalta que, em caso de furto, roubo ou extravio, o cliente deve comunicar o ocorrido imediatamente ao banco.

Requer a reforma da sentença, a fim de que sejam julgados improcedentes todos os pedidos formulados na inicial, invertendo-se, por consequência, os ônus sucumbenciais. Caso não seja este o entendimento, pugna pela minoração do *quantum* indenizatório, ao argumento de que o valor fixado na sentença não observa os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, bem como pela incidência de juros de mora a partir da fixação do montante condenatório.

Contrarrazões às f. 194/204.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

Em sua peça de ingresso, a autora alega que abriu uma conta poupança na agência do Banco do Brasil na cidade de Serra do Salitre/MG sob o número 010.007.500-2, em 19/10/2011. Relata que, após 2012, após modificação do esquema remuneratório, a autora foi vinculada a um novo número de conta bancária, qual seja 510.007.500-3, com acesso no mesmo cartão magnético já ativo, tendo o banco réu mantido a conta anterior. Afirma que um terceiro realizou saques nas duas contas, nos anos de 2012 a 2015, no importe total de aproximadamente R$ 20.000,00 (vinte mil reais), deixando-as praticamente zeradas. Aduz que seu cartão permanece em seu poder, jamais fora entregue para qualquer outra pessoa e a senha é somente de seu conhecimento. Relata, ainda, que procurou explicações junto ao gerente da agência, sendo-lhe informado que os saques foram efetivados, mesmo mediante de sua negativa.

A autora juntou o boletim de ocorrência de f. 15/18, no qual aponta sua versão sobre o ocorrido e traz a suspeita de clonagem de cartão. Por meio dos documentos de f. 26/68, comprovou os saques efetuados em suas contas.

Todavia, o banco esclareceu, em sua contestação, que foram feitos vários saques de baixo valor nas contas da autora através do caixa automático, desde o início da abertura da conta. Ressaltou, ainda, que referida operação é efetivada por meio de cartão magnético de débito e senha pessoal e intransferível, cujo sigilo compete ao correntista. Admite ser inverossímil a versão da autora, tendo em vista que se um fraudador tivesse quebrado o sistema de segurança do banco, não sacaria valores tão pequenos durante todos esses anos. Argumenta que, caso tenha havido fraude, foi tão vítima quanto a requerente. Enfatiza, ainda, que não houve falha nos procedimentos de segurança.

Nessa esteira, incumbia à autora comprovar que um terceiro teria efetuado saques em suas contas mantidas junto ao banco réu, utilizando cartão de sua titularidade, nos termos do disposto no art. 373, I, do CPC/15.

Contudo, a requerente não se desincumbiu de tal ônus, uma vez que não se pode extrair, do conjunto probatório coligido aos autos, que os saques realizados em terminal eletrônico tenham sido feitos por terceiro.

É cediço que, para o deslinde das controvérsias envolvendo prestação de serviços bancários, hipótese dos autos, aplica-se o disposto no art. 14 do Código de Defesa do Consumidor, *in verbis*:

> 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.

Ademais, pela disciplina estabelecida pelo § 3º do mesmo artigo, que o fornecedor só não será responsabilizado quando provar:

> I - que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste;
>
> II - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

Portanto, a responsabilidade das financeiras por fraudes praticadas por terceiros, que resultem danos aos consumidores, é objetiva e somente pode ser afastada pelas excludentes previstas no CDC, dentre elas, "culpa exclusiva do consumidor ou de terceiros".

Na espécie, tenho que, ainda que a fraude tivesse sido comprovada pela requerente, estaria configurada a culpa exclusiva do consumidor, que foi negligente no tocante à guarda do cartão e sigilo da senha.

Portanto, ausente o ato ilícito, não é cabível a condenação do banco réu ao pagamento de indenização a título de danos morais. Da mesma forma, caracterizada a validade dos saques, não há que se falar em restituição dos valores à autora.

Neste sentido, já se manifestou este Sodalício:

> Apelação cível. Ação de indenização por danos morais. Falha na prestação do serviço. Não comprovação. Ausência de responsabilidade e do dever de indenizar. Dano moral não configurado. - Inexistindo elementos capazes de imputar a adoção de qualquer conduta culposa por parte da instituição financeira demandada, há que se reconhecer a regularidade dos saques realizados pela parte autora ou por pessoa a quem tenha entregado o seu cartão magnético e a sua senha. - Não tendo a requerente conseguido comprovar a ocorrência dos danos morais suscitados e nem os fatos constitutivos do direito pretendido, ausente se encontra o dever de indenizar por parte do banco réu (TJMG; Apelação Cível nº 1.0015.16.004500-9/001; Rel. Des. Arnaldo Maciel; DJe de 9/2/2018).
>
> Direito do consumidor. Apelação cível. Ação declaratória de inexistência de débito e indenização por dano moral. Consumidor. Utilização de cartão de crédito. Realização de compras. Não reconhecimento das operações. Transação realizada com uso de cartão magnético. Dever de guarda e zelo. Ausência. Responsabilidade civil da instituição financeira afastada. Pedido improcedente. 1. Descabe indenização por dano moral em favor de titular de cartão de crédito, quando se observa que sua desídia no dever de guarda foi decisiva para a ocorrência dos dissabores supervenientes. 2. Se o fato causador do dano é de responsabilidade exclusiva do consumidor, nos termos do art. 14, § 3º, II, do Código de Defesa do Consumidor, não há falar em prática de ato ilícito pelos estabelecimentos comerciais, e, neste contexto, indevida indenização por danos morais pelo fornecedor do serviço ou produto (TJMG; Apelação Cível nº 1.0702.11.054939-2/001; Rel. Des. Otávio Portes; DJe de 2/2/2018).
>
> Apelação cível. Ação de indenização por danos materiais e morais. Realizações bancárias realizadas por meio do uso de cartão pessoal e senha. Culpa exclusiva do consumidor. Excludente de responsabilidade. - Em sendo comprovada a culpa exclusiva do consumidor pelos danos a ele mesmo causados, em razão das transações bancárias realizadas com o uso do seu cartão magnético de *chip* e utilização de sua senha, não há como ser imputada ao banco requerido qualquer responsabilidade e, muito menos, o dever de prestar ao requerente indenização em função dos danos suportados (TJMG; Apelação Cível nº 1.0000.17.101255-2/001; Rel. Des. Arnaldo Maciel; DJe de 21/2/2018).

Com tais considerações e firme neste entendimento, dou provimento ao recurso para, reformando a r. sentença, julgar improcedentes os pedidos formulados na inicial e, via de consequência, condenar a autora

ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, que fixo em 10% do valor da causa, com fulcro no art. 85, § 2º, do CPC/15. Todavia, suspendo a exigibilidade por encontrar-se a requerente amparada pelo benefício da justiça gratuita.

Custas recursais, bem como honorários advocatícios majorados para R$ 12% do valor da causa, com fulcro no art. 85, § 11, do CPC/15, pela apelante, suspensa a exigibilidade, em virtude da gratuidade judiciária concedida.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES MÁRCIO IDALMO SANTOS MIRANDA e AMORIM SIQUEIRA.

Súmula - DERAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Apelação cível - Ação de conhecimento - Direito de preferência - Alienação de imóvel - Condomínio - Bem divisível - Testemunha - Contradita - Preclusão

- Conforme precedentes do STJ, o condômino que desejar alienar a fração ideal de bem em estado de indivisão, seja ele divisível ou indivisível, deverá dar preferência ao comunheiro da sua aquisição.

- Esta interpretação do art. 504 do Código Civil se mostra mais adequada às demais disposições do código, incluindo a função social, que recomenda ser mais cômodo manter a propriedade entre os titulares originários, evitando desentendimento com a entrada de um estranho no grupo.

- Improcede a pretensão de haver para si a coisa vendida a terceiros se foi comprovado que a alienante garantiu ao comunheiro o direito de exercer, preferencialmente, a aquisição da fração do imóvel, mas este não concordou com o preço cobrado, deixando de exercer seu direito de preferência.

- Se o apelante não contraditou a testemunha no momento oportuno, não pode, na seara recursal, questionar a validade do depoimento, porquanto se encontra preclusa a faculdade processual.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0525.15.008300-0/002 - Comarca de Pouso Alegre - Apelantes: Joelcio Roberto Teixeira e sua mulher, Maria Elina Andere Teixeira - Apelados: Daniel Donizete da Cunha, Adelina Teixeira e outros, Joelma Silva Gonçalves Cunha - 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, 28 de junho de 2018. - *José Américo Martins da Costa* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. JOSÉ AMÉRICO MARTINS DA COSTA - Cuida-se de apelação interposta por Joelcio Roberto Teixeira e Maria Elina Andere Teixeira contra a sentença de f. 223/224-v., que, nos autos da ação de conhecimento ajuizada em desfavor de Adelina Teixeira, Daniel Donizete da Cunha e Joelma Silva Gonçalves Cunha, julgou improcedentes os pedidos iniciais.

Em suas razões (f. 228/233), os apelantes sustentam possuir, com fulcro no art. 504 do Código Civil, direito de preferência para aquisição do imóvel objeto da ação, do qual são proprietários em condomínio com a primeira apelada e que foi vendido por esta aos segundo e terceiro apelados.

Alegam que a sentença de improcedência se fundamentou apenas no depoimento da testemunha Regiane Teixeira Bueno, desprezando as demais provas produzidas.

Aduzindo que o fato de o imóvel ser divisível não inviabiliza a pretensão de exercer o direito de preferência, rogam pela reforma da decisão *a quo*.

O preparo foi recolhido, conforme f. 237.

Apresentadas as contrarrazões às f. 239/244, os autos foram remetidos a este egrégio Tribunal de Justiça.

É o relatório no necessário. Decide-se.

Juízo de admissibilidade.

Considerando-se que a decisão recorrida foi publicada em 15 de agosto de 2017 (f. 224-v.), a admissibilidade do recurso deve ser analisada com base na Lei Processual Civil de 2015, com respaldo no enunciado 54 do Fórum de Debates e Enunciados sobre o NCPC deste e. TJMG: "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. I - Consoante o decidido pelo Plenário desta Corte na sessão realizada em 9/3/2016, 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 1258054/MG, Rel.ª Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, j. em 23/6/2016, *DJe* de 30/6/2016).

Fixada esta premissa e considerando que foram satisfeitos os pressupostos de admissibilidade, conhece-se do recurso.

Mérito.

Consta dos autos que os apelantes, Joelcio Roberto Teixeira e Maria Elina Andere Teixeira, pretendem exercer direito de preferência na aquisição de 20% do imóvel rural registrado na Matrícula n° 10.053 do Cartório de Registro de Imóveis da Comarca de Pouso Alegre/MG (f. 8/9-v.).

Os apelantes são proprietários do referido imóvel, em condomínio com a primeira apelada, Adelina Teixeira, que vendeu a fração de 20% reclamada aos demais apelados, Daniel Donizete da Cunha e Joelma Silva Gonçalves Cunha.

Não se instaurou controvérsia sobre a existência de condomínio entre os apelantes e a primeira apelada e nem sobre a alienação de fração do imóvel aos demais apelados. Logo, resta analisar o acerto da decisão *a quo* ao julgar improcedente a pretensão dos apelantes em exercer o direito de preferência para aquisição da fração do imóvel vendida.

Para o juízo *a quo*, a pretensão inicial é improcedente, pois o direito de preferência não incidiria sobre imóveis divisíveis, como no caso dos autos, além de ter sido comprovado que o apelante Joelcio tinha ciência das negociações para alienação do imóvel.

Pois bem!

Como cediço, o art. 504 do Código Civil estabelece que "não pode um condômino em coisa indivisível vender a sua parte a estranhos, se outro consorte a quiser, tanto por tanto".

Caso não seja dado conhecimento da venda ao condômino, este poderá, depositando o preço, haver para si a parte vendida a estranhos, desde que o faça no prazo de cento e oitenta dias, sob pena de decadência (2ª parte do art. 504 do Código Civil).

Embora exista divergência doutrinária e jurisprudencial acerca da aplicabilidade do dispositivo acima caso o imóvel seja divisível, o colendo Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o Recurso Especial 1207129/MG, decidiu que "o condômino que desejar alhear a fração ideal de bem em estado de indivisão, seja ele divisível ou indivisível, deverá dar preferência ao comunheiro da sua aquisição. Interpretação do art. 504 do CC/2002 em consonância com o precedente da Segunda Seção do STJ (REsp nº 489.860/SP, Relatora Ministra Nancy Andrighi), exarado ainda sob a égide do CC/1916".

Reconheceu-se que esta interpretação seria a mais adequada ao art. 504 do Código Civil, uma vez que estaria em consonância com as demais disposições do Código, incluindo a função social, que recomenda ser mais cômodo manter a propriedade entre os titulares originários, evitando desentendimento com a entrada de um estranho no grupo.

Por essas razões, não se pode dizer que o fato de o imóvel ser divisível afasta a necessidade de um condômino observar a preferência dos demais para alienar sua fração. Assim, ao contrário do que foi fundamentado pelo juízo *a quo*, o direito de preferência do condômino sobre terceiros existe mesmo em imóveis divisíveis, restando analisar se os apelantes foram preteridos quando da alienação realizada pela primeira apelada.

Nesse cenário, a prova oral produzida está em sentido totalmente oposto às alegações dos apelantes, pois restou demonstrado:

> Que Joelcio ficou sabendo que Adelina estava vendendo o imóvel para Daniel. Que Joelcio alegava que não tinha o dinheiro. Que Joelcio ainda disse que não concordava com a venda do imóvel porque o valor não era justo, mas não tinha o dinheiro para comprar e também não daria o valor pelo qual Adelina estava vendendo o imóvel (Adriana Teixeira Magalhães, à f. 209).
>
> Que quando a requerida Adelina quis vender a parte do terreno dela todos ficaram sabendo, inclusive o autor [...] Que Adelina ofereceu o imóvel para o autor e para os outros irmãos também. Que o depoente teve conhecimento que Joelcio ofereceu R$60.000,00 (sessenta mil reais) para comprar a parte da requerida Adelina. [...] Que na hora em que Joelcio ficou sabendo da venda ele não concordou, porque entendia que o valor era abaixo do que valia. Que naquele momento foi perguntado para ele se ele compraria o terreno, e ele disse que não tinha dinheiro, mas não concordava com a venda. (Washington Teixeira Magalhães, à f. 210).
>
> Que quando dona Adelina quis vender a parte dela, todo mundo tomou ciência inclusive seu Joelcio. Que toda a família tinha interesse em que Joelcio comprasse a parte de Adelina, já que ele já havia comprado outras duas partes. Que não houve negocio entre Adelina e Joelcio porque eles não acordaram no preço. Que eles ficaram mais de um ano tentando negociar (Regiane Teixeira Buenno, à f. 211).

Percebe-se, assim, que foi devidamente comprovado que a primeira apelada garantiu aos apelantes o direito de exercer, preferencialmente, a aquisição da fração do imóvel. No entanto, o apelante Joelcio não concordou com o preço cobrado, deixando de exercer seu direito de preferência.

Há que se destacar que as testemunhas deram sua versão dos fatos de modo firme e coerente, inexistindo nos autos outras provas em sentido oposto.

Ademais, apesar de os apelantes sustentarem que o depoimento prestado pela testemunha Regiane Teixeira Buenno não pode ser considerado, verifica-se que não foi formulada contradita a tempo e modo, nos termos do que determina o art. 457 do CPC/15.

Se o apelante não se insurgiu no momento oportuno, não pode, na seara recursal, questionar a validade do depoimento, porquanto se encontra preclusa a faculdade processual.

Conclui-se, assim, que, embora os apelantes possuíssem o direito de preferência na aquisição de parte do imóvel em que são condôminos, eles não foram preteridos quando da alienação, o que conduz à improcedência dos pedidos iniciais.

Dispositivo.

Posto isso e observada a determinação contida no art. 93, IX, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, nega-se provimento ao recurso.

Condenam-se os apelantes ao pagamento das custas recursais e dos honorários advocatícios sucumbenciais, majorados, com fulcro nos §§ 2° e 11 do art. 85 do CPC/15, para 18% sobre o valor atribuído à causa, devidamente corrigido a partir do ajuizamento, segundo índices divulgados pela CGJ/MG.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES MAURÍLIO GABRIEL e TIAGO PINTO.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

• • •

Reexame necessário - Apelação cível - Ação civil pública - Asilo municipal - Projeto contra incêndio e pânico - Inexistência - Provas que caracterizam a inércia do município - Atuação do Poder Judiciário - Possibilidade em observância a princípios constitucionais e legais - Ausência de violação ao princípio da separação dos poderes

- Em regra, é defeso ao Poder Judiciário adentrar no mérito dos atos administrativos de efetivação de políticas públicas, cabendo-lhe unicamente examiná-los sob o aspecto de legalidade e moralidade. Tal entendimento tem como fundamento básico o princípio da separação dos Poderes.

- Todavia, não constitui ingerência indevida a atuação do Judiciário quando impõe ao Executivo o cumprimento de obrigação constitucional e legal, relativamente à qual se posta manifestamente omisso o administrador.

- A elaboração de projeto de prevenção de incêndios e pânico em espaços públicos, bem como sua implantação, constitui imposição legal, prevista na Lei estadual nº 14.130/01, da qual não pode o ente público se furtar ao argumento de que estava em período de transição da gestão.

- Hipótese na qual a omissão em implantar o projeto de incêndio é ainda mais gravosa, por se tratar de asilo municipal de acolhimento de idosos.

- Recurso a que se nega provimento. Prejudicado o reexame necessário.

APELAÇÃO CÍVEL/REMESSA NECESSÁRIA Nº 1.0521.16.012927-1/001 - Comarca de Ponte Nova - Remetente: Juiz de Direito da 1ª Vara Cível da Comarca de Ponte Nova - Apelante: Município de Ponte Nova - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais – Relatora: DES.ª ÁUREA BRASIL

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO VOLUNTÁRIO, PREJUDICADO O REEXAME NECESSÁRIO.

Belo Horizonte, 28 de junho de 2018. - *Áurea Brasil* - Relatora.

Notas taquigráficas

DES.ª ÁUREA BRASIL - Trata-se de reexame necessário e apelação cível interposta pelo Município de Ponte Nova em face da r. sentença de f. 137/140, proferida pelo MM. Juiz de Direito Damião Alexandre Tavares Oliveira, da 1ª Vara Cível da Comarca de Ponte Nova, que, nos autos da ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais, julgou procedentes os pedidos para condenar o réu a apresentar ao Corpo de Bombeiros, no prazo de 15 dias, projeto contra incêndio e pânico do asilo municipal e,

após a aprovação deste, executá-lo no prazo máximo de 90 dias, sob pena de multa diária de R$400,00, limitada a R$20.000,00.

O município foi condenado, ainda, ao pagamento das custas processuais, observada a isenção legal.

Em suas razões, o apelante alega que (f. 142/151): a) a atual gestão da prefeitura foi iniciada em janeiro de 2017, tendo a secretária municipal de assistência social preparado os editais para a renovação do Conselho do Idoso; b) conforme comprovado nos autos, o edital de convocação dos membros do Conselho Municipal dos Direitos do Idoso foi publicado no sítio eletrônico da prefeitura, a demonstrar que as providências preliminares para sanar as omissões apontadas já foram iniciadas; c) o projeto de prevenção e combate de incêndio e pânico no asilo municipal é realmente necessário, mas era imprescindível a escolha do Conselho para que pudesse gerir a instituição; d) para viabilizar a correta gestão do asilo, deve haver a eleição de todos os conselhos que compõem a Secretaria Municipal de Assistência Social e Habitação, a exemplo dos conselhos antidrogas, do direito da mulher e da pessoa com deficiência; e) a Lei federal nº 8.842/1992 determina que compete aos conselhos a supervisão, acompanhamento, fiscalização e avaliação da política nacional do idoso; f) os conselheiros foram eleitos em fevereiro de 2017 e, a partir de então, passou a ser possível dar continuidade aos projetos relacionados aos idosos; g) já iniciou o procedimento licitatório para contratação da empresa que realizará o projeto de incêndio; h) o objeto da presente ação civil pública já se exauriu, tendo em vista que já foi iniciado o procedimento para implantação do projeto de incêndio.

O Ministério Público do Estado de Minas Gerais apresentou contrarrazões às f. 465/470, em cuja peça aduz que: a) os argumentos suscitados pelo Município de Ponte Nova não são suficientes para afastar a obrigação de fazer; b) o réu apresentou o projeto contra incêndio e pânico do asilo municipal ao corpo de bombeiros, que deliberou pela aprovação; c) embora o ente público já tenha contratado a empresa responsável para a execução do projeto, já se passaram mais de três meses da expedição da ordem de serviço sem que a obra fosse iniciada; d) não basta, para fins de segurança dos idosos, a mera existência do projeto, sendo imprescindível sua implementação; e) "a demora do apelante, Município de Ponte Nova, ao deixar de efetivamente executar o PSCIP (Projeto Contra Incêndio e Pânico) do asilo municipal, coloca em risco os idosos que lá vivem e também os funcionários que todos os dias lá se encontram para exercerem suas atividades".

Remetidos os autos à Procuradoria-Geral de Justiça, manifestou-se o douto Procurador de Justiça, Dr. Jacson Campomizzi, pelo desprovimento do recurso (f. 474/475).

Presentes os respectivos pressupostos de admissibilidade, conheço do reexame necessário e do recurso apelatório.

O Ministério Público do Estado de Minas Gerais ajuizou a presente ação civil pública em face do Município de Ponte Nova, alegando que, em inspeção realizada no asilo municipal, constatou-se que o prédio não contava com projeto contra incêndio e pânico, o que contraria o Regulamento de Segurança do Estado de Minas Gerais.

O autor narra, ainda, que oficiou à coordenadora do asilo municipal, a qual informou que, no prazo de 30 dias, o projeto seria protocolado pela Secretaria de Assistência Social no Corpo de Bombeiros do Estado de Minas Gerais.

Em seguida, foi informado que o projeto foi apresentado e devolvido pelo corpo de bombeiros para a correção de algumas inadequações. Contudo, após a devolução do projeto, não foram implementadas as diligências necessárias para sua aprovação e implementação.

Diante da suposta inércia do município, o Ministério Público ajuizou a presente demanda objetivando compelir o ente público a adotar as medidas para aprovação e execução do projeto.

O Magistrado de origem julgou procedentes os pedidos para determinar que o Município de Ponte Nova apresente, no prazo de 15 dias, o projeto contra incêndio e pânico junto ao corpo de bombeiros e, após sua aprovação, que seja realizada a sua execução no prazo máximo de 90 dias, sob pena de multa.

A Lei estadual nº 14.130/2001, que dispõe sobre a prevenção contra incêndio e pânico no Estado de Minas Gerais, determina que:

> Art. 1º A prevenção e o combate a incêndio e pânico em edificação ou espaço destinado a uso coletivo no Estado serão feitos com a observância do disposto nesta lei.
>
> Parágrafo único. Consideram-se edificação ou espaço destinado a uso coletivo, para os fins desta lei, os edifícios ou espaços comerciais, industriais ou de prestação de serviços e os prédios de apartamentos residenciais.
>
> Art. 2º Para os fins do art. 1º, o Corpo de Bombeiros Militar de Minas Gerais - CBMMG -, no exercício da competência que lhe é atribuída no inciso I do art. 3º da Lei complementar nº 54, de 13 de dezembro de 1999, desenvolverá as seguintes ações:
>
> I - análise e aprovação do sistema de prevenção e combate a incêndio e pânico;
>
> II - planejamento, coordenação e execução das atividades de vistoria de prevenção a incêndio e pânico nos locais de que trata esta lei;
>
> III - estabelecimento de normas técnicas relativas à segurança das pessoas e seus bens contra incêndio ou qualquer tipo de catástrofe;
>
> IV - aplicação de sanções administrativas nos casos previstos em lei.
>
> Parágrafo único. As normas técnicas previstas no inciso III do *caput* deste artigo incluirão instruções para a instalação de equipamento para detectar e prevenir vazamento de gás (Parágrafo acrescentado pelo art. 1º da Lei nº 17.212, de 12/12/2007).
>
> Art. 3º Constituem infrações sujeitas a sanção administrativa:
>
> I - deixar de instalar os instrumentos preventivos especificados em norma técnica regulamentar ou instalá-los em desacordo com as especificações do projeto de prevenção contra incêndio e pânico ou com as normas técnicas regulamentares;
>
> II - não fazer a manutenção adequada dos instrumentos a que se refere o inciso I, alterar-lhes as características, ocultá-los, removê-los, inutilizá-los, destruí-los ou substituí-los por outros que não atendam às exigências legais e regulamentares.

Observa-se, do excerto supra, que a elaboração de projeto contra incêndio e pânico é obrigatória em espaços destinados a uso coletivo, como é o caso do asilo municipal. Como se não bastasse, o descumprimento das normas técnicas de segurança configura infração administrativa.

Na hipótese dos autos, em se tratando de asilo municipal, que promove o acolhimento, em tempo integral, de idosos (cf. f. 04 do inquérito em apenso), a observância das normas de segurança é imposição também da Lei nº 10.471/2003 (Estatuto do Idoso), que dispõe:

> Art. 48. As entidades de atendimento são responsáveis pela manutenção das próprias unidades, observadas as normas de planejamento e execução emanadas do órgão competente da Política Nacional do Idoso, conforme a Lei nº 8.842, de 1994.
>
> Parágrafo único. As entidades governamentais e não governamentais de assistência ao idoso ficam sujeitas à inscrição de seus programas, junto ao órgão competente da Vigilância Sanitária e Conselho Municipal da Pessoa Idosa, e em sua falta, junto ao Conselho Estadual ou Nacional da Pessoa Idosa, especificando os regimes de atendimento, observados os seguintes requisitos:
>
> I - oferecer instalações físicas em condições adequadas de habitabilidade, higiene, salubridade e segurança;
>
> II - apresentar objetivos estatutários e plano de trabalho compatíveis com os princípios desta Lei;
>
> III - estar regularmente constituída;
>
> IV - demonstrar a idoneidade de seus dirigentes.

O Município de Ponte Nova não se insurge contra a obrigação que lhe é imposta, afirmando ser "necessário um projeto e instalação de sistema de prevenção de combate a incêndio e pânico no asilo municipal, que é um local querido por várias pessoas da sociedade civil" (f. 146/147).

O ente público limita-se a justificar sua omissão no fato de que a nova gestão da prefeitura municipal teve início em janeiro de 2017 e só houve eleição para os Conselhos Antidrogas, dos Direitos do Idoso, da Mulher e das Pessoas com Deficiência em fevereiro do mesmo ano. Na ótica do recorrente, não seria possível a implementação do projeto de incêndio sem a participação dos conselheiros.

Ora, tal alegação afigura-se, com a devida vênia, totalmente descabida.

A solicitação da obra era de competência da Secretaria Municipal de Assistência Social e Habitação e deveria ser encaminhada ao prefeito, como, de fato, ocorreu em 27/7/2017 (f. 152).

Outrossim, a simples alternância de gestão na Prefeitura Municipal não justifica a omissão, sobretudo porque, passados mais de 16 meses da posse do novo prefeito e seus secretários, o projeto ainda não foi implementado.

Consoante se observa dos autos, em 15/3/2016, foi realizada vistoria pelo Corpo de Bombeiros do Estado de Minas Gerais, constatando-se a inexistência do projeto (f. 44). Em 26/4/2016, a Secretaria Municipal de Assistência Social comunicou que havia protocolado o projeto.

O projeto foi aprovado em 16/2/2017 (f. 108), mas apenas em setembro de 2017 foram iniciados os procedimentos licitatórios para a contratação da empresa responsável pela obra de reforma e execução de projeto de segurança e proteção contra incêndio e pânico do asilo municipal (f. 191).

Embora tenha sido selecionada a sociedade Lessa Engenharia Ltda. em 10/10/2017 (f. 410), com assinatura do contrato administrativo em 28/11/2017 (f. 444/460), as obras ainda não foram iniciadas.

Dessa forma, ainda que já tenha sido aprovado o projeto pelo corpo de bombeiros, este ainda não foi implementado, o que prejudica a segurança dos idosos acolhidos no asilo municipal, sendo de se destacar que, por se tratar de pessoas vulneráveis, algumas delas acamadas (f. 04 do inquérito), o risco decorrente da inobservância de normas de segurança é ainda maior.

Cediço que, em regra, é defeso ao Poder Judiciário adentrar no mérito dos atos administrativos de efetivação de políticas públicas, cabendo-lhe unicamente examiná-los sob o aspecto de legalidade e moralidade. Tal entendimento tem como fundamento básico o princípio da separação dos Poderes.

Todavia, não constitui ingerência indevida a atuação do Judiciário quando impõe ao Executivo o cumprimento de obrigação constitucional e legal, relativamente à qual se posta omisso o administrador.

E, no caso dos autos, ante a expressa determinação legal e comprovada a inércia do município em situação que expõe a risco os idosos acolhidos no asilo, tais medidas devem ser efetivadas, não havendo, na atuação impositiva do Poder Judiciário, violação ao princípio da separação dos Poderes, porquanto está-se, na espécie, apenas impedindo a perpetuação das omissões do Poder Executivo em dar cumprimento à legislação citada.

Em casos semelhantes, já decidiu este Tribunal:

> Agravo de instrumento. Ação civil pública. Condições de funcionamento e acessibilidade de unidade de atenção primária em saúde (Uaps). Processo de segurança contra incêndio e pânico (PSCIP). Inexistência. Risco à segurança da população local. Concessão da antecipação da tutela. Adequação estrutural da Uaps. Necessidade de instrução processual. Disponibilização contínua de insumos e medicamentos. Pedido liminar genérico. Havendo indícios nos autos de que a Unidade de Atenção Primária em Saúde localizada no Município agravado vem funcionando de forma irregular por não possuir Processo de Segurança Contra Incêndio e Pânico (PSCIP), presente a verossimilhança das alegações a justificar a concessão da tutela antecipada no tocante à apresentação do referido PSCIP junto ao Corpo de Bombeiros. Incabível o acolhimento do pleito liminar para a adequação estrutural da Upas após a aprovação do PSCIP, porquanto não se pode imputar esta obrigação ao ente municipal sem que antes se conheçam quais as providências efetivas e concretas devem ser adotadas para a regularização quanto à prevenção e combate a incêndio e pânico, o que demanda instrução do feito. O indeferimento do pedido liminar para fornecimento contínuo de 'insumos e medicamentos imprescindíveis ao atendimento da população' é medida que se impõe, já que se trata de pleito genérico e indeterminado (TJMG - Agravo de Instrumento-Cv 1.0145.14.021086-8/001, Relatora Des.ª Ângela de Lourdes Rodrigues, 8ª Câmara Cível, j. em 30/7/2015, p. em 10/8/2015).

> Constitucional e administrativo. Reexame necessário e apelação cível. Ação civil pública. Ministério Público. Legitimidade ativa. Sistema de prevenção de incêndios. Estabelecimento prisional. Legalidade. Advertência do corpo de bombeiros. Dever de segurança. - A legitimidade do Ministério Público para promover a defesa de direitos coletivos e difusos através de ação civil pública é ampla e irrestrita. - A elaboração de projeto de prevenção e controle de incêndios e pânico e sua implantação constitui obrigação legal, prevista na Lei estadual nº 14.130/01 e respaldada no art. 5º, XLVIX, e art. 144, *caput*, da Constituição Federal, sendo sua realização imperativa e não sujeita a critérios de conveniência e oportunidade. - Comprovada a negligência do Poder Público estadual em atender às reiteradas advertências do Corpo de Bombeiros e às solicitações do Ministério Público no sentido de adequar o edifício prisional às normas de segurança pública, cabível a determinação cominatória pela via da ação civil pública, inclusive com aplicação de multa por eventual descumprimento. - Preliminar de ilegitimidade ativa rejeitada. - Sentença confirmada em reexame necessário. - Recurso voluntário prejudicado (TJMG - Apelação

Cível 1.0105.11.025868-5/003, Relatora Des.ª Heloisa Combat, 4ª Câmara Cível, j. em 7/11/2013, p. em 13/11/2013).

Deve ser mantida, também, a multa diária, sendo perfeitamente possível sua fixação contra o ente público, como meio coercitivo ao cumprimento da ordem judicial, consoante entendimento consolidado no eg. STJ (AgRg no REsp 993.090/RS, *DJe* de 29/11/2010; AgRg no Ag 1.021.242/RJ, *DJe* de 16/2/2009; AgRg no REsp 948.622/RJ, *DJe* de 31/3/2008; AgRg no Ag 393.521/SP, *DP* de 18/2/2008), afigurando-se razoável o valor estabelecido na instância *primeva*.

Com tais considerações, nego provimento ao recurso, prejudicado o reexame necessário.

Custas, na forma da lei.

Votaram de acordo com a Relatora os DESEMBARGADORES MOACYR LOBATO e LUÍS CARLOS GAMBOGI.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO, PREJUDICADO O REEXAME NECESSÁRIO.

Apelação cível - Ação anulatória de débito fiscal - Aproveitamento de crédito tributário - ICMS - Adquirente de boa-fé - Nota fiscal declarada inidônea - Veracidade da compra demonstrada - Precedente do Superior Tribunal de Justiça em Repetitivo

- O Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o Recurso Especial nº 1.148.444/MG na sistemática do art. 543-C, do Código de Processo Civil/1973, pacificou o entendimento de que é lícito ao adquirente de boa-fé aproveitar os créditos de ICMS decorrentes de nota fiscal posteriormente declarada inidônea, desde que demonstrada a veracidade da operação realizada.

- Considerando que as notas fiscais têm aparência de regularidade, havendo o destaque do ICMS devido, estão devidamente escrituradas no livro de registro de entradas da adquirente e, ainda, comprovado o pagamento da mercadoria, é possível o aproveitamento do crédito pretendido.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0518.14.014736-5/001 - Comarca de Poços de Caldas - Apelante: Indústria de Panificação Newbread Ltda. - Apelado: Estado de Minas Gerais - Relator: DES. PAULO BALBINO

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em DAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 28 de junho de 2018. - *Paulo Balbino* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. PAULO BALBINO - Versa a presente ação sobre um pedido de anulação de débito fiscal, objeto do auto de infração nº 01.000225079-21, no valor de R$ 44.225,00 (quarenta e quatro mil, duzentos e vinte e cinco reais), decorrente do aproveitamento indevido de crédito de ICMS relativo às notas fiscais declaradas inidôneas. Em sua sentença (f. 150/151, declarada à f. 160/162), a MM. Juíza de Direito da 3ª Vara Cível da Comarca de Poços de Caldas, Dra. Tânia Marina de Azevedo Grandal Coêlho, julgou improcedente o pedido inicial e condenou a autora ao pagamento dos honorários advocatícios fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor do proveito econômico pretendido.

Inconformado com o seu teor, interpôs Indústria da Panificação Newbread Ltda. a presente apelação (f. 165/176), aduzindo ter sido comunicada, em 13 de agosto de 2014, acerca de suposta irregularidade no aproveitamento de crédito de ICMS, tendo como fundamento a declaração de inidoneidade de quatro notas fiscais, emitidas pela empresa Comércio de Açúcar Campo Doce Ltda. Afirma que todas as notas fiscais apontadas foram devidamente quitadas, demonstrando, assim, a veracidade da operação comercial e a boa-fé da recorrente. Ressalta aplicar-se nas operações ora em análise o princípio da não cumulatividade, destacando, ainda, a necessidade de se assegurar a certeza e a segurança jurídica das relações comerciais, pontuando que, por quatro anos, nem mesmo a Fazenda Estadual recorrida percebera a inidoneidade alegada, não podendo, portanto, retroagir para alcançar lançamentos fiscais emitidos desde maio de 2010.

Acrescenta que a Súmula nº 509, do Superior Tribunal de Justiça, rechaça a pretensão do auto de infração em cobrar da recorrente os créditos de ICMS.

No que tange ao valor da condenação, aponta que antes mesmo do ajuizamento da execução fiscal já havia ajuizado a presente ação anulatória de débito, dentro do prazo de dez dias para o seu pagamento com a devida amortização da multa cobrada. Destaca, assim, que o valor devido ao tempo do questionamento da dívida era de R$ 11.940,75 (onze mil, novecentos e quarenta reais e setenta e cinco centavos), valor este depositado em juízo. Assim sendo, requer a reforma da sentença recorrida, com a total procedência do pedido inicial.

Regularmente intimado, apresentou o Estado de Minas Gerais as suas contrarrazões (f. 181/186), onde pugna pela manutenção da decisão combatida.

Relatado, decido.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço deste recurso.

Anota-se, inicialmente, ter sido a apelante autuada pelo fisco estadual, por meio do Auto de Infração/PTA nº 01.000225079-21 (f. 24/61), em virtude do aproveitamento indevido de crédito de ICMS, no montante de R$ 10.614,00 (dez mil, seiscentos e quatorze reais) pela entrada de mercadorias, acobertadas por documentos fiscais (Notas Fiscais) declarados ideologicamente falsos. A questão posta em julgamento cinge-se em verificar a possibilidade de aproveitamento de créditos de ICMS, cujas notas fiscais foram posteriormente consideradas inidôneas. O Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o Recurso Especial nº 1.148.444/MG, na sistemática do art. 543-C, do Código de Processo Civil/1973, pacificou o entendimento de que é lícito ao adquirente de mercadoria de boa-fé aproveitar os créditos de ICMS decorrentes de nota fiscal posteriormente declarada inidônea, desde que demonstrada a veracidade da operação realizada.

Neste sentido:

> Processo civil. Recurso especial representativo de controvérsia. Artigo 543-C, do CPC. Tributário. Créditos de ICMS. Aproveitamento (princípio da não-cumulatividade). Notas fiscais posteriormente declaradas inidôneas. Adquirente de boa-fé. 1 - O comerciante de boa-fé que adquire mercadoria cuja nota fiscal (emitida pela empresa vendedora) posteriormente seja declarada inidônea pode engendrar o aproveitamento do crédito do ICMS pelo princípio da não-cumulatividade, uma vez demonstrada a veracidade da compra e venda efetuada, porquanto o ato declaratório da inidoneidade somente produz efeitos a partir de sua publicação (Precedentes das Turmas de Direito Público: EDcl nos EDcl no REsp 623.335/PR, Rel.ª Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, j. em 11/3/2008, *DJe* de 10/4/2008; REsp 737.135/MG, Rel.ª Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, j. em 14/8/2007, *DJ* de 23/8/2007; REsp 623.335/PR, Rel.ª Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, j. em 07.08.2007, *DJ* de 10.09.2007; REsp 246.134/MG, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Segunda Turma, j. em 6/12/2005, *DJ* de 13/3/2006; REsp 556.850/MG, Rel.ª Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, j. em 19/4/2005, *DJ* de 23/5/2005; REsp 176.270/MG, Rel.ª Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, j. em 27/3/2001, *DJ* de 4/6/2001; REsp 112.313/SP, Rel. Ministro Francisco Peçanha Martins, Segunda Turma, j. em 16/11/1999, *DJ* de 17/12/1999; REsp 196.581/MG, Rel. Ministro Garcia Vieira, Primeira Turma, j. em 4/3/1999, *DJ* de 3/5/1999; e REsp 89.706/SP, Rel. Ministro Ari Pargendler, Segunda Turma, j. em 24/3/1998, *DJ* de 6/4/1998). 2 - A responsabilidade do adquirente de boa-fé reside na exigência, no momento da celebração do negócio jurídico, da documentação pertinente à assunção da regularidade do alienante, cuja verificação de idoneidade incumbe ao Fisco, razão pela qual não incide, à espécie, o art. 136, do CTN, segundo o qual "salvo

> disposição de lei em contrário, a responsabilidade por infrações da legislação tributária independe da intenção do agente ou do responsável e da efetividade, natureza e extensão dos efeitos do ato" (norma aplicável, *in casu*, ao alienante). 3 - *In casu*, o Tribunal de origem consignou que: '[...] os demais atos de declaração de inidoneidade foram publicados após a realização das operações (f. 272/282), sendo que as notas fiscais declaradas inidôneas têm aparência de regularidade, havendo o destaque do ICMS devido, tendo sido escrituradas no livro de registro de entradas (f. 35/162). No que toca à prova do pagamento, há, nos autos, comprovantes de pagamento às empresas cujas notas fiscais foram declaradas inidôneas (f. 163, 182, 183, 191, 204), sendo a matéria incontroversa, como admite o fisco e entende o Conselho de Contribuintes.' 4 - A boa-fé do adquirente em relação às notas fiscais declaradas inidôneas após a celebração do negócio jurídico (o qual fora efetivamente realizado), uma vez caracterizada, legitima o aproveitamento dos créditos de ICMS. 5 - O óbice da Súmula 7/STJ não incide à espécie, uma vez que a insurgência especial fazendária reside na tese de que o reconhecimento, na seara administrativa, da inidoneidade das notas fiscais opera efeitos *ex tunc*, o que afastaria a boa-fé do terceiro adquirente, máxime tendo em vista o teor do artigo 136, do CTN. 6 - Recurso especial desprovido. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008 (STJ – Recurso Especial nº 1.148.444/MG, Rel. Min. Luiz Fux, *DJe* de 27/4/2010).

Logo, para o aproveitamento do credito tributário, cabe ao contribuinte comprovar a veracidade da compra e venda cuja nota fiscal foi, posteriormente, declarada inidônea. No caso em apreço, verifica-se que a recorrente efetivamente demonstrou a ocorrência da compra e venda da mercadoria descrita nas notas fiscais de f. 34/37. Com efeito, observa-se que as noticiadas notas fiscais têm aparência de regularidade, havendo o destaque do ICMS devido, e foram devidamente escrituradas no livro de registro de entradas da apelante (f. 45/47). Outrossim, através da análise dos documentos de f. 60/61, é possível atestar o efetivo pagamento das duplicatas emitidas para pagamento das respectivas notas fiscais, o que demonstra a boa-fé da apelante. Nesse contexto, restando demonstrada a veracidade da compra e venda estampada nas notas fiscais emitidas pela vendedora Comércio de Açúcar Campo Doce Ltda., denota-se lícito a apelante se aproveitar dos créditos de ICMS dali decorrentes, ainda que declaradas inidôneas em momento posterior.

Destarte, pelos fundamentos em que prolatada, a decisão recorrida não merece prevalecer.

Ante o exposto, dou provimento ao presente recurso para julgar procedente o pedido inicial e anular o lançamento consubstanciado no PTA n. 01.000225079-21. Em consequência, inverto os ônus sucumbenciais. Custas recursais, pelo apelado.

Transitada esta em julgado, retornem os autos ao ajuízo de origem, observando-se as cautelas legais.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES ÂNGELA DE LOURDES RODRIGUES e

CARLOS ROBERTO DE FARIA.

Súmula - DERAM PROVIMENTO.

Apelação cível - Indenização - Concessionária de transporte coletivo - Agressões físicas praticadas pelo motorista de ônibus - Danos morais devidos - *Quantum* indenizatório - Razoabilidade - Juros de mora

- Concebido como lesão a direito da personalidade, o dano moral fica caracterizado quando, mesmo sem prova de abalo psíquico, é comprovada a ocorrência de violação à integridade física da pessoa humana, pelo que, provando o passageiro que sofreu lesão física praticada pelo motorista do ônibus, faz jus à indenização pelo dano extrapatrimonial suportado.

- A indenização mede-se fundamentalmente pela extensão do dano, devendo ser observada a gravidade das lesões e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade na fixação do patamar reparatório.

- Sobre a indenização devem incidir juros de mora de 1%, tendo como marco inicial a citação, nos termos do art. 405 do CC/02, já que a responsabilidade é contratual.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0518.11.015766-7/001 - Comarca de Poços de Caldas - Apelante: Valber Rodrigues Franco – Apelante adesiva: Auto Omnibus Circullare Poços de Caldas Ltda. - Apelados: Valber Rodrigues Franco, Auto Omnibus Circullare Poços de Caldas Ltda. – Relator: DES. VASCONCELOS LINS

Acórdão

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

Belo Horizonte, 20 de fevereiro de 2018. - *Vasconcelos Lins* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. VASCONCELOS LINS - Trata-se de recurso de apelação interposto por Valber Rodrigues Franco e apelo adesivo aviado por Auto Omnibus Circullare Poços Caldas Ltda., por meio dos quais buscam a reforma da sentença proferida pelo juízo da 2ª Vara Cível da Comarca de Poços de Caldas (f. 66/73) que, em ação de reparação civil ajuizada pelo apelante principal, julgou procedentes os pedidos iniciais e condenou a demandada ao pagamento de indenização a título de danos morais, fixada em R$3.000,00 (três mil reais), corrigida pela tabela da CGJ a partir da sentença, com incidência de juros de mora de 1% ao mês a partir da citação, e honorários advocatícios, estes arbitrados em 10% sobre o valor da condenação.

Em suas razões (f. 75/76), sustenta o apelante que o valor da indenização fixado é insuficiente para atender às funções compensatória e punitiva do instituto, razão pela qual pleiteia sua majoração, com fulcro nos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Contrarrazões apresentadas pela ré, refutando as alegações do apelante e pugnando pelo desprovimento do recurso (f. 82/86).

A demandada também apresentou apelo adesivo (f. 87/93), narrando que o motorista condutor do ônibus, após avistar o autor correndo atrás do veículo, parou para que ele pudesse adentrar, ocasião em que se iniciou um embate entre o funcionário da empresa e o requerente. Afirma que, conforme consta da inicial e do boletim de ocorrência, o próprio autor confessa que entrou em atrito verbal com o motorista do coletivo.

Assim, tendo havido agressões verbais recíprocas, sustenta que não pode ser imposto à empresa o dever de indenizar o autor pelos supostos danos morais que alega ter sofrido, eis que sequer restam provados nos autos.

Com esses fundamentos, pugna pelo provimento do apelo para que o pleito indenizatório seja julgado integralmente improcedente.

É o relatório.

As apelações interpostas satisfazem os requisitos intrínsecos de admissibilidade recursal, vale dizer: o cabimento, a legitimidade, o interesse e a inexistência de fatos impeditivos ou extintivos do direito de recorrer, bem como atende às condições extrínsecas exigíveis no caso, quais sejam a tempestividade e a regularidade formal, dispensado o preparo na principal, em razão da gratuidade judiciária deferida à recorrente, realizado o preparo no apelo adesivo, razão pela qual delas conheço e passo à análise conjunta.

Num primeiro giro, consigno ser de consumo a relação jurídica substancial deduzida em juízo, porque fundada em contrato cujos elementos acusam o preenchimento dos requisitos dos art. 2º e 3º do Código de Defesa do Consumidor: de um lado, tem-se a figura do fornecedor, especificamente uma sociedade empresária dedicada ao transporte coletivo de passageiros, que presta seus serviços no mercado de consumo mediante remuneração; de outro lado, é nítida a presença de um consumidor, no caso o passageiro, que contratou o serviço oneroso de transporte para chegar ao seu destino, exsurgindo daí sua condição de destinatário final dos serviços contratados.

Não configura óbice à aplicação do CDC ao caso o fato de a ré atuar como concessionária de serviço público. O art. 22 coloca expressamente "os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento," debaixo da incidência das normas do microssistema consumerista.

É certo, portanto, que a espécie se rege pelo regime de responsabilidade objetiva previsto no CDC, reforçado pelo que dispõe o art. 37, § 6º, da Constituição Federal:

> § 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Interessa particularmente ter em vista o art. 14 do CDC, que trata da responsabilidade do fornecedor por serviços defeituosos:

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

> § 1º O serviço é defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais:
>
> I - o modo de seu fornecimento;
>
> II - o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam;
>
> III - a época em que foi fornecido.
>
> § 2º O serviço não é considerado defeituoso pela adoção de novas técnicas.
>
> § 3º O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar:
>
> I - que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste;
>
> II - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

Da exegese do dispositivo depreende-se que, afastada expressamente a necessidade de culpa para a configuração do dever de indenizar por defeito relativo a serviço, é objetiva a responsabilidade civil em tela, configurando-se mediante o concurso dos seguintes requisitos: "a) defeito do serviço; b) evento danoso; c) relação de causalidade entre o defeito do serviço e o dano" (DENARI, Zelmo. *Código brasileiro de defesa do consumidor*: comentado pelos autores do anteprojeto. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007. p. 202).

No caso, afirma o apelante principal que o motorista "fechou a porta em sua cara" e arrancou o veículo. Após empreender corrida atrás do automóvel e adentrar no ônibus, questionou o condutor acerca do ocorrido, ocasião em que foi agredido fisicamente pelo motorista que "tentou arremessá-lo fora da condução", além de ter tomado uma marreta de madeira para agredi-lo, momento em que foi contido pelos demais passageiros.

A ré, por sua vez, alega que o autor, ao entrar no veículo, começou a agredir o seu preposto verbalmente, dando início a um embate verbal recíproco, não existindo ilícito a ser reparado.

Diante das divergências entre as versões das partes, a atenção deve ser voltada para a prova testemunhal com o fim de deslindar a controvérsia.

A única testemunha ouvida nos autos (f. 62/63), passageira que se encontrava no interior do ônibus no momento dos fatos narrados, afirma que o autor tentou adentrar o ônibus quando o veículo iniciava sua jornada, e que, diante do insucesso, correu ao lado do coletivo até o ponto mais próximo. Narra que, ao entrar no ônibus, o autor interpelou o motorista acerca do motivo pelo qual não parou nas proximidades do terminal quando ele tentou alcançar o veículo; que, em resposta,

> o motorista lançou mão de um martelo de madeira do qual faz uso para verificar os pneus e partiu para cima do autor; que o motorista aparentava estar muito nervoso, que o motorista não chegou a agredir o autor com o martelo, porém, o empurrou várias vezes no interior do ônibus [...]. Informa que, após ser contido por outro motorista da empresa e pelos demais passageiros, o condutor retornou ao seu lugar e conduziu o ônibus normalmente.

O depoimento da testemunha leva à conclusão de que, ainda que tenha havido agressões verbais recíprocas entre o preposto da empresa e o passageiro, o motorista condutor agiu com nítido excesso ao empurrar o autor diversas vezes e ameaçá-lo com martelo de madeira, sendo sua conduta totalmente desproporcional e incompatível com a esperada de funcionário de permissionária de transporte público.

Assim, inequívoco que houve defeito no serviço prestado pela ré, por desconformidade com o padrão de segurança legitimamente aceitável, uma vez que a incolumidade física do autor foi ofendida, restando perquirir se houve dano moral ligado por nexo de causalidade ao fato.

Nesse ponto, acerca da figura do dano moral, importa ter presentes as lições da doutrina mais atualizada sobre o tema, que deslocam a ênfase conceitual das implicações subjetivas do dano (dor, sofrimento, angústia) para sua dimensão objetiva. Anderson Schreiber é particularmente claro a respeito:

> Figura de notável importância na prática judicial brasileira, o dano moral consiste justamente na lesão a um atributo da personalidade humana. Assim, a lesão a qualquer dos direitos da personalidade, sejam expressamente reconhecidos ou não pelo Código Civil, configura dano moral.
>
> À conceituação do dano moral como lesão à personalidade humana opõe-se outro entendimento bastante difundido na doutrina e jurisprudência brasileiras segundo o qual o dano moral consistiria na "dor, vexame, sofrimento ou humilhação".
>
> Tal entendimento, frequente nas nossas cortes, tem a flagrante desvantagem de deixar a configuração do dano moral ao sabor de emoções subjetivas da vítima.
>
> [...] A definição do dano moral como lesão a atributo da personalidade tem a extrema vantagem de se concentrar sobre o objeto atingido (o interesse lesado), e não sobre as consequências emocionais, subjetivas e eventuais da lesão. A reportagem que ataca, por exemplo, a reputação de paciente em coma não causa, pelo particular estado da vítima, qualquer dor, sofrimento, humilhação. Apesar disso, a violação à sua honra configura dano moral e exige reparação (SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 16-17).

Postas essas premissas, observo que as lesões físicas atribuídas ao motorista, que empurrou o autor por diversas vezes e o ameaçou com martelo de madeira, ainda que não tenham provocado sequelas graves, ofenderam a integridade física e psíquica do requerente, não se tratando, decerto, de lesões desprezíveis.

Conclui-se daí que houve, sim, dano moral no caso, pois de todo inverossímil crer que o requerente conserve intacta a sua incolumidade moral, diante do trauma a que foi submetido em razão da falha de prestação de serviços da ré, que acabou por violar a sua integridade física, havendo inequívoco nexo de causalidade entre o dano suportado e o defeito verificado nos serviços de transporte prestados pela requerida.

E, partindo da premissa de que a indenização mede-se fundamentalmente pela extensão do dano, reputo adequado fixar o montante de R$3.000,00 (três mil reais) a título de danos morais a serem ressarcidos ao autor, considerando os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

A correção monetária rege-se pela tabela da CGJ e possui como termo inaugural a data do arbitramento, nos termos da Súmula nº 362 do STJ.

Já a incidência dos juros de mora de 1% tem como marco inicial a citação, nos termos do art. 405 do CC/02, já que a responsabilidade é contratual.

Pelo exposto, nego provimento às apelações mantendo inalterada a sentença.

Nos termos do art. 85, § 11, do CPC/2015, fixo honorários recursais no percentual de 10% sobre a condenação, a cargo de ambas as partes, à proporção de metade para cada, em face da sucumbência recíproca nesta instância.

Custas recursais na mesma proporção, suspensa a exigibilidade dessa verba em relação ao apelante principal, bem como dos honorários, devido à gratuidade de justiça de que goza.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES MOTA E SILVA e ARNALDO MACIEL.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AOS RECURSOS.

Apelação cível - Ação de indenização por danos morais - Inseto encontrado no interior de embalagem de alimento - Responsabilidade objetiva do fabricante - Falha na prestação do serviço - Dano, culpa e nexo de causalidade - Comprovação - Danos morais configurados

- Restando comprovada nos autos a existência de uma barata no interior do alimento produzido pela apelante, deve ser esta responsabilizada pelos danos causados pela falha na prestação dos serviços, em razão da aplicação da responsabilidade objetiva, nos termos do art. 14 do CDC, independendo da comprovação de culpa e decorrendo do próprio risco da atividade que desenvolve.

- Comprovados o dano, a culpa e o nexo de causalidade existente entre estes dois últimos, caracterizada está a responsabilidade civil e o consequente dever de indenizar.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0027.11.016296-6/001 - Comarca de Betim - Apelante: Fritada Indústria e Comércio de Alimentos Ltda. - Apelados: Taynara Beatriz Silva Ávila e outro(s), representados pela mãe Ana Paula da Silva, Antônio José Fernandes da Silva, Tawany Kiara Fernandes Silva representados pela mãe Ana Paula da Silva, Ana Paula da Silva por si e representando filhas Tawany Kiara Fernandes Silva e Taynara Beatriz Silva Ávila - Relator: DES. ARNALDO MACIEL

Acórdão

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

Belo Horizonte, 20 de fevereiro de 2018. - *Arnaldo Maciel* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. ARNALDO MACIEL - Trata-se de recurso de apelação interposto por Fritada Indústria e Comércio de Alimentos Ltda. contra a sentença de f. 189/191, proferida pelo MM. Juiz Adalberto José Rodrigues Filho, que julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados na ação de indenização por danos morais e materiais ajuizada por Taynara Beatriz Silva Ávila e outros, para condenar a ré a pagar aos autores R$5.000,00 a título de indenização por danos morais, acrescidos de correção monetária pela tabela da CGJMG, desde a data da sentença, e de juros de mora de 1% ao mês, desde a citação, condenando-a, ainda, no pagamento das custas processuais e dos honorários, estes fixados em 15% do valor da condenação.

Nas razões recursais de f. 199/209, sustenta a apelante que a realização da perícia teria ficado prejudicada, uma vez que os autores somente apresentaram o produto oito meses após a ocorrência do fato narrado nos autos, mas tendo o *expert* informado que não seria possível precisar o momento em que o inseto entrou no pacote, se foi no momento da produção ou posteriormente, sustentando que juntou aos autos vários documentos que evidenciam todos os cuidados e normas necessárias em conformidade com as diretrizes

do Ministério da Saúde e da Anvisa, refutando o cabimento da inversão do ônus da prova, salientando a ausência de prova nos autos de que houve a efetiva ingestão do produto, inexistindo também indícios de que as autoras Ana Paula e Taynara tenham tido problemas de saúde decorrentes especificamente da ingestão do alimento, concluindo que não há nos autos comprovação de ocorrência dos danos alegados.

Preparo recursal comprovado pela apelante às f. 210.

Intimados, ofertaram os apelados as contrarrazões de f. 213/215, afirmando que a decisão de 1º Grau não comporta qualquer reparo.

A Douta Procuradoria de Justiça emitiu parecer às f. 220/223, opinando pelo desprovimento do recurso.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso e passo à sua análise.

Antes de adentrar no mérito propriamente dito, faço consignar que o julgamento do presente processo deverá se submeter às normas do Novo Código de Processo Civil de 2015, considerando a data da publicação da decisão que motivou a interposição do recurso ora analisado, em observância ao Enunciado 54 deste Egrégio Tribunal de Justiça e à regra insculpida no art. 14 da nova lei.

Ajuizaram a presente demanda os apelados, com o objetivo de ver a empresa ré condenada no pagamento de indenização por danos morais, em razão dos transtornos físicos e psicológicos causados pela ingestão de produto fabricado pela apelante contaminado por barata.

Contam os autos que, no dia 19/4/2011, a autora Ana Paula retirou o pacote de batatas produzido pela ré de sua dispensa e forneceu-o aos demais autores, percebendo no alimento um sabor estranho, e foi quando se deparou com a presença de uma barata dentro do pacote, de modo que sofreram danos morais decorrentes do nojo e desconforto, sendo que a autora Tawany Kiara, que contava com nove meses, foi levada ao Posto de Saúde e apresentou sintomas de infecção alimentar.

De início, cumpre registrar que, possuindo natureza de consumo a relação firmada entre as partes, a responsabilidade da apelante é objetiva, independe de comprovação de culpa e decorre do próprio risco da atividade desenvolvida, nos termos do art. 14 do CDC, devendo apenas ser demonstrada a falha na prestação dos serviços, o evento danoso e o nexo de causalidade entre um e outro, requisitos estes que restaram claramente demonstrados na hipótese em análise, senão vejamos.

Importa observar, ainda, que o juízo de origem ordenou, em decisão de f. 172/172-v., a inversão do ônus da prova em favor dos autores e nomeou, na mesma oportunidade, perito do juízo, determinando a intimação da parte ré para depositar o valor dos honorários periciais, mas tendo esta se quedado inerte, manifestando-se contrária a tal decisão por mera petição de f. 174, deixando, contudo, de interpor, à época, o competente recurso para se insurgir contra a referida decisão.

Assim, é de se concluir, diante das provas carreadas pela autora e da insuficiência das provas trazidas pela empresa ré, a quem cabia evidenciar a presença de fatos modificativos, extintivos ou impeditivos do direito autoral, nos termos do art. 373, II, do CPC/2015, que, quanto à falha na prestação do serviço, a despeito de toda a argumentação aduzida pela apelante, restou devidamente evidenciada.

Isso porque a parte autora acostou aos autos não só as fotografias de f. 19/20, que evidenciam a presença da barata no interior do pacote de batatas produzidas pela empresa ré, como também um protocolo de f. 21,

realizado junto à Secretaria Municipal de Saúde de Betim e ainda o receituário médico de f. 23 em nome da autora Tawany Kiara Fernandes Silva, que evidencia a indicação de uso de medicamentos que estão diretamente relacionados aos sintomas apresentados pela requerente mencionada e que apresentam nexo de causalidade com infecção alimentar ou reação alérgica que, com certeza, poderia ser fruto de ingestão de alimento contaminado.

Por outro lado, a empresa ré, incumbida de seu ônus decorrente do já mencionado art. 373, II, do CPC/2015, e da decretação de inversão do ônus da prova, deixou de produzir provas que corroborassem a sua tese defensiva, bem como recusou a realização da perícia no produto.

Ademais, a alegação da apelante no sentido de que não houve ingestão de parte do produto em que se encontrava a barata, ou mesmo parte do referido inseto, não merece prosperar, tendo em vista que a própria existência daquele inseto, por certo, contamina a totalidade do produto.

Fato é que, enquanto todas as informações prestadas pelos apelados e documentos por eles apresentados convergem para a conclusão de veracidade de suas alegações, a apelante não conseguiu trazer ao processo qualquer prova que fosse capaz de corroborar as suas ou de afastar o direito daqueles à pretendida indenização.

Diante de tais considerações, tendo sido perceptível a lesão causada aos apelados, em virtude da negligência por parte da apelante na confecção do produto, resta patente a existência do nexo de causalidade entre o dano sofrido pelos primeiros e a conduta da segunda, pelo que inegável a configuração do dano moral e, sendo assim, via de consequência, plenamente cabível e oportuna a indenização pleiteada pelos requerentes, não somente para compensar-lhe os prejuízos morais suportados, como também para servir de advertência à apelante para que passe a adotar procedimentos mais criteriosos na fabricação dos seus produtos.

É o entendimento já consagrado neste Eg. Tribunal:

> Indenização. Inseto encontrado no interior de lata de leite condensado. Responsabilidade da fabricante. Danos material e moral configurados. - O produtor do alimento responde objetivamente pelos danos causados em decorrência da presença de inseto no interior da embalagem, em especial se constatada a possibilidade de falhas em seu processo produtivo. - O dano moral se configura não apenas pelo sentimento de asco e repugnância impingidos ao consumidor no momento em que encontrou o inseto, mas também pela quebra da confiança antes existente em relação à tradicional marca quanto à segurança e higiene de seu processo, além do risco à saúde (Apelação Cível nº 1.0015.03.013508-9/001, Relator Des. Mota e Silva).
>
> Apelação. Ação de indenização. Inseto dentro da embalagem do alimento. Ingestão de alimento impróprio ao consumo. Código de Defesa do Consumidor. Responsabilidade objetiva. Danos morais. Valor. Critérios de fixação. 1. Os fornecedores de produtos de consumo duráveis ou não duráveis respondem solidariamente pelos vícios de qualidade que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam, independente da existência de culpa. 2. Os danos morais são evidenciados com a exposição do consumidor à ingestão de alimento impróprio para seu consumo, diante da possível contaminação pelo inseto existente em sua embalagem. 3. O valor da indenização por dano moral deve ser fixado examinando-se as peculiaridades de cada caso e, em especial, a gravidade da lesão, a intensidade da culpa do agente, a condição socioeconômica das partes e a participação de cada um nos fatos que originaram o dano a ser ressarcido, de tal forma que assegure ao ofendido satisfação adequada ao seu sofrimento, sem o seu enriquecimento imotivado, e cause no agente impacto suficiente para evitar novo e igual atentado

(TJMG - Apelação Cível nº 1.0145.14.013430-8/001, Relator Des. Maurílio Gabriel, 15ª Câmara Cível, j. em 1º/6/2017, p. em 14/6/2017).

Apelação cível. Ação de indenização. Responsabilidade objetiva. Vício do produto. Refrigerante. Presença de inseto. Dano moral. Configuração. Fixação. Critérios. Razoabilidade e proporcionalidade. - Havendo a prática de ato ilícito, surgirá o dever de reparar o dano dele decorrente, caso estejam presentes os requisitos exigidos pela lei civil como a ação ou omissão do agente, o resultado lesivo e o nexo causal. O fabricante de alimentos é diretamente responsável pelos danos ocasionados aos consumidores pelos produtos postos no mercado. - A responsabilização do fabricante frente ao consumidor é objetiva, nos termos do Código de Defesa do Consumidor, ou seja, independe da comprovação de culpa pelo fornecedor dos produtos, bastando somente a identificação do dano e do nexo de causalidade. O Superior Tribunal de Justiça tem sedimentado entendimento no sentido de que a colocação de produtos impróprios para consumo no mercado contendo objetos estranhos em sua composição, como insetos em alimentos, acarreta inegável dano moral ao consumidor, por ofensa a sua integridade psíquica e moral. - A fixação do valor a ser atribuído a titulo de danos morais deverá atender aos critérios de razoabilidade e proporcionalidade, aliado à capacidade econômica das partes, para que a medida não represente enriquecimento ilícito, bem como para que seja capaz de coibir a prática reiterada da conduta lesiva pelo seu causador (TJMG - Apelação Cível nº 1.0009.13.002278-4/001, Relator Des. Luiz Artur Hilário, 9ª Câmara Cível, j. em 23/11/2016, p. em 14/12/2016).

Indenização. Dano moral. Responsabilidade objetiva. Larvas vivas em cereal matinal. Dano. Nexo de causalidade. A responsabilidade do fabricante e fornecedor é objetiva, conforme art. 12 da Lei 8.078/90, respondendo por indenização se encontrado inseto em produto de sua comercialização. O dano moral decorre da quebra de confiança em produto de marca conhecida, e do sentimento de vulnerabilidade e impotência do consumidor diante do consumo de produto inadequado por filho menor (TJMG - Apelação Cível nº 1.0702.08.536064-3/001, Relatora Des.ª Evangelina Castilho Duarte, 14ª Câmara Cível, j. em 10/10/2013, p. em 18/10/2013).

Ante todo o exposto, nego provimento ao recurso interposto, ficando mantida na íntegra a respeitável decisão hostilizada.

Custas recursais pela parte apelante, devendo ainda arcar com a verba honorária, que ora majoro para 16% sobre o valor da condenação, atendendo, assim, a determinação contida no §11 do art. 85 do Código de Processo Civil de 2015.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES JOÃO CANCIO e SÉRGIO ANDRÉ DA FONSECA XAVIER.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Direito do consumidor - Ação anulatória de contrato bancário - Contratante absolutamente incapaz - Sentença de interdição - Efeitos *ex tunc* - Interdição posterior à celebração do contrato de empréstimo consignado - Má-fé da outra parte (instituição financeira) e prejuízo ao incapaz - Ausência de prova - Validade do negócio jurídico

- É nulo o negócio jurídico celebrado por pessoa absolutamente incapaz, nos termos do art. 166, I, do Código Civil.

- A sentença de interdição tem natureza meramente declaratória, com eficácia *ex tunc*, pois o magistrado apenas declara a incapacidade já existente. Logo, os atos do interdito são nulos. Por isso, mesmo antes da declaração judicial da incapacidade é possível a invalidação dos atos que o interditado praticou, desde que se prove a má-fé da outra parte e o prejuízo ao incapaz.

- Apesar da sentença que interditou o consumidor autor, declarando a sua incapacidade civil absoluta em razão de alienação mental, o contrato de empréstimo consignado por ele celebrado não é nulo, pois não restou comprovado nos autos nem o seu prejuízo nem a má-fé da instituição financeira contratada, impondo-se, por isso, a improcedência dos pedidos iniciais.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0145.13.019437-9/002 - Comarca de Juiz de Fora - Apelante: Banco Original S/A. nova denominação de Banco Matone S/A - Apelado: F.S.O., representado pela curadora M.H.S.O. - Relator: DES. OTÁVIO DE ABREU PORTES

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 16ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em DAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 27 de junho de 2018. - *Otávio de Abreu Portes* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. OTÁVIO DE ABREU PORTES - Trata-se de recurso de apelação interposto contra a r. sentença nas f. 143/147, que, nos autos da ação anulatória de contrato de empréstimo c/c pedido de restituição de parcelas pagas ajuizada por F.S.O., representado por sua curadora, M.H.S.O., em desfavor do Banco Original S/A (nova denominação do Banco Matone S/A), julgou procedentes os pedidos iniciais, cujo dispositivo contou com os seguintes termos:

> [...] declaro a nulidade do contrato de f. 16/20, celebrado entre as partes, com a consequente inexistência de obrigações; julgo procedente outro pedido, condeno a ré na obrigação de fazer consistente em suspender os descontos em contas ou junto de fonte pagadora do autor, sob pena de multa igual a dez vezes o valor do desconto, que incidirá a partir da publicação desta; julgo ainda procedente outro pedido, condeno a ré em pagamento ao autor de valor igual aos valores debitados em conta do autor, cada

> valor será lançado de forma simples e contado desde cada desconto na conta corrente, serão lançados a seguir a correção monetária pela tabela do TJMG e juros de mora de 1% ao mês. A fase do processo fica extinta segundo o art. 487, I, do CPC. Condeno a ré ao pagamento das custas e despesas processuais e aos honorários de advogado do autor, os quais fixo em 15% sobre o valor da condenação, nos termos do art. 85, § 2º, do CPC.

O banco réu apelou nas f. 157/166, alegando, em apertada síntese, que a contratação foi regular; que tomou todas as cautelas necessárias; que, em caso de manutenção da sentença, o valor do empréstimo, depositado na conta corrente do autor deve ser restituído ou compensado com o valor da condenação; que o valor dos honorários de sucumbência deve ser reduzido.

Contrarrazões nas f. 189/194.

A douta PGJ/MG ofereceu judicioso parecer nas f. 202/205, opinando pelo não provimento do recurso.

Eis o relatório.

Conheço do apelo porque presentes os pressupostos de admissibilidade.

Da nulidade do contrato firmado entre as partes.

Pois bem. Os negócios jurídicos devem possuir elementos que são imprescindíveis a sua validade, quais sejam: agente capaz; objeto lícito, possível, determinado ou determinável; forma prescrita ou não defesa em lei, nos termos do art. 104 do Código Civil.

Por outro lado, o negócio jurídico será nulo quando faltar qualquer desses elementos essenciais: o motivo determinante, comum a ambas as partes, não for lícito; não revestir a forma prescrita em lei; for preterida alguma solenidade que a lei considere essencial para a sua validade; tiver por objetivo fraudar lei imperativa; a lei taxativamente o declarar nulo, ou proibir-lhe a prática, sem cominar sanção - inteligência do art. 166 do CC.

Portanto, é nulo o negócio jurídico celebrado por pessoa absolutamente incapaz, nos termos do art. 166, I, do Código Civil:

> Art. 166. É nulo o negócio jurídico quando:
>
> I - celebrado por pessoa absolutamente incapaz;

O negócio jurídico também é anulável por dolo quando "o silêncio intencional de uma das partes a respeito de fato ou qualidade que a outra parte haja ignorado constitui omissão dolosa, provando-se que, sem ela, o negócio não se teria celebrado" (art. 147 do Código Civil); e por erro "quando as declarações de vontade emanarem de erro substancial que poderia ser percebido por pessoa de diligência normal, em face das circunstâncias do negócio" (art. 138 do CC).

Lado outro, a sentença de interdição tem natureza meramente declaratória, com eficácia *ex tunc*, pois o magistrado apenas declara a incapacidade já existente. Logo, os atos do interdito são nulos. Por isso, mesmo antes da declaração judicial da incapacidade é possível a invalidação dos atos que o interditado praticou, desde que se prove a má-fé da outra parte e o prejuízo ao incapaz.

Segundo o juiz e professor Pablo Stolze:

> A doutrina admite, ainda, uma incapacidade natural, quando a enfermidade ou deficiência não se encontra judicialmente declarada. Tome-se o exemplo do esquizofrênico que celebra um contrato, não estando ainda interditado. Orlando Gomes, com amparo na doutrina italiana, assevera ser possível a invalidação do ato, desde que haja a concorrência de três requisitos: a) a incapacidade de entender ou querer, b) a demonstração de que o agente sofreu grave prejuízo, c) a má-fé do outro contraente (que se depreende das cláusulas do próprio contrato, do dano causado ao incapaz e da própria tipologia do contrato). 5. Este entendimento não agrada Silvio Rodrigues: 'tal solução, entretanto, é demasiado severa para com os terceiros de boa-fé que com ele negociaram, ignorando sua condição de demente. De modo que numerosos julgados têm aplicado, entre nós, aquela solução encontradiça alhures, segundo a qual o ato praticado pelo psicopata não interditado valerá se a outra parte estava de boa-fé, ignorando a doença mental que o afetava'. Mais adiante, todavia, o culto civilista culmina por esboçar solução semelhante à apresentada por Orlando Gomes: 'entretanto, se a alienação era notória, se o outro contratante dela tinha conhecimento, se podia, com alguma diligência, apurar a condição do incapaz, ou, ainda, se da própria estrutura do negócio ressaltava que seu proponente não estava em seu juízo perfeito, então o negócio não pode ter validade, pois a ideia de proteção à boa-fé não mais ocorre'. 6. É bom lembrar ainda que, declarada judicialmente a incapacidade, não são considerados válidos os atos praticados pelo incapaz mesmo nos intervalos de perfeita lucidez. Essa observação é necessária, considerando a existência de graves doenças mentais que se manifestam apenas ciclicamente. Por fim, frise-se que a senilidade não é causa de restrição da capacidade, ressalvada a hipótese de a senectude gerar um estado patológico, a exemplo da arteriosclerose (N*ovo curso de direito civil* - Parte Geral, Ed. Saraiva, v. 1).

Nesse sentido já me manifestei recentemente, no apelo 1.0051.10.000209-9/001, que foi julgado no dia 23/5/2018.

No caso dos autos, é incontroverso que o empréstimo consignado objeto da lide foi celebrado antes da interdição do autor.

Contudo, não há como concluir que o consumidor autor, ora apelado, tenha sido prejudicado na contratação, pois recebeu do banco réu, ora apelante, o valor que pretendia à módica taxa de juros de 2,05%, por sinal, própria da espécie de contratação - empréstimo consignado; restando obedecida a margem consignável, já que a fonte pagadora (Exército Brasileiro) autorizou a operação.

Acrescente-se que a má-fé não se presume; deve, pois, ser comprovada, do que não se tem notícia nos autos, até mesmo porque o autor, militar reformado do Exército Brasileiro, compareceu à agência bancária, solicitou e assinou o contrato de empréstimo consignado, apresentando todos os documentos pessoais necessários para refinanciar dívida que já possuía com a instituição financeira requerida, conforme contrato nas f. 16/20.

Assim, apesar da sentença que interditou o consumidor autor, declarando a sua incapacidade civil absoluta em razão de alienação mental, o contrato de empréstimo consignado por ele celebrado não é nulo, pois não restou comprovado nos autos nem o seu prejuízo nem a má-fé da instituição financeira contratada, impondo-se, por isso, a improcedência dos pedidos iniciais.

Finalmente, deve ser analisada a alegação do autor no sentido de que o contrato também seria nulo em razão da prática de juros abusivos.

Da taxa dos juros remuneratórios.

No ponto em análise, a despeito de já ter me posicionado de forma diversa, atualmente já há decisão do Superior Tribunal de Justiça proferida em Recurso Especial repetitivo e representativo da matéria atinente à revisão de contratos bancários (REsp 1.061.530/RS), tendo sido exarada a seguinte orientação:

> Orientação - Juros remuneratórios - a) As instituições financeiras não se sujeitam à limitação dos juros remuneratórios estipulada na Lei de Usura (Decreto 22.626/33), Súmula 596/STF; b) A estipulação de juros remuneratórios superiores a 12% ao ano, por si só, não indica abusividade; c) São inaplicáveis aos juros remuneratórios dos contratos de mútuo bancário as disposições do art. 591 c/c o art. 406 do CC/02; d) É admitida a revisão das taxas de juros remuneratórios em situações excepcionais, desde que caracterizada a relação de consumo e que a abusividade (capaz de colocar o consumidor em desvantagem exagerada - art. 51, §1º, do CDC) fique cabalmente demonstrada, ante às peculiaridades do julgamento em concreto.

Fácil concluir, pois, que os juros remuneratórios não estão sujeitos a qualquer limitação a princípio, podendo ser cobrados da forma como ajustados entre os próprios contratantes, salvo abusividade manifesta e se a relação for de consumo. E isso porque as instituições financeiras são regulamentadas pelas regras do Conselho Monetário Nacional e do Banco Central do Brasil, as quais permitem a incidência de taxas compatíveis com o percentual praticado pelo mercado financeiro.

Não se pode olvidar, ainda, que o art. 192, § 3º, da Constituição Federal, o qual previa limitação constitucional dos juros, foi revogado pela Emenda Constitucional nº 40 de 2003, sendo que, em qualquer caso, jamais teria tido eficácia plena, conforme cristalizado pelo Supremo Tribunal Federal por meio da sua Súmula Vinculante de nº 7.

Aliás, a inaplicabilidade das disposições contidas no Decreto 22.626/33 (Lei da Usura) às instituições de crédito já está sedimentada há algum tempo na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, valendo destacar a Súmula nº 596, não se mostrando cabível a intervenção judicial, salvo se disposições contratuais pactuadas manifestamente excederem a razoabilidade e proporcionalidade esperadas em circunstâncias negociais parecidas.

Desse modo, conclui-se que a cobrança de taxas de juros remuneratórios superiores a 12% (doze por cento) ao ano, por si só, não indica a abusividade, que deve ser demonstrada no caso concreto, segundo verbete da Súmula nº 382 do colendo Superior Tribunal de Justiça: "A estipulação de juros remuneratórios superiores a 12% ao ano, por si só, não indica abusividade".

A aferição concreta da abusividade, portanto, deve ser perquirida segundo a média de mercado para o tipo da operação financeira, mediante análise da taxa efetivamente aplicada.

No caso dos autos, o contrato firmado entre as partes prevê juros remuneratórios de 2,05% ao mês (f. 16); percentual que não julgo discrepante de outros casos análogos, não havendo qualquer indício probatório de que exceda sobremaneira à média praticada pelo mercado para o tipo de contrato objeto da lide, desautorizando assim a pretensão inicial neste tópico.

Finalmente, destaco que a alegada ilegalidade de "taxas cobradas" não será analisada, pois não foi devidamente substanciada, mormente porque o autor sequer indica quais taxas contratuais não estariam em conformidade com a lei.

Dispositivo

Com esses fundamentos, dou provimento ao apelo, para reformar a sentença e julgar improcedentes os pedidos iniciais.

Condeno o autor, ora apelado, no pagamento das custas processuais, inclusive recursais, e no pagamento dos honorários dos advogados da parte requerida, ora apelante, que fixo em 20% do valor atualizado da causa, observada a gratuidade da justiça.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES JOSÉ MARCOS RODRIGUES VIEIRA e PEDRO ALEIXO.

Súmula - DERAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Apelação cível - Embargos à execução - Excesso de execução - Inocorrência - Rediscussão da sentença - Violação à coisa julgada - Impossibilidade

- Os termos da sentença transitada em julgado, que formam o título executivo, não podem ser rediscutidos em sede de embargos à execução, sob pena de ofensa à coisa julgada material.

- Não demonstrado o alegado excesso de execução ou irregularidade nos cálculos apresentados pelo credor, a manutenção da sentença é medida que se impõe.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0686.15.020920-9/001 - Comarca de Teófilo Otoni - Apelante: Município de Novo Oriente de Minas - Apelado: José Felipe Grama da Silva - Relator: DES. PAULO BALBINO

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 28 de junho de 2018. - *Paulo Balbino* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. PAULO BALBINO - Versa a presente ação sobre os embargos à execução instaurada nos autos do Processo nº 0094790-35.211.8.13.0686, pelo valor de R$ 19.345,23 (dezenove mil trezentos e quarenta e cinco reais e vinte três centavos). Em sua sentença (f. 75), a MM. Juíza de Direito da 1ª Vara Cível da Comarca de Teófilo Otoni, Dra. Juliana Mendes Pedrosa, homologou o acordo firmado entre as partes, determinando o pagamento do débito em RPV, e fixando honorários advocatícios sucumbenciais no percentual de 10% (dez por cento) do valor da causa. Inconformado com seu teor, o município de Novo Oriente de Minas interpôs a apelação de f. 77/82, aduzindo a necessidade de sobrestamento do feito até o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 0205826-35.2013.8.13.0000.

Explica que, apesar da referida ação já ter sido julgada prejudicada, ainda não ocorreu o seu trânsito em julgado, não podendo, portanto, prosseguir a presente demanda. Destaca, por fim, que a progressão concedida pela sentença exequenda deveria findar-se em 1º/10/2013, data da entrada em vigor da Lei Complementar n. 351/13, respeitando-se a prescrição quinquenal. Assim sendo, pugna pelo provimento do seu recurso para que seja o feito suspenso até o julgamento da ADIN nº 0205826-35.2013.8.13.0000, ou que seja a sentença reformada, para descontar-se do valor exequendo as parcelas referentes ao período posterior à entrada em vigor da Lei Complementar nº 351/13.

Regularmente intimado, José Felipe Grama da Silva apresentou suas contrarrazões de f. 92/95, onde pugna pelo desprovimento do apelo.

Relatado, decido.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço deste recurso.

Sustenta o Município apelante, primeiramente, a necessidade de sobrestamento do feito em razão de não ter a ADIN nº 0205826-35.2013.8.13.0000 transitado em julgado.

No mérito, afirma ser necessário decotar do valor exequendo a importância referente ao período posterior à entrada em vigor da Lei Complementar nº 351/13.

Sem razão o Município recorrente.

Anota-se, inicialmente, já ter a decisão que julgou a Ação nº 0205826-35.2013.8.13.0000 transitado em julgado em 16/09/2017, conforme se extrai da certidão juntada à movimentação processual disponível no *site* do Supremo Tribunal Federal. Ainda que assim não fosse, a referida demanda não ensejaria a suspensão do presente feito, já que este se encontra em fase executiva. Ademais, não houve, em momento oportuno, qualquer insurgência acerca dos cálculos apresentados, tendo o Município recorrente, inclusive, manifestado de forma expressa sua concordância com os valores apresentados pelo recorrido (f. 68/69). Assim sendo, torna-se incabível, neste momento processual, a revisão das questões meritórias que envolvem a composição do débito exequendo. Verifica-se, portanto, que a decisão exequenda se encontra revestida pela eficácia da coisa julgada, o que a torna imutável e indiscutível.

Sobre o tema, ensina Giuseppe Chiovenda:

> A coisa julgada é a eficácia própria da sentença que acolhe ou rejeita a demanda, e consiste em que, pela suprema exigência da ordem e segurança da vida social, a situação das partes fixada pelo juiz com respeito ao bem de vida (*res*), que foi objeto de contestação, não mais se pode, daí em diante, contestar; o autor, que venceu, não pode mais ver-se perturbado no gozo daquele bem; o autor, que perdeu, não lhe pode mais reclamar, ulteriormente, o gozo. A eficácia ou a autoridade da coisa julgada, é, portanto, por definição, destinada a agir no futuro com relação aos futuros processos" (*Instituições de direito processual civil*. Tradução de Paolo Capitanio, com anotações de Enrico Tullio Liebman. São Paulo: Bookseller, 1998. v. 1, p. 452).

Da mesma forma, Freddie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira pontuam:

> A coisa julgada é instituto jurídico que integra o conteúdo do direito fundamental à segurança jurídica, assegurado em todo Estado Democrático de Direito, encontrando consagração expressa, em nosso ordenamento no art. 5º, XXXVI, CF. Garante ao jurisdicionado que a decisão final dada à sua demanda será definitiva, não podendo ser rediscutida, alterada ou desrespeitada - seja pelas partes, seja pelo próprio Poder Judiciário (*Curso de Direito Processual Civil* - Teoria da Prova, Direito Probatório, Ações Probatórias, Decisão, Precedente, Coisa Julgada e Antecipação de Tutela. 9. ed. Bahia: Ed. Jus Podivm, 2014, v. 2, p. 419).

Neste sentido, já se manifestou esta 8ª Câmara Cível quando do julgamento das Apelações nº 1.0024.09.759763-7/001 e 1.0145.14.066981-6/001, ambas de minha relatoria. Destarte, pelos fundamentos em que prolatada, a decisão recorrida merece prevalecer em seus termos integrais. Ante o exposto, nego provimento ao

presente recurso. Em virtude de sua sucumbência recursal, condeno o apelante ao pagamento de honorários advocatícios recursais, os quais fixo em 2% (dois por cento) sobre o valor atualizado da causa, nos termos do art. 85, § 11, do Código de Processo Civil.

Custas recursais pelo apelante, restando isentas, nos termos do disposto pelo inciso I do art. 10 da Lei Estadual n. 14.939/2003. Transitada esta em julgado, retornem os autos ao juízo de origem, observando-se as cautelas legais.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES ÂNGELA DE LOURDES RODRIGUES e CARLOS ROBERTO DE FARIA.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

Apelação cível - Direito do seguro - Contrato de seguro de invalidez - Doença preexistente - Negativa em indenizar - Ausência de exame clínico pela seguradora - Necessária comprovação da má-fé do beneficiário - Precedentes do STJ

- Nos termos do STJ, "celebrado o contrato de seguro de vida em grupo sem nenhuma exigência quanto ao conhecimento do real estado de saúde do segurado, não pode o segurador, depois do recebimento do prêmio, recusar-se ao pagamento da indenização securitária na hipótese de ocorrência do sinistro, pois, agindo dessa forma, terminou por assumir o risco do contrato", sendo que "a doença preexistente pode ser oposta pela seguradora ao segurado apenas se houver prévio exame médico ou prova inequívoca da má-fé do segurado".

V.v.: Apelação cível. Seguro de vida. Doença preexistente à contratação. Ciência do segurado. Recusa do pagamento da cobertura pela seguradora. Licitude.

- "É lícita a recusa de cobertura securitária, por motivo de doença preexistente à celebração do contrato, se comprovada a má-fé do segurado, hipótese que não depende da exigência pela seguradora de exames prévios à contratação" (Ag. Int. no AREsp 637.787/SP, Rel. Ministro Lázaro Guimarães (Desembargador convocado do TRF 5ª Região), Quarta Turma, j. em 24/10/2017, *DJe* de 31/10/2017).

- Comprovado nos autos que o segurado no momento da contratação do seguro de vida tinha ciência da doença que o acometia e que, posteriormente, ocasionou-lhe invalidez permanente, a negativa da seguradora de pagar o valor da indenização é conduta lícita.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0702.10.022667-0/001 - Comarca de Uberlândia - Apelante: Laerte Bertolino Souza - Apelada: Caixa Seguradora S/A - Relator: DES. CLARET DE MORAES - Relator para o acórdão: DES. ÁLVARES CABRAL DA SILVA

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 10ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, por maioria, dar provimento ao recurso, vencido o Relator.

Belo Horizonte, 19 de junho de 2018. - *Claret de Moraes* - Relator. - *Álvares Cabral da Silva* - Relator para o acórdão.

Notas taquigráficas

DES. CLARET DE MORAES - Trata-se de apelação de f. 334/357 interposta por Laerte Bertolino Souza contra sentença de f. 340/342, proferida pelo MM. Juiz Roberto Ribeiro Paiva Júnior, da 1ª Vara Cível da Comarca de Uberlândia, nos autos da ação de indenização contra Caixa Seguradora S/A, que julgou improcedentes os pedidos iniciais e condenou o apelante ao pagamento das custas processuais e honorários

advocatícios fixados em 15% sobre o valor da causa, suspendendo a cobrança dos encargos pelo fato de o apelante litigar sob o pálio da gratuidade de justiça.

Em suas razões recursais, o apelante alega que o problema visual que o acomete decorreu do acidente mencionado nos autos, já que, em virtude do traumatismo craniano, houve o deslocamento de sua retina com consequente perda total da visão. Assevera que, se tivesse algum problema oftalmológico não resolvido antes do acidente, não poderia exercer a sua atividade profissional de motorista de caminhão, o que não ocorreu, já que trabalhou normalmente até a data do referido acidente.

Informa que as provas colacionadas aos autos comprovam o nexo de causalidade entre o acidente sofrido e a deficiência visual desencadeada, não havendo ligação com seus antigos problemas oculares, que já estavam totalmente corrigidos.

Menciona que ajuizou ação contra o INSS para a concessão do auxílio-acidente de trabalho, oportunidade em que o perito do juízo conclui que em razão do acidente ele ficou completamente inválido.

Ao final, requereu a reforma da sentença para condenar a apelada ao pagamento da quantia total prevista nas apólices dos contratos de seguro de vida por eles celebrados.

Intimada, a apelada contra-arrazoou às f. 359/365, requerendo o não provimento do recurso.

É esse o relatório. Decido.

Recurso próprio, tempestivo e adequado. Sem preparo pelo fato de o apelante litigar sob o pálio da gratuidade judiciária. Presentes os pressupostos de sua admissibilidade conheço do apelo.

Analisando-se os autos, verifica-se que as partes celebraram, em 19/11/2004, contrato de seguro com cinco bilhetes de n.os 0108207465810, 0108207465811, 0108207465812, 0108207465813 e 0108207465814, com capital segurado de R$ 20.000,00 cada um (f. 46/70).

O apelante alega que em 17/1/2005 foi vítima de um acidente em que sofreu traumatismo craniano, resultando na perda quase total de sua visão, impossibilitando-o de exercer sua atividade profissional de motorista de caminhão. Informa que entrou com o pedido de indenização securitária perante a apelada, mas que foi negado ao argumento de que a cegueira decorreu de doença preexistente.

Portanto, a questão nuclear do presente recurso consiste em saber se a doença oftalmológica do apelante foi ocasionada pelo acidente narrado nos autos ou se foi por doença preexistente à contratação do seguro e, nesse caso, se o segurado tinha ciência da enfermidade que lhe acometia.

Foi juntado aos autos (f. 220) um laudo feito pelo Dr. Eduardo Jorge, oftalmologista do Instituto Panamericano da Visão, em 25/8/2006, em que relata o histórico oftalmológico do apelante nos seguintes termos:

> Paciente atendido em 10/1/2001 com queixa de percepção de mancha no campo visual do olho direito, notada em dezembro 2000, com diagnóstico de Deslocamento de Retina (20/200+ ou 0,1 e visão normal no olho esquerdo (20/20-2). Ao exame de fundo de olho apresentava deslocamento comprometendo metade superior da retina, estendendo-se até a mácula, móvel, bolhoso, com 2 rupturas em ferradura e 1 buraco atrófico, no olho esquerdo apresentava cisto de retina, comprometendo retina inferior, bloqueado por pigmento. Foi indicada cirurgia do deslocamento de retina no olho direito.

> Foi submetido a cirurgia de deslocamento de retina do olho direito somente em 13/3/2001. Procedimento consistiu em Retinopexia com introflexão escleral (trilho 4mm em 360), vitrectomia via *pars* plana com uso de perfluorcarbono, endofotocoagulação, troca fluido-gasosa e tamponamento com gás C3F8 a 12%. Durante a cirurgia, evidenciou-se a presença de grande ruptura temporal e duas outras, superiormente.
>
> Durante o acompanhamento pós-operatório, apresentou recidiva do deslocamento de retina visto em 18/5/2001, com retina totalmente descolada, fixa, rupturas abertas e sinais de proliferação vítreo-retiniana severa. Discutiu-se situação com o paciente e optou-se pela não realização de novo procedimento em função da gravidade do caso e do prognóstico reservado.
>
> Em 30/7/2006, foi realizada fotocoagulação com laser de argônio do olho esquerdo para bloqueio do cisto de retina inferior.
>
> Paciente foi visto pela última vez em 31/8/2006, apresentando percepção de luz no olho direito e visão normal no olho esquerdo, com correção óptica.

Em outro relatório médico (f. 252), elaborado pelo Dr. Laerte Bertolino Souza, oftalmologista do Centro Brasileiro de Cirurgia de Olhos, que examinou o apelante em 13/8/2001, foi corroborado que ele, apelante, teve deslocamento de retina, com a indicação de cirurgia de vitrectomia no olho direito.

Também há nos autos à f. 219 uma declaração do Dr. Magno Ferreira, oftalmologista do Hospital de Olhos Brasil Central, em que confirma que o apelante

> apresentou quadro de deslocamento de retina com proliferação vítreo-retiniana anterior no olho direito e degenerações periféricas da retina no olho esquerdo.
>
> Foi realizado laser profilático no olho esquerdo, não tendo sido realizado neste consultório nenhum procedimento para o olho direito.
>
> Apresentou até o último exame realizado no dia 20/1/2004, posteriores ao laser, tendo sido realizado laser complementar e orientado na época que poderia haver necessidade de ser submetido à cirurgia vítreo-retiniana neste olho.

Assim, não há dúvida de que o apelante já apresentava antes do acidente graves problemas oftalmológicos, dentre eles o deslocamento de retina, desde pelo menos dezembro de 2000, ou seja, cerca de quatro anos antes do acidente mencionado nos autos. Além disso, o apelante tinha plena ciência do seu quadro no ano de 2001, já que, conforme consta no laudo de f. 220, a situação foi discutida entre ele e o médico, tendo-se optado pela não realização de novo procedimento cirúrgico devido à gravidade do caso.

Portanto, conforme bem observado pelo juiz singular, o traumatismo craniano decorrente do acidente não foi a causa exclusiva da cegueira do apelante e que o incapacitou para a realização de atividades profissionais, pois ele já apresentava histórico médico com grave patologia oftalmológica anterior ao mencionado acidente.

Além disso, ao contrário do que foi afirmado pelo apelante, os seus problemas oftalmológicos à época do acidente não estavam superados, conforme os laudos supramencionados.

Quando constatado que o segurado tinha ciência de que estava acometido por doença preexistente à contratação do seguro de vida e não comunicada à seguradora, o STJ possui entendimento pacífico no sentido de

que é lícita a recusa da cobertura securitária, mesmo nos casos em que a seguradora não realiza o exame médico prévio à contratação.

Nesse sentido:

> Agravo interno no agravo em recurso especial. Ação de indenização por danos materiais e morais. Seguro. Ofensa ao art. 535 do CPC. Não caracterização. Omissão de informações. Má-fé. Reconhecimento. Alteração do contexto fático-probatório. Impossibilidade. Súmula 7/STJ. Dever de indenizar. Agravo não provido. 1 - Não se constata a alegada violação ao art. 535 do Código de Processo Civil, na medida em que a eg. Corte de origem dirimiu, fundamentadamente, as questões que lhe foram submetidas. De fato, inexiste omissão no aresto recorrido, porquanto o Tribunal local, malgrado não ter acolhido os argumentos suscitados pela parte recorrente, manifestou-se expressamente acerca dos temas necessários à integral solução da lide. 2 - A Corte de origem, analisando o contexto fático-probatório dos autos, concluiu pela comprovação da má-fé do segurado quanto à omissão de informações na contratação do seguro, de modo que, para alterar essa conclusão, seria necessário o reexame do conjunto fático-probatório, o que atrai a incidência da Súmula 7 desta Corte. 3 - É lícita a recusa de cobertura securitária, por motivo de doença preexistente à celebração do contrato, se comprovada a má-fé do segurado, hipótese que não depende da exigência pela seguradora de exames prévios à contratação. 4 - Agravo interno a que se nega provimento (AgInt. no AREsp 637.787/SP, Rel. Ministro Lázaro Guimarães (Desembargador convocado do TRF 5ª Região), Quarta Turma, j. em 24/10/2017, *DJe* de 31/10/2017).

Frise-se que a situação narrada nos autos é diversa do entendimento, também do STJ, de que a seguradora deve indenizar o segurado em casos de doença preexistente quando não realiza o exame médico prévio para atestar eventuais enfermidades, pois, nesses casos, é imprescindível que o segurado não tenha ciência da enfermidade que o acomete.

Diversamente, contudo, ocorre nos presentes autos, pois o apelante, mesmo ciente dos graves problemas oftalmológicos, ao preencher o contrato de seguro, afirmou que não possuía qualquer deficiência de órgãos, membros ou sentidos (f. 48, 52, 57, 61, 66), o que não correspondeu à verdade dos fatos.

Com relação à concessão do benefício previdenciário pelo INSS ao apelante pela constatação da sua incapacidade para exercer a atividade profissional de motorista de caminhão, tal fato não é capaz de alterar o entendimento acima mencionado, já que não se discute a incapacidade do apelante, que é evidente, mas sim a sua ciência acerca da preexistência da doença no momento da contratação do seguro de vida.

Destarte, houve com acerto o juiz singular ao julgar improcedente o pedido inicial.

Pelo exposto, nego provimento ao recurso.

Custas recursais pelo apelante.

Majoro o valor dos honorários advocatícios para 17% (dezessete por cento) sobre o valor atualizado da causa, nos termos do art. 85, § 11, do CPC/2015.

Suspendo a cobrança dos referidos encargos pelo fato de o apelante litigar sob o pálio da gratuidade de justiça.

DES. ÁLVARES CABRAL DA SILVA - Peço vênia ao eminente relator para divergir de seu voto nos termos que passo a expor.

Na hipótese, a parte apelante insurge-se contra a sentença que julgou improcedente o pleito de recebimento de prêmio decorrente de invalidez por acidente previsto nos contratos de seguro celebrados com a empresa apelada, nºs 0108207465810, 0108207465811, 0108207465812, 0108207465813 e 0108207465814, com capital segurado de R$20.000,00 cada um (f. 46/70).

Pois bem.

No caso dos autos, após um acidente ocorrido em 17/1/2005, o apelante sofreu traumatismo craniano ensejador de perda quase total da visão, impossibilitando permanentemente o exercício de sua atividade profissional de motorista.

O juiz primevo, assim como o douto Relator, entenderam pela improcedência do pleito do beneficiário do seguro ao fundamento de que não faria jus à indenização securitária, uma vez que o acidente não seria a causa exclusiva da invalidez, que decorreria de doença preexistente não declarada no momento da contratação, conforme evidenciado nos relatórios médicos acostados e transcritos no voto de relatoria (f. 219, 252 e 220), o beneficiário possui histórico de problemas de deslocamento de retina, cujo quadro não estava completamente sanado à época.

Com tal posicionamento não coaduno.

Os contratos de seguro devem ser interpretados segundo a ótica do Código de Defesa do Consumidor.

Nos dizeres de Cláudia Lima Marques:

> Os contratos de seguro foram responsáveis por uma grande evolução jurisprudencial no sentido de conscientizar-se da necessidade de um direito dos contratos mais social, mais comprometido com a equidade e menos influenciado pelo dogma da autonomia da vontade. [...] Assim, em se tratando de contratos de seguro, há que se presumir a boa-fé subjetiva dos consumidores e se impor deveres de boa-fé objetiva (informação, cooperação e cuidado) para os fornecedores, especialmente tendo em conta o modo coletivo de contratação e por adesão. O valor pago pelo seguro deve ser aquele especificado na oferta, o qual despertou a confiança do consumidor e sobre o qual pagou suas contribuições (*Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 394/396).

Nesse sentido, a jurisprudência é pacífica: "Enquanto que a boa-fé se presume, a má-fé necessita ser provada; assim, quando a seguradora não exige a realização de exames médicos dos proponentes, não pode esta, sob alegação de má-fé do segurado, eximir-se do pagamento devido" (*RT* 734/442).

A teor do entendimento do Col. Superior Tribunal de Justiça, "a seguradora não pode eximir-se do dever de indenizar, alegando simples omissão de informações por parte do segurado, se dele não exigiu exames clínicos prévios" (AgRg no Ag 804.965/SP, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, j. em 7/8/2008, *DJe* de 28/8/2008), pois para a configuração da hipótese de exclusão da cobertura dever-se-á provar a má-fé do segurado ao contratar a cobertura.

Desta forma, "celebrado o contrato de seguro de vida em grupo sem nenhuma exigência quanto ao conhecimento do real estado de saúde do segurado, não pode o segurador, depois do recebimento do prêmio, recusar-se ao pagamento da indenização securitária na hipótese de ocorrência do sinistro, pois, agindo dessa forma, terminou por assumir o risco do contrato" (REsp 508.916/DF, Rel. Ministro Carlos Alberto Menezes

Direito, Rel. p/ o acórdão Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, j. em 14/2/2006, *DJ* de 22/5/2006, p. 192), sendo que "a doença preexistente pode ser oposta pela seguradora ao segurado apenas se houver prévio exame médico ou prova inequívoca da má-fé do segurado" (AgRg no Ag 818.443/RJ, Rel.ª Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, j. em 1º/3/2007, *DJ* de 19/3/2007, p. 343).

De tal sorte, em se tratando de contratos de seguro de vida, há que se presumir a boa-fé do consumidor, ficando sempre a má-fé dependente de prova inequívoca.

Assevero que, mesmo nas hipóteses em que o beneficiário não declara a preexistência de doença à contratação, tal fato, por si só, não afasta o direito ao recebimento do prêmio, mormente quando não realizada prévia avaliação médica pela seguradora, devendo ser comprovada a má-fé da beneficiária.

No caso dos autos, inadmissível a seguradora tentar fundar tal negativa na preexistência da doença quando, além da perda total da visão ter ocorrido em razão do traumatismo craniano sofrido no acidente, a empresa sequer questionou adequadamente o quadro de saúde do beneficiário ou realizou avaliação.

Cumpre asseverar que o único questionamento nesse sentido foi realizado na apólice por meio da pergunta: "Tem qualquer deficiência de membros, órgãos ou sentidos?" (f. 57)

Ao referido, o apelante respondeu negativamente, o que de modo algum pode ser admitido como má-fé pela omissão de seu estado de saúde, sobretudo considerando que, de fato, não possui quadro de deficiência visual e não foi perguntado quanto a doença de qualquer espécie.

Esclareço, na oportunidade, que o quadro de deslocamento de retina, conforme evidenciado no laudo de f. 220, acometia tão somente o olho direito, com comprometimento de sua visão ao patamar de 0,1.

Tal não constitui quadro de deficiência visual, descrita no art. 4º do Decreto 3.298/99.

> Art. 4º É considerada pessoa portadora de deficiência a que se enquadra [...]
>
> III - deficiência visual - cegueira, na qual a acuidade visual é igual ou menor que 0,05 no melhor olho, com a melhor correção óptica; a baixa visão, que significa acuidade visual entre 0,3 e 0,05 no melhor olho, com a melhor correção óptica; os casos nos quais a somatória da medida do campo visual em ambos os olhos for igual ou menor que 60º; ou a ocorrência simultânea de quaisquer das condições anteriores; (Redação dada pelo Decreto nº 5.296, de 2004).

Portanto, comprovada pelo laudo pericial oficial que o autor encontra-se incapacitado total e definitivamente para o trabalho, em decorrência do acidente e afastada a alegação de má-fé quando da contratação do seguro, é devida a indenização securitária contratada.

Quanto ao termo inicial dos juros e correção monetária, consoante entendimento que este Relator vem adotando,

> o termo inicial dos juros moratórios, tratando-se de responsabilidade contratual, incide a partir da citação, bem como em relação à correção monetária, o termo inicial será a data em que o pagamento deveria ter sido efetuado e não o foi" (Apelação Cível nº 1.0325.11.001541-0/001, publicação da súmula em 19/9/2012.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso, julgando procedente o pleito inicial para condenar a seguradora ré, ora apelada, ao pagamento da indenização securitária prevista nas apólices de seguro nºs 0108207465810,

0108207465811, 0108207465812, 0108207465813 e 0108207465814, com capital segurado de R$ 20.000,00 cada um (f. 46/70).

Invertidos os ônus sucumbenciais para condenar a parte ré ao pagamento das custas e honorários, majorados ao patamar de 17% com fulcro no art. 85, § 11, do CPC/15.

DES.ª MARIÂNGELA MEYER - Peço vênia ao eminente Relator, para acompanhar a divergência inaugurada pelo douto Primeiro Vogal (Des. Cabral da Silva), no sentido de dar provimento ao recurso e julgar procedentes os pedidos iniciais.

Com efeito, tenho entendimento consolidado no sentido de que a omissão de informações relevantes ou o fato de prestar informações inverídicas não enseja, por si só, a perda da indenização, sendo necessário para tanto a verificação da má-fé do segurado.

Isto porque, nos contratos de seguro de vida, é dever da seguradora realizar o prévio exame do contratante para aferir seu estado de saúde ou mesmo comprovar que o segurado prestou informação inverídica no momento da contratação, sob pena de ter de suportar o pagamento da indenização.

Além disso, como bem ressaltado pelo Primeiro Vogal em seu voto, no caso dos autos, no momento da contratação do seguro, a doença do autor/recorrente não podia ser considerada como deficiência, de forma que, ao que tudo indica, a lesão permanente que lhe acomete decorreu, de fato, de acidente sofrido posteriormente.

Por todo o exposto, entendo ser o caso de acompanhar a divergência inaugurada pelo eminente Des. Cabral da Silva, no sentido de dar provimento ao recurso de apelação e julgar procedentes os pedidos iniciais, condenando a seguradora requerida a pagar ao requerente a indenização prevista nos seguros contratados.

É como voto.

DES. VICENTE DE OLIVEIRA SILVA - Peço vênia ao digno Relator para acompanhar a divergência instaurada pelo eminente Des. Álvares Cabral.

DES. MANOEL DOS REIS MORAIS - Pede-se vênia ao em. Des. Relator para acompanhar a divergência instaurada pelo em. Des. 1º Vogal.

É como se vota.

Súmula - RECURSO PROVIDO.

• • •

Apelação cível - Assinatura digitalizada - Inadmissão pela jurisprudência do STF e do STJ - Concessão de prazo para saneamento - Protocolo de outra apelação - Não saneamento do vício

- Nos termos da jurisprudência do STF e do STJ, os documentos com imagens de assinaturas digitalizadas, que constituem mera reprodução da de próprio punho, não são admitidos pelo Poder Judiciário, em virtude da ausência de regulamentação e da impossibilidade de aferição da autenticidade.

- Concedido prazo para saneamento do vício, mas não tendo a parte atendido ao que foi determinado, não pode ser conhecido o recurso.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0702.14.024604-3/001 - Comarca de Uberlândia - Apelante: Ademir Aparecido Camilli - Apelado: Geraldo Martins do Carmo - Relator: DES. PEDRO BERNARDES

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 9ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em DE OFÍCIO, NÃO CONHECER DO RECURSO.

Belo Horizonte, 20 de junho de 2018. - *Pedro Bernardes* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. PEDRO BERNARDES - Trata-se de embargos à execução propostos por Geraldo Martins do Carmo em face de Ademir Aparecido Camilli, em que o MM. Juiz *a quo* (f. 87/89-v.) julgou procedente, extinguindo a execução com resolução do mérito, nos termos do art. 487, inciso I, do Código de Processo Civil.

Inconformado com a decisão proferida pelo MM. Juiz *a quo*, o réu interpôs o presente recurso de apelação (f. 92/98), alegando, em síntese, que o embargado, em manifesta tentativa de se esquivar do pagamento da obrigação por ele assumida, tenta retirar a exigibilidade do título exequendo; que o apelante não vendeu nada ao apelado, não fazendo este parte da relação jurídica; que é mero endossatário, terceiro de boa-fé, o qual não pode ser prejudicado; que é manifestamente incabível na seara de embargos à execução a exceção de questões pessoais e eventuais desavenças ocorridas entre ele e o endossante; que o devedor não tem a faculdade de recusar o pagamento ao portador de boa-fé utilizando-se de exceções pessoais em relação a outros obrigados do título; que o embargante não alegou nenhuma matéria ou vício ligado ao próprio título de crédito em si; que a alegação de que a assinatura é posterior também é manifestamente descabida. Teceu outras considerações, citou jurisprudência e, ao final, pediu para que seja dado provimento ao presente recurso, para que seja reformada a r. sentença.

Consta contrarrazões em resistência às pretensões recursais. (f. 103/109).

O preparo foi devidamente realizado (f. 99/100).

Despachei às f. 117/118, para a parte assinar o apelo ou regularizar a representação processual, tendo o

apelante protocolado a petição de f. 121 e ss.

1 - Preliminar de ofício - não conhecimento do recurso.

É cediço que os documentos com imagens de assinaturas digitalizadas, que constituem mera reprodução da de próprio punho, não são admitidos pelo Poder Judiciário, em virtude da ausência de regulamentação e impossibilidade de aferição da autenticidade.

Conforme já consignado pelo STF, há "mera chancela eletrônica sem qualquer regulamentação e cuja originalidade não é possível afirmar sem o auxílio de perícia técnica" (AI 564765/RJ, 1ª Turma, Min. Sepúlveda Pertence, DJ 17/3/2006).

Nesse sentido, por exemplo, também há pacífica jurisprudência do STJ: AResp 413767/SC, Rel. Min. Antônio Carlos Ferreira; 417.419/SC, Rel.: Min. Antônio Carlos Ferreira; Aresp 471.303/SC, Rel. Min. Antônio Carlos Ferreira; Aresp 413.767/SC; Aresp 411.745/BA, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, que, por sua vez, invocam, em sua fundamentação, os seguintes precedentes: AgRg no Ag 1338608/PR, Rel. Min. João Otávio de Noronha, Quarta Turma, *DJe* 23/5/2011; AgRg no AREsp 330466/RS, 3ª Turma, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, *DJe* de 11/9/2013; AgRg no AREsp 20.447/MG, 3ª Turma, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, *DJe* de 25/10/2012, AgRg no AREsp nº 3.865/MS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, j. em 2/8/2011, *DJe* 9/8/2011.

Com efeito, verifica-se que o apelo fora assinado com mera cópia reprográfica digitalizada pelo Dr. Leandro Freire de Souza (OAB/TO 6311), conforme se observa às f. 92 e 98.

Deve ser ressaltado que o apelo foi subscrito por Dr. Flávio Barcelli Silveira (f. 98), que, no entanto, não possui procuração nos autos.

Não obstante, por se tratar de mera irregularidade formal, tendo em vista o princípio da instrumentalidade das formas e para se evitar o que se passou a chamar de jurisprudência defensiva, fora determinado à parte apelante que sanasse o aludido vício processual em prazo razoável, sob pena de não conhecimento do recurso.

Contudo, o recorrente protocolou a petição de f. 121 e ss., mas o Dr. Leandro Freire de Souza não veio aos autos assinar o apelo e não juntou procuração do Dr. Flávio Barcelli Silveira.

Assim sendo, impossível atestar a originalidade e a autenticidade da subscrição aposta, pelo que o não conhecimento do apelo é medida que se impõe, eis que inadmissível.

Neste sentido, o STJ:

> Processual civil. Agravo interno. Agravo em recurso especial. Agravo de instrumento. Assinatura digitalizada ou escaneada. Impossibilidade de aferição da autenticidade. Concessão de prazo para suprir a irregularidade da falta de assinatura. Não atendido. Ausência de procuração outorgada ao outro advogado que subscreveu o recurso. Peça obrigatória para a formação do instrumento. Art. 525, I, do CPC/1973. Impossibilidade de conversão em diligência. Não conhecimento do recurso. 1. A assinatura digitalizada ou escaneada não permite a aferição de sua autenticidade, por se tratar de inserção de imagem em documento que não pode ser confundida com a assinatura digital que se ampara em certificado digital emitido por Autoridade Certificadora credenciada, a qual possui previsão legal. 2. A falta de assinatura nos recursos interpostos nas instâncias ordinárias configura vício sanável, devendo ser concedido prazo

> razoável para o suprimento dessa irregularidade. 3. Fora concedido o prazo de 10 (dez) dias pela Corte de origem para que o advogado da parte agravante assinasse o agravo de instrumento, sob pena de não conhecimento do recurso, o que não foi devidamente atendido. 4. A jurisprudência desta Corte é pacífica no sentido de que a ausência das peças obrigatórias de que trata o art. 525, inciso I, do Código de Processo Civil de 1973, no momento da interposição do recurso, importa em não conhecimento do agravo de instrumento, não havendo que se falar em intimação para a regularização da representação processual. 5. Agravo interno a que se nega provimento (STJ, AgInt no AREsp 980664/MG Rel.ª Min. Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, *DJe* 2/6/2017).

> Processual civil. Apelação. CPC/73. Ausência de assinatura do advogado na petição. Vício sanável. Reabertura de prazo para saneamento da falha. 1. A falta de assinatura do advogado nas petições recursais é, nas instâncias ordinárias, vício sanável, devendo ser concedido prazo razoável para o suprimento da irregularidade. Inteligência do art. 13 do CPC/1973. Precedentes. 2. Agravo interno a que se nega provimento (STJ - AgInt no AREsp 834030 / DF Relator: Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, *DJe* 5/5/2017).

> Administrativo e processual civil. Agravo regimental nos embargos de divergência no agravo em recurso especial. Ausência de assinatura original do procurador das partes. Recurso inexistente. Acórdão embargado em consonância com a jurisprudência do STJ. Incidência da súmula 168/STJ. 1. A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que a petição interposta mediante cópia sem autenticação ou assinatura original do advogado da parte não deve ser conhecida, uma vez que destituída de sua regularidade formal, não sendo aplicável, na instância especial, o disposto no art. 13, do Código de Processo Civil. 2. Agravo regimental não provido (AgRg nos EDcl nos EAREsp 638.187/SP, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Corte Especial, j. em 4/11/2015, *DJe* 20/11/2015).

Ao contrário do que foi alegado pelo apelante, com efeito, não se tratando de *fax* ou *e-mail*, o protocolo do original da petição não supre os requisitos/procedimentos obrigatórios para conhecimento do apelo, não atendendo o apelante aos termos do despacho de f. 117 e v.

Os pressupostos de admissibilidade do recurso devem ser preenchidos no momento de sua interposição, sendo inviável a complementação do ato processual, salvo as exceções expressamente contidas em lei, em virtude da configuração de preclusão consumativa.

Neste sentido a lição de Nelson Nery Júnior (*Código de Processo Civil Comentado*. 11. ed. São Paulo: RT, 2010, p. 878):

> Ao interpor recurso, a parte pratica ato processual pelo qual consuma o seu direito de recorrer e antecipa o *dies ad quem* do prazo recursal (caso o recurso não tenha sido interposto no último dia do prazo). Por consequência, não pode, posteriormente, 'complementar' o recurso, 'aditá-lo' ou 'corrigi-lo', pois já se operou a preclusão consumativa.

Enfatiza-se que a espécie não consubstancia hipótese de envio do recurso por meio de fax, tendo ocorrido a entrega da peça processual diretamente perante o juízo *a quo*, o que afasta a incidência da lei 9.800/99.

Desta forma, a posterior apresentação das razões originais não adquire qualquer relevância no caso vertente, incidindo a regra geral congruente com o princípio da preclusão consumativa.

Também não se olvida que os atos processuais, para que sejam reputados válidos, devem ser praticados em consonância com a forma estabelecida em lei (art. 188 do NCPC).

Afastada a incidência da norma excepcional que permite a juntada posterior à interposição do recurso da via original deste, impõe-se o não conhecimento do recurso que não atendeu à regularização determinada em despacho.

Pelo exposto, de ofício, não conheço do recurso interposto pela apelante.

Custas recursais pela apelante, suspensa a exigibilidade.

É como voto.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES LUIZ ARTUR HILÁRIO e MÁRCIO IDALMO SANTOS MIRANDA.

Súmula - DE OFÍCIO, NÃO CONHECERAM DO RECURSO.

Apelação cível - Remessa necessária - Mandado de segurança - Tributário - ITBI - Aquisição de lote - Posterior construção - Base de cálculo - Valor venal - Impossibilidade de se computar a edificação

- É correta a via do mandado de segurança quando o impetrante instrui a inicial com a prova pré-constituída do alegado, restando ser discutida matéria de direito.

- Conforme legislação tributária, o fato gerador do ITBI é a transmissão do imóvel e sua base de cálculo incide sobre o valor venal dos bens ou direitos a serem transmitidos.

- A edificação erguida no imóvel não pode ser computada no valor para cobrança do ITBI, pois não existia ao tempo da aquisição do terreno.

APELAÇÃO CÍVEL/REMESSA NECESSÁRIA Nº 1.0707.11.028620-0/001 - Comarca de Varginha - Remetente: Juiz de Direito da Vara da Fazenda Pública da Comarca de Varginha - Apelante: Município de Varginha - Apelado: Alexandre Alvarenga Garcia - Autoridade coatora: Prefeito Municipal de Varginha - Relatora: DES.ª ALICE BIRCHAL

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 7ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, EM REMESSA NECESSÁRIA, CONFIRMAR A SENTENÇA, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

Belo Horizonte, 19 de junho de 2018. - *Alice Birchal* - Relatora.

Notas taquigráficas

DES.ª ALICE BIRCHAL - Trata-se de recurso de remessa necessária e recurso de apelação interposto pelo Município de Varginha, contra a r. sentença de f. 83/86, proferida pelo MM. Juiz da Vara Cível da Fazenda Pública da Comarca de Varginha, nos autos do mandado de segurança impetrado por Alexandre Alvarenga Garcia, contra ato do Prefeito Municipal de Varginha, que concedeu a segurança, para determinar a expedição de guia para recolhimento do ITBI, cuja base de cálculo será somente o valor venal do terreno transmitido, consoante consta do contrato particular de compromisso de compra e venda, sem cobrança e atualização monetária e multa. Custas pelo Município de Varginha, observada a isenção legal; sem condenação em honorários advocatícios, nos termos do art. 25 da Lei nº 12.016/09.

Em suas razões recursais de f. 89/97, o apelante alega que a questão a ser enfrentada é o elemento temporal do fato gerador do imposto a ser recolhido, ou seja, qual seria o momento do recolhimento do ITBI, se da aquisição do terreno ou da transmissão do imóvel.

Afirma que, segundo o art. 156, II, da CF/88, o inciso II do art. 35 do CTN e o art. 68, I, da Lei nº 2.872/96, Código Tributário Municipal, o elemento temporal do fato gerador do ITBI é o momento da transmissão ou cessão do imóvel.

Argumenta que a transmissão do imóvel se dá no momento do registro no Cartório de Registro de Imóveis, não havendo como prosperar a r. decisão, pois a obra edificada pelo apelado é reflexo da transmissão do imóvel na medida em que compõe o terreno, sendo, portanto, tributável.

Assevera que, se outro fosse o entendimento, estar-se-ia mudando o fato gerador do ITBI e que, também, estaria incorrendo em outro equívoco, qual seja o da transferência da propriedade, que, consoante art. 1.245 do CC, se dá mediante o registro do título translativo no Registro de Imóveis.

Ressalta que a promessa de compra e venda é um contrato preliminar à escritura pública, não sendo alvo de incidência de ITBI, e que o STJ já se manifestou rejeitando a exigibilidade do imposto por tratar-se de um contrato preliminar, que poderá não se concretizar em contrato definitivo, este sim ensejador da cobrança do tributo.

Aduz que as Súmulas 110 e 470 do STF estão superadas, pois diziam respeito ao imposto estadual de transmissão de propriedade imobiliária intervivos e sua incorporação ao capital de sociedades, existente sob o pálio do art. 19, III, da CF de 1946.

Alega que não merece ser tutelada, *ad eternum*, a possibilidade de o apelado recolher o imposto no momento da aquisição do terreno, quando, na verdade, não é mais o terreno que ali se encontra, mas também a construção.

Requer o provimento do recurso para que seja reformada a sentença, com a inversão das cominações legais.

Foram apresentadas contrarrazões às f. 100/102, refutando as argumentações apresentadas e pugnando pelo desprovimento do recurso.

A Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se às f. 108/111, opinando pela confirmação da sentença.

É o relatório.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço da remessa necessária, bem como do recurso de apelação.

O mandado de segurança é o meio constitucional posto à disposição de toda pessoa física ou jurídica, órgão com capacidade processual, ou universalidade reconhecida por lei, para a proteção de direito líquido e certo, exigindo a constatação de plano do direito alegado.

A garantia constitucional do mandado de segurança está prevista no art. 5º, LXIX, da CR/1988, que dispõe:

> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
>
> [...]
>
> LXIX - conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público.

Conforme a Lei nº 12.016/2009, cabe mandado de segurança quando:

> Art. 1º Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, sempre que, ilegalmente ou com abuso do poder, qualquer pessoa física ou jurídica sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça.

Assim, nem todo direito será amparado pela via do mandado de segurança. É necessário, para a impetração da medida, que o direito invocado seja líquido e certo.

A exigência de direito líquido e certo, pois, configura requisito de admissibilidade específico do mandado de segurança, a ser aferido de plano pelo Julgador e a exigir, por consequência, prova pré-constituída do direito invocado.

Nesse passo, pode-se dizer que a parte impetrante deve trazer com a inicial do *writ* prova dos fatos que fundamentam seu pedido.

Tanto é assim que, se o mandado de segurança não for devidamente instruído pela parte impetrante e a existência do direito for duvidosa, ele não será cabível, porque a via mandamental não admite dilação probatória:

> Constitucional. Agravo regimental. Mandado de segurança. Desapropriação. Interesse social. Reforma agrária. Vistoria. Notificação prévia. Nulidade não configurada. Índice de produtividade. Controvérsia. Dilação probatória. Necessidade. Precedentes. Inovação recursal incabível. - Está consolidada a jurisprudência do STF sobre a impossibilidade de discutir em mandado de segurança questões controversas que envolvam fatos e provas, em razão da impossibilidade de dilação probatória. [...]. (STF. MS 24506 AgR, Relator Min. Teori Zavascki, Tribunal Pleno, j. em 25/11/2015, Acórdão Eletrônico *DJe*-245 divulg 3/12/2015 public 4/12/2015).

> Mandado de segurança. *Writ* mandamental impetrado com o objetivo de assegurar ao segundo suplente a investidura no mandato de senador. Alegada ocorrência 'de simulação e fraude no processo eleitoral de 2006'. Situação de controvérsia objetiva e iliquidez dos fatos. Impetração que busca, ainda, rediscutir ato tornado irrecorrível concernente ao fundo da controvérsia que já foi objeto de resolução judicial, com trânsito em julgado, no âmbito do Tribunal Superior Eleitoral. Impossibilidade. O mandado de segurança não constitui sucedâneo da ação rescisória. Súmula 268/STF. Precedentes. Parecer da Procuradoria-Geral da República pelo não provimento. Recurso de agravo improvido. - Refoge aos estreitos limites da ação mandamental o exame de fatos despojados da necessária liquidez, não se revelando possível a instauração, no âmbito do processo de mandado de segurança, de fase incidental de dilação probatória. Precedentes. - A noção de direito líquido e certo ajusta-se, em seu específico sentido jurídico-processual, ao conceito de situação decorrente de fato incontestável e inequívoco, suscetível de imediata demonstração mediante prova literal pré-constituída. Precedentes. - A simples existência de matéria de fato controvertida revela-se bastante para tornar inviável a utilização do mandado de segurança, que pressupõe, sempre, direito líquido e certo resultante de fato incontestável, passível de comprovação de plano pelo impetrante. [...] (STF. MS 30523 AgR, Relator Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, j. em 9/10/2014, Processo Eletrônico *DJe*-216 divulg. 3/11/2014, public. 4/11/2014).

Pois bem.

No presente caso, verifico que o impetrante, ora apelado, trouxe aos autos os documentos de f. 16/28, que comprovam ter ele adquirido, em 9/7/2010, mediante contrato particular de compromisso de compra e venda, um lote, no Loteamento Parque Imperador, no valor total de R$50.000,00 (cinquenta mil reais).

No ano seguinte, em virtude de despacho exarado no processo nº 08313/2011, foi concedido ao impetrante alvará de licença para construção, datado de 27/6/2011 (f. 29).

Objetivando efetuar o registro do imóvel, requereu na Prefeitura do Município de Varginha o cálculo do ITBI, que foi efetuado, conforme guia de f. 30, levando em consideração um terreno com construção avaliado em R$374.647,00.

Data venia, não procede tal valor lançado na guia de ITBI.

A Constituição Federal, em seu art. 156, inciso II, atribuiu aos municípios a competência para instituir o imposto sobre a transmissão intervivos (ITBI), a qualquer título, por ato oneroso, de bens imóveis.

Assim, conforme dispõe a legislação tributária, o fato gerador do ITBI é a transmissão do imóvel, estando sua base de cálculo estabelecida sobre o valor venal dos bens ou direitos transmitidos (art. 38 do CTN).

Sobre a questão, é oportuno destacar as Súmulas 110 e 470 do Supremo Tribunal Federal, que, ao contrário do que afirma o apelante, não se encontram superadas, devendo ser aplicadas ao presente caso:

> O imposto de transmissão 'intervivos' não incide sobre a construção, ou parte dela, realizada pelo adquirente, mas sobre o que tiver sido construído ao tempo da alienação do terreno.
>
> O imposto de transmissão 'intervivos' não incide sobre a construção, ou parte dela, realizada, inequivocamente, pelo promitente comprador, mas sobre o valor do que tiver sido construído antes da promessa de venda.

Volvendo ao caso dos autos, verifico que o impetrante adquiriu um lote, sem qualquer benfeitoria ou construção. Como o fato gerador do ITBI ocorre no momento da transmissão do bem, não há como reconhecer a incidência do tributo sobre uma construção realizada posteriormente pelo impetrante.

Evidente que a edificação erguida no imóvel não pode ser computada no valor para cobrança do ITBI, pois não existia ao tempo da aquisição do terreno. Desse modo, o ITBI não incide sobre a construção realizada pelo adquirente posteriormente à aquisição do terreno.

Portanto, como a aquisição é o fato gerador do imposto, e esta foi realizada apenas sobre determinado terreno não edificado, não houve transmissão da edificação equivocadamente tributada, não podendo sobre ela incidir o ITBI.

Desta feita, deve o ITBI ser recolhido sobre o valor do terreno, excluída a edificação, e não sobre o valor do imóvel já edificado.

É a jurisprudência do STJ:

> Processual civil e tributário. Agravo regimental em recurso especial. Ofensa ao art. 535 do CPC. Fundamentação deficiente. Súmula 284/STF. ITBI. Base de cálculo. Terreno não edificado, com posterior construção. Violação dos arts. 1.227 do CC/2002 e 38 do CTN. Inocorrência. Ausência de comando normativo suficiente para infirmar o fundamento do acórdão recorrido. Aplicação da Súmula 284/STF. Definição do aspecto temporal do fato gerador. Falta de prequestionamento. Súmula 211/STJ. [...] V. Ademais, ainda que superados todos os óbices, o Supremo Tribunal Federal consolidou o entendimento de que o Imposto de Transmissão Intervivos (ITBI) não incide sobre a construção, ou parte dela, realizada pelo adquirente, mas sobre o que tiver sido construído ao tempo da alienação do terreno, nos termos

das Súmulas 110 e 470 do STF. VI. No caso dos autos, é incontroversa a situação fática, consistente na realização de permuta entre um imóvel não edificado, por quatro salas, posteriormente construídas pelo adquirente do terreno, pretendendo a Municipalidade que o valor do ITBI seja calculado considerando o valor do imóvel com as edificações realizadas após a realização do negócio jurídico. VII. Agravo regimental improvido (AgRg Resp nº 1.244.921/RN, Relator Min. Assusete Magalhães, 2ª Turma, j. em 18/9/2014).

Conclusão.

Ante o exposto, presente o direito líquido e certo do impetrante, deve ser-lhe concedida a segurança, motivo pelo qual, em remessa necessária, confirmo a sentença, prejudicado o recurso voluntário.

Sem custas e honorários na espécie.

Votaram de acordo com a Relatora os DESEMBARGADORES BELIZÁRIO DE LACERDA e PEIXOTO HENRIQUES.

Súmula - EM REMESSA NECESSÁRIA, CONFIRMARAM A SENTENÇA, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

• • •

Apelação cível - Ação de obrigação de fazer c/c pedido de indenização por danos morais - Contrato de mútuo - Parcelas descontadas em conta-corrente - Limitação de patamar dos rendimentos da mutuária - Descabimento - Precedente do STJ - Impedimento de desconto sobre valor depositado em favor de filho - Natureza alimentar não comprovada - Ilegitimidade ativa - Sentença reformada

- "A limitação de desconto ao empréstimo consignado, em percentual estabelecido pelos arts. 45 da Lei nº 8.112/1990 e 1º da Lei nº 10.820/2003, não se aplica aos contratos de mútuo bancário em que o cliente autoriza o débito das prestações em conta-corrente" (*Informativo de Jurisprudência do STJ* nº 612, de 25/10/2017).

- Não merece subsistir a pretensão autoral para que o Banco do Brasil se abstenha de proceder a descontos sobre os supostos valores depositados em sua conta a título de alimentos prestados em favor de seu filho, pois, ainda que se encontrasse comprovado o caráter alimentar de referida verba, não teria ela legitimidade para, em nome próprio, defender direito alheio.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0313.14.030468-1/001 - Comarca de Ipatinga - Apelante: Banco do Brasil S.A. - Apelante adesivo: Vera Lúcia Martins Correa - Apelado: Banco do Brasil S.A., Vera Lúcia Martins Correa, Banco Panamericano S.A., Banco Itaú S.A., Banco BMG 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 PROVIMENTO AO PRIMEIRO APELO E NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO ADESIVO.

Belo Horizonte, 11 de abril de 2018. - *Juliana Campos Horta* - Relatora.

Notas taquigráficas

DES.ª JULIANA CAMPOS HORTA - Cuida-se de recursos de apelação interpostos contra a sentença proferida às f. 286/288-v. destes autos de ação de obrigação de fazer c/c pedido de indenização por danos morais e antecipação dos efeitos da tutela proposta por Vera Lúcia Martins Correa em face de Banco do Brasil S.A. e outros, que julgou parcialmente procedentes os pedidos exordiais, nos seguintes termos:

> Diante do exposto, julgo parcialmente procedente a pretensão inicial, extinguindo o feito com resolução de mérito nos termos do art. 487, I, do CPC, exclusivamente para ratificar a liminar concedida à f. 58/59, tornando definitiva a ordem para que o Banco do Brasil se abstenha de utilizar os valores depositados para pagamento de pensão alimentícia em favor do filho da autora para quitação de financiamentos por ela contraídos, proceda à devolução dos valores já utilizados para tal fim, bem como para determinar

> que o Banco do Brasil S.A. se abstenha de reter parcela do salário da autora que supere 40% do seu vencimento líquido calculado na forma do § 2º do art. 12 da Lei Estadual nº 19.490/2011, devendo garantir a livre disposição da autora sobre 60% do seu vencimento líquido, bem como a livre movimentação da pensão alimentícia.
>
> Julgo improcedentes os pedidos formulados contra Banco BMG S.A., Banco Panamericano S.A. e Banco Itaú S.A.
>
> Condeno a parte autora ao pagamento de 50% das custas e despesas processuais, bem como de honorários advocatícios em favor dos advogados dos Bancos BMG, Panamericano e Itaú, no valor de R$500,00 (art. 85, § 6º, do CPC), suspensa a exigibilidade nos termos do art. 98 do CPC.
>
> Condeno o Banco do Brasil ao pagamento de 50% das custas e despesas processuais, bem como de honorários advocatícios que fixo em R$500,00 em favor dos advogados da parte autora.

Inconformado, o Banco do Brasil manejou o seu apelo às f. 293/302, sustentando, em síntese, a legalidade das cobranças realizadas diretamente na conta da postulante, que, por sua vez, "teve prévia ciência de todos os encargos a serem suportados nos contratos, recebendo os extratos mensalmente, assim como teve pleno conhecimento dos valores de taxas de juros mensais e anuais, saldo devedor, valor de cada prestação, datas de vencimentos, etc.".

Ressalta o descabimento da limitação percentual imposta pela sentença em relação ao valor da remuneração da parte autora. Destaca que o STJ possui entendimento no sentido de que tal verba entra na esfera de disponibilidade do credor quando depositada em conta e não utilizada para suprir as necessidades básicas do trabalhador.

Destaca, igualmente, que a limitação percentual estabelecida pela sentença em seu detrimento somente seria aplicável na hipótese da contratação de empréstimo consignado, descontado diretamente em folha de pagamento, o que não é o caso, visto que os descontos dos valores devidos pela autora em seu favor foram contratados para ocorrerem diretamente na conta da postulante.

Contrarrazões apresentadas às f. 306/311, refutando as alegações trazidas no recurso de iniciativa do Banco do Brasil.

A postulante, por sua vez, manejou o seu apelo às f. 312/317, pugnando pela reforma parcial da sentença primeva, a fim de que seja acolhida a sua pretensão de condenação da parte ré ao pagamento de indenização pelos danos morais sofridos em razão da abusividade dos descontos perpetrados em sua conta-corrente, inclusive sobre a pensão alimentícia depositada em sua conta em favor de seu filho menor.

Pleiteia, igualmente, a majoração do valor dos honorários fixados em favor de seu patrono.

O Banco Itaú apresentou sua resposta ao apelo adesivo às f. 318/321, defendendo a manutenção da sentença primeva.

É o relatório.

Trata-se originalmente de ação de obrigação de fazer com pedido de indenização por danos morais ajuizada pela apelante adesiva em razão de suposta abusividade dos descontos realizados em seu detrimento pelas instituições financeiras demandadas.

Primeiramente, impende ressaltar se limitar a insurgência constante do apelo adesivo apenas quanto aos descontos procedidos pelo Banco do Brasil S.A., realizados diretamente em sua conta-corrente, e suas consequências, asseverando-se, assim, descabida a apreciação dos demais pedidos formulados pela parte autora, relativamente aos demais demandados.

Pois bem.

Registra-se, de início, ser incontroversa a existência de contratos de empréstimo firmados entre a demandante e o Banco do Brasil S.A. com autorização para desconto das parcelas na conta-corrente da contratante/autora, fato esse comprovado pelos contratos trasladados às f. 47-v./57-v. dos autos da cautelar em apenso, bem como pelos extratos bancários trazidos às f. 48/50.

Quanto à modalidade de empréstimo firmada pela autora com o Banco do Brasil S.A., mediante desconto em conta-corrente, inequívoca é a sua legalidade, inexistindo, nos autos, qualquer indício de vício em sua contratação, cujas condições não preveem a observância de qualquer limitação quanto ao percentual de comprometimento da renda do mutuário para fins de desconto das respectivas parcelas mensais.

Com efeito, na esteira do mais atual entendimento adotado a este respeito pelo STJ, descabida se apresenta a aplicação, por analogia, aos contratos de mútuo com desconto direto em conta-corrente, da limitação prevista pelos arts. 45 da Lei nº 8.112/1990 e 1º da Lei nº 10.820/2003, valendo transcrever a deveras esclarecedora ementa do REsp 1586910/SP, de relatoria do douto Ministro Luís Felipe Salomão:

> Recurso especial. Prestações de mútuo firmado com instituição financeira. Desconto em conta-corrente e desconto em folha. Hipóteses distintas. Aplicação, por analogia, da limitação legal ao empréstimo consignado ao mero desconto em conta-corrente, superveniente ao recebimento da remuneração. Inviabilidade. Dirigismo contratual, sem supedâneo legal. Impossibilidade. - 1. A regra legal que fixa a limitação do desconto em folha é salutar, possibilitando ao consumidor que tome empréstimos, obtendo condições e prazos mais vantajosos, em decorrência da maior segurança propiciada ao financiador. O legislador ordinário concretiza, na relação privada, o respeito à dignidade humana, pois, com razoabilidade, limitam-se os descontos compulsórios que incidirão sobre verba alimentar, sem menosprezar a autonomia privada. 2. O contrato de conta-corrente é modalidade absorvida pela prática bancária, que traz praticidade e simplificação contábil, da qual dependem várias outras prestações do banco e mesmo o cumprimento de pagamento de obrigações contratuais diversas para com terceiros, que têm, nessa relação contratual, o meio de sua viabilização. A instituição financeira assume o papel de administradora dos recursos do cliente, registrando lançamentos de créditos e débitos conforme os recursos depositados, sacados ou transferidos de outra conta, pelo próprio correntista ou por terceiros. - 3. Como característica do contrato, por questão de praticidade, segurança e pelo desuso, a cada dia mais acentuado, do pagamento de despesas em dinheiro, costumeiramente o consumidor centraliza, na conta-corrente, suas despesas pessoais, como, v.g., luz, água, telefone, tv a cabo, cartão de crédito, cheques, boletos variados e demais despesas com débito automático em conta. - 4. Consta, na própria petição inicial, que a adesão ao contrato de conta-corrente, em que o autor percebe sua remuneração, foi espontânea, e que os descontos das parcelas da prestação - conjuntamente com prestações de outras obrigações firmadas com terceiros - têm expressa previsão contratual e ocorrem posteriormente ao recebimento de seus proventos, não caracterizando consignação em folha de pagamento. - 5. Não há supedâneo legal e razoabilidade na adoção da mesma limitação, referente a empréstimo para desconto em folha, para a prestação do mútuo firmado com a instituição financeira administradora da conta-corrente. Com efeito, no âmbito do direito comparado, não se extrai nenhuma experiência similar - os exemplos das legislações estrangeiras, costumeiramente invocados, buscam, por vezes, com medidas extrajudiciais, solução

> para o superendividamento ou sobreendividamento que, isonomicamente, envolvem todos os credores, propiciando, a médio ou longo prazo, a quitação do débito. - 6. À míngua de novas disposições legais específicas, há procedimento, já previsto no ordenamento jurídico, para casos de superendividamento ou sobreendividamento - do qual podem lançar mão os próprios devedores -, que é o da insolvência civil. - 7. A solução concebida pelas instâncias ordinárias, em vez de solucionar o superendividamento, opera no sentido oposto, tendo o condão de eternizar a obrigação, visto que leva à amortização negativa do débito, resultando em aumento mês a mês do saldo devedor. Ademais, uma vinculação perene do devedor à obrigação, como a que conduzem as decisões das instâncias ordinárias, não se compadece com o sistema do direito obrigacional, que tende a ter termo. - 8. O art. 6º, § 1º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro confere proteção ao ato jurídico perfeito, e, consoante os arts. 313 e 314 do CC, o credor não pode ser obrigado a receber prestação diversa da que lhe é devida, ainda que mais valiosa. - 9. A limitação imposta pela decisão recorrida é de difícil operacionalização e resultaria, no comércio bancário e nas vendas a prazo, em encarecimento ou até mesmo restrição do crédito, sobretudo para aqueles que não conseguem comprovar a renda. - 10. Recurso especial do réu provido, julgado prejudicado o do autor (STJ, REsp 1586910/SP, Rel. Min. Luís Felipe Salomão, j. em 29/8/2017, *DJe* de 3/10/2017).

De fato, não se assevera razoável imputar ao mutuante obrigação diversa da pactuada livremente entre as partes, valendo lembrar que as normas que estabelecem a limitação do valor dos descontos destinados à amortização da dívida são específicas aos empréstimos com débito consignado em folha de pagamento.

A imposição de limite para a cobrança do valor das parcelas relativamente aos contratos com desconto em conta-corrente implica injustificável desequilíbrio da relação contratual, não sendo razoável transferir ao mutuante o ônus de responder pela falta de habilidade do mutuário em administrar suas próprias finanças.

Na realidade, a aplicação aos contratos com desconto em conta-corrente, por analogia, das normas limitadoras do valor dos descontos em folha de pagamento possui efeito nefasto em detrimento dos mutuários endividados, ensejando não apenas o alongamento do prazo de sua dívida, com a incidência, durante maior tempo, dos acréscimos pactuados, como também lhe permitindo se endividar ainda mais, com a contratação de novos empréstimos, tornando ainda mais difícil a recuperação de sua saúde financeira.

Sendo assim, ainda sob o enfoque do princípio da dignidade a pessoa humana, descabida se apresenta a limitação pretendida pela parte autora em relação ao empréstimo contratado perante o Banco do Brasil S.A., sendo contrário a seus interesses o efeito da medida vindicada.

Da mesma forma, também não merece subsistir a pretensão autoral para que o Banco do Brasil se abstenha de fazer descontos sobre os supostos valores depositados em sua conta a título de alimentos prestados em favor de seu filho, pois, ainda que se encontrasse comprovado o caráter alimentar de referida verba, não teria ela legitimidade para, em nome próprio, defender direito alheio.

Sendo assim, diante da reforma da sentença no tocante aos pedidos formulados em detrimento do Banco do Brasil, restou prejudicada a apreciação dos pedidos formulados no apelo adesivo.

Com tais considerações, dou provimento ao primeiro recurso e nego provimento ao apelo adesivo, para reformar parcialmente a sentença primeva, dela extirpando a condenação imputada ao Banco do Brasil, bem como condenando a postulante ao pagamento da integralidade das custas e despesas processuais, assim como os honorários advocatícios de R$500,00 em favor dos patronos de cada uma das instituições financeiras demandadas, observada a gratuidade judiciária outorgada em seu favor.

Custas e honorários recursais, que ora fixo em R$500,00 (quinhentos reais), pela apelante adesiva, *ex vi legis*.

Votaram de acordo com a Relatora os Desembargadores SALDANHA DA FONSECA e DOMINGOS COELHO.

Súmula - DERAM PROVIMENTO AO PRIMEIRO APELO E NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO ADESIVO.

• • •

Apelação cível - Cobrança - Ressarcimento de valores - Legitimidade passiva - Comissão de corretagem - Sub-rogação

- A legitimação para a causa é vista de ambos os polos da relação processual, a ativa e a passiva respectivamente, e não se confunde com a legitimação processual, ou capacidade de estar em juízo.

- A cobrança de comissão de corretagem é devida quando, por intermédio do corretor, as partes se aproximarem, de modo que a atuação de referido profissional se caracteriza como crucial para a realização do negócio almejado, ainda que em tempo diverso ao esperado.

- Sendo a intermediadora condenada judicialmente à devolução dos valores pagos pelo consumidor a título de comissão de corretagem, sub-rogam-se os direitos de credora.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0000.18.047447-0/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: MRV Engenharia e Participações S.A. - Apelado: Roca Administradora de Imóveis Ltda. - EPP - Relator: DES. ALEXANDRE SANTIAGO

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 11ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em REJEITAR A PRELIMINAR E NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 20 de junho de 2018. - *Alexandre Santiago* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. ALEXANDRE SANTIAGO - Trata-se de recurso de apelação interposto contra a sentença de ordem nº 41, proferida pelo MM. Juiz da 29ª Vara Cível de Comarca de Belo Horizonte, que julgou procedente o pedido formulado na ação de cobrança ajuizada por Roca Administradora de Imóveis Ltda. - EPP em desfavor de MRV Engenharia e Participações S.A., condenando a requerida ao pagamento do valor de R$3.101,00 (três mil cento e um reais), o qual deverá ser corrigido com base na tabela da Corregedoria de Justiça do Poder Judiciário a partir do pagamento nos autos dos Juizados Especiais, acrescido de juros de mora de 1,0% ao mês, desde a citação.

Inconformada, a requerida apresenta suas razões recursais no evento de ordem nº 45, ao argumento de que o instituto da sub-rogação não seria aplicável ao caso *sub judice*, uma vez que não possui qualquer obrigação junto ao credor originário.

Dessa forma, aduz que a empresa apelada somente realizou o pagamento do montante objeto da ação por força de sentença condenatória, e não como terceiro interessado.

Afirma que resta patente a ilegitimidade da apelante em restituir valor recebido por terceiro, por ter sido o verdadeiro responsável pela execução do serviço previamente contratado, bem como pelo recebimento da comissão.

Ao final, aduz que ficou evidente a litigância de má-fé da apelada no presente caso, devendo ser a sentença reformada para julgar a ação totalmente improcedente, com a condenação da apelada no pagamento de multa pela má-fé, nos termos dos artigos 79 e 81 do CPC.

Comprovante de pagamento do preparo recursal apresentado no evento de ordem nº 47.

Contrarrazões apresentadas no evento de ordem nº 53, pugnando pela manutenção da decisão, ao argumento de que, por uma questão de "conveniência tributária" da apelante, os valores referentes à comissão que deveriam ser pagos pela apelante à apelada foram pagos por um cheque da promitente compradora diretamente à apelada.

Assim, por meio da presente demanda, a apelada requer, em ação de regresso, o recebimento desta verba.

É o relatório.

Passo a decidir.

Conheço do recurso, pois presentes os pressupostos processuais de sua admissibilidade.

Trata-se de ação regressiva ajuizada por Roca Administradora de Imóveis Ltda. em desfavor de MRV Engenharia e Participações S.A., ao argumento de que, em decorrência de uma decisão judicial proferida nos autos do processo nº 566.01. 2012.005541-0, que tramitou perante o Juizado Especial Cível de São Carlos, a empresa autora foi condenada ao pagamento da quantia de R$3.101,00 (três mil, cento e um reais), acrescida de correção monetária e juros de mora, contados da citação.

Sustenta que referida verba teria sido paga a título de comissão de corretagem pelo Sr. Eliandro Roberto João à autora, por ordem da requerida, no momento da compra do apartamento 401, bloco "01", do Condomínio Residencial Spazio Montemezzi, fazendo jus à restituição do valor despendido, nos termos do art. 346 do Código Civil.

Foi proferida sentença de procedência dos pedidos iniciais, nos seguintes termos:

> Isso posto, julgo o pedido contido na petição inicial, para condenar a ré a pagar à autora o valor de R$3.101,00 (três mil cento e um reais), o qual deverá ser corrigido com base na tabela da Corregedoria de Justiça do Poder Judiciário a partir do pagamento nos autos dos Juizados Especiais, acrescido de juros de mora de 1,0% ao mês, desde a citação.
>
> Condeno a ré ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, que fixo em 15% sobre o valor da condenação, com base no art. 85, § 2º, do CPC (documento de ordem nº 43).

Em face dessa decisão, insurge-se a requerida, alegando, preliminarmente, sua ilegitimidade para figurar no polo passivo da lide.

É de saber notório que a legitimidade *ad causam* é a titularidade ativa ou passiva da ação.

A legitimação para a causa é vista de ambos os polos da relação processual, a ativa e a passiva respectivamente, e não se confunde com a legitimação processual ou capacidade de estar em juízo.

> A legitimidade da parte (*legitimatio ad causam*) consiste na titularidade ativa ou passiva da ação.
>
> [...]

> Leciona Arruda Alvim que 'estará legitimado o autor quando for o possível titular do direito pretendido, ao passo que a legitimidade do réu decorre do fato de ser ele a pessoa indicada, em sendo procedente a ação, a suportar os efeitos oriundos da sentença'. Assim, são legitimados ao processo aqueles titulares dos interesses em conflito, sendo ativo o titular do interesse apresentado e passivo o titular do direito, digo, interesse oposto. Neste caso, estamos diante da legitimação ordinária, posto que exercida a ação pelo titular do interesse, na defesa de seu próprio interesse. Excepcionalmente, prevê o direito processual a legitimação extraordinária, quando, em algumas hipóteses, a parte demanda em nome próprio, na defesa de interesse alheio, como substituto processual. Não se pode confundir tal figura com a representação. Nesta o representante exerce a ação em nome e por conta do representado. Na substituição processual, o substituto exerce, em seu nome, uma ação que, embora pertencente a outrem, é conferida extraordinariamente a ele, em face da legitimação extraordinária (FRIEDE, Reis. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996. p. 36).

Em outras palavras, o autor deverá ser titular do interesse que se contém, na sua pretensão com relação ao réu. Assim, a legitimação para agir em relação ao requerido deverá corresponder à legitimação para contradizer deste em relação àquele.

No caso dos autos, a legitimidade passiva da requerida resta configurada, por ter recebido o pagamento da comissão de corretagem cuja restituição é pleiteada por meio da presente demanda.

Rejeito, pois, a preliminar de ilegitimidade passiva.

Inexistindo demais questões prévias a serem sanadas, passo ao exame do mérito da lide.

O conjunto probatório dos autos revela que a apelada atuou intermediando a negociação de centenas de apartamentos que estavam sendo construídos pela construtora apelante.

O contrato de corretagem imobiliária é aquele em que o corretor de imóveis, profissional devidamente inscrito no Conselho Regional de Corretores de Imóveis, não ligado à outra parte em virtude de mandato ou de prestação de serviços, sem qualquer relação de dependência, se obriga, mediante remuneração, a obter para outrem um ou mais negócios, conforme instruções recebidas, ou a fornecer-lhe as informações necessárias para a celebração negocial.

No Código Civil de 2002, a corretagem está disciplinada nos artigos 722 a 729, sendo importante trazer à baila o que dispõe o primeiro deles, *in verbis*:

> Art. 722. Pelo contrato de corretagem, uma pessoa, não ligada a outra em virtude de mandato, de prestação de serviços ou por qualquer relação de dependência, obriga-se a obter para a segunda um ou mais negócios, conforme as instruções recebidas.

Dessa forma, em um primeiro momento, incumbia à recorrente o ônus de realizar o pagamento das comissões de corretagem devidas em decorrência da venda das unidades autônomas.

Contudo, no julgamento do Recurso Especial nº 1.599.511/SP, representativo da controvérsia, o colendo Superior Tribunal de Justiça reconheceu a validade da cláusula contratual que transfere ao promitente-comprador a obrigação de pagar a comissão de corretagem nos contratos de promessa de compra e venda de unidade autônoma em regime de incorporação imobiliária, desde que previamente informado o preço total da aquisição da unidade autônoma, com o destaque do valor da corretagem.

> Recurso especial repetitivo. Direito civil e do consumidor. Incorporação imobiliária. Venda de unidades autônomas em estande de vendas. Corretagem. Cláusula de transferência da obrigação ao consumidor. Validade. Preço total. Dever de informação. Serviço de Assessoria Técnico-Imobiliária (SATI). Abusividade da cobrança. - I - Tese para os fins do art. 1.040 do CPC/2015: 1.1. Validade da cláusula contratual que transfere ao promitente-comprador a obrigação de pagar a comissão de corretagem nos contratos de promessa de compra e venda de unidade autônoma em regime de incorporação imobiliária, desde que previamente informado o preço total da aquisição da unidade autônoma, com o destaque do valor da comissão de corretagem. 1.2. Abusividade da cobrança pelo promitente-vendedor do serviço de assessoria técnico-imobiliária (SATI), ou atividade congênere, vinculado à celebração de promessa de compra e venda de imóvel. II - Caso concreto: 2.1. Improcedência do pedido de restituição da comissão de corretagem, tendo em vista a validade da cláusula prevista no contrato acerca da transferência desse encargo ao consumidor. Aplicação da tese 1.1. 2.2. Abusividade da cobrança por serviço de assessoria imobiliária, mantendo-se a procedência do pedido de restituição. Aplicação da tese 1.2. III - Recurso especial parcialmente provido (Recurso Especial nº 1.599.511/SP, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, *DJe* de 6/9/2016).

In casu, saliento que a irregularidade da cobrança da comissão de corretagem em face da compradora do imóvel restou decidida nos autos do Processo nº 566.01. 2012.005541-0, que tramitou perante o Juizado Especial Cível de São Carlos e já transitou em julgado (documentos de ordem nº 07 e 08).

A sentença proferida naqueles autos reconheceu que a requerida, Roca Administradora de Imóveis Ltda., ora apelada, teria atuado como a única intermediária necessária na transação ocorrida, sendo que a operação realizada caracterizaria "venda casada".

Dessa forma, concluiu o douto Magistrado que não restava opção ao autor, que, ou comprova o imóvel aceitando a participação da ré, ou não o comprava.

Considerando que o autor daquela demanda teria se dirigido ao *stand* da construtora para efetivar a compra, o MM. Juiz condenou a administradora ao ressarcimento da quantia que lhe teria sido paga a título de comissão de corretagem.

Referida sentença foi confirmada pela Turma Recursal e, após o trânsito em julgado, foi atingida pelo instituto da coisa julgada.

Dessa forma, como já foi reconhecido que o pagamento da referida quantia foi indevido, a parte apelante, que, de fato, foi quem recebeu tais valores, de forma conjunta com a quitação referente à unidade autônoma, fato incontroverso nos autos, deve ressarcir o montante à apelada.

Cumpre registrar que, tendo em vista que a responsabilidade da apelante, nos autos da ação em trâmite no Juizado Especial, restou configurada, por se tratar de uma cadeia de fornecimento, sob a ótica da legislação consumerista, deve ser mantida a procedência da ação de regresso.

Neste sentido é o posicionamento deste egrégio Tribunal em casos semelhantes:

> Apelação cível. Ação de cobrança. Comissão de corretagem. Sub-rogação. - O contrato de corretagem, ainda que informal, tem por objetivo a intermediação de partes interessadas na efetivação de determinado negócio, cuja comissão, a título de pagamento, somente será devida no caso de concretização útil do acordo. - Demonstrado, nos autos, que a intermediadora foi condenada judicialmente à devolução dos valores pagos pelo consumidor a título de comissão de corretagem, sub-rogou-se nos direitos de credora, fazendo jus ao recebimento da referida quantia, nos termos do art. 934 do Código Civil

(TJMG - Apelação Cível nº 1.0000.16.067318-2/001, Rel. Des. José Arthur Filho, 9ª Câmara Cível, j. em 1/11/2016, p. em 8/11/2016).

Apelação cível. Ação de regresso. Promessa de compra e venda de imóvel. Comissão de corretagem. Responsabilidade pelo pagamento. Promitente vendedora. - A transferência ao promitente-comprador da obrigação de pagar comissão de corretagem nos contratos de promessa de compra e venda somente pode ocorrer se 'previamente informado o preço total da aquisição da unidade autônoma, com o destaque do valor da comissão de corretagem' (Tema 938, REsp. 1.599.511/SP). Sendo considerada abusiva a transferência dessa obrigação, compete a promitente-vendedora arcar com a respectiva comissão, pois o corretor não pode ser privado de sua remuneração. Condenado a restituir ao promitente-comprador o valor que recebeu a título de comissão, o corretor tem direito de regresso contra a promitente-vendedora responsável pela contratação do serviço que foi efetivamente prestado (TJMG - Apelação Cível nº 1.0000.17.084494-8/001, Rel. Des. José Augusto Lourenço dos Santos, 12ª Câmara Cível, j. em 7/3/2018, p. em 14/3/2018).

Cumpre registrar que, ocorrendo o pagamento da apelante, por se inserir na cadeia de fornecimento, cabível a ação de regresso, sendo que a apelante se sub-rogou, nos termos do art. 346, III, do Código Civil:

Art. 346. A sub-rogação opera-se, de pleno direito, em favor:

I - do credor que paga a dívida do devedor comum;

II - do adquirente do imóvel hipotecado, que paga a credor hipotecário, bem como do terceiro que efetiva o pagamento para não ser privado de direito sobre imóvel;

III - do terceiro interessado, que paga a dívida pela qual era ou podia ser obrigado, no todo ou em parte.

Saliento, ainda, que a pretensão da apelada baseia-se no art. 934 do Código Civil, por ter sido condenada judicialmente ao pagamento de um valor que foi recebido por pessoa diversa.

Art. 934. Aquele que ressarcir o dano causado por outrem pode reaver o que houver pago daquele por quem pagou, salvo se o causador do dano for descendente seu, absoluta ou relativamente incapaz.

Ao final, a apelante pugna pela condenação da apelada às penalidades da litigância de má-fé.

Cabe registrar que a condenação às penas da litigância de má-fé ocorre quando restar comprovado nos autos um comportamento malicioso e propositado da parte, visando dificultar o andamento do feito, nos termos do art. 80 do NCPC.

Art. 80. Considera-se litigante de má-fé aquele que:

I - deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso;

II - alterar a verdade dos fatos;

III - usar do processo para conseguir objetivo ilegal;

IV - opuser resistência injustificada ao andamento do processo;

V - proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo;

Vl - provocar incidentes manifestamente infundados;

VII - interpuser recurso com intuito manifestamente protelatório.

> Art. 81. De ofício ou a requerimento, juiz condenará o litigante de má-fé a pagar multa, que deverá ser superior a um por cento e inferior a dez por cento do valor corrigido da causa, e a indenizar a parte contrária pelos prejuízos que esta sofreu, e a arcar com os honorários advocatícios e com todas as despesas que efetuou.
>
> § 1º Quando forem dois ou mais os litigantes de má-fé, o juiz condenará cada um na proporção do seu respectivo interesse na causa, ou solidariamente aqueles que se coligaram para lesar a parte contrária.
>
> § 2º Quando o valor da causa for irrisório ou inestimável, a multa poderá ser fixada em até 10 (dez) vezes o valor do salário-mínimo.
>
> § 3º O valor da indenização será fixado pelo juiz ou, caso não seja possível mensurá-lo, liquidado por arbitramento ou pelo procedimento comum, nos próprios autos.

Acerca da temática, o il. doutrinador Elpídio Donizetti ensina sobre litigância de má-fé (art. 17 do CPC/73, reproduzido no art. 80 do NCPC):

> O rol do art. 17 é taxativo, *numerus clausus*, não comportando ampliação. A taxatividade, porém, refere-se apenas às hipóteses caracterizadoras da litigância de má-fé, e não à incidência do instituto, tendo em vista que o preceito do dispositivo em comento poderá ser aplicado aos processos regulados por legislações extravagantes, como a ação civil pública, a ação popular, entre outras.
>
> Praticadas quaisquer das condutas elencadas pelo art. 17, além do pagamento de multa, o litigante de má-fé será condenado a indenizar a parte contrária dos prejuízos que esta sofreu, mais os honorários advocatícios e todas as despesas que efetuou (art. 18 do CPC)
>
> Para a condenação ao pagamento de multa, basta que o juiz verifique a prática de um dos enumerados no art. 17 do CPC. Todavia, a indenização dos prejuízos à parte contrária que será desde logo fixada pelo juiz, em quantia não superior a 20% (vinte por cento) sobre o valor da causa, ou liquidado por arbitramento, pressupõe, além da conduta, o dano (elemento objetivo) e a culpa (elemento subjetivo), que abrange o dolo e a culpa em sentido estrito de natureza grave (*Curso didático de direito processual civil*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 161).

Para que a litigância de má-fé seja configurada é necessário que se comprove o dano causado à outra parte e a culpa da parte por tê-lo provocado.

E, no caso dos autos, não restou configurada nenhuma das hipóteses taxativamente enumeradas no art. 80 do NCPC, já que a apelada apenas busca, em juízo, o ressarcimento das quantias pagas a título de comissão de corretagem.

Por todo o exposto, rejeito a preliminar e nego provimento ao recurso.

Custas e honorários recursais, os quais majoro em 17% do valor da condenação, pela apelante.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES ALBERTO DINIZ e MÔNICA LIBÂNIO ROCHA BRETAS.

Súmula - REJEITARAM A PRELIMINAR E NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

• • •

Apelação cível - Embargos à execução - Cheque - Rasura no numeral por extenso - Requisito essencial - Invalidade - Ausência de força executiva - Acolhimento dos embargos à execução - Sentença mantida

- A rasura constante no valor do cheque retira a força executiva do título, ensejando o acolhimento dos embargos e a extinção da execução.

- A despeito da autonomia e literalidade do cheque, em princípio, é possível discutir sua *causa debendi* em embargos à execução.

- Quando o título exequendo apresenta irregularidade formal, torna-se inócua a discussão sobre a relação material havida entre as partes em sede de Embargos à Execução.

- A má-fé não se presume, devendo ser demonstrada nos autos.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0342.05.056189-9/005 - Comarca de Ituiutaba - Apelante: Cristiano Souza Giaretta - Apelados: Cláudio Andraus Borges, Antônio Borges Nascimento e outros. - 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, 28 de junho de 2018. - *José Américo Martins da Costa* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. JOSÉ AMÉRICO MARTINS DA COSTA - Cristiano Souza Giaretta apela da sentença que julgou procedentes os embargos à execução movidos/apresentados por Cláudio Andraus Borges e Antônio Borges Nascimento:

> Desse modo, a controvérsia está instalada em saber se o título foi emitido no valor de R$90,00 (noventa reais), ou R$90.000,00 (noventa mil reais).
>
> Para tanto, foi determinada a realização de perícia técnica, tendo sido constatado:
>
> "[…] concluiu o perito com absoluta convicção, que não há a mínima correspondência gráfica entre o grafismo de preenchimento do cheque (f. 09) dos autos, face aos grafismos autênticos (textos), fornecidos pelos Srs. Antônio Borges do Nascimento, Cláudio Andraus Borges, Mário Jacob Yunes e o Sr. Cristiano Souza Giaretta […] Portanto, a análise detalhada e pormenorizada do grafismo constitutivo dos "padrões de confronto", face ao preenchimento questionado, veio revelar TOTAL INCOERÊNCIA E/OU INCOMPATIBILIDADE GRÁFICA, entre os traçados que constituem um e outro. Isto equivale a dizer, portanto, que não há correspondência gráfica, ou seja, o preenchimento do cheque de f. 09 dos autos não foi produzido pelo punho escritor dos embargantes e embargados, e do Sr. Mário Jacob Yunes, exceto a pré-datação que foi produzida, pelo punho escritor do Sr. Cláudio Andraus Borges, ou seja,

"Bom p/30–06–04", exceto relativamente às rasuras e retoques, que não há como determinar a autoria das mesmas." - f. 116.

"[…] Quanto ao valor numérico, nota-se que os três últimos algarismos, apresentam tonalidades mais claras, certamente o autor (a) teria imprimido menor pressão sobre o instrumento escrevente, o terceiro e quarto algarismos, encontram-se mais aglutinados em relação aos demais. Para considerar que o valor original do cheque fosse de "Noventa Reais" (90,00), no local onde deveria existir uma vírgula (após o primeiro zero), foi lançado originariamente um ponto, portanto, se originariamente houvesse sido lançado o valor numérico de noventa reais, este seria assim? "90,00" e não assim: "90.00". Adiante também se observa irregularidade na oposição de outro ponto situado após o terceiro zero, ponto este, desnecessário inclusive na hipótese da existência original do valor de "90,00". […] Portanto, tudo leva a crer que todo aquele lançamento teria sido produzido pela mesma pessoa que tendo cometido falha na grafação, tentou remendar e acabou por produzir tais irregularidades. Essas irregularidades não contêm elementos que possam permitir ao perito identificar a autoria das mesmas, portanto, não se pode imputá-las a quem quer que seja. - Além do que, via de regra, em documentos dessa natureza (cheque) o que realmente determina seu valor é o preenchimento por extenso. [...]" - f. 119.

Extrai-se da perícia que as assinaturas lançadas no título são dos embargantes. Todavia, restou aferido não terem sido as partes que teriam preenchido a cártula em discussão, mas uma terceira pessoa.

Ora, o Julgador não está adstrito ao laudo pericial, podendo formar a sua convicção com outros elementos ou fatos provados nos autos, conforme previa o art. 436 do CPC/1973, hodiernamente, transmudado para o art. 479 do CPC/2015.

Nota-se, do cheque carreado às f. 578 estar o valor por extenso bastante irregular, pois a grafia da expressão "mil" foi sobreposta.

A olho nu vislumbra não tratar de simples erro de preenchimento, mas de uma sobreposição grotesca. Até porque, caso assim não fosse, teria sido emitido outro cheque, considerando o montante do valor cobrado pelo credor.

Assim, contrariando a conclusão do perito, nítida a pós-inserção da palavra "mil" no documento.

[...]

Não bastasse, houve divergência cromática e de estrutura dos tipos, tal como afirmado pelo perito às f. 117, tornando a adulteração perpetrada de fácil visualização.

De mais a mais, embora o título de crédito dispense a causa subjacente, na situação posta em exame, onde se discute a validade ou não do cheque, competia ao credor o ônus do fato constitutivo de seu direito, *ex vi*, art. 373, I, do CPC.

Não obstante tenha afirmado às f. 324 ter recebido o cheque como pagamento de um imóvel, sequer comprovou a negociação de tal bem, seja com documentos ou por meio de testemunhas.

Desse modo, sem desmerecer o trabalho desenvolvido pelo expert o cheque em análise carece de robustez apta a ensejar o processo executório.

Destarte, o título embasador da execução é inexigível, haja vista a sobreposição da palavra "mil" constatada no valor por extenso. Tal requisito é essencial para validade do cheque, cujas formalidades estão preceituadas na Lei 7.357/85 e as normativas do Banco Central, as quais se encarregaram de suprir as lacunas da Lei e determinam a padronização do cheque. [...]

> Neste raciocínio é de rigor a procedência dos embargos, pois os requisitos da certeza, liquidez e exigibilidade devem estar ínsitos no título exequendo, sob pena de nulidade da execução, não se prestando a embasá-la o cheque apresentado, pois houve a adulteração da quantia a ser paga.

Em suas razões recursais, o apelante alega, em suma, que "é totalmente desnecessário e inexigível que o credor comprove a *causa debendi* que originou o título, sendo suficiente a juntada do cheque".

Defende que, segundo a prova pericial produzida, "é inconteste a veracidade e autenticidade do valor do título, bom como da assinatura do Primeiro Apelado e titular do cheque" (f. 598).

Alega que "o nobre Juiz afirma que, contrariando a conclusão do perito, nítida a pós-inserção da palavra mil no documento", defendendo que "não pode qualquer julgador simplesmente ter sua convicção afastando um laudo pericial".

Argumenta que "o que deve ser observado é o campo de preenchimento do valor por extenso" (f. 600).

Diz que a notificação extrajudicial "supre a não apresentação do título" (f. 602).

Pugna pela improcedência dos embargos, pelo prosseguimento da execução e pela imposição de multa por litigância de má-fé ao apelado, por ter ele alterado a verdade dos fatos.

Contrarrazões às f. 616 e ss..

Contrarrazões às f. 117 e ss..

É o relatório no necessário. Decido.

Juízo de Admissibilidade.

Passo ao exame das razões recursais com base na Lei Processual Civil de 2015, porque a sentença foi publicada sob sua vigência.

O enunciado 54 do Fórum de Debates e Enunciados sobre o NCPC deste eg. TJMG elucida:

> 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.

Satisfeitos os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso de apelação.

Mérito.

A primeira questão trazida a este Tribunal diz respeito verificar se houve adulteração do cheque nº 1912, Banco Bradesco, que lastreia a ação de execução (f. 578).

Conforme se depreende dos autos, o exequente/embargado defende que o cheque possui uma ordem de pagamento no valor do R$90.000,00 (noventa mil reais) ao passo que o executado/embargante defende que seria de R$90,00 (noventa reais).

Analisando o referido cheque (f. 578), verifico que no campo do numeral consta o número "90.000,00", sendo que há um tom visivelmente mais forte nos primeiros 4 números, quais sejam, "90.00", o que sugere

que o cheque foi inicialmente preenchido com este último valor e, posteriormente foram acrescentados os algarismos "0,00" nele.

Além disso, no título, o campo do numeral por extenso está rasurado.

Nesse campo consta o numeral "Noventa" e a palavra "Reais". Contudo, verifica-se que entre essas duas palavras há uma rasura bem grudada na palavra "Reais", a qual o exequente apelante defende ser o numeral "Mil".

Tal campo, contudo, não está nítido, não se podendo afirmar que ali, de fato, fora escrito "noventa mil reais". Ao contrário, mais uma vez fica sugerido que se tentou inserir posteriormente um suposto numeral "Mil", onde constava apenas "Noventa Reais".

Independentemente de quem tenha sido o responsável pela rasura, e de que ela tenha sido feita de boa ou de má-fé, o fato é que o cheque está rasurado em um elemento essencial, o que retira a sua liquidez e certeza, invalidando o referido título.

A propósito:

> Ação de execução. Nota promissória. Nome do beneficiário. Requisitos essenciais para constituição do título executivo. Rasura. Nulidade do título. - O nome do beneficiário é requisito essencial do título, de forma que a rasura na cártula retira-lhe a natureza cambiária, padecendo-lhe a indispensável literalidade, e, por consequência, sua aptidão para embasar processo de execução de título extrajudicial (TJMG - Apelação Cível 1.0699.13.000407-9/001, Rel. Des. Estevão Lucchesi, 14ª Câmara Cível, j. em 1/12/2016, p. em 7/12/2016).
>
> Apelação cível. Embargos à execução. Nota promissória. Rasura. Adulteração. Ausência de certeza e liquidez. Recurso não provido. - O preenchimento de nota promissória rasurada em momento posterior à assinatura do emitente retira a certeza e liquidez da obrigação do título, que fica sem eficácia executiva (TJMG - Apelação Cível 1.0390.12.001562-8/001, Rel. Des. Rogério Medeiros, 14ª Câmara Cível, j. em 10/4/2014, p. em 25/4/2014).
>
> Embargos à execução. Cheque. - Prova pericial que apurou alteração na data de emissão do cheque, e na indicação pós-datada. - Adulteração que retirou a validade do título executivo, ensejando o acolhimento dos embargos e a extinção da execução. - Sentença mantida por seus próprios e jurídicos fundamentos. - Aplicação do art. 252, do RITJSP. - Precedentes desta Corte, do STJ e do STF. - Recurso desprovido (TJSP - Apel. 00002446320128260274, Rel. João Batista Vilhena, j. em 26/11/2015, 24ª Câmara de Direito Privado, p. em 1/12/2015).
>
> Apelação cível. Embargos à Execução. Título Executivo Extrajudicial. Cheque. Adulteração na data de emissão. Fraude que invalida a cártula. Ação executiva. Prescrição. Reconhecimento. Apelo desprovido (TJPR - Apelação Cível 0178928-8, Rel. Edson Vidal Pinto, j. em 30/10/2002, Quinta Câmara Cível (extinto TA), p. em 14/11/2002 DJ p. 6250).
>
> Execução por título extrajudicial. Cambial. Nota Promissória. Alteração do nome do beneficiário. Fato que retira a força executiva do título. Precedente. Decreto de extinção mantido. Embargos procedentes. Recurso não provido (TJSP - Rel. Itamar Gaino, 21ª Câmara de Direito Privado, j. em 21/1/2009; Data de registro: 11/2/2009; Outros números: 7203615400).
>
> Apelação cível. Embargos à execução. Sentença que julgou procedentes os embargos. Nulidade do título executivo extrajudicial ante a constatação de adulteração. Comprovação. Prova pericial. Aplicação da litigância de má-fé. Impossibilidade. Recurso parcialmente provido. A prova inequívoca da rasura no

> cheque, constatada em laudo pericial, desnatura a sua força executiva (TAPR - Oitava C.Cível (extinto TA) - Ap. Cível 164061-9, Rel. Marques Cury, Unânime, j. em 2/4/2001).

Além disso, não merece prosperar a alegação de que a perícia reconheceu a "veracidade e autenticidade do valor do título, bom como da assinatura do primeiro apelado e titular do cheque".

Conforme bem observado pelo douto Julgador *a quo*, o laudo pericial constatou irregularidades nos numerais e a ausência de correspondência gráfica no preenchimento do cheque, senão vejamos:

> […] concluiu o perito com absoluta convicção, que não há a mínima correspondência gráfica entre o grafismo de preenchimento do cheque (f. 09) dos autos, face aos grafismos autênticos (textos), fornecidos pelos Srs. Antônio Borges do Nascimento, Cláudio Andraus Borges, Mário Jacob Yunes e o Sr. Cristiano Souza Giaretta […] Portanto, a análise detalhada e pormenorizada do grafismo constitutivo dos "padrões de confronto", face ao preenchimento questionado, veio revelar total incoerência e/ou incompatibilidade gráfica, entre os traçados que constituem um e outro. Isto equivale a dizer, portanto, que não há correspondência gráfica, ou seja, o preenchimento do cheque de f. 09 dos autos, não foi produzido pelo punho escritor dos Embargantes e Embargados, e do Sr. Mário Jacob Yunes, exceto a pré-datação que foi produzida, pelo punho escritor do Sr. Cláudio Andraus Borges, ou seja, "Bom P/30-06-04", exceto relativamente às rasuras e retoques, que não há como determinar a autoria das mesmas (f. 116).
>
> […] Quanto ao valor numérico, nota-se que os três últimos algarismos, apresentam tonalidades mais claras, certamente o autor (a) teria imprimido menor pressão sobre o instrumento escrevente, o terceiro e quarto algarismos, encontram-se mais aglutinados em relação aos demais. Para considerar que o valor original do cheque fosse de "Noventa Reais" (90,00), no local onde deveria existir uma vírgula (após o primeiro zero), foi lançado originariamente um ponto, portanto, se originariamente houvesse sido lançado o valor numérico de noventa reais, este seria assim? "90,00" e não assim: "90.00". Adiante também se observa irregularidade na oposição de outro ponto situado após o terceiro zero, ponto este, desnecessário inclusive na hipótese da existência original do valor de "90,00". […] Portanto, tudo leva a crer que todo aquele lançamento teria sido produzido pela mesma pessoa que tendo cometido falha na grafação, tentou remendar e acabou por produzir tais irregularidades. Essas irregularidades não contêm elementos que possam permitir ao perito identificar a autoria das mesmas, portanto, não se pode imputá-las a quem quer que seja. - Além do que, via de regra, em documentos dessa natureza (cheque) o que realmente determina seu valor é o preenchimento por extenso [...] (f. 119).

O il. perito também concluiu que "há irregularidade no valor numérico relativo ao documento questionado, entretanto não há possibilidade de atribuir tal irregularidade a quem quer que seja" (f.127).

Como já dito, é irrelevante quem tenha sido o responsável pela rasura, e de que ela tenha sido feita de boa ou de má-fé, o fato é que o cheque está rasurado em um elemento essencial.

Assim, o cheque nº 1912, Banco Bradesco, (f. 578), não é título hábil para lastrear a Ação de Execução de Título Extrajudicial.

A propósito, nesta Câmara:

> Apelação cível. Embargos devedor. Cheque adulteração da data de emissão. Invalidade da cártula. Reconhecimento. - Inadmissível o prosseguimento de execução amparada em cheque, se foi rasurada a data de emissão, tornando inválida a cártula de crédito (TJMG - Apelação Cível 1.0024.09.751546-4/001, Rel.ª Des.ª Mônica Libânio, 15ª Câmara Cível, j. em 27/10/2016, p. em 7/11/2016).

Registre-se que, a despeito da autonomia e literalidade do cheque, em princípio, seria possível discutir sua *causa debendi* em Embargos à Execução.

Contudo, como o título exequendo apresenta irregularidade formal, torna-se inútil a discussão sobre a relação material havida entre as partes em sede de Embargos à Execução.

Fica também prejudicada a discussão sobre o negócio subjacente do segundo apelado com o Sr. Mário e sobre a necessidade de apresentação do título para compensação.

Registre-se que a discussão da *causa debendi* teria o escopo de desconstituir um título executivo formalmente válido. E, no caso, o título contém vício formal que afasta a sua aptidão para embasar o feito executivo.

Caso a apelante deseje discutir eventual crédito com a apelada, sem um título executivo válido, deve se valer da via adequada em processo cognitivo.

Por fim registre-se que a apelante comprovou a alegação de que houve alteração da verdade dos fatos pela apelada.

A afirmação constante na petição inicial dos embargos à execução, no sentido de que a notificação extrajudicial foi feita no valor de R$90.000,00, não possibilita qualquer conclusão de existência de má-fé da embargante/apelada.

A má-fé não se presume. Deve ser comprovada, o que absolutamente não foi feito nos autos.

Não há, portanto, que se falar em aplicação de multa por litigância de má-fé.

Assim, entendo que razão não assiste à apelante, motivo pelo qual deve ser mantida a sentença.

Dispositivo.

Diante do exposto, com fundamento no art. 93, IX, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, nego provimento ao recurso.

Custas recursais pelo apelante.

Deixo de majorar os honorários advocatícios, porquanto já fixados em percentual máximo e razoável para atender a atuação do patrono também nesta instância, nos termos do art. 85, § 11, do CPC.

DES. ANTÔNIO BISPO - De acordo com o Relator.

DES. TIAGO PINTO - Peço vista.

DES. TIAGO PINTO - Este processo veio retirado de pauta para exame de questão alegada da tribuna, relativa à prova, para cotejo e consideração.

Visto.

Tal como bem assentado no voto condutor, a prova pericial, ao mesmo tempo em que apontou a ausência de "irregularidades que pudessem caracterizar supressão ou acréscimos" (f. 118), também reconheceu a existência de rasura, retoques, irregularidades (f. 116 e 118) no cheque que lastreou a execução, bem assim a total incoerência e incompatibilidade "entre os de preenchimento do cheque (f. 09) dos autos, face aos grafismos autênticos (textos), fornecidos pelos Srs. Antônio Borges do Nascimento, Cláudio Andraus Borges, Mário Jacob Yunes e o Sr. Cristiano Souza Giaretta" (f. 116).

Ainda, o ilustre perito foi pontual ao dispor que "os três últimos algarismos, apresentam tonalidades mais claras, certamente o autor (a) teria imprimido menor pressão sobre o instrumento escrevente, o terceiro e quarto algarismos, encontram-se mais aglutinados em relação aos demais" (f. 119), ressaindo inconcusso o acrescentamento de dois "zeros" quando do apontamento do valor numérico no cheque.

É esse o contexto que autoriza o reconhecimento de irregularidade formal no título que, diga-se, sequer foi apresentado ao banco sacado para pagamento. Logo, fica obstada a utilização da via executiva para recebimento do valor correspondente, ressalvada, contudo, nos termos da lei, se for o caso, a utilização do processo de conhecimento fundado na relação fundamental correspondente, tal como já expressado pelo eminente relator.

Com essas considerações, acompanho o voto condutor.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Apelação cível - Ação de indenização por danos morais - Assédio moral em ambiente de trabalho não demonstrado - Dano moral não configurado - Improcedência do pedido inicial - Sentença confirmada

- A configuração do assédio moral exige a prova da prática reiterada de atos que exponham o trabalhador, em posição hierarquicamente inferior, a situações de constrangimento e de humilhação, atingindo sua dignidade, no âmbito pessoal ou profissional, com conduta que justifique a indenização.

- Não demonstrados abusos e irregularidades cometidos pela Administração Pública em face de servidor, é de concluir que ausente o dever de indenizar.

- Recurso não provido.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0145.14.057793-6/001 - Comarca de Juiz de Fora - Apelante: J.R.S. - Apelado: Estado de Minas Gerais - Relator: DES. LUÍS CARLOS GAMBOGI

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 15 de março de 2018. - *Luís Carlos Gambogi* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. LUÍS CARLOS GAMBOGI - Trata-se de apelação cível interposta por J.R.S., contra a sentença proferida pelo Juízo da Vara da Fazenda Pública e Autarquias de Juiz de Fora, de f. 177/189v.-TJ, que, nos autos da ação de indenização por danos morais movida em face do Estado de Minas Gerais, julgou improcedentes os pedidos iniciais, condenando o autor ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, arbitrados em R$1.000,00 (mil reais), suspendendo a exigibilidade em razão da concessão da justiça gratuita.

Em suas razões recursais, de f. 180/183TJ, aduz o apelante, em síntese, que a sentença merece reparos na medida em que, na data da propositura da ação, não se encontrava em alta médica, e que seu atestado afirma sua inaptidão para o trabalho com armas de fogo. Aduz que seus superiores hierárquicos tinham plena ciência de suas limitações e, ainda assim, nada fizeram para amenizar o dano sofrido. Argumenta que os danos alegados se caracterizam pelos prejuízos suportados em razão da perda de seu emprego, bem como despesas médicas e psicológicas. Afirma que a possibilidade de tais reparações encontra respaldo na Constituição da República de 1988, que afirma o respeito à dignidade da pessoa humana, à sua imagem, patrimônio moral e cidadania.

Ao fim de sua narrativa, pugnou pelo provimento de seu recurso, reformando-se, por consequência, a sentença recorrida, para condenar o Estado de Minas Gerais ao pagamento de dano moral.

Contrarrazões às f. 184/191TJ, pugnando pelo desprovimento do recurso ou, caso assim não entenda, pela fixação do dever de indenizar com base nos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, com fixação de

juros com base no art. 1º-F da Lei 9.494/97, com redação dada pela Lei 11.960/09 e honorários advocatícios nos termos do disposto no art. 85, § 3º, do CPC/15.

É o relatório.

Conheço do recurso, uma vez que presentes os pressupostos de sua admissibilidade.

Cinge-se a controvérsia dos autos a se aferir, em grau de recurso, a sentença que julgou improcedente o pedido formulado na inicial, ao fundamento de que não configurado o dever de indenizar.

Afirma o autor, em sua peça inicial, que foi contratado pelo réu para exercer a função de Agente Penitenciário e que, quando de sua admissão, gozava de plena capacidade física e mental. Argumenta que, no ano de 2007, passou a apresentar moléstias psiquiátricas, o que levou o INSS a reconhecer sua incapacidade para o trabalho e o nexo entre o mal que o acometia e a atividade profissional desempenhada. Aduz que desde o seu diagnostico foi proibido de trabalhar portando arma de fogo e que, após ter alta de seu tratamento, sofreu dano moral ao ser obrigado a trabalhar portando arma de fogo, em desrespeito à recomendação médica, o que ocasionou a piora de seu quadro de saúde, ensejando o dever de indenizar, pugnando por sua fixação em R$ 100.000,00 (cem mil reais).

Transcorrendo naturalmente o feito, o Juízo sentenciante julgou improcedentes os pedidos iniciais.

Pois bem!

O dever de indenizar exige a comprovação dos requisitos da responsabilidade civil, quais sejam: o dano sofrido pela pessoa, o ato ilícito que resultou nesse dano e o nexo de causalidade entre o ato e o dano por ele produzido.

Para que gere a responsabilidade do Estado, imprescindível que se estabeleça um nexo causal entre o dano e a ação do agente, comissiva ou omissiva, sem o que não haveria o prejuízo, não importando se agiu com culpa ou dolo, elidindo-se a responsabilidade civil se não houver um comportamento contrário à ordem jurídica.

Com aderência à linha de raciocínio de Celso Antônio Bandeira de Mello (*Curso de Direito Administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 670), entendo que a responsabilidade do Estado estabelecida na Constituição da República, além da conduta comissiva (responsabilidade objetiva do Estado), cobre a hipótese da conduta omissiva (responsabilidade subjetiva do Estado); há que se ressaltar, no entanto, diante da divergência doutrinária e jurisprudencial, a opção deste julgador pela responsabilização subjetiva do Estado, nas situações de omissão ou pela má prestação do serviço público (*faute du Service*), como ocorre na espécie ora sob julgamento.

Nos termos do art. 37, § 6º, da Constituição da República:

> Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:
>
> [...]
>
> § 6º. As pessoas jurídicas de direito público e as pessoas de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Da análise do supramencionado dispositivo constitucional, tem-se que a responsabilidade do Estado - assim compreendida a União, os Estados-membros e os Municípios - é objetiva para o ato comissivo, sob a modalidade do risco administrativo, respondendo a Administração Pública pelos danos que seus agentes causarem a terceiros, sendo, para tanto, suficiente a prova do nexo de causalidade entre o ato praticado e o dano dele advindo, desnecessária a comprovação da culpa.

Conforme destacado, como a Constituição da República de 1988, além da conduta comissiva, cobre a hipótese da conduta omissiva, há que se ressaltar a possibilidade de responsabilização subjetiva do Estado, por omissão ou pela má prestação do serviço (*Faute du Service*). Para esclarecê-la, valiosa é a lição do já citado mestre Celso Antônio Bandeira de Mello:

> Responsabilidade subjetiva é a obrigação de indenizar que incumbe a alguém em razão de um procedimento contrário ao Direito - culposo ou doloso - consistente em causar um dano a outrem ou em deixar de impedi-lo quando obrigado a isso. Em face dos princípios publicísticos não é necessária a identificação de uma culpa individual para deflagrar-se a responsabilidade do Estado. Esta noção civilista é ultrapassada pela ideia denominada de *faute du service* entre os franceses. Ocorre a culpa do serviço ou "falta do serviço" quando este não funciona, devendo funcionar, funciona mal ou funciona atrasado. Esta é a tríplice modalidade pela qual se apresenta e nela se traduz um elo entre a responsabilidade tradicional do Direito Civil e a responsabilidade objetiva (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo.* 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 992).

Dessa forma, não obstante polêmica a posição sugerida pelo mestre Celso Antônio, a partir de seu ensinamento, minha interpretação caminha na direção de que é juridicamente possível a adoção da teoria da responsabilidade subjetiva do Estado, por omissão ou pela má prestação do serviço (*Faute du Service*), por meio da qual se passa a exigir a prova da conduta antijurídica ou ilícita, culposa ou dolosa, do nexo causal e do dano.

Esclarecidas as diretrizes para a configuração do dever de indenizar, resta aferir se, na hipótese em exame, cabe à condenação do recorrido no dever de indenizar, em virtude de assédio moral.

Por assédio moral entende-se:

> Conduta abusiva, de natureza psicológica, que atenta contra a dignidade psíquica, de forma repetitiva e prolongada e que expõe o trabalhador a situações humilhantes e constrangedoras, capazes de causar ofensa à dignidade ou à integridade psíquica, e que tenha por efeito excluir a posição do empregado no emprego ou deteriorar o ambiente de trabalho, durante a jornada de trabalho no exercício de suas funções. (NASCIMENTO, Sonia Mascaro. O Assédio moral no ambiente do trabalho. *Revista Ltr*, 68-70, p. 922).

Assim, para que esteja configurado o assédio moral, faz-se necessário que o autor demonstre que, no exercício de suas funções laborais, era submetido de forma repetitiva e prolongada a situações humilhantes, capazes de violar seus direitos de personalidade.

Assim, constitui dano moral o sentimento de dor, humilhação, sofrimento físico ou espiritual, impingindo tristezas, preocupações ou angústias, afetando o psicológico do ofendido, servindo a indenização como forma de compensar a lesão sofrida.

Destaque-se que a dor de natureza moral deve suplantar os meros aborrecimentos, aos quais as pessoas estão sujeitas, em razão de fatos atinentes à vida em sociedade, e que, por conseguinte, são incapazes de ocasionar dano passível de ressarcimento.

Da análise dos autos, verifica-se que o autor foi contratado para desempenhar a função de Agente Penitenciário, sendo posteriormente afastado, em razão das alterações psicológicas por ele apresentadas. O laudo também recomendava a não utilização de armas de fogo. Documento de f. 135-TJ afirmou, em 21/12/2011, que o ora apelante estaria apto a trabalhar em locais abertos, necessitando de tratamento por tempo indeterminado e afirmando sua impossibilidade de portar armas de fogo.

No entanto, incontroverso que o autor foi contratado para desempenho da função de Agente de Segurança Penitenciário, cuja atividade requer a utilização de arma de fogo, sendo esta considerada instrumento de trabalho do profissional.

É de se mencionar, ainda, que a incapacidade laboral do autor era transitória, uma vez que o INSS possibilitou seu retorno às atividades, sem qualquer ressalva. O único documento que menciona a impossibilidade de que viesse a portar armas de fogo foi lavrado por médico particular e data de 21/12/2011, quando o autor ainda se encontrava afastado de suas atividades em razão da moléstia que o acometia.

Sobrevindo a notícia da sua liberação para o desempenho de seu labor, é de se concluir que se encontrava desconstituída a recomendação de não utilização de armas de fogo, de modo que é possível concluir pela ausência do dano moral em razão da utilização da arma que pode ser considerada como instrumento de trabalho na função desempenhada.

Em assim sendo, é de se concluir que a mera utilização de arma de fogo não é capaz de se revelar evento causador do alegado dano moral, uma vez que o autor não trouxe aos autos a demonstração de que seus superiores imediatos o tenham perseguido ou, ainda, que o tenham exposto a situações vexatórias, humilhantes ou constrangedoras.

Segundo Sérgio Cavalieri Filho o "dano moral, à luz da Constituição vigente, nada mais é do que agressão à dignidade humana", e explica:

> [...] só deve ser reputado como dano moral a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar. Mero aborrecimento, dissabor, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada estão fora da órbita do dano moral, porquanto, além de fazerem parte da normalidade do nosso dia a dia, no trabalho, no trânsito, entre os amigos e até no ambiente familiar, tais situações não são intensas e duradouras, a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo. Se assim não se entender, acabaremos por banalizar o dano moral, ensejando ações judiciais em busca de indenizações pelos mais triviais aborrecimentos. [...] (*Programa de Responsabilidade Civil.* 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 93).

Carlos Roberto Gonçalves, ao conceituar o dano moral assevera que:

> Dano moral é o que atinge o ofendido como pessoa, não lesando seu patrimônio. É lesão de bem que integra os direitos da personalidade, como a honra, a dignidade, intimidade, a imagem, o bom nome, etc., como se infere dos art. 1º, III, e 5º, V e X, da Constituição Federal, e que acarreta ao lesado dor, sofrimento, tristeza, vexame e humilhação (GONCALVES, 2009, p. 359).

No caso em análise, é de se concluir que não há nos autos qualquer prova de que o autor tenha sido afastado de suas atividades em razão do alegado assedio moral sofrido ou, ainda, qualquer elo entre seu afastamento das atividades laborais e a conduta de seus superiores, ou com o porte de arma de fogo, que é instrumento inerente ao desempenho de sua atividade profissional.

Diante dessa análise das provas produzidas nos autos, fica claro que o autor, ora apelado, não foi vítima de perseguição ou humilhação, pelo que não é cabível a condenação do Estado ao pagamento requerido do dano moral.

Desse modo, estou em que desmerece reparo a sentença recorrida

Tendo sido publicada já na vigência do NCPC/2015, nos termos do art. 85, § 11, da referida norma processual, majoro os honorários recursais, a serem suportados pela parte autora, em R$150,00 (cento e cinquenta reais), que, somados aos honorários arbitrados em primeira instância, totalizam R$1.150,00 (mil e cento e cinquenta reais), suspensa a exigibilidade, por litigar sob o pálio da gratuidade de justiça.

Custas, *ex lege*.

DES. WANDER MAROTTA - Trata-se de apelação cível interposta por J.R.S. contra a r. sentença que, nos autos da ação de indenização por danos morais movida contra o Estado de Minas Gerais, julgou improcedentes os pedidos iniciais, condenando o autor ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, arbitrados em R$1.000,00 (mil reais), suspendendo a exigibilidade em razão da concessão da justiça gratuita.

O Exmo. Relator, Des. Luís Carlos Gambogi, nega provimento ao recurso.

Analisei atentamente as premissas fáticas em que se assenta o caso e, após realizar profunda reflexão, apresento voto convergente, pelas razões a seguir expostas.

Pretende o apelante, agente de segurança penitenciário contratado pelo apelado, que se lhe reconheça o direito à indenização por danos extrapatrimoniais em decorrência de suposto assédio moral, que, segundo ele, teria sido praticado por seus superiores.

Constitui assédio moral a exposição de trabalhadores e trabalhadoras a situações humilhantes e constrangedoras, repetidas e prolongadas, durante o expediente de trabalho e no exercício de suas funções, sendo as mais comuns aquelas ocorridas entre o servidor hierarquicamente superior e o que lhe é subordinado. Em decorrência, ocorre uma desestabilização da vítima com o ambiente de trabalho, causando-lhe, muitas vezes, não só prejuízos emocionais, mas também o desestímulo ao trabalho, levando-o à perda da autoestima.

O assédio moral pressupõe a repetição sistemática de situações constrangedoras, a intenção de prejudicar o trabalhador, forçá-lo a desistir de suas atividades profissionais, com direcionamento a um determinado servidor e a repetição da conduta durante a jornada de trabalho por dias, meses e até anos.

Tal conduta deve ser combatida com firmeza, por constituir violência psicológica, com danos à saúde física e mental não apenas daquele que se vê excluído, mas de todos que presenciam tais atos. Podem até mesmo

evoluir para a incapacidade laborativa, representando um risco muitas vezes invisível, porém concreto, nas relações de trabalho.

Assim, um ato isolado de humilhação não caracteriza o assédio moral.

O servidor narra na inicial que foi contratado para exercer a função de Agente Penitenciário há mais de 14 anos, mas que, no ano de 2017, passou a apresentar quadros de moléstias psiquiátricas ocupacionais graves. Em virtude de tal fato, afirma que o INSS reconheceu a sua incapacidade de trabalho e, principalmente, de portar arma de fogo. Acrescenta que, após receber alta e voltar a trabalhar, vem sendo vítima de assédio moral em seu ambiente de trabalho, pois foi obrigado por seus superiores a trabalhar utilizando arma de fogo, desrespeitando, assim, as suas limitações psicológicas.

Segundo o atestado médico particular de f. 135, datado de 21/12/2011, o recorrente estava, a partir daquela data, impossibilitado para portar armas de fogo e apto para trabalhar apenas em locais abertos por tempo indeterminado.

Todavia, na referida data, o servidor ainda estava afastado de suas atividades, em razão de enfermidade que o acometia, sendo impossível, portanto, que estivesse sendo obrigado por seus superiores a portar arma, já que não estava comparecendo ao local de trabalho.

Desse modo, como bem assinalado pelo i. Relator, sobrevindo à liberação do autor de sua licença provisória do INSS, para o desempenho das funções de agente penitenciário, tem-se por desconstituída a recomendação médica de inutilização da arma de fogo.

Nesse passo, considerando que o revólver é um dos instrumentos de trabalho do agente penitenciário, não há qualquer evento danoso decorrente da sua utilização no exercício das atividades profissionais, inexistindo o alegado assédio moral.

Vale dizer que meros aborrecimentos e incômodos não são sentimentos capazes de gerar indenização por danos morais, pois que, para tanto, impõe-se a existência de um sentimento contundente de dor, sofrimento ou humilhação. E, no caso, a utilização de armas de fogo em serviço não trouxe dor, sofrimento ou humilhação para o autor.

Ausente a prova do dano moral efetivamente sofrido, é de ser mantida a r. sentença hostilizada, nos termos do voto de Relatoria.

Ante o exposto, adiro integralmente ao voto do i. Relator.

DES. CARLOS LEVENHAGEN - De acordo com o Relator.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Apelação cível - Acidente de trânsito - Atropelamento de ciclista - Alegação de culpa concorrente em grau recursal - Inovação recursal - Culpa exclusiva da condutora da bicicleta que trafegava na contramão e não respeitou a parada obrigatória - Alegação de excesso de velocidade do motorista do ônibus refutada pelas provas produzidas - Improcedência mantida

- A tese de culpa concorrente não suscitada em primeira instância não deve ser conhecida, por se tratar de inovação recursal, vedada pelo ordenamento jurídico.

- Evidenciada a culpa exclusiva da irmã da vítima, condutora da bicicleta que transportava a autora, que por sua própria conduta imprudente deu causa ao evento danoso, resta afastado o dever indenizatório da concessionária de serviço público.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0145.14.060778-2/001 - Comarca de Juiz de Fora - Apelante: L.M.S. representada p/ mãe N.M.S. - Apeladas: Viação São Francisco Ltda., Companhia Mutual de Seguros em liquidação extrajudicial - Relator: DES. MARCOS HENRIQUE CALDEIRA BRANT

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 ACOLHER A PRELIMINAR DE INOVAÇÃO RECURSAL SUSCITADA EM CONTRARRAZÕES RECURSAIS E, NO MÉRITO, NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 27 de junho de 2018. - *Marcos Henrique Caldeira Brant* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. MARCOS HENRIQUE CALDEIRA BRANT - Trata-se de apelação interposta por L.M.S., menor absolutamente incapaz, neste ato representada por sua genitora N.M.S., contra a sentença de f. 462/466, proferida pelo MM. Juiz de Direito da 6ª Vara Cível da Comarca de Juiz de Fora que, nos autos da "ação de reparação por danos materiais, morais e estéticos", ajuizada contra Viação São Francisco Ltda., julgou improcedentes os pedidos iniciais, condenando a autora ao pagamento das custas processuais e honorários de sucumbência, arbitrados em 10% (dez por cento) sobre o valor atualizado da causa, suspendendo a exigibilidade do débito em decorrência da justiça gratuita concedida. Igualmente, julgou improcedentes os pedidos formulados na lide secundária instaurada por Viação São Francisco Ltda. em face de Cia. Mutual de Seguros, uma vez que não houve condenação na lide principal a subsidiar o decreto regressivo. E, diante da sistemática do CPC/15, condenou a denunciante ao pagamento das custas e honorários advocatícios a favor do procurador do denunciado, na lide secundária, no valor de R$1.500,00, atento ao disposto no art. 85, § 8º, do CPC/15.

Nas razões, às f. 480/497, a autora/apelante alega, em síntese: a) que deve ser aplicada ao caso vertente a responsabilidade objetiva da ré/apelada; b) que o local é desprovido de sinalização e tem sido contumaz causador de acidentes causados por imprudência e alta velocidade; c) que o motorista estava em alta

velocidade e não foi prudente a ponto de evitar o acidente, vindo a causar uma lesão permanente na autora/apelante; d) que houve culpa concorrente entre a condutora da bicicleta e o motorista do ônibus; e) que sofreu danos morais, materiais e estéticos decorrentes do acidente noticiado. Requer a reforma da sentença com a procedência da ação.

Contrarrazões às f. 506/518, alegando preliminar de inovação recursal. Quanto ao mérito, rebate os argumentos expendidos nas razões recursais, pugnando pelo desprovimento do apelo.

Instada a se manifestar sobre a preliminar de inovação recursal suscitada em contrarrazões recursais, a autora/apelante se manifestou às f. 566/567.

Parecer ministerial às f. 571/572, opinando pelo provimento do recurso aviado.

É o relatório. Decido.

Preliminar - inovação recursal - não conhecimento de parte do recurso.

A ré/apelada argui preliminar de inovação recursal, no tocante à alegação de que houve culpa concorrente.

Razão lhe assiste.

Verifica-se que a ré/apelante está categoricamente inovando em sede recursal ao sustentar que houve culpa concorrente das partes no sinistro noticiado.

Tal tese não foi aventada em momento algum na primeira instância, momento em que competia à parte alegar todas as teses de defesa que lhe aprouvesse, em observância ao princípio da eventualidade.

A apelação não se destina a suplantar eventuais deficiências da defesa e, por tal razão, não se deve conhecer das teses inovadoras.

A tese sustentada pela autora/apelada durante a fase instrutória foi de que a culpa pelo sinistro foi exclusiva do motorista do réu/apelado, que, segundo sua versão, conduzia o veículo em velocidade incompatível com a via, deixando de ter as cautelas devidas para evitar o acidente.

Assim, considerando que não houve discussão sobre eventual culpa concorrente na instância primeva, resta prejudicada sua análise em sede recursal, razão pela qual deixo de conhecer referida tese.

Neste sentido, já se manifestou este Tribunal de Justiça:

> Ação indenizatória por danos morais e materiais. Acidente de trânsito. Alegação de culpa concorrente em grau recursal. Inovação não tolerada. Preliminar suscitada em contrarrazões passível de acolhimento. - A tese de culpa concorrente levantada em razões de apelo configura inovação em sede recursal induzindo ao não conhecimento do mesmo (Apelação nº 1.0431.09.048553-0/001, Rel. Des. Moacyr Lobato, publicação da súmula em 4/3/2013).

Assim, acolho a preliminar suscitada em contrarrazões recursais e não conheço de parte da apelação. Quanto ao mais, conheço da apelação, eis que presentes os pressupostos de sua admissibilidade.

Mérito.

A autora/apelante ingressou com ação de reparação de danos morais e materiais, alegando que foi vítima da negligência e imprudência do motorista do réu/apelado, que dirigia o ônibus em alta velocidade e deixou de tomar as cautelas devidas para evitar o seu atropelamento.

A sentença julgou improcedente o pedido inicial ao fundamento de que as provas produzidas demonstram que, no caso noticiado, houve culpa exclusiva da irmã da vítima, condutora da bicicleta que a transportava no momento da colisão.

E com razão assim decidiu o Magistrado primevo.

Analisando o conjunto probatório dos autos, constato que o processo foi instruído com o boletim de ocorrência, com prova testemunhal e documental.

Ressalto que a responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos é objetiva, sendo, portanto, necessário que a concessionária demonstre a ocorrência de caso fortuito, força maior ou culpa exclusiva da vítima para afastar sua responsabilidade pelo evento.

A testemunha J.C.O.S., passageiro que se encontrava no interior do ônibus no momento da colisão afirmou categoricamente que:

> [...] o ônibus seguia em velocidade moderada, fez uma rotatória para acesso ao Bairro Nova Era e sempre seguia em baixa velocidade.
>
> [...] o depoente deduz que a requerente e sua parceira tenham saído de uma via perpendicular à que o ônibus trafegava (f. 417).

M.A.S.M., cobrador que também se encontrava no interior do ônibus, informou que:

> [...] o motorista trafegava em velocidade moderada. O motorista efetuou a manobra na rotatória para acessão ao bairro Nova Era e trafegava na via principal do referido bairro.
>
> [...] A garota que conduzia a bicicleta trafegava por uma via perpendicular àquela que o ônibus trafegava. Assim que o ônibus passou na esquina com a via pela qual a menor trafegava na bicicleta a mesma entrou na via em que o ônibus trafegava entre o ônibus e o meio fio. A bicicleta veio a cair com esta manobra e a roda traseira do ônibus passou em cima da roda dianteira da bicicleta. (f. 418).

M.F.C.R., que também se encontrava no interior do veículo, afirmou que:

> [...] estava sentada do lado direito e viu antes do acidente que as meninas estavam vindo em uma bicicleta. Trafegavam por uma via perpendicular.
>
> [...] Acredita a depoente que as menores estavam correndo com a bicicleta e que não deu para parar evitando a colisão.
>
> [...] A bicicleta colidiu com a parte traseira, próximo à roda do ônibus (f. 419).

G.S.S., testemunha arrolada pela autora/apelante informou que:

> [...] o depoente esclarece que estava trafegando com sua motocicleta na mesma via pública em que trafegavam de bicicleta duas meninas.
>
> [...] o depoente esclarece, para melhor convicção do Juízo, que o ônibus descia do lado direito da rua principal. A via que a bicicleta trafegava era também mão dupla, e as menores estavam descendo do lado que deveria subir, mas estavam bem próximas ao meio fio e viraram à esquerda na parte da via que deveria virar à direita, porque o fluxo é nesse sentido.
>
> [...] Acredita o depoente que, da rotatória até o ponto do acidente, dá pra passar 3 marchas; normalmente os motoristas de ônibus trafegam em velocidade imoderada no local e nesse dia o depoente acredita que o motorista estava em velocidade imoderada.
>
> [...] o ônibus tem velocidade máxima de 40 Km/h e na via em que a menor era conduzida na bicicleta com a confluência com a principal tem um sinal no chão escrito Pare (f. 446).

Wesley Martins de Melo, testemunha que não presenciou o acidente, confirmou a informação prestada por Gabriel de que "na via perpendicular do lado direito em que as menores trafegavam tem uma placa de Pare no chão" (f. 447).

Sobre a velocidade do ônibus, o documento acostado aos autos à f. 300 comprova que em momento algum o motorista da ré/apelada ultrapassou os 40Km/h permitidos na via, estando, no momento do acidente, conduzindo a 18km/h.

Assim, compulsando atentamente os autos, com todos os elementos disponíveis, restou claro que a culpa pelo sinistro foi exclusiva da condutora da bicicleta que transportava a autora/apelante, que trafegava na contramão da via e não respeitou a placa de PARE, vindo a colidir na roda traseira do ônibus.

O art. 58 do Código de Trânsito Brasileiro determina que os ciclistas devem circular no mesmo sentido de circulação regulamentado para a via. Senão vejamos:

> Art. 58. Nas vias urbanas e nas rurais de pista dupla, a circulação de bicicletas deverá ocorrer, quando não houver ciclovia, ciclofaixa, ou acostamento, ou quando não for possível a utilização destes, nos bordos da pista de rolamento, no mesmo sentido de circulação regulamentado para a via, com preferência sobre os veículos automotores.

Restou também evidenciada a imprudência da condutora da bicicleta ao desrespeitar a sinalização de parada obrigatória e ingressar na via principal sem as devidas cautelas, devendo-se ressaltar que a bicicleta colidiu na lateral do ônibus, próximo à sua roda traseira, fator que demonstra a perda de controle da bicicleta por parte da irmã da vítima, a demonstrar ser exclusivamente sua a responsabilidade pela infeliz ocorrência.

Desse modo, da análise do conjunto probatório dos autos, não se consubstanciou a prova da culpabilidade do motorista do ônibus, ressaltando-se que o principal fundamento do recurso de apelação utilizado na tentativa de obter a reforma da sentença reside na alegação de que o motorista do ônibus estava em velocidade com a via, argumento que, conforme acima asseverado, não se confirmou.

Conclui-se, portanto, que, embora seja de se lamentar o acidente de graves consequências noticiado nos autos, o conjunto probatório não permite atribuir a responsabilidade do acidente ao motorista do ônibus.

Ao contrário, os elementos incompatíveis trazidos demonstram que a culpa pelo sinistro foi exclusiva da condutora da bicicleta que transportava a vítima, não restando alternativa senão confirmar integralmente a sentença por seus próprios fundamentos.

Pelo exposto acolho a preliminar de inovação recursal suscitada em contrarrazões recursais e, no mérito, nego provimento à apelação.

Considerando que o art. 85, § 11, do CPC/15 preceitua que o Tribunal, ao julgar recurso, deverá majorar os honorários advocatícios anteriormente impostos, elevo para 15% (quinze por cento) o percentual fixado na sentença, mantendo a suspensão da exigibilidade do débito por estar litigando sob o pálio da gratuidade judiciária.

Custas recursais pela autora/apelante, suspensa a exigibilidade do débito por litigar amparado pela gratuidade judiciária.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGDORES OTÁVIO DE ABREU PORTES e JOSÉ MARCOS RODRIGUES VIEIRA.

Súmula - ACOLHERAM A PRELIMINAR DE INOVAÇÃO RECURSAL SUSCITADA EM CONTRARRAZÕES RECURSAIS E, NO MÉRITO, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

• • •

Apelação cível - Ação de cobrança - Saldo de reserva de poupança - Entidade fechada de previdência complementar - Extinção do vínculo com a patrocinadora - Ausência - Resgate - Impossibilidade

- É legítima a cláusula contida em regulamento de plano administrado por entidade fechada de previdência complementar que condiciona o resgate das contribuições vertidas à extinção do vínculo empregatício com a empresa patrocinadora.

- Ausente a cessação do vínculo com a patrocinadora, não é cabível o resgate dos valores que integram a reserva de poupança do ex-participante de plano de previdência privada.

AP CÍVEL/REM NECESSÁRIA Nº 1.0079.12.062742-1/001 - Comarca de Contagem - Remetente: Juiz de Direito da 5ª Vara Cível da Comarca de Contagem - Apelante: Jorge Paula de Jesus - Apelada: Fundação Petrobras de Seguridade Social - Petros - Relator: DES. LUIZ ARTHUR HILÁRIO

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 9ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 18 de junho de 2018. - *Luiz Artur Hilário* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. LUIZ ARTUR HILÁRIO - Trata-se de recurso de apelação interposto contra a sentença de f. 186/194, proferida pela MM. Juíza de Direito da 5ª Vara Cível da Comarca de Contagem que, nos autos da ação ordinária de cobrança movida por Jorge de Paula de Jesus, em face de Fundação Petrobras de Seguridade Social - PETROS, julgou improcedentes os pedidos iniciais, extinguindo o feito com resolução do mérito, com fulcro no art. 487, inciso I, do CPC. Condenou o autor, por conseguinte, ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em 10% sobre o valor atualizado da causa, suspendendo a exigibilidade, por força do disposto no art. 12 da Lei nº 1.060/50.

Insatisfeito com o pronunciamento de primeira instância, o autor interpôs recurso de apelação, às f. 196/207, sustentando, inicialmente a aplicação do CDC ao caso. Alega que, uma vez rescindido o contrato de previdência privada, é devida a devolução imediata dos valores a que o associado tem direito, com incidência de correção monetária. Afirma que o Regulamento de Planos e Benefícios vigente à época da contratação do plano de previdência é omisso quanto à data da devolução do equivalente a 50% do total das contribuições, prevista em cláusula contratual que afirma ser abusiva, em casos de não desligamento da patrocinadora. Ressalta que o art. 72 do atual Estatuo é abusivo.

Requer a reforma da sentença para que a requerida seja condenada a restituir-lhe imediatamente 100% do total das contribuições da previdência privada pagas até dezembro de 1998, acrescido de juros de mora, honorários advocatícios de 20% e correção monetária pela variação do INPC/IBGE, incluindo-se os índices

expurgados equivalentes a 26,06% para junho de 1987, 42,72% para janeiro de 1989, 84,32% pra março de 1990, 44,80% para abril de 1990, 7,87% para maio de 1990 e 21,87% para fevereiro de 1991.

Contrarrazões às f. 209/222.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

Remessa Necessária.

Antes de analisar as questões debatidas no recurso, ressalto a orientação traçada no art. 496, inciso I, do CPC/15, *in verbis*:

> Art. 496. Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença:
>
> I - proferida contra a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas respectivas autarquias e fundações de direito público;

No caso em tela, a douta sentença não foi proferida contra a Fundação Petrobras de Seguridade Social - PETROS, que, na verdade, consiste em fundação de direito privado e não de direito público.

Destarte, o julgamento deste recurso se limita às discussões trazidas no âmbito do recurso voluntário, não havendo que se falar em remessa necessária ou duplo grau de jurisdição.

Mérito.

Depreende-se dos autos que o autor foi admitido na Petrobras S/A em 20/7/1987 e teve que se inscrever no Plano de Previdência Privada da Fundação Petrobras de Seguridade Social - PETROS, criada em 25/4/1969 (f. 21 e 23/24). Os documentos de f. 26/36 e 38 comprovam que o requerente contribuiu para o plano através de descontos realizados em sua folha de pagamento, desligando-se em fevereiro de 1998, mas mantendo o vínculo empregatício com a patrocinadora, Petrobras S/A.

A questão nevrálgica do presente feito se restringe à verificação do direito do ex-participante de plano de previdência privada ao resgate da reserva de poupança antes do término do contrato de trabalho.

Pois bem.

Como cediço, a Fundação Petrobras de Seguridade Social - PETROS é uma entidade fechada de previdência privada que mantém planos de previdência complementar.

O entendimento de que as entidades fechadas de previdência não estão sujeitas às regras do CDC restou pacificado com a edição da Súmula 563 pelo Colendo STJ, que enuncia:

> O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às entidades abertas de previdência complementar, não incidindo nos contratos previdenciários celebrados com entidades fechadas.

Portanto, para o deslinde da causa, cumpre verificar o que estabelecem as normas pertinentes.

Dispõe o art. 14, *caput* e inciso III, da Lei Federal Complementar nº 109, de 2001, *in verbis*:

> Art. 14. Os planos de benefícios deverão prever os seguintes institutos, observadas as normas estabelecidas pelo órgão regulador e fiscalizador:
>
> [...]
>
> III - resgate da totalidade das contribuições vertidas ao plano pelo participante, descontadas as parcelas do custeio administrativo, na forma regulamentada;
>
> [...]
>
> A Secretaria de Previdência Complementar - SPC, que integra o Ministério da Previdência Social, é o órgão responsável pela fiscalização dos planos operados por entidades fechadas de previdência complementar (Lei Federal Complementar nº 109 de 2001, arts. 5º e 74).

Acerca do resgate das contribuições, o Conselho de Gestão da Previdência Complementar (CGPC) editou a Resolução MPS/CGPC nº 6, de 2003, que estabelece, em seu art. 22:

> Art. 22 - No caso de plano de benefícios instituído por patrocinador, o regulamento deverá condicionar o pagamento do resgate à cessação do vínculo empregatício.

Assim, o resgate das contribuições vertidas ao plano pelo participante deve ser disciplinado pelas entidades de previdência complementar, observadas as normas do órgão regulamentar e fiscalizador.

O regulamento PETROS que remonta ao momento da contratação do plano de previdência privada, acostado às f. 40/57, estabelece, nos art. 55, inciso I e 56, *caput*, *in verbis*:

> Art. 55 - Perderá, automaticamente, a qualidade de mantenedor-beneficiário aquele que:
>
> I- Requerer desligamento da PETROS, sem romper o vínculo trabalhista com a patrocinadora, ou com a PETROS;
>
> [...]
>
> Art. 56 - A PETROS fará a devolução parcial, a título de reserva de poupança das contribuições e joia paga pelo mantenedor-beneficiário que perder esta condição em virtude de rescisão do vínculo trabalhista com patrocinadora ou com a PETROS, conforme previsto no inciso III, do art. 55.

O regulamento PETROS vigente, aprovado em 21/11/2008 (f. 59), conceitua o resgate dos valores de contribuição em seu art. 72, *caput*, *in verbis*:

> Art. 72 - Entende-se por resgate o instituto que, no caso de cessação do vínculo empregatícios com a Patrocinadora, faculta ao Participante que não esteja em gozo de benefício previsto neste Regulamento optar por receber as contribuições e joia por ele vertidas ao Plano Petros do Sistema Petrobras, ressalvado o disposto no § 3º, apuradas conforme o seguinte critério. (f. 60)

Conclui-se, portanto, que ambos os Regulamentos da ré/apelada reconhecem ao autor o direito ao resgate da reserva de poupança em caso de rompimento do vínculo empregatício com a empresa patrocinadora.

No contexto dos planos de previdência complementar geridos por entidades fechadas, a condição de extinção do vínculo do participante com a patrocinadora não se afigura ilegal, abusiva ou desarrazoada,

pois o sistema visa assegurar o pagamento de benefícios futuros para um grupo de participantes e não constituir uma forma de investimento financeiro individual e disponível.

Neste sentido:

> Recurso especial. Civil. Previdência privada fechada. Plano de benefícios. Desligamento do participante. Pedido de resgate da reserva de poupança. Condição. Extinção do vínculo empregatício com o patrocinador. Norma do órgão regulador e fiscalizador. Razoabilidade. 1. Ação ordinária que visa à declaração de abusividade da condição feita em norma estatutária de ente fechado de previdência privada de extinção do vínculo empregatício com o patrocinador para o ex-participante fazer o resgate da reserva de poupança. 2. O instituto da previdência complementar que faculta ao ex-participante receber o valor decorrente do seu desligamento do plano de benefícios é o resgate. O montante a ser restituído corresponde à totalidade das contribuições por ele vertidas ao fundo (reserva de poupança), devidamente atualizadas, descontadas as parcelas de custeio administrativo que sejam de sua responsabilidade, na forma prevista no regulamento. 3. O exercício do resgate implica a cessação dos compromissos do plano administrado pela entidade fechada de previdência complementar (EFPC) em relação ao participante e seus beneficiários, não podendo se dar quando ele estiver em gozo de benefício ou se já tiver preenchido os requisitos de elegibilidade ao benefício pleno, inclusive sob a forma antecipada. 4. O instituto do resgate, além de ser disciplinado no regulamento do ente de previdência privada, deve observar também, segundo comando legal, as normas estabelecidas pelo órgão regulador e fiscalizador (art. 3º, II, 35, I, "c" e "d", e 42, V, da Lei nº 6.435/1977; art. 14, *caput* e III, da Lei Complementar nº 109/2001). 5. Para que haja o resgate nos planos oferecidos pelas entidades fechadas de previdência privada, é necessário que o participante esteja desligado não somente do plano previdenciário, mas também da empresa empregadora (patrocinador). Previsão do art. 22 da Resolução MPS/CGPC nº 6/2003. 6. A exigência de extinção do vínculo empregatício com o patrocinador para o ex-participante de fundo previdenciário solicitar o resgate de suas contribuições, apesar de rigorosa, é essencial, pois se evita a desnaturação do sistema, dado que o objetivo da previdência complementar fechada é a proteção social de um grupo específico de participantes e não a sua utilização como forma de investimento, tanto é assim que a atividade da EFPC é sem a finalidade lucrativa, voltada unicamente para a gestão de recursos para fazer frente à suplementação de benefícios futuros contratados. A permanência do participante no plano de benefícios deve ser sempre estimulada (fomento à cultura previdenciária), em que pese a natureza da previdência privada ser facultativa. 7. Não fere a razoabilidade nem há como ser reputada ilícita ou abusiva a cláusula estatutária, baseada em instrumento normativo de órgão governamental, que prevê a rescisão do vínculo laboral com o patrocinador como condição para o ex-participante de plano de previdência privada fechada fazer jus ao resgate da reserva de poupança. 8. Recurso especial não provido (STJ, REsp 1518525/SE, Rel.: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, j. em 19/5/2015, *DJe* 29/5/2015).

Destarte, a negativa ao pedido de resgate da reserva de poupança formulado pelo autor não padece de ilicitude.

Diante do exposto, nego provimento ao recurso, mantendo a sentença em sua integralidade, por seus e por estes fundamentos.

Custas recursais, bem como honorários advocatícios majorados para 12% do valor da causa, com fulcro no art. 85, § 11, do CPC/15, pelo apelante, suspensa a exigibilidade, uma vez que litiga sob o pálio da justiça gratuita.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES MÁRCIO IDALMO SANTOS MIRANDA e AMORIM SIQUEIRA.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

• • •

Apelação cível - Ação indenizatória - Responsabilidade civil - Acidente de trânsito - Atropelamento - Morte da vítima - Danos morais – Culpa exclusiva da vítima verificada - Indenização indevida

- De acordo com o art. 37, § 6º, da CF, as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

- Contudo, certo é que a obrigação do Estado afasta-se com a comprovação das excludentes de responsabilidade, vale dizer, culpa exclusiva da vítima, força maior e fato exclusivo de terceiros.

- Restando demonstrado que a vítima atravessou a via sem tomar precauções de segurança, onde não havia faixa de pedestres, e restando evidenciado que o condutor do veículo não estava em velocidade incompatível com a via, tampouco infringiu a legislação de trânsito, resta demonstrada a culpa exclusiva da vítima, a ensejar o afastamento da responsabilidade do Estado.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0079.12.066548-8/001 - Comarca de Contagem - Apelantes: Diva da Silva Ferreira Pereira representando Espólio de Maria Gomes dos Santos, Espólio de Maria Gomes dos Santos - Apelado: Estado de Minas Gerais - Relator: DES. JAIR VARÃO

Acórdão

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

Belo Horizonte, 28 de junho de 2018. - *Jair Varão* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. JAIR VARÃO - Cuida-se de recurso de apelação interposto contra a r. sentença de f. 85/87, proferida pela MM. Juíza da 2ª Vara da Fazenda Pública e Autarquias da Comarca de Contagem que, nos autos da ação de indenização por danos morais ajuizada por Diva da Silva Ferreira Pereira e pelo Espólio de Maria Gomes dos Santos em face do Estado de Minas Gerais, julgou improcedentes os pedidos iniciais, condenando os autores ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, estes arbitrados em 10% sobre o valor da causa, suspensa a exigibilidade por litigarem sob o pálio da justiça gratuita.

Em síntese de suas razões recursais de f. 90/93, sustenta a parte autora, ora apelante, que, ao contrário do que considerou a sentença, houve violação ao Código de Trânsito Brasileiro, uma vez que a vítima atravessava a faixa de pedestre, local em que os veículos devem dar passagem aos pedestres e passar com velocidade moderada. Ressalta a responsabilidade objetiva do Estado pelos atos danosos praticados por seus agentes. Nestes termos, pugna pela reforma da sentença, a fim de que sejam julgados procedentes os pedidos iniciais.

Contrarrazões, às f. 95/99, em óbvias informações, pelo desprovimento do recurso.

1 - Juízo de admissibilidade.

Conheço do recurso de apelação, porquanto presentes os pressupostos de sua admissibilidade.

2 - Juízo de mérito.

Cinge-se a presente controvérsia a verificar o dever do Estado de Minas Gerais de indenizar os apelantes pelo falecimento da vítima de atropelamento por motocicleta conduzida por policial militar, no exercício de suas funções.

Sobre o tema, estabelece o art. 37, § 6º, da CF, que as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Trata-se, com efeito, da aplicação da teoria do risco administrativo que impõe a responsabilidade objetiva aos atos comissivos perpetrados pela Administração Pública direta e também indireta se prestadora de serviços públicos, bem ainda pelos particulares igualmente prestadores de serviço público.

Notadamente, a responsabilidade civil objetiva do Estado configura-se com os seguintes requisitos: a) dano; b) ação administrativa e; c) o nexo de causalidade entre o dano e a ação administrativa.

Sobre o tema vale o escólio jurisprudencial do Pretório Excelso, *verbis*:

> A responsabilidade civil do Estado, responsabilidade objetiva, com base no risco administrativo, que admite pesquisa em torno da culpa do particular, para o fim de abrandar ou mesmo excluir a responsabilidade estatal, ocorre, em síntese, diante dos seguintes requisitos: a) do dano; b) da ação administrativa; c) e desde que haja nexo causal entre o dano e a ação administrativa. A consideração no sentido da licitude da ação administrativa é irrelevante, pois o que interessa, é isto: sofrendo o particular um prejuízo, em razão da atuação estatal, regular ou irregular, no interesse da coletividade, é devida a indenização, que se assenta no princípio da igualdade dos ônus e encargos sociais (RE 113.587, Rel. Min. Carlos Velloso, j. em 18/2/1992, Segunda Turma, *DJ* de 3/3/1992.)

No mesmo sentido, o colendo Superior Tribunal de Justiça, veja-se:

> No ordenamento jurídico brasileiro, a responsabilidade do Poder Público é objetiva, adotando-se a teoria do risco administrativo, fundada na ideia de solidariedade social, na justa repartição dos ônus decorrentes da prestação dos serviços públicos, exigindo-se a presença dos seguintes requisitos: dano, conduta administrativa e nexo causal (REsp 866.450/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, j. em 24/4/2007, *DJe* de 7/3/2008).

Sem embargo ao exposto, certo é que a obrigação do Estado afasta-se com a comprovação das excludentes de responsabilidade, vale dizer, culpa exclusiva da vítima, força maior e fato exclusivo de terceiros.

Nesta perspectiva, o culto Desembargador Bitencourt Marcondes:

> A responsabilidade do Estado é objetiva, com base na teoria do risco administrativo, cabendo à Administração demonstrar a ocorrência das causas excludentes de responsabilidade: culpa exclusiva da vítima ou de terceiro, ou força maior (Apelação Cível 1.0384.09.072358-4/001, Rel. Des. Bitencourt Marcondes, 8ª Câmara Cível, j. em 12/5/2011, p. em 6/7/2011).

Noutro giro, imperioso salientar que a responsabilidade objetiva inverte o ônus da prova, o que, via de consequência, incumbe ao Estado o dever de provar as causas excludentes de sua responsabilidade. Veja-se:

> Assim, em tais casos, o ônus da prova é invertido, vale dizer, ao Estado compete provar a existência de uma das causas de exclusão da responsabilidade, como o caso fortuito, a força maior ou a culpa exclusiva da vítima, o que ocorreu, no caso. - Recurso desprovido (Apelação Cível 1.0518.04.057372-8/001, Rel. Des. Eduardo Andrade, 1ª Câmara Cível, j. em 25/11/2008, p. em 9/1/2009).
>
> 1. A responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito público e das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público é objetiva e baseia-se no risco administrativo. 2. A responsabilidade civil, segundo a teoria objetiva, exige a presença do *eventus damni*, do dano efetivo e do nexo causal entre um e outro. 3. Cumpre ao Estado provar a ocorrência de caso fortuito, força maior ou culpa exclusiva da vítima para afastar a sua responsabilidade pela reparação do dano. 4. Inexistindo prova de qualquer uma das excludentes, deve o Estado reparar o dano causado ao particular em sinistro automobilístico decorrente de buracos existentes na rodovia (Apelação Cível 1.0024.05.749772-9/001, Rel. Des. Caetano Levi Lopes, 2ª Câmara Cível, j. em 6/3/2007, p. em 23/3/2007).

No caso em análise, pelas provas testemunhais acostadas aos autos, vejo que restou satisfatoriamente demonstrado que o acidente que ocasionou a morte da Sr.ª Maria Gomes dos Santos se deu por culpa exclusiva da vítima.

Isso porque, pelo que se colhe do depoimento da testemunha, Lourival de Oliveira Campos, que estava no local no momento do acidente, "a vítima saiu da casa dela com a bíblia debaixo do braço e já entrou na rua sem olhar para os lados".

Além do mais, questionado se o policial militar que conduzia a motocicleta estava em alta velocidade, incompatível com a via do local, o depoimento testemunhal foi de que "ele não estava correndo não, não deu prazo, porque a distância era pequena desde que ele arrancou".

Em relação ao argumento dos apelantes de que o policial militar teria infringido a legislação de trânsito brasileira, sob o fundamento de que o acidente ocorreu quando a vítima atravessava a faixa de pedestre, local em que os veículos devem dar passagem aos pedestres e passar com velocidade moderada, vejo que razão não assiste aos recorrentes.

Em consulta pelo *Google Street View* ao endereço que o Boletim de Ocorrências aponta como o local do acidente (marcado de amarelo) e à residência da vítima (marcada de vermelho), de onde a testemunha alega que ela teria saído e atravessado a rua, não vejo a existência de faixas de pedestres ou qualquer outra sinalização no local, como afirmam os apelantes. Senão vejamos a seguir:

Assim, nos termos do art. 69, *caput*, do CTB, para cruzar a pista de rolamento, o pedestre deve tomar precauções de segurança, levando em conta, principalmente, a visibilidade, a distância e a velocidade dos veículos, o que não foi feito pela Sr.ª Maria Gomes dos Santos.

Por essa razão, entendo que resta afastada a responsabilidade do condutor da motocicleta pela ocorrência do acidente e, consequentemente, o dever de indenizar do Estado.

A sentença, portanto, não merece reparos.

3 - Dispositivo.

Pelo exposto, nego provimento ao recurso.

Calcado no art. 85, § 11, do CPC, majoro os honorários de sucumbência devidos pelos apelantes ao importe correspondente a 12% sobre o valor da causa, suspensa a exigibilidade por litigarem sob o pálio da justiça gratuita.

Custas recursais pelos apelantes, também suspensa a exigibilidade.

Votaram de acordo com o Relator o JUIZ DE DIREITO CONVOCADO ADRIANO DE MESQUITA CARNEIRO e a DESEMBARGADORA ALBERGARIA COSTA.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

• • •

Apelação cível - Direito administrativo - Pensão por morte - Benefício proveniente da Lei estadual nº 552/49 - Requisitos preenchidos - Pensão devida - Equiparação prevista no art. 40, § 7º, da CF - Possibilidade

- A autora comprovou que seu falecido marido era servidor do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Demonstrou também que preencheu os requisitos necessários ao recebimento da pensão previdenciária, com fulcro na Lei estadual nº 552/1949.

- A Constituição da República de 1988 prevê, no § 7º do art. 40, que a pensão paga ao dependente do servidor falecido deverá corresponder integralmente ao valor dos vencimentos ou proventos recebidos por este em vida. Tal norma, que possui eficácia plena e aplicação imediata, deve ser observada, rechaçando-se a aplicação de qualquer dispositivo infraconstitucional que restrinja o direito nela previsto, mormente se considerado que o direito ao benefício da pensão possui cunho social, não podendo ser interpretado restritivamente em prejuízo do cidadão.

- Não é cabível ao Estado federado estipular regras sobre o pagamento de pensão que contrarie o texto constitucional. Assim, restando previsto na Carta Magna que a pensão por morte deverá ser equiparada aos vencimentos ou proventos do servidor falecido, o dispositivo da Lei estadual nº 552, que estabelece valor fixo para o referido benefício não foi recepcionado, afigurando-se devida sua equiparação, consoante estabelece o art. 40, § 7º, da CF.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.11.068238-2/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Benedita Augusta Tomé - Apelado: Estado de Minas Gerais - Autoridade coatora: Superintendente Central de Administração de Pessoal da Seplag - Relator: DES. DÁRCIO LOPARDI MENDES

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em DAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 28 de junho de 2018. - *Dárcio Lopardi Mendes* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. DÁRCIO LOPARDI MENDES - Trata-se de apelação cível interposta por Benedita Augusta Tomé em face de sentença proferida pelo MM. Juiz da 5ª Vara da Fazenda Pública e Autarquias da Comarca de Belo Horizonte que, nos autos do Mandado de Segurança, impetrado contra ato praticado pelo Diretor da Superintendência Central de Pessoas da Secretaria de Estado de Planejamento e Gestão - Seplag, denegou a segurança pleiteada (f. 38/42).

A apelante alega que o marco prescricional deve ser contado a partir da negativa expressa ao direito subjetivo, o que ocorreu em 4/10/11, com a publicação no *Diário Oficial* do indeferimento de sua inclusão como pensionista da Lei nº 552/49; que é sabido que o direito ao pensionamento se adquire com o óbito, contudo,

não o afeta, seu tardio requerimento, sob pena de ofensa ao art. 5º, inc. XXXVII, da CR/88; que, se provado que possuía os requisitos necessários para a concessão da pensão instituída pela Lei nº 552/49, seu direito subjetivo transforma-se em direito adquirido incorporado ao seu patrimônio, podendo exercê-lo a qualquer tempo, como de fato o fez; que à época do falecimento do servidor vinculado à recorrente, a CR, em seu art. 40, não exigia a contribuição previdenciária por parte do servidor, tanto é verdade que foi editada a EC nº 03/93 para determinar que as aposentadorias e pensões dos servidores públicos passariam a ser custeadas também pela contribuição dos servidores; que a alegação de que já recebe proventos de aposentadoria por idade não lhe retira o direito de receber a pensão por morte de seu ex-marido, haja vista que o art. 40, § 7º c/c art. 201, inc. V, da CR c/c art. 31, inc. III, da CEMG/89, garantem aos servidores públicos os direitos previdenciários, extensivos ao cônjuge ou companheiro (f. 45/52).

As contrarrazões foram apresentadas às f. 60/65.

A douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo provimento do recurso (f. 73/89).

No julgamento que ocorreu na sessão do dia 4/4/2013, esta 4ª Câmara Cível negou provimento ao recurso, em razão da ocorrência da prescrição.

A parte interpôs recurso especial contra o acórdão.

O ilustre 1º Vice-Presidente deste TJMG negou seguimento ao recurso.

Contra a decisão a parte aviou agravo ao STJ.

O douto Ministro Napoleão Nunes Maia Filho conheceu do agravo para dar provimento ao recurso especial, para afastar a prescrição, determinando o prosseguimento do feito.

Diante disso, passo a analisar o mérito do recurso de apelação.

O presente *writ* visa ao reconhecimento do direito da impetrante, ora apelante, de receber a pensão previdenciária por ocasião da morte de seu esposo, que faleceu em 9/6/67 (certidão de óbito de f. 13).

O *de cujus* era servidor do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais.

Em respeito aos preceitos constitucionais, a pensão previdenciária devida aos dependentes do servidor falecido deve refletir o valor total de seus vencimentos ou proventos quando em vida, atribuindo-se à norma contida no § 7º do art. 40 da Carta Magna aplicação imediata.

A questão a ser examinada em sede do presente recurso cinge-se à possibilidade de aplicação das referidas normas constitucionais, no caso em comento, porquanto a pensão da qual a autora é beneficiária advém da Lei nº 552/1949, que dispõe sobre a instituição de fundo especial de auxílio.

A certidão do Ipsemg acostada à f. 18 atesta que o ex-servidor não foi contribuinte obrigatório do instituto.

Entretanto, esse fato, por si só, não afasta o direito pleiteado nos autos.

De se transcrever trecho da Lei estadual nº 552/49:

> Art. 3º À família do servidor estadual falecido, ou que vier a falecer, sem que haja sido inscrito como contribuinte obrigatório do Instituto de Previdência dos Servidores do Estado de Minas Gerais, serão concedidas pensões mensais nas condições previstas nos artigos seguintes.
>
> Art. 4º A pensão será paga, de conformidade com o disposto no artigo 19 da Lei nº 7.286, de 3 de julho de 1978, ao dependente que não possuir recursos econômico-financeiro suficientes para o próprio sustento e educação.
>
> § 1º Consideram-se dependentes do servidor público, para os efeitos desta Lei:
>
> 1 - viúva, enquanto durar a viuvez; (vide art. 3º da Lei nº 2.655, de 8/12/1962).
>
> 2- [...].

A Lei é clara ao conferir o direito da viúva à pensão.

O Estado busca afastar a pretensão apenas com base na prescrição e na alegação de que não foram comprovados os requisitos.

Entretanto, a prescrição foi afastada pelo egrégio STJ.

Com relação à alegação de ausência dos requisitos, tem-se que se trata de alegação genérica, não havendo qualquer fato ou argumento exposto pelo Estado que possa demonstrar que a autora não faz jus ao benefício.

O MM. Juiz entendeu que a autora não comprovou que não possui recursos suficientes para o próprio sustento, como determina o mencionado art. 4º. Argumenta que, de acordo com a f. 19, a impetrante recebe proventos de aposentadoria por idade.

Entretanto, o artigo é claro ao dizer que o dependente não deve "possuir recursos econômico-financeiro suficientes para o próprio sustento e educação".

Da análise do dispositivo, tem-se que não há vedação ao recebimento de algum rendimento. A norma não veda que o benefício seja deferido àquele que tenha renda própria, mas, sim, que pensão seja concedida ao beneficiário que tenha meios suficientes de promover o próprio sustento.

No caso dos autos, a autora recebe aposentadoria por idade. Em 2011, o valor da aposentadoria era de R$489,00.

Data venia, entendo que esse valor não é suficiente para sustentar uma pessoa que conta com 84 anos de idade.

A autora comprovou também ser viúva do ex-servidor às f. 12/13.

Dessa forma, entendo que estão presentes os requisitos necessários à concessão do pensionamento.

O MM. Juiz entendeu que o benefício perseguido se trata de um auxílio. Esse argumento serviria para limitar os proventos a um valor fixo, nos moldes da referida Lei.

É pacífico, no âmbito do excelso STF, o entendimento no sentido de que é autoaplicável o preceito do § 7º do art. 40 da CF/88 (§ 5º do art. 40, na redação original).

Filio-me à corrente que entende aplicarem-se as normas constitucionais que dispõem sobre a paridade das pensões previdenciárias com os vencimentos do servidor falecido, se na ativa estivesse, aos beneficiários da pensão recebida com fundamento na Lei nº 552/1949.

Peço vênia aos entendimentos que consideram que o benefício em questão configura mero "auxílio", pois penso que não há dúvidas quanto ao caráter previdenciário da pensão em tela.

Com efeito, deve prevalecer o disposto na Lei Maior, que dá sustentação e validade para todas as demais normas infraconstitucionais que compõem o ordenamento jurídico pátrio.

A Lei estadual nº 552 foi editada em 1949, bem antes da promulgação da Constituição de 1988. Não se olvida que a referida lei fixou benefício em valor certo, todavia, com o advento da nova ordem constitucional, que estabelece a integralidade e a paridade dos benefícios de pensão previdenciária com os vencimentos do servidor falecido se vivo estivesse, entendo que os beneficiários da pensão concedida com base na Lei nº 552 adquiriram o direito à paridade de seus benefícios.

Toda lei ordinária, para ser válida, deve ter compatibilidade vertical, ou seja, deve ser compatível com a Constituição brasileira. Destarte, o dispositivo da Lei nº 552 que estabelece valor fixo para a pensão de dependentes de servidores não deve prevalecer.

Não é cabível ao Estado federado estipular regras sobre o pagamento de pensão que contrarie o texto constitucional. Assim, restando previsto, na Carta Magna, que a pensão por morte deverá ser equiparada aos vencimentos ou proventos do servidor falecido, tenho que o dispositivo da Lei nº 552 que estabelece valor fixo não foi recepcionado.

Assim, o direito da parte autora é evidente.

Sobre o vergastado tema, saliento trecho do voto do I. Colega Desembargador Wander Marotta, proferido por ocasião do julgamento dos Embargos Infringentes de nº 1.0000.00.313733-8/001:

> Na data em que foi promulgada a Lei nº 552, o Estado mantinha uma classe de servidores - a dos denominados serventuários do foro extrajudicial - que não era filiada a qualquer regime previdenciário contributivo. Estes servidores, contudo, tinham direito à aposentadoria, e seus dependentes, à pensão por morte. Estas regras - referentes à aposentadoria e à pensão - submetem-se, evidentemente, às regras constitucionais editadas posteriormente. Se a lei contraria a Constituição, Lei Maior do Estado Democrático, não pode ter sido recepcionada pela mesma.
>
> Em resumo, se o próprio texto constitucional define que o valor da pensão por morte - que deve ser igual ao valor dos proventos do servidor falecido, como se na atividade estivesse - não se admite que a legislação ordinária fixe outro valor, mormente se esta legislação foi editada antes da promulgação da Constituição.
>
> Registre-se, uma vez mais: decorre da própria Constituição Federal o direito de percepção do benefício de pensão por morte, em valores integrais, não se podendo exigir do servidor, em contrapartida, que tenha sido contribuinte de regime previdenciário, se, até a modificação do art. 40 da Lei Magna, isso não era obrigatório.

Nesse mesmo sentido, ressalto os seguintes julgados:

> Direito previdenciário. Reexame necessário/apelação cível. Pensão por morte. Lei estadual nº 552/1949. Ilegitimidade passiva do Ipsemg. Falecimento anterior à Constituição da República de 1988. Integralidade do benefício. Autoaplicabilidade do art. 40, § 7º, da CF/88. - Segundo a Lei estadual nº 552/1949, a pensão paga aos dependentes dos servidores é de responsabilidade do Estado de Minas Gerais, sendo o Instituto de Previdência dos Servidores do Estado de Minas Gerais parte ilegítima para figurar no polo passivo de ação de revisão de pensão por morte (Ap. Cível/Reex. Necessário 1.0223.08.264741-1/001, Rel.ª Des.ª Sandra Fonseca, 6ª Câmara Cível, j. em 7/5/2013, p. em 17/5/2013). - É pacífico perante o excelso STF o entendimento no sentido de que é autoaplicável o preceito do § 7º do art. 40 da CF/88 (§ 5º do art. 40, na redação original), de forma que, independentemente de qualquer regulamentação infraconstitucional, a pensão por morte deve corresponder à totalidade dos vencimentos ou proventos que o servidor receberia se vivo estivesse. - Prevendo a Constituição Federal (art. 40, §7º) que a pensão corresponderá à totalidade dos vencimentos ou proventos do servidor falecido, não pode lei estadual fixar limite inferior ao *quantum* estabelecido. - Se o Estado permitia a determinada classe de servidores, à época da edição da Lei estadual nº 552/49, que não se filiassem a regime de previdência, não pode se utilizar disso para negar ao servidor e seus dependentes o pagamento de benefícios previdenciários, direito social previsto no art. 6º da CF. - Sentença parcialmente reformada no reexame necessário. - Modificação dos consectários legais da condenação. - Recurso voluntário prejudicado (TJMG - Apelação Cível 1.0024.09.452179-6/001, Rel.ª Des.ª Heloisa Combat, 4ª Câmara Cível, j. em 4/8/2016, p. em 9/8/2016).

> Reexame necessário. Apelação cível. Pensão. Lei nº 552/49. Revisão. Benefício integral. Caráter assistencial. Inexistência. Art. 40, § 7º, CR/88. Não existe no texto constitucional a figura da pensão de caráter meramente assistencial, razão pela qual o benefício previsto na Lei nº 552/49 deverá ser reajustado nos termos do art. 40, § 7º, da Constituição da República, de modo que equivalerá à totalidade dos vencimentos que o *de cujus* receberia se vivo estivesse. O benefício da pensão por morte deve corresponder à totalidade dos proventos do segurado falecido, sendo autoaplicável o § 7º do art. 40 da CR/88, vigente à data do óbito. Em reexame, confirmar a sentença. Julgo prejudicado o recurso de apelação (TJMG – Ap. Cível/Rem. Necessária 1.0024.13.253577-4/001, Rel.ª Des.ª Albergaria Costa, 3ª Câmara Cível, j. em 4/11/2016, p. em 2/12/2016).

Assim, entendo que deve ser reformada a r. sentença, para que seja deferido o benefício à autora.

No tocante à sistemática de correção e compensação da mora, incidentes sobre o valor devido, cumpre observar que, a partir da vigência da Lei nº 11.960/2009, em todas as condenações impostas à Fazenda Pública, independentemente de sua natureza, a correção monetária e os juros de mora incidirão uma única vez, até o efetivo pagamento, segundo os índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança.

Entretanto, o STF, na ADI 4425/DF, declarou a inconstitucionalidade (por arrastamento) de parte do art. 5º da Lei nº 11.960/2009, por entender que os índices da caderneta de poupança não corrigem a inflação, não podendo ser utilizados para correção monetária.

Vinha mantendo a aplicação do artigo citado para efeitos de correção monetária, pois o Ministro Luiz Fux, monocraticamente, proferiu decisão determinando que os Tribunais continuassem a adotar o art. 1º-F da Lei n° 9.494/97, enquanto se aguardava a decisão do Plenário do STF sobre a modulação dos efeitos da referida ADI.

Nesse sentido, inclusive, decidiu o Ministro Teori Zavascki ao julgar a Reclamação nº 16.745/SC, ajuizada contra o Superior Tribunal de Justiça, que vinha aplicando o IPCA como índice de correção enquanto pendente a decisão do STF sobre qual índice a ser utilizado.

Em 25/3/2015, finalmente, foi proferida a decisão que modulou os efeitos da ADI 4425, sendo que, no tocante à correção monetária, ficou definido o seguinte: fica mantida a aplicação do índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança (TR), nos termos da Emenda Constitucional nº 62/2009, até 25/3/2015, data após a qual os créditos deverão ser corrigidos pelo Índice de Preços ao Consumidor Amplo Especial (IPCA-E).

Desta feita, a correção monetária deve incidir desde quando eram devidas as parcelas, pelos índices previstos na da Lei nº 11.960/09. A partir de 26/3/2015, a correção monetária deverá ser calculada pelo IPCA-E em razão da modulação de efeitos da decisão da ADI 4357 pelo STF. Com relação aos juros, deverão incidir a partir da citação pelos índices aplicados à caderneta de poupança, tudo em conformidade com o art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com redação dada pela Lei nº 11.960/09.

Pelo exposto, dou provimento ao recurso, para julgar procedente o pedido inicial, para que seja concedida a pensão por morte pleiteada pela autora, que deverá ser paga, retroativamente, desde o pedido administrativo. Os juros e correção deverão incidir da forma acima determinada.

Determino que os honorários sejam fixados em liquidação de sentença, devendo ser considerado o trabalho dos advogados em 2ª Instância (art. 85, § 4º, inciso II, e § 11).

Quanto às custas, deverão ser observados os arts. 10 e 12, § 3º, da Lei nº 14.939/2003.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES ANA PAULA CAIXETA e RENATO DRESCH.

Súmula - DERAM PROVIMENTO AO RECURSO.

• • •

Apelação cível - Alvará judicial - Autorização para visita a genitor preso - Menor acompanhado da avó - Interesse processual caracterizado - Art. 227 da CR c/c art. 19, § 4°, do ECA - Direito à convivência familiar - Risco à integridade física e psicológica do menor - Ausência de comprovação - Autorização concedida

- A visita de menores aos pais recolhidos em estabelecimento penitenciário, promovida por seu responsável, em princípio, dispensa autorização judicial, sendo esta necessária, contudo, quando a criança for acompanhada pela avó.

- Nos termos do art. 227 da CR c/c art. 19, § 4º, do Estatuto da Criança e do Adolescente, é direito dos filhos, ainda que menores, à convivência com seu pai ou sua mãe, caso estes estejam privados de liberdade e recolhidos em unidade prisional, sendo autorizada a visita periódica aos genitores, quando não estiver presente o risco à integridade física e psicológica da criança.

- O mero argumento genérico de periculosidade das unidades prisionais, sem prova cabal que o confirme, não é suficiente para afastar o menor do convívio com o pai, quando tanto o ECA quanto a Constituição da República colocam como prioridade a preservação dos laços familiares.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.17.084739-6/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Apelada: M.V.F.V. representada p/ mãe N.G.V. - Relator: Juiz de Direito convocado ADRIANO DE MESQUITA CARNEIRO

Acórdão

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

Belo Horizonte, 28 de junho de 2018. - *Adriano de Mesquita Carneiro* - Relator.

Notas taquigráficas

Juiz de Direito convocado ADRIANO DE MESQUITA CARNEIRO - Trata-se de apelação interposta pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais contra a sentença de f. 36/46, proferida pelo MM. Juiz da Vara Cível da Infância e da Juventude da Comarca de Belo Horizonte, nos autos do procedimento de Alvará para Visitação em Presídio apresentado por M.V.F.V., representada por sua genitora e assistida pela Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais.

A sentença julgou procedente o pedido, para conceder a autorização de visita da menor ao seu genitor, no Presídio "José Martinho Drumond", em Ribeirão das Neves, na companhia de sua avó paterna.

Nas razões recursais de f. 49/59 sustenta o Ministério Público que o art. 19, § 4°, da Lei n° 8.069/1990 dispensa a necessidade do pedido de autorização judicial para o exercício do direito de visitas dos filhos aos

pais que se encontram em situação de restrição de liberdade, sendo tal atribuição, a princípio, do diretor ou responsável pela unidade prisional.

Alega que o estabelecimento prisional não é lugar adequado à permanência de uma criança ou adolescente, considerando sua condição de pessoa em desenvolvimento, bem como a tensão sempre existente e a precariedade do local.

Sustenta que para que seja possível a autorização da visita de uma criança ou adolescente a um parente preso, deverá haver no local, no mínimo, um espaço especialmente reservado para o encontro deste com a família, com sanitários separados e fraldário e que não permita o trânsito dos familiares entre os demais detentos, corredores e pavilhões do estabelecimento prisional, além de não poderem ser feitas visitas íntimas ao preso, durante a permanência do infante no local.

Afirma a necessidade de provar judicialmente a existência de vínculo afetivo com a pessoa a ser visitada, mesmo que seja pai ou mãe, e de ouvir o diretor do estabelecimento prisional, devendo a visita ser impedida se o motivo da condenação for prática de violência, inclusive sexual, contra infante ou jovem.

Requer, assim, seja extinto o processo, sem julgamento de mérito, em razão da ausência de interesse processual, ou, sucessivamente, julgado improcedente o pedido.

Devidamente intimada, a apelada apresentou contrarrazões à f. 37, nas quais pugna pela manutenção da sentença.

Instada a se manifestar, a douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo desprovimento do recurso, conforme Parecer acostado às f. 71/75.

É o relatório.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

Da preliminar de falta de interesse processual.

Sustenta o Ministério Público que a Lei nº 8.069/1991, em seu art. 19, § 4º, dispensa a autorização judicial para que o menor possa visitar os pais que se encontram em privação de liberdade, razão pela qual deve ser extinto o processo, sem resolução do mérito, por falta de interesse processual.

De fato, a visita de menores aos pais recolhidos em estabelecimento penitenciário, promovida por seu responsável, em princípio, dispensa autorização judicial.

Todavia, no caso, a pretensão do menor é de que seja autorizada a visita ao seu pai acompanhado da avó paterna e, não, da mãe, que é a sua responsável legal.

Assim, a hipótese analisada é diversa da autorizada pelo art. 19, § 4°, do ECA, sendo necessária a determinação judicial para o exercício do direito, não havendo que se falar, portanto, em falta de interesse processual da autora.

Pelo exposto, rejeito a preliminar.

Mérito.

A autora, ora apelada, com fundamento no art. 19, § 4º, do Estatuto da Criança e do Adolescente, pretende a concessão de autorização para visitar seu pai, que está recolhido em presídio na cidade de Ribeirão das Neves, acompanhado de sua avó.

O referido art. 19, § 4º, do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90) assegura que:

> Art. 19. [...]
>
> § 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.

O direito à convivência familiar é garantido às crianças e adolescentes, ainda, pelo art. 227, da Constituição da República, nos seguintes termos:

> 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.

Assim, é direito dos filhos, ainda que menores, à convivência com seu pai ou sua mãe, caso estes estejam privados de liberdade e recolhidos em unidade prisional, sendo autorizada a visita periódica aos genitores, quando não estiver presente o risco à integridade física e psicológica da criança.

Embora o ambiente prisional não seja o mais adequado para crianças, tal fato deve ser ponderado diante do grave prejuízo que pode advir do afastamento total do menor da convivência com um de seus genitores, mormente em casos como o dos autos, em que não há qualquer evidência concreta de que as idas periódicas da autora ao estabelecimento penitenciário acarretariam riscos à sua integridade física e psicológica, ou mesmo à sua segurança.

Dessa forma, o mero argumento genérico de periculosidade das unidades prisionais, sem prova cabal que o confirme, não é suficiente para afastar o menor do convívio com o pai, quando, tanto o ECA, quanto a Constituição da República, colocam como prioridade a preservação dos laços familiares.

Nesse sentido é a jurisprudência deste Eg. Tribunal de Justiça:

> Apelação cível. Autorização judicial. Menor. Visita ao pai preso, na companhia da avó. Preliminar. Falta de interesse de agir. Ausência de negativa administrativa. Rejeição. 1. Evidencia-se o interesse de agir da menor que busca autorização judicial para visitar o pai em presídio acompanhado por sua avó, seja em virtude do princípio da inafastabilidade da jurisdição, seja porque o regramento disposto no art. 19, § 4º, do Estatuto da Criança e do Adolescente somente dispensa a intervenção judicial quando a visita for realizada na companhia do representante legal. 2. Preliminar rejeitada. Mérito. Garantia à convivência com o genitor privado de liberdade. ECA, art. 19, § 4º. Inexistência de motivo específico que contraindique a concessão da autorização. Melhor interesse da criança. Observância. 1. O art. 19, § 4º, do ECA, garante a convivência da criança e do adolescente com a mãe ou o pai privado de liberdade, por meio de visitas periódicas promovidas pelo responsável, independentemente de autorização judicial - do que se infere que, não estando o menor acompanhado do responsável, a chancela judicial far-se-á indispensável. 2. Inexistência de motivo específico que contraindique a concessão da autorização à vó da criança para

> acompanhá-la em visita ao pai que se encontra recluso em estabelecimento prisional, mormente porque requerida pela própria genitora da menor. Observância ao melhor interesse da criança. 3. Recurso não provido (TJMG - Apelação Cível nº 1.0024.16.070856-6/001, 5ª Câmara Cível, Rel.ª Des.ª Áurea Brasil, *DJe* de 7/3/2017).
>
> Apelação cível. Autorização judicial. Direito de visita. Filhos menores. Art. 19, § 4º, do Estatuto da Criança e do Adolescente. Importância da convivência com o genitor. Direito do detento. Arts. 3º e 41 da LEP. Melhor interesse do menor. - Não se desconhece que o ambiente prisional não é lugar apropriado para a visitação de menores, em razão das condições degradantes, sob todos os aspectos, em que se encontram nossos estabelecimentos penitenciários. É certo que o convívio do filho com a figura paterna é necessário para o desenvolvimento psicológico e social da criança, ainda que este esteja recolhido em estabelecimento prisional. Assim, um contato físico maior entre ambos torna a convivência mais estreita, possibilitando ao genitor dar carinho e afeto a seu filho, acompanhá-lo em seu crescimento e em sua educação, tendo sempre em vista o melhor interesse do menor (TJMG - Apelação Cível nº 1.0024.16.104226-2/001, 4ª Câmara Cível, Rel. Des. Dárcio Lopardi Mendes, *DJe* de 17/2/2017).

É de se destacar, ainda, que houve a expressa concordância da genitora com a visitação da menor ao pai, por meio do documento de f. 10, estando ainda atestada a integridade moral da avó paterna, que acompanhará a criança durante as visitas, conforme o Atestado Negativo de Antecedentes Criminais, colacionado à f. 09-v. Além disso, o atestado carcerário de f. 11 comprova o bom comportamento do genitor, não existindo contra ele registros de cometimento de faltas disciplinares nos últimos três anos.

Portanto, como as provas dos autos não revelam a existência de razões justificáveis para a privação da menor da convivência com seu pai, pelo contrário, evidenciam que o deferimento do direito de visita atende ao melhor interesse da criança, deve ser mantida a sentença que julgou procedente o pedido.

Com tais considerações, nego provimento ao recurso, para manter a sentença que autorizou a visita da menor ao seu pai no estabelecimento penitenciário em que este se encontra recolhido, devidamente acompanhada da avó paterna.

Sem custas.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES ALBERGARIA COSTA e ELIAS CAMILO SOBRINHO.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Apelação cível - Ação cominatória - Danos no imóvel - Defeito aparente - Decadência - Prescrição - Mérito - Relação de consumo - Responsabilidade por vício no produto - Compra de imóvel - Falha na construção - Honorários - Advogado particular - Princípio da restituição - Responsabilidade por danos materiais presente - *Quantum* - Apuração em fase de liquidação - Danos morais não comprovados

- Em se tratando de vícios construtivos, a responsabilidade da construtora decorre da garantia prevista no art. 618 do atual Código Civil, de maneira que não se aplica o prazo decadencial previsto no art. 26 do CDC.

- O prazo prescricional da ação para obter, do construtor, indenização por defeito da obra na vigência do Código Civil de 2002 é de 10 anos (STJ - AgRg no AREsp nº 661548-RJ, 2015/0029077-0, Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze, *DJe* de 10/6/2015).

- Constatada nos autos a presença de vícios construtivos no imóvel adquirido pelo autor, a condenação da empresa ré a proceder à reparação dos defeitos é medida que se impõe.

- Aquele que deu causa ao ajuizamento da ação deve restituir os valores despendidos pela outra parte, como despesas com honorários contratuais.

- Aquele que, de forma dolosa ou culposa, causar dano a outrem, tem o dever de indenizar.

- Comprovado o dano material, ainda que em parte, e não havendo elementos para aferição imediata de sua extensão, pode a fixação do valor da indenização ser remetida à posterior fase de liquidação.

- Somente há falar em indenização por dano moral quando existir abalo significativo a algum atributo da personalidade.

V.v.: Impõe-se o reconhecimento da decadência para o exercício do direito do consumidor, quando se tratar de vício aparente e de fácil constatação e já restando ultrapassado o prazo decadencial de 90 (noventa) dias, previsto no art. 26, inciso II, do CDC, contados a partir da data em que o autor recebeu as chaves do imóvel.

- A relação jurídica estabelecida por contrato de compra e venda de imóvel entre a empresa incorporadora do empreendimento e o futuro proprietário, destinatário final do bem, é de consumo, a ensejar a aplicação do Código de Defesa do Consumidor. O prazo prescricional para pleitear a reparação de danos decorrente de vício de fácil constatação é quinquenal, e o termo inicial de sua contagem é a data da ciência do vício/defeito - art. 27 do CDC.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.11.149752-5/001 - Comarca de Belo Horizonte - 1º Apelante: Habitare Construtora e Incorporadora S/A - 2º Apelante: Alexandre de Resende Pires Miranda - Apelados: Habitare Construtora e Incorporadora S/A, Alexandre de Resende Pires Miranda - Relator: DES. JOSÉ AUGUSTO LOURENÇO DOS SANTOS

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 12ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em rejeitar a prejudicial de decadência, vencido o Relator. No mérito, negar provimento ao primeiro recurso e dar parcial provimento ao segundo, à unanimidade.

Belo Horizonte, 11 de abril de 2018. - *José Augusto Lourenço dos Santos* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. JOSÉ AUGUSTO LOURENÇO DOS SANTOS - Perante o Juízo de Direito da 32ª Vara Cível da Comarca de Belo Horizonte, Alexandre de Resende Pires Miranda ajuizou ação com pedido de obrigação de fazer c/c indenização contra Habitare Construtora e Incorporadora S/A.

Narrou o autor, em síntese, que em 2001 adquiriu da construtora ré uma unidade imobiliária do tipo cobertura, localizada no Edifício Fuentes de Andalucia, Bairro Buritis, nesta.

Pontuou que logo após a mudança percebeu trincas, infiltrações, vazamentos e falta de acabamento no imóvel, fatos que foram comunicados à construtora. Esclareceu que em 2004 os problemas se agravaram, notadamente as infiltrações, pois o *deck* da piscina não dava vazão à água da chuva, havendo também problemas com a impermeabilização das paredes e do piso da cobertura.

Pediu a condenação da ré no pagamento de danos morais e materiais, além dos necessários reparos à correção dos problemas detectados no imóvel.

A sentença de f. 245/251 declarou a prescrição da pretensão de reparação civil pelos danos morais e materiais que o autor alegou ter sofrido e condenou a construtora a promover no imóvel os reparos e consertos necessários à correção das avarias e desconformidades do bem, às suas expensas, sob pena de multa.

Embargos de declaração em f. 252/254, rejeitados em f. 269-v.

Inconformada, a ré recorreu em f. 258/269, suscitando prejudicial de mérito de decadência. Quanto ao mérito, destacou que ficou comprovado nos autos que o apelado não promoveu no imóvel a manutenção corretiva e preventiva, e que não pode ser responsabilizada por vícios decorrentes do desgaste natural do tempo. Ponderou que a prova pericial foi omissa, não podendo ser considerada para sua condenação. Eventualmente, destacou que deve o apelado comprovar quais os danos suportados, a fim de viabilizar os reparos. Finalmente, clama pelo decote da condenação quanto aos honorários de sucumbência.

Preparo regular em f. 256.

Igualmente inconformado, o autor apelou em f. 283/289, buscando, basicamente, seja afastada prescrição declarada na sentença, com a consequente condenação da construtora no pagamento de indenização por danos morais e materiais.

Preparo regular em f. 290.

Contrarrazões às f. 291/298 e às f. 300/305, pelo não provimento dos recursos.

É, no essencial, o relatório.

Recursos próprios e tempestivos, pelo que deles conheço.

Prejudicial de mérito: decadência

Inicialmente, cuido de submeter à apreciação da colenda Turma Julgadora matéria prejudicial de mérito de decadência, suscitada pela primeira recorrente, no que entendo lhe assistir razão.

Com efeito, dispõe o art. 26, II, do CDC que o direito de reclamar pelos vícios aparentes ou de fácil constatação caduca em 90 dias, tratando-se de fornecimento de serviço e de produtos duráveis, sendo que a contagem inicia-se a partir da entrega efetiva do produto ou do término da execução dos serviços. Vejamos:

> Art. 26. O direito de reclamar pelos vícios aparentes ou de fácil constatação caduca em:
>
> I - trinta dias, tratando-se de fornecimento de serviço e de produtos não duráveis;
>
> II - noventa dias, tratando-se de fornecimento de serviço e de produtos duráveis.
>
> § 1° Inicia-se a contagem do prazo decadencial a partir da entrega efetiva do produto ou do término da execução dos serviços.
>
> § 2° Obstam a decadência:
>
> I - a reclamação comprovadamente formulada pelo consumidor perante o fornecedor de produtos e serviços até a resposta negativa correspondente, que deve ser transmitida de forma inequívoca;
>
> II - (Vetado).
>
> III - a instauração de inquérito civil, até seu encerramento.
>
> § 3° Tratando-se de vício oculto, o prazo decadencial inicia-se no momento em que ficar evidenciado o defeito.

Na presente demanda, os elementos carreados aos autos demonstram que o autor recebeu a propriedade do imóvel em maio de 2001 (f. 13/13-v), e que desde que recebeu o bem percebeu a existência de vícios no imóvel. A propósito:

[...] Após a mudança, no final do ano de 2001, o autor percebeu que ainda havia em seu apartamento inúmeros problemas, dentre eles trincas, vazamento, falta de acabamento, e muitos deles já haviam sido apontados por ele e não solucionados pela construtora (f. 02).

Assim, tem-se que, nada obstante o autor tenha se mudado para o imóvel no final de 2001, desde a entrega das chaves já havia constatado os apontados defeitos, embora possa naturalmente se concluir que estes se agravaram com o decurso do tempo. Aliás, vem a talho excertos da interpelação encaminhada pela esposa do autor, a corroborar tal conclusão:

> [...] Conforme conversa telefônica no dia 12 de novembro do mês corrente, vimos por meio desta solicitar o encaminhamento urgente das pendências relatadas durante a conversa entre o Sr. Ricardo e Sra. Liliane, e que são facilmente confirmadas por uma simples vistoria por V. Sa. Para efeito de colaboração, vimos, pela ultima vez, listar os inúmeros defeitos que este apartamento vem apresentando, que já foi solicitado as modificações (sic) há muito, mas que nos causa espanto, visto que desde o dia 14 de setembro deste

> ano, o próprio Sr. Alexandre César Soares nos deu a garantia de que, dentro de um prazo máximo de 20 dias, todos estes problemas estariam sanados (f. 14).

Verifica-se, portanto, que desde que recebeu o bem, em maio de 2001, o autor já havia detectado diversos defeitos no mesmo; tanto assim é que, em novembro do mesmo ano interpelou a ré, de forma escrita, quando já o havia feito informalmente.

Assim sendo, considerando que, entre a data do recebimento do imóvel - maio de 2001 - até a primeira interpelação escrita formulada pelo autor - novembro do mesmo ano - transcorreu prazo superior a noventa dias, conclui-se que o autor deixou transcorrer o prazo decadencial previsto no art. 26, II, da Lei de Regência.

DESA. JULIANA CAMPOS HORTA - Com a devida vênia, possuo entendimento diverso do eminente Relator.

O prazo decadencial previsto no art. 26 do Código de Defesa do Consumidor é aplicável nos casos de vícios aparentes ou de fácil constatação.

No caso em exame, incide o prazo de garantia de cinco anos previsto no art. 1.245 do Código Civil de 1916 (618 do CC/2002), já que se trata de vícios construtivos que ameaçam a solidez e segurança do imóvel, de maneira que não há falar no prazo decadencial do CDC.

O art. 618 do atual Código Civil preceitua o prazo de garantia de 05 (cinco) anos, contados da data da entrega do imóvel, para que se caracterize a responsabilidade da construtora pela solidez e segurança da obra. Constatados vícios na construção que coloquem o imóvel imprestável para a habitação, o comprador tem o prazo 20 (vinte) anos (art. 177 do CC de 1916), na vigência do Código Civil de 1916, e de 10 anos (art. 205 CC), na vigência do Código atual, para ajuizar ação contra a construtora de indenização para obter o ressarcimento pelos prejuízos experimentados.

A propósito, cumpre mencionar os seguintes julgados do STJ, *in verbis*:

> Civil. Agravo regimental no agravo em recurso especial. Responsabilidade civil. Ação de ressarcimento contra o construtor. Defeitos na construção. 1 - Prazo prescricional da ação para obter, do construtor, indenização por defeito da obra na vigência do Código Civil de 2002 é de 10 anos. 2 - Vício construtivo. Laudo pericial. Incidência do Enunciado n. 7 da Súmula desta Corte. 3 - Agravo regimental improvido (STJ - AgRg no AREsp: 661548-RJ, 2015/0029077-0, Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze, *DJe* de 10/6/2015).

> Recurso especial. Responsabilidade civil do construtor. Contrato de empreitada integral. Possibilidade de responsabilização do construtor pela solidez e segurança da obra com base no art. 1.056 DO CCB/16 (art. 389 do CCB/02). Ação indenizatória. Prescrição. Inocorrência. 1 - Controvérsia em torno do prazo para o exercício da pretensão indenizatória contra o construtor por danos relativos à solidez e segurança da obra. 2- Possibilidade de responsabilização do construtor pela fragilidade da obra, com fundamento tanto no art. 1.245 do CCB/16 (art. 618 CCB/02), em que a sua responsabilidade é presumida, ou com fundamento no art. 1.056 do CCB/16 (art. 389 CCB/02), em que se faz necessária a comprovação do ilícito contratual, consistente na má-execução da obra. Enunciado 181 da III Jornada de Direito Civil. 3 - Na primeira hipótese, a prescrição era vintenária na vigência do CCB/16 (cf. Súmula 194/STJ), passando o prazo a ser decadencial de 180 dias por força do disposto no parágrafo único do art. 618 do CC/2002. 4 - Na segunda hipótese, a prescrição, que era vintenária na vigência do CCB/16, passou a ser decenal na

> vigência do CCB/02. Precedente desta Turma. 5 - O termo inicial da prescrição é a data do conhecimento das falhas construtivas, sendo que a ação fundada no art. 1.245 do CCB/16 (art. 618 CCB/02) somente é cabível se o vício surgir no prazo de cinco anos da entrega da obra. 6 - Inocorrência de prescrição ou decadência no caso concreto. 7 - Recurso especial da ré prejudicado (pedido de majoração de honorários advocatícios) (REsp 1290383/SE, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, *DJe* de 24/2/2014).
>
> Agravo regimental. Recurso especial. Vícios de construção. Prazo. Garantia. Prescrição. Prazo. Dez anos. Cláusula de reserva de plenário. 1 - 'O prazo de cinco (5) anos do art. 1245 do Código Civil, relativo à responsabilidade do construtor pela solidez e segurança da obra efetuada, é de garantia e não de prescrição ou decadência. Apresentados aqueles defeitos no referido período, o construtor poderá ser acionado no prazo prescricional de vinte (20) anos' (REsp 215832/PR, Rel. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, j. em 6/3/2003, *DJ* de 7/4/2003, p. 289). 2 - Prescreve em vinte anos a ação para obter, do construtor, indenização por defeito da obra, na vigência do Código Civil de 1916, e em 10 anos, na vigência do Código atual, respeitada a regra de transição prevista no art. 2.028 do Código Civil de 2002. 3. Não se aplica o prazo de decadência previsto no parágrafo único do art. 618 do Código Civil de 2002, dispositivo sem correspondente no código revogado, aos defeitos verificados anos antes da entrada em vigor do novo diploma legal. 4 - Agravo regimental a que se nega provimento (AgRg no REsp 1344043/DF, Rel.ª Ministra Maria Isabel Gallotti, *DJe* de 4/2/2014).

No caso em exame, necessário investigar qual a legislação aplicável, considerando a entrada em vigor do Código Civil de 2002, em 11/3/2002.

No regime legal do Código Civil de 1916, em vigor à época dos fatos, inexistindo previsão específica de prazo prescricional para a ação de reparação civil de danos, aplicava-se o disposto em seu art. 177, segundo o qual, seria vintenário o prazo aplicável à hipótese dos autos.

O atual Código Civil estabeleceu em seu art. 205 o prazo prescricional de dez anos.

Nesse sentido, considerando que entre a data da constatação do vício pelo autor (12/11/2001 - f. 14) e a data da entrada em vigor do Código Civil de 2002 não transcorreu mais da metade do tempo estabelecido na legislação revogada, é aplicável o prazo prescricional de 10 (dez) anos, contado a partir da vigência da atual legislação civil.

In casu, o imóvel fora entregue na data de 2/5/2001 (f. 86), e, em 12/11/2001, a parte autora constatou os vícios no imóvel (f. 14). Em 1º/6/2011 (f. 45) foi proferido o despacho que ordenou a citação da parte ré, de maneira que não restou configurada a ocorrência da prescrição decenal, contado o termo inicial - em observância ao princípio da irretroatividade da lei - a partir da vigência do novo Código Civil (11/01/2003), e não da reclamação do vício efetivada pelo autor.

Ante o exposto, peço vênia ao entendimento consignado pelo eminente Relator e rejeito a preliminar de decadência e prescrição.

DES. SALDANHA DA FONSECA - Com a devida vênia do entendimento do e. Relator, tenho por acompanhar a divergência instalada pela ilustre 1ª Vogal para rejeitar as prejudiciais de mérito (decadência e prescrição).

DES. JOSÉ AUGUSTO LOURENÇO DOS SANTOS - 1º Apelo.

Vencido quanto à prejudicial de mérito, passo à apreciação dos recursos.

Busca a primeira apelante a reforma da sentença ao fundamento de que os defeitos apresentados no imóvel decorrem do desgaste natural do tempo, aliado à falta de conservação, providência que competiria ao proprietário.

De início, para elucidação da controvérsia, necessária se faz a transcrição de excertos do laudo pericial de f. 131/153, senão vejamos:

> [...] A inspeção/perícia procedida no apartamento em referência evidenciou que as anomalias encontradas apresentavam-se em condições mínimas (impacto recuperável relativo a pequenos prejuízos, sem incidência ou a probabilidade de ocorrência dos riscos acima expostos recomendando programação e intervenção em médio prazo) de manutenção e conservação. Os exames procedidos no apartamento revelaram que todos os danos/anormalidades identificados no apartamento vistoriados do imóvel em referência estão associados à fase endógena (originária da própria edificação), provocando, consequentemente, as diversas anomalias aparentes apresentadas a seguir. [...] (f. 134)
>
> [...] As ilustrações acima mostram que a água infiltra pelo rejunte ou a falta deste (foto 2) e em fissuras e trincas existentes no piso (foto 1) e paredes (foto 3). Ocorre que, como a impermeabilização é falha, acabam ocorrendo patologias e acarretando problemas de infiltração generalizados. [...] (f. 135)
>
> [...] As ilustrações (foto 7, foto 8 e foto 9) abaixo destacam onde não foi executada a devida ancoragem do sistema de impermeabilização na alvenaria e nem do revestimento argamassado. Devido a isso ocorreram fissuras na parede e no rodapé, deixando assim um ponto vulnerável no processo de impermeabilização. [...] (f. 136)
>
> [...] Não obstante, embora os sistemas de impermeabilização, cada vez mais elaborados no sentido de proteger as edificações dos malefícios das infiltrações, bolor, vesículas, descolamento com empolamento, em placas e com pulverulência, fissuras, eflorescências e vazamentos causados pela água, observa-se que não foi aplicada adequadamente a proteção. Além disso, no que diz respeito à primeira etapa, que se refere a ações anteriores à impermeabilização, como a preparação da regularização de paredes, pisos e rodapés, não existe arredondamento de cantos e arestas e impermeabilização dos peitoris/guarda corpo, evitando assim que a água escorra pelas fissuras dos rejuntes, rodapé e parede, bem como cuidados com os caimentos e desníveis do ralo. Portanto, o procedimento realizado para regularização da superfície e a proteção do sistema impermeabilizante aplicado não foi executada com a devida ancoragem na manta do rodapé, na alvenaria da parede e nem no revestimento argamassado [...] (f. 139).
>
> A ilustração (foto 36) destaca que: não foram respeitados segundo o NBR 9575 - Projeto de Impermeabilização, os cuidados com os arremates deste ralo sob o deque da piscina, tampouco ao redor do ralo foi impermeabilizado e efetuada a regularização da superfície. Convém salientar que no piso (foto 36) sob o deque da piscina não há revestimento (argamassa cimentícia) sobre a laje de concreto armado (falta ou falha de impermeabilização baseado na crença de que o concreto "forte" é suficiente para barrar a água). Em decorrência disto, expõem a trincas, fissuras, contribui ao desgaste e participa ativamente do processo de vida útil estrutural desta laje, em razão de acumular água sobre a superfície do concreto armado. Além disto, ainda que exista o ralo, não há desnível do piso convergindo para esse. (f. 141)

> [...] Dentre as anormalidades executivas que acarretaram nas patologias detectadas sob a laje, terraço/cobertura do imóvel em referência, podem ser enunciadas as deficiências nos procedimentos de aplicação dos sistemas de impermeabilização ou a falta deste, permitindo contato da água com a superfície do concreto [...] (f. 147)

> [...] Conclusão: [...] O perito signatário conclui que, após a realização da vistoria no imóvel declinado acima, o corpo deste laudo pericial efetivou e consubstanciou a identificação de vícios, patologias, avarias, anormalidades e falhas detectadas e fotografadas que são provenientes de fatores endógenos, decorrentes de falhas da própria construção, ou seja, envolvendo o projeto de impermeabilização, pintura, revestimento, que resultaram no insucesso da impermeabilização da cobertura/terraço do imóvel em questão, uma vez que a impermeabilização é o ponto crítico para o êxito de uma construção. Sendo assim, é imprescindível a atenção nesta etapa da construção, a fim de obter o pleno sucesso. [...] (f. 150)

Ora, o laudo pericial é claro em afirmar que o imóvel padece de falhas endógenas, ou seja, atinentes à fase de construção, de modo que a tese de ausência de conservação por parte do autor e de vícios decorrentes após o serviço de impermeabilização das fachadas do prédio, que teriam ensejado no desgaste da pintura (noticiado pelo autor por e-mail acostado à f. 20) não se sustenta, porquanto se trata de pormenores que, embora eventualmente capazes de agravar a situação, não afastam a falha estrutural de responsabilidade da requerida, que falhou na construção da edificação.

Ademais, impende consignar que as alegações da requerida no sentido de que o laudo pericial é omisso, pois o experto não realizou testes específicos para esclarecer, com a segurança necessária, pontos imprescindíveis para o desate da lide, encontram-se preclusas. Isto porque, ao ser intimada para se manifestar sobre o laudo pericial, ocasião na qual competiria à construtora requerer o esclarecimento necessário, esta não o fez, limitando-se a requerer dilação do prazo para se manifestar (f. 222/225), o que não encontra qualquer previsão legal, tendo agido com acerto o Magistrado ao proferir a sentença atacada logo em seguida.

Desta forma, deve ser mantida a sentença quanto à condenação da Habitare a promover os reparos no imóvel.

Finalmente, igual sorte não assiste à construtora quanto à pretensão de afastar a condenação nos honorários de sucumbência ao fundamento de que deve o autor suportar os ônus advindos do exercício da faculdade de não litigar através da Defensoria Pública.

Isto porque, de acordo com o princípio da restituição integral, deve o sucumbente reembolsar os gastos suportados pela parte contrária.

Neste sentido, o STJ:

> Civil e processual civil. Valores despendidos a título de honorários advocatícios contratuais. Perdas e danos. Princípio da restituição integral. 1 - Aquele que deu causa ao processo deve restituir os valores despendidos pela outra parte com os honorários contratuais, que integram o valor devido a título de perdas e danos, nos termos dos arts. 389, 395 e 404 do CC/02. 2 - Recurso especial a que se nega provimento (REsp 1134725/MG, Rel.ª Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, j. em 14/6/2011, *DJe* de 24/6/2011).

> Direito civil e processual civil. Prequestionamento. Ausência. Súmula 211/STJ. Dissídio jurisprudencial. Cotejo analítico e similitude fática. Ausência. Violação da coisa julgada. Reclamação trabalhista. Honorários convencionais. Perdas e danos. Princípio da restituição integral. Aplicação subsidiária do código civil. [...] 4 - Os honorários convencionais integram o valor devido a título de perdas e danos, nos termos dos arts. 389, 395 e 404 do CC/02. 5 - O pagamento dos honorários extrajudiciais como parcela integrante das perdas e danos também é devido pelo inadimplemento de obrigações trabalhistas, diante da incidência dos princípios do acesso à justiça e da restituição integral dos danos e dos arts. 389, 395 e 404 do CC/02, que podem ser aplicados subsidiariamente no âmbito dos contratos trabalhistas, nos termos do art. 8º, parágrafo único, da CLT. 6 - Recurso especial ao qual se nega provido (REsp 1027797/MG, Rel.ª Min.ª Nancy Andrighi, Terceira Turma, j. em 17/2/2011, *DJe* de 23/2/2011).

Desta forma, é de ser mantida a sentença neste ponto.

2º Apelo.

Conforme visto, pretende o segundo apelante seja afastada a prescrição reconhecida na sentença no tocante à reparação por danos morais e materiais, o que entendo não deva prosperar.

No caso dos autos, impende consignar que o imóvel foi recebido pelo autor em maio de 2001, tendo o autor interpelado a ré sobre os vícios apresentados em novembro do mesmo ano, ao passo que a ação fora distribuída apenas em maio de 2011.

Estes, portanto, são os marcos prescricionais.

Pois bem. Sabe-se que a relação jurídica estabelecida por contrato de compra e venda de imóvel entre a empresa incorporadora do empreendimento e o futuro proprietário, destinatário final do bem, é de consumo, por se enquadrarem as partes nos conceitos de consumidor e fornecedor previstos no Código de Defesa do Consumidor.

No presente caso, tendo em vista que o pleito indenizatório apresentado pelo segundo apelante decorre dos danos decorrentes das infiltrações apresentadas no imóvel, deve-se aplicar o prazo prescricional de cinco anos, previsto no art. 27, do CDC, iniciando-se a contagem do referido lapso temporal a partir do ciência do vício/defeito, senão vejamos:

> Art. 27. Prescreve em cinco anos a pretensão à reparação pelos danos causados por fato do produto ou do serviço prevista na Seção II deste Capítulo, iniciando-se a contagem do prazo a partir do conhecimento do dano e de sua autoria.

Desta forma, tem-se que o termo inicial do prazo prescricional para a pretensão de reparação de danos é a data da primeira missiva reportando os vícios, em novembro de 2001.

Logo, a ação deveria ter sido ajuizada até novembro de 2006, contudo, somente foi proposta no ano de 2011, ocorrendo, de fato, a prescrição.

Nesse sentido já decidiu este Sodalício:

> Apelação. Contrato de compra e venda de imóvel. Descumprimento de medidas. Prazo prescricional. Relação de consumo. Aplicação. Caracterização. - A relação estabelecida no contrato de compra e venda de imóvel junto a fornecedor é a de consumo, logo, a aplicação é da lei especial. O prazo prescricional para

> discutir o defeito do produto consistente em imóvel entregue com medição menor da que foi prometida é o previsto no art. 27 do CDC, qual seja 05 (cinco) anos (TJMG - Apelação Cível nº 1.0024.13.052057-0/001, Rel. Des. Antônio Bispo, 15ª Câmara Cível, j. em 14/7/2016, publicação da súmula em 22/7/2016).

Ultrapassada a prescrição, cumpre-me apreciar o pedido de condenação da construtora em danos morais e materiais.

Nos termos do art. 927 c/c art. 186 do Código Civil, aquele que, de forma dolosa ou culposa, causar dano a outrem, tem o dever de indenizar.

No caso, as avarias no imóvel do autor advindas da falha da impermeabilização da piscina e ulterior vazamento encontram-se devidamente comprovadas pelo laudo pericial. A propósito, o experto constatou "deterioração do piso", "destruição total do painel decorativo", "trincas e descolamento do reboco", tudo conforme se observa à f. 145 do laudo pericial, no capítulo "consequências na suíte do casal".

Logo, em relação à indenização por dano material consistente em avarias no imóvel, o autor comprovou os fatos constitutivos do direito (art. 373, inc. I, do CPC).

A indenização por danos materiais, porém, deverá ser apurada em fase de liquidação e será limitada à reparação dos danos detectados no referido laudo pericial como consequência da falha na impermeabilização.

Assim, havendo comprovação dos danos materiais, mas sem elementos para aferição imediata de sua extensão (art. 944 do Código Civil), deve a fixação do *quantum* ser remetida à posterior fase de liquidação. A propósito:

> Recurso especial. [...]. Sentença ilíquida. Possibilidade. 1 - Caso o juiz não se convença da procedência do pedido certo em toda a sua extensão, pode reconhecer parcialmente o direito, remetendo a apuração do montante à fase de liquidação. 2 - Recurso especial conhecido em parte e, nesta extensão, provido (STJ, REsp. 259.607/SP, Rel. Min. Fernando Gonçalves, Rel. p/ Acórdão Min. Aldir Passarinho Júnior, 4ª Turma, j. em 5/11/2009, *DJe* de 16/11/2009).

Quanto à pretensão indenizatória por danos morais, não há elementos nos autos que autorizem seu acolhimento.

Observa-se que a conduta da construtora não chegou atingir a integridade física do autor e não há demonstração de situação capaz de gerar abalo psíquico ou atingir, de maneira relevante, algum outro direito da personalidade.

A lesão a direito da personalidade é requisito para a indenização por dano moral e, no caso, os fatos narrados nos autos se limitam a prejuízos materiais, sendo os demais transtornos aborrecimentos decorrentes das relações firmadas na vida moderna. Por oportuno, cite-se:

> A Constituição diz que dano moral tem que ser indenizado, mas não o conceitua expressamente. E aí continuamos dizendo que dano moral é dor, sofrimento, vexame, humilhação etc. Toda dor, vexame, sofrimento, humilhação configura dano moral? [...] esta ideia de que a dor, vexame, sofrimento, humilhação, causam dano moral, nem sempre é correta. Costumo dizer que dor, vexame, sofrimento, humilhação são igual a febre. A febre indica algum problema biológico, no organismo, mas não é o mal em si. Não adianta combater a febre, é preciso tratar sua causa. [...] É a Constituição que nos diz o que é dano moral e o que não é. Não é essa historia de dor, vexame, sofrimento. No art. 5º, inciso V e inciso X,

> a Constituição se refere expressamente, ao tratar do dano moral, aos direitos da personalidade. Fala da intimidade, do nome, da honra; então, aí esta o ponto de partida, no meu entender. Dano moral não tem nada a ver com dano patrimonial, que é uma lesão ao patrimônio, em bens integrantes do patrimônio da pessoa. O dano moral (a expressão realmente muito limitada, por isso é também chamado de dano não patrimonial, dano imaterial, como quiserem) diz respeito a lesão a bem integrante da personalidade, bem integrante da pessoa, que não tem nada a ver com o patrimônio. [...] Esta, para mim, foi a grande contribuição da Constituição com relação a dano moral. Só podemos falar em dano moral quando houver uma lesão de um bem integrante da personalidade. Este é um critério objetivo [CAVALIERI FILHO, Sergio. *Os danos morais no Judiciário brasileiro e sua evolução desde 1988*. In: TEPEDINO, Gustavo (org.). *Direito Civil contemporâneo* - Novos problemas à luz da legalidade constitucional: anais do Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional da cidade do Rio de Janeiro. São Paulo: Atlas, 2008, p. 98/100].

Assim sendo, ultrapassada a prescrição, entendo necessária a reforma da sentença para condenar a construtora no pagamento de danos materiais.

Por todo o exposto, vencido quanto à prejudicial de decadência, no mérito, nego provimento ao primeiro recurso e dou parcial provimento ao segundo, para afastar a prescrição e condenar a construtora ao pagamento de indenização por danos materiais em favor do autor, correspondente ao valor de reparação pelas avarias causadas no imóvel, consequência da má impermeabilização e constatadas no laudo pericial, o que deverá ser apurado em fase de liquidação.

Custas à metade para cada parte, observada a gratuidade, se houver.

A sentença é de 10 de março de 2016, portanto, incabíveis honorários recursais, nos termos do que dispõe o enunciado administrativo de nº 07, do STJ.

É como voto.

DES.ª JULIANA CAMPOS HORTA - No mérito, coloco-me de acordo com o eminente Relator.

DES. SALDANHA DA FONSECA - No mérito, acompanho o e. Relator, para negar provimento ao primeiro recurso e dar parcial provimento ao segundo.

Súmula - REJEITARAM A PREJUDICIAL DE DECADÊNCIA, VENCIDO O RELATOR. NO MÉRITO, NEGARAM PROVIMENTO AO PRIMEIRO RECURSO E DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO SEGUNDO, À UNANIMIDADE.

• • •

Apelação cível - Ação de cobrança - Prestação de serviços médicos - Estado de perigo - Vício de consentimento - Ocorrência - Anulação - Plano de saúde - Teoria da aparência

- O estado de perigo é tratado pelo Código Civil de 2002 como defeito do negócio jurídico, que leva a sua anulação, tendo como pressupostos: (i) a necessidade de salvar-se, ou a pessoa de sua família; (ii) o dolo de aproveitamento da outra parte grave dano conhecido pela outra parte; (iii) assunção de obrigação excessivamente onerosa; (IV) se a pessoa a ser salva não pertencer à família do declarante, o juiz decidirá segundo circunstâncias do caso concreto (REsp 918.392/RN.)

- Se as operadoras de plano de saúde possuem o mesmo objeto social, sendo detentoras da mesma denominação e logomarca, utilizando formulários idênticos para seus contratos, criando a aparência de serem a mesma cooperativa, aplica-se a teoria da aparência, de modo a se reconhecer a continuidade de seus sucessivos contratos (TJMG - AI nº 1.0701.15.022076-5/001). Em face disso, o consumidor pode acionar qualquer das empresas integrantes do mesmo grupo econômico.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.14.241493-7/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Unimed Belo Horizonte Cooperativa de Trabalho Médico Ltda. - Apelado: Leandro Antonio de Faria - 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, 27 de junho de 2018. - *Ramom Tácio* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. RAMOM TÁCIO - Trata-se de apelação cível interposta por Unimed Belo Horizonte Cooperativa de Trabalho Médico Ltda. contra a sentença de f. 169/172, em que a MM. Juíza *a quo*, nos autos da ação de cobrança, movida em face de Leandro Antônio de Faria, julgou improcedentes os pedidos formulados na petição inicial.

A apelante sustenta que o apelado lhe deve a quantia de R$14.642,07, em razão de um contrato de prestação de serviços celebrado entre as partes. Narra que o Sr. Ricardo Moratti, em benefício de quem foi celebrado o contrato, não é beneficiário da Unimed BH, mas sim da Unimed Uberlândia. Diz que tais sociedades são pessoas jurídicas independentes e autônomas entre si, não pertencentes a um mesmo grupo econômico.

Sustenta que a Unimed de cada localidade possui registro próprio perante a Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS, com administrações e carteira de clientes que não se confundem.

Explica que as operadoras da Unimed, com o fim de beneficiar seus clientes, utilizam-se de um sistema de intercâmbio que consiste em "aderência da faculdade concedida às cooperativas centrais e federações de

cooperativas de auxiliarem-se mutuamente, integrando e orientando suas atividades, bem como facilitando a utilização recíproca de serviços", não se aplicando a teoria da aparência ao caso.

Tece considerações sobre o sistema de intercâmbio entre as operadoras da Unimed, que não gera vínculo entre a Unimed integrante desse sistema e o beneficiário de outra operadora da Unimed.

Realça que o plano de saúde do Sr. Ricardo Moratti perante a Unimed Uberlândia não estava ativo quando do contrato assinado pelo apelado.

Afirma que o fato de a cobertura da Unimed ser nacional não abre espaço para que o beneficiário possa valer-se de qualquer hospital particular do Brasil, em detrimento das operadoras credenciadas e da prévia autorização da Unimed em cujo local se tem o contrato de prestação de serviços originário.

Diz que não há, nos autos, situação de estado de perigo do apelado quando da celebração do contrato sub judice, concluindo pela não ocorrência de vício de consentimento no negócio jurídico.

Quer o provimento do recurso e a reforma da sentença, para que sejam julgados procedentes os pedidos formulados na petição inicial, sendo reconhecido o dever de pagar do apelado.

Em contrarrazões, o apelado insiste na manutenção da sentença.

É o relatório.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

A insurgência recursal situa-se na possibilidade de cobrança de valores provenientes de um contrato de prestação de serviços médicos entre as partes, feito em benefício de um terceiro, Ricardo Moratti.

No caso em análise, a cobrança não é possível, porque o contrato não se fez dentro da possibilidade de lei.

Ora, quando desse contrato entre Unimed BH e o apelado, o terceiro, em benefício do qual ele foi feito, estava prestes a morrer, o que de fato ocorreu quatro dias depois de sua internação em hospital da UNIMED/BH.

Essa era uma das situações que motivou o fazimento do contrato. O terceiro também era usuário da Unimed Uberlândia, e o apelado, quando firmou o contrato em discussão, pode ter tido a crença de que aquele documento seria mera formalidade para liberação do atendimento médico.

Outra situação reveladora dessa crença é que a assinatura do contrato e a internação do terceiro, Ricardo Moratti, para o procedimento médico, se deram no mesmo dia, ou seja, em 24/1/2018.

Assim, tudo faz crer que o apelado firmou esse contrato porque não havia para ele alternativa para salvar o amigo da morte.

Como essa é a situação, conclui-se já aqui que o apelado agiu sob estado de perigo, sendo a obrigação imputada a ele excessivamente onerosa.

Ora, havendo vício de consentimento pelo estado de perigo, a validade do contrato fica afetada. Está, aliás, no art. 156 do Código Civil explicação sobre isso:

> Art. 156. Configura-se o estado de perigo quando alguém, premido da necessidade de salvar-se, ou a pessoa de sua família, de grave dano conhecido pela outra parte, assume obrigação excessivamente onerosa.

> Parágrafo único. Tratando-se de pessoa não pertencente à família do declarante, o juiz decidirá segundo as circunstâncias.

Vide, a propósito, julgado do STJ:

> Civil e processual civil. Seguro saúde anterior à Lei 9.656/98. Submissão do segurado à cirurgia que se desdobrou em eventos alegadamente não cobertos pela apólice. Necessidade de adaptação a nova cobertura, com valores maiores. Segurado e familiares que são levados a assinar aditivo contratual durante o ato cirúrgico. Estado de perigo. Configuração. É excessivamente oneroso o negócio que exige do aderente maior valor por aquilo que já lhe é devido de direito. Dano moral configurado. - O estado de perigo é tratado pelo Código Civil de 2002 como defeito do negócio jurídico, um verdadeiro vício do consentimento, que tem como pressupostos: (i) a necessidade de salvar-se, ou a pessoa de sua família; (ii) o dolo de aproveitamento da outra parte grave dano conhecido pela outra parte; e (iii) assunção de obrigação excessivamente onerosa [...] (REsp 918.392/RN, Rel.ª Min.ª Nancy Andrighi, Terceira Turma, j. em 11/3/2008, *DJe* de 1/4/2008).

Seja como for, acresce-se ainda que a teoria da aparência configura também impeditivo à procedência da demanda. A Unimed é uma só aos olhos de seu consumidor. O consumidor, assim, pode acionar qualquer das empresas integrantes do mesmo grupo econômico e que sejam exploradoras da mesma marca.

Embora cada unidade seja autônoma e independente, o seu conjunto apresenta-se ao consumidor como integrante de um único sistema, com abrangência em todo o território nacional.

Desse modo, em face da cobertura nacional de determinada Unimed, o usuário do plano pode valer-se de outra unidade Unimed em localidade diversa de seu plano originário.

Vide, a respeito, este julgado do STJ:

> Direito civil e processual civil. Recurso especial. Ação de obrigação de fazer. Legitimidade passiva. Sistema Unimed. Boa-fé objetiva. Teoria da aparência. Dissídio jurisprudencial. Análise prejudicada. - Ação de obrigação de fazer ajuizada em 8/3/2014, de que foi extraído o presente recurso especial, interposto em 15/2/2016 e concluso ao Gabinete em 25/11/2016. Julgamento pelo CPC/73. - O propósito recursal é decidir sobre a legitimidade passiva da recorrida. - A integração do Sistema Unimed é evidenciada pelo uso do mesmo nome - "Unimed" - e por um logotipo comum, de maneira a dificultar a fixação das responsabilidades e a área de atuação ou abrangência de cobertura de cada uma das unidades, singularmente considerada. Por isso, é grande a possibilidade de confusão do consumidor no momento da contratação dos planos de saúde oferecidos pelas cooperativas que compõem o Sistema Unimed. - A conduta da Unimed de, no momento da contratação do plano de saúde, convencer de que se trata de um sistema único de cooperativas com atuação em todo o território nacional, e depois alegar a independência das unidades cooperativadas e a distinção de personalidade jurídica para eximir-se de eventual responsabilidade, frustra a confiança depositada pelo consumidor no negócio jurídico celebrado. - À luz da teoria da aparência, é reconhecida a legitimidade passiva da recorrida. - Em virtude do exame do mérito, por meio do qual foi analisada a tese sustentada pela recorrente, fica prejudicada a análise da alegada divergência jurisprudencial. - Recurso especial provido (REsp 1627881/TO, Rel.ª Min.ª Nancy Andrighi, Terceira Turma, j. em 12/9/2017, *DJe* de 15/9/2017).

Veja, também, jurisprudência do TJMG:

> Agravo de instrumento. Ação de requerimento de tutela de urgência. Plano de saúde. Cooperativas do sistema Unimed. Legitimidade passiva *ad causam*. Teoria da aparência. Aplicabilidade. A legitimidade

> *ad causam* é aferida *in abstracto assertionis*, ou seja, deve ser avaliada em consonância com os fundamentos esculpidos na inicial enquanto liame que une as partes subjetivamente. Em situação semelhante, o eg. STJ, sendo relatora a Min. Maria Isabel Gallotti, esclareceu que "o consumidor, ao contratar com as rés Unimed Belo Horizonte ou Unimed Juiz de Fora adquire direito ao uso de serviços médicos de suposto Sistema Unimed de planos de saúde, o qual lhe acarreta direitos e vantagens e torna mais competitivos os produtos de seus afiliados" (AREsp nº 383125). Aferida a legitimidade passiva *ad causam*, a Unimed Juiz de Fora Cooperativa de Trabalho Médico Ltda. deve ser mantida na lide (TJMG - Agravo de Instrumento Cível nº 1.0000.16.095948-2/002, Rel. Des. Manoel dos Reis Morais,10ª Câmara Cível, j. em 17/4/2018, publicação da súmula em 19/4/2018).
>
> Agravo de instrumento. Plano de saúde. Migração entre Unimed's diferentes vinculadas ao mesmo grupo. Teoria da aparência. Contrato que teria sido firmado com unidade diversa da acionada pelo destinatário dos serviços médicos. Negativa de atendimento pelo plano de saúde contratado. Continuidade contratual. - Se as operadoras de plano de saúde possuem o mesmo objeto social, sendo detentoras da mesma denominação e logomarca, utilizando formulários idênticos para seus contratos, criando a aparência de serem a mesma cooperativa, aplica-se a teoria da aparência, de modo a se reconhecer a continuidade de seus sucessivos contratos. - Fica inviável excluir a unidade de Uberaba da obrigação de prestar o atendimento necessário à saúde do destinatário do plano, colocada sob grave risco, sob a só alegação de que a avença fora contratada com unidade outra. - As partes devem agir com lealdade e confiança recíprocas. Numa palavra, devem proceder com boa fé. Entre contratante e contratado é necessária a colaboração, um ajudando o outro na execução do contrato (TJMG. Agravo de Instrumento Cível nº 1.0701.15.022076-5/001, Rel. Des. Rogério Medeiros, 13ª Câmara Cível, j. em 23/6/2016, p. em 1/7/2016).

Não há, portanto, o que se questionar. O fato de o usuário, Ricardo Moratti, pertencer à Unimed Uberlândia não abre espaço para que não faça jus ao plano de saúde na Unimed Belo Horizonte, principalmente quando se considera a situação de emergência vivenciada por ele, que resultou em seu óbito.

Seja como for, a Unimed BH, ora apelante, também não fez prova de que, quando da situação em análise, o terceiro não seria usuário integrante da Unimed Uberlândia.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso, mantendo a sentença em seus exatos termos.

Condeno a apelante ao pagamento das custas recursais.

Deixo de aumentar os honorários advocatícios, porque já fixados no limite legal pelo MM. Juiz.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES MARCOS HENRIQUE CALDEIRA BRANT e OTÁVIO DE ABREU PORTES.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

• • •

Apelação cível - Medida cautelar inominada - Registro de domínio na internet - Responsabilidade exclusiva do requerente - Ilegitimidade passiva configurada - Honorários advocatícios - Manutenção

- O responsável pelo registro de domínio de *site* eletrônico na internet é que possui legitimidade passiva *ad causam* para responder por ilícito decorrente de sua criação.

- Nos termos da Resolução 08/2008 do Comitê Gestor de Internet, constitui-se em obrigação e responsabilidade exclusivas do requerente a escolha adequada do nome do domínio a que ele se candidata.

- "É da inteira responsabilidade do titular do domínio: I - O nome escolhido para registro, sua utilização e eventual conteúdo existente em páginas referidas por esse domínio, eximindo expressamente o CGI.BR e o NIC.BR de quaisquer responsabilidades por danos decorrentes desses atos e passando o titular do nome de domínio a responder pelas ações judiciais ou extrajudiciais decorrentes de violação de direitos ou de prejuízos causados a outrem."

- Os honorários advocatícios de sucumbência arbitrados na sentença conforme diretrizes do § 2º do art. 85 do Código de Processo Civil não comportam redução.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0313.08.246651-4/001 - Comarca de Ipatinga - Apelante: Agapi - Ipatinga Comércio Ltda. - Apelado: Núcleo de Informação e Coordenação do Ponto BR - NIC.br - Litisconsorte: Daelson Oliveira da Silva, Edinei Pereira Trintade e outro - Relator: DES. JOSÉ FLÁVIO DE ALMEIDA

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 12ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 11 de abril de 2019. - *José Flávio de Almeida* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. JOSÉ FLÁVIO DE ALMEIDA - Agapi Ipatinga Comércio Ltda. apela da sentença de f. 269/270 destes autos de medida cautelar inominada ajuizada em face do Núcleo de Informação e Coordenação do Ponto BR - NIC.br, Daelson Oliveira da Silva e Edinei Pereira Trintade, que concluiu:

> [...] Ante o exposto, rejeito a preliminar de nulidade de citação, acolho a preliminar de ilegitimidade passiva e julgo extinto o processo sem resolução do mérito em relação a Núcleo de Informação e Coordenação do Ponto BR. No mérito, julgo procedente a medida cautelar e confirmo a liminar.

A apelante argumenta que "alegado que o evento danoso aconteceu por negligência da apelada, concessa vênia, por si só, já a torna legítima para compor o polo passivo da lide. Ora, não há como prosperar a alegação da requerida de que não pode exigir documentos de quem solicita eletronicamente o registro de um domínio [...] se a apelante poderia, a qualquer tempo, exigir do titular do domínio a apresentação de

documentos, certo é que, no ato da solicitação do registro do *site* em nome da apelante por terceiros de má-fé, ela também poderia exigir os documentos necessários para comprovar realmente se era a autora, ora apelante, ou terceiros que solicitaram o registro do *site* www.oiipatinga.com.br. Assim, os próprios regulamentos que a apelada alega que deveriam seguir lhe conferiam a possibilidade de exigir documentos do titular do domínio a qualquer momento, e sendo que, não o fazendo, no caso em tela, a sua atitude se mostrou negligente, trazendo enormes prejuízos à apelante, seja de cunho material como moral [...] outro fato que poderia levar a apelada, no mínimo, a desconfiar de que se tratava de fraude é o local onde foi realizada a solicitação, pois, conforme confessado na defesa à f. 57, esta foi realizada na cidade de Porto Alegre/RS, e não Ipatinga/MG, local da sede da empresa autora [...] está nítido que, se a empresa tivesse sido diligente no ato da solicitação do domínio do site www.oiipatinga.com.br, nem a apelante nem consumidores de boa-fé seriam lesados e prejudicados, devendo atrair para si o ônus de sua negligência [...] caso o recurso não seja provido quanto à extinção do feito em face da apelada, requer, de forma alternativa, a redução dos honorários sucumbenciais [...] a apelante foi condenada a pagar aos advogados da apelada a importância de R$2.000 (dois mil reais) a título de honorários de sucumbência [...] os honorários devem ser fixados pelo critério da equidade, buscando-se estabelecer remuneração condizente com a atividade exercida pelo advogado [...] requer a diminuição do patamar dos honorários, sugerindo-se o patamar de R$1.000 (um mil reais)". Pede "seja dado provimento ao presente apelo, para cassar a r. sentença de 1º grau, não sendo acolhida a preliminar de ilegitimidade passiva arguida pela apelada, condenando a parte apelada, confirmando a liminar também em relação a ela" (f. 271/297).

Preparo pago (f. 282).

O apelado apresenta contrarrazões, alegando que "o NIC.br é mero órgão de assentamento de domínios no '.br'. Sua função é possibilitar o registro de domínios no '.br', mantendo o sistema de registro brasileiro em pleno funcionamento. As normas vigentes determinam que o registro seja efetuado de forma eletrônica (*on-line*) pelo requerente, isto é, o NIC.br não participa do registro propriamente dito. Trata-se do princípio '*First Come, First Saved*', ou seja, o registro será concedido ao primeiro requerente que solicitar e satisfizer as exigências técnicas, sem qualquer análise do órgão registrador. O procedimento do registro é efetuado de forma eletrônica (*on-line*), além de ser declaratório, competindo exclusivamente àquele que o efetiva indicar dados cadastrais corretos e válidos (artigos 4º, inciso I, alíneas *a* e *b*, e 5º, inciso III, da Resolução CGI.br 2008/008) [...] eventual exigência da apresentação de documentos para registro de nomes de domínio não é cabível neste caso, primeiro porque inexiste norma em todo o mundo que autorize ou obrigue o órgão registrador a assim proceder, segundo porque o registro se tornaria excessivamente moroso num espaço tão dinâmico como a Internet, capaz de fadá-la ao encerramento [...] mesmo que os órgãos registradores, como o NIC.br, começassem a exigir documentos para registro de domínio genéricos, as fraudes não seriam totalmente evitadas, já que documentos forjados poderiam ser apresentados [...] cabe destacar que a apelante já identificou nos autos as pessoas atreladas ao referido registro [...] Assim, caberia exclusivamente contra estes demandar, eis que exclusivamente esses são os titulares da relação de direito material litigiosa [...] a verba honorária fixada na sentença apelada com base na equidade, levou em consideração os termos do § 2º do art. 85 do novo Código de Processo Civil". Pede a manutenção da sentença (f. 285/292).

Satisfeitos os pressupostos de admissibilidade, conheço da apelação.

O art. 17 do Código de Processo Civil prevê que, para postular em juízo, é necessário ter interesse e legitimidade.

Sobre o tema, Fredie Didier Jr. leciona que

> a legitimidade para agir, por sua vez, condiciona o exercício da atividade jurisdicional ao exigir que as partes, na relação jurídica processual, sejam, segundo a narrativa exposta pelo autor na petição inicial, e, em regra, como se verá a seguir (art.18), os titulares da relação jurídica de direito material levada, por meio do exercício do direito de ação, à apreciação do Poder Judiciário (*Comentários ao novo Código de Processo Civil*. 2. ed. Revista dos Tribunais, p.115).

O apelado, Núcleo de Informação e Coordenação do Ponto BR (NIC.br), é uma entidade civil, de direito privado, sem fins lucrativos, que, desde 2005, tem a atribuição das funções administrativas e operacionais relativas ao domínio ".br".

Nome de domínio (*domain name*) é o sinal designativo utilizado para identificar e localizar o endereço eletrônico ou a *home page* de agentes que, de algum modo, exerçam atividade (econômica ou não) na internet.

O art. 1º, §§ 2º e 3°, da Resolução n° 08/2008 do Comitê Gestor de Internet, órgão criado pela Portaria Interministerial n° 147, de 31 de maio de 1995, alterada pelo Decreto Presidencial n° 4.829, de 3 de setembro de 2003, dispõe :

> Art. 1º - Um nome de domínio disponível para registro será concedido ao primeiro requerente que satisfizer, quando do requerimento, as exigências para o registro do mesmo, conforme as condições descritas nesta Resolução.
>
> Parágrafo único - Constitui-se em obrigação e responsabilidade exclusiva do requerente a escolha adequada do nome do domínio a que ele se candidata. O requerente declarar-se-á ciente de que não poderá ser escolhido nome que desrespeite a legislação em vigor, que induza terceiros a erro, que viole direitos de terceiros, que represente conceitos predefinidos na rede Internet, que represente palavras de baixo calão ou abusivas, que simbolize siglas de Estados, Ministérios, ou que incida em outras vedações que porventura venham a ser definidas pelo CGI.br.
>
> [...]
>
> Art. 5º - É da inteira responsabilidade do titular do domínio:
>
> I. O nome escolhido para registro, sua utilização e eventual conteúdo existente em páginas referidas por esse domínio, eximindo expressamente o CGI.br e o NIC.br de quaisquer responsabilidades por danos decorrentes desses atos e passando o titular do nome de domínio a responder pelas ações judiciais ou extrajudiciais decorrentes de violação de direitos ou de prejuízos causados a outrem; II. A eventual criação e o gerenciamento de novas divisões e subdomínios sob o nome de domínio registrado; III. Fornecer ao NIC.br dados verídicos e completos, e mantê-los atualizados;

Restou claro, na aludida resolução, que a escolha do nome de domínio e a sua adequada utilização são de inteira responsabilidade do requerente, inexistindo pertinência subjetiva da pretensão inicial com as atividades exercidas pelo apelado.

Como bem solucionou o MM. Juiz de Direito, o conflito de interesses, no caso, forma-se entre a autora e aquele que registrou o domínio www.oiipatinga.com.br e cometeu ilícitos em nome dela.

Cumpre ao apelado somente proceder a registro e manutenção dos nomes de domínio, mediante delegação do Comitê Gestor da Internet, não havendo qualquer exame prévio quanto à viabilidade do nome que se pretende registrar ou procedimento com publicidade. Assim, não cabe responsabilizar o apelado pelo registro indevido.

Importa ressaltar que o simples fato de haver pedido de cancelamento do domínio não é causa suficiente para manutenção do apelado no polo passivo da ação, na medida em que o art. 8º da Resolução supracitada prevê o cancelamento do registro mediante ordem judicial.

Vale dizer que o cancelamento do domínio "oiipatinga.com.br" estava ao alcance do apelado e foi cumprida (f. 156).

Não sendo parte, portanto, na relação de direito material, é certo concluir-se que não tem legitimidade *ad causam*.

A jurisprudência deste egrégio Tribunal de Justiça orienta:

> Apelação. Ação de indenização por danos morais. Registro irregular de domínio da internet. Órgão responsável pelo registro. Ilegitimidade passiva. - O NIC.br se constitui no órgão administrativo com a incumbência apenas de registrar os nomes de domínio de Internet e distribuição de IP's, não sendo parte legítima para figurar na presente demanda (TJMG - Apelação Cível 1.0016.08.081637-0/001, Rel. Des. Alberto Henrique, 13ª Câmara Cível, j. em 5/5/2011, p. em 25/5/2011).

Nesse mesmo sentido:

> Agravo de Instrumento nº 1.218.885/SP (2009/0151399-9) Rel. Ministro Massami Uyeda Agravante: Fiat Automóveis S/A Advogado: Lelio Denicoli Schmidt e outro agravado: Núcleo de Informação e Coordenação do Ponto Br - NIC.Br. Advogado: Kelli Priscila Angelini e outro agravado: Star Livraria e Papelaria Advogado: Fábio Bernardi e outro interes.: Imovale Assessoria e Consultoria de Imóveis. Agravo de Instrumento. Responsabilidade. Registro de domínio. Legitimidade da Fapesp. Reexame fático. Incidência Súmula 7/STJ. Recurso improvido. Decisão. - Cuida-se de agravo de instrumento interposto pela Fiat Automóveis S/A contra decisão denegatória de admissibilidade de recurso especial fundamentado no art. 105, inciso III, alínea *a*, da Constituição Federal, em que se alega violação do art. 267, VI, do CPC. Sustenta a recorrente, em síntese, a legitimidade da Fapesp para figurar no polo passivo. É o relatório. O recurso não merece prosperar. Com efeito. Quanto à legitimidade da FAPESP, o Tribunal de origem, após sopesar todo o acervo probatório coligido nos autos, assim consignou: 'Cumpria à FAPESP (e, atualmente, cumpre ao NIC.br) somente proceder ao registro e manutenção dos nomes de domínio, mediante delegação do Comitê Gestor da Internet no Brasil. [...] Ao contrário dos procedimentos como o de registro de marca junto ao Instituto Nacional de Propriedade Industrial - INPI, no caso dos nomes de domínio, não há qualquer exame prévio quanto a viabilidade do nome que se pretende registrar ou procedimento com publicidade, para que terceiros possam apresentar, eventualmente, oposições ou recursos. Assim, não cabe responsabilizar tais órgãos pelo registro indevido, quando o fazem de forma burocrática e eletrônica. Também não há qualquer necessidade de que sejam partes para efetuarem, posteriormente, o cancelamento do nome de domínio. Da mesma forma que registram o nome de domínio sem apreciação do mérito, mediante simples ofício judicial, cancelam os mesmos'. Nota-se que a pretensão de afastar a ilegitimidade passiva da Fapesp exige o revolvimento do conjunto fático-probatório carreado aos autos, inviável na via eleita, a teor do disposto na Súmula 7/STJ. Nega-se, portanto, provimento ao agravo de instrumento. Publique-se. Intimem-se. Brasília (DF), 6 de novembro de 2009. Min. Massami Uyeda Relator (Min. Massami Uyeda, 12/11/2009).

Quanto aos honorários advocatícios, considerando o trabalho realizado pelo advogado, o arbitramento se deu segundo balizamento previsto no § 2º do art. 85 do Código de Processo Civil. O advogado tem direito aos honorários de sucumbência que reflitam remuneração digna, obedecidos os critérios legais. Assim, não deve ser modificado.

Diante do exposto, com fundamento no art. 93, inciso IX, da Constituição Federal, nego provimento à apelação.

Condeno a apelante ao pagamento das custas recursais e majoro os honorários advocatícios para R$3.500,00 (três mil e quinhentos reais) nos termos dos §§ 2º e 11 do art. 85 do Código de Processo Civil.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES JOSÉ AUGUSTO LOURENÇO DOS SANTOS e JULIANA CAMPOS HORTA.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

• • •

Remessa necessária - Apelações cíveis - Ação civil pública - Acessibilidade da pessoa portadora de deficiência física - Reforma do Estádio Raimundo Sampaio (Independência) - Legitimidade da concessionária - Alterações realizadas - Topografia do logradouro da região e características construtivas do imóvel - Impossibilidade de atender ao padrão determinado pela ABNT - Acessibilidade garantida - Sentença mantida

- Sabe-se que a Lei Maior conferiu tutela jurídica ampla, integral e diferenciada aos portadores de necessidades especiais, dispondo, inclusive, sobre o direito de acesso aos logradouros e edifícios de uso público e coletivo.

- A regulamentação da ABNT não pode ser utilizada como um fim em si mesma, mas sim como um meio para que se possa garantir a acessibilidade das pessoas com deficiência e mobilidade reduzida.

- Diante da constatação de que as reformas implementadas foram suficientes para que fosse atingida a finalidade pretendida por meio desta demanda, não há razão para que sejam determinadas outras intervenções, de alto custo, que, na prática, em pouco alterariam as condições atuais do estádio.

APELAÇÃO CÍVEL/REMESSA NECESSÁRIA Nº 1.0024.13.251048-8/002 - Comarca de Belo Horizonte - Remetente: Juiz de Direito da 2ª Vara da Fazenda Pública e Autarquias da Comarca de Belo Horizonte - Apelante Adesivo: América Futebol Clube - 1º Apelante: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - 2º Apelante: Arena Independência Operadora de Estádio S.A. - Apelados: Arena Independência Operadora de Estádio S.A., Estado de Minas Gerais, América Futebol Clube, Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Relator: DES. WILSON BENEVIDES

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 7ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em DEIXAR DE CONHECER DO RECURSO ADESIVO, CONFIRMAR A SENTENÇA, EM REMESSA NECESSÁRIA, E NEGAR PROVIMENTO AO PRIMEIRO E AO SEGUNDO APELO.

Belo Horizonte, 26 de junho de 2018. - *Wilson Benevides* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. WILSON BENEVIDES - Trata-se de remessa necessária e recursos de apelação interpostos em face da sentença de f. 505/513, proferida pelo MM. Juiz de Direito da 2ª Vara da Fazenda Pública e Autarquias da Comarca de Belo Horizonte, que, nos autos da ação c1ivil pública ajuizada pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais em face de Arena Independência Administradora de Estádios S.A., América Futebol Clube e Estado de Minas Gerais, julgou parcialmente procedente o pedido inicial para determinar que os requeridos, solidariamente, procedam, como já procederam, às alterações necessárias no Estádio Raimundo Sampaio (Independência) para adequar as instalações às normas de acessibilidade, mormente no tocante às

calçadas, estacionamento, acessos, circulação geral, mobiliários e equipamentos de uso público, sanitários e bloco de vestiários, conforme fundamentação contida no item 1 do ato sentencial.

Ante a sucumbência recíproca, os requeridos foram condenados em 50% das custas processuais (*pro-rata*), sendo o Estado de Minas Gerias isento, por imperativo legal, bem como não há falar em condenação do autor nos 50% restantes das custas, com base no art. 18 da Lei 7.347/85.

Inconformado, o *Parquet* (1º apelante) alega, em suas razões recursais de f. 516/525, que a acessibilidade não é apenas um direito garantido às pessoas com deficiência ou mobilidade reduzida, mas sim uma verdadeira garantia constitucional, que não pode ser desrespeitada por "dificuldades causadas pela inexistência de estruturas", conforme alegado.

Quanto à onerosidade das mudanças, aduz que o Estádio, apesar de não constar no projeto e contrariando o que disse o perito, foi totalmente demolido e reconstruído. Relata que várias foram as tentativas de adequação do projeto, em vão.

Pontua a disposição constante no art. 227, § 2º da Constituição da República, segundo a qual as normas de construção de logradouros e edifícios de uso público devem atender a critérios de acessibilidade das pessoas com deficiência. Aduz que o art. 244 da Carta Magna dispõe especificamente sobre a necessidade de adaptação dos espaços já existentes.

Assevera que a acessibilidade é garantia imprescindível para que as pessoas com deficiência usufruam seus direitos e, por conseguinte, alcancem real proteção e integração social.

Ressalta a aplicação da Lei Estadual nº 11.666/94 e, por consectário lógico, das normas da ABNT que regulamentam a adequação de edificações e do mobiliário urbano à pessoa deficiente.

Diante do exposto, pugna pela reforma da sentença.

Ausente o preparo, em virtude da isenção legal.

Por seu turno, a Arena Independência Administradora de Estádios S.A. (2ª apelante), defende, em suas razões recursais de f. 527/539, sua ilegitimidade para figurar no polo passivo da demanda. Narra que se tornou vencedora do edital de concorrência nº 01/2011, tendo firmado com o Estado de Minas Gerais o Contrato de Concessão e Uso da Arena Independência em 14/3/2012.

Alega que consta na cláusula 10 do mencionado contrato que a Arena não terá responsabilidade por atos e fatos anteriores à data da assinatura do contrato, a qual será exclusivamente do Estado de Minas Gerais. Informa que o Inquérito Civil que deu ensejo ao presente feito é datado de 20/6/2008. Ressalta a inexistência dos elementos essenciais à caracterização da responsabilidade civil.

Pugna pelo reconhecimento de sua ilegitimidade passiva. Sucessivamente, requer a improcedência dos pedidos iniciais em face da Arena.

Preparo à f. 542.

Intimado, o América Futebol Clube apresentou contrarrazões às f. 571/576, pretendendo, em suma, o desprovimento dos recursos. Na oportunidade, aviou Recurso Adesivo, às f. 235/238, sustentando, em síntese, sua ilegitimidade para figurar no polo passivo da demanda.

Preparo comprovado às f. 634/635.

Contrarrazões apresentadas pela Arena Independência Administradora de Estádios S.A. às f. 597/603; pelo Ministério Público de Estado de Minas Gerais às f. 606/611 e pelo Estado de Minas Gerais às f. 615/621.

Parecer da douta Procuradoria-Geral de Justiça à f. 638/651, opinando pelo provimento do apelo do *parquet* e pelo desprovimento dos demais recursos.

É, em síntese, o relatório.

Inicialmente, convém destacar que, analisando a matéria discutida no apelo adesivo (f. 235/238), percebe-se que ela não foi objeto dos recursos principais, o que impede o conhecimento da apelação interposta pelo América Futebol Clube.

Sobre aludida impugnação, o Código de Processo Civil de 2015 assim dispõe:

> Art. 997. Cada parte interporá o recurso independentemente, no prazo e com observância das exigências legais.
>
> § 1º - Sendo vencidos autor e réu, ao recurso interposto por qualquer deles poderá aderir o outro.
>
> § 2º - O recurso adesivo fica subordinado ao recurso independente, sendo-lhe aplicáveis as mesmas regras deste quanto aos requisitos de admissibilidade e julgamento no tribunal, salvo disposição legal diversa, observado, ainda, o seguinte:
>
> I - será dirigido ao órgão perante o qual o recurso independente fora interposto, no prazo de que a parte dispõe para responder;
>
> II - será admissível na apelação, no recurso extraordinário e no recurso especial;
>
> III - não será conhecido, se houver desistência do recurso principal ou se for ele considerado inadmissível.

Desta feita, interpretando mencionado dispositivo, a doutrina pátria assevera que:

> Sendo o recurso adesivo aquele em que a parte simplesmente adere ao principal, sua abrangência é limitada, e, como tal, deve ser restrita ao que se discute na apelação da outra parte. Outras questões que não são objeto de reforma devem ser suscitadas através de recurso próprio e autônomo, sob pena de não serem conhecidas (PAULA, Alexandre de. *Código de Processo Civil Anotado*. 6. ed. p. 1977).

Consectário lógico, deixo de conhecer do recurso adesivo.

Presentes os requisitos de admissibilidade, conheço das apelações principais e da remessa necessária.

I - Apelação da Arena Independência Administradora de Estádios S.A.:

A requerida Arena Independência Administradora de Estádios S.A., em suas razões recursais de f. 527/539, afirma sua ilegitimidade para figurar no polo passivo da demanda.

Narra que se tornou vencedora do edital de concorrência nº 01/2011, tendo firmado com o Estado de Minas Gerais o Contrato de Concessão e Uso da Arena Independência em 14/3/2012.

Alega que consta na cláusula 10 do mencionado contrato que a Arena não terá responsabilidade por atos e fatos anteriores à data da assinatura do contrato, a qual será exclusivamente do Estado de Minas Gerais. Informa que o Inquérito Civil que deu ensejo ao presente feito é datado de 20/6/2008.

No entanto, não assiste razão à recorrente.

Isso porque, com a assinatura do contrato, a concessionária se tornou responsável pela manutenção e conservação do estádio, cabendo-lhe garantir que o imóvel esteja apto à realização de eventos esportivos.

De fato, a recorrente se sub-rogou nos deveres e obrigações do Estado na exploração do bem, devendo oferecer ao cidadão instalações seguras e acessíveis, dentro dos padrões exigidos pelas normas aplicáveis.

Sendo assim, a Arena Independência tem legitimidade para figurar no polo passivo de demanda que visa à reforma do Estádio Raimundo Sampaio para torná-lo adequado à utilização pública.

Por todo o exposto, o desprovimento do recurso é medida que se impõe.

II - Remessa necessária e apelação do Ministério Público do Estado de Minas Gerais:

Verifica-se que a solução da controvérsia em apreço perpassa pela apuração da necessidade de realização de obras no Estádio Raimundo Sampaio (Independência) para adequá-lo às normas de acessibilidade, mormente no que tange às seguintes irregularidades supostamente constatadas pelo *Parquet*:

> a) Escada na calçada em desacordo com o Decreto Municipal 14.060/10 com inclinação superior a 25% (rua Pitangui);
>
> b) Escada e rampa com inclinação superior a 6.9% e 8,33%, respectivamente, próximo ao portão 5 em desacordo com a NBR90.50/2004 (rua Pitangui);
>
> c) Rampa com inclinação superior a 25% (rua Ismênia Tunes);
>
> d) Estreitamento de pé das rampas de acesso em área de circulação geral do estádio;
>
> e) Escada de acesso ao campo: estreitamento da área de circulação junto à arquibancada, causada pela instalação da escada lateral de acesso ao campo;
>
> f) O espaço de circulação entre os assentos retráteis na arquibancada (sem espaço livre para circulação com pessoa sentada);
>
> g) Corrimão nas escadas das arquibancadas reduziu a largura do espaço de circulação para abaixo do recomendado; e
>
> h) Degraus na arquibancada, com largura em desacordo com as recomendações da ABNT, sem adequação na relação piso/espelho.

Pois bem.

Compulsando os autos, verifica-se que o Ministério Público do Estado de Minas Gerais ajuizou a presente ação civil pública em face da Arena Independência Administradora de Estádios S.A., do América Futebol Clube e do Estado de Minas Gerais, alegando que foi instaurado inquérito civil público com a finalidade de apurar a adequação do Estádio Raimundo Sampaio (Independência) às normas de acessibilidade, após reclamação de cidadãos portadores de deficiência física.

Sustentou que em vistoria realizada foram constatas irregularidades conforme relatório de 25/4/2008 constante do inquérito civil. Relatou que o América Futebol Clube informou que as irregularidades seriam sanadas com as diversas reformas programadas, que se iniciariam em maio de 2009.

Narrou a celebração de Convênio de Cooperação Financeira com o então DEOP (autarquia estadual), documento que teria legitimado a referida autarquia a executar as obras no Estádio Independência.

Asseverou que os projetos arquitetônicos das obras de reforma do estádio não atendiam os critérios normativos de acessibilidade constantes no TAC proposto pelo Ministério Público, e que o diretor do DEOP e a Concessionária Arena Independência se comprometeram a enviar projeto arquitetônico referente às pendências apontadas pelo MPMG. No entanto, informou que não foram tomadas medidas concretas para a solução das questões, o que ensejou o ajuizamento da demanda.

Intimado para especificar os pedidos, o parquet descreveu as alterações necessárias (f. 191/214), discriminando-as em 08 grupos de intervenções, quais sejam: 1) calçadas; 2) estacionamento; 3) acessos; 4) circulação geral; 5) arquibancadas; 6) mobiliário e equipamentos de uso público; 7) nos sanitários adaptados; 8) no bloco de vestiários.

O pedido foi contestado. Foi realizada inspeção judicial, acompanhada por perito judicial.

Ao final, o MM. Juiz *a quo* julgou parcialmente procedentes os pleitos contidos na vestibular, ocasião em que enfatizou que (f. 512/513):

> Conforme relatório do perito, durante a vistoria judicial e termo de inspeção judicial, muitas das correções no tocante aos desníveis e inclinações foram realizadas de modo a atender ao máximo as recomendações, todavia, ante o relevo, topografia do logradouro da região e características construtivas do estádio, não foi possível atender ao padrão determinado pela ABNT. Contudo, como dito, as normas da ABNT são diretrizes que visam o pleno atendimento da acessibilidade, mas devem contudo ser interpretadas em cotejo com as circunstâncias e condições em concreto.
>
> [...]
>
> Por não ser *expert* em arquitetura ou engenharia, este juízo avaliou, pela inspeção judicial e com auxílio do perito judicial e técnicos da administração do estádio, os pontos suscitados pelo Ministério Público, tendo encontrado pleno atendimento - dentro das condições estruturais e topográficas do estádio – às normas de acessibilidade.
>
> Por certo, está atendida, pelos réus, a diretriz legal com a realização das adaptações razoáveis. A própria ausência de sugestões do Ministério Público, para as adaptações que se mostram inviáveis, ante a necessidade de demolição de estruturas do estádio, corrobora a assertiva de que as obras de adequação foram realizadas de modo a atender ao máximo às padronizações da ABNT. Há que se registrar que as normas da ABNT não possuem força cogente tal qual a lei, sendo diretrizes que devem ser observadas

> em obras, construções e reformas, podendo, contudo, sofrerem restrições parciais diante da realidade *in concreto*, posto que não são fins em si mesmas, devendo observar inúmeros outros aspectos estruturais, topográficos, bem como da ordem jurídica, como outros princípios legais a serem atendidos, como o interesse público, segurança das instalações e eventos e ainda a máxima efetividade das despesas do erário.

Esta é a decisão da qual se recorre.

A presente ação civil pública foi proposta em razão do alegado descumprimento, pelos réus, da legislação que assegura a promoção de acessibilidade das pessoas com deficiência e mobilidade reduzida, ao Estádio Raimundo Sampaio (Independência).

Logo, a questão posta em debate deve ser analisada com sensibilidade e cautela, por abordar garantia constitucional intrinsecamente ligada ao preceito da isonomia e da dignidade da pessoa humana.

É cediço que o direito de ir e vir encontra-se assegurado pela Constituição Federal de 1988 em seu art. 5º, inciso XV, sem qualquer restrição quanto à qualidade ou condição do destinatário da norma, abrangendo o direito de permanência e de deslocamento no território nacional.

Sabe-se ainda que a Lei Maior conferiu tutela jurídica ampla, integral e diferenciada aos portadores de necessidades especiais, dispondo, inclusive, sobre o direito de acesso aos logradouros e edifícios de uso coletivo, senão vejamos:

> Art. 227. [...]
>
> § 2º - A lei disporá sobre normas de construção de logradouros e dos edifícios de uso e de fabricação de veículos de transporte coletivo, a fim de garantir acesso adequado às pessoas portadoras de deficiência.
>
> [...]
>
> Art. 244. A lei disporá sobre a adaptação dos logradouros, dos edifícios de uso público e dos veículos de transporte coletivo atualmente existentes a fim de garantir acesso adequado às pessoas portadoras de deficiência, conforme disposto no art. 227, § 2º.

No aspecto, importante destacar ainda que as disposições previstas na Convenção Sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, aprovada pelo Congresso Nacional nos moldes do § 3º do art. 5º da Constituição e promulgada em nosso ordenamento por meio do Decreto nº 6.949/09, detém *status* de norma constitucional.

E tal Convenção, ao tratar sobre a acessibilidade do portador de deficiência, esclarece que ficou ajustada entre os Estados signatários a adoção de medidas apropriadas para promover o seu acesso, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, ao transporte e a outros serviços e instalações abertos ao público ou de uso público, dentre outros, senão vejamos:

> Art. 9. Acessibilidade
>
> A fim de possibilitar às pessoas com deficiência viver de forma independente e participar plenamente de todos os aspectos da vida, os Estados Partes tomarão as medidas apropriadas para assegurar às pessoas com deficiência o acesso, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, ao meio físico, ao transporte, à informação e comunicação, inclusive aos sistemas e tecnologias da informação e

> comunicação, bem como a outros serviços e instalações abertos ao público ou de uso público, tanto na zona urbana como na rural. [...]

No mesmo sentido, preceitua o art. 2º da Lei nº 7.853/89, que, dentre outras providências, dispõe sobre a integração social das pessoas portadoras de deficiência:

> Art. 2º Ao Poder Público e seus órgãos cabe assegurar às pessoas portadoras de deficiência o pleno exercício de seus direitos básicos, inclusive dos direitos à educação, à saúde, ao trabalho, ao lazer, à previdência social, ao amparo à infância e à maternidade, e de outros que, decorrentes da Constituição e das leis, propiciem seu bem-estar pessoal, social e econômico.

Existem ainda outras legislações que tratam sobre o tema, como a Lei nº 10.098/2000 e o Decreto nº 5.296/2004, todas elas visando a assegurar à pessoa com deficiência a plena integração social com a garantia de acessibilidade aos edifícios de uso público e aos privados destinados ao uso coletivo.

Na espécie versada, não restam dúvidas que, diante da inércia do Poder Público, foi ajuizada a presente ação civil pública para compelir os requeridos a adotarem as providências necessárias para as melhorias do Estádio Raimundo Sampaio (Independência).

No curso do feito, o Magistrado *a quo* deferiu, em parte, a liminar requerida pelo Ministério Público (f. 222), para determinar aos réus que procedessem às adequações necessárias para garantir a acessibilidade dos portadores de necessidades especiais às dependências do estádio no prazo de 180 dias.

Em detido exame do caderno processual, verifica-se que os réus, em cumprimento da decisão interlocutória de f. 222/228, promoveram uma série de intervenções para adequar as instalações às normas de acessibilidade. Contudo, alegaram que a impossibilidade de concretização de determinadas alterações, uma vez que representariam altíssimo custo, além de demandar a própria demolição parcial ou total do prédio.

Diante de tais afirmações, foi realizada a vistoria judicial, na qual se constatou que as condições atuais da Arena Independência garantem aos usuários pleno acesso a todos os setores.

De fato, conforme relatório do perito, durante a vistoria judicial e termo de inspeção judicial, verificou-se que muitas das correções no tocante aos desníveis e inclinações foram realizadas de modo a atender ao máximo as recomendações.

Outrossim, os relatos trazidos pelo Julgador Primevo, que pessoalmente vistoriou o imóvel, indicam a finalização das obras de acesso, na medida do possível, senão vejamos:

> [...] No tocante às calçadas, estacionamento, acessos, circulação geral, mobiliários e equipamentos de uso público, sanitários e bloco de vestiários (pontos 1, 2, 3, 4, 6, 7 e 8 do pedido exordial), foi constatada a plena condição de acessibilidade para cadeirantes e outras pessoas portadoras de necessidades especiais, com a colocação/instalação de faixas táteis, elevadores com sinalizações em braile, correção e suavização de desníveis. Foi constatada, ainda, a colocação de sinalização nas escadas e estacionamento para deficientes. Ainda no estacionamento, foi observada a faixa de circulação lateral recomendada e a aposição de sinalização vertical. As placas e demais avisos de sinalização foram adequados ao Símbolo Internacional de Acesso.
>
> Em relação aos acessos, foi verificada a aposição de sinalização adequada sinalizando os setores, arquibancadas e equipamos de uso para pessoas com deficiência de locomoção como rampas e elevador.

> Também havia sinalização nas saídas de emergência e rotas de fuga. Foram ainda instaladas portas de acesso para deficientes (catracas acessíveis). As escadas possuem sinalização visual dos degraus e os corrimãos estavam presentes em ambos os lados de escadas e rampas, com sinalização tátil e com alturas equivalentes dos dois lados.
>
> A bilheteria, balcões e lojas possuíam balcão para acesso e atendimento de cadeirantes, com altura rebaixada para tal fim, com devida sinalização. Também foi observada a instalação de bebedouros acessíveis e os acessos aos sanitários com correção dos desníveis e colocação de barras de apoio lateral e frontal para pessoas com necessidades especiais junto ao lavatório e vasos sanitários. Nos vestiários, houve correção e suavização de desníveis entre a rampa e o estacionamento, o que possibilita o acesso de cadeirantes, ainda instalação de puxadores e correção do banco de chuveiros, porta objetos e área de aproximação do sanitário.
>
> Desse modo, após a vistoria judicial, com o relatório pericial da vistoria, o termo de inspeção judicial e diante dos documentos juntados, tenho por realizadas as obras e atendidos os pedidos de intervenção com relação aos itens:
>
> 1. calçadas;
>
> 2. estacionamento;
>
> 3. acessos;
>
> [...]
>
> 6. mobiliário e equipamentos de uso público;
>
> 7. sanitários adaptados;
>
> 8. bloco de vestiários.

Quanto aos demais pedidos, no entanto, ante o relevo, topografia do logradouro da região e características construtivas do estádio, constatou-se que não foi possível atender ao padrão determinado pela ABNT.

Não obstante, vale salientar que a regulamentação da ABNT não pode ser utilizada como um fim em si mesma, mas sim como um meio para que se possa garantir a acessibilidade das pessoas com deficiência e mobilidade reduzida.

Diante da constatação de que as reformas implementadas foram suficientes para que fosse atingida a finalidade pretendida por meio desta demanda, não há razão para que sejam determinadas outras intervenções, de alto custo, que, na prática, em pouco alterariam as condições atuais do Estádio.

Deveras, a justa solução da celeuma posta em debate perpassa pela análise da viabilidade de efetivação dos pedidos formulados na exordial e os benefícios que eles poderiam gerar para aqueles que frequentam o Independência.

Nesse sentido, resta evidente que as melhorias já realizadas são satisfatórias para promover o amplo ingresso ao imóvel, sendo que qualquer medida adicional implicaria altos gastos aos réus, em razão das características geográficas e demográficas da região onde localizado o Estádio Raimundo Sampaio e, por outro lado, seria de precária utilidade para ampliar o acesso pretendido.

Com efeito, observa-se que ocorreria uma desproporcionalidade entre os benefícios advindos das demais intervenções pugnadas com os dispêndios de recursos públicos necessários a sua realização e as perdas funcionais do estádio.

Sendo assim, conclui-se que a sentença não carece de reparos.

À luz de tais considerações, deixo de conhecer do recurso adesivo, confirmo a sentença, em remessa necessária, e nego provimento ao primeiro e ao segundo apelo.

Custas recursais pelos apelantes, observadas as isenções legais.

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

Súmula - DEIXARAM DE CONHECER DO RECURSO ADESIVO, CONFIRMARAM A SENTENÇA, EM REMESSA NECESSÁRIA, E NEGARAM PROVIMENTO AO PRIMEIRO E AO SEGUNDO APELO.

Apelação criminal - Roubo - Absolvição - Impossibilidade - Materialidade e autoria comprovadas - Desclassificação para o delito de furto - Inadmissibilidade - Grave ameaça demonstrada pela simulação do emprego de arma de fogo - Princípio da insignificância - Inaplicabilidade - Redução das penas - Descabimento - Restituição da fiança - Impossibilidade - Não incidência das hipóteses previstas no art. 337 do CPP - Isenção de custas - Indeferimento - Recurso desprovido

- Comprovadas nos autos a materialidade e a autoria do delito de roubo, diante das firmes e coerentes declarações prestadas pela vítima, as quais foram corroboradas pelas demais provas, incabível a absolvição por ausência de provas.

- Restando devidamente comprovado nos autos o emprego de grave ameaça contra a pessoa para a subtração da *res furtiva*, característico do crime de roubo, fica descartado o pedido de desclassificação da conduta para o delito de furto.

- A simulação da posse de arma de fogo é meio hábil a constituir grave ameaça capaz de caracterizar o delito de roubo, não se cogitando de desclassificação da conduta para o crime de furto.

- Não se aplica o princípio da insignificância por não encontrar ele respaldo no direito penal pátrio. Ademais, mesmo para aqueles que entendem como aplicável, inviável a sua incidência no delito de roubo, classificado como complexo, protegendo outros bens além do patrimônio, de forma que a violência ou a grave ameaça não podem ser consideradas de menor relevância, configuradora do delito de bagatela.

- Constatado que as penas foram aplicadas em perfeita consonância com os elementos extraídos dos autos e com os parâmetros elencados nos arts. 59 e 68 do Código Penal, sendo as penas-base devidamente fixadas nos mínimos legais e concretizadas nesse patamar, não há que se falar em sua redução.

- Não se verificando, na espécie, a incidência das hipóteses previstas no art. 337 do CPP, incabível a restituição da fiança. Ademais, o valor pago a título de fiança destina-se ao pagamento das custas, indenização do dano, prestação pecuniária e multa advindas da condenação do réu, sendo que, apenas na hipótese de remanescer alguma quantia, é que ela deverá ser devolvida ao acusado, nos termos do art. 347 do CPP, cujo *quantum* deverá ser apurado pelo Juízo da Execução, após liquidação dos valores devidos.

- Incabível a análise do pedido de isenção das custas processuais, por se tratar de matéria afeta ao Juízo da Execução.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0447.15.000134-8/001 - Comarca de Nova Era - Apelante: D.V.S. - 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, 26 de junho de 2018. - *Eduardo Machado* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. EDUARDO MACHADO - Trata-se de recurso de apelação criminal interposto contra a r. sentença de f. 169/172, que, julgando parcialmente procedente a denúncia, condenou o acusado pela prática do crime previsto no art. 157, *caput*, do Código Penal, às penas de 4 (quatro) anos de reclusão, em regime inicial aberto, e pagamento de 10 (dez) dias-multa.

Em suas razões recursais, às f. 175/187, busca a defesa a absolvição do réu por ausência de provas acerca da autoria do crime. Alternativamente, pugna pela absolvição em face da atipicidade da conduta, com a aplicação do princípio da insignificância, ou, ao menos, a desclassificação do delito de roubo para o de furto, ao argumento de que não houve o emprego de grave ameaça contra a pessoa. Subsidiariamente, pleiteia a redução da pena aplicada, bem como a restituição da quantia paga a título de fiança. Requer, por fim, a isenção das custas processuais.

Contrarrazões recursais, às f. 191/196, pugnando pelo conhecimento e não provimento do recurso.

Manifesta-se a douta Procuradoria-Geral de Justiça, às f. 200/206, pelo desprovimento do recurso.

É, em síntese, o relatório.

Conheço do recurso porque presentes os seus requisitos de admissibilidade.

Narra a denúncia, em síntese, que, no dia 12 de janeiro de 2015, o apelante adentrou no estabelecimento denominado "[...]", localizado na rua [...], na cidade de Nova Era/MG, e pediu à balconista dois pacotes de papel para enrolar cigarros. Logo em seguida, pegou um suco e efetuou o pagamento com uma nota de R$50,00 (cinquenta reais).

Segundo consta, o valor total da compra foi de R$15,00 (quinze reais), e, por conseguinte, a atendente lhe devolveu o troco no valor de R$35,00 (trinta e cinco reais). Nesse instante, o denunciado ordenou que lhe devolvesse a nota de R$50.00, tendo esta respondido negativamente, momento em que ele colocou a mão na cintura, sentindo-se a balconista ameaçada e entregando a nota de R$50,00 para o réu, que foragiu, sendo preso em flagrante, logo depois, pela polícia militar.

Aduz, ainda, que apreenderam, na posse do indiciado, 9 (nove) decigramas de maconha para uso próprio.

Após regular instrução, conforme relatado, o acusado foi condenado pela prática do crime de roubo, o que motivou a interposição do presente recurso.

Inicialmente, verifica-se que não merece ser acolhido o pedido de absolvição do apelante por insuficiência de provas.

A materialidade delitiva encontra-se devidamente comprovada pelo auto de prisão em flagrante de f. 2/6, boletim de ocorrência de f. 8/10, auto de apreensão de f. 12/13, termo de restituição de f. 14, bem como pela prova oral colhida, sendo induvidosa, da mesma forma, a sua autoria.

É bem verdade que, ouvido, na fase policial, o acusado negou a prática delitiva, esclarecendo que, na realidade, no dia dos fatos, entrou em uma cafeteria na cidade de Nova Era, a fim de comprar papel para enrolar cigarros. Quando chegou ao estabelecimento comercial, pediu 2 (dois) pacotes de papel de seda e um suco. Disse, ainda, que a compra ficou em R$15,00 (quinze reais), tendo dado à atendente uma nota de R$50,00 (cinquenta reais). Asseverou que a atendente não tinha troco e, por isso, pediu ao seu filho para trocar o dinheiro. Como o menino estava demorando muito, a atendente entregou-lhe algumas notas, e o declarante colocou o dinheiro no bolso sem conferi-lo. Quando caminhava para a rodoviária, o filho da atendente estendeu-lhe a mão e lhe entregou certa importância em dinheiro que também não conferiu. Minutos depois, foi abordado por policiais militares que o "acusaram de ter roubado a cafeteria" (f. 6).

Sob o crivo do contraditório, novamente negou a prática delitiva:

> [...] são parcialmente verdadeiros os fatos descritos na denúncia, alega que, no dia dos fatos, comprou, no estabelecimento em questão, o suco e os papéis para enrolar cigarros, tendo dado R$50,00; esclarece que a atendente pediu a uma criança que trocasse o dinheiro em uma loja próxima, sendo que, posteriormente, a referida criança voltou alegando não ter conseguido trocar; posteriormente, a referida criança foi tentar trocar novamente, tendo o interrogando dito à vítima que teria pressa, pois tinha que pegar o ônibus para trabalhar em Itabira, tendo a mesma lhe dado o troco; informa que, ao sair do estabelecimento, já na rua, a referida criança lhe cutucou e deu um dinheiro enrolado, tendo o interrogando pegado o dinheiro, alegando que achava que era o restante do troco; alega que não conferiu o troco recebido, acreditando que a vítima é que teria pedido para a referida criança lhe levar o dinheiro; não sabe dizer por que a vítima teria dito que o denunciado teria pedido a nota de R$50,00 novamente, alegando que o mesmo a teria ameaçado, passando a mão na barriga como se armado estivesse; somente veio a perceber que estava com dinheiro a mais quando da abordagem pelos policiais [...] (f. 147/147-v.).

No entanto, em que pese a negativa de autoria sustentada pelo réu, observa-se que ela encontra-se isolada das demais provas colhidas nos autos, não passando de uma vã tentativa de se esquivar da imputação contida na denúncia.

Com efeito, constata-se que, na delegacia de polícia, a vítima foi firme e coerente em descrever o ocorrido no dia dos fatos, esclarecendo que, no dia 12 de janeiro de 2015, estava trabalhando como balconista do estabelecimento São José Café Boutique, quando, por volta das 17h30, o apelante pediu 2 (dois) pacotes de papel para enrolar cigarros, sendo que sua compra totalizou R$15,00 (quinze) reais. Em seguida, o réu pegou um suco e pagou com uma nota de R$50,00, motivo pelo qual a ofendida disse que entregou ao acusado o troco de R$35,00 (trinta e cinco reais). Nesse momento, o autor ordenou que a declarante lhe repassasse a nota

de R$50,00 (cinquenta reais) que havia acabado de lhe entregar. Por acreditar que o mesmo pudesse estar armado, uma vez que ele passou a mão na cintura, acabou entregando o dinheiro. Em seguida, o apelante saiu correndo do local (f. 5).

Em juízo, a ofendida reafirmou a dinâmica do ocorrido, nos exatos termos do relatado na fase extrajudicial, novamente asseverando que quando o acusado passou a mão na cintura, achou mesmo que ele iria tirar alguma arma, ficando com medo:

> [...] não conhecia o denunciado anteriormente; não chegou a ver nenhuma arma; informa que, quando o denunciado colocou a mão na cintura, achou que o mesmo iria tirar alguma arma, ficando com medo, por isso entregou o dinheiro [...] (f. 144).

Registrem-se, ademais, as declarações dos policiais militares A.M.S. e I.A.S., responsáveis pela realização da prisão em flagrante delito do acusado, que confirmaram a apreensão de dois pacotes de papel de cigarro, um canivete e a quantia de R$126,90 (cento e vinte e seis reais e noventa centavos) com o acusado:

> [...] que, durante o patrulhamento, foram acionados pela vítima V.G., que trabalha como balconista no [...], relatando que um cidadão havia entrado no bar, realizado a compra de um pacote de papel de seda para enrolar cigarros e um copo de suco, no valor de quinze reais; que o autor teria pedido para a vítima trocar o pacote de papel por um de outra cor, momento em que pagou com uma nota de R$50,00 (cinquenta reais). Que a vítima deu ao autor o troco de trinta e cinco reais; que o autor pegou os dois pacotes de papel de seda e a quantia de R$85,00 (oitenta e cinco reais) e saiu correndo do referido estabelecimento [...] (Depoimento prestado pelo policial militar A.M.S. na fase policial à f. 2).
>
> [...] que confirma o teor do depoimento de f. 2 que ora lhe foi lido; alega que a vítima teria dito que o denunciado a teria distraído e pegado o troco, bem como os R$50,00 e saído correndo [...] (Depoimento prestado pelo policial militar A.M.S. na fase judicial à f. 145).
>
> [...] Que o autor teria pedido para a vítima trocar o pacote de papel por um de outra cor, momento em que pagou uma nota de R$50,00. Que a vítima deu ao autor o troco de trinta e cinco reais; Que o autor pegou os dois pacotes de papel de seda e a quantia de R$85,00 e saiu correndo do referido estabelecimento; Que foi realizado rastreamento, sendo o autor localizado na rodoviária de Nova Era, sendo encontrado em poder dele os dois pacotes de papel de cigarro, um canivete e a quantia de R$126,90, sendo tudo apreendido [...] (Depoimento prestado pelo policial militar I.A.S. na fase policial à f. 3).
>
> [...] confirma seu depoimento de f. 3 prestado perante a autoridade policial, que ora lhe foi lido; ao que se recorda, a vítima teria dado o troco ao denunciado e este, além de pegar o troco, também pegou a nota de R$50,00 [...] (Depoimento prestado pelo policial militar I.A.S. na fase judicial à f. 146).

Importante frisar, por oportuno, que, como é cediço em sede de crimes patrimoniais, cometidos normalmente na clandestinidade, as palavras da vítima são de extrema relevância probatória à demonstração das circunstâncias do delito, principalmente quando em harmonia com outras provas acostadas aos autos, como na espécie.

A propósito, trago à colação os seguintes julgados:

> Apelação criminal. [...] Roubo majorado. Absolvição. Impossibilidade. Autoria e materialidade demonstradas. Réu reconhecido pela vítima. Não há que se falar em absolvição quando o réu é reconhecido

> pela vítima, sendo cediço que, no delito de roubo, geralmente praticado na clandestinidade, a palavra da vítima é de extrema relevância quando em harmonia com o acervo probatório, visto que o interesse da vítima é apontar o verdadeiro culpado e narrar sua atuação e não acusar um inocente (TJMG, 1ª Câm. Crim., Ap. nº 1.0024.06.202950-9/002(1), Rel. Des. Fernando Starling, v.u., j. em 14/4/2009, *DOMG* de 20/5/2009).
>
> [...] Nos crimes de roubo, o reconhecimento pela vítima constitui peça basilar para a condenação, na medida em que, em tais delitos, quase sempre cometidos na clandestinidade, a palavra da vítima tem enorme importância, sobretudo quando harmoniosa e coincidente com o conjunto probatório, e quando não há nos autos qualquer sinal de que tenha, gratuitamente, incriminado o agente [...] (TJMG, 1ª Câm. Crim., Ap nº 1.0470.06.026151-3/001(1), Rel. Des. Judimar Biber, v.u., j. em 4/11/2008, *DOMG* de 18/11/2008).

Nesse contexto, considerando que, em ambas as oportunidades em que foi ouvida, a vítima foi categórica em narrar o roubo praticado pelo apelante, descrevendo, de forma pormenorizada, o ocorrido no dia dos fatos, cujas afirmações encontram-se em harmonia com o depoimento prestado pelos policiais militares responsáveis pela prisão em flagrante do acusado, encontrando-se isolada nos autos a negativa de autoria sustentada pelo réu, sobretudo porque veio desacompanhada de quaisquer elementos que pudessem comprová-la, imperiosa a manutenção da condenação firmada em primeira instância, por seus próprios fundamentos.

Da mesma forma, não há que se falar em absolvição por atipicidade da conduta.

Conforme já me manifestei em outras oportunidades, além de o princípio da insignificância ser recurso interpretativo à margem da lei, não encontrando assento no Direito Penal Brasileiro, o delito de roubo é complexo, protegendo não apenas o patrimônio, mas também a integridade pessoal.

Assim, ainda que a conduta do acusado não tenha gerado considerável prejuízo à vítima, subsiste a lesão ou o risco de lesão à integridade física ou psíquica da pessoa, reclamando, invariavelmente, a intervenção e repressão estatal.

Sobre o tema, manifesta-se a jurisprudência:

> *Habeas corpus*. Crime de roubo. Princípio da insignificância. Inaplicabilidade. Lesão ao patrimônio e à integridade física da vítima. Precedentes. Ordem denegada. 1 - A questão tratada no presente *writ* diz respeito à possibilidade de aplicação do princípio da insignificância ao crime de roubo. 2 - Como é cediço, o crime de roubo visa a proteger não só o patrimônio, mas também a integridade física e a liberdade do indivíduo. 3 - Deste modo, ainda que a quantia subtraída tenha sido de pequena monta, não há como se aplicar o princípio da insignificância diante da evidente e significativa lesão à integridade física da vítima do roubo. 4 - Ante o exposto, denego a ordem de *habeas corpus* (STF - *HC* 96671/MG - Relatora Ministra Ellen Gracie – j. em 31/3/2009 - Órgão Julgador: Segunda Turma - *DJe*-075 - divulg. 23/4/2009 - p. em 24/4/2009).
>
> Direito penal e constitucional. Delito de roubo. Princípio da insignificância. Inaplicabilidade. Embargos rejeitados. 1 - Ainda que o valor da coisa subtraída seja irrisório, é incabível a aplicação do princípio da insignificância em crime de roubo perpetrado com violência ou grave ameaça à vítima, eis que neste tipo de delito são tutelados bens jurídicos diversos, quais sejam o patrimônio e a integridade física da pessoa. 2 - A aplicação do princípio da insignificância por parte do Poder Judiciário, para fins de afastamento da tipicidade material, implica ofensa aos princípios constitucionais da reserva legal e da independência

> dos poderes (Embargos Infringentes nº 1.0024.08.283834-3/002 (2838343-11.2008.8.13.0024) - Relator Des. Adilson Lamounier).

Por outro lado, não se mostra cabível a desclassificação do crime de roubo para o de furto.

Como é de todos sabido, a desclassificação pretendida só é possível se constatada a ausência de qualquer violência ou grave ameaça sobre a pessoa da vítima, tese essa que, d.m.v., não encontra o menor respaldo nos autos, especialmente diante das declarações prestadas pela vítima nas duas fases da persecução criminal, dando conta de que o acusado se valeu da simulação de porte de arma de fogo para efetuar a subtração.

Ora, conforme já relatado, não há nos autos qualquer indicativo de que a vítima tivesse a intenção de prejudicar o réu, imputando-lhe, falsamente, conduta mais grave do que a ocorrida. Assim, não há por que negar credibilidade às suas afirmações, as quais, em crimes dessa natureza, cometidos normalmente na clandestinidade, ganham extrema relevância probatória.

De mais a mais, a simulação da posse de arma de fogo é meio hábil a constituir grave ameaça capaz de caracterizar o delito de roubo, não se cogitando de desclassificação da conduta para o crime de furto.

A propósito, a grave ameaça no roubo não se configura apenas pelo uso de armas, mas também por gestos, palavras e postura do agente, que, objetivando consumar a subtração, intimida a vítima, causando-lhe temor, reduzindo-lhe a possibilidade de resistência.

A esse respeito, é a jurisprudência deste eg. Tribunal de Justiça:

> Apelação criminal. Roubo majorado pelo concurso de pessoas. Recursos defensivos: desclassificação para furto. Impossibilidade. Majoração dos honorários advocatícios. Descabimento. Discricionariedade do julgador. Recurso não provido. 1. O emprego de grave ameaça, exercida mediante simulação de porte de arma de fogo, com o intuito de diminuir a capacidade de resistência da vítima e consumar a subtração, caracteriza o crime de roubo e não de furto, não havendo, pois, que se falar em desclassificação nos moldes pretendidos pela defesa. [...] (TJMG - Apelação Criminal 1.0016.15.011973-9/001, Relator Des.ª Kárin Emmerich, 1ª Câmara Criminal, j. em 7/2/2017, p. em 17/2/2017).

> Penal. Roubos majorados. Continuidade delitiva. Tentativa. Inocorrência. Consumação. Inversão da posse. Inocorrência de participação de menor importância. Simulação do emprego de arma de fogo. Grave ameaça caracterizada. Desclassificação para o crime de furto. Impossibilidade. Regime prisional fechado. Gravidade em abstrato dos delitos. Ofensa à Súmula 440 do STJ. Mitigação para o semiaberto. - [...] A simulação da posse de arma de fogo constitui grave ameaça suficientemente idônea para caracterizar o roubo, não se cogitando de desclassificação da conduta para o crime de furto. Ademais, a exteriorização da grave ameaça no roubo dispensa fórmulas sacramentais e não se expressa somente pelo uso de armas, mas também por meio de palavras, gestos ou pela postura do agente no sentido de atemorizar a vítima, reduzindo-lhe, de alguma forma, a possibilidade de resistência. - Réu primário cuja pena seja inferior a oito anos pode iniciar o cumprimento da pena em regime semiaberto, não se justificando a fixação de regime mais gravoso com base na gravidade em abstrato dos delitos, em ofensa à Súmula 440 do Superior Tribunal de Justiça (TJMG - Apelação Criminal nº 1.0223.15.021617-2/001, Relator Des. Júlio Cezar Guttierrez, 4ª Câmara Criminal, j. em 25/1/2017, p. em 2/2/2017).

No tocante às reprimendas aplicadas ao apelante, observa-se que elas não merecem qualquer retoque, pois que as penas-base foram devidamente fixadas nos mínimos legais e concretizadas nesse patamar, estando

em perfeita consonância com os elementos extraídos dos autos e com os parâmetros elencados nos arts. 59 e 68 do Código Penal.

Noutro norte, busca a defesa a restituição da quantia paga a título de fiança, o que não merece prosperar.

Isso porque não se mostra cabível a restituição do valor pago a título de fiança, a qual somente é cabível quando presentes as hipóteses previstas no art. 337 do CPP, *in verbis*:

> Art. 337. Se a fiança for declarada sem efeito ou passar em julgado sentença que houver absolvido o acusado ou declarada extinta a ação penal, o valor que a constituir, atualizado, será restituído sem desconto, salvo o disposto no parágrafo único do art. 336 deste Código.

Importante pontuar, por outro lado, que o art. 336 do CPP é claro em prever que o valor pago a título de fiança será destinado ao pagamento das custas, indenização do dano, prestação pecuniária e multa advindas da condenação do réu, senão vejamos:

> Art. 336. O dinheiro ou objetos dados como fiança servirão ao pagamento das custas, da indenização do dano, da prestação pecuniária e da multa, se o réu for condenado.

Nesse contexto, considerando que, na espécie, não se encontram presentes as hipóteses legalmente previstas no art. 337 do CPP, descabida a restituição da fiança, tal como pleiteado pela defesa. É bom que se diga, ainda, que apenas na hipótese de remanescer alguma quantia é que ela deverá ser devolvida ao acusado, conforme dispõe o art. 347 do CPP, *quantum* este que deverá ser apurado pelo Juízo da Execução, após liquidação dos valores devidos.

A respeito, manifesta-se a jurisprudência deste e. Tribunal de Justiça:

> Apelação criminal. Posse de arma de fogo. Atipicidade da conduta. *Abolitio criminis*. Inocorrência. Diminuição da pena. Adequação aos parâmetros legais. Necessidade. Restituição da fiança. Impossibilidade. Não incidência em nenhuma das hipóteses do art. 337 do Código de Processo Penal. Isenção de custas. Matéria afeta ao Juízo da Execução. - A *abolitio criminis* temporária tornou atípica a posse de arma de fogo e/ou munição de uso restrito ou permitido ou com numeração raspada entre dezembro de 2003 a 23 de outubro de 2005, o que decorreu de política governamental de incentivo ao desarmamento da população. Com a prorrogação do prazo para entrega ou regularização da posse dos artefatos, o crime de posse irregular de arma de fogo cometido até a data-limite de 31/12/2009 é tido como fato atípico, eis que abrangido pela denominada *abolitio criminis* temporária. *In casu*, o delito foi praticado em 26 de dezembro de 2011, após o aludido termo, o que afasta a possibilidade de absolvição por atipicidade da conduta. - Em respeito ao critério trifásico da dosimetria da pena, deve o condenado obter uma pena justa, proporcional ao ato ilícito praticado, tudo em consonância ao princípio constitucional da individualização da pena, pelo que necessária a reforma da reprimenda imposta em primeira instância. - Não incidindo em nenhuma das hipóteses legalmente previstas no art. 337 do Código de Processo Penal, incabível o deferimento da restituição da fiança, tal como pleiteado nas razões de apelo. - O pedido de isenção ou suspensão da exigibilidade das custas processuais escapa à matéria de cognição devolvida à segunda instância, devendo ser submetida ao crivo do Juízo da Execução (TJMG - Apelação Criminal nº 1.0024.12.027209-1/001, Relator Des. Silas Vieira, 1ª Câmara Criminal, j. em 14/4/2015, p. em 24/4/2015).

> Apelação criminal. Crime de trânsito. Absolvição. Impossibilidade. Restituição da fiança. Inviabilidade. Custas. Isenção. Matéria afeta à execução penal. Comprovadas a autoria e a materialidade do crime de

> embriaguez ao volante e à míngua de circunstâncias que afastem a responsabilidade penal, é de ser mantida a sentença penal condenatória. Não configuradas as hipóteses do art. 337 do Código Penal, não há que se falar em restituição da fiança. É na fase da execução que a alegada miserabilidade jurídica do condenado, assistido por defensor constituído, deverá ser examinada, a fim de se conceder ou não a isenção de custas (TJMG - Apelação Criminal nº 1.0686.13.003390-1/001, Rel.ª Des.ª Maria Luíza de Marilac, 3ª Câmara Criminal, j. em 26/3/2015, p. em 6/4/2015).

> Apelação criminal. Embriaguez ao volante. Apelo defensivo. Absolvição. Autoria e materialidade demonstradas. Condenação que se impõe. Devolução da fiança. Ausência de previsão legal. Substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito. Necessidade. Recurso provido em parte e, de ofício, reduzida a reprimenda. - O delito previsto no art. 306 do CTB é de perigo abstrato, sendo comprovado através da constatação de que a concentração de álcool no sangue do condutor do veículo era maior do que a admitida pelo tipo penal ou, na impossibilidade de sua realização por qualquer outro meio de prova (testemunhal ou exame clínico), não sendo necessária a demonstração da efetiva potencialidade lesiva de sua conduta. - Mantida a condenação, impossível a devolução do valor da fiança. - Preenchidos os requisitos legais, impõe-se a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito (TJMG - Apelação Criminal nº 1.0525.11.009211-7/001, Relator: Des. Furtado de Mendonça, 6ª Câmara Criminal, j. em 19/5/2015, p. em 29/5/2015).

> Apelação criminal. Porte ilegal de arma de fogo de uso restrito. Isenção das custas processuais. Impossibilidade. Restituição da fiança. Compensação do valor pago com os referentes à pena de multa e à pena pecuniária impostas. Liquidação a ser realizada pelo juízo da execução. Recurso desprovido. - Tratando-se de réu defendido por procurador constituído e que comprova possuir renda mensal razoável, não há que se falar em isenção das custas processuais. - Nos ditames do art. 336 do CPP, o valor pago a título de fiança poderá ser compensado com aqueles referentes à pena de multa e à pena pecuniária, cabendo a restituição apenas do valor remanescente da compensação efetuada (art. 347 do CPP). - A compensação dos valores referentes ao pagamento da fiança e às penas de multa e pecuniária é medida de competência do Juízo da Execução Penal, não cabendo, nesta via recursal, deferir o pleito de restituição eventualmente devido (TJMG - Apelação Criminal nº 1.0024.12.053203-1/001, Relator: Des. Nelson Missias de Morais, 2ª Câmara Criminal, j. em 22/8/2013, p. em 2/9/2013).

Por fim, quanto ao pedido de isenção das custas processuais, ressalto que, embora tenha me manifestado anteriormente em sentido contrário, entendendo pela possibilidade de apreciação do pedido nesta instância, reposicionei-me no sentido de que tal pleito se trata de matéria afeta ao Juízo da Execução, a quem, portanto, deve ser dirigido o requerimento.

Com efeito, dispõe o art. 804 do Código de Processo Penal que o pagamento das custas processuais constitui um dos efeitos da condenação, mostrando-se incabível, dessa forma, qualquer pronunciamento sobre tal isenção no curso do processo de conhecimento.

Nesse sentido, manifesta-se o colendo Superior Tribunal de Justiça:

> Processo penal. Agravo regimental no agravo em recurso especial. Custas processuais. Isenção. Juízo da execução. Súmula nº 83 do Superior Tribunal de Justiça - STJ. Aplicação às alíneas *a* e *c* do permissivo constitucional. Lei estadual. Impossibilidade de conhecimento. Súmula nº 280 do Supremo Tribunal Federal - STF. Agravo regimental desprovido. - O Tribunal de origem, ao manter a condenação do réu nas custas processuais e reconhecer que eventual isenção deve ser promovida no Juízo da Execução, decidiu a lide de acordo com a jurisprudência desta Corte. Incidência da Súmula nº 83/STJ - O óbice dessa súmula também se aplica ao recurso especial interposto com fulcro na alínea "a" do permissivo constitu-

> cional. - A assertiva relativa ao inciso II do art. 10 da Lei nº 14.939/2003 do Estado de Minas Gerais não pode ser conhecida, ante o impedimento do verbete sumular nº 280 do Pretório Excelso, aplicável por analogia no caso. Súmula nº 280: "Por ofensa a direito local não cabe recurso extraordinário." Agravo regimental desprovido (AgRg no AREsp 503.530/MG, Rel. Ministro Ericson Maranho (Desembargador convocado do TJSP), Sexta Turma, j. em 14/4/2015, *DJe* de 24/4/2015).
>
> Processo penal. Agravo regimental no agravo em recurso especial. Custas processuais. Beneficiário da justiça gratuita. Cabimento. Suspensão da exigibilidade do pagamento. Momento de aferição. Fase de execução. 1. Nos termos do art. 804 do Código de Processo Penal, mesmo que beneficiário da justiça gratuita, o vencido deverá ser condenado nas custas processuais. 2. O momento de verificação da miserabilidade do condenado, para fins de suspensão da exigibilidade do pagamento, é na fase de execução, visto que é possível que ocorra alteração na situação financeira do apenado entre a data da condenação e a execução do decreto condenatório. 3. Agravo regimental não provido (STJ, AgRg no AREsp 394701/MG, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, j. em 21/8/14).

Portanto, é incabível a análise do pedido de isenção das custas processuais, por se tratar de matéria de competência do Juízo da Execução, que poderá avaliar a condição de hipossuficiência do acusado.

Feitas essas considerações, nego provimento ao recurso, mantendo os exatos termos da r. sentença, por seus próprios fundamentos.

É como voto.

DES. JÚLIO CÉSAR LORENS - Voto de ressalva - Acompanho o e. Relator para também negar provimento ao recurso, ressalvando, apenas, meu posicionamento quanto à adoção do princípio da insignificância.

É bem verdade que referido princípio encontra limites para a sua ocorrência. Contudo, entendo que a sua não aplicação pode levar o intérprete da lei, em alguns casos, a situações absurdas, punindo condutas que, em face de sua inexpressividade, não são dignas de guarida pelo Direito Penal.

O princípio da insignificância (ou bagatela), cuja existência e aplicabilidade são reconhecidas pelos Tribunais Superiores, representa um instrumento corretivo da larga abrangência formal dos tipos penais e decorre dos princípios da lesividade, fragmentariedade e intervenção mínima. Funciona como causa de exclusão da tipicidade, desempenhando uma interpretação restritiva do tipo penal.

Com efeito, é cediço que a privação da liberdade e a restrição de direitos do indivíduo somente se justificam quando estritamente necessárias à proteção dos bens jurídicos essenciais à sociedade e às pessoas, ou seja, o Poder Judiciário somente pode ser acionado para apuração de condutas que afetem de forma substancial os bens jurídicos protegidos pelas normas incriminadoras.

Dessa forma, a atipicidade não se configura somente pela subsunção da conduta do agente ao tipo abstratamente previsto, sendo que é fundamental um exame material das circunstâncias do caso concreto para se verificar a existência de lesão relevante ao bem jurídico tutelado.

Para a aplicação do princípio da insignificância, é necessário aferir-se o valor do objeto do crime e os aspectos objetivos do fato, tais como a mínima ofensividade da conduta do agente, a ausência de periculosidade social da ação, o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão jurídica causada.

Devem ainda ser analisadas questões relacionadas ao agente, para que não se permita que os delinquentes, com a certeza de que sairão impunes, façam de tais condutas um meio de vida, trazendo intranquilidade à população.

In casu, constata-se que os aspectos objetivos do crime impedem a aplicação da citada causa excludente da tipicidade penal, já que o crime de roubo não ofende apenas o patrimônio da vítima, mas também a integridade física e psicológica desta, a qual jamais pode ser considerada como um indiferente penal.

Sem contar que subtrair bens alheios mediante grave ameaça e violência demonstra relevante ofensividade e periculosidade social do agente, sendo seu comportamento altamente reprovável, o que, definitivamente, exclui a aplicação do princípio.

Assim sendo, no caso dos autos, não há que se falar em aplicação do princípio da bagatela.

É como voto.

DES. PEDRO COELHO VERGARA - De acordo com o Des. Relator, acompanhando a ressalva do Des. Revisor.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Peculato - Depositário infiel - Equiparação a funcionário público - Condenação mantida

- Considera-se funcionário público, para efeitos penais, quem, embora sem remuneração, exerce *munus* público, como ocorre com o depositário fiel de determinado bem, o qual, portanto, responde pelo crime de peculato, quando se apropria dos bens confiados à sua guarda e conservação mediante depósito legal.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0674.14.000227-2/001 - Comarca de Silvianópolis - Apelante: W.F. - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Relator: DES. FERNANDO CALDEIRA BRANT

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 4ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 7 de março de 2018. - *Fernando Caldeira Brant* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. FERNANDO CALDEIRA BRANT - Trata-se de recurso de apelação interposto por W.F. contra a r. sentença que, nos autos da ação penal pública incondicionada intentada pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais, condenou-o como incurso nas sanções do art. 312 do CP, a uma pena de 02 (dois) anos de reclusão, em regime aberto, e 10 (dez) dias-multa, à razão de um trigésimo do salário mínimo cada; substituída a pena corporal imposta por duas restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária no valor de dois salários mínimos (f. 171/172).

Em suas razões, aduz o recorrente que não sabia ser depositário da motocicleta em questão, tampouco que esta estava penhorada. Afirma haver vendido a motocicleta com o fim de repassar o valor obtido com o negócio a sua ex-esposa, em virtude de um acordo extrajudicial realizado entre eles na época do divórcio, não tendo agido, assim, com o dolo exigível para a configuração do crime de peculato (f. 182/193).

Contrarrazões às f. 194.

Instada a se manifestar, a douta Procuradoria-Geral de Justiça, às f. 200/201v, opinou pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

Conheço do recurso, presentes os pressupostos de sua admissibilidade.

Narra a exordial que no dia 10 de dezembro de 2010, em horário não precisado, no Município de Silvianópolis/MG, W.F., nomeado depositário da motocicleta Honda CBX 200, ano/modelo 2001, placa CWM-5292, nos autos do processo nº 0003278.41.2010.8.13.0674, desviou em proveito próprio e alheio referido bem, ao

alienálo a J.B.F. pelo valor de R$2.500,00 (dois mil e quinhentos reais), pelo que fora denunciado pela prática do crime previsto no art. 312 c/c art. 327, ambos do CP.

Pois bem. No que toca à materialidade e autoria do delito, restaram comprovadas por meio do auto de penhora e auto de nomeação de depositário de f. 11, pela declaração de f. 87, e pelo histórico de proprietário de f. 85/86, os quais deixam claro que, após ser nomeado depositário da motocicleta Honda CBX 200, ano/modelo 2001, placa CWM-5292, nos autos do processo nº 0003278.41.2010.8.13.0674, W. vendeu o referido veículo a J.B., apropriando-se do valor obtido com tal negociação.

Em sua defesa, alega o recorrente que, à época da alienação, ocorrida em 10/12/2010, não sabia ser depositário da referida motocicleta - a qual estava em seu nome -, tampouco que esta se encontrava penhorada.

Ocorre que tal alegação mostra-se absurda, pois que, conforme se extrai do auto de penhora e auto de nomeação de depositário de f. 11, aos 27/5/2010 W. fora devidamente intimado, por meio de Oficial de Justiça, da penhora incidente sobre a motocicleta Honda CBX 200, placa CWM-5292, assim como de sua nomeação como depositário de tal bem, pelo que, ao proceder à sua alienação, frustrando a garantia da execução, agiu com o dolo específico exigido pelo art. 312 do CP, consistente na vontade de se apossar, definitivamente, do bem, em benefício próprio.

Nesse contexto, há que ser mantida a condenação do recorrente pela prática do crime de peculato, como, em casos análogos, vem decidindo este egrégio Tribunal de Justiça:

> Peculato. Depositário infiel. Equiparação a funcionário público. Precedentes. Absolvição. Impossibilidade. Conduta típica. Bem sob penhora. Vedada a livre disposição. [...]. 1 - O depositário fiel de determinado bem equipara-se ao exercício de uma função pública, nos termos do art. 327 do Código Penal, e, assim sendo, responde pelo crime de peculato quando desvia bens confiados à sua guarda e conservação mediante depósito legal. 2. O fato de o bem desviado pertencer à própria acusada não ilide a responsabilidade por sua conduta, na medida em que aquele se encontrava sob o pálio da penhora judicial, sendo-lhe vedada a livre disposição do bem (Apelação Criminal nº 1.0040.11.006861-2/002, Rel. Marcílio Eustáquio dos Santos, *DJ* de 25/11/2016).
>
> Depositário judicial. Equiparação a funcionário público. Artigos 312 e 327 do Código Penal. Peculato. Absolvição. Impossibilidade. Autoria e materialidade comprovadas [...]. - Deve ser mantida a condenação do acusado de crime de peculato, por equiparação a funcionário público, quando este na função de múnus público se omite na entrega de bem que está sob sua responsabilidade na qualidade de depositário judicial (Apelação Criminal nº 1.0687.09.077001-1/001, Rel. Des. Sálvio Chaves, *DJe* 10/10/2014).
>
> Peculato. Materialidade e autoria comprovadas. Dolo comprovado. Condenação mantida. Preliminar rejeitada e, no mérito, recurso não provido. [...] - Existente prova escorreita e segura de que o agente, mesmo cientificado judicialmente, deixou, consciente e voluntariamente, de proceder à entrega de um bem que estava em sua posse em razão de sua nomeação como depositário judicial, desviando-o em proveito próprio, resta demonstrado o dolo e, por conseguinte, a configuração do crime de peculato (Apelação Criminal nº 1.0687.10.000733-9/001, Rel. Des. Cássio Salomé, *DJe* de 4/11/2013).

Não há falar, ao contrário do sustentado pelo recorrente, que a alienação do bem penhorado tenha contado com a anuência de sua ex-esposa, exequente nos autos da Ação de Cumprimento de Sentença nº 0003278.41.2010.8.13.0674, pois que esta, ao ser ouvida perante a autoridade judicial, informou que até a atualidade continua sem receber pelo acordo da separação.

Pelo exposto, nego provimento ao recurso.

Custas *ex lege*.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores JÚLIO CEZAR GUTTIERREZ e CORRÊA CAMARGO.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Apelação criminal - Tráfico de entorpecentes e posse irregular de arma de fogo de uso permitido - Aplicação do § 4º do art. 33 da Lei de drogas - Inviabilidade - Abrandamento do regime inicial quanto ao tráfico à forma semiaberta e fixação do aberto ao outro delito - Necessidade - *Error in judicando* - Correção - Custas - Suspensão da exigibilidade

- Havendo demonstração de que o agente vem se dedicando à prática do delito de tráfico de drogas, a partir de dados probatórios colhidos na prova oral e de elementos que atestam existência de rol de compradores dos entorpecentes, fica impedido o reconhecimento do benefício do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06.

- É cabível o regime semiaberto a réu não reincidente a quem individualizada pena entre quatro e oito anos de reclusão, em dosimetria com as circunstâncias judiciais favoráveis, nos termos do art. 33, § 2º, *b*, do Código Penal.

- Presentes essas mesmas circunstâncias, é cabível o regime aberto, se igual ou inferior a quatro anos a pena, e, ademais, punido com detenção o crime (posse de arma).

- É dado à segunda instância, em atividade revisora, corrigir *error in judicando* constante da sentença, desde que o faça em benefício do réu, tratando-se de recurso exclusivo da defesa, o que é verificado quando se modifica a modalidade segregacional, de reclusão para detenção.

- Tendo em vista a declaração da inconstitucionalidade da Lei Estadual nº 14.939/03, pelo Órgão Especial deste Tribunal, e tendo o advogado requerido a justiça gratuita nas razões de apelação, deve ser suspensa a exigibilidade das custas processuais, nos termos das disposições trazidas pelo novo Código de Processo Civil.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0205.17.000850-7/001 - Comarca de Cristina - Apelante: D.R.S. - Apelado: 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 DAR PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 20 de junho de 2019. - *Paulo Calmon Nogueira da Gama* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. PAULO CALMON NOGUEIRA DA GAMA - Trata-se de recurso de apelação interposto por D.R.S., contra a sentença de f. 240/249, na qual foi condenado, pela prática dos crimes previstos nos arts. 33, *caput*, da Lei de Drogas, e 12 do Estatuto do Desarmamento, às penas de seis anos de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento de 510 dias-multa, à razão mínima.

Narrou a denúncia que, no dia 26 de abril de 2017, às 7h30, na Rua [...], Morro da Alegria, Cidade de Maria da Fé, Comarca de Cristina/MG, o réu mantinha em depósito substâncias entorpecentes destinadas à venda, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Nas mesmas circunstâncias, ele também mantinha, no interior de sua residência, uma arma de fogo calibre 32, sem numeração aparente, além de quatro munições intactas do mesmo calibre, igualmente sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

A denúncia foi recebida no dia 21 de junho de 2017, f. 128, e a sentença publicada, em mão do escrivão judicial, aos 21 de setembro do mesmo ano, f. 250, tendo o réu sido devidamente intimado, f. 291.

Inconformada, a defesa interpôs recurso de apelação, f. 259, pleiteando, pelas razões de f. 264/274, o reconhecimento da minorante do § 4º do art. 33 da Lei de Drogas e o abrandamento do regime inicial de cumprimento de pena.

Em contrarrazões de f. 276/283, o Órgão de acusação local pugnou pelo conhecimento e improvimento do recurso.

A Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se em f. 297/302, recomendando o conhecimento e não provimento do apelo.

É o relatório.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

Não verifico nulidades ou irregularidades a serem sanadas de ofício, razão pela qual passo ao exame do mérito.

Autoria e materialidade delitivas não foram contestadas, a revelar, assim, matéria incontroversa.

A defesa pediu, inicialmente, o reconhecimento da minorante do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06.

De acordo com os laudos de f. 29 (exame e prestabilidade da arma), 30 e 31, apreenderam-se na residência do réu uma porção de cocaína, pesando 3,3 g, e oito de maconha, com peso de 14,3 g, além da arma de fogo.

Pela forma como estavam embaladas, as drogas se destinavam, de fato, à venda a terceiros.

Essa circunstância, contudo, não corrobora apenas a prática do tráfico de entorpecentes, na medida em que, aliada a outros dados do processo, reflete o fato de o agente dedicar-se a atividades criminosas.

Consoante os relatos do condutor do flagrante, militar V.G., prestados sob o crivo do contraditório, f. 211/212, o réu já era conhecido no meio policial. O depoente ainda afirmou que, antes dos fatos descritos na denúncia, chegou "a cumprir mandado de prisão em desfavor dele entre 2011 e 2012".

Em paralelo a esse dado, há a comunicação de serviço de f. 58/61. Sua f. 58 estampa a foto de contatos do apelante relacionados ao tráfico de drogas. O material refletido na foto está encartado em f. 22. Trata-se de um pequeno pedaço de papelão em que escritos à caneta as iniciais de alguns nomes (T., G., L., G., G. e T.).

A polícia civil, diante disso, empreendeu esforços no sentido de identificar as pessoas a que se referiam as iniciais. Além de outros indivíduos, a polícia logrou encontrar G.T., conforme foto de f. 59.

G. foi ouvido na delegacia em f. 66 e disse que "soube que D. estava vendendo drogas na cidade e o procurou para adquirir maconha para seu uso próprio; que comprou maconha de D. umas três vezes e não pagou ele na hora, tendo adquirido uma dívida de R$150,00".

A polícia também localizou L.A. - que, ao que indicam os elementos do processo, seria T. -, ouvido em f. 81/81.

Apesar de negar ter comprado drogas na mão do apelante, L. afirmou que, por meio de comentários de "todo mundo", ele tinha "conhecimento de que D. vendia drogas em Maria da Fé".

L. confirmou seus depoimentos em juízo, f. 218.

Sob o crivo do contraditório, f. 220, o réu confessou a prática do tráfico, mas disse preferir não apontar o nome das pessoas identificadas por meio de apelido.

Diante desse quadro, entendo que o réu não faz jus ao benefício do § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, uma vez constatada sua dedicação a atividades criminosas; dedicação que, em certa medida, se revelou intensa e também organizada.

Noutro giro, as penas carecem de pontual reparo (em verdade, trata-se de um erro material quanto à modalidade segregacional do delito do Estatuto do Desarmamento).

As reprimendas de ambos os crimes ficaram, nas três etapas da dosimetria, no mínimo legal.

Contudo, o crime descrito no art. 12 da Lei nº 10.826/03 não é punido com reclusão, mas sim com detenção, pelo que altero o *error in judicando* constante da sentença, deixando as reprimendas concretizadas, ante o concurso material, em cinco anos de reclusão, um ano de detenção e pagamento de 510 dias-multa, à razão mínima.

Para o tráfico, abrando o regime inicial de cumprimento de pena à forma semiaberta, nos termos do art. 33, § 2º, *b*, do Código Penal; e, para a posse de arma, fixo a modalidade aberta, à luz da alínea *c* do referido parágrafo. Deixo, porém, de substituir a reprimenda corporal por alternativas ou de suspendê-la, em face dos arts. 44, I, e 77, *caput*, desse diploma.

Quanto ao pagamento das custas processuais, vale registrar que vinha entendendo que o acusado pobre no sentido legal, assistido por defensor público ou dativo, ou que tivesse expressado sua hipossuficiência financeira, fazia jus à concessão da isenção do pagamento dos referidos encargos processuais, tudo com fundamento na Lei Estadual nº 14.939/03.

Entretanto, em recente decisão proferida no processo nº 1.0647.08.088304-2/002, o Órgão Especial deste Tribunal declarou a inconstitucionalidade da mencionada lei, à qual julgo necessário aderir, sobretudo em observância ao princípio da segurança jurídica.

O "Novo Código de Processo Civil" (Lei 13.105/15), a seu turno, em vigor desde 18 de março de 2015, em seu artigo 1.072, revogou expressamente a Lei nº 1.060/50. Assim, a tratar da matéria, remanesce apenas o art. 804 do Código de Processo Penal, o qual, entretanto, não disciplina todas as questões pertinentes, sobretudo aquelas relativas à concessão da gratuidade da justiça.

Ou seja, impõe-se a aplicação subsidiária do Novo Código de Processo Civil, o qual, com a revogação citada, trata da matéria em seus arts. 98 a 102. Desses dispositivos extrai-se que, na esteira da presunção de veracidade e da boa-fé processual, a gratuidade da justiça deve ser concedida às pessoas hipossuficientes, sem que seja necessária a formalização de declaração assinada de próprio punho pelo requerente, podendo ser feita por simples pedido do advogado ou da parte, mesmo nos casos em que se tratar de advogado constituído. A ressalva fica para aqueles casos em que o Julgador, a partir de elementos concretos extraídos dos autos, verificar a suportabilidade do adimplemento de tais encargos pela parte, hipótese em que deverá abrir vista a ela para que preste os esclarecimentos necessários, sendo que, após, em sendo o caso, de maneira fundamentada, poderá indeferir o pedido.

Todavia, esta não é a hipótese dos autos, pois não há qualquer elemento a demonstrar que o apelante tenha condições de adimplir o pagamento das custas processuais, razão pela qual deve ser suspensa a sua exigibilidade. Ressalto que a exigibilidade do crédito poderá ser buscada nos próximos cinco anos, a contar do trânsito em julgado da decisão que o certificou, desde que demonstrado pelo credor a alteração da situação de hipossuficiência financeira (art. 98, § 3º, do Novo Código de Processo Civil).

Sendo assim, dou parcial provimento ao recurso, para abrandar o regime inicial de cumprimento quanto ao crime de tráfico de drogas à modalidade semiaberta; assentar, depois de corrigir *error in judicando*, a modalidade segregacional do delito remanescente, alterando-a, de reclusão, para detenção e fixando a tal delito o regime inicial aberto; e suspender a exigibilidade do pagamento das custas processuais, nos termos do art. 98, § 3º, do Código de Processo Civil.

Prevalecendo este voto, dê-se-lhe cumprimento, nos termos do *HC* 366.907-PR, do STJ.

É como voto.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES MARCÍLIO EUSTÁQUIO SANTOS e CÁSSIO SALOMÉ.

Súmula - DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO.

Maus-tratos - Pai que bate na filha com a finalidade de correção por mau comportamento - *Animus corrigendi ou disciplinandi* - Lesão causada sem intenção - Excesso não constatado - Ausência de dolo de perigo - Absolvição mantida

- No delito de maus-tratos deve-se perquirir acerca do dolo de perigo, ou seja, se o agente teve a intenção de expor a perigo a vida ou a saúde de pessoa sob sua autoridade, guarda ou vigilância.

- Não pratica o delito de maus-tratos o pai que se utiliza de meios de correção, sem a intenção de expor a perigo a vida ou a saúde da sua filha de apenas 08 (oito) anos, que vinha se comportando de forma desregrada e desrespeitosa.

- Recurso desprovido.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0527.15.000941-5/001 - Comarca de Prados - Apelante: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Apelado: P.M.N. - Relator: DES. DOORGAL ANDRADA

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 4ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 24 de janeiro de 2018. - Doorgal Andrada - Relator.

Notas taquigráficas

DES. DOORGAL ANDRADA - Trata-se de apelação criminal interposta pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais, em face da r. sentença de f. 123/124v, que absolveu o acusado P.M.N. da prática do delito de maus-tratos, previsto no art. 136, § 3º, do Código Penal, com fulcro no art. 386, VII, do CPP.

Nas razões recursais (f. 132/136), alega o apelante que restou comprovado que o acusado expôs a perigo a saúde de sua filha, abusando dos meios de correção, pois os tapas por ele desferidos contra a menor causaram nesta hemorragia conjuntival em olho esquerdo, conforme ACD, ressaltando, ainda, que, contrariamente ao que fora entendido pelo juiz monocrático, a lesão causada no globo ocular da vítima não foi involuntária e, sim provocada pelas agressões praticadas pelo genitor da mesma. Aduz que é público e notório que a agressão não é o meio adequado para fins de imposição de limites, educação e correção, sendo, portanto, evidente que houve abuso dos meios de disciplina e correção, bem como a exposição a perigo da saúde da vítima. Por fim, pede seja provido o recurso, para condenar o réu nas penas do art. 136, §3º, do CP.

Contrarrazões defensivas, à f. 137/139, pugnando pela manutenção integral do *decisum*.

A d. Procuradoria de Justiça pronunciou-se no sentido do conhecimento e provimento do recurso (f. 145/147).

É o relatório. Decido.

Conheço do recurso, presentes os pressupostos objetivos e subjetivos de admissibilidade.

Narra a denúncia que no dia 20 de agosto de 2015, à noite, em horário não precisado, na residência situada [...] na cidade e comarca de Prados, o denunciado expôs a perigo a saúde de sua filha, com 08 anos de idade, abusando dos meios de correção, uma vez que a agrediu mediante dois tapas nas costas, dois tapas no rosto e ainda a segurou pelo pescoço e bateu com sua cabeça na parede, causando-lhe as lesões descritas no ACD.

Após detida análise da questão posta sob discussão, tenho que a r. sentença absolutória deve ser mantida.

Imputa-se ao réu a prática do delito de maus-tratos, previsto no art. 136, § 3º, do CP, em razão de ter batido em sua filha de oito anos de idade, supostamente ocasionando lesão no olho esquerdo da menor.

Com efeito, dispõe o art. 136 do CP que:

> Maus tratos
>
> Art. 136 - Expor a perigo a vida ou a saúde de pessoa sob sua autoridade, guarda ou vigilância, para fim de educação, ensino, tratamento ou custódia, quer privando-a de alimentação ou cuidados indispensáveis, quer sujeitando-a a trabalho excessivo ou inadequado, quer abusando de meios de correção ou disciplina:
>
> Pena - detenção, de 2 (dois) meses a 1 (um) ano, ou multa.
>
> § 3º - Aumenta-se a pena de um terço, se o crime é praticado contra pessoa menor de 14 (catorze) anos.

Em seu interrogatório, o acusado admite ter batido na menor, com o intuito de corrigi-la, uma vez que não lhe estava obedecendo, sendo que teria acertado no olho da vítima sem querer, e que posteriormente a mesma teria batido o rosto no batente da porta:

> [...] que não é verdadeira a acusação que é feita contra ele; que no dia dos fatos o depoente estava em casa juntamente com sua esposa e seus filhos; que P. estava batendo no outro filho do depoente, de três anos; que o depoente pediu para ela insistentemente, mas ela não obedeceu; que o depoente acabou perdendo a cabeça e deu tapas na menor; que ela se machucou quando correu e bateu com a face na quina da porta; que o depoente deu palmadas no bumbum dela; [...] que, melhor esclarecendo, o depoente foi dar um tapa no ombro dela e acabou acertando o olho dela; que foi em seguida que ela bateu com o rosto na quina; [...] (P.M.N., f. 101/102).

Por sua vez, a genitora da vítima também declarou que o acusado acertou o olho da vítima sem intenção, pois ao bater em sua filha pretendia apenas corrigi-la, após a menor ter-lhe desobedecido, e tentado agredir o próprio pai. Vejamos:

> [...] que ela estava tirando dinheiro da gaveta e não aceitou os conselhos do pai; que o pai chamou a atenção dela, mas ela ficou xingando o pai; que foi ela quem agrediu o pai; que o pai deu um tapa no rosto dela, acertando-a no olho; que ficou esfregando o olho e ficou vermelho; [...] que o pai já bateu nos filhos, mas nunca machucou nenhum deles; que não é verdade que os filhos fugissem para a casa de C. (f. 19); que P. é muito nervoso a vida toda; que os filhos da depoente são mentirosos, porque P. não os agride; [...] (M.A.S., f. 92).

Observa-se que a própria vítima confirmou as declarações de sua mãe, relatando que realmente estava pegando dinheiro de seu pai, e que também o teria xingado e tentado agredi-lo:

> que a depoente de fato estava pegando dinheiro na gaveta de seu pai; que fazia isso porque o pai não dava dinheiro para a depoente; que às vezes a depoente queria ir no aniversário e o pai não deixava e não dava dinheiro. [...] Na presença da Drª L. perguntei para a menor se a mãe dela pediu que ela mentisse, e ela disse que a mãe não pediu para que ela mentisse. Indagada, respondeu: que a depoente estava pegando dinheiro, escondido, de seu pai, na gaveta; que no dia dos fatos a depoente xingou seu pai e também foi xingada por ele; que P. encheu a depoente de tapas e a depoente também foi para cima dele; que a depoente não chegou a agredir seu pai; que seu pai bate também nos irmãos; que o pai bate nos irmãos "porque eles fazem as coisas erradas"; [...] que seu pai deu um tapa na sua cara machucando o olho; [...] que não se lembra em qual olho foi atingida (Vítima menor, f. 93).

Há que se salientar que a Coordenadora do CRAS, Luciene Santos Almeida Janiques, ouvida em juízo, relatou que a vítima faz acompanhamento no CRAS e que apresenta comportamento indisciplinado, além de ser desobediente e falar mentiras. Vejamos o teor de tais declarações:

> [...] que a menor tem uma atividade no CRAS de duas horas nas segundas e quartas-feiras; que tem tido um comportamento indisciplinado e às vezes falado mentira, pois ela sai do CRAS as 16:00h e chega em casa à noite por volta de 20:00 h; que ela estaria indo na casa de uma amiga; que agora no final de outubro, numa festa que teve, a depoente perguntou para a mãe da menor sobre o comportamento dela, e ela disse que a menor continuava indo para a casa do vizinho e ficava até de noite; que ela adora as aulas de capoeira e dessa maneira suspenderam a menor com o objetivo de que ela obedeça à mãe e aos orientadores do CRAS (f. 99/100).

Registre-se que, no delito em tela, deve-se perquirir acerca do dolo de perigo, ou seja, se o agente teve a intenção de expor a perigo a vida ou a saúde de pessoa sob sua autoridade, guarda ou vigilância.

In casu, verifico que o acusado, ao bater em sua filha, não teve a intenção de expor a perigo a vida ou a saúde da mesma, de maltratá-la, expô-la a situação de sofrimento, tendo ele, na verdade, tentado impor limites à filha de apenas 08 (oito) anos, que vinha se comportando de forma desregrada e desrespeitosa, sendo que, ao ofender a integridade da vítima, não o fez intencionalmente, restando caracterizado o *animus corrigendi* ou *disciplinandi*.

São perfeitamente lícitas as medidas corretivas aplicadas pelos pais em relação a seus filhos, desde que aplicadas de forma moderada, com o objetivo de educá-los e contribuir na formação de seu caráter e personalidade.

Assim dispõe o art. 23 do CP que:

> Exclusão de ilicitude.
>
> Art. 23. Não há crime quando o agente pratica o fato:
>
> I - em estado de necessidade;
>
> II - em legítima defesa;
>
> III - em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito.
>
> Excesso punível.

> Parágrafo único. O agente, em qualquer das hipóteses deste artigo, responderá pelo excesso doloso ou culposo.

No caso em apreço, tenho que os tapas desferidos pelo réu não são suficientes para caracterizar o excesso na conduta, sendo que a lesão observada no olho da vítima se deve a questões que extrapolam ao ânimo do agente.

Nesse sentido, o v. acórdão:

> Apelação crime. Maus-tratos. Art. 136, CP. Pai que dá um tapa no rosto da filha. Dolo não demonstrado. Sentença absolutória mantida. - Não havendo prova inequívoca do dolo, ou seja, da vontade livre e consciente do réu no sentido de maltratar a vítima, de modo a expor a perigo a sua vida ou saúde, impositiva a sua absolvição, mormente em se tratando de pessoa rústica, que não tinha, aparentemente, sequer consciência do abuso cometido. Recurso desprovido (Recurso Crime nº 71002289932, Turma Recursal Criminal, Turmas Recursais, Rel.ª Des.ª Cristina Pereira Gonzales, j. em 9/11/2009).

Por fim, cumpre destacar a percepção do d. magistrado que presidiu a audiência de instrução e julgamento (f. 90), tendo constado no termo de audiência os seguintes dizeres: "Percebi que a menor parece ser uma criança dissimulada e que às vezes chora para despertar piedade e atenção, como fez na audiência".

Destarte, entendo que a conduta do acusado não se amolda ao tipo penal descrito no art. 136 do CP, devendo ser mantida a r. sentença, que entendeu pela sua absolvição.

Em face do exposto, nego provimento ao recurso, nos termos do presente voto.

Custas *ex lege*.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES CORRÊA CAMARGO e FERNANDO CALDEIRA BRANT.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

• • •

Apelação criminal - Homicídio qualificado - Recurso defensivo - Redução da pena-base - Inviabilidade - Existência de duas qualificadoras - Possibilidade de utilização de uma para qualificar o crime e de outra como circunstância judicial desfavorável

- Reconhecida pelo Conselho de Sentença a existência de duas qualificadoras, é perfeitamente lícito que uma delas seja utilizada para qualificar o crime e, a outra, para majorar a pena-base como circunstância judicial desfavorável.

- Tendo sido a pena-base aplicada em patamar razoável, em estrita observância às funções precípuas de prevenção, retribuição e ressocialização da sanção penal, impossível a sua diminuição.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0027.12.001017-1/002 - Comarca de Betim - Apelante: R.A.P.C. - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Vítima: J.A.P. - Relator: DES. FURTADO DE MENDONÇA

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 6ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 26 de junho de 2018. - *Furtado de Mendonça* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. FURTADO DE MENDONÇA - Trata-se de recurso de apelação interposto por R.A.P.C., que se insurge contra a r. sentença de f. 236/237, que, por decisão do Conselho de Sentença, condenou-o como incurso nas sanções do art. 121, § 2º, I e IV, do CPB, à pena de 15 (quinze) anos de reclusão, em regime fechado.

Sobre os fatos, narra a exordial que, no dia 21 de outubro de 2011, por volta de meia noite, na Rua Volta Redonda, Bairro São Cristóvão, na Comarca de Betim, o acusado, por motivo torpe e mediante recurso que dificultou a defesa da vítima, matou seu pai J.A.P.

Relata a inaugural que as discussões entre vítima e réu eram frequentes, pois aquela não aceitava o envolvimento de seu filho com a criminalidade, sendo que nos últimos tempos as brigas também eram motivadas pela indenização que o ofendido poderia receber pelo imóvel, que estaria em vias de desapropriação.

Segundo a inicial, o apelante, imbuído do desejo de matar o seu genitor, surpreendeu-o no interior de sua residência e o executou com um tiro na nuca.

Nas razões recursais de f. 257v/259, a defesa requer a diminuição da pena-base para o mínimo legal, aduzindo equívoco na valoração dos vetores do art. 59 do CPB. Por fim, impreca a isenção das custas processuais.

Contrarrazões em f. 266v/267v, em que o *Parquet* pugna pela manutenção da r. sentença vergastada.

Em parecer juntado às f. 279/281, o douto Procurador de Justiça Rogério Greco opinou pelo desprovimento do apelo.

É o relatório.

Conheço do recurso, pois presentes os pressupostos de admissibilidade e processamento.

Como visto, cinge-se o inconformismo da defesa no que tange à pena aplicada ao inculpado.

Extrai-se que o preclaro juiz singular fixou a pena-base em 13 (treze) anos de reclusão, assim fundamentando:

> Considerando tratar-se de acusado reincidente à época dos fatos; sua culpabilidade intensa, diante do grau de reprovabilidade de seus atos, porém, sendo esta inerente ao próprio tipo penal; sua personalidade que não pode ser medida apenas com o que consta dos autos; conduta social que o desfavorece, uma vez que procura resolver suas desavenças utilizando de violência considerável, além de já ter sido condenado outras duas vezes nesta comarca por tráfico e tentativa de furto; motivos injustificáveis do crime, uma vez que poderia ter agido de forma diversa e não ceifado a vida do próprio pai; circunstâncias do crime, que foi praticado contra vítima idosa e deficiente físico; consequências graves do delito, que acabou por eliminar a vida de seu próprio pai, porém, também inerente ao próprio tipo penal e o comportamento da vítima, que não pode ser tido como determinante do crime, fixo-lhe a pena de 13 (treze) anos de reclusão, em virtude, também, do reconhecimento de duas qualificadoras.

Em que pese não coadune com a integralidade dos argumentos expendidos pelo culto magistrado singular, a meu ver, a pena-base não comporta reparo, já que restou dosada em patamar razoável e proporcional, mormente considerando a presença, *in casu*, de duas qualificadoras.

Com efeito, reconhecida pelo Conselho de Sentença a existência de duas qualificadoras, é perfeitamente lícito que uma delas seja utilizada para qualificar o crime e, a outra, para majorar a pena-base como circunstância judicial desfavorável.

Neste sentido:

> Penal. Agravo regimental no agravo em recurso especial. Homicídio. Decisão manifestamente contrária à prova dos autos. Inexistência. Fundamentação da custódia preventiva. Validade. Dosimetria da pena. Reconhecimento de duas qualificadoras. Possibilidade de utilização de uma para configuração do tipo qualificado e de outra como circunstância judicial desfavorável. Exclusão de qualificadora. Inexistência de impedimento legal para o reconhecimento de motivo fútil. Crime praticado por desconfiança de ser a vítima informante da polícia. Agravo não provido. 1 - Não há falar em decisão manifestamente contrária à prova dos autos quando o entendimento adotado pelo Conselho de Sentença, no julgamento realizado pelo Tribunal do Júri, encontra respaldo em provas produzidas no próprio plenário do Júri. 2 - A prisão provisória mostra-se legítima e compatível com a presunção de inocência somente se adotada em caráter excepcional, mediante decisão suficientemente motivada. 3 - A instância ordinária apontou fundamentos concretos, que efetivamente indicam a necessidade de manutenção da custódia cautelar para a garantia da ordem pública, ante a periculosidade concreta do réu, manifestada no seu comportamento anterior à prática do delito (ostenta péssimos antecedentes criminais), e a própria forma de execução do delito, além da fuga do distrito da culpa. 4 - Existindo pluralidade de qualificadoras, esta Corte Superior de Justiça admite a consideração de uma delas para justificar o tipo penal qualificado (no caso, o motivo fútil) e as demais circunstâncias judiciais desfavoráveis, na primeira fase, ou como agravantes, na segunda etapa de dosimetria da pena. 5 - Não há impedimento legal em reconhecer a figura do homicídio qualificado pelo motivo fútil no caso em que os jurados constataram que a prática do crime se deu por

> suspeita de que a vítima seria informante da polícia. 6 - Agravo regimental não provido (STJ, AgRg no AREsp 299776/SP, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, *DJe* de 30/3/2015).

Assim, penso que a fixação da pena-base em 13 anos de reclusão não se revela desproporcional nem desarrazoada, máxime tendo em vista a considerável variação entre o mínimo e o máximo da pena abstratamente previstos pela norma incriminadora (12 a 30 anos).

De outra senda, a exasperação da reprimenda em 02 (dois) anos de reclusão, na segunda fase da dosimetria da pena, diante da incidência de duas agravantes (reincidência e crime cometido contra ascendente), além de escorreita, também mostrou-se razoável e proporcional.

Portanto, entendo que a sanção não demanda qualquer reparo.

Por fim, quanto ao pedido de isenção das custas processuais, tenho que falece interesse recursal à defesa, porquanto tal benefício já fora deferido pela sentença.

Considerando que o Supremo Tribunal Federal, nos autos do Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) 964.246, em regime de repercussão geral, reafirmou a sua jurisprudência no sentido de que a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência, expeça-se mandado de prisão contra o réu (prazo de validade: vinte anos), bem como a guia de execução provisória da pena, o que deve ocorrer somente após o esgotamento das vias recursais ordinárias.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores JAUBERT CARNEIRO JAQUES e DENISE PINHO DA COSTA VAL.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Apelação criminal - Falsidade ideológica - Preliminar - Extinção da punibilidade - Prescrição da pretensão punitiva na modalidade retroativa - Ocorrência - De ofício, declarada extinta a punibilidade do agente, em virtude da ocorrência da prescrição da pretensão punitiva do Estado na modalidade retroativa

- Decorrido o lapso prescricional entre a data do crime e o recebimento da denúncia, estando a sentença transitada em julgado para a acusação, deve ser declarada extinta a punibilidade do agente, em razão de restar configurada a prescrição da pretensão punitiva do Estado na modalidade retroativa.

Apelação Criminal nº 1.0177.12.001312-9/001 - Comarca de Conceição do Rio Verde - Apelante: P.C.F. - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Relator: DES. RUBENS GABRIEL SOARES

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 6ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em DE OFÍCIO, DECLARAR EXTINTA A PUNIBILIDADE DO AGENTE, PELA OCORRÊNCIA DA PRESCRIÇÃO.

Belo Horizonte, 26 de junho de 2018. - *Rubens Gabriel Soares* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. RUBENS GABRIEL SOARES - P.C.F., devidamente qualificado e representado nos autos, foi denunciado pela prática do delito previsto no art. 299, parágrafo único, do Código Penal, nos seguintes termos:

> [...] Ficou apurado no bojo do Inquérito Civil Público nº 0177.12.000004-3 que o denunciado, em 6/2/2006, no exercício do cargo de Secretário Municipal de Saúde de Conceição do Rio Verde, cometeu o crime de falsidade ideológica ao inserir, em documento público, declaração falsa com o fim de alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante.
>
> Ao que se tem, no bojo do inquérito civil já mencionado, aportou documento oriundo do Município de Conceição do Rio Verde, dando conta de que a Secretaria Municipal de Saúde, então capitaneada pelo denunciado, havia custeado um RX de Tórax e um eletrocardiograma realizados em F.T.G.
>
> O ato foi justificado sob o argumento de que os exames eram considerados de urgência e destinados a pessoa carente, o que não condiz com a realidade.
>
> Com efeito, ao ser ouvida na Promotoria de Justiça, F.T.G. declinou que nunca solicitou qualquer exame da municipalidade e que nunca se submeteu a procedimentos emergenciais custeados pelo Poder Público.
>
> E, mais, aduziu que os exames realizados foram efetivados para efeitos de exoneração do serviço público, e a pedido da própria municipalidade, porquanto tencionava deixar o cargo que ocupava no Poder Executivo para assumir cargo no Tribunal de Justiça, como de fato ocorreu.

> Lado outro, F.T.G. consignou que, apesar de receber parcos rendimentos à época, era possível custear os exames patrocinados pelo Poder Público, asseverando, por fim, que desconhece a existência do relatório social engendrado por P.C.F..
>
> Aqui, é de se dizer que o denunciado não possui formação na área assistencial e que o Município conta com assistente social para tal mister, demonstrando o dolo configurador do tipo penal em comento.
>
> Assim, evidencia-se que o denunciado, a fim de justificar o gasto indevido da verba pública, fez constar em relatório social de sua lavra que F.T.G. era pessoa carente e necessitava realizar urgente exame de RX.
>
> Isto posto, denuncio P.C.F. como incurso nas iras do artigo 299, parágrafo único, do Código Penal, e requeiro seja o mesmo citado para responder à presente ação, quando, ao final, deverá ser condenado nas penas que lhe couber" (f. 02 D/04 D).

A denúncia foi recebida em 15 de outubro de 2012 (f. 18) e a defesa prévia apresentada às f. 22/26. Após instrução processual, com oitiva de uma testemunha (f. 45), interrogatório (f. 47/47) e alegações finais das partes (f. 50/52 e 54/59), o MM. Juiz Sentenciante, em 19 de dezembro de 2014, julgou procedente a pretensão punitiva estatal, a fim de condenar o réu P.C.F. nas sanções do art. 299, parágrafo único, do Código Penal, à pena de um (01) ano e dois (02) meses de reclusão, em regime aberto, mais pagamento de dez (10) dias-multa, à razão mínima, sendo, ao final, a pena privativa de liberdade substituída por duas (02) restritivas de direitos, consistentes em prestação pecuniária, no valor de um (01) salário mínimo, e prestação de serviços á comunidade (f. 64/70).

A sentença penal condenatória foi publicada, em Cartório, no dia 19 de dezembro de 2014 (f. 71), e o réu pessoalmente intimado em 25 de fevereiro de 2015, oportunidade em que manifestou desejo em recorrer (f. 84/85).

Em suas razões recursais, a defesa pugna pela absolvição do réu, ante a insuficiência de provas robustas para a condenação (f. 73/80).

Contrarrazões ministeriais pelo conhecimento do recurso e, no mérito, pelo não provimento do apelo (f. 86/90).

Instada a se manifestar, a douta Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo provimento do recurso defensivo (f. 97/99).

É o relatório.

Conheço do recurso, presentes os pressupostos de admissibilidade e processamento.

1 - Da preliminar.

1.1 - Da prescrição da pretensão punitiva Estatal.

Preliminarmente, de ofício, verifica-se que, no presente caso, encontra-se extinta a punibilidade do apelante pela prescrição da pretensão punitiva Estatal na modalidade retroativa.

A prescrição é a perda da pretensão punitiva ou da pretensão executória em face da inércia do Estado durante determinado tempo legalmente previsto.

Tal instituto se divide em prescrição da pretensão punitiva e prescrição da pretensão executória, sendo que aquela se subdivide em prescrição propriamente dita (art. 109, *caput*, do Código Penal), superveniente e retroativa (art. 110, § 1º, do Estatuto Repressivo).

A prescrição, matéria de ordem pública, deve ser conhecida e declarada em qualquer fase do processo, sendo prejudicial ao exame de mérito da ação, tendo em vista que o Estado Juiz perde o poder dever de se manifestar sobre os fatos, diante do decurso do tempo, conforme prevê o art. 61 do Código de Processo Penal.

Neste sentido, o Professor José Júlio Lozano Júnior nos ensina:

> Aceito pela generalidade das legislações modernas e pela maioria dos doutrinadores, o instituto encontra seu fundamento no interesse que tem o Estado em não deixar as relações jurídicas indefinidamente suspensas, pois essa incerteza contrasta com a própria natureza humana e é fonte de desordem, não vantajosa à sociedade. Trata-se, em razão do interesse social que carrega, de matéria de ordem pública, que beneficia muito mais a sociedade do que o criminoso, devendo ser declarada em qualquer momento processual, além de não poder ser renunciada pelo interessado, operando seus efeitos de pleno direito, mesmo contra a vontade daquele que diretamente deles se favorece (LOZANO JÚNIOR, José Júlio. *Prescrição Penal*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 21/22. Referências a Aloysio Carvalho Filho e Vicenzo Manzini).

E ainda ressalta:

> A prescrição penal é matéria de ordem pública e deve ser reconhecida pelo juiz em qualquer fase do processo, impedindo, inclusive, a análise do mérito da imputação e não podendo nem ao menos ser renunciada pelo interessado. Nesse sentido, dispõe o art. 61 do CPP: 'Em qualquer fase do processo, o juiz, se reconhecer extinta a punibilidade, deverá declará-lo de ofício' (*Ibidem*, p. 52).

No que se refere à contagem do prazo prescricional, deve ser aplicada a inteligência do art. 10 do Estatuto Repressivo, uma vez que a prescrição pertence ao direito material, logo, para fins de se apurar a ocorrência ou não de tal instituto, computa-se o dia do começo.

A propósito, preceitua o mencionado dispositivo, *in verbis*:

> Contagem de prazo
>
> Art. 10 - O dia do começo inclui-se no cômputo do prazo. Contam-se os dias, os meses e os anos pelo calendário comum".

Feito este breve introito, passo ao exame do caso *sub judice*.

Compulsando os autos, verifico que ocorreu a prescrição da pretensão punitiva na modalidade retroativa (art. 110, § 1º, do Código Penal).

O doutrinador Guilherme de Souza Nucci define tal modalidade de prescrição da seguinte forma:

> [...] é a prescrição da pretensão punitiva com base na pena aplicada, sem recurso da acusação, ou improvido este, levando-se em conta prazos anteriores à própria sentença. Trata-se de cálculo prescricional que se faz de frente para trás, ou seja, proferida a sentença condenatória, com trânsito em julgado, a pena

torna-se concreta (NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal comentado*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais).

Portanto, a prescrição retroativa se volta para períodos anteriores à sentença, servindo para verificar se houve prescrição pela pena em concreto no lapso temporal compreendido entre o recebimento da denúncia e a publicação da sentença condenatória.

Assevero que nos delitos praticados em data anterior à vigência da Lei 12.234/10, como no caso em tela, a prescrição retroativa ocorre, também, entre a data do crime e o recebimento da denúncia, em homenagem ao princípio da ultratividade da lei mais benéfica (*lex mitior*).

Assim, as alterações promovidas pela Lei 12.234/2010 nos arts. 109, inc. VI, e 110, ambos do Código Penal não se aplicam ao presente caso, nos termos do art. 5º, inc. XL, da Constituição Federal, por se tratar de lei penal mais gravosa.

Por sua vez, o art. 110, § 1º, do Código Penal dispõe que, uma vez transitada em julgado a sentença condenatória para a acusação, o prazo prescricional se opera pela pena aplicada (*in concreto*).

No caso em tela, verifica-se que o apelante restou condenado nas sanções do art. 299, parágrafo único, do Código Penal, à pena de um (01) ano e dois (02) meses de reclusão, em regime aberto, mais pagamento de dez (10) dias-multa, à razão mínima, sendo, ao final, a pena privativa de liberdade substituída por duas (02) restritivas de direitos, consistentes em prestação pecuniária, no valor de um (01) salário mínimo, e prestação de serviços à comunidade.

Constata-se, ainda, que a acusação não recorreu do édito condenatório.

Assim, tomando-se por base a reprimenda acima, a prescrição da pretensão punitiva ocorrerá em quatro (04) anos, a teor do disposto no art. 109, inc. V, do Estatuto Repressivo.

Dessa forma, considerando que o delito foi praticado em 6 de fevereiro de 2006 e que a denúncia foi recebida apenas em 15 de outubro de 2012 (f. 18), resta evidenciado que o lapso temporal de quatro (04) anos, exigido para o reconhecimento da prescrição retroativa, está devidamente preenchido entre os marcos interruptivos, circunstância que impõe o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva do Estado na modalidade retroativa.

Por fim, registre-se que, não obstante a douta Procuradoria-Geral de Justiça não tenha se manifestado sobre tal tese no parecer exarado às f. 97/99, pelos fundamentos expostos alhures, imperiosa a declaração da extinção da punibilidade do agente, tendo em vista a ocorrência da prescrição.

2 - Do dispositivo.

Diante do exposto, em preliminar de ofício, declaro extinta a punibilidade do apelante P.C.F., em virtude da ocorrência da prescrição da pretensão punitiva do Estado, nos termos dos arts. 107, inc. IV; 109, inc. V; 110, § 1º, todos do Código Penal, restando prejudicado o exame do mérito da Apelação.

Custas isentas.

Comunique-se ao Juízo de origem para as providências cabíveis.

DES. FURTADO DE MENDONÇA - De acordo com o Relator.

DES. JAUBERT CARNEIRO JAQUES - Acompanho o voto proferido pelo eminente Relator, consignando, apenas, com a devida vênia, que a declaração de extinção da punibilidade, apesar de também ter força terminativa, resolvendo a lide, é menos benéfica ao denunciado do que a pretendida absolvição, pois neste caso há uma declaração judicial de que é inocente do fato que lhe é imputado, enquanto que, no reconhecimento da prescrição, a decisão se refere ao não cumprimento do lapso temporal necessário para se efetivar o *jus puniendi* estatal.

Com efeito, não se pode conceber, *data venia*, o reconhecimento da prescrição, sem antes se analisar a real necessidade de se manter a condenação do réu.

Em outras palavras, mesmo que a prescrição tenha se operado tomando por base a reprimenda cominada ao acusado em sentença, esta não deve prevalecer se, no caso dos autos, vislumbrar-se a eventual possibilidade de absolvição do réu, a qual, por óbvio, se mostra como a solução mais benéfica, de modo que, além de evitar reflexos negativos em outras esferas do Direito, acalenta substancialmente a moral do acusado declarado inocente.

Dito isto, na hipótese em apreço, após vertical análise das provas ora colacionadas ao presente feito, restou cristalina a ocorrência do delito disposto no art. 299, parágrafo único, do CP.

Ocorre que o denunciado, na condição de Secretário Municipal, lavrou em um relatório social que F.T. solicitou ajuda para realizar exames de emergência e que ela não possuía condições financeiras de custear as despesas.

No entanto, quando inquirida em juízo (f. 45), F. afirmou que nunca procurou pela Secretaria Municipal de Saúde para solicitar qualquer exame.

Ademais, F. teria dito que o exame ao qual foi submetida se deu por exigência de concurso público realizado no âmbito do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, além do que não era pessoa carente.

Dessa forma, ficou claro que P.C. fez inserir declaração falsa sobre a condição financeira de F. como forma de justificar gasto indevido de verba pública, pelo que se conclui que a condenação se mostrou acertada.

Destarte, sendo o caso de manutenção da condenação do recorrente, somente após tal constatação, é que se pode cogitar o reconhecimento da prescrição retroativa, a qual efetivamente restou configurada na hipótese em voga.

Isso posto, com a ressalva supra, acompanho o voto do em. Relator.

Súmula - DE OFÍCIO, DECLARARAM EXTINTA A PUNIBILIDADE DO APELANTE.

Apelação criminal - Tráfico de entorpecentes - Desclassificação pela insuficiência de provas - Impossibilidade - Depoimento de policial - Validade - Sólido contexto probatório - Condenação mantida - Minorante do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 - Inviabilidade - Réu portador de maus antecedentes - Redução da pena-base - Necessidade - Restituição dos bens apreendidos - Improcedência

- Os testemunhos de policiais, não contraditados, são plenamente convincentes e idôneos, não havendo motivo algum para desmerecê-los.

- É fato notório e de conhecimento geral que, nos crimes de tráfico de drogas, impera a lei do silêncio, por se sentirem as testemunhas amedrontadas, o que valoriza, ainda mais, as denúncias anônimas e os depoimentos dos policiais.

- O sólido conjunto probatório, estando isolada a negativa de autoria do apelante, aliado às demais provas colhidas aos autos, são elementos de convicção suficientes para afastar a tese absolutória baseada na insuficiência de provas.

- Diferentemente da agravante da reincidência, para a configuração dos maus antecedentes, é irrelevante o transcurso do prazo depurador de cinco anos previsto no art. 64, I, do CP.

- Demonstrados os maus antecedentes do réu, impossível é o reconhecimento da causa de diminuição prevista no § 4º, do art. 33, da Lei de Tóxicos.

- Verificada a incorreção do juízo sentenciante, quando da análise das circunstâncias judiciais, a reestruturação da pena é medida que se impõe.

- Mantida a condenação do réu pelo crime de tráfico de drogas, comprovado o emprego do objeto apreendido na prática do delito e não tendo sido comprovada sua origem lícita, impossível se falar em restituição.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0372.17.002062-5/001 - Comarca de Lagoa da Prata - Apelante: J.A. - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Relator: DES. ALBERTO DEODATO NETO

Acórdão

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

Belo Horizonte, 26 de junho de 2018. - *Alberto Deodato Neto* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. ALBERTO DEODATO NETO - Trata-se de recurso de apelação interposto por J.A. contra a sentença de f. 148/152-v., que o condenou como incurso nas sanções do art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06, às penas

de 7 (sete) anos de reclusão, em regime inicial semiaberto, e 800 (oitocentos) dias-multa, concedido o apelo em liberdade.

Denúncia à f. 1-d.

Intimações regulares, f. 156-v. e 188.

Pleiteia o apelante, razões de f. 191/198, a desclassificação para o crime previsto no art. 28 da Lei 11.343/06 por ausência de provas da mercancia. Mantida a condenação, requer o reconhecimento da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da mesma lei, a redução da pena-base e a restituição da motocicleta apreendida.

Em contrarrazões, f. 199/204, o Ministério Público pugna pela improcedência do recurso, ao que aquiesce a Procuradoria-Geral de Justiça, parecer de f. 209/214.

É o relatório.

Conheço o recurso, eis que presentes os pressupostos de admissibilidade e processamento.

Ausentes preliminares, arguidas ou apreciáveis de ofício.

Insurge-se o apelante contra a condenação pela prática do delito de tráfico de drogas, pedindo a desclassificação para o crime do art. 28, da Lei 11.343/06.

No entanto, razão não lhe assiste.

A materialidade está comprovada pelo APF (f. 2/5), laudo preliminar de constatação de drogas (f. 9), boletim de ocorrência (f. 20/22), auto de apreensão (f. 23) e laudo toxicológico definitivo (f. 130/131), tudo em consonância com o acervo probatório.

A autoria, ao contrário do que foi afirmado pelo douto defensor, também está cristalina.

Nas duas oportunidades em que foi ouvido, J. negou o comércio da droga, afirmando que o entorpecente encontrado era para seu consumo pessoal (f. 5 c/c 101/102).

No entanto, sua palavra está isolada, não encontrando respaldo em nenhum elemento probatório.

P.G.L., condutor do flagrante, confirmou o depoimento prestado na fase pré-processual (f. 2) e afirmou que:

> [...] acha que havia uma denúncia formal sobre venda de drogas no bar do acusado; que o estabelecimento não estava sempre aberto; [...] que foi o segundo mandado de busca e apreensão cumprido na casa do acusado; [...] (f. 96).

Cumpre transcrever um trecho do seu depoimento extrajudicial:

> [...] nesta data, em cumprimento a mandado de busca e apreensão expedido nos autos do processo 0017738-22.2017.8.13.0372, a equipe policial se deslocou até o imóvel situado na Av. Bela Vista, nº 894, onde foi feito contato com o alvo, J. A., vulgo "J. da Corrente" o qual foi cientificado da ordem judicial; [...] que no interior do bar foi encontrada uma carteira contendo R$696,00 (seiscentos e noventa e seis reais) e uma sacola contendo R$48,00 (quarenta e oito reais) em moedas; que em uma varanda anexa ao bar, foi encontrado pelo Guarda Municipal Alves uma sacola plástica contendo 5 (cinco) pedras de crack, que estavam no interior de uma lavadora de roupas entre as peças de vestuário; que na garagem do

> imóvel estava a motocicleta Sundown STX, placa HKM-6134; que consta nas denúncias que subsidiaram o mandado de busca que referido veículo é usado pelo alvo J. A. para a distribuição de drogas e, por isso, a motocicleta foi apreendida; [...] que é do conhecimento do depoente que o conduzido já cumpriu pena por tráfico de drogas e recaem sobre o mesmo diversas denúncias sobre a comercialização de drogas; [...] (f. 2).

No mesmo sentido está o depoimento prestado pelo policial G.G.P.:

> [...] que já tinha cumprido busca na residência do réu em situações anteriores; que essas buscas também eram por suspeita de tráfico; [...] que há notícias de que no local e nas residências vizinhas há venda de drogas; que especificamente em relação à motocicleta apreendida havia notícias anteriores de que era utilizada na venda de entorpecentes; [...] (f. 97).

Com efeito, os depoimentos dos policiais, coerentes e harmônicos com as demais provas colhidas, devem sim ser tidos sem ressalvas uma vez que plenamente convincentes e idôneos, não havendo motivo algum para desmerecê-los. Os testemunhos acima transcritos transmitem a necessária e indispensável segurança jurídica para um veredito condenatório.

Não se pode deixar de lado a especial importância das denúncias anônimas - meio de prova comum nas investigações relacionadas ao tráfico de droga. As pessoas têm medo de represálias e, quando decidem falar, o fazem anonimamente.

No presente caso, a prisão em flagrante do réu somente ocorreu, porque os militares foram cumprir mandado de busca e apreensão expedido após o recebimento de diversas denúncias anônimas, informando que estaria traficando drogas na região, utilizando uma motocicleta, fato este confirmado com a apreensão das substâncias entorpecentes e da moto em sua residência.

Assim, as provas colhidas não deixam dúvidas quanto à autoria delitiva, fornecendo a segurança necessária para a manutenção do bem elaborado édito condenatório, ficando afastada a tese desclassificatória pela insuficiência de provas.

Mantida a condenação do apelante pelo crime de tráfico de drogas, comprovado que J. utilizava a motocicleta para o cometimento do delito, e não havendo prova de sua origem lícita, não é possível acolher o pedido subsidiário de restituição.

Também sem razão ao pedir o reconhecimento da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06.

Conforme se vê da certidão de antecedentes criminais do apelante (f. 34/35), ele possui uma condenação definitiva anterior ao crime ora em análise caracterizadora dos maus antecedentes, óbice legal à concessão do pretendido benefício.

E, ao contrário do que alega a defesa, diferentemente da configuração da agravante da reincidência, para consideração dos maus antecedentes se mostra irrelevante o transcurso do quinquídio legal previsto no art. 64, I, do CP, sendo imprescindível apenas, ao tempo da sentença, tratar-se de condenação definitiva por crime anterior ao da espécie em julgamento.

Nesse sentido:

> Processual penal. *Habeas corpus* substitutivo de recurso especial. Não cabimento. Receptação. Condenação. Maus antecedentes. Pena extinta há mais de cinco anos. Possibilidade de valoração negativa como

> maus antecedentes. Substituição da pena por restritivas de direitos. Descabimento. *Habeas corpus* não conhecido. I - Consoante pacífica jurisprudência deste Tribunal, condenações alcançadas pelo período depurador de 5 (cinco) anos, previsto no art. 64, inciso I, do Código Penal, afastam os efeitos da reincidência, mas não impedem a configuração de maus antecedentes, permitindo o aumento da pena-base acima do mínimo legal, como na hipótese (precedentes). II - Diante da existência de circunstância judicial desfavorável, não se mostra socialmente recomendável a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, nos moldes do inciso III do art. 44 do Código Penal. *Habeas Corpus* não conhecido (Superior Tribunal de Justiça, *HC* nº 390838/SC; Quinta Turma; Min.: Rel. Felix Fischer; *DJe* 23/5/2017).

Por outro lado, parcial razão assiste à defesa em pedir a redução da pena aplicada ao apelante.

O magistrado considerou em desfavor do réu os antecedentes e as circunstâncias do art. 42 da Lei de Tóxicos (quantidade e qualidade da droga apreendida).

Contudo, somente os maus antecedentes devem permanecer em desfavor de J., conforme já exposto acima.

No caso em tela, foram apreendidos 1,24g (um grama e vinte e quatro centigramas) de crack. E, embora a qualidade seja altamente reprovável, a ínfima quantidade impossibilita a consideração negativa do referido dispositivo.

Passo, então, a reestruturar as penas do apelante.

Permanecendo em desfavor do réu os maus antecedentes, fixo a pena-base em 6 (seis) anos de reclusão e 600 (seiscentos) dias-multa.

Ausentes atenuantes, agravantes, causas de diminuição ou aumento da pena, fica esta definida no patamar acima anotado.

Mantenho o regime inicial semiaberto.

Diante do exposto, dou parcial provimento ao recurso, somente para reduzir as penas do apelante para o patamar de 6 (seis) anos de reclusão, regime inicial semiaberto, e 600 (seiscentos) dias-multa, mantendo, no mais, a r. sentença combatida.

Tendo em vista o resultado do recurso, deixo de condenar o apelante ao pagamento das custas recursais.

Prevalecendo este voto e, esgotadas as vias ordinárias, expeça-se o mandado de prisão em desfavor de J.A., com validade de 12 anos.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES FLÁVIO BATISTA LEITE e WANDERLEY PAIVA.

Súmula - DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO, COM RECOMENDAÇÃO.

• • •

Apelação criminal - Delitos de licitação - Lei nº 8.666/1993 - Absolvição em primeira instância - Recurso do Ministério Público - a) Dispensa ilegal de certame - Ausência de dolo específico e de prejuízo à administração - Situação de emergência - Infração não caracterizada - b) Fraude a procedimento de licitação - Publicidade assegurada - Cláusula que não inviabilizou o caráter competitivo do certame - Crime não configurado

- Dispensado o procedimento licitatório, em virtude de situação emergencial constatada na Administração Pública Municipal, em setor essencial à saúde, sem constatação de dolo específico voltado ao locupletamento dos envolvidos, pois efetivamente prestado o serviço contratado, afasta-se a possibilidade de condenação, pelo crime inserto no art. 89 da Lei nº 8.666/1993.

- Inexistindo frustração ao caráter competitivo do certame realizado, pois viabilizada a participação de outros interessados no procedimento, por meio de publicação em veículos de informação, e inserção do edital no sítio eletrônico oficial do município, não resta caracterizado o crime disposto no art. 90 da Lei nº 8.666/1993. Hipótese em que a higidez das cláusulas do edital foi atestada por setor técnico do *Parquet*.

- Recurso não provido.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0529.15.003083-9/001 - Comarca de Pratápolis - Apelante: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Apelados: S.R.B., J.A.A., L.A.D. - Relatora: DES.ª BEATRIZ PINHEIRO CAIRES

Acórdão

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

Belo Horizonte, 3 de maio de 2018. - *Beatriz Pinheiro Caires* - Relatora.

Notas taquigráficas

DES.ª BEATRIZ PINHEIRO CAIRES - Trata-se de recurso de apelação criminal interposto pelo Ministério Público, contra a respeitável sentença de f. 499/505, de lavra da em. Juíza de Direito da Vara Única da Comarca de Pratápolis, que absolveu os acusados J.A.A., S.R.B. e L.A.D., a quem se atribuiu a prática dos delitos previstos no art. 89 e art. 90, ambos da Lei nº 8.666/1993.

Segundo a denúncia, no mês de janeiro de 2013, no exercício de suas atribuições como [...] de Pratápolis, o acusado J.A.A. dispensou, fora das hipóteses legais, procedimento de licitação, favorecendo o imputado L.A.D., responsável por administrar a sociedade empresária "[...]", que celebrou contrato, sem disputar o objeto adjudicado, com eventuais interessados.

Narra a exordial de acusação que o denunciado J.A.A., ao tomar posse, diante dos problemas administrativos deixados pela gestão anterior, contratou diretamente os serviços prestados pela sociedade empresária [...], sem respaldo nas normas legais previstas, resultando o ajuste no pagamento ao beneficiado L.A.D. de dois valores iguais de R$2.500,00 (1º Fato).

Ainda de acordo com a denúncia, para formalizar a situação que de fato existia, conferindo suporte à contratação direta e ilegal, em 28/2/2013, a municipalidade realizou procedimento licitatório, na modalidade Pregão Presencial (nº 018/2013), certame em que a competitividade foi propositadamente restringida, pois inserida cláusula que favoreceu a sociedade [...], que já atuava no município, sendo exigida qualificação desnecessária à prestação de serviços hospitalares, culminando o procedimento com vitória do único licitante, pelo valor de R$33.000,00 (2º Fato).

Descreve, ademais, a peça acusatória, que o [...] J.A.A. teria contribuído para a ilicitude constatada no Pregão, juntamente com S.R.B., [...], tudo no intuito de manter a sociedade "[...]" na gestão hospitalar, favorecendo-se, assim, a pessoa do acusado L.A.D.

Ao argumento de que o comportamento dos denunciados não configura nenhum delito, a douta Magistrada de primeira instância promoveu-lhes a absolvição, com fincas no art. 386, III, CPP.

Recorreu o Ministério Público (f. 515/521), sustentando que os fatos descritos na denúncia restaram comprovados, precipuamente, pelas irregularidades formais apuradas, pugnando pelo acolhimento da acusação.

Contrarrazões dos réus às f. 531/572.

Instada a se manifestar (f. 584/587), opinou a douta Procuradoria-Geral de Justiça no sentido do provimento do recurso, em parecer subscrito pela Dr.ª Elba Rondino.

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.

a) Delito previsto no art. 89 da Lei nº 8.666 de 1993:

Em que pesem os valiosos argumentos trazidos pelo *Parquet*, depois de apreciar pormenorizadamente as circunstâncias que envolveram a dispensa da licitação, relativa à contratação da sociedade empresária "[...]", tenho que há dúvidas fundadas acerca do dolo que moveu os agentes, elemento subjetivo exigido para o lançamento da pretendida condenação criminal, pois não ficou evidenciada, a meu ver, intenção específica de causar prejuízo à Administração Pública, cuidando-se de serviços que foram efetivamente prestados, e que teriam valor equiparado aos usualmente praticados em modalidades semelhantes de contratação.

Segundo é possível aquilatar-se dos documentos que instruem os autos, no início da gestão municipal, quando da posse do novo Prefeito Municipal, isto em janeiro de 2013, foi constatada, pelos novos gestores, situação administrativa peculiar, pois, além de inexistir dinheiro em caixa, com restos consideráveis a pagar, os arquivos de computador necessários a dar continuidade aos trabalhos da municipalidade foram deliberadamente apagados dos equipamentos da Prefeitura, inviabilizando, assim, o funcionamento de diferentes setores, aí incluída a área essencial da saúde e funcionamento do hospital local.

Nesse sentido, foi confeccionado boletim de ocorrência, cuja cópia se encontra às f. 259/261, e colhidos depoimentos de servidores que passaram pelo período de transição, declarações que evidenciam o caos administrativo vivenciado naquele momento, como se pontua no seguinte excerto:

> Que conhece os acusados; que foi diretora do [...] no período de janeiro/março 2013; que quando iniciou suas atividades, a situação do hospital era muito precária, visto que a administração anterior tinha "boicotado o próximo prefeito" que entraria; que o hospital foi vandalizado e diversas instalações estavam em más condições de uso; que não havia acesso à internet e a sistemas de programas de saúde para gerenciamento do sistema de saúde municipal; que havia dificuldade para contratar médicos, em razão dos salários atrasados, dentre outras dificuldades; que diante de tal situação não havia como trabalhar; que na época houve um decreto de situação de calamidade pública no município; que na época a prefeitura contratou uma agência de gestão para ajudar a reestruturar o sistema de informação do município; que o nome da agência é [...]; que a empresa [...] é do denunciado L.D.; que a empresa conseguiu organizar a situação administrativa da saúde no município de Pratápolis, bem como conseguiu a reestruturação de programas e banco de dados; que o funcionário que tratava dos dados do hospital na gestão anterior era irmão da candidata derrotada chamada D.; que o cidadão se chama D. ou A.; que D. que cuidava dos arquivos, e, quando a nova administração chegou, os computadores estavam limpos e não constavam arquivos nos programas de dados; que, nesse quadro, houve interesse e necessidade da contratação da firma de gestão; que deseja acrescentar que o cidadão D. ou A. era contratado e saiu do cargo com o fim da gestão (B.D.B. - Testemunha - Fase judicial - f. 426 e 426-v.).

Diante do quadro de instabilidade financeiro-administrativo, viu-se o prefeito municipal obrigado a decretar situação de emergência (cópia do Decreto Municipal nº 2006/2013, às f. 256/258), enfatizando, no ato normativo, a desnecessidade de realização de certames licitatórios, em áreas essenciais da administração municipal, pelo prazo de 180 (cento e oitenta) dias, no intuito de regularizar e manter em atividade setores relevantes, como saúde, educação, limpeza pública e saneamento.

Nos termos de referido decreto (art. 6º - f. 258), foi autorizado aos secretários municipais contratar diretamente serviços indispensáveis à manutenção da Administração, valendo-se o prefeito do que se encontra preconizado no art. 24, IV, da Lei nº 8.666/1993, *in verbis*:

> Art. 24. É dispensável a licitação:
>
> [...]
>
> IV - nos casos de emergência ou de calamidade pública, quando caracterizada urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares, e somente para os bens necessários ao atendimento da situação emergencial ou calamitosa e para as parcelas de obras e serviços que possam ser concluídas no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias consecutivos e ininterruptos, contados da ocorrência da emergência ou calamidade, vedada a prorrogação dos respectivos contratos.

Ora, em virtude da situação fática anormal, que modificou abruptamente a forma usual de gerenciamento da administração municipal, em especial, pela perda de todos os arquivos de computador até então existentes, é necessário mitigar certos valores jurídicos estatuídos, no intuito de diminuir os efeitos deletérios da situação excepcional vivenciada, evitando-se, assim, que a demora na prestação de serviços relevantes prejudicasse demasiadamente a população, causando-lhe danos muitas vezes irreparáveis.

Importante gizar que, na espécie, o intuito relativo à contratação direta da sociedade empresária [...] diz respeito ao treinamento de agentes de saúde, no gerenciamento das necessidades essenciais da população, inclusive, para funcionamento do hospital, de forma a não configurar dolo específico de favorecer determinada pessoa, pois foi o meio encontrado para que a situação de descontrole gerencial não perdurasse, cuidando-se de empresa que já atuava em municípios vizinhos, justamente, na gestão médico-hospitalar.

Saliento que o descontrole na nova administração, decorrente do que foi constatado, inviabilizaria a continuidade dos serviços essenciais a serem prestados à população, pois, como enfatizou a então Procuradora do Município, ouvida conforme depoimento gravado na mídia de f. 379, a crise financeira era relevante (02min10seg), e o quadro se agravou, pois a gestão anterior apagou todos os arquivos (02min25seg), deixando "os computadores limpos" (05min05seg), a ponto de se instalar uma situação de "calamidade" (15min15seg), uma vez que vários setores não tinham como funcionar, nem mesmo precariamente (18min35seg).

Além disso, os serviços contratados foram efetivamente prestados, sem prejuízo, portanto, à municipalidade, como revelam alguns documentos amealhados ao processo, ratificados pela prova oral, da seguinte forma:

> - A depoente recebeu algum treinamento feito por parte da empresa [...]?
>
> - Resposta: Sim, recebeu treinamento. A depoente recebeu treinamento por parte da empresa [...] na área de sistemas: SCNES, SIAB, SIHD e SIASUS. Os treinamentos foram recebidos pela depoente a mando do Sr. J.A.A., atual [...]; no primeiro dia de trabalho da depoente os treinamentos já tiveram início; os treinamentos foram feitos durante um bom período e até hoje recebe toda a orientação necessária para o desempenho de suas atividades.
>
> (C.P.L. – Testemunha – Termo de Declarações prestadas ao Ministério Público – f. 187).
>
> Que no ano de 2013 ocupava o cargo público de atendente administrativo e em março passou para encarregado, para fazer o faturamento na Secretaria Municipal de Saúde; que começou a trabalhar no hospital no final do mês de fevereiro de 2013 e o acusado L.D. já estava prestando assessoria no local; que ficou no hospital desde o final de fevereiro de 2013 e continua lá trabalhando até a presente data; que a empresa efetivamente auxiliou no serviço; que a depoente não tinha informação nenhuma sobre o serviço foi assessorada e hoje consegue trabalhar sem assessoria; que a empresa ajudou muito, que acredita que ficou um período da antiga administração sem prestar informações ao DATASUS, que a assessoria contratada resolveu tal problema; que a assessoria ensinou a depoente a trabalhar na área de saúde com o que necessita; que tinha trabalhado somente dois meses na área de saúde, agendando data para ambulâncias, que não tinha conhecimento na área de saúde; que V. e E. vinham e prestavam informações, ensinavam a operar o sistema; que no primeiro dia de trabalho da depoente V. e E. já estavam no seu local de trabalho, sendo que a pessoa que encaminhou a depoente para o local disse que os mesmos já estavam no local (C.P.L. – Testemunha – Fase judicial – f. 361).

Obtempere-se que a capacitação técnica ocorreu em sistemas vitais à municipalidade, para captação de recursos federais necessários ao funcionamento da área da saúde, tais como SIASUS, SNCES, PSF e outros, de sorte a inexistir fundamento para sua interrupção ou postergação, tendo em vista o iminente prejuízo que seria causado aos assistidos.

Como bem destacou a il. Magistrada, "imperativa a necessidade de continuidade do serviço público de saúde" (f. 502-v.), com preterição das normas formais de contratação, até mesmo porque não se vislumbra prejuízo ao erário, diante dos valores cobrados que foram contabilizados, com confecção de notas de empenho e de

notas fiscais (f. 95/98 e 145), circunstância que afasta a possibilidade de condenação, pelo crime inserto no art. 89 da Lei nº 8.666/1993.

A dispensa ilegal, bem como a inobservância das formalidades necessárias para autorizá-la, somente configura crime se os envolvidos atuam com dolo, e não quando o intuito é de salvaguardar a coletividade, conforme consignado na sentença recorrida, sem que tenha havido infração penal, tanto em relação ao tomador do serviço (réu J.A.A.), quanto por parte daquele que se viu favorecido com a contratação direta (réu L.A.D.).

Sobre o tema, confiram-se lições doutrinárias:

> A dispensa e a inexigibilidade ilegal (como também a inobservância das formalidades para autorizá-las) somente configuram o crime de que trata o art. 89 da Lei nº 8.666/93 se o agente público responsável realizou a figura típica com dolo, ou seja, com consciência e vontade de contratar sem licitação, consciente que no caso descabia a dispensa ou a licitação era exigível, como, por exemplo, movido pelo açodamento na conclusão e inauguração de obras, antes do término do mandato, independentemente da escolha do melhor licitante ou preço para concluí-las.
>
> [...]
>
> Por outro lado, quer o tipo de improbidade administrativa citado, quer o tipo penal do art. 89 da Lei de Licitações, requer para a sua configuração que da indevida dispensa ou inexigibilidade de licitação, bem assim do descumprimento de formalidades essenciais do certame licitatório, resulte lesão efetiva (real prejuízo) ao erário.
>
> Portanto, o crime do art. 89 da Lei nº 8.666/93 somente é punível quando a conduta típica funcional causar resultado danoso ao erário (PAZZAGLINI FILHO, Marino. *Crimes de responsabilidade dos prefeitos*. São Paulo: Editora Atlas, 2009. p. 17-18).

Ainda acerca da questão, colaciono aresto do c. STJ:

> Dispensa ou inexigibilidade de licitação fora das hipóteses previstas em lei. Inépcia da denúncia. Peça inaugural que não descreve o dolo específico do acusado e os prejuízos ao erário decorrentes da conduta que lhe foi assestada. Peça vestibular que não atende aos requisitos previstos no art. 41 do Código de Processo Penal. Mácula caracterizada. - Ao interpretar o art. 89 da Lei 8.666/1993, esta Corte Superior de Justiça consolidou o entendimento no sentido de que para a configuração do crime de dispensa ou inexigibilidade de licitação fora das hipóteses previstas em lei é indispensável a comprovação do dolo específico do agente em causar dano ao erário, bem como do prejuízo à Administração Pública. - No caso dos autos, verifica-se que o Ministério Público cingiu-se a afirmar que o recorrente teria inexigido licitação para a contratação de shows artísticos fora das hipóteses previstas em lei e em benefício da empresa de um dos corréus, deixando de demonstrar o seu dolo específico e os prejuízos que sua conduta teria causado ao erário. - Não havendo na peça vestibular qualquer menção ao dolo especial do increpado e à ocorrência de danos aos cofres públicos em razão da fraude à licitação a ele imputada, constata-se a inaptidão da exordial. Precedentes (STJ, 5ª Turma, RHC 92.434/MG, Rel. Min. Jorge Mussi, j. em 15/3/2018, p. em 23/3/2018 - transcrição parcial).

Sendo assim, inexistindo dolo voltado à consecução de ilícito, pois alicerçada a dispensa da licitação, e de seu rigor formal, em virtude de situação de emergência vivenciada pela municipalidade, amparada a contratação direta, pela situação excepcional em área essencial do serviço público, entendo que não restou

caracterizado o crime inserto no art. 89 da Lei nº 8.666/1993, sorte a ser necessário, a meu sentir, manter a absolvição de primeira instância.

b) Delito disposto no art. 90 da Lei nº 8.666 de 1993:

Avaliação detida do acervo probatório resulta em entendimento semelhante ao já externado, desta vez, no que tange ao pleito de condenação dos denunciados, pelo crime relativo à fraude no procedimento licitatório de nº 018/2013, na modalidade Pregão Presencial, realizado em 28/2/2013.

Em que pesem os valiosos argumentos oferecidos pelo *Parquet*, por se tratar de certame que buscava a melhor proposta para capacitação dos funcionários municipais, responsáveis pela gestão hospitalar, a meu aviso, as cláusulas inseridas no edital, quanto à qualificação prévia dos interessados, não violam as normas aplicáveis, em especial, o que se encontra disciplinado no art. 30 da Lei nº 8.666/1993.

De fato, considerando que a prestação perquirida, no que concerne ao objeto da licitação, era de imediata realização, diante da urgência de qualificação dos funcionários municipais, para inserção de dados nos programas essenciais ao funcionamento da saúde, a exigência de que os licitantes apresentassem capacitação técnica, na gestão hospitalar, não se revela, a meu sentir, despicienda ou maliciosamente dirigida, até mesmo por se tratar de condição genérica, que poderia ser atendida por outros interessados que atuassem no mesmo ramo, cuidando-se de item assim redigido:

> B - Habilitação Técnica
>
> B.1 - Atestado de capacidade técnica, emitido por terceiros em que a empresa já prestou serviços;
>
> B.2 - Documento comprobatório de profissionais vinculados na empresa que possui especialização em Gestão Hospitalar, Gestão da Organização Pública de Saúde ou Gestão de Sistemas e Serviços de Saúde (Edital de Licitação – f. 21).

Na verdade, constata-se, da redação das cláusulas, a preocupação em qualificar os funcionários do setor da saúde pública municipal, área diretamente atingida pelos problemas herdados da gestão anterior, circunstância que evidencia a ausência de fraude em referida exigência, pois a regularização dos serviços seria mais célere se contratado interessado com expertise na capacitação necessária.

Tanto é assim que a análise realizada no âmbito do próprio Ministério Público, quando da avaliação de todo o procedimento que envolveu o certame, concluiu, em relação às cláusulas do edital, pela inexistência de "qualquer disparidade com o objeto da licitação ou com a Lei 8.666/93", afirmando, ainda, o experto lotado no *Parquet* "estarem devidamente amparados (os requisitos) pelo art. 30, II; e no seu parágrafo primeiro, inciso I" (f. 167).

Importante frisar que a sociedade vencedora do Pregão Presencial apresenta qualificação na área de gestão hospitalar (f. 207), embora o cadastro nacional amplie, ainda mais, o seu objeto, conferindo-lhe aptidão em serviços de administração em geral, com prestação de mão de obra (CNPJ às f. 160), sem qualquer desconformidade aparente entre a vencedora e o serviço adjudicado.

Por outro lado, tendo em vista que o certame foi efetivamente publicado em veículo de grande circulação na região ("Folha da Manhã" – f. 39), bem como constou do sítio eletrônico da prefeitura, circunstância confirmada pelo perito do Ministério Público ("verifiquei que há de fato publicações de todas as licitações

municipais de forma acessível ao público" – f. 167), entendo que o procedimento realizado não foi dirigido para que um só interessado dele participasse, como se sustenta na denúncia, uma vez que outros possíveis licitantes tiveram ciência de sua realização e desistiram do pregão por motivos próprios, como ilustra esta transcrição:

> Não deixou de concorrer pelos fatos narrados na denúncia; a determinação editalícia de um funcionário com conhecimento não o impediu de concorrer; pensou em participar da licitação, porém não quis participar porque analisou com seu sócio e não tiveram interesse em participar; sua empresa é especializada em saúde e também tem *software* em saúde; trabalha mais com *software* do que com outras modalidades; trabalha para o Município de Pratápolis desde o início de 2012, na área de saúde, fornecendo o *software* de gestão de saúde; sua esposa é pós-graduada em gestão de saúde pública; não quis participar da licitação porque não lhe interessou e não por cláusulas do edital. Retirou o edital de licitação, porém não se interessou por ela; tudo que havia no edital estava tranquilo para a participação no certame, não havia cláusula que o restringia (R.F.T.C. - Testemunha - Fase judicial - f. 358-v.).

Ainda, erros formais no que tange à ata do pregão, que encerra equívocos de conjugação verbal e nominal (f. 84/85), apenas atestam que a Administração Municipal ainda não havia se estruturado devidamente em decorrência dos problemas já noticiados, tanto que os certames seguintes passaram a ser realizados com mais zelo, no que tange à redação de seus documentos, circunstância bem consignada no depoimento prestado pela responsável pelas licitações municipais, nos seguintes termos:

> - Foi a depoente quem elaborou o edital de licitação (documento em anexo) referente ao Pregão Presencial nº 018/2013?
>
> Resposta: Sim, foi a depoente.
>
> - Qual o motivo de constar da ata do pregão que existiriam a participação de outras empresas, quando, na verdade, não o foi, e qual o motivo de constar, também, que o procedimento seria realizado pelo menor preço por item, quando seria o menor preço global?
>
> Resposta: No entendimento da depoente, não consta da ata do pregão que existiriam outras empresas credenciadas. Consta como credenciada apenas a empresa [...] (atual [...]). Com relação à questão do preço por item ou preço global, a depoente esclarece que a licitação foi feita para a contratação de serviços de consultoria técnica administrativa, ou seja, de apenas um item, portanto, não há que se falar em irregularidade, já que alterando-se a quantidade de serviços prestados altera-se automaticamente o preço global. Segundo ela, só houve a contratação de um item, então não houve prejuízo. Gostaria de acrescentar que, no início do mandato do atual prefeito, a prefeitura não possuía nenhum arquivo de edital de licitação, todos haviam sido apagados pela gestão anterior, então houve a necessidade de pesquisas de editais via consultas na internet, logo os editais realmente continham alguns erros formais, mas atualmente a administração possui material adequado para atender a demanda.
>
> - Qual o motivo de considerar válida a proposta, segundo o edital, se a empresa não apresentou o comprovante de especialização em Gestão da Organização Pública de Saúde ou Gestão de Sistemas de Serviços de Saúde (item 7. B.2 do edital)?
>
> Resposta: O motivo foi o fato de a empresa ser cadastrada junto ao Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica como empresa de assessoria em gestão hospitalar e também porque a empresa apresentou um Atestado de Capacidade Técnica expedido pelo município vizinho de Itaú de Minas, no qual consta capacitação para prestação de serviços de assessoria e consultoria em gestão pública de saúde, cuja descrição técnica

dos serviços prestados é similar aos que eram necessitados pelo Município de Pratápolis. Cópias dos documentos mencionados foram apresentadas pela depoente.

- Qual o motivo de não ter sido o edital publicado no *Diário Oficial*, segundo prescreve o art. 4º, I, da Lei nº 10.520/2002?

Resposta: Não houve a publicação no *Diário Oficial* em razão do disposto no art. 2º do Decreto nº 2.026, de 2/2/2013, que alterou a redação da alínea "a" do inciso I do art. 8º do Decreto Municipal nº 1.356/2006, que permite que, para bens e serviços estimados em até R$160.000,00, seja feita publicação no órgão da Imprensa Oficial ou na Sede da Prefeitura Municipal e em Jornal de Circulação Regional ou no *Diário Oficial de Minas Gerais*. No presente caso, o edital foi publicado no átrio da Prefeitura Municipal e em um jornal de circulação regional, o *Jornal Folha da Manhã*, de Passos/MG. (S.L.B. - Acusada - Termos de Declarações prestadas ao Ministério Público - f. 191 e 191-v.).

Que todos que solicitavam o envio de edital por *e-mail* os mesmos eram enviados, sendo que a interrogando inclusive enviou através de seu *e-mail* particular porque não tinha *e-mail* funcional; que fez pesquisas na região de como eram os editais, sendo que o feito aqui em Pratápolis foi modelo que conseguiu, sendo que a cláusula da especialidade e para várias especialidades e veio com o edital modelo; que somente a empresa do interrogando [...] veio participar da licitação; que a empresa [...] se interessou, recebeu o edital, mas não veio participar; que a modalidade foi pregão presencial; que pedem os editais por *e-mail* para ver se se interessa participar da licitação; que a [...] presta serviços em Pratápolis de *software,* sendo que já tem contrato há bastante tempo com o Município (S.R.B. - Interrogatório - f. 436/437).

Sob outro enfoque, verifico que o preço global praticado pela única empresa interessada no pregão é condizente até mesmo com aquele que foi cobrado nos primeiros meses do ano de 2013, quando da contratação direta da mesma pessoa jurídica, cuidando-se, uma vez mais, de serviços efetivamente prestados e que eram essenciais à continuidade do serviço público, de molde a inexistir, também aqui, prejuízo ao erário, quer no que tange à competitividade do certame, quer no que diz respeito ao montante auferido pelo contratado.

Oportuno transcrever as alegações dos outros denunciados:

Que os trabalhos prestados antes da licitação foram pagos depois de um mês, dois meses; que prestaram efetivamente o serviço e depois receberam; que essa primeira parte do trabalho não teve contrato escrito; que o valor dos serviços era de cerca de R$2.500,00 por mês; que a cláusula do edital "7b2", relativa à especialidade de pessoa ligada à empresa, constou do edital independentemente de pedido do interrogando; que no serviço que presta geralmente é comum a presença de cláusulas como a prevista no edital "7b2" relativa à especialidade do prestador de serviços; que a situação do Município de Pratápolis era bagunçada quanto ao envio de informações da sua própria produção e faturamento, o que implica diretamente nos repasses quanto à atenção básica e alta complexidade; que a legislação permite reapresentar informações retroativas há três meses, e como não tinha qualquer informação, tiveram que fazer, sendo que o município inclusive recebeu tais valores referentes ao teto financeiro; que com o início das informações, através da prestação de serviços, o município começou a receber as verbas; que o pessoal que estava a cargo, os funcionários do município, não tinham conhecimento dos procedimentos, sendo que fizeram o treinamento dos mesmos; que os dados estatísticos do município não eram confiáveis até este momento, porque os dados não eram informados e quando eram, eram feitos de forma incorreta, o que influi inclusive nos índices e metas de saúda pública do município (L.A.D. - Interrogatório - f. 439).

Que, na sua percepção, na sua consciência, pensava que estava tudo legal quando a empresa estava trabalhando; que só conheceu a empresa quando começaram a prestar o serviço, não conhecia antes de assumir a secretaria de saúde; que acreditou que estava tudo certo, correto, porque tinha ouvido falar

> que até oito mil reais podia pagar, mas não sabia que tinha processo para gastar os oito mil reais; que acreditava que podia pagar os três meses emergenciais, porque o valor era menor do que oito mil reais, e depois fariam a licitação; que como estava decretado o estado de emergência, achou que estava tudo correto, em sua consciência estava tudo certo; que depois que assumiu a secretaria municipal de saúde que viu que o município precisava contratar uma empresa para prestar o serviço. As verbas para a saúde vêm de acordo com as metas cumpridas e alimentação dos sistemas; que se não informar para o Estado é como se não tivesse feito nada; que as avaliações do município continuaram crescendo, possibilitando receber verbas maiores em consequência, até o teto máximo, de acordo com as metas atingidas, que incluem também alimentação adequada dos sistemas (J.A.A. – Interrogatório - f. 441).

Dessa maneira, sem que tenha sido comprovada, com segurança, a confecção de certame fraudulento, pois a presença de único licitante não enseja, necessariamente, desconfiança de que o procedimento licitatório foi dirigido, até mesmo porque o comparecimento de um único interessado é circunstância corrente na região, como bem enfatizou a douta Julgadora de primeira instância ("Importante ressaltar ainda, pela documentação colacionada no processo, que nos município vizinhos, com exceção do Município de Itaú de Minas, a única empresa interessada no certame foi a empresa representada pelo acusado L.A.D." - f. 504-v.), tenho que a pretensão de condenação, pelo crime disposto no art. 90 da Lei nº 8.666/1993, também não pode ser acolhida.

Logo, sem provas a meu ver, de que tenham agido os denunciados com o intuito de frustrar o caráter competitivo do pregão realizado, pauto-me pela manutenção da absolvição na esteira dos seguintes apontamentos jurídicos:

> Os crimes tipificados na Lei nº 8.666 não admitem modalidades culposas. Na quase totalidade dos casos, é necessária a configuração daquele "dolo específico" a que aludia a doutrina tradicional. A tutela penal se dirige a reprimir as condutas dolosas. Mais ainda, volta-se contra as condutas em que o agente atuou visando a obter especificamente o resultado reprovável. Para configurar um crime não basta, por exemplo, deixar de observar formalidades exigidas pela Lei para dispensa da licitação. A caracterização do crime depende de que esta conduta seja exteriorização de um "elemento subjetivo" específico. Somente se pune o agente que deixou de observar a formalidade porque buscava o resultado reprovável (lesar a Administração Pública ou fraudar o princípio da isonomia). Se o agente descumpriu a formalidade por culpa em sentido estrito, estará sujeito à responsabilização administrativa, mas não terá cometido um crime (JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contrato administrativos*. 9. ed. São Paulo: Editora Dialética, 2002. p. 578).
>
> Apelação. Crime contra a administração pública. Fraude no processo licitatório. Art. 90 da Lei nº 8.666/93. Mérito. Ausência de dolo. Absolvição decretada. - A conduta, para ser penalmente ilícita, depende da demonstração do dolo específico, que consiste na vontade consciente de frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do certame, com o intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação. - Se a prova colhida não induz a necessária certeza de ter ocorrido o crime descrito no art. 90 da Lei nº 8.666/93, a solução deve ser a absolvição (TJMG, 3ª C. Crim., Apelação Criminal nº 1.0471.09.119348-5/001, Rel. Des. Paulo Cézar Dias, j. em 23/1/2018, p. em 2/2/2018 - Transcrição parcial da ementa).

Portanto, sem a convicção de que os acusados atuaram na consecução de fim ilícito, voltado à realização de certame fraudulento, a absolvição é medida que se impõe, nos exatos termos previstos na sentença objurgada.

Fiel a essas considerações e atenta a tudo mais que dos autos consta, rogo vênia aos entendimentos em contrário e voto no sentido de se negar provimento ao recurso.

Sem custas.

É o meu voto.

Votaram de acordo com a Relatora os DESEMBARGADORES RENATO MARTINS JACOB e NELSON MISSIAS DE MORAIS.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Apelação criminal - Associação para o tráfico - Art. 35, *caput*, da Lei Federal nº 11.343/06 - Sentença absolutória - Recurso ministerial - Pleito condenatório - Impossibilidade - Incidência do princípio *in dubio pro reo* - Ausência de prova concreta demonstrando o suposto vínculo estável e permanente entre o apelado e os demais corréus - Absolvição mantida - Recurso não provido

- Para a configuração do delito de associação para o tráfico de drogas previsto no art. 35 da Lei nº 11.343/06, faz-se necessária a comprovação da existência de um vínculo estável e permanente entre os agentes, direcionado para a prática do crime.

- No direito penal pátrio, a condenação de um acusado só é admitida se houver prova cabal, validamente constituída, sob o crivo do contraditório. Se esta prova não for cabal, plena, impõe-se, uma vez mais, a absolvição do apelado pelo delito de associação para o tráfico, com fundamento no art. 386, inc. VII, do CPP.

Apelação Criminal nº 1.0017.11.003255-8/001 - Comarca de Almenara - Apelante: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Apelado: R.T.S.N. - Corréu: P.R.S., A.A.S., V.A.A., D.S.J., M.T.D.S. - 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 NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 26 de junho de 2018. - *Jaubert Carneiro Jaques* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. JAUBERT CARNEIRO JAQUES - Trata-se de recurso de apelação interposto pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais, em face da r. sentença de f. 753/758, que, julgando improcedente a ação penal, absolveu o réu R.T.S.N. da prática dos crimes de tráfico de drogas e associação para o tráfico (art. 33 e 35, ambos da Lei nº 11.343/06) com fundamento no art. 386, inc. VII, do Código de Processo Penal.

Sobre os fatos, depreende-se da denúncia que, ao longo do mês de janeiro, agosto, setembro e outubro de 2010, no município de Almenara/MG, os acusados V.A.A.; D.S.J.; M.T.D.S.; A.A.S.; P.R.S. e R.T.S.N., em comunhão de esforços e unidade de desígnios, teriam vendido, comprado e fornecido drogas, sem autorização e em desacordo com determinação legal regulamentar, conforme evidenciado nas interceptações telefônicas descritas nos autos em que eram negociadas expressivas quantias financeiras na mercancia ilícita.

O comércio ilegal de substância entorpecente seria confirmado, ainda, pelas condições econômicas apresentadas por alguns dos acusados, incompatíveis com as profissões por eles declaradas.

Além disso, nas mesmas circunstâncias e oportunidades, associaram-se, em caráter estável e permanente, para praticar, reiteradamente, a mercancia de substâncias entorpecentes no município de Almenara e cidades vizinhas.

Desta forma, os réus foram denunciados como incursos nas sanções do art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343/2006 c/c art. 29 do CP, e art. 35 da Lei nº 11.343/2006, na forma do art. 69 do Código Penal.

A denúncia foi recebida em 4/4/2011 (f. 753/758).

Na audiência de instrução e julgamento (f. 504), o feito foi desmembrado em relação ao apelado, R.

O processo seguiu os trâmites legais, culminando com a sentença absolutória de f. 753/758, publicada em 17/5/2017 (f. 759), na qual R.T.S.N. fora intimado pessoalmente na data de 8/6/2017 (f. 763/764).

Inconformado com a sentença absolutória, o Ministério Público estadual interpôs recurso de apelação à f. 761, pleiteando (razões de f. 771/773v), em tese única, a condenação do réu R.T.S.N. pela prática do crime de associação para o tráfico previsto no art. 35 da Lei Federal nº 11.343/06, decretando-se, ainda, a suspensão dos direitos políticos, nos termos da Constituição Federal (art. 15, inc. III).

Lado outro, a Defesa apresentou as contrarrazões de f. 777/779 pugnando pelo conhecimento e, no mérito, pelo integral desprovimento do apelo ministerial, confirmando-se a sentença absolutória, por ser medida de direito e de inteira justiça.

Nesta instância, a d. Procuradoria Geral de Justiça exarou parecer às f. 789/791, manifestando-se pelo conhecimento e, no mérito, provimento do recurso ministerial para reformar a sentença de primeiro grau e condenar o apelado no crime de associação para o tráfico, previsto no art. 35 da Lei nº 11.343/06.

É o relatório.

Conheço do recurso, visto que presentes os pressupostos de admissibilidade.

Não havendo preliminares suscitadas ou nulidades que devam ser declaradas de ofício, passa-se ao exame do mérito.

Em suas razões ministeriais, o *Parquet* pugnou pela condenação do réu R.T.S.N. pela prática do crime de associação para o tráfico, previsto no art. 35, *caput*, da Lei nº 11.343/06, visto que a materialidade e autoria delitivas restaram devidamente comprovadas nos autos.

Contudo, apesar do esforço intelectual empreendido no recurso ministerial, a absolvição deste acusado deve ser mantida, visto que o conjunto probatório erigido aos autos não permite concluir de maneira segura que R.T.S.N. praticou a conduta prevista no referido dispositivo legal. Por isso, deve ele ser inocentado, já que patente a incidência do consagrado princípio *in dubio pro reo*.

Isto porque, diferentemente do que alega o apelante, não existe nos autos qualquer prova concreta que demonstre a estabilidade de uma associação, tampouco o vínculo estável entre o apelado e os demais corréus.

Conforme sabiamente já asseverou o respeitável jurista Guilherme de Souza Nucci, para a caracterização do crime de associação para o tráfico, é imperioso que se comprove que o vínculo criado para o comércio ilícito de entorpecentes seja permanente e estável, senão vejamos:

> Demanda-se a prova de estabilidade e permanência da mencionada associação criminosa [...]. Exige-se elemento subjetivo do tipo específico, consistente no ânimo de associação de caráter duradouro e estável. Do contrário, seria um mero concurso de agentes para a prática de crime de tráfico (*Leis penais e processuais penais comentadas*. 2. ed. São Paulo: RT. p. 334).

Nesta esteira, é o entendimento do doutrinador Renato Marcão, *in verbis*:

> Exige-se o dolo específico, vale dizer, um especial fim de agir. A conclusão decorre da clara redação do tipo, que reclama a associação de duas ou mais pessoas para o fim de praticar, reiteradamente ou não, qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, *caput*, e § 1º e 34 da Lei n.11.343/2006 (*caput*), ou para praticar, reiteradamente, o crime do art. 36 da mesma lei (parágrafo único) (*Tóxicos*: Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006: nova lei de drogas. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 256).

Assim, de posse das supracitadas orientações, infere-se que, para a configuração do tipo penal previsto no art. 35 da Lei 11.343/06, não basta a existência do simples dolo de agir conjuntamente, sendo imprescindível a verificação de dolo específico de associar-se de forma estável, não transitória, para a prática da traficância.

A propósito, colaciono importantes julgados do Superior Tribunal de Justiça:

> A jurisprudência deste Superior Tribunal firmou o entendimento no sentido de que, para a subsunção da conduta ao tipo previsto no art. 35 da Lei nº 11.343/2006, é necessária a demonstração concreta da estabilidade e da permanência da associação criminosa. 3. No caso, as instâncias ordinárias, ao concluírem pela condenação dos pacientes em relação ao crime previsto no art. 35 da Lei n. 11.343/2006, em momento algum fizeram referência ao vínculo associativo estável e permanente porventura existente entre eles, de maneira que, constatada a mera associação eventual entre os acusados para a prática do tráfico de drogas, devem ser absolvidos em relação ao delito de associação para o narcotráfico (STJ - *HC* 108.359/MS, Rel. Min. Rogério Schietti, 6ª Turma, j. em 26/11/2013, *DJe* de 12/12/2013). 1 - Os julgadores, nas instâncias ordinárias, concluíram pela condenação da Paciente pelo delito de associação para o tráfico de drogas, sem examinar, contudo, se havia estabilidade e permanência na associação criminosa, pois esses elementos foram considerados desnecessários para a configuração do crime em apreciação. 2 - Porém, o entendimento deste Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que, para "a caracterização do crime de associação para o tráfico, é imprescindível o dolo de se associar com estabilidade e permanência, sendo que a reunião ocasional de duas ou mais pessoas não se subsume ao tipo do art. 35 da Lei nº 11.343/2006" (*HC* 166.979/SP, 5ª Turma, Rel. Ministro Jorge Mussi, *DJe* de 15/8/2012).

Para comprovar a prática do crime de associação para o tráfico, a acusação destaca a comunicação de serviço de f. 41/107, na qual consta um diálogo à f. 71 entre R. e o corréu V., por meio telefônico, ocasião em que os agentes discorrem apenas sobre alguns valores monetários, supostamente referentes ao comércio ilícito de entorpecentes. Confira-se:

> O diálogo entre V.A.A., e R.T.S.N. nos leva a acreditar que R. forneceu substâncias entorpecentes para V.A.A. e W.F.C., A.:
>
> 16/8/2010 - 14:01:31 - "V. diz a "R." (fone (31) 8769-XXXX) que depositou R$ 2.600,00 (dois mil e seiscentos reais) em sua conta e que depois depositará o resto.

> 18/8/2010 - 14:32:10 - "R." (fone (31) 3451-XXXX) liga para "V.". "V." diz a "R." que ia colocar o dinheiro para ele, mas o sistema está fora do ar. "R." pergunta se está ligado em quanto está faltando. "V." diz quatrocentos, mas "R." discorda. "V." diz que o restante ele acerta com "A." no telefone (33) 9926-XXXX. "R." diz que a parte de "V." era "dois mil". "R." diz que o valor restante é quinhentos e vinte.
>
> 19/08/2010 - 16:50:43 - "V." liga para "R." (fone (31) 8769-XXXX) perguntando se conferiu se o dinheiro caiu, no que recebe resposta positiva. "V." diz para "R." que "se pintar outro negócio bom, como aquele que o menino trouxe, dê um toque antes". "R." responde positivamente.

Por sua vez, os investigadores do caso, ao discorrerem em Juízo sobre a referida comunicação de serviço, alegaram que havia suspeita indicando que R. estaria transportando drogas desta Capital para o município de Almenara, e que os valores envolvidos no diálogo referiam-se a suposta dívida de drogas. *In verbis*:

> [...] Que nessas conversas telefônicas eles tratavam de um valor em dinheiro que V. e A. deveriam pagar para R.; que dessas conversas interceptadas a polícia suspeitou que se tratava de negociação de drogas, apesar de os interlocutores não terem expressamente manifestado de que se tratava de entorpecentes nas conversas; que mesmo antes das interceptações telefônicas, havia suspeita do envolvimento de R. com o tráfico de drogas; que a suspeita era de que ele estaria trazendo drogas de Belo Horizonte para Almenara; [...] (Depoimento do investigador C.W.B.C., sob o crivo do contraditório, à f. 673).
>
> [...] que, o depoente acompanhou as escutas telefônicas realizadas, que o depoente acompanhou as interceptações realizadas no telefone de V.; que, ao que se lembra o depoente, foi interceptada uma ligação na qual o denunciado estaria cobrando um dinheiro referente a droga da pessoa de V.; [...] (Depoimento do investigador V.O.S., sob o crivo do contraditório, à f. 672).

Portanto, após vertical avaliação das provas apresentadas pela acusação, verifica-se que não há evidência concreta alguma indicando o suposto vínculo estável e permanente entre o apelado e os demais corréus para a prática do crime previsto no art. 35 da Lei nº 11.343/06, tanto é que o *Parquet* não apontou sequer qual seria o lapso temporal da suposta associação para o tráfico.

No processo penal, a condenação exige certeza, não basta a probabilidade.

No caso *sub judice*, o acervo probatório ora colacionado não apresenta elementos coesos e seguros de convicção suficientes para se alcançar a verdade jurídica dos fatos e imputar ao réu R.T.S.N. a prática do grave delito de associação para o tráfico.

Com isso, não se está aqui dizendo que o apelado não tenha envolvimento com alguma associação criminosa para perpetuar o tráfico de drogas, apenas que não há prova suficientemente sólida para se concluir que, neste caso específico, estivesse associado com os demais corréus, havendo somente, acerca deste ponto, meras e frágeis suposições encabeçadas pelo Órgão Ministerial.

Cumpre ressaltar que, no direito penal pátrio, a condenação de um acusado só é admitida se houver prova cabal validamente constituída sob o crivo do contraditório. Se esta prova não for cabal, plena, impõe-se, uma vez mais, a absolvição do réu, pois a dúvida em favor dele deve vigorar.

Neste sentido, tem decidido este egrégio Tribunal de Justiça:

> Apelação criminal. Tráfico de drogas. Materialidade e autoria devidamente comprovadas. Depoimento de policiais em consonância com o acervo probatório e com as circunstâncias das prisões. Condenações mantidas. Réu absolvido em primeira instância. Manutenção. Associação para o tráfico. Animus associativo não demonstrado. Aumento das penas. Possibilidade parcial. Agravamento do regime prisional. Necessidade. I - Os depoimentos dos policiais responsáveis pela prisão em flagrante, não contraditados e em plena consonância com os demais elementos de prova, são suficientes para se revelar a autoria do tráfico de drogas. II - Se não houver nos autos prova segura da prática do crime por um dos réus, a prudência recomenda a aplicação do princípio in dubio pro reo e, por conseguinte, a absolvição, nos termos do art. 386, inciso VII, do CPP. III - O delito de associação para o tráfico exige provas contundentes da existência de *animus* associativo entre os agentes, de caráter duradouro e estável. IV - A fixação das penas nos delitos de tráfico de drogas deve atender ao disposto no art. 42 da Lei nº 11.343/06, preponderando seus critérios sobre as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP. V - A fixação do regime prisional deve observar não só a pena e as condições pessoais do agente, como, também, a análise das circunstâncias judiciais (TJMG - Apelação Criminal nº 1.0480.16.009257-7/001, Relator: Des. Alberto Deodato Neto, 1ª Câmara Criminal, j. em 27/3/2018, publicação da súmula em 6/4/2018).

> Apelação criminal. Tráfico de drogas e associação para o tráfico. 1º apelante. Recurso interposto extemporaneamente. Lapso temporal superior ao quinquídio legal. Apelo não conhecido. 2ª apelante. Recorrente não flagrada na posse de substâncias tóxicas. Prova testemunhal não conclusiva. Fundadas dúvidas quanto à participação da apelante em empreitada delitiva. Prova incerta de autoria. Absolvição decretada. Associação para o tráfico. *Societas criminis* não demonstrada. Absolvição. Recurso provido. Extensão dos efeitos ao corréu. Art. 580 do CPP. I - Sendo a apelação interposta após o transcurso do prazo previsto no art. 593, I, do CPP, há de se negar conhecimento ao recurso. II - Há de se promover a absolvição da 2ª recorrente se em relação a ela não há prova contundente de autoria, não sendo flagrada na posse de entorpecentes nem praticando atos de mercancia, tendo aplicação à espécie o princípio *in dúbio pro reo*. III - Se não se tem por demonstrada, de forma objetiva, a formação de *animus* associativo voltado à prática da traficância, não tem lugar a condenação dos réus pela prática do delito previsto no art. 35 da Lei 11.343/06 (TJMG - Apelação Criminal nº 1.0704.13.003076-7/001, Rel. Des. Matheus Chaves Jardim, 2ª Câmara Criminal, j. em 15/3/2018, publicação da súmula em 26/3/2018).

Deste modo, diante da incidência do consagrado princípio *in dubio pro reo*, mantenho a absolvição do réu R.T.S.N. com fundamento no art. 386, inciso VII, do Código de Processo Penal.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso ministerial, mantendo-se incólume a sentença absolutória proferida em primeira instância.

Custas pelo Estado.

Votaram de acordo com o Relator as DESEMBARGADORAS DENISE PINHO DA COSTA VAL e MÁRCIA MILANEZ.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Apelação criminal - Crimes de cárcere privado, roubo majorado e furto - Absolvição - Impossibilidade - Condenação mantida - Nova adequação típica do fato - Restrição da liberdade da vítima para efetivar a subtração - Crime de roubo majorado - Inviabilidade de condenação cumulativa com o delito de cárcere privado - Majorante do repouso noturno do crime de furto - Decote - Necessidade - Pena superior a quatro e inferior a oito anos - Réu primário - Circunstâncias judiciais favoráveis - Regime inicial semiaberto de cumprimento de pena - Recurso parcialmente provido

- Comprovado pelas declarações da vítima que o réu foi o autor do delito de roubo perpetrado em seu desfavor, deve ser mantido o édito condenatório.

- É possível a *emendatio libelli* em segunda instância.

- Quando os elementos dos autos indicam que a restrição à liberdade de locomoção da vítima foi realizada com o único fim de possibilitar a realização da subtração de bens do interior do imóvel e a fuga, resta configurado o delito de roubo majorado, e não cárcere privado.

- Imposta pena superior a quatro e inferior a oito anos, ao réu primário cujas circunstâncias judiciais são favoráveis, deve ser fixado o regime inicial semiaberto de cumprimento de pena.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0026.10.003313-8/001 - Comarca de Andradas - Apelante: S.R.P. - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Vítima: T.R.S. – Relator: DES. JÚLIO CÉSAR LORENS

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 5ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, à unanimidade, em DAR PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 19 de junho de 2018. - *Júlio César Lorens* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. JÚLIO CÉSAR LORENS - 1 - Relatório.

Perante o Juízo da 1ª Vara Criminal da Comarca de Andradas/MG, S.R.P., alhures qualificado, foi denunciado como incurso no art. 148, § 1º, inciso I, e § 2º, art. 157, § 2º, inciso I e V, e art. 155, § 1º, todos do CP.

Noticia a denúncia que, nos dias 18/5/2010 e 19/5/2010, o denunciado privou de liberdade, mediante cárcere privado, a vítima T.R.S., de 80 anos de idade.

Narra, ainda, a inicial, que, em 18/5/2010, o denunciado subtraiu, para si, mediante grave ameaça exercida com emprego de uma faca e restringindo a liberdade da vítima, dois talões de cheque, a quantia de R$300,00 (trezentos reais) em dinheiro, uma televisão, dois botijões de gás, um anel de ouro, uma corrente de ouro, um aparelho celular, um colchão de casal, um aspirador de pó, roupas pessoais e de cama, sapatos, bem como toalhas.

Finalmente, relata que, no dia 14/6/2010, durante a madrugada, o acusado subtraiu, para si, uma máquina de lavar, seis carregadores de celular, três estátuas de gesso, uma vela, um lustre, uma caixa de sapato contendo materiais de manicure, seis colchas, sete copos, uma leiteira de alumínio, uma toalha de mesa, toalhas de banho e uma capa de botijão.

Após o regular trâmite, foi proferida sentença (f. 164/173) para condenar o réu nas sanções do art. 148, § 1º, inciso I, art. 157, § 2º, inciso I, e art. 155, § 1º, todos do CP, à pena de oito anos e oito meses de reclusão, em regime inicial fechado, e vinte e três dias-multa.

Inconformada com a sentença, a tempo e modo, apelou a defesa (f. 175). Em suas razões recursais (f. 179/183), busca a absolvição por ausência de provas ou, subsidiariamente, o reconhecimento de crime único de roubo majorado, decotando-se da condenação o delito de cárcere privado, bem como o afastamento da majorante do repouso noturno do furto.

Contrarrazões apresentadas (f. 184/187), o Ministério Público pugnou pelo não provimento do recurso. No mesmo sentido, opinou, nesta instância (f. 191/192), a douta Procuradoria Geral de Justiça.

É o relatório.

2 - Juízo de admissibilidade.

Presentes os pressupostos de admissibilidade e processamento, conheço do recurso.

3 - Fundamentação.

Trata-se de apelação interposta contra a sentença que condenou o acusado pela prática dos delitos de cárcere privado, roubo majorado e furto majorado.

Inexistindo questionamentos preliminares e não vislumbrando nos autos qualquer irregularidade ou nulidade que deva ser declarada de ofício, passo ao exame do mérito recursal.

E, no mérito, como visto, a defesa busca a absolvição por ausência de provas ou, subsidiariamente, o reconhecimento de crime único de roubo majorado, decotando-se da condenação o delito de cárcere privado, bem como o afastamento da majorante do repouso noturno do furto.

Absolvição.

Após detido exame das provas erigidas ao longo da instrução, verifico que o pleito absolutório não procede.

A materialidade e a autoria delitivas são inequívocas, restando demonstradas pelos BOs de f. 3/6 e 9, pelo auto de apreensão de f. 7, pelo termo de restituição de f. 8, pelo auto de corpo de delito de f. 12, bem como pela prova oral colhida.

Conforme se depreende da análise dos autos, a vítima, uma senhora de 80 anos de idade, foi abordada por um indivíduo que adentrou em sua residência, o qual a amarrou e a trancou em um dos quartos. Em seguida, diversos bens foram subtraídos do local.

Certo é que a ofendida permaneceu presa em um dos quartos de sua residência por cerca de dois dias, sendo encontrada apenas após vizinhos notarem sua ausência e, em razão disso, adentrarem no imóvel, encontrando-a confusa e suja.

Diante de tal acontecimento, a vítima deixou o imóvel e, dias depois, antes que seus pertences fossem de lá retirados, diversos objetos foram novamente subtraídos do local.

Ocorre que a genitora do réu, vendo objetos desconhecidos em sua residência, os quais foram ali deixados pelo acusado, acionou a polícia, que constatou que se tratava de alguns dos bens subtraídos da casa da ofendida.

Ouvida na fase inquisitiva, a vítima apontou o réu como o indivíduo que lhe abordou e lhe prendeu em sua residência, senão vejamos:

> Que, na data de 18 de maio, por volta das 11 horas, a vítima estava em sua residência, quando se deparou com o autor S. portando uma faca, ameaçou a vítima dizendo que iria matá-la se caso a mesma não lhe desse todo o dinheiro, S. estava com o rosto coberto. O autor, logo quando entrou na casa da vítima, já a amarrou com a corda do varal e foi até o quarto da vítima, onde encontrou dois talões de cheques, uma quantia de 300,00 reais em dinheiro, uma televisão de 29 polegadas, dois botijões de gás, um anel de ouro no valor de 700 reais e uma corrente de ouro no valor de 1.600,00 reais, um celular [...], um colchão de casal, um aspirador de pó, roupas pessoais e sapatos, roupa de cama e toalhas, a vítima permaneceu presa no quarto por quase dois dias [...]. A vítima mora sozinha e sua família mora em outra cidade, portanto quem notou a falta dela foram as vizinhas E. e B., que acionaram a Polícia Militar [...]. Que, na data seguinte ao roubo, a vítima foi levada pelo seu filho para a cidade de Bragança Paulista e, durante o período em que a vítima saiu de casa até a data em que foi registrado o boletim de número 7526/10, o autor, que havia furtado as chaves da casa da declarante, entrou na residência e furtou mais objetos que constam no BO. Que a mãe do autor [...] registrou o boletim assim que notou a máquina de lavar que não pertencia a ela em sua residência (f. 10).

Malgrado não tenha sido possível a oitiva da vítima em juízo, diante de seu estado de saúde, M.L.S., filha dela, confirmou que sua genitora informou que o autor foi o acusado, bem como que foi localizada parte da *res* na residência deste (f. 136/140).

A mãe do réu confirmou que acionou a polícia após encontrar objetos desconhecidos levados pelo acusado para sua residência, bem como que eles pertenciam à ofendida:

> Que é mãe do indiciado S. [...] e foi a mesma quem acionou os Policiais Militares para que comparecessem a sua residência no dia em que localizou parte dos objetos subtraídos por ele no porão de sua casa; que anteriormente, mesmo sabendo que S. mexia nas coisas dos outros, nunca havia encontrado nada daquele jeito dentro da residência [...] (f. 32/33).

Certo é que o réu, ouvido apenas perante a autoridade policial, já que não compareceu em juízo para a realização de seu interrogatório (f. 120), confirmou a prática do crime de furto posterior, mas negou ter amarrado e prendido a vítima e realizado a primeira subtração:

> Que nega ter entrado na casa da Sr.ª T.R.S. na data de 18 de maio, bem como nega tê-la amarrado, ameaçado de morte e lhe furtado talões de cheques, dinheiro, anel de ouro, corrente de ouro, aparelho celular, [...] e dinheiro; que confirma ter entrado na residência de T.R.S., de onde furtou seus dois botijões de gás, alguns eletrodomésticos, tapetes, ferramentas, cortina, espelho, colchão, lustre, roupas, sapatos, roupas de cama, dentre outros objetos; [...] que, na casa, entrou por cerca de quatro vezes pela janela da cozinha, que se abriu facilmente [...]; que o dinheiro arrecadado com as vendas foi utilizado para comprar crack, bem como os objetos trocados foram utilizados para o mesmo fim [...] (f. 24/25).

Ocorre que deve se sobrepor à negativa isolada do réu a palavra da vítima, a qual, como se sabe, em se tratando de crime de roubo, é de extrema importância para o contexto probatório, sendo certo que seu intuito é somente identificar o agente do delito, e não incriminar, sem qualquer razão, uma pessoa inocente.

A propósito:

> Apelação criminal. Roubo qualificado pelo emprego de arma e concurso de pessoas. Conduta tipificada no art. 157, § 2º, incisos I e II, do Código Penal. Absolvição por insuficiência de provas. Impossibilidade. Provas concretas da autoria e materialidade. Palavras da vítima. Credibilidade. Recurso não provido. - Comprovadas a autoria e materialidade do delito, não há como acolher a pretendida absolvição por insuficiência comprobatória. As provas amealhadas ao longo da instrução são mais do que suficientes para ensejar a condenação, ainda mais quando a negativa de autoria apresenta-se destituída de álibi comprobatório e verossimilhança. A palavra da vítima, eivada de coerência e credibilidade, autoriza a condenação do acusado nos moldes da peça vestibular, desde que a versão apresentada mostre-se extremamente firme e coerente e nem de longe demonstre a intenção de acusar um inocente (TJMG, Ap. Crim. nº 1.0079.14.060219-8/001, Rel. Des. Edison Feital Leite, j. em 28/6/2016).

Destarte, considerando que o acusado era vizinho da vítima e foi por ela indicado como autor dos delitos, o que foi confirmado, em juízo, pela filha da vítima, bem como que parte da *res* subtraída foi localizada na residência do réu, que confessou o crime de furto, outra solução não resta a não ser a manutenção do édito condenatório.

Concurso de crimes.

Melhor sorte encontra o pedido defensivo de decote da condenação pelo delito de cárcere privado, com o reconhecimento de tal circunstância como majorante do crime de roubo.

Isso porque não se encontra comprovado, nos autos, o dolo do agente de privar a liberdade da vítima. Pelo contrário, os elementos colhidos indicam que a restrição à liberdade de locomoção dela foi realizada com o único fim de possibilitar a realização da subtração de bens do interior do imóvel e a fuga.

Ressalte-se que o fato de a ofendida ter permanecido presa em seu quarto por tempo demasiadamente superior ao necessário, deveu-se à idade avançada da vítima, o que, apesar de terrível, não demonstra intenção deliberada do réu de privá-la de sua liberdade.

Outro não é o entendimento do STJ:

> Processual Penal e Penal. [...] Condenação cumulativa por roubo majorado pela privação de liberdade dos ofendidos e por cárcere privado. Impossibilidade. [...] O Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento de que o delito previsto no art. 148 do Código Penal pressupõe como finalidade precípua

> a vontade de privar o ofendido da liberdade de locomoção. Nos crimes de roubo, contudo, não fica demonstrado referido ânimo, pois a finalidade da privação de liberdade seria tão somente evitar a comunicação, pelas vítimas, do crime e, assim, garantir o proveito decorrente da empreitada criminosa. Devem ser os pacientes, portanto, absolvidos do crime de cárcere privado [...] (STJ, *HC* 144765/RJ, Rel. Min. Nefi Cordeiro, j. em 27/10/2015).

Com tais considerações, nos termos do art. 383 do CPP, atribuo nova definição jurídica ao fato, reconhecendo, além do delito de furto, a prática do crime tipificado no art. 157, § 2º, incisos I e V, do CP, não havendo, portanto, que se falar em condenação pelo crime previsto no art. 148 do CP.

Majorante.

Quanto à majorante relativa ao repouso noturno, deve ela ser decotada, diante da ausência de elementos concretos que tragam certeza acerca do horário no qual o crime de furto foi perpetrado, já que a casa estava, naquela data, desabitada, e nenhuma testemunha afirma, de forma categórica, ter presenciado a subtração.

Dosimetria.

Considerando que o réu resta condenado nas sanções do art. 157, § 2º, incisos I e V, e art. 155, *caput*, ambos do CP, prossigo com a adequação da pena.

Quanto ao crime de roubo, a pena-base foi fixada na sentença no mínimo legal, patamar em que permaneceu na segunda fase, em face da ausência de aplicação de agravantes/atenuantes.

Na terceira fase, presentes as causas de aumento de emprego de arma e restrição da liberdade da vítima, considerando que ela permaneceu presa por cerca de dois dias, fixo a fração de aumento de 1/2 (metade).

Assim, a pena definitiva se concretiza em seis anos de reclusão e treze dias-multa.

Com relação ao crime de furto, a pena-base foi fixada na sentença no mínimo legal, patamar em que permaneceu na segunda fase. Já na terceira fase, com o decote da majorante prevista no art. 155, § 1º, do CP, a pena definitiva se concretiza em um ano de reclusão e dez dias-multa.

Aplicando a regra do concurso material de delitos, somo as reprimendas, nos termos do art. 69 do CP, de forma que a pena final totaliza sete anos de reclusão e vinte e três dias-multa.

Diante do *quantum* de pena aplicado, da primariedade do agente e da análise favorável das circunstâncias judiciais, fixo o regime inicial semiaberto de cumprimento de pena, em consonância com o disposto no art. 33, § 2º e § 3º, do CP.

4 – Dispositivo.

Diante do exposto, dou parcial provimento ao recurso para realizar nova adequação típica do fato e decotar a majorante do repouso noturno do crime de furto, restando o acusado definitivamente condenado nas sanções do art. 157, § 2º, incisos I e V, e art. 155, *caput*, ambos do CP, à pena de sete anos de reclusão, em regime inicial semiaberto, e vinte e três dias-multa.

Exaurida a cognição fático-probatória nesta instância, não comportando eventual recurso com efeito suspensivo para instância superior, expeça-se mandado de prisão em desfavor do réu. Tal providência

encontra-se em consonância com o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do *HC* 126.292/SP, cuja matéria teve repercussão geral reconhecida no ARE 964.246, no sentido de que a execução de decisão penal condenatória proferida em segundo grau de jurisdição, mesmo que sujeita a recurso especial ou extraordinário, não ofende o princípio constitucional da presunção de inocência ou não culpabilidade, sendo mecanismo legítimo de harmonizar esse princípio com o da efetividade da função jurisdicional do Estado.

Custas *ex lege*.

Assim como voto.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES ALEXANDRE VICTOR DE CARVALHO e PEDRO COELHO VERGARA.

Súmula - DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO.

Agravo em execução - Remição pela leitura autorizada na origem - Inconformismo ministerial - Interpretação do art. 126 da LEP - Recomendação nº 44/2013 do CNJ e Resolução Conjunta nº 204/2016 TJMG - Possibilidade - Recurso não provido

- É possível a remição de dias de pena pela leitura de obra literária, científica ou filosófica, em interpretação extensiva *in bonam partem* da Lei de Execuções Penais, desde que atendidos os requisitos objetivos e subjetivos elencados na Recomendação nº 44/2013 do CNJ e na Resolução Conjunta nº 204/2016 do TJMG, o que foi observado *in casu*.

- Recurso não provido.

AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL Nº 1.0439.17.004776-5/001 - Comarca de Muriaé - Agravante: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Agravado: W.J.M.R. - Relator: DES. EDUARDO BRUM

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 4ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 13 de junho de 2018. - *Eduardo Brum* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. EDUARDO BRUM - Trata-se de recurso de agravo em execução penal interposto pelo Ministério Público de Minas Gerais (f. 09/11-v.) contra a r. decisão de f. 08/08-v., proferida pelo MM. Juiz de Direito da Vara de Execuções Penais da Comarca de Muriaé, que deferiu ao reeducando W.J.M.R. a remição de 04 (quatro) dias de pena em razão de leitura de obra literária, científica ou filosófica.

Sustenta o douto Órgão Ministerial em suas razões que, "não obstante a Recomendação do CNJ nº 44/13 estabeleça critérios para a admissão da remição pela leitura, esta ainda não é expressamente prevista na Lei de Execução Penal", indo, portanto, "contra a teleologia da execução penal", pois "a mera leitura de um livro, com a produção de resenha, não atende" ao objetivo de capacitação do interno. Assim, pugna pela reforma do r. *decisum*.

Contrarrazões defensivas às f. 13/15.

A r. decisão foi mantida no denominado juízo de sustentação/retratação (f. 15-v.).

Nesta instância, a douta Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo desprovimento do recurso ministerial (f. 25/30).

Conheço do agravo, presentes os pressupostos de admissibilidade.

Razão não assiste ao *Parquet*, *data venia*.

A Lei de Execuções Penais, em seu art. 126 e parágrafos, cuja redação foi alterada pela Lei nº 12.433/2011, autoriza os reeducandos à remição de dias de pena pelo desempenho de trabalho ou estudo, *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;
>
> II - 1 (um) dia de pena a cada 3 (três) dias de trabalho.
>
> § 2º As atividades de estudo a que se refere o § 1º deste artigo poderão ser desenvolvidas de forma presencial ou por metodologia de ensino a distância e deverão ser certificadas pelas autoridades educacionais competentes dos cursos frequentados.
>
> § 3º Para fins de cumulação dos casos de remição, as horas diárias de trabalho e de estudo serão definidas de forma a se compatibilizarem.
>
> § 4º O preso impossibilitado, por acidente, de prosseguir no trabalho ou nos estudos continuará a beneficiar-se com a remição.
>
> § 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.
>
> § 6º O condenado que cumpre pena em regime aberto ou semiaberto e o que usufrui liberdade condicional poderão remir, pela frequência a curso de ensino regular ou de educação profissional, parte do tempo de execução da pena ou do período de prova, observado o disposto no inciso I do § 1º deste artigo.
>
> § 7º O disposto neste artigo aplica-se às hipóteses de prisão cautelar.
>
> § 8º A remição será declarada pelo juiz da execução, ouvidos o Ministério Público e a defesa.

No sentido de estimular a prática da leitura vinculada ao desempenho do estudo e visando, sempre, ao objetivo de ressocialização da execução penal, o Departamento Penitenciário Nacional, por meio da Portaria Conjunta JF/DEPEN nº 276, de 20/6/2012, instituiu o Projeto de Remição pela Leitura, permitindo ao reeducando a remição de dias de pena em virtude da leitura voluntária de exemplar de obra literária, clássica, científica ou filosófica, desde que satisfeitos os seguintes requisitos subjetivos e objetivos:

> [...] Art. 3º A participação do preso dar-se-á de forma voluntária, sendo disponibilizado ao participante 01 (um) exemplar de obra literária, clássica, científica ou filosófica, dentre outras, de acordo com as obras disponíveis na Unidade, adquiridas pela Justiça Federal, pelo Departamento Penitenciário Nacional e doadas às Penitenciárias Federais.
>
> Parágrafo único. Tendo em vista a real efetivação do projeto, é necessário que haja nos acervos das Bibliotecas das Penitenciárias Federais, no mínimo, 20 (vinte) exemplares de cada obra a serem trabalhadas no projeto.

> Art. 4º Segundo o critério objetivo, o preso terá o prazo de 21 (vinte e um) a 30 (trinta) dias para leitura de uma obra literária, apresentando ao final deste período uma resenha a respeito do assunto, possibilitando, segundo critério legal de avaliação, a remição de 04 (quatro) dias de sua pena e ao final de até 12 (doze) obras lidas e avaliadas, terá a possibilidade de remir 48 (quarenta e oito) dias, no prazo de 12 (doze) meses, de acordo com a capacidade gerencial da Unidade.
>
> Art. 5º O critério subjetivo possui embasamento legal no art. 126 da Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984, equiparando-se ao trabalho intelectual, e considerar-se-á a fidedignidade e a clareza da resenha, sendo desconsideradas aquelas que não atenderem a esse pressuposto. [...].

Tal diretriz foi também adotada pelo Conselho Nacional de Justiça, que recomendou a todos os Tribunais do País a valorização de atividades de caráter complementar para fins de remição pelo estudo, com destaque para o estímulo à leitura, ao editar a Recomendação nº 44, de 26/11/2013.

Por fim, em atendimento à mencionada recomendação e aos demais preceitos acima, este eg. Tribunal de Justiça editou a Resolução Conjunta SEDS/TJMG nº 204/2016 autorizando a remição de pena pela leitura em todas as unidades prisionais do Estado de Minas Gerais, com os seguintes destaques:

> [...] Art. 2º O Projeto "Remição pela Leitura" tem como objetivo oportunizar aos recuperandos os direitos ao conhecimento, à educação, à cultura e ao desenvolvimento da capacidade de pensamento crítico, por meio de atividade de leitura e produção de resenha.
>
> Art. 3º O Projeto "Remição pela Leitura" consiste em proporcionar ao recuperando remir parte de sua pena através da leitura mensal de uma obra literária, clássica, científica ou filosófica, dentre outras.
>
> [...]
>
> Art. 7º A participação do recuperando no Projeto "Remição pela Leitura" será voluntária, mediante inscrição no Núcleo de Ensino e Profissionalização – NEP nas respectivas Unidades Prisionais.
>
> Art. 8º O recuperando que participar das ações no Projeto "Remição pela Leitura" deverá:
>
> I – realizar a leitura de uma obra literária, clássica científica ou filosófica, dentre outras; e
>
> II – elaborar uma resenha.
>
> § 1º A Comissão Organizadora – Remição pela Leitura corrigirá e avaliará a resenha de que trata o *caput* deste artigo.
>
> § 2º Após a aprovação, a resenha será encaminhada ao Juiz responsável pela execução da pena, para análise sobre a concessão da remição ao recuperando.
>
> Art. 9º Para fins de remição, o recuperando que atender as condições para participar do Projeto "Remição pela Leitura" poderá escolher somente uma obra literária, clássica, científica ou filosófica por mês, dentre aquelas previamente selecionadas pela Comissão Organizadora – Remição pela Leitura.
>
> § 1º O recuperando deverá elaborar a resenha:
>
> I – individualmente, de forma presencial e em local adequado;
>
> II – com observância das orientações previstas nos ANEXOS I, II e III desta Resolução, elaborados pela SEDS, por meio de sua DEP.

> § 2º Será utilizada a nota 0,0 (zero) a 10,0 (dez), sendo considerada aprovada a resenha que atingir a nota igual ou superior a 6,0 (seis), conforme critérios de avaliação e orientação elaborados pela SEDS, por meio de sua DEP. [...].

Como se vê, a remição de dias de pena pela leitura encontra sólido alicerce na Lei de Execução Penal e nos atos normativos acima mencionados.

A conspícua Procuradoria-Geral de Justiça também comunga do mesmo entendimento, ao manifestar-se em seu douto parecer no seguinte sentido:

> [...] Tal como sustentou o colendo Superior Tribunal de Justiça, parece-me que a leitura constitui espécie do gênero estudo, este sim previsto de modo expresso como fundamento da remição, motivo pelo qual, em última análise, o benefício concedido ao reeducando, pela leitura e resenha realizadas, encontra fundamento direto no art. 126 da LEP.
>
> Nesse ponto, aliás, penso que a remição pela leitura não fora introduzida pela Recomendação nº 44 do CNJ, inclusive porque, pelo princípio da legalidade, salvo melhor juízo, a questão deve ser veiculada por meio de lei em sentido estrito. O que fez o Conselho Nacional de Justiça foi apenas e tão somente disciplinar benefício que já era validamente extraído da Lei de Execuções Penais, contando, inclusive, com antigos precedentes do STJ (v.g. REsp nº 744.032/SP, p. em 5/6/2006). Registre-se *en passant* que a aludida Recomendação nº 44 ostenta, segundo o próprio CNJ, natureza de ato administrativo.
>
> Assim, por entender que o benefício franqueado ao reeducando já encontrava previsão implícita no art. 126, tendo sido apenas regulamentado, em 2013, pela Recomendação nº 44 do CNJ, parece-me que razão não assiste ao *Parquet* no que tange ao pretendido afastamento da remição concedida. [...] (f. 29/30).

Não por acaso, a jurisprudência do augusto STJ e deste *eg.* Tribunal de Justiça vem entendendo que a remição pela leitura, nos moldes previstos nas recomendações e atos normativos acima elencados, constitui interpretação extensiva *in bonam partem* do art. 126 da LEP e que deve, portanto, ser estimulada.

A propósito:

> Execução penal. *Habeas corpus* substitutivo de recurso próprio. Inadequação da via eleita. Remição da pena pela leitura. Possibilidade. *Writ* não conhecido. Ordem concedida de ofício. [...] 2. Firmou-se nesta Corte Superior de Justiça entendimento no sentido de ser viável a concessão da remição por atividades não expressas na lei, dentre as quais a leitura, diante de uma interpretação extensiva *in bonam partem* do art. 126 da Lei de Execução Penal. [...] (STJ - *HC* 400.999/SP, Relator: Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, j. em 27/6/2017, *DJe* de 1º/8/2017).
>
> *Habeas corpus* substitutivo de recurso próprio. Descabimento. Execução penal. Remição da pena pela leitura. Possibilidade. Precedentes. *Writ* não conhecido. Ordem concedida de ofício. [...] - A Recomendação nº 44/13 do Conselho Nacional de Justiça não determina a subsidiariedade da remição por leitura em relação às demais formas de obtenção do benefício, como o estudo e o trabalho. - Hipótese em que o paciente está internado em estabelecimento em que é possível a remição pelo trabalho, contudo não fica impedida a remição por leitura, desde que o projeto esteja devidamente instalado e sejam preenchidos os demais requisitos previstos na Recomendação nº 44/13 do Conselho Nacional de Justiça. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício, para restabelecer a decisão do juízo singular (STJ - *HC* 317.679/SP, Relator: Ericson Maranho (DES. CONV. TJSP), Sexta Turma, j. em 15/12/2015, *DJe* de 2/2/2016).

> Agravo em execução. Remição da pena pela leitura. Recomendação 44/2013 do CNJ. Previsão e regras legais. Resolução 204/2016 do TJMG em conjunto com a SEDS. Requisitos satisfeitos. Desconto na pena. Possibilidade. - Hodiernamente, derivada da regra de desconto na sanção pelo estudo, há a possibilidade de remição da pena pela leitura de obra literária, científica ou filosófica, atendidas as exigências legais. - Em face da omissão legislativa, o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, através do órgão de apoio Novos Rumos da Execução Penal, considerando os princípios da Dignidade da Pessoa Humana e da Cidadania, editou a Resolução 204/2016, que regulamenta o projeto "Remição pela Leitura" indicado pelo CNJ na Recomendação 44, e, assim, proporciona ao recuperando quitar parte de sua pena através da leitura mensal de uma obra literária, clássica, científica ou filosófica, dentre outras. - É possível a remição de quatro dias na pena pela leitura quando o reeducando comprovar que, no prazo de 22 a 30 dias, leu determinada obra e, apresentando, ao final do período, um relatório com conteúdo a respeito da obra com avaliação pertinente por comissão específica (TJMG - AgEx 1.0301.17.004998-7/001, Relator: Des. Cássio Salomé, 7ª Câmara Criminal, j. em 29/11/2017, p. em 7/12/2017).
>
> Agravo em execução. Recurso defensivo. Remição da pena pela leitura. Recomendação 44/2013 do CNJ. Possibilidade. Ausência de projeto específico e de comissão técnica. Prescindibilidade. - É possível a remição da pena pela leitura quando o presidiário comprovar que preencheu todos os requisitos previstos na Recomendação 44 do CNJ, publicada em 26/11/2013, ainda que a autoridade judiciária não tenha tomado as providências que lhe são atribuídas para que o presidiário goze do benefício (TJMG - AgEx 1.0024.15.031516-6/001, Relator: Des. Flávio Leite, 1ª Câmara Criminal, j. em 30/5/2017, p. em 6/6/2017).
>
> Agravo em Execução. Remição de pena pela leitura. Possibilidade. - O Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento de que é possível a remição de pena pela leitura, pois tal atividade agrega conhecimentos ao apenado, contribuindo para sua ressocialização (TJMG - AgEx 1.0188.12.010252-3/001, Relator: Des. Fortuna Grion, 3ª Câmara Criminal, j. em 28/6/2016, p. em 8/7/2016).

A meu sentir, toda e qualquer atividade que promova o desenvolvimento e auxilie na recuperação e ressocialização dos condenados deve ser louvada e incentivada pela administração prisional, pela sociedade e pela Justiça (afinal, são estes os objetivos da execução penal).

No presente caso, o reeducando W. comprovou a satisfação dos requisitos objetivos e subjetivos elencados para fazer jus à remição dos 04 dias de sua pena pela leitura da obra literária *Noites na Taverna*, de Álvares de Azevedo, consoante demonstra a avaliação de f. 03/05.

Portanto, em conformidade com o parecer, nego provimento ao agravo e mantenho incólume a decisão fustigada.

Custas *ex lege*.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES FERNANDO CALDEIRA BRANT e JÚLIO CEZAR GUTTIERREZ.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

• • •

Desvio de rendas públicas em proveito próprio ou alheio - Conduta penal não tipificada - Obra de canalização de esgoto erigida em benefício da comunidade - Inexistência de prejuízo ao erário - Recursos defensivos aos quais se dá provimento

- Comprovado nos autos o benefício gerado à comunidade pela conclusão das obras de canalização de esgoto e não demonstrados prejuízos ao erário decorrentes dos trabalhos de manilhamento, aterro e terraplanagem, não se tem por tipificado o delito de desvio de rendas públicas em benefício próprio ou alheio previsto no art. 1º, II, do DL 201/67.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0216.13.005783-1/001 - Comarca de Diamantina - 1º Apelante: G.D.S. - 2º Apelante: G.S.M. - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Relator: DES. MATHEUS CHAVES JARDIM

Acórdão

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

Belo Horizonte, 3 de maio de 2018. - *Matheus Chaves Jardim* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. MATHEUS CHAVES JARDIM - Trata-se de recurso de apelação aviado por G.D.S., no qual se insurge contra a condenação imposta em sentença de f. 503/507, a lhe aplicar a pena de dois anos e seis meses de reclusão, ulteriormente substituída por restritivas de direitos, pela prática da infração prevista no art. 1º, II, do DL 201/67.

A teor da tese expendida em recurso, as obras referidas em denúncia hão de ser consideradas de utilidade pública, estando intactas até a presente data, decorridos sete anos de sua finalização, beneficiando-se os moradores daquele logradouro da canalização do esgoto, não restando demonstrada a versão acusatória pela qual o recorrente, na condição de Secretário de Obras, praticara ato ilegal apto à caracterização do procedimento infracional invocado em exordial acusatória.

Sustentando, enfim, as vantagens assépticas resultantes da implementação da obra, propugnou o recorrente pela reforma da decisão recorrida, absolvendo-o das imputações constantes em denúncia em reverência ao princípio constitucional da inocência, de irrestrita aplicação à espécie.

Também G.S.M. interpôs recurso de apelação, insurgindo-se contra a condenação à pena de dois anos e seis meses de reclusão imposta em sentença objurgada, posteriormente substituída por restritivas de direitos, como incurso nas iras do art. 1º, II, do DL 201/67.

Deduziu o recorrente preliminar de nulidade do ato decisório, fundamentado exclusivamente em declarações prestadas em fase investigatória, sendo desconsideradas pelo magistrado a prova técnica e os depoimentos

prestados à luz do contraditório, impondo-se, enfim, a edição de novo comando decisório a abarcar toda a tese defensiva, em cumprimento ao comando do art. 93, IX, do Texto Constitucional.

No mérito, destacou o recorrente a premente necessidade da canalização de esgoto mediante a construção de caixas de passagens em várias ruas, não importando em benefício a determinado vereador a iniciação da obra em terreno de sua propriedade, tendo se verificado, em verdade, a depreciação de aludido imóvel.

Ainda em consonância à fundamentação recursal, a obra não se iniciou pelo último lote em face da impossibilidade de obtenção da necessária autorização de seu proprietário, residente em cidade distinta, dando-se a paralisação dos trabalhos em virtude da impossibilidade de fornecimento de manilhas pela Copasa, empresa corresponsável pela execução dos trabalhos, impondo-se, enfim, a reforma da sentença condenatória guerreada, uma vez superada a preliminar de nulidade do ato decisório.

Os recursos foram regularmente contra-arrazoados.

Parecer da Procuradoria de Justiça pelo improvimento dos recursos às f. 553/558.

Conheço de ambas as apelações, presentes os pressupostos de sua interposição.

Rejeita-se, *ab initio*, a preliminar de nulidade do ato decisório invocada por G.S.M., referindo-se o magistrado, ao fundamentar a condenação, a depoimentos prestados tanto na polícia quanto em juízo, segundo os quais as obras de manilhamento, aterro e terraplanagem, custeadas pelos cofres públicos, tiveram início na propriedade do vereador L.A., único beneficiário pela canalização do esgoto, estando tipificada, portanto, à ótica do julgador, o crime de responsabilidade previsto no art. 1º, I, do Dec.-Lei 201/67.

Destarte, não há de se decretar a nulidade da sentença por ausência de fundamentação, sendo de se atentar, aliás, à orientação já consagrada pelo STF, no âmbito do *HC* 69008 - PB, segundo a qual "Não é nula a sentença com fundamentação sucinta. Só é nula a sentença não motivada".

Adentrando ao mérito dos recursos, entretanto, não se tem por comprovado o pressuposto essencial à configuração do delito de desvio ou apropriação de rendas públicas em proveito próprio ou alheio, qual seja a ocorrência de efetivo prejuízo ao erário em face da desnecessidade da obra, sendo a seguinte a conclusão contida em laudo pericial de f. 251/280, cujos termos não se fizeram contrastados por qualquer outro elemento de prova técnica produzida nos autos:

> Conclui-se que a rede de esgoto e de água pluvial implantada na Rua do Cativo e Rua Arthur Bispo, bairro Vila Operária, atende a todos os moradores locais, trazendo consigo inúmeras vantagens e benefícios aos que ali residem, e que por isso deve ser considerada como de caráter coletivo. Trata-se de obra de relevância local para corrigir deficiência de infraestrutura, comum em áreas de expansão urbana desordenada. As obras ali construídas beneficiam todos os moradores, indistintamente, evitando riscos de desestabilização de encostas, alagamento, mau cheiro e reprodução de vetores e doenças, dentre outras. Conclui-se, deste modo, que o projeto elaborado pela Prefeitura Municipal em anexo a este laudo, foi totalmente executado (f. 258).

Ouvido em fase investigativa pelo Promotor de Justiça, assim se manifestou o vereador L.J.A. quando indagado acerca da extensão das obras:

> [...] que foi feito manilhamento apenas no terreno do declarante, já que o Prefeito lhe cedeu trinta metros e a Copasa mais trinta; a Prefeitura cedeu mão de obra porque era obrigação dela; que a Vila Operária é um dos lugares mais perigosos da cidade, já morreu gente, havendo cobras, escorpiões, etc; que não usou da função de vereador; que o serviço não foi feito na rua toda, só atravessou no terreno do declarante (f. 54).

Inquiridos em juízo, os servidores municipais E.L.C., G.A.R. e J.L.S., todos estes executores dos serviços em questão, explicitaram, de forma absolutamente clara, as razões técnicas pelas quais a obra tivera início na propriedade de L.J.A., referindo-se de forma unânime à declividade do terreno, não importando tal circunstância qualquer favorecimento ao edil, havendo negado os servidores municipais, ainda, a interferência do vereador na execução do projeto de canalização do esgoto, cuja consecução se revelou benéfica a toda comunidade de moradores (mídia eletrônica acostada à f. 482).

Extraem-se dos depoimentos referidos, ainda, as razões técnicas determinantes da suspensão da obra, efetivamente concluída no prazo de um ano.

Ora, a par de tais elementos de convicção, há de se registrar a orientação hodiernamente adotada acerca do tema pelo STJ, segundo a qual:

> Os crimes previstos no art. 89 da Lei 8.666/93 e art. 1º, V, do Decreto-Lei 201/67 exigem, para que sejam tipificados, a presença do dolo específico de causar dano ao erário e da caracterização do efetivo prejuízo. Precedentes da Corte Especial e do STF. Caso em que não estão caracterizados o dolo específico e o dano ao erário. Ação penal improcedente (APn 480/MG, Rel.ª Ministra Maria Thereza de Assis Moura. *DJe* de 15/6/2012).

Pelo exposto, dou provimento aos recursos, para absolver ambos os recorrentes das imputações contidas em denúncia, na forma do disposto no art. 386, III, do CPP.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES CATTA PRETA e BEATRIZ PINHEIRO CAIRES

Súmula - DERAM PROVIMENTO AOS RECURSOS.

Apelação criminal - Tribunal do júri - Homicídio qualificado por motivo torpe mediante recurso que dificultou a defesa da vítima - Associação criminosa e corrupção de menores - Recurso ministerial: pretensão à aplicação da regra do concurso material ou do concurso formal impróprio - Inviabilidade - Majoração da fração referente à continuidade delitiva específica ou qualificada (CP, art. 71, parágrafo único) - Descabimento - *Quantum* de aumento razoável - Recurso não provido - Honorários do defensor dativo - Pleito em contrarrazões - Necessidade

- Restando comprovado que o acusado praticou os três delitos de homicídio nas mesmas condições de lugar, tempo e maneira de execução, devida é a manutenção da continuidade delitiva reconhecida pelo juízo *a quo*.

- Em sendo a hipótese de continuidade delitiva específica ou qualificada, aplicável aos delitos dolosos cometidos mediante violência ou grave ameaça e praticados contra vítimas diferentes, a exacerbação da pena não é definida tão somente com base na regra geral do critério referente ao número de crimes (art. 71, *caput*, do CP), devendo-se considerar, ainda, a mácula das circunstâncias judiciais, conforme previsto no art. referenciado, o qual prevê o aumento das penas até o triplo. *In casu*, a pretensão de fixação de tal acréscimo ao máximo não se mostra razoável, porquanto a magistrada, exatamente, em face do elevado grau de reprovabilidade da conduta praticada e, ainda, da vida pregressa do acusado, efetuou o aumento à metade, sendo, pois, descabida a pretensão ministerial de majoração máxima.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0194.16.006314-6/001 - Comarca de Coronel Fabriciano - Apelante: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Apelado: R.F.S. - Vítimas: D.N.C., T.T.S.R., L.G.M. - Relatora: DES.ª KÁRIN EMMERICH

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO MINISTERIAL E FIXAR OS HONORÁRIOS DO DEFENSOR DATIVO.

Belo Horizonte, 26 de junho de 2018. - *Kárin Emmerich* - Relatora.

Notas taquigráficas

DES.ª KÁRIN EMMERICH - Trata-se de recurso de apelação interposto pelo Ministério Público de Minas Gerais contra sentença, proferida pela MM.ª Juíza de Direito da Comarca da Vara Criminal e da Infância e Juventude da Comarca de Coronel Fabriciano que, com base em veredicto proferido pelo Conselho de Sentença, condenou R.F.S. ao cumprimento da pena de 28 (vinte e oito) anos, 4 (quatro) meses e 14 (quatorze) dias de reclusão (f. 634-643), em regime fechado, por incurso nas sanções do art. 121, § 2º, I e IV (homicídio qualificado por motivo torpe mediante recurso que dificultou a defesa da vítima), por três vezes,

e do art. 288 (associação criminosa), ambos do Código Penal e, ainda, do art. 244-B, § 2°, ECA (corrupção de menores), por duas vezes, absolvendo-o do delito previsto no art. 244-B, § 2°, ECA, em face de N.B.N.

Em razões recursais (f. 645-659), o órgão do *Parquet* requer a majoração da pena fixada ao acusado em relação aos delitos de homicídio qualificado por meio da aplicação da regra do concurso material com vistas a somar as penas aplicadas a cada homicídio duplamente qualificado ou, subsidiariamente, pela regra do concurso formal impróprio, somando-se, também, as penas de cada homicídio duplamente qualificado ou ainda, se assim não o for, pela aplicação da regra do crime continuado, mas com aumento do triplo.

Contrarrazões apresentadas pela defesa, às f. 694-696, pela manutenção da decisão nos termos em que foi proferida e também pelo arbitramento dos honorários do defensor dativo nomeado.

Instada a se manifestar, a Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo conhecimento e provimento parcial do recurso interposto para majorar o percentual referente ao crime continuado (f. 701-707).

É o relatório.

Passo ao voto.

Conheço dos recursos, porquanto presentes os pressupostos de admissibilidade e processamento recursal.

Inexistindo preliminares, arguidas ou apreciáveis *ex officio*, passo à análise do mérito recursal.

Narra a denúncia que:

> [...] 1. Constam dos inclusos autos de Inquérito Policial que, no dia 9/11/2016, por volta das 00:15h, na Rua Tamoios, n° 153, bairro Caladinho de Cima, em Coronel Fabriciano, o denunciado, com *animus necandi*, por motivo torpe e mediante recurso que dificultou a defesa das vítimas, em união de desígnios e divisão de tarefas com os adolescentes P.S.G., H.M.S.S. (falecido) e N.B.N. (falecido), efetuou disparos de arma de fogo contra as vítimas D.N.C., T.T.S.R. e L.G.M., provocando-lhes os ferimentos descritos no laudo pericial de f. 56/77 e nos relatórios de necropsia de f. 82/84, 85/89 e 90/93, que, por sua natureza e sede, causaram-lhes a morte. 2. Na mesma ocasião, o denunciado corrompeu os adolescentes P.S.G., H.M.S.S. (falecido) e N.B.N. (falecido), praticando com eles infração penal. Consta, ainda, que meses antes destes homicídios (fato 1), o denunciado se associou aos adolescentes P.S.G., H.M.S.S. (falecido) e N.B.N. (falecido), de forma armada, com o fim específico de praticar crimes, tais como, tráfico de drogas, assaltos e homicídios. Segundo o apurado, dois dias antes dos assassinatos, as vítimas D., T. e L. alugaram um imóvel localizado na Rua Tamoios, nº 153, no bairro Caladinho de Cima, nesta cidade, para residirem e promoverem o tráfico de drogas, sob o comando de R.R. (vulgo R.). Ao tomar conhecimento da atividade ilícita das vítimas, o denunciado R., chefe da associação criminosa "Facção do Ponto Final", incomodado com a invasão territorial em sua área de tráfico de drogas, em conluio com os demais integrantes do grupo, os menores P., H. e N., planejou e executou os homicídios contra as ofendidas. Horas antes do crime, durante o dia, o denunciado R. e os adolescentes P., H. e N., dirigiram-se até a residência das vítimas e as ameaçaram, dizendo que se elas não saíssem da "quebrada deles", iriam morrer. Por volta das 00h:15, o denunciado e os adolescentes P., N. e H., retornaram à casa das vítimas e colocaram em prática o plano brutal. Ao se aproximarem do imóvel, o indivíduo H. se posicionou no portão de acesso da casa, para dar guarida ao denunciado e os demais comparsas, para que estes efetuassem os disparos de armas de fogo, consumando os homicídios. Desse modo, os denunciados R., P. e N., silenciosamente, munidos com armas de fogo, invadiram o imóvel, oportunidade em que, colhendo as vítimas de surpresa, desfecharam vários disparos de armas de fogo contra elas, atingindo-as por diversas vezes, causando-lhes múltiplas perfurações. Ato contínuo, R. e seus comparsas evadiram-se do local, tomando

> rumos ignorados. Fazendo-o por vingança, em razão de disputa territorial relacionada ao tráfico de drogas, "guerra" entre facções rivais, agiu por motivo torpe. Invadindo a residência das vítimas de forma sorrateira e silenciosa, em superioridade numérica e de armas, colhendo-as de surpresa e acuando-as no interior do imóvel, utilizou-se de recurso que dificultou a defesa das ofendidas. Assim agindo, praticou o denunciado a conduta típica prevista no art. 121, § 2º, incisos I e I V, (por três vezes), c/c art. 29, ambos do Código Penal, art. 288, parágrafo único, do Código Penal e no art. 244-B da Lei 8069/90 (por três vezes), na forma do art. 69 do Código Penal [...] (f. 01-d-03-d).

1. Pretensão ministerial: majoração da pena fixada ao acusado em relação aos delitos de homicídio qualificado.

Aduz o órgão ministerial que a magistrada, ao fixar a continuidade delitiva (CP, art. 71, parágrafo único), aplicando a pena de um só dos crimes de homicídio, aumentando-a em metade (1/2), decidiu em desconformidade com o preconizado nos arts. 69 e 70, segunda parte, do Código Penal, os quais preveem a regra do cúmulo material.

Na espécie, o juízo *a quo* aplicou a regra da continuidade delitiva entre os três delitos de homicídio praticados pelo apelado, fazendo-o com base nos seguintes fundamentos, *in verbis*:

> [...] Quanto ao concurso de crimes, observa-se que os crimes de homicídio consumado foram praticados pelo acusado por três vezes em continuidade delitiva, em sua modalidade específica prevista no art. 71, parágrafo único, do CP, vez que foram praticados crimes da mesma espécie e que, pelas condições de tempo, lugar e maneira de execução, devem os subsequentes ser havidos como continuação do primeiro [...].

Sobre a continuidade delitiva, o art. 71 do Código Penal dispõe, *in verbis*:

> Art. 71 - Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem os subsequentes ser havidos como continuação do primeiro, aplica-se-lhe a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, aumentada, em qualquer caso, de um sexto a dois terços.
>
> Parágrafo único - Nos crimes dolosos, contra vítimas diferentes, cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa, poderá o juiz, considerando a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, aumentar a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, até o triplo, observadas as regras do parágrafo único do art. 70 e do art. 75 deste Código.

Releva frisar que, de acordo com a jurisprudência dominante, o reconhecimento da continuidade delitiva depende da coexistência dos requisitos objetivos, previstos no art. 71 do CP (pluralidade de ações, nexo temporal e circunstancial quanto ao local e modo de execução), bem como do requisito subjetivo (unidade de desígnios).

Ao discorrer sobre o tema, a doutrina preleciona que

> além dos requisitos gerais, próprios do crime continuado comum, o crime continuado específico exige o concurso de mais de três condições: a) crimes dolosos: inexiste continuidade delitiva entre delitos culposos; b) pluralidade de vítimas: devem ser diversas vítimas, pois em sendo a mesma a hipótese é de crime continuado comum; c) o emprego de violência (física) ou ameaça (séria) contra pessoa e não contra coisa (PRADO, Luiz Régis. *Comentários ao Código Penal*. 7. ed. Editora Revista dos Tribunais, p. 299).

In casu, as provas carreadas aos autos demonstram que o apelado, juntamente com os demais comparsas, previamente ajustados e em unidade de desígnios, se dirigiu à residência das vítimas (mesmo lugar), às 00h15 do dia 9/11/2016 (ao mesmo tempo), com o objetivo de afastá-las do espaço territorial em que era conhecido como chefe do tráfico (mesma unidade de desígnios), executou as vítimas por meio de vários disparos de arma de fogo (mesma forma de execução).

É o que se extrai de declarações colhidas durante o procedimento. Vejamos.

> [...] R., P. e N. entraram pelos fundos da casa e fizeram sinal de silêncio para ele, colocando a mão na boca e começaram a atirar contra as meninas [...] (Pelo policial J.P.C.F., à f. 221).
>
> [...] que R. teria avisado que elas não poderiam traficar no local conhecido como ponto final; que o Primeiro Comando do Ponto Final é liderado pelo acusado [...] que as vítimas, segundo informações, não atenderam ao aviso, e permaneceram no local, motivo pelo qual foram assassinadas [...] (Pelo policial J.J.T.J., à f. 222).

Diante disso, nos termos do art. retrotranscrito, mediante mais de uma ação, foram praticados três crimes da mesma espécie e com idênticas circunstâncias de tempo, lugar e maneira de execução, pelo que devida é a aplicação do crime continuado, nos moldes fixados na primeira instância.

Em situações similares, já decidiu este tribunal:

> Apelação criminal. Homicídios qualificados. Decisão manifestamente contrária à prova dos autos. Inocorrência. Decote das qualificadoras. Impossibilidade. Soberania do júri popular. Redução da pena-base. Necessidade. Circunstância judicial da conduta social. Valoração positiva. *Quantum* de redução por circunstância atenuante. Discricionariedade do julgador. Fração mantida. Reconhecimento da continuidade delitiva específica em detrimento do concurso material. Possibilidade. VI - Tendo sido praticados dois delitos da mesma espécie, nas mesmas condições de lugar, tempo e maneira de execução, há de ser reconhecida a continuidade delitiva entre eles (TJMG - Apelação Criminal 1.0024.16.081950-4/001, Rel. Des. Alberto Deodato Neto, 1ª Câmara Criminal, j. em 7/11/2017, p. em 16/11/2017).
>
> Apelação criminal. Homicídio qualificado pelo emprego de recurso que dificultou a defesa da vítima, consumado e tentado. Art. 121, § 2º, inciso IV (uma vez), e 121, § 2º, inciso IV, c/c art. 14, II (uma vez), ambos do Código Penal. Tese defensiva. Cassação da decisão do conselho de sentença, por manifestamente contrária à prova dos autos com relação à manutenção da qualificadora, para que o réu seja submetido a novo julgamento. Impossibilidade. Firme conjunto probatório. Princípio da soberania dos veredictos. De ofício. Homicídio qualificado e homicídio qualificado tentado. Reconhecimento da continuidade delitiva específica em detrimento do concurso material. Possibilidade - [...] Tendo sido praticados dois delitos da mesma espécie, nas mesmas condições de lugar, tempo e maneira de execução, mediante violência ou grave ameaça, deve ser reconhecida a continuidade delitiva específica, aplicando-se o parágrafo único do art. 71 do CP (TJMG - Apelação Criminal 1.0313.13.030953-4/002, Relator: Des. Edison Feital Leite, 1ª Câmara Criminal, j. em 31/5/2016, p. em 10/6/2016).

Subsidiariamente, o órgão do *Parquet* requer o aumento do triplo da pena do homicídio por entender que outras circunstâncias judiciais (CP, art. 59), afora os antecedentes – já maculados pela magistrada – são desfavoráveis, além ainda do fato de o apelado ser reincidente, particularidade que, a teor do disposto no parágrafo único do art. 71 do Código Penal justifica a exasperação da fração.

Com efeito, em se tratando de crime continuado específico ou qualificado, previsto no parágrafo único do art. 71 do CPB, para a exacerbação da pena, considera-se não apenas o critério do número de infrações cometidas, mas também as circunstâncias judiciais insertas no art. 59 do CP.

Isso porque o Superior Tribunal de Justiça, em casos similares, definiu que o fator de acréscimo decorrente da continuidade delitiva deve ser balizado pelo quantitativo de infrações praticadas, a qual servirá de parâmetro para o aumento correspondente. Confira-se:

> [...] É pacífica a jurisprudência deste Sodalício, em se tratando de aumento de pena referente à continuidade delitiva, aplicando-se a fração de aumento de 1/6 pela prática de 2 infrações; 1/5, para 3 infrações; 1/4, para 4 infrações; 1/3, para 5 infrações; 1/2, para 6 infrações; e 2/3, para 7 ou mais infrações. Na espécie, observando o universo de 2 (duas) infrações cometidas pelo réu, por lógica da operação dosimétrica, deve-se considerar o aumento de 1/6 (um sexto) [...] (*HC* 265.385/SP, Rel.ª Min. Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, j. em 8/4/2014, *DJe* 24/4/2014).
>
> [...] Relativamente à exasperação da reprimenda procedida em razão do crime continuado, é imperioso salientar que esta Corte Superior de Justiça possui o entendimento consolidado de que, cuidando-se de aumento de pena referente à continuidade delitiva, aplica-se a fração de aumento de 1/6 pela prática de 2 infrações; 1/5, para 3 infrações; 1/4, para 4 infrações; 1/3, para 5 infrações; 1/2, para 6 infrações e 2/3, para 7 ou mais infrações [...] (REsp 1582601/DF, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, j. em 26/4/2016, *DJe* 2/5/2016).

Ocorre, todavia, por tratar a hipótese em julgamento de crime praticado em continuidade delitiva específica ou qualificada, a qual se difere da genérica em razão da violência à pessoa (CP, art. 71, parágrafo único), permite-se que o julgador, além do número de crimes, sopese também as circunstâncias judiciais, exatamente em razão da intensa reprovabilidade que a distingue da continuidade praticada sem violência à pessoa (CP, art. 71, *caput*).

Nesse diapasão, releva trazer à baila os fundamentos utilizados pela magistrada para exasperar a pena a metade, *in litteris*:

> Neste ponto, esclareço que será operado aumento na fração de metade, considerando que foram três os homicídios consumados praticados e foram graves os motivos e as circunstâncias que envolveram o delito, vez que reconhecido pelo Conselho de Sentença que o crime foi praticado por vingança em decorrência de disputa por ponto de tráfico de drogas, bem como com emprego de recurso que dificultou a defesa das ofendidas, as quais foram surpreendidas dentro de sua residência por indivíduos em superioridade numérica e de armas. Além disso, constata-se, pela CAC de f. 352/354, que o acusado é reincidente e portador de maus antecedentes, possuindo três condenações criminais transitadas em julgado antes dos fatos narrados na denúncia. Ressalta-se, ainda, que cada um dos delitos de homicídio consumado em continuidade foi praticado em concurso formal com duas corrupções de menores, vez que com uma só ação o acusado praticou três crimes (homicídio consumado e duas corrupções de menores), aplicando-se entre eles a regra do art. 70, parágrafo único, do CP [...] (f. 636-v.).

Em hipóteses similares de incidência da continuidade delitiva específica já decidiu este tribunal:

> Apelação criminal. Júri. Homicídios qualificados-privilegiados e tentativas de ocultação de cadáver. Recurso ministerial. Majoração da pena-base. Possibilidade. Antecedentes maculados e circunstâncias graves. Agravante prevista no art. 61, II, "c", do Código Penal (crime cometido mediante recurso que

> dificultou ou tornou impossível a defesa do ofendido). Não incidência. Circunstância que qualifica o crime de homicídio. Necessidade de submissão ao conselho de sentença. Agravante descrita no art. 61, II, "f", do Código Penal (crime cometido prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade). Não reconhecimento. Fato já considerado na fixação da pena-base como circunstância judicial negativa. *Habeas corpus* de ofício. Reconhecimento da atenuante da confissão espontânea. Cabimento. Privilégio (art. 121, § 1º, do Código Penal). Redução da pena no *quantum* mínimo (um sexto). Necessidade. Desproporção entre a injusta provocação da vítima e a conduta praticada. Continuidade delitiva específica ou qualificada (art. 71, parágrafo único, do Código Penal). Critérios para exasperação da pena. Número de infrações e análise do art. 59 do Código Penal. Precedentes do STJ. Pena aumentada em dobro. Viabilidade. Crimes graves e acusado portador de péssimos antecedentes. - [...] Em se tratando de crime continuado específico ou qualificado, previsto no parágrafo único do art. 71 do Código Penal, para a exacerbação da pena, considera-se não apenas o critério do número de infrações cometidas, mas também as circunstâncias judiciais do art. 59 do mesmo Códex (Precedentes do STJ). [...] A fração de aumento pela continuidade delitiva deve ser proporcional e razoável à necessidade de repressão e prevenção criminosa, podendo ser exasperada em decorrência de gravosas peculiaridades presentes no caso concreto [...] (TJMG - Apelação Criminal 1.0701.12.025553-7/002, Rel. Des. Agostinho Gomes de Azevedo, 7ª Câmara Criminal, j. em 23/2/2017, p. em 8/3/2017).

> Apelação criminal. Tribunal do júri. Homicídio qualificado. Pena. Redução. Necessidade. Análise equivocada de balizas judiciais. Continuidade delitiva específica. Manutenção. Crimes dolosos. Vítimas diferentes. 1. Se houve análise equivocada de algumas balizas judiciais, impõe-se o seu reexame e consequente redução da pena. 2. É cabível o reconhecimento da continuidade delitiva específica prevista no art. 71, parágrafo único, do Código Penal, quando os delitos dolosos forem cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa contra vítimas diferentes, devendo a fração de aumento ser calculada levando-se em conta o número de crimes e as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código do Penal. 3. Em se tratando de homicídios dolosos consumados, contra duas vítimas e existindo duas balizas judiciais desfavoráveis, justifica-se o aumento do dobro da pena (TJMG - Apelação Criminal 1.0231.15.006632-3/001, Rel.ª Des.ª Denise Pinho da Costa Val, 6ª Câmara Criminal, j. em 20/9/2016, p. em 30/9/2016).

Com tais razões, portanto, mantenho a decisão proferida na instância primeva nos exatos termos.

2. Pretensão defensiva formulada em sede de contrarrazões recursais: fixação dos honorários do defensor nomeado dativo.

No que respeita à fixação dos honorários do dativo, cujo pedido foi formulado em sede de contrarrazões recursais (f. 696), urge consignar que defendo a importância da valorização da advocacia, sobretudo de profissionais que atuam no sentido de dar vigência ao comando constitucional de facilitação de acesso à justiça. Por essa razão, o pleito de fixação de honorários para atuação nesta instância recursal merece acolhimento.

Consoante é cediço, o Estado responde pelo pagamento da verba honorária de advogado nomeado pelo magistrado para atuar na defesa de necessitados nas comarcas em que a Defensoria Pública, por sobrecarga de trabalho ou pelo simples fato de não existir, não atende a contento àqueles que precisam dessa assistência estatal.

No caso dos autos, a nomeação pelo magistrado restou comprovada (f. 394), bem como a efetiva prestação de serviço pelo profissional nomeado que, via de consequência, por óbvio, faz jus à remuneração pela atuação nesta instância.

Diante do exposto, fixo os honorários do defensor dativo, Dr. Thiago Xavier de Souza - OAB/MG 131.970, referentes aos serviços prestados nesta Instância recursal, no valor de R$ 1.000,00 (mil reais).

3. Dispositivo.

Com tais considerações, nego provimento ao recurso ministerial para manter, *in totum*, a irretocável sentença proferida pela magistrada Natália Discacciati Rezende.

Fixo os honorários do defensor dativo, conforme requerido em contrarrazões recursais.

Sem custas recursais.

Votaram de acordo com a Relatora os DESEMBARGADORES EDISON FEITAL LEITE e ALBERTO DEODATO NETO.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO MINISTERIAL E FIXARAM OS HONORÁRIOS DO DEFENSOR DATIVO.

Apelação criminal - Tortura - Conduta tipificada no art. 1º, inciso I, alínea *a*, e § 4º, inciso III, da Lei nº 9.455/97 - Absolvição - Materialidade e autoria devidamente comprovadas - Ofensa ao art. 155 do Código de Processo Penal - Prova judicializada - Impossibilidade - Desclassificação para o crime de lesão corporal - Dolo de torturar demonstrado - Descabimento

- Devidamente comprovadas a materialidade e a autoria delitivas, e não havendo nenhuma causa de exclusão da ilicitude ou da culpabilidade, impossível o acolhimento do pedido absolutório.

- A vedação contida no art. 155, *caput*, do CPP cinge-se à fundamentação amparada exclusivamente em elementos informativos colhidos na fase inquisitorial, limitando-se moderadamente o uso dos elementos colhidos durante o procedimento administrativo.

- Demonstrado o dolo de torturar, já que a ação foi desenvolvida como meio de aplicar castigo pessoal, submetendo as vítimas a intenso sofrimento psicológico, afigura-se descabida a pretensão de desclassificação da conduta para lesão corporal leve.

V.v.: Apelação criminal - Tortura - Abrandamento do regime prisional - Possibilidade - Mandado de prisão antes do trânsito em julgado - Regime aberto - Desproporcionalidade

- Em respeito ao princípio da individualização da pena, é cabível a fixação de regime prisional inicial diverso do fechado e a substituição de penas a qualquer infração penal, até mesmo aos crimes hediondos e equiparados, desde que preenchidos os requisitos dos arts. 33 e 44 do Código Penal.

- Precedentes do Supremo Tribunal Federal.

- Se não houver motivo para impor regime prisional mais gravoso, deve ser fixado o regime aberto ao condenado a pena igual ou inferior a quatro anos de reclusão e que teve todas as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal analisadas em seu favor.

- Não obstante a decisão do Supremo Tribunal Federal no julgamento do *HC* 126.292/SP, não é obrigatória a expedição de mandado de prisão, quando esta Câmara confirmar sentença condenatória.

- O que é vinculante na decisão é a necessidade de que o Judiciário observe que, entendendo ser o caso, ele pode, sem vasculhar os requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal, decretar a prisão (já com força de execução definitiva) desse ou daquele réu.

- No presente caso, por não ser o mais adequado, deixo de expedir mandado de prisão em desfavor dos réus.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0027.17.006518-2/001 - Comarca de Betim - Apelantes: 1º) W.R.G. - 2ºs) J.E.S.S., J.S.S. - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Relator: DES. EDISON FEITAL LEITE

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em NEGAR PROVIMENTO AOS RECURSOS, COM ALTERAÇÕES DE OFÍCIO, VENCIDO, EM PARTE, O VOGAL.

Belo Horizonte, 29 de maio de 2018. - *Edison Feital Leite* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. EDISON FEITAL LEITE - Trata-se de apelações criminais interpostas por J.S.S., J.E.S.S. e W.R.G. em face da sentença de f. 344/354, proferida pelo MM. Juiz de Direito da 1ª Vara Criminal e Acidentes do Trabalho da Comarca de Betim, Dr. José Romualdo Duarte Mendes, que julgou procedente a pretensão punitiva estatal para condená-los, como incursos nas sanções do art. 1º, inciso I, alínea *a*, e § 4º, inciso III, da Lei nº 9.455/1997, por duas vezes, na forma do art. 70 do Código Penal, às penas individuais concretizadas em 2 (dois) anos, 8 (oito) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, em regime inicialmente fechado.

Em razões de f. 374/382, a defesa de J. e J. sustentou que não se pode fundamentar uma decisão condenatória "exclusivamente nos elementos informativos colhidos em sede policial" (f. 377). Disse que os laudos periciais não conseguiram demonstrar a ocorrência de tortura, "no sentido lato da palavra, em face da ausência de elementos para esta comprovação" (f. 378). Pediu a absolvição dos réus por ausência de materialidade. Alternativamente, pleiteou a desclassificação da conduta imputada para o crime de lesão corporal leve.

Já a Defesa de W. pugnou pela desclassificação da conduta que lhe foi irrogada para o crime de lesão corporal leve.

Contrarrazões às f. 429/431-v., pelo desprovimento dos recursos, ao que aquiesceu a d. Procuradoria-Geral de Justiça, consoante se infere do parecer de f. 443/451.

É o relatório.

Decido.

Conheço dos recursos, presentes os pressupostos de admissibilidade e processamento.

Segundo a denúncia:

> Em 25 de fevereiro de 2017, por volta de 9h, Bairro Campos Elíseos [...], os denunciados, agindo em unidade de desígnios e divisão de tarefas, com emprego de violência e grave ameaça, constrangeram as vítimas F.S.O. e J.G.R. a intenso sofrimento físico e mental, como forma de obter confissões e declarações.
>
> Consoante o apurado, na data dos fatos, as vítimas, moradoras do Bairro Campos Elíseos, foram acusadas pelos denunciados, que exercem o tráfico de drogas na região, de terem furtado mercadorias de uma mercearia ali existente.
>
> Os autos dão conta de que as ofendidas – estando J. com o filho de onze meses no colo –, ao saírem do estabelecimento comercial, foram surpreendidas pelos denunciados, os quais, bradando serem 'bandidos e vagabundos da região', desferiram-lhes tapas, dizendo-lhes que visualizaram a ação criminosa cometida.
>
> Ato contínuo, os denunciados conduziram as vítimas, sob ameaças de morte, até um terreno baldio.

> No local, o denunciado J. entregou uma tesoura aos denunciados J. e W., os quais, na sequência, cortaram os cabelos das ofendidas, mediante ameaças de morte e socos, com a finalidade de que fossem até a mercearia pedir desculpas pelo furto praticado e dizer que não iriam mais cometer crimes na região.
>
> Enquanto isso, o denunciado J. permaneceu em vigília e a tudo assistiu, tendo, inclusive, filmado toda ação delituosa, contribuindo, assim, para o sucesso da empreitada criminosa.
>
> Outra informação que se extrai do incluso procedimento é de que as vítimas permaneceram em poder dos denunciados, com a liberdade restrita, por aproximadamente quatro horas, quando, então, foram liberadas pelos agentes, que lhes ameaçaram de morte caso acionassem a polícia.
>
> [...] (f. D2/D3).

De início, registro que não há nulidades que possam contaminar a validade desse processo, motivo pelo qual passo à apreciação do mérito.

Examino os apelos em conjunto.

Do pedido de absolvição.

Como relatado, a defesa de J. e J. afirmou que não se pode fundamentar uma decisão condenatória "exclusivamente nos elementos informativos colhidos em sede policial" (f. 377). Disse que os laudos periciais não conseguiram demonstrar a ocorrência de tortura, "no sentido lato da palavra, em face da ausência de elementos para esta comprovação" (f. 378). Pediu a absolvição dos réus por ausência de materialidade.

Em que pese o inconformismo defensivo, a pretensão absolutória não prospera.

A materialidade delitiva está positivada pelo boletim de ocorrência de f. 03/06, exames corporais de f. 27/29 e f. 30/321, e anexos fotográficos de f. 41/47, tudo, sem prejuízo das demais provas coligidas ao processado.

Quanto à autoria, tenho que também restou comprovada, não obstante as alegações defensivas. De fato, examinando a prova oral produzida tanto na fase policial quanto em juízo, verifica-se que as vítimas e as testemunhas foram firmes e coerentes ao narrar como os fatos se desenrolaram. Vejamos:

A vítima F.S.O., ao ser ouvida em sede administrativa, disse que:

> [...] foi chamada por sua colega J., para acompanhá-la a uma mercearia situada na Rua xxx – Betim/MG [...]; que, chegando ao local, a declarante ficou na porta da mercearia, próximo ao caixa, sendo que J. entrou para comprar os produtos; que, algum tempo depois, J. saiu e disse que não tinha encontrado o que procurava, saindo sem comprar nada; que, ao saírem do estabelecimento, um indivíduo moreno, estatura mediana, de barba fina correu atrás de J. e da declarante e as abordou; que este indivíduo passou a agredir a declarante com tapas, dizendo que havia visto elas furtarem na mercearia; que a declarante negou que tenha furtado alguma coisa na mercearia, sendo que somente naquele momento ficou sabendo que J. havia pegado e escondido um pacote de fraldas e leite na bolsa que ela portava; que acrescenta que não sabia da intenção de J. ; que J. alegou que os produtos que tentou subtrair era para dar para seu filho de onze meses de idade, que, inclusive, estava no colo dela naquele momento; que também chegaram ao local mais dois indivíduos, os quais também passaram a coagir e ameaçar J. e a declarante; que os autores exigiram que J. voltasse à mercearia e devolvesse os produtos que ela tinha tentado furtar; que, a todo momento, os três indivíduos se intitulavam como 'bandidos' e acusavam J. e a declarante de não ter respeito com os 'vagabundos' da região; que um dos autores ordenou que os outros dois indivíduos

> as levassem para um terreno próximo àquela mercearia, pois 'iria dar uma lição nelas'; que a declarante acrescenta que, neste momento, acreditou que os autores iriam matá-las, visto as agressões e ameaças que já estavam sofrendo; que os autores as levaram para um terreno, onde ficaram aguardando a chegada daquele autor que deu a ordem de levá-las para aquele local; que não sabe a quem pertence o terreno, afirmando que não havia mais ninguém no local e que se trata de um lote vago; que, quando o terceiro autor chegou ao local, este portava uma tesoura e ordenou para que os outros dois autores cortassem os cabelos de J. e da declarante; que, nesse momento, a declarante passou a implorar piedade dos autores, pedindo para que eles não cortassem seus cabelos, contudo, novamente foi agredida com socos e ameaçada; que, durante a ação, os autores diziam 'vocês não respeitam vagabundo não? Roubando na porta da biqueira!', conforme se expressa; que os autores diziam, inclusive, que estavam fazendo aquilo para elas aprenderem e não 'roubarem' mais nada; que acrescenta que parte da ação dos autores foi gravada por um deles, através de um aparelho celular; que a declarante alega que os dois autores que cortavam seus cabelos diziam que não podiam fazer nada, visto que o 'patrão' tinha dado a ordem para executar o serviço; que o indivíduo que era apontado como 'patrão' pelos dois autores era o que estava filmando a ação [...]; que os autores cortaram os cabelos de J. e da declarante; que, durante a ação, os autores exigiam que elas voltassem à mercearia para pedir desculpas e dizer que não iriam roubar mais nada na região; que os autores também ameaçaram J. e a declarante para que não comunicassem o fato à polícia ou terceiros; que acrescenta que ficou em 'poder' dos autores por aproximadamente 4 (quatro) horas do momento em que foram abordadas até serem "liberadas" por eles; que, após o crime, a declarante não tem saído de casa, em razão das ameaças feitas pelos autores e por vergonha de ter tido seu cabelo totalmente cortado; que, no dia 23/2/2017, policiais civis estiveram na casa da declarante, depois de terem recebido o vídeo gravado pelos autores em que aparecem cortando os cabelos de J. e da declarante, e começaram a apurar o crime; que, por tal razão, a declarante ficou bastante relutante em contribuir com as investigações; que, perguntada, respondeu que pode reconhecer os autores, visto que nenhum deles utilizava nada para esconder a face; que o vídeo gravado pelos autores está circulando em aplicativos de conversa, expondo-a ainda mais; que reafirma que, além de humilhada pelos autores, também foi agredida com tapas e socos, além de ter tido a cabeça raspada [...]; que ficou bastante claro para a declarante que a ação dos autores foi para demonstrar para a região que eles são traficantes perigosos e que as pessoas devem obedecê-los, 'por isso eles filmaram e divulgaram o vídeo, para que todos vissem o que eles fizeram com a gente', conforme se expressa; que os autores exigiam que J. e a declarante assumissem a prática do furto e pedissem desculpas no estabelecimento; que pede para constar que teme por sua integridade, visto que foi ameaçada pelos autores a não prestar 'queixa' do crime e pelo fato de os mesmos estarem em liberdade [...] (termo de f. 33/35).

No mesmo norte, as palavras da segunda vítima, J.G.R., *in verbis*:

> [...] a declarante chamou sua colega F. para ir até uma mercearia situada na Rua xxx - Betim/MG; que, chegando ao estabelecimento, a depoente decidiu furtar um pacote de fraldas e um leite, a fim de dar para seu filho, de onze meses de idade; que F. permaneceu na porta da mercearia, próximo ao caixa, visto que ela não sabia da intenção da declarante; que a declarante escondeu os itens que furtou, fraldas e leite, em uma bolsa que portava; que, ao passar pelo caixa, a declarante disse ao proprietário do estabelecimento que não tinha encontrado o que procurava, saindo sem comprar nada; que acrescenta que estava com seu filho no colo; que, ao sair do estabelecimento, um indivíduo moreno, estatura mediana, de barba fina correu atrás de F. e da declarante; que, ao abordá-las, este indivíduo passou a dar tapas em F., dizendo que havia visto elas furtarem na mercearia; que neste momento, chegaram mais dois indivíduos, os quais também passaram a coagir e ameaçar F. e a declarante; que os autores exigiram que a declarante voltasse à mercearia e devolvesse os produtos que tinha tentado furtar; que, a todo momento, os três indivíduos se intitulavam como 'bandidos' e acusavam F. e a declarante de não ter respeito com os 'vagabundos' da região; que, sob coação, inclusive por ver F. ser agredida com tapas, a declarante retornou à

> mercearia e devolveu os produtos que estavam em sua bolsa; que um dos autores ordenou que os outros dois indivíduos as levassem para um terreno próximo àquela mercearia, pois 'iria dar uma lição nelas'; que a declarante temeu por sua integridade, bem como a de seu filho recém-nascido, que estava em seu colo; que os autores a levaram para um terreno, onde ficaram aguardando a chegada daquele autor que deu a ordem de levá-las para aquele local; que, embora o terreno que eles a levaram seja murado, não havia nenhuma edificação no local; que não sabe a quem pertence o local, afirmando que não havia mais ninguém no terreno; que quando o terceiro autor chegou ao local, este portava uma tesoura e ordenou para que os outros dois cortassem os cabelos de F. e da declarante como "lição"; que novamente foram coagidas e ameaçadas, enquanto os autores cortavam seus cabelos; que durante a ação os autores diziam: "vocês não respeitam vagabundo não? Roubando na porta da biqueira!", conforme se expressa; que os autores diziam, inclusive, que estavam fazendo aquilo para elas aprenderem e não "roubarem" mais nada; que acrescenta que parte da ação dos autores foi gravada por um deles, com seu aparelho celular, "ele mandava eu não abaixar a cabeça, para filmar meu rosto. Dizia também que era para a gente nunca mais roubar nada no bairro e para respeitar os vagabundos", conforme se expressa [...]; que os autores cortaram os cabelos da F. e da declarante; que durante a ação, os autores exigiam que elas voltassem à mercearia para pedir desculpas e dizer que não iriam roubar mais nada [...]; que após a ação dos autores, eles disseram à declarante que ela poderia continuar morando no bairro, entretanto, não queriam vê-la mais na rua; que os autores também ameaçaram F. e a declarante caso elas comunicassem o fato à polícia ou terceiros; que, perguntado à declarante por quanto tempo permaneceu em "poder" dos autores, respondeu que acredita que em torno de quatro horas, do momento em que foi abordada pelos autores até ser "liberada" por eles; que após o crime a declarante não tem saído de casa, primeiro pelas ameaças feitas pelos autores de não querer vê-la na rua, segundo pela vergonha de ter tido seu cabelo totalmente cortado; que até então não tinha noticiado os fatos a ninguém, contudo, no dia 23/2/2017, policiais civis foram até sua casa, depois de terem recebido o vídeo gravado pelos autores em que aparecem cortando os cabelos de F. e da declarante e começaram a apurar o crime; que pede para constar que teme por sua integridade, visto que foi ameaçada pelos autores a não prestar "queixa" crime e pelo fato de os autores estarem em liberdade; que, por tal razão, a declarante ficou bastante relutante em contribuir com as investigações, visto o temor gerado pelas ameaças dos autores; que, perguntada, respondeu que pode reconhecer os autores, visto que nenhum deles utilizava nada para esconder a face [...] (termo de f. 37/39).

Anote-se que, às f. 36 e 40, constam autos de reconhecimento fotográfico, onde as vítimas reconheceram os réus como seus algozes.

Anote-se, ainda, que a vítima F.S.O., não foi localizada para ser inquirida em juízo, tendo o órgão ministerial pleiteado a sua substituição pela testemunha R.V.B., Delegado de Polícia que presidiu o inquérito policial destinado à apuração dos fatos (Termo de Audiência de f. 276).

Ao ser inquirida em Juízo, a vítima J.G.R., muito embora tenha alterado partes de seu depoimento administrativo, reafirmou que:

> [...] que o local onde foi abordada pelos réus é próximo ao CRAS e fica perto da casa da depoente e dá para ir a pé [...]; que no dia dos fatos F. foi à casa da depoente e a chamou para almoçar; que estavam indo almoçar na casa de F. quando esta resolveu entrar na mercearia; que a depoente alega que ficou do lado de fora da mercearia; que não sabe o que F. fez dentro da mercearia; que achou que F. comprou a mercadoria; que a depoente nega que tenha subtraído alguma coisa da mercearia; que não confirma as declarações prestadas na Depol no sentido de ter subtraído fraldas e leite para seu filho; que estavam saindo da mercearia quando foram abordadas "pelos meninos" [...]; que quando tiraram o filho da depoente que estava em seu colo a depoente ficou nervosa e desnorteada; que, na época dos fatos, o filho

> da depoente estava com 9 meses de idade; que "os meninos" mandaram a depoente e F. abaixar a cabeça e não olhar para eles e ficarem caladas; que então foram levadas a pé para um lote; que cortaram o cabelo da depoente e de F. e mandaram as duas irem embora [...]; que não explicaram por que cortaram o cabelo da depoente e de F.; que também não explicaram por que fizeram a filmagem [...]; que indagada então por que motivo "os meninos" teriam cortado o cabelo da depoente e de F., disse que foi porque F. "roubou" carne na mercearia e acharam que a depoente estava em conluio com F.; que eles acharam que a depoente juntamente com F. tinham roubado o supermercado; que "os meninos" são donos da boca de fumo no bairro, por isso fizeram isso com a depoente e F. [...] (termo de f. 266).

Já as testemunhas A.C.P. e R.V.B., ambas policiais civis, disseram em juízo:

> [...] que um informante da região entrou em contato com a polícia civil para relatar o que ocorreu com as vítimas, sendo que mencionou a existência de um vídeo que estava circulando nas redes sociais, bem como disse que os agressores seriam traficantes da região, mas não indicou nomes; que realizaram diligências para localizar os agressores, sendo que mostraram fotos de vários indivíduos para as vítimas que eram investigados na região em razão do tráfico, sendo que as vítimas colaboraram e indicaram os réus como sendo autores das agressões; que não realizaram diligências no estabelecimento comercial onde as vítimas teriam praticado o furto, pois um informante relatou que no bairro já estava circulando a notícia de que as vítimas haviam reconhecido os agressores e estavam sendo ameaçadas de morte [...]; que confirma as comunicações de serviços de f. 09/11 e f. 48/49 (A.C.P. - termo de f. 267).
>
> [...] que as investigações partiram a partir do momento em que o crime foi veiculado através das redes sociais, tendo então a equipe do depoente saído a campo para dar início às investigações; que a partir da identificação das vítimas, a polícia civil teve o cuidado de promover o acompanhamento psicológico e social das mesmas e, por esta razão, as vítimas permaneceram algum tempo na unidade da delegacia para serem ouvidas por profissionais técnicos antes de serem ouvidas formalmente; que foram as vítimas quem identificaram os agressores; que as vítimas disseram que a motivação da tortura seria o furto de produtos de uma mercearia em área de tráfico dominada pelos denunciados; que o envolvimento dos réus no tráfico é de conhecimento da PC com vários procedimentos investigatórios na polícia; que o depoente presidiu toda tomada de depoimento das vítimas e dos envolvidos e em nenhum depoimento houve agressão ou constrangimento para os depoentes (R.V.B. - termo de f. 313).

Por oportuno, cumpre ressaltar que os depoimentos de policiais devem ser considerados aptos a sustentar uma condenação, quando forem uníssonos e não paire nenhum indício que possa afastar a credibilidade de seus testemunhos, mormente quando em harmonia com as demais provas e confirmados em juízo, sob a garantia do contraditório. Na hipótese, a defesa não produziu qualquer prova capaz de elidir as declarações dos agentes públicos.

A título de elucidação, colaciono os seguintes julgados:

> Processo penal e penal. *Habeas corpus*. Substitutivo de recurso especial. Não cabimento. Tráfico de drogas. Absolvição por insuficiência de provas. Desclassificação para uso. Reexame de prova. Impossibilidade. Depoimento de policiais. Credibilidade. Superveniência do trânsito em julgado. Matéria reservada para revisão criminal. 1. Ressalvada pessoal compreensão diversa, uniformizou o Superior Tribunal de Justiça ser inadequado o *writ* em substituição a recursos especial e ordinário, ou de revisão criminal, admitindo-se, de ofício, a concessão da ordem ante a constatação de ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia. 2. Tendo as instâncias ordinárias indicado os elementos de prova que levaram ao reco-

> nhecimento da autoria e, por consequência, à condenação, não cabe a esta Corte Superior, em *habeas corpus*, desconstituir o afirmado, pois demandaria profunda incursão na seara fático-probatória, inviável nessa via processual. 3. Mostra-se incabível na via eleita a desclassificação do crime de tráfico para o de uso de entorpecentes, pois imprescindível para tanto a revaloração probatória. 4. Orienta-se a jurisprudência no sentido de que os depoimentos dos agentes policiais, colhidos sob o crivo do contraditório, merecem credibilidade como elementos de convicção, máxime quando em harmonia com os elementos constantes dos autos. 5. *Habeas corpus* não conhecido (*HC* 262.582/RS, Rel. Min. Nefi Cordeiro, Sexta Turma, j. em 10/3/2016, *DJe* 17/3/2016).

> Agravo regimental no agravo em recurso especial. Penal e processo penal. Latrocínio. Depoimento de policiais. Validade probatória. Alegação de violação do art. 155 do Código de Processo Penal. Incabível. Provas confirmadas em juízo. Pretensão de absolvição. Insuficiência de provas para a condenação. Reexame fático-probatório. Súmula nº 07 do Superior Tribunal de Justiça. Decisão mantida pelos seus próprios fundamentos. Agravo desprovido. 1. Conforme entendimento desta Corte, são válidos e revestidos de eficácia probatória o testemunho prestado por policiais envolvidos com a ação investigativa, mormente quando em harmonia com as demais provas e confirmados em juízo, sob a garantia do contraditório. 2. Infirmar os fundamentos do acórdão recorrido, que confirmou o édito condenatório firmado em provas válidas, de modo a pretender a absolvição do acusado sob a pecha de insuficiência probatória, é inviável no âmbito desta Corte Superior de Justiça, pois implicaria o reexame fático-probatório, o que atrai o óbice da Súmula nº 07 desta Corte. 3. Agravo regimental desprovido (AgRg no AREsp 366.258/MG, Rel.ª Min. Laurita Vaz, Quinta Turma, j. em 11/3/2014, *DJe* 27/3/2014).

A palavra dos policiais possui presunção de veracidade e somente deve ser desconstituída mediante prova em contrário, ônus do qual a defesa dos réus não se desincumbiu (art. 156 do CPP).

Noutro ponto, vale destacar que também não lhe assiste razão, quando alega que a condenação de seus constituintes fundou-se em prova não judicializada.

Segundo dispõe o art. 155, *caput*, do Código de Processo Penal, afigura-se perfeitamente válida a utilização de elementos informativos obtidos na fase inquisitiva, vejamos:

> Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

A vedação contida no dispositivo legal cinge-se à fundamentação amparada exclusivamente em elementos informativos colhidos na fase inquisitorial, limitando-se moderadamente o uso dos elementos colhidos durante o procedimento administrativo.

Esse é o magistério de Guilherme de Souza Nucci:

> [...] a meta é a formação da convicção judicial lastreada em provas produzidas sob o crivo do contraditório, não podendo o magistrado fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos trazidos da investigação, mormente a policial [...]. Porém, o juiz sempre se valeu das provas colhidas na fase investigatória, desde que confirmadas posteriormente, em juízo, ou se estivessem em harmonia com as coletadas sob o crivo do contraditório (*Código de Processo Penal comentando*. 12. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 363).

Sobre o tema, assim tem decidido o Superior Tribunal de Justiça:

> Penal. Processual penal e processual civil. Embargos de declaração em AREsp. Conversão em agravo regimental. Possibilidade. Homicídio culposo na direção de veículo automotor. Prova colhida na fase inquisitiva. Utilização. Possibilidade desde que em consonância com as demais provas judiciais. Precedente. Insuficiência da prova judicializada. Verificação. Impossibilidade. Súmula 7 do STJ. [...] 2 - A Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça admite a utilização de prova colhida na fase inquisitiva, desde que em consonância com a produzida na fase processual […] (STJ, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, j. em 8/5/2014, T6 - Sexta Turma) (ementa parcial).

E também este Tribunal de Justiça:

> Apelação criminal. Roubo majorado. Absolvição. Impossibilidade. Materialidade e autoria comprovadas. Reconhecimento extrajudicial da vítima corroborada pela prova testemunhal. Irregularidade no ato de reconhecimento do réu. Inocorrência. Ofensa ao art.155 do CPP. Inexistência. Prova judicializada. Decote da qualificadora do concurso de pessoas. Inviabilidade. Incidência da atenuante da menoridade relativa. Redução da pena aquém do mínimo legal. Impossibilidade. Súmula 231 do STJ. - Incabível a absolvição quando o conjunto probatório é no sentido de comprovar a materialidade e a autoria delitiva. - É perfeitamente lícito o cotejo entre os elementos colhidos na fase de inquérito com a prova judicializada para a formação do convencimento do julgador. - As formalidades previstas no art. 226 do CPP constituem, tão somente, uma direção no procedimento a ser adotado pela autoridade, um lastro orientador, pelo que o seu descumprimento não tem o condão de invalidar a prova. - Restando demonstrado que o réu praticou o crime de roubo, previamente ajustado e com unidade de desígnios com terceiro não identificado, incabível o decote da majorante do art. 157, § 2º, II, do CPB. – "A incidência de circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal" (TJMG - Apelação Criminal 1.0024.11.213281-6/001, Rel. Des. Furtado de Mendonça, 6ª Câmara Criminal, j. em 23/8/2016, p. em 2/9/2016).

Na espécie, consoante já destacado, há prova judicializada que confirma a conduta criminosa atribuída aos réus. Outrossim, como também já ressaltado, policiais civis que participaram das investigações foram ouvidos em juízo, não tendo a defesa se desincumbido do ônus de produzir qualquer prova capaz de elidir as declarações por eles prestadas, ficando restrita ao campo das meras e inférteis alegações.

Já os réus, ao serem ouvidos, negaram a prática do crime de tortura, admitindo, no entanto, terem cortado os cabelos das vítimas, apresentando, no entanto, versão que não encontra eco nas provas coligidas ao processado (vide termos de depoimentos administrativos de f. 90/91; 92/93 e f. 94/95; e judiciais de f. 310, 311 e 312). Em verdade, a versão por eles apresentada é sobremodo suspeita, notadamente porque, além de pouco crível, cediço que, enquanto parte, não possuem compromisso legal de dizer a verdade. Aliás, já é esperado que o réu, premido pelas circunstâncias, apresente versão exculpatória ou que minore a sua responsabilidade penal, tratando-se de procedimento corriqueiro, ao qual não se deve atribuir credibilidade.

As ofendidas apontam claramente a atuação dos réus, e a conduta praticada por cada um deles.

No que tange às divergências havidas entre os depoimentos - policial e judicial - prestados pela vítima J.G.R., tenho que perfeitamente admissíveis. Ora, a vítima possui motivos concretos para temer por si e por sua família. Assim, as retificações levadas a efeito em juízo devem ser vistas com reservas.

Consoante se colhe da r. sentença:

> Conforme consta, de fato, os acusados vieram a praticar o crime de tortura em face das vítimas F.S.O. e J.G.R., na região e época dos fatos.

> Conforme consta nos autos, os acusados, identificados como traficantes de drogas, tomaram conhecimento da prática do crime de furto por parte das vítimas em um armazém, o que gerou grande descontentamento aos mesmos, visto que a prática de crimes próxima a locais que comumente se procede à venda de entorpecentes, sempre chama a atenção da polícia.
>
> Assim, os réus resolveram abordar as vítimas e as levaram, em seguida, a um lote vago, onde, utilizando-se de uma tesoura cortaram seus cabelos, além de proferirem ameaças de morte. Os acusados mantiveram as ofendidas por período aproximado de 4 (quatro) horas, restringindo a sua liberdade.
>
> As vítimas reconheceram os acusados como autores, conforme se vê das f. 36 e 40 e, em que pese a vítima J. não ter sido tão detalhista e minuciosa em seu depoimento de fase judicial, até mesmo retificando algumas informações apresentadas na fase de inquérito, vê-se que inexiste nos autos qualquer elemento a ensejar a desqualificação de seus relatos, até porque, dadas as circunstâncias do crime, é, no mínimo, compreensível que as vítimas temam sofrer represálias (f. 348).

Tenho, assim, que não há como acolher o pleito absolutório.

Do pedido de desclassificação da conduta para o crime de lesão corporal leve.

As defesas dos réus pediram, ainda, a desclassificação da conduta que lhes foi imputada para o crime de lesão corporal leve.

Mais uma vez, sem razão.

O próprio tipo penal, em cujas sanções os recorrentes foram condenados, dispõe:

> Art. 1º - Constitui crime de tortura:
>
> I - constranger alguém com emprego de violência ou grave ameaça, causando-lhe sofrimento físico ou mental:
>
> a) com o fim de obter informação, declaração ou confissão da vítima ou de terceira pessoa.
>
> [...]
>
> § 4º Aumenta-se a pena de um sexto até um terço:
>
> III - se o crime é cometido mediante sequestro.

Acerca do tipo, leciona Guilherme de Souza Nucci:

> Tortura: "designa qualquer ato pelo qual dores ou sofrimentos agudos, físicos ou mentais, são infligidos intencionalmente a uma pessoa a fim de obter, dela ou de uma terceira pessoa, informações ou confissões; de castigá-la por ato que ela ou uma terceira pessoa tenha cometido, ou seja, suspeita de ter cometido; de intimidar ou coagir esta pessoa ou outras pessoas; ou por qualquer motivo baseado em discriminação de qualquer natureza; quando tais dores ou sofrimentos são infligidos por um funcionário público ou outra pessoa no exercício de funções públicas, ou por sua instigação, ou com seu consentimento ou aquiescência. [...] Preferimos, no entanto, um conceito mais abrangente, entendendo por tortura qualquer método de submissão de uma pessoa a sofrimento atroz, físico ou mental, contínuo e ilícito, para a obtenção de qualquer coisa ou para servir de castigo por qualquer razão" (NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. 5. ed. RT, p. 1.195/1.196).

No caso dos autos, restou comprovado, à saciedade, que houve submissão das vítimas, às quais foram infligidas grave ameaça e intenso sofrimento mental, por terem furtado bens de um estabelecimento comercial situado em uma região conhecida pela venda de entorpecentes.

Vez mais, valho-me da r. sentença:

> [...] o crime de tortura não se caracteriza apenas mediante agressão física, mas também, psicológica. O art. 1º da Lei 9.455/97, alerta a respeito do sofrimento físico ou mental, sendo este o presente caso, visando golpear a autoestima das vítimas, minando a sua saúde mental, não sendo necessário, inclusive, que se cumulem os tipos de agressão.
>
> Em virtude de sua natureza, a tortura psicológica não deixa vestígios, mas, tão somente, naquele que lhe é acometido [...].
>
> *In casu*, os acusados praticaram tortura psicológica ao cortar o cabelo das vítimas, proferir-lhes xingamentos e ao procederem à gravação de mídia, mostrando as atrocidades cometidas e fazendo a mesma circular pelas redes sociais, causando situação ainda mais vexatória às ofendidas.
>
> Neste sentido, oportuno destacar o entendimento do eg. STJ:
>
> [...] O crime previsto no art. 1º, inciso I, letra a, da Lei 9.455/1997 pressupõe o suplício físico ou mental da vítima, não se podendo, consequentemente, ser comprovado por meio de laudo pericial, motivo pelo qual a materialidade delitiva depende da análise de todo o conjunto fático probatório constante dos autos, principalmente do depoimento da vítima e de eventuais testemunhas [...] (STJ - *Habeas Corpus* 214770 DF 2011/0179882).
>
> Ainda:
>
> [...] O entendimento deste Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que o crime de tortura psicológica não deixa vestígios, assim dispensável a realização de exame pericial. Incidência do enunciado 83 da Súmula deste STJ. Não é necessária a existência de sofrimento físico e mental simultaneamente para a caracterização do crime de tortura, pois a comprovação de tortura psicológica, por si só, é suficiente para a condenação [...] (STJ - Agravo Regimental em Recurso Especial AgRg no AResp 4666067 SP 2014/0017376-9) (f. 349).

Nestes termos, entendo cabalmente provada a configuração do dolo específico de infligir sofrimento mental às vítimas. As provas demonstram que os agentes procuraram, dolosamente, submetê-las a intenso sofrimento psicológico, com dolo específico de torturar, de modo que se vislumbra em suas condutas o ânimo próprio do tipo penal.

Como se vê, a pretensão defensiva de desclassificação do delito de tortura para o de lesão corporal leve é de todo descabida, na medida em que evidente que a ação foi desenvolvida pelos apelantes com o intuito de obter a confissão das vítimas pelo furto cometido, sendo o sofrimento mental e psicológico imposto às vítimas suficiente à caracterização do crime narrado na denúncia, impondo-se, portanto, seja mantida a condenação.

Do reexame de circunstâncias judiciais, *ex officio*.

Ao fixar a pena basilar do réu W.R.G., examinando as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal, o d. magistrado singular assim se manifestou:

> Atento às diretrizes do art. 59 do Estatuo Repressivo, passo a dosar-lhe a pena-base da reprimenda privativa de liberdade em seu desfavor, em relação à vítima F.S.O. Considerando a culpabilidade que foi intensa, diante do grau de reprovabilidade de sua conduta e, penalmente capaz, possuía plena capacidade de reconhecer a ilicitude de sua conduta; antecedentes criminais que não o desabonam, uma vez que os autos não noticiam sentença transitada em julgado em seu desfavor; conduta social que não o desfavorece, pelo menos é o que os autos nos levam a crer; personalidade que não pode ser analisada com as informações constantes nos autos; motivos injustificáveis do crime, levando-se em conta que o denunciado constrangeu a vítima mediante violência, causando-lhe sofrimento físico e mental, visando obter informação, declaração ou confissão; circunstâncias do crime e consequências que são graves e além do impacto mental físico à vítima, fixo a pena base em 2 (dois) anos de reclusão.
>
> [...]
>
> Atento às diretrizes do art. 59 do Estatuto Repressivo passo a dosar-lhe a pena-base da reprimenda privativa de liberdade em seu desfavor, com relação à vítima J.G.R. Considerando a culpabilidade que foi intensa, diante do grau de reprovabilidade de sua conduta e, penalmente capaz, possuía plena capacidade de reconhecer a ilicitude de sua conduta; antecedentes criminais que não o desabonam, uma vez que os autos não noticiam sentença transitada em julgado em seu desfavor; conduta social que não o desfavorece, pelo menos é o que os autos nos levam a crer; personalidade que não pode ser analisada com as informações constantes nos autos; motivos injustificáveis do crime, levando-se em conta que o denunciado constrangeu a vítima mediante violência, causando-lhe sofrimento físico e mental, visando obter informação, declaração ou confissão; circunstâncias do crime e consequências que são graves e além do impacto mental físico à vítima, fixo a pena base em 2 (dois) anos de reclusão. [...] (sentença - f. 350).

Ressalte-se que a análise das circunstâncias judiciais em relação aos demais réus, J.S.S. e J.E.S.S., foi realizada nos mesmos termos (vide sentença - f. 351/353).

A meu sentir, com a devida vênia, a análise da culpabilidade, dos motivos, das circunstâncias e das consequências do delito, nos termos em que posta, foi feita de forma equivocada pelo d. magistrado de primeiro grau. Sabido que tais circunstâncias devem ser adequadamente fundamentadas pelo juiz à luz do caso concreto. Em verdade, ao estabelecer o *quantum* da pena, o julgador deve ter em mente que ela deve ser necessária e suficiente à prevenção e reprovação do crime servindo, de um lado, à justa retribuição e, de outro, a um fim de prevenção. Nesse sentido:

> Ao proceder a individualização da pena, o Juiz após aferir um leque de circunstâncias de natureza subjetiva - culpabilidade, antecedentes, conduta social e personalidade do agente - e de natureza objetiva - motivos, circunstâncias e consequências do crime -, fixará aquela aplicável dentre as cominadas, em quantidade que for necessária e suficiente para reprovação e prevenção do delito, definindo, a seguir, o regime inicial de cumprimento da pena, a qual não deve ser excessiva, nem demasiadamente abrandada, mas justa, adequada e idônea, em qualidade e quantidade suficientes para reprimir a prática da infração e promover a tutela da sociedade (STJ, 6ª Turma, REsp. 90.171, Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, j. em 8/10/1997, *DJU* 12/8/1997, p. 36/287).
>
> O princípio da individualização da pena (Constituição, art. 5º, XLVI), materialmente, significa que a sanção deve corresponder às características do fato, do agente e da vítima, enfim, considerar todas as circunstâncias do delito. A cominação, estabelecendo grau mínimo e grau máximo, visa a esse fim, conferindo ao juiz, conforme o critério do art. 68, CP, fixar a pena *in concreto*. A lei trabalha com o gênero. Da espécie, cuida o magistrado. Só assim, ter-se-á direito dinâmico e sensível à realidade, impossível de, formalmente, ser descrita em todos os pormenores. Imposição ainda da justiça do caso concreto, bus-

> cando realizar o direito justo (STJ, 6ª Turma, REsp. 151.837 - Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro - *DJU* 22/6/1998, p. 193).

Pois bem. Promovo o reexame das referidas circunstâncias judiciais.

Já se disse que a culpabilidade é o "elemento balizador da sanção aplicável no juízo de reprovabilidade e de censurabilidade da conduta". Segundo a doutrina:

> A culpabilidade é a circunstância judicial que primordialmente orienta a individualização da pena, já que implica reprovação pessoal sobre o autor do injusto e fundamenta-se no fato de que do individuo, no caso concreto, era socialmente exigível comportamento diverso. Como princípio de política criminal, a culpabilidade estabelece o limite máximo para a aplicação da pena.
>
> [...]
>
> Segundo os doutrinadores mais autorizados, o Direito Penal brasileiro adotou o princípio da culpabilidade como fundamento essencial e limite para aplicação da pena (ROCHA, Fernando A. N. Galvão da. *Direito Penal: Parte Geral*. Ed. Impetus, 2004, p. 693-694).
>
> A imposição da pena está condicionada à culpabilidade do sujeito. Na fixação da sanção penal, sua qualidade e quantidade estão presas ao grau de censurabilidade da conduta (culpabilidade). (JESUS, Damásio Evangelista de. *Código Penal anotado.* 11. ed. Ed. Saraiva, 2001, p. 198).

Quanto ao fundamento da pena, "trata-se da culpabilidade em sentido lato, ou seja, a reprovação social que o crime e o autor do fato merecem" (NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal comentado*. 16. ed. Ed. Forense, p. 452).

Na hipótese, não traduz nada que possa elevar o grau de reprovabilidade da conduta de todos os réus para além do intrínseco ao próprio tipo penal.

Os motivos do crime: são os fatores que levaram o agente a praticar a infração penal. Com o fito de evitar o *bis in idem*, essa circunstância judicial somente será valorada, quando a motivação não integrar o tipo penal, não caracterizar qualificadora, causa de diminuição ou de aumento da pena, ou atenuante ou agravante genérica.

É essa a lição de Fernando Capez:

> [...] Caso o motivo configure qualificadora, agravante ou atenuante genérica, causa de aumento ou de diminuição, não poderá ser considerado como circunstância judicial, evitando o *bis in idem* (CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal - parte geral*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 1. p. 490-491).

In casu, ao que consta, são inerentes ao tipo penal violado.

As circunstâncias do crime: trata-se do *modus operandi* empregado pelo agente na prática da infração penal. São elementos acidentais, ou seja, que não integram a estrutura do tipo penal, mas que influenciam o caso concreto, tais como as condições de tempo e local em que ocorreu o crime, os instrumentos empregados em sua prática, bem como a relação entre agente e vítima.

Sobre o tema, elucida Delmanto:

> São as circunstâncias que cercaram a prática da infração penal e que podem ser relevantes no caso concreto (lugar, maneira de agir, ocasião etc.). Note-se, também quanto a estas, que não devem pesar aqui certas circunstâncias especialmente previstas no próprio tipo ou como circunstâncias legais ou causas

especiais (exs.: repouso noturno, lugar ermo etc.), para evitar dupla valoração (*bis in idem*) (DELMANTO, Celso. *Código Penal comentado*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 274).

Ao que se infere, as circunstâncias também são próprias do tipo penal transgredido.

Quanto às consequências do crime: "é o mal causado pelo crime, que transcende ao resultado típico" (NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal comentado*. 16. ed. Ed. Forense, p. 465). As consequências da ação criminosa também são inerentes ao grave delito cometido.

Destarte, considerando que, na hipótese, não obstante a análise equivocada, a pena-base foi fixada no mínimo legal, não há reparos a se fazer.

Também na análise da segunda e terceira fases da dosimetria, ou seja, na consideração das circunstâncias legais atenuantes e agravantes, e das causas de diminuição e aumento de pena, nada há a modificar.

Dispositivo.

Ao ensejo de tais considerações, nego provimento aos apelos. De ofício, promovo o reexame das circunstâncias judiciais da culpabilidade, dos motivos, das circunstâncias e consequências do crime, em prol de todos os réus, sem reduzir as penas impostas, posto que a pena-base foi estabelecida no mínimo legal. Nestes termos, mantenho a condenação de W.R.G., J.S.S. e J.E.S.S., como incursos nas sanções do art. 1º, inciso I, alínea 'a' e § 4º, inciso III, da Lei nº 9.455/1997, por duas vezes, na forma do art. 70, *caput*, primeira parte, do Código Penal, às penas individuais concretizadas em 2 (dois) anos, 8 (oito) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, em regime inicialmente fechado.

Sem custas recursais.

É o meu voto.

Nos termos do art. 1º, parágrafo único, da Resolução nº 237/2016, do Conselho Nacional de Justiça, determino que se comunique o resultado deste julgamento ao Juízo da Execução.

Prevalecendo este voto, transcorridos os prazos previstos nos arts. 609 e 619 do Código de Processo Penal, determino a imediata expedição de mandados de prisão em desfavor de W.R.G., J.S.S. e J.E.S.S., já qualificados, os quais deverão cumprir as respectivas penas em estabelecimento prisional compatível com o regime prisional que lhes foi fixado (fechado). Prazo de validade dos mandados de prisão: 8 (oito) anos.

DES. ALBERTO DEODATO NETO - De acordo com o Relator.

DES. FLÁVIO BATISTA LEITE - Divirjo do eminente Relator para, de ofício, abrandar o regime prisional dos apelantes e, por conseguinte, deixar de expedir mandado de prisão em desfavor deles.

Isso porque, em face do princípio da individualização da pena, entendo ser possível a fixação de regime diverso do fechado a qualquer tipo de crime, hediondo ou não, em observância ao princípio da individualização da pena e conforme as decisões do Pleno do Supremo Tribunal Federal (*Habeas Corpus* 111.840/ES e *Habeas Corpus* 97.256/RS), cuja observância é obrigatória (Reclamação 4335/AC, j. em 20/3/2014).

Com efeito, por ser equiparado a crime hediondo, nos termos do art. 2º, *caput* e § 1º, da Lei 8.072/1990, é evidente que tal interpretação também deva ser aplicada ao crime de tortura. É o caso, então, de se

desconsiderar a regra disposta no art. 1º, § 7º, da Lei 9.455/1997, que contém a mesma disposição da norma declarada inconstitucional.

Não foi outro o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

> Recurso especial. Penal e processual penal. Tortura. Interrogatório realizado no início da instrução criminal, antes da vigência da Lei nº 11.719/2008, que alterou o art. 400 do Código de Processo Penal. Princípio *tempus regit actum*. Impossibilidade de retroação da lei processual penal. Nulidade inexistente. Diligências. Ausência de intimação da defesa. Nulidade relativa. Convalidação pela não arguição no momento processual oportuno. Preclusão. Pena-base acima do mínimo legal. Referência a elementos concretos. Proporcionalidade e razoabilidade do aumento. Caracterização do delito como crime comum. Alegação de ofensa a dispositivo de convenção internacional ratificada pelo Brasil. Inexistência. Recurso desprovido. Regime inicial. Concessão de *habeas corpus* de ofício. [...] 6. É flagrante o constrangimento ilegal em relação à fixação do regime inicial fechado com base no art. 1º, § 7º, da Lei de Tortura. 7. Com a declaração pelo Pretório Excelso da inconstitucionalidade do regime integral fechado e do § 1º do art. 2º da Lei de Crimes Hediondos, com redação dada pela lei nº 11.464/2007 – também aplicável ao crime de tortura –, o cumprimento da pena passou a ser regido pelas disposições gerais do Código Penal. Porém, consideradas desfavoráveis as circunstâncias judiciais do caso concreto, cabível aplicar inicialmente o regime prisional semiaberto, atendendo ao disposto no art. 33, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal. 8. Recurso desprovido. *Habeas corpus* concedido, de ofício, para fixar o regime semiaberto para o início do cumprimento da pena privativa de liberdade imposta aos recorrentes (REsp 1299787/PR, Rel.ª Min. Laurita Vaz, Quinta Turma, j. em 10/12/2013, *DJe* 3/2/2014).

No presente caso, tendo em conta que as circunstâncias judiciais do art. 59 são favoráveis, que os réus são primários e que o *quantum* da pena fixada permite (2 anos, 8 meses e 20 dias de reclusão) divirjo parcialmente do meu culto colega para fixar o regime aberto como inicial para o cumprimento da reprimenda corporal fixada aos réus.

E, tendo em vista a fixação do regime aberto para o cumprimento da pena de reclusão, a despeito da decisão do Supremo Tribunal Federal, entendo que a expedição de mandado de prisão mostra-se desproporcional e desnecessária, mormente se considerarmos as peculiaridades que envolvem o regime aberto, que se caracteriza pela concessão de uma maior autonomia ao apenado, baseada na sua autodisciplina e no seu senso de responsabilidade, nos termos do art. 36 do Código Penal.

Ademais, não é toda comarca que conta com estabelecimento prisional adequado a essa modalidade de regime, o que pode implicar em uma constrição de liberdade mais gravosa do que aquela pela qual o réu foi condenado.

Diante disso, divirjo parcialmente de Sua Excelência para, de ofício, fixar o regime aberto para o início do cumprimento das penas de W.R.G., J.S.S. e J.E.S.S., nos termos do art. 33, § 2º, "c", do Código Penal.

Deixo, ainda, de determinar a expedição de mandado de prisão em desfavor dos réus.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AOS RECURSOS, COM ALTERAÇÕES DE OFÍCIO, VENCIDO, EM PARTE, O VOGAL.

• • •

Desaforamento - Art. 427 do Código de Processo Penal - Homicídio qualificado - Dúvida fundada sobre a imparcialidade dos jurados - Existência de elementos que autorizam a medida excepcional - Manifestação favorável do Juízo *a quo* - Pedido deferido

- O desaforamento é medida de exceção ao princípio geral da competência em razão do lugar, motivo pelo qual o seu deferimento está condicionado à preexistência de uma ou mais das hipóteses previstas no atual art. 427 do Código de Processo Penal.

- A dúvida fundada sobre a imparcialidade dos jurados autoriza o desaforamento do julgamento de réu pronunciado pela prática do crime de homicídio qualificado, principalmente quando o Juiz local se mostra favorável à medida excepcional. Precedentes.

DESAFORAMENTO JULGAMENTO Nº 1.0000.18.007113-6/000 - Comarca de Mesquita - Requerente: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Requerido: Juiz de Direito da Vara Única da Comarca de Mesquita - Vítima: C.B.M. - Interessados: F.C.S., L.A.S.S. - Relator: DES. RENATO MARTINS JACOB

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em DEFERIR O DESAFORAMENTO.

Belo Horizonte, 14 de junho de 2018. - *Renato Martins Jacob* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. RENATO MARTINS JACOB - Trata-se de pedido formulado pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais, com base no art. 427 do Código de Processo Penal, pretendendo seja deslocado o julgamento da ação penal que move em desfavor de L.A.S.S. e F.C.S., este último pronunciado como incurso nas sanções do art. 121, § 2º, incisos I e IV, do Código Penal.

O il. Promotor de Justiça destaca a periculosidade do requerido e do codenunciado L.A.S.S. e de seus familiares, que estão envolvidos em inúmeros crimes, incutindo grande temor em toda a população local.

Ressalta a presença de indícios quanto à articulação para o homicídio de uma das testemunhas, o que só não foi concretizado em razão da prisão de F.

Destaca, assim, que a imparcialidade do Conselho de Sentença estará ameaçada, caso a sessão de julgamento seja realizada na Comarca de Mesquita, podendo os jurados sofrer fortes influências em razão da gravidade do delito e da periculosidade do acusado, dos codenunciados e de seus familiares.

Por fim, aduz que o deslocamento do julgamento também se justifica por ser medida de interesse da ordem pública.

Pede, liminarmente, seja determinada a suspensão do julgamento pelo júri. No mérito, pugna pela procedência do pedido, desaforando-se o julgamento da Ação Penal nº 0417.17.000148-7, cujos acusados são L.A.S.S. e F.C.S, para a Comarca de Belo Horizonte.

O pedido veio instruído com os documentos de f. 18/520.

O trânsito em julgado da decisão de pronúncia foi certificado à f. 21.

Liminar por mim indeferida às f. 524/526, porquanto não comprovada a designação de data para o julgamento em plenário, não demonstrando, assim, o *periculum in mora*.

Informações prestadas pela autoridade judicial à f. 532, oportunidade em que ratificou o entendimento do il. Promotor de Justiça, ressaltando que, em outro processo, com relação à mesma vítima, impetrado pelo irmão de F., foi deferido o desaforamento para a Comarca de Belo Horizonte pelos mesmos motivos.

A Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se às f. 561/561-v., opinando pelo deferimento do pedido.

A defesa alega ausência de provas concretas acerca das alegações ministeriais, argumentando que somente suposições ou boatos não justificam o desaforamento. Ressalta, ainda, que grandes transtornos seriam causados à família do acusado, por ter que se deslocar para outra cidade (f. 559/560).

Sucintamente relatado, passo a decidir.

Inicialmente, registro que, no bojo dos autos de nº 0417.17.000148-7, apura-se, exclusivamente a conduta atribuída ao acusado F.C.S., já que, em relação ao codenunciado L.A.S.S., foi determinado o desmembramento, não havendo comprovação da prolação de eventual decreto de pronúncia contra si, o que inviabiliza a análise do pedido de desaforamento a seu respeito (art. 427, § 4º, CPP).

Vencida tal premissa, registro que o desaforamento configura medida excepcional, pela qual se procede à alteração da competência territorial para o julgamento pelo Tribunal do Júri, submetendo o agente a foro estranho ao da consumação do delito.

Justamente por isso, somente é admissível quando a situação se enquadrar em uma das hipóteses do rol previsto no art. 427, *caput*, e art. 428, ambos do Código de Processo Penal, *in verbis*:

> Art. 427. Se o interesse da ordem pública o reclamar ou houver dúvida sobre a imparcialidade do júri ou a segurança pessoal do acusado, o Tribunal, a requerimento do Ministério Público, do assistente, do querelante ou do acusado ou mediante representação do Juiz competente, poderá determinar o desaforamento do julgamento para outra comarca da mesma região, onde não existam aqueles motivos, preferindo-se as mais próximas.
>
> Art. 428. O desaforamento também poderá ser determinado, em razão do comprovado excesso de serviço, ouvidos o juiz presidente e a parte contrária, se o julgamento não puder ser realizado no prazo de 6 (seis) meses, contado do trânsito em julgado da decisão e pronúncia.

No caso, o pedido do Ministério Público fundamentou-se no art. 427 do Código de Processo Penal, mais especificamente na existência de dúvida acerca da imparcialidade dos jurados.

Para que seja autorizado o deslocamento de competência sob tal argumento, cediço que não bastam meras suposições ou ilações sobre a neutralidade do Conselho de Sentença; é imprescindível que o requerente

traga provas inequívocas de que, se o requerido for julgado na comarca originalmente competente, poderá ser prejudicado ou indevidamente beneficiado por decisão contaminada pela parcialidade dos jurados.

A propósito:

> O desaforamento - que atua como causa derrogatória da competência do Júri - reveste-se do caráter de medida absolutamente excepcional. O réu deve ser julgado no lugar em que supostamente cometeu o delito que lhe foi imputado. A mera alegação de parcialidade dos jurados, desacompanhada de qualquer comprovação idônea e eficaz, não basta para justificar o desaforamento (STF - HC - Rel. Celso de Mello - RT 701/408).
>
> A mera alegação de parcialidade dos jurados, desacompanhada de qualquer comprovação idônea e eficaz não basta para justificar o desaforamento (TJSP, Processo 321.411-3, Rel. Canguçu de Almeida, *DJ* de 5/2/2001).

Sobre o tema, leciona, com propriedade, Hermínio Alberto Marques Porto:

> É o desaforamento um ato excepcional da instância superior, modificador da regra de competência territorial e com restrita aplicação do procedimento do Júri. Porque o crime deve ser julgado na comarca em que foi praticado (art. 70), firmada a competência do Tribunal do Júri pela decisão de pronúncia transitada em julgado, terá caráter excepcional a mudança de foro para julgamento (art. 424) determinada pela decisão que determina o desaforamento, decisão que derroga regra de competência territorial por satisfeitos requisitos da lei, e que também é excepcional por afastar o julgamento da causa pelos cidadãos do local do crime. Assim, os pressupostos do desaforamento devem estar seguramente definidos, não devendo ser esquecido que a medida enseja reflexos na defesa técnica e na assistência da acusação e representados pela necessária locomoção para nova comarca, bem como reflexos em relação ao acusado (PORTO, Hermínio Alberto Marques. *Júri*: procedimento e aspectos do julgamento. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 103-104).

A meu ver, o requerente se desincumbiu satisfatoriamente de tal ônus, ao trazer evidências bastantes de que a imparcialidade do Conselho de Sentença pode ser comprometida em razão do fundado receio dos jurados de sofrerem represálias, caso F. venha a ser condenado, o que impediria que eles julgassem de acordo com a íntima convicção.

C.B.M., supostamente morto pelo requerido F., já havia sido alvo de tentativa de homicídio, atribuída a "J.", irmão de F. Em razão do parentesco entre os possíveis autores, estabeleceu-se uma linha investigativa de que o homicídio fora praticado para eliminar provas da tentativa de homicídio.

Para elucidar os episódios e confirmar as suspeitas dos policiais, foi requerida interceptação telefônica, em que foram descobertas diversas estratégias, concatenadas, de familiares dos acusados para evitar a responsabilização criminal dos envolvidos.

Inicialmente, apurou-se que R.B. e L., respectivamente irmã e mãe de "J.", receberam diversas informações quanto ao julgamento de "J.", notadamente quanto à data da sessão e qualificação dos jurados, as quais, ao que tudo indica, foram repassadas por I., esposa de "J.B.", servidora municipal cedida ao fórum (f. 72/73 e 123).

Foram juntadas evidências de que, após serem informadas acerca dos jurados sorteados, passaram a abordar os jurados, diretamente ou por intermédio de terceiros, para induzi-los a absolver "J." (f. 75/81), constando, em uma das interceptações, a informação de que um dos jurados votaria a favor da absolvição de "J." (f. 78).

C.O.S., um dos jurados convocados para o júri de "J.", confirmou ter sido procurado por R., o que lhe causou grande constrangimento, acrescentando, ainda, terem sido ouvidos boatos de que ela e seus familiares estavam à procura de outros jurados (f. 516/517).

C.O.A. disse não ter sido convocada, mas, de todo modo, não gostaria de participar do julgamento, por temer represálias da família e dos irmãos de "J.B.", pois são pessoas perigosas, devido ao envolvimento em vários crimes (f. 518/519).

Consta, ainda, que os "B." são conhecidos como pessoas ligadas ao crime de pistolagem e diversos outros delitos e, por isso, são muito temidos na região, havendo indicativos de que a simples menção ao nome do pai de "J." e F. seria suficiente para amedrontar os jurados.

Acresça-se a tais elementos conversa em que "J.", mesmo preso, telefonou para seu pai, orientando-o a procurar o pai de C., testemunha nos dois eventos, visando obter um depoimento favorável dela (f. 83). Como se não bastasse, os familiares chegam a cogitar a hipótese de ceifar a vida de C. (f. 90, 94, 99/100 e 127).

Importante mencionar, ainda, que, durante a audiência de instrução referente à tentativa de homicídio, os investigadores perceberam que R. e A. haviam se posicionado no sentido de intimidar as pessoas que entravam (f. 455/457).

Enfim, há diversos elementos de convicção a indicar que a família dos "B." estava orquestrada para forçar a absolvição de "J.", irmão do ora requerido, o que, inclusive, ensejou o deferimento do desaforamento pela 1ª Câmara Criminal deste Tribunal (Autos nº 1.0000.17.044691-8/000). Por outro lado, pela forte influência da família na região, é grande o risco de que também tentem interferir no resultado do presente julgamento, até porque, mesmo ciente de que estavam sendo interceptados, não hesitaram em continuar com a procura dos jurados e com a intimidação de testemunha.

Como se não bastasse, o Juiz da causa, nas informações de f. 532, manifestou-se pela procedência do pedido de desaforamento, nos seguintes termos:

> Há fundado receio acerca da parcialidade dos jurados quanto ao julgamento do pronunciado F.C.S., relativamente ao processo 0417.17.00014-7, pois existem informações a respeito do temor causado pelo réu e familiares, em relação aos munícipes.
>
> E a Cidade/Comarca de Mesquita é pequena, onde todos se conhecem, sendo que a fama da família 'dos B.', como são conhecidos, é de que são perigosos, o que, de fato, causa real e justificado temor na população local, o que poderia influenciar os jurados quando do julgamento pelo Tribunal do Júri.
>
> Ressalte-se que há notícia de que a família do réu envidaria esforços para, efetivamente, influenciar os jurados quando do julgamento pelo Tribunal do Júri.

Não se pode perder de vista que a opinião do Magistrado é de suma relevância para a análise do pedido de desaforamento, considerando que ninguém melhor que ele é capaz de esclarecer a real situação fática na comarca, pois a ordem pública e a imparcialidade dos jurados são do seu conhecimento direto.

Consoante entendimento já sedimentado,

> a manifestação do Juiz, em informações atualizadas e precisas, revela-se de fundamental importância - ante a idoneidade de que se reveste a sua opinião - na apreciação do pedido de desaforamento [...] (STF, RT 701/408).

Cumpre lembrar que a medida excepcional de desaforamento não ofende o princípio do juiz natural, configurando, a bem da verdade, garantia, tanto do acusado quanto da sociedade, de um julgamento justo e imparcial, célere ou como forma de preservação da integridade física do agente.

Trata-se, na lição de Eugênio Pacelli de Oliveira e Douglas Fischer, de uma relativização do princípio do juiz natural (territorial),

> garantindo que o julgamento não somente seja justo (pelo prisma da ausência de influências externas indevidas sobre o corpo de jurados), como também se possa garantir a segurança pessoal do réu (OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de; FISCHER, Douglas. *Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 857).

In casu, conclui-se que os fatos narrados pelo requerente (Ministério Público) e confirmados pelo Magistrado demonstram, de forma inequívoca, que a imparcialidade do Conselho de Sentença pode ser comprometida pela indevida interferência dos familiares.

Assim, tenho que o desaforamento é medida de rigor para que seja garantida a serenidade e imparcialidade do corpo de jurados.

Quanto à comarca destinatária, creio que o desaforamento para cidades próximas a Mesquita não atenderia a função instrumental deste instituto, tendo em vista que o temor social e a influência do acusado e de seus familiares ("grupo dos B.") ultrapassam os limites da comarca de origem, afetando as cidades vizinhas, tanto que pretendiam entrar em contato e aliciar jurados de outras cidades.

Diante do exposto, julgo procedente o pedido ministerial para determinar o desaforamento do julgamento dos autos de nº 0417.17.000148-7, relativos ao acusado F.C.S., da Comarca de Mesquita/MG para a Comarca de Belo Horizonte/MG, obedecidas as formalidades legais.

Comunique-se o MM. Juiz de Direito da Comarca de Mesquita para as providências cabíveis.

Custas, *ex lege*.

Votaram de acordo como o Relator os DESEMBARGADORES NELSON MISSIAS DE MORAIS e MATHEUS CHAVES JARDIM.

Súmula - DEFERIRAM O DESAFORAMENTO.

• • •

Agravo em execução - Remição da pena pelo trabalho desempenhado - Contagem do período em dias - Consideração de jornada de oito horas diárias - Período corrigido

- O art. 126 da LEP prevê o desconto de um dia de pena para cada três de trabalho, exigindo o art. 33 da mesma lei uma jornada diária de trabalho de, no mínimo, seis e, no máximo, oito horas.

- Assim, tendo o agravado laborado 133 dias, por oito horas diárias, correto que a remição seja de 44 dias, uma vez que condizente com o número diário trabalhado.

- Provimento ao recurso é medida que se impõe.

AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL Nº 1.0324.16.007503-6/002 - Comarca de Itajubá - Agravante: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Agravado: L.A.S. - Relator: DES. ANTÔNIO CARLOS CRUVINEL

Acórdão

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

Belo Horizonte, 14 de abril de 2018. - *Antônio Carlos Cruvinel* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. ANTÔNIO CARLOS CRUVINEL - Presentes os pressupostos de admissibilidade, conhece-se do recurso.

Trata-se de agravo em execução penal interposto pelo órgão ministerial em face da decisão de f. 15/16, que declarou remidos 59 (cinquenta e nove) dias da pena imposta ao agravado pelo trabalho executado nos períodos compreendidos entre junho a agosto de 2017, considerando-se a carga horária mínima de seis horas diárias de jornada de trabalho.

Nas razões recursais de f. 3/8, pleiteia o agravante a reforma da decisão para que seja considerada para efeitos de remição da pena a contagem em dias trabalhados - um dia de pena remida para cada três dias de trabalho - e não computados em horas. Aduz que a decisão afronta a regra do art. 126 da Lei de Execução Penal, uma vez que a remição não está vinculada ao montante de horas trabalhadas, mas ao número de dias em que o apenado desenvolveu atividades laborativas dentro dos limites de carga horária dispostos em lei.

Contrarrazões às f. 17/20.

Juízo de retratação, f. 21, pela manutenção da decisão agravada.

É o relatório, em síntese.

Consta do instrumento de agravo que o reeducando, em resgate da pena privativa de liberdade que lhe foi imposta, trabalhou 1.064 horas, no período de maio a outubro de 2017.

Requerida a remição da pena, o MM. Juiz *a quo* deferiu o pedido, uma vez que o apenado trabalhou efetivamente 177 (cento e setenta e sete) dias no período referido alhures, considerando uma jornada de seis horas diárias, totalizando 59 (cinquenta e nove) dias remidos.

Observa-se que o douto magistrado levou em consideração o período de seis horas de trabalho executado para considerar como um dia de trabalho, embora o período de trabalho desenvolvido tenha sido de oito horas diárias. Isso se deu porque, em data anterior, decidindo-se acerca de outro período aquisitivo de remição, este Relator, acompanhado pelos demais integrantes da turma julgadora, permitiu que fosse levado a efeito de remição o período aquisitivo de seis horas diárias como um dia de trabalho, considerando-se três dias de trabalho como um dia de pena remida.

Assim entendia este Relator, porque nada impede ao magistrado considerar como um dia de trabalho o período compreendido entre seis horas de desempenho em atividade laborativa, para se chegar ao *quantum* de pena que seria remido, uma vez que, dentro do limite mínimo de horas exigido na lei, especificamente o art. 33 da LEP, que estabelece que a jornada normal de trabalho não seja inferior a seis nem superior a oito horas, com descanso nos domingos e feriados.

O fito era de aplicar a lei de forma mais favorável ao réu, levando-se em consideração como um dia de trabalho a carga diária mínima de seis horas, período este, inclusive, sugerido como alternativa no atestado de trabalho para fins de remição.

Contudo, como os demais integrantes desta Câmara têm, de maneira inflexível, considerado para cálculo de contagem da remição tão somente o dia de trabalho, seja ele de seis ou de oito horas, este Desembargador, visando a uniformizar o entendimento da Turma Julgadora, a fim de evitar maiores discussões acerca do tema, passou a adotar o mesmo entendimento, embora ainda não seja pacificado neste tribunal nem nos tribunais superiores.

E tal entendimento se dá pela leitura do art. 126 da Lei de Execução Penal, com as alterações trazidas pela Lei nº 12.433, de 2011.

> 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;
>
> II - 1 (um) dia de pena a cada 3 (três) dias de trabalho.
>
> § 2º As atividades de estudo a que se refere o § 1º deste artigo poderão ser desenvolvidas de forma presencial ou por metodologia de ensino a distância e deverão ser certificadas pelas autoridades educacionais competentes dos cursos frequentados.
>
> § 3º Para fins de cumulação dos casos de remição, as horas diárias de trabalho e de estudo serão definidas de forma a se compatibilizarem.

Assim, mostra-se o escólio de Júlio Fabbrini Mirabete, em *Execução Penal*, 6. ed.:

> [...] A remição é instituto em que, pelo trabalho, se dá como cumprida parte da pena. Pelo desempenho da atividade laborativa o preso resgata uma parte da sanção, diminuindo o tempo de sua duração. Não

> há, tecnicamente, um abatimento do total da pena; o tempo remido é contado como de execução da pena privativa de liberdade. E já se tem decidido que o tempo de pena remido deve ser computado como de pena privativa de liberdade cumprida pelo condenado e não simplesmente abatido do total da sanção aplicada. [...].

Decerto, o artigo acima destacado não estabelece que a remição por trabalho seja realizada por horas trabalhadas, mas, sim, por dias. E os dias devem guardar sintonia com as horas de trabalho desempenhadas; se trabalhadas oito horas ou seis horas, será considerado como um dia de trabalho.

Nesse sentido tem decidido o Superior Tribunal de Justiça:

> Processo penal. Recurso especial. Execução penal. Remição. Jornada normal. Divisor em número de dias de trabalho. Interpretação do art. 126, § 1º, II, da Lei nº 7.210/1984, em conjunto com o art. 33 do mesmo diploma legal. Divisor em número de horas de trabalho permitido apenas em caso de jornada extraordinária. 1. O art. 126, § 1º, II, da Lei de Execução Penal, é claro ao afirmar que a contagem do tempo a ser remido será feita com base em dias, e não em horas de trabalho. Assim, se o trabalho do preso se restringir ao lapso temporal considerado pela lei como jornada normal (seis a oito horas diárias - art. 33), deve ser considerado como um dia, para efeito de remição. 2. A definição da jornada normal de trabalho do preso, dentro do lapso temporal previsto em lei, deve ocorrer, no caso concreto, com base nas peculiaridades do trabalho a ser desenvolvido e do esforço, para tanto, necessário. Dessa forma, como já existe critério razoável para a diferenciação da jornada, com base na maior ou menor exigência de esforço para o trabalho, justifica-se que, dentro do intervalo legal (seis a oito horas), a jornada seja sempre considerada como um dia, para efeito de remição. 3. Apenas em caso de horas extraordinárias (entenda-se: superiores a oito horas diárias), estas devem ser computadas em separado, utilizando-se o divisor em horas, com base no mínimo previsto em lei (seis horas), por ser esse o entendimento que melhor se coaduna com a finalidade do instituto da remição. Precedentes. 4. No caso, o próprio recorrido informou que a sua jornada de trabalho era de oito horas, de sorte que a remição deve mesmo ser calculada com base no número de dias de trabalho, como efetuado pelo Juízo de primeiro grau, ficando afastado o critério utilizado pelo Tribunal de origem, segundo o qual a cada dezoito horas de trabalho considerava-se remido um dia da pena. 5. Recurso especial provido. Por esta razão, é de entender que a remição de pena é um direito assegurado ao apenado de ver abatidos como pena cumprida os dias em que trabalhou e estudou, gerando a decisão que concede a remição coisa julgada material, diferentemente do fundamento apresentado na decisão agravada (REsp 1302924/RS, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, j. em 26/2/2013, *DJe* de 6/3/2013).

Assim, considerando-se que o agravado laborou por oito horas diárias, por 133 (cento e trinta e três) dias, é de se considerar, para efeito de remição, 44 (quarenta e quatro) dias da pena como cumpridos.

Com estas razões, dá-se provimento ao recurso para modificar a decisão agravada e declarar remidos 44 (quarenta e quatro) dias de pena, nos termos deste voto.

Custas na forma da lei.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES PAULO CÉZAR DIAS e FORTUNA GRION.

Súmula - DERAM PROVIMENTO AO AGRAVO.

• • •

Execução penal - Apenado não localizado para iniciar cumprimento da pena restritiva de direitos - Pedido de ofício às operadoras de telefonia celular - Impossibilidade - Dever do apenado de manter o endereço atualizado perante o juízo da execução - Agravante patrocinado por defensor público - Isenção de custas - Custas - Suspensão da exigibilidade do pagamento concedida

- É dever do apenado manter seu endereço atualizado perante o juízo da execução, sendo descabida a expedição de ofício às operadoras de telefonia celular para que forneça tal informação.

- O julgamento da Arguição de Inconstitucionalidade nº 1.0647.08.088304-2/002 pelo Órgão Especial deste eg. Tribunal considerou inconstitucional o art. 10, II, da Lei estadual nº 14.939/03, em virtude do vício de iniciativa, sendo, portanto, imperativa a aplicação da regra da Lei 1.060/50 (com as alterações procedidas pela Lei nº 13.105/2015 - NCC) aos comprovadamente hipossuficientes financeiramente.

AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL Nº 1.0024.17.019751-1/001 - Comarca de Belo Horizonte - Agravante: G.V.F. - Agravado: 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 PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 20 de junho de 2018. - *Cássio Salomé* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. CÁSSIO SALOMÉ - Trata-se de Agravo em Execução interposto por G.V.F. contra a decisão do MM. Juiz de Direito da Vara de Execuções Criminais da Comarca de Belo Horizonte, que indeferiu o pedido de expedição de ofício a operadoras de telefonia celular para que informem o endereço atualizado do agravante, com o propósito de que este possa ser intimado sobre a audiência admonitória para dar início ao cumprimento das penas restritivas de direitos impostas em seu desfavor.

Alega o recorrente, em suas razões recursais (f. 02/06), que é dever do juiz da execução cientificar o apenado do início da execução da pena, nos termos do art. 149, II, da LEP. Pugna, portanto, pela reforma da decisão, para que seja deferido o pedido de expedição de ofício a empresas de telefonia, a fim de que informem o atual endereço do agravante.

Em contrarrazões, o *Parquet* pugnou pela manutenção da r. decisão recorrida em seus precisos termos (f. 08/11).

Em juízo de retratação, o ilustre Julgador Singular manteve sua decisão (f. 12/12-v).

A d. Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo não provimento do recurso, f. 31/33.

É o relatório.

Conheço do recurso, uma vez que presentes os pressupostos de admissibilidade e processamento.

Depreende-se dos autos que o condenado G.V.F. foi apenado nas sanções do art. 184, § 2°, do CP, à pena privativa de liberdade de 02 (dois) anos de reclusão, substituída a reprimenda por penas restritivas de direito (atestado de penas - f. 29).

Porém, conforme se extrai do documento de f. 26-v, ao tentar-se intimar o agravante para a audiência admonitória a fim de iniciar o cumprimento das penas restritivas impostas, não foi possível encontrá-lo no endereço constante dos autos.

Em consequência, o il. Defensor Público requereu a expedição de ofício a empresas de telefonia celular, a fim de que fosse informado o atual endereço do reeducando, o que foi indeferido pelo d. Juízo *a quo*, ao fundamento de ser obrigação do sentenciado manter seu endereço atualizado junto à Vara de Execuções Criminais (f. 26/27).

Inconformado com referido *decisum*, o apenado interpôs o presente recurso.

Todavia, entendo que razão não lhe assiste.

Nos termos do art. 149, II, da Lei 7.210/84, sendo aplicada penas restritivas de direitos, cabe ao Juízo da execução a intimação do condenado a fim de cientificá-lo do início do cumprimento da pena e da forma como se dará.

Caso não seja localizado o apenado, cabe tão somente ao magistrado a sua intimação ficta, via edital.

Nesse sentido, leciona Guilherme de Souza Nucci:

> Transitando em julgado a sentença condenatória, é medida consequencial o chamamento do réu para dar início o cumprimento da pena restritiva de direitos imposta (art. 149, II, LEP). A intimação poderá ser providenciada pelo juiz da condenação ou da execução penal, conforme organização judiciária local. Entretanto, não sendo encontrado no endereço constante dos autos, porque alterou sem a necessária comunicação, será intimado por edital, de maneira ficta [...] (*Leis penais e processuais comentadas*. 4. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2009, p. 579).

É que, como cediço, não cabe ao Juízo da execução realizar diligências para localização de condenados que são beneficiados com substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Ao contrário, é obrigação do sentenciado manter atualizado o local onde pode ser encontrado pela Justiça, de forma a viabilizar a manutenção da benesse penal concedida. Se assim não cuidou, não cabe ao Judiciário, como condição prévia de rever a substituição da pena, diligenciar junto aos órgãos públicos para localizar o endereço onde possa ser encontrado o apenado.

Com efeito, incumbir ao Poder Judiciário a obrigação de oficiar unidades de Poderes como o TRE, qualquer outro órgão ou entidade que mantenha cadastros de cidadãos reverte a lógica da execução penal para os casos de substituição de reprimenda. É que tal benesse pressupõe o compromisso do condenado com o órgão executivo penal. Se o condenado quebra esse vínculo, afastando-se do local de contato sem comunicar

ao Juízo, demonstra que não faz jus à substituição imposta. Além disso, acarreta atraso da execução da pena, o que pode levar à prescrição da pretensão executória, contribuindo, assim, para a impunidade daqueles que, submetidos a julgamento regular, já foram condenados pela prática de ato tipificado como crime.

Ademais, a jurisprudência deste eg. Tribunal é nesse mesmo sentido:

> Agravo em execução penal. Pena privativa de liberdade substituída por restritiva de direitos. Réu não encontrado para cumprimento da reprimenda. Expedição de ofícios para localização. Obrigação do sentenciado e da defesa de informar endereço atual. Recurso desprovido. - É obrigação da defesa e do próprio sentenciado informar seu atual endereço ao Juízo da Execução, não havendo desacerto na decisão que indeferiu o pedido de expedição de ofício ao TRE para localização do sentenciado (Des. Herbert Carneiro - Agravo nº 1.0000.09.510712-4/001 - j. em 7/4/2010).

No caso em tela, conforme dito acima, constata-se que o d. Juízo da execução determinou a intimação do apenado para que iniciasse o cumprimento das penas restritivas de direitos impostas, procedendo, pois, conforme determina o art. 149, II, da Lei nº 7.210/84. Contudo, diante da não localização do reeducando e considerando que não incumbe ao magistrado realizar diligências para localização de condenados beneficiados com substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, verifica-se que foi acertada a decisão que indeferiu o pedido de expedição de ofício às operadoras de telefonia celular, apresentado pela Defesa (a fim de apurar o endereço do reeducando).

Ora, o agravante já foi beneficiado com a substituição da pena corporal por restritivas de direitos, e mesmo assim furta-se a cumpri-la, não podendo o Estado, em benevolência, tentar suprir a indiferença do apenado em cumprir o benefício a ele concedido. No ensinamento do jurista Guilherme de Souza Nucci:

> A substituição da pena privativa de liberdade já foi um benefício conseguido pelo agente na sentença condenatória. Não é cabível decepcionar o Estado, que confiou na sua condição moral e na sua responsabilidade para cumpri-la, sem necessidade da utilização de qualquer mecanismo de coerção. Assim, não ocorrendo, a única alternativa viável é a conversão em pena privativa de liberdade novamente (*Leis penais e processuais penais comentadas*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 543).

Desta forma, não se vislumbra qualquer violação ao disposto no art. 149, II, da Lei 7.210/84 tampouco violação dos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, uma vez que foi oportunizado à defesa manifestar-se em todas as fases processuais.

Por fim, quanto às custas processuais, esclareço que, recentemente, me reposicionei acerca da matéria, em virtude do julgamento da Arguição de Inconstitucionalidade nº 1.0647.08.088304-2/002 pelo Órgão Especial deste eg. Tribunal, que considerou inconstitucional o art. 10, II, da Lei estadual nº 14.939/03, em virtude do vício de iniciativa.

Dessa forma, as custas serão realmente devidas em virtude da condenação penal, ao teor do disposto no art. 804 do CPP, porém, entendo por bem conceder a suspensão da exigibilidade de seu pagamento, nos termos da Lei nº 1.060/50 (com as alterações procedidas pela Lei nº 13.105/2015 - NCPC), considerando sua hipossuficiência financeira evidenciada nos autos (assistido por defensor público).

Ante o exposto, dou parcial provimento ao recurso apenas para conceder a suspensão da exigibilidade do pagamento das custas processuais.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES AGOSTINHO GOMES DE AZEVEDO e SÁLVIO CHAVES.

Súmula - DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO.

• • •

Habeas corpus - Execução penal - Cumprimento de pena no regime fechado - Condenado portador de enfermidade grave - Possibilidade de receber tratamento no presídio - Necessidade do recolhimento domiciliar não comprovada

- O recolhimento domiciliar, via de regra, é benefício restrito aos condenados que cumprem pena no regime aberto e preenchem um dos requisitos dispostos no art. 117 da Lei de Execução Penal.

- Ao condenado portador de enfermidades graves, preso em regime fechado, só se defere, excepcionalmente, o recolhimento domiciliar quando restar demonstrado que o estabelecimento prisional onde se encontra recolhido não tem condições de oferecer-lhe tratamento adequado.

***HABEAS CORPUS* CRIMINAL Nº 1.0000.18.033040-9/000 - Comarca de Jequitinhonha - Paciente: F.S.G. - Autoridade Coatora: Juiz de Direito da Vara Única da Comarca de Jequitinhonha - Relator: DES. FORTUNA GRION**

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, à unanimidade, em DENEGAR A ORDEM.

Belo Horizonte, 26 de junho de 2018. - *Fortuna Grion* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. FORTUNA GRION - Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de F.S.G., contra ato tido por ilegal e praticado pelo MM. Juiz de Direito da Vara de Execuções Penais da Comarca de Jequitinhonha, objetivando, com o *writ*, a concessão do benefício do recolhimento domiciliar.

Assevera o impetrante, em síntese, que o paciente faz jus ao benefício do recolhimento domiciliar, em razão de estar extremamente debilitado por doença grave, o que torna inviável o seu acautelamento em unidade prisional.

Alega, ademais, que o paciente foi beneficiado com a situação especial de recolhimento domiciliar durante a instrução processual, em razão de seu estado de saúde. Todavia, com o advento da sentença condenatória, o Magistrado *a quo* determinou a expedição de mandado de prisão em seu desfavor.

Aduz, ainda, que o paciente é portador de doença renal crônica e, em razão da falta de estrutura dos presídios para atender às orientações nutricionais para pacientes de hemodiálise, a situação especial de recolhimento domiciliar é medida necessária.

Sustenta, por fim, que o paciente possui bons antecedentes e não se dedica a atividades criminosas.

Nisso amparado, pleiteia o deferimento da liminar e, no mérito, a concessão da ordem para que seja concedido ao paciente o benefício do recolhimento domiciliar.

Pleito liminar indeferido às f. 76/77.

Prestadas as informações pela autoridade indigitada coatora, os autos foram remetidos à douta Procuradoria-Geral de Justiça que, no parecer de f. 80/82, opinou pelo não conhecimento da ordem e, no mérito, por sua denegação.

É, no essencial, o relatório.

Decido.

Pretende a defesa, com o *mandamus*, seja concedido ao paciente o benefício do recolhimento domiciliar.

Penso razão não assistir ao impetrante.

Consta dos autos que o paciente foi beneficiado, durante a instrução criminal, com o benefício do recolhimento domiciliar, devido à superlotação da unidade prisional e à falta de estrutura para que ele recebesse o tratamento adequado para sua enfermidade na unidade prisional.

Ocorre que, consoante se extrai da decisão que indeferiu o pedido de recolhimento domiciliar (f. 73/74), sobreveio nova condenação em desfavor do paciente – autos nº 0358.17.002148-1 – tendo este sido submetido à pena privativa de liberdade de 11 anos e 6 meses de reclusão, a ser cumprida em regime inicialmente fechado, pela prática do delito de tráfico de substância entorpecente, ocasião em que foi denegado ao réu o direito de recorrer em liberdade, tendo sido expedido em seu desfavor o respectivo mandado de prisão, bem como a guia de execução provisória, cuja soma ultrapassa os 17 anos de reprimenda.

Por oportuno, ressalto que o art. 117 da Lei de Execução Penal, em seu rol taxativo, admite a prisão domiciliar para condenados que cumprem pena no regime aberto. Vejamos:

> Art. 117. Somente se admitirá o recolhimento do beneficiário de regime aberto em residência particular quando se tratar de:
>
> I - condenado maior de 70 (setenta) anos;
>
> II - condenado acometido de doença grave;
>
> III - condenada com filho menor ou deficiente físico ou mental;
>
> IV - condenada gestante.

Também é certo que a jurisprudência, inclusive dos Tribunais Superiores, têm, excepcionalmente, admitido, em face das peculiaridades do caso, cumpra o apenado, em regime diverso do aberto, o remanescente da sanção em prisão domiciliar.

Com efeito, comprovada a necessidade de especial tratamento e a impossibilidade do presídio de fornecê-lo, não se poderia punir e colocar em risco a vida e a integridade física do condenado por simples observância de formalidade legal, sob pena de ofensa a outros princípios constitucionais como os da dignidade da pessoa humana, o direito à saúde e à vida.

Entretanto, *in casu*, vejo que a situação do apenado não se enquadra na citada exceção, de sorte que o defensor, embora tenha comprovado ser o paciente portador de doença renal crônica, não demonstrou a incapacidade do presídio de prestar assistência médica ao réu.

A propósito, vê-se através da decisão do Magistrado *a quo* acostada em f. 73 que o reeducando vem recebendo, no presídio, tratamento de saúde, adequado ao seu quadro clínico:

> [...] Como bem salientou o representante do Ministério Público, a própria direção do presídio sugeriu a transferência do apenado para a unidade prisional da vizinha Cidade de Itaobim, onde existe uma clínica especializada em doenças renais crônicas e que atende aos doentes renais da região, segundo informou a Secretaria de Saúde do Município de Jequitinhonha, e que pode, ao meu Juízo, atender o apenado em suas sessões de hemodiálise.
>
> Ademais, a direção do presídio de Jequitinhonha informou à f. 646 que a SAIGV autorizou a transferência do reeducando para o presídio de Itaobim, já realizada. [...] (f. 73/74).

Ora, estando o paciente segregado na unidade prisional situada na Cidade de Itaobim, exatamente onde se encontra localizada a clínica especializada em tratamento para doenças renais crônicas, seria um contrassenso conceder a ele o recolhimento domiciliar e, consequentemente, o seu retorno a Jequitinhonha, visto que teria que viajar à Itaobim constantemente para o tratamento de hemodiálise, já que a aludida clínica é a responsável por atender aos doentes renais da região.

Lado outro, não se deve perder de vista que o paciente se encontra no regime fechado, razão pela qual sua segregação não pode escapar do regramento legal conferido à espécie, no art. 34 do CP.

Ademais, considerações genéricas acerca da precariedade do estabelecimento prisional, das instalações onde o réu se encontra recolhido, de ser inapropriado para a condição humana e física, embora relevantes, não têm o condão de alterar as regras estabelecidas para cumprimento da sanção.

Aliás, as carências do sistema carcerário são observadas em boa parte das unidades e estabelecimentos espalhados pelo país e refletem, em boa parte, as próprias dificuldades observadas nas mais diversas áreas de responsabilidade estatal – saúde, educação, segurança pública – característica mesma, lamentavelmente, de nosso estágio de subdesenvolvimento econômico-social.

Logo, não há falar-se, na hipótese, em ofensa à dignidade da pessoa humana.

Ora, todos sabem da precariedade do sistema prisional e o invocam quando lhes interessam. Não se valem, entretanto, desse conhecimento, para se absterem de executar delitos.

Por fim, registro que a decisão denegatória do recolhimento domiciliar fundou-se na ausência de prova da inviabilidade de permanência do reeducando no sistema prisional, o qual tem condições de oferecer tratamento e acompanhamento necessário ao paciente.

A propósito, confira-se a orientação do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

> Execução penal. *Habeas corpus* substituto de recurso próprio. Não cabimento. Prisão domiciliar. Regimes fechados e semiaberto. Possibilidade. Direito à amamentação. Art. 83, § 2º, da LEP. Estabelecimento prisional. Existência de local reservado aos cuidados do recém-nascido. Constrangimento ilegal não verificado. *Writ* não conhecido. - 1. 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. 2. O Superior Tribunal de Justiça tem decidido que é possível a concessão de prisão domiciliar ao sentenciado, em cumprimento de pena em regime fechado ou semiaberto, quando comprovada sua debilidade extrema por doença grave e a impossibilidade de recebimento

do tratamento adequado no estabelecimento prisional. (Precedentes.) 3. A Lei de Execução Penal prevê que os estabelecimentos penais destinados a mulheres serão dotados de berçário, onde as condenadas possam cuidar de seus filhos, inclusive amamentá-los, no mínimo, até 6 (seis) meses de idade (art. 83, § 2º). 4. O simples fato de a apenada encontrar-se na condição de lactante, não havendo nenhuma excepcionalidade, não autoriza a concessão de prisão domiciliar, sobretudo se o estabelecimento prisional possui local reservado aos cuidados do recém-nascido. 4. *Habeas corpus* não conhecido (STJ, 5ª Turma, *HC* 365633/SP, Rel. Min. Ribeiro Dantas, j. em 18/5/2017, *DJe* de 25/5/2017).

Processual penal. *Habeas corpus*. Prisão preventiva. Conversão em prisão domiciliar. Paciente condenado a cumprir pena em regime fechado. Portador de doença grave. Quadro estável. Tratamento adequado prestado pelo sistema prisional e até mesmo extramuros. *Writ* não conhecido. 1. 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. Esse entendimento objetivou preservar a utilidade e a eficácia do *mandamus*, que é o instrumento constitucional mais importante de proteção à liberdade individual do cidadão ameaçada por ato ilegal ou abuso de poder, garantindo a celeridade que o seu julgamento requer. 2. As instâncias ordinárias atestaram que 'os documentos juntados pela defesa demonstram que o sentenciado vem recebendo tratamento médico adequado, já tendo saído do estabelecimento prisional para tratamento, conforme autoriza o art. 14, § 2º, c.c o art. 120, inciso II, ambos da Lei de Execução Penal' e que o paciente 'encontra-se com estado de saúde estável, sendo acompanhado por equipe e enfermagem deste Centro de Detenção Provisória e por Médico disponibilizado pela Prefeitura Municipal de Suzano. Em seu último atendimento médico, apresentou ausculta pulmonar dentro da normalidade, sendo disponibilizado ao paciente os medicamentos 'levofloxcina e dipirona'. Ademais, o Núcleo de Saúde está diligenciando novamente junto a instituição de saúde no município para que novo Raio-X de Tórax seja realizado afim de que todas as medidas possíveis sejam adotadas em relação ao paciente'. 3. Via de regra, o art. 117, *caput* e inciso II, da Lei de Execução Penal, só admite a concessão de prisão domiciliar quando o paciente encontra-se cumprindo pena no regime aberto. Excepcionalmente, este Tribunal tem entendido que mesmo no caso de regime prisional diverso do aberto, é possível a concessão de prisão domiciliar, em face de comprovada doença grave e se o tratamento médico necessário não puder ser ministrado no presídio em que se encontra o apenado. 4. No caso, todavia, apesar da gravidade do estado de saúde do paciente é notar-se que o Estado, por via do Sistema Carcerário onde cumpre pena e até mesmo extramuros, vem adotando medidas eficazes e necessárias para a preservação da sua integridade física, tanto que a doença a que está acometido encontra-se estável, não tendo a defesa, outrossim, comprovado a ausência de condições da unidade prisional, em fornecer o devido acompanhamento médico. 5. *Habeas corpus* não conhecido (STJ, 6ª Turma, *HC* 361316/SP, Rel. Min. Antônio Saldanha Palheiro, j. em 20/9/2016, *DJe* de 3/10/2016).

Mercê de tais considerações, não havendo constrangimento ilegal a ser sanado pela via do remédio heroico, denego a ordem.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES MARIA LUÍZA DE MARILAC e OCTAVIO AUGUSTO DE NIGRIS BOCCALINI.

Súmula - DENEGARAM A ORDEM.

Apelação criminal - Condução de veículo automotor sem habilitação - Dano configurado - Pena - Suspensão da permissão ou habilitação para conduzir veículo automotor - Redução - Necessidade - Receptação - Absolvição - Impossibilidade - Provas suficientes quanto à autoria delitiva - Bem de origem ilícita encontrado na posse do recorrente - Inversão do ônus da prova - Dolo comprovado - Custas - Falsa identidade - Absolvição - Inviabilidade - Reposicionamento

- Tendo a conduta de dirigir veículo automotor em via pública, sem habilitação, gerado perigo de dano, uma vez que o agente empreendeu fuga em alta velocidade, trafegando perigosamente por vias de zona urbana povoada e vindo a colidir o veículo, não há que se falar em absolvição do crime do art. 309 do CTB.

- A sanção de suspensão da permissão ou habilitação para conduzir veículo automotor deve guardar proporcionalidade com a pena privativa de liberdade cumulativamente aplicada.

- Em se tratando de crime de receptação, em que o bem é apreendido na posse do réu, inverte-se o ônus da prova, competindo ao acusado provar o desconhecimento quanto à origem ilícita da *res*.

- Sendo o réu hipossuficiente, faz jus à condição suspensiva da exigibilidade do pagamento das custas processuais pelo prazo de cinco anos, nos termos do art. 98, § 3º, do NCPC.

- Na esteira do entendimento consolidado nos Tribunais Superiores, é típica a conduta daquele que se atribui falsa identidade perante autoridade policial, ainda que em situação de alegada autodefesa.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0024.16.153163-7/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelantes: 1º) W.V.A. - 2º) F.E.F.S. - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Relator: DES. MARCÍLIO EUSTÁQUIO SANTOS

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 7ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em DAR PARCIAL PROVIMENTO AO PRIMEIRO RECURSO E NEGAR PROVIMENTO AO SEGUNDO.

Belo Horizonte, 20 de junho de 2018. - *Marcílio Eustáquio Santos* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. MARCÍLIO EUSTÁQUIO SANTOS - Perante o Juízo da 8ª Vara Criminal da Comarca de Belo Horizonte, W.V.A., devidamente qualificado, foi denunciado pela prática dos crimes previstos no art. 180, *caput*, do Código Penal, e art. 309 da Lei 9.503/97, sendo F.E.F.S., devidamente qualificado, denunciado pelos crimes previstos no art. 180, caput, e 307 do Código Penal.

Quanto aos fatos, narra a denúncia que no dia 7 de dezembro de 2016, por volta de 22h17min, na Rua [...], Bairro Palmares, cidade e comarca de Belo Horizonte, os ora apelantes foram flagrados em posse do veículo Hyundai HB20, placa OQB-1423, cientes de que se tratava de produto de crime. O condutor do veículo, W., é inabilitado, enquanto F.E., no momento da abordagem, atribuiu-se falsa identidade.

Após instrução, sobreveio a r. sentença de f. 242/255, julgando parcialmente procedente a denúncia para condenar W. a 1 (um) ano e 6 (seis) meses de prisão, em regime aberto, ao pagamento de 10 (dez) dias-multa, com o valor da unidade no mínimo legal e a 6 (seis) meses de suspensão da habilitação para dirigir, pela prática dos crimes previstos no art. 180, *caput*, do Código Penal e art. 309 da Lei 9.503/97; bem como condenar F. a 3 (três) meses de detenção, em regime semiaberto, pela prática do crime previsto no art. 307 do Código Penal. A pena privativa de liberdade imposta a W. foi substituída por duas restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária, no valor de um salário mínimo.

Inconformados com a r. sentença, os réus recorreram, f. 274 e 283.

Em razões recursais juntadas às f. 288/290, a defesa de W. requereu a absolvição, por insuficiência de provas. Eventualmente, pleiteou a desclassificação da conduta para a de receptação culposa, bem como a isenção das custas.

A defesa de F., em razões de f. 292/306, requereu a absolvição, por insuficiência de provas.

O Ministério Público, em suas contrarrazões de f. 309/313, manifesta-se pelo não provimento dos recursos.

A denúncia foi recebida no dia 27 de janeiro de 2017, f. 126, e a sentença publicada em mãos do escrivão no dia 29 de junho do mesmo ano.

Os réus foram intimados da sentença às f. 273 e 283.

A d. Procuradoria-Geral de Justiça opinou, f. 317/323, pelo não provimento dos recursos.

É, no essencial, o relatório.

Decido.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço dos recursos.

Não foram arguidas preliminares. Outrossim, não vislumbro qualquer nulidade a ser declarada de ofício, razão pela qual passo ao exame do mérito.

Em relação ao primeiro recurso, interposto em favor de W.V.A.

Quanto ao crime previsto no art. 309 do Código de Trânsito Brasileiro:

> Como é cediço, para a configuração do tipo descrito no art. 309 da Lei 9.503/97, é imprescindível a prova do potencial perigo de dano à incolumidade pública, não bastando, para tanto, a simples direção de veículo sem a devida permissão para dirigir ou habilitação.

O Supremo Tribunal Federal já se posicionou acerca da necessidade de existência de perigo concreto para a tipicidade do delito/ato infracional, sendo, inclusive, editada a Súmula neste sentido:

> Súmula nº 720. O art. 309 do Código de Trânsito Brasileiro, que reclama decorra do fato perigo de dano, derrogou o art. 32 da Lei das Contravenções Penais no tocante à direção sem habilitação em vias terrestres.

In casu, dúvidas não pairam sobre a autoria do fato, nem mesmo quanto à ocorrência do elemento do tipo "gerando perigo de dano".

É que os Policiais Militares ouvidos, tanto na fase inquisitória, quanto em juízo, foram firmes ao testemunhar que o acusado, em fuga, dirigiu o veículo em alta velocidade, realizando manobras perigosas, em local de movimentação e concentração de veículos e pessoas, gerando, assim, perigo concreto de dano, tanto que a fuga somente se findou porque ele veio a capotar o automóvel. *In verbis*:

> [...] que o condutor do veículo (posteriormente identificado como W.V.A.), desobedeceu todas as ordens de parada e as placas de sinalização existentes nas vias, causando perigo aos transeuntes e usuários das vias. Que na Avenida Arthur Guimarães, altura do nº 850, Bairro Santa Cruz, W. perdeu o controle direcional devido a manobras arriscadas durante a fuga, vindo a abalroar o veículo Celta de cor cinza, placa GWF-8408 que trafegava em mesmo sentido; que, devido à alta velocidade, o HB20 veio a capotar, e dois dos ocupantes que estavam no interior do veículo perseguido evadiram pelas ruas do Bairro Santa Cruz; [...] (J.V.A. - f. 02).

No mesmo sentido é o depoimento de W.A.O. (f. 3), sendo a versão do policial J.V. confirmada em Juízo (f. 204 - audiovisual), oportunidade em que ele confirmou que o apelante conduzia o veículo automotor sem ser habilitado.

O próprio réu, quando dos seus interrogatórios, confirmou que, mesmo inabilitado, conduziu o veículo em excesso de velocidade, quando da fuga, vindo a causar acidente e capotar o automóvel. Vejamos:

> [...] que estavam no bairro Santa Cruz, mas, ao notarem a presença de policiais militares, decidiram sair do local para evitar a abordagem; que o declarante saiu na condução do veículo, afirmando que "eu pedi menino para dirigir"; que, durante o trajeto a polícia começou a acompanhar o veículo, razão pela qual o declarante deu uma acelerada no carro para não serem abordados, vindo a perder o controle e bater em um outro veículo, cuja marca e modelo não sabe informar, pois não viu que carro era; que sofreram escoriações leves, sendo que o declarante permaneceu no local após o acidente, F. foi abordado alguns metros depois e T. conseguiu fugir; [...] que o declarante não tem habilitação para dirigir e não portava documento de identidade; [...] (f. 5).

Pelo contexto exposto, é inegável a ocorrência do ilícito, tendo sido gerado efetivo e concreto perigo de dano às pessoas que circulavam pelas vias públicas em que o réu trafegou, tanto que, repita-se, por perda de controle direcional, veio a causar um acidente.

É de se dizer que, tratando-se de crime de perigo, seja abstrato, seja concreto, a conduta chegou ao que dela poderia se esperar, em matéria de exposição do bem jurídico tutelado a perigo, visto ter efetivamente periclitado a incolumidade pública, e, em especial, a integridade física de terceiros.

Isto posto, a manutenção da condenação é absolutamente necessária.

No tocante às reprimendas, verifico que a sentença fixou devidamente a pena-base em patamar pouco superior ao mínimo legal, havendo que se destacar que o delito gerou consequências desfavoráveis, na medida em que houve efetivo dano a veículos de terceiros.

Na segunda fase, presente a atenuante da confissão espontânea, a pena foi reduzida para o mínimo legal, patamar que se tornou definitivo, à míngua de qualquer agravante, majorante ou minorante.

Assim, deve ser mantida a pena privativa de liberdade equivalente a 6 (seis) meses de detenção, em regime aberto.

Já no que tange à penalidade de suspensão da habilitação para dirigir veículo automotor, verifico que foi aplicada pelo mesmo prazo da pena privativa de liberdade, o que, *rogata venia*, não observou a proporcionalidade entre as duas sanções, tendo em vista o intervalo de 2 (dois) meses a 5 (cinco) anos, previsto pelo art. 293 do CTB.

Assim, essa penalidade, igualmente, resta fixada no mínimo legal de 2 (dois) meses, cabendo ao d. Juízo da execução a adoção das providências tendentes ao seu cumprimento, nos termos dos §§ 1º e 2º do referido dispositivo do CTB.

Quanto ao delito previsto no art. 180, *caput*, do Código Penal.

A existência do delito encontra-se demonstrada pela Guia de Recolhimento do Veículo (f. 46) e documentos de f. 47/49, capazes de atestar a origem espúria do bem.

No tocante à autoria, não verifico qualquer dúvida, tendo o apelante admitido que conduzia veículo que era produto de crime, ainda que negando saber da origem ilícita do bem.

O acusado sustenta que o veículo seria de um terceiro, conhecido por "T.", que não lhe teria contado da origem ilícita. No entanto, o citado indivíduo lhe teria dito que o veículo era "tumulto" e que não era para obedecer ordem de parada para a polícia. Vejamos:

> [...] que, sobre a procedência de veículo, tem a dizer que "T." lhe disse que o carro era "tumulto" por estar com prestações em atraso, e lhe alertou "não para para a polícia não"; que não tem os dados de "T.", nome, telefone, endereço, e não sabe onde o mesmo mora, esclarecendo que o conheceu naquele mesmo dia em uma boate; que, somente depois da abordagem, os policiais lhe falaram que o carro era roubado; [...] (f. 5).

Em Juízo (f. 205 - audiovisual), W. confirmou os fatos, mas negou saber de sua origem ilícita. Entrou em contradição, no entanto, afirmando que conhecia o indivíduo "T." da escola.

Conforme já transcrito neste voto, o policial J.V., sempre que ouvido, confirmou que o apelante conduzia o veículo automotor, produto de roubo, não restando, portanto, dúvida quanto a este fato.

Entendo, diante dos elementos acima, sobretudo pela apreensão do veículo ainda na posse do acusado, que o conjunto probatório é suficiente para a manutenção da condenação imposta na sentença.

O réu argumenta que não sabia da origem ilícita do veículo, mas não justifica o motivo de sequer ter desconfiado de tal circunstância ao ouvir de quem lhe entregou o automóvel a afirmação de que o mesmo era "tumulto" e que era para "não parar para a polícia".

Assim, havendo provas no sentido de que o réu estava na posse do veículo roubado, e não tendo a defesa se desincumbido do seu mister de trazer elementos probatórios de suas alegações, cujo ônus, nos termos do art. 156 do Código de Processo Penal, era exclusivamente seu, deve prevalecer a condenação de W. como

incurso nas iras do art. 180, *caput*, do Código Penal, sendo inviável a absolvição pretendida, ou mesmo a desclassificação da conduta.

Ademais, saliente-se que a jurisprudência já pacificou o entendimento de que, em se tratando de crime de receptação, em que o bem é apreendido na posse do réu, compete a este provar a origem lícita.

Nesse sentido cito precedentes do eg. Tribunal mineiro:

> Receptação. Negativa de ciência da origem ilícita. Posse do bem. Inversão do ônus da prova. Se as versões do réu são inconsistentes e nada provou sobre sua própria alegação no momento da prisão em flagrante, chegando a declarar até mesmo o autor do furto, e ausentes maiores detalhamentos a respeito, por se furtar ao interrogatório judicial, tudo aliado a um contexto de envolvimento em crime contra o patrimônio anterior, não haveria mesmo espaço para considerar crível o desconhecimento da origem ilícita do bem. Fica a constatação de que tinham real conhecimento, sendo certo que o tipo do art. 180, *caput*, do Código Penal, impõe a inversão do ônus da prova da legitimidade da posse. Recurso a que se nega provimento (TJMG - Rel. Des. Judimar Biber - Ap. Crim. nº 1.0702.06.267086-5/001, *DJe* de 7/10/2008).
>
> Receptação. Materialidade e autoria comprovadas. Condenação que se impõe. Recurso desprovido e sentença mantida. Em tema de receptação, a só posse injustificada da *res* faria - como no furto faz - por presumir a autoria. Ao possuidor, tal sucedendo, é o que competiria demonstrar havê-la recebido por modo lícito. A apreensão da *res furtiva* em poder do acusado enseja, induvidosamente, a inversão do ônus da prova. A receptação dolosa exige dolo específico, de maneira que seria impossível a condenação do agente sem a confissão, porque somente através dela ter-se-ia a convicção segura do elemento subjetivo, consistente no conhecimento prévio do agente a respeito da procedência criminosa da coisa adquirida ou recebida de outrem. Desse modo, para que a sanção se efetive e não fique ao alvedrio do próprio acusado, a prévia ciência da origem criminosa da coisa é passível de ser deduzida através de indícios sérios e da própria conduta do receptador antes e depois do delito (TJMG - Rel. Des. Sérgio Braga - Ap. Crim. nº 1.0439.06.055316-1/001 - *DJ* de 26/6/2007).

Por todo o exposto, resta inequívoco o elemento subjetivo do dolo na conduta ora examinada.

Diante disto, mantenho a condenação de W. também pelo crime previsto no art. 180, *caput*, do Código Penal.

No tocante às penas, não verifico qualquer alteração a se fazer, já que totalizaram o mínimo legal, sendo ainda fixado o regime aberto.

Deve ainda ser mantida a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, nos moldes determinados na sentença (f. 255).

Já em relação às custas judiciais, guiando-me pela lei vigente e aplicável ao caso, vejo que a pessoa natural ou jurídica, com insuficiência de recursos para pagar as custas tem direito à gratuidade da justiça, que compreende, dentre outras despesas, as custas judiciais (art. 98, I, do NCPC).

O pedido, independente de atestado de pobreza firmado de próprio punho, cuja exigência não se vê na nova lei, pode ser formulado a qualquer tempo pela parte, e presume-se verdadeira a alegação da insuficiência de recursos deduzida exclusivamente por pessoa natural, como é o caso, não impedindo a concessão da gratuidade da justiça a assistência do requerente por advogado constituído, nos termos do § 4º do art. 99 do NCPC.

Ao juiz somente caberá indeferir o pedido, assim mesmo com prévia vista à parte, se houver nos autos elementos que evidenciem a falta dos pressupostos legais para a concessão da gratuidade, não sendo este, contudo, o caso dos autos, em que os elementos coligidos não permitem conclusão capaz de afastar a presunção de veracidade da alegação de pobreza da insuficiência de recursos.

A efetiva cobrança das custas não é imediata, mas submete-se à condição suspensiva de exigibilidade, somente podendo ser executada se, nos cinco anos subsequentes ao trânsito em julgado da decisão que a certificou, o credor demonstrar que deixou de existir a situação de insuficiência de recursos que justificou a concessão da gratuidade, nos termos do art. 98, § 3º, do NCPC.

Em relação ao segundo recurso, interposto em favor de F.E.F.S.

Sustenta a defesa do segundo apelante que a condenação se sustenta apenas nas palavras do policial J.V.

Ainda na Delegacia, o acusado confirmou que se apresentou com dados falsos perante policial (f. 06). Vejamos:

> [...] Confirma os fatos narrados na ocorrência. Confirma que seu nome correto é F.E.F.S., e somente forneceu dados falsos (dizendo chamar-se P.V.) por medo de ficar preso; que P.V. é seu irmão; [...].

Quando ouvido, já em sede judicial (f. 205 - audiovisual), o apelante usou seu direito de permanecer em silêncio.

Já o policial J.V., ainda na Delegacia (f. 02), confirmou que o apelante se identificou com nome falso, o que inclusive resta comprovado pelo Boletim de Ocorrência, lavrado com o nome fornecido pelo réu (P.V.F.S.) (f. 10/14).

Em juízo (f. 205 - audiovisual), o policial confirmou sua versão.

Assim, não tendo a defesa trazido aos autos qualquer elemento que permita concluir de forma distinta daquela narrada na denúncia e comprovada nos elementos produzidos ao longo da instrução, não vejo razões para a absolvição pretendida.

Destaque-se que o acusado, na única oportunidade em que se pronunciou sobre o tema, assumiu ter fornecido identidade falsa perante o policial que o abordou, não se sustentando, portanto, a alegação defensiva de que a condenação se daria apenas em virtude da palavra de um policial.

Quanto ao crime em tela, devo registrar que, quando aportei a este eg. Tribunal Mineiro, no ano de 2010, por convicção pessoal, filiei-me ao entendimento segundo o qual a conduta de atribuir-se falsa identidade, frente à autoridade policial, era atípica, tratando-se de reflexo do direito à ampla defesa do agente, nos termos do art. 5º, LXIII, da Constituição da República.

Após, sobreveio decisão em Repercussão Geral do Supremo Tribunal Federal, conduzindo-me, de modo a preservar a hierarquia do Judiciário e a segurança das relações jurídicas, a mudar meu entendimento primeiro, passando a decidir que é típica a conduta daquele que atribui a si falsa identidade, frente à autoridade policial, como meio de livrar-se de seus antecedentes penais, pois não há princípio no ordenamento jurídico que seja absoluto, nem mesmo o do direito à ampla defesa.

Consolidando este entendimento foi editado o enunciado de Súmula 522 pelo Superior Tribunal de Justiça, cujo teor cito:

> A conduta de atribuir-se falsa identidade perante autoridade policial é típica, ainda que em situação de alegada autodefesa (STJ. Súmula 522, *DJe* de 6/4/2015).

Contudo, após julgar inúmeros casos como o ora examinado, em situações em que o agente, perante policiais militares, em situação de flagrante, extra-muros à delegacia de polícia, atribui a si próprio nome diverso daquele que efetivamente possui e, em momento imediatamente seguinte, retifica-se, fornecendo nome verdadeiro à autoridade policial, decidi por me reposicionar, somente o fazendo após reanalisar e repisar toda a legislação aplicada à espécie.

Voltei-me, pois, a debruçar-me sobre a questão tormentosa e concluí que, a par de ser crime a conduta de atribuir-se falsa identidade, por imposição de Tribunal Superior, contra a qual não me debaterei para preservar, como já dito, questões maiores como a segurança das relações jurídicas, passei a entender ser atípica a ação daquele que o faz açodadamente na rua, ao acabar de ser preso, perante policial militar, e não alcança prejuízo maior do que o preenchimento de boletim de ocorrência com o nome equivocado do agente, sendo que, frente à autoridade policial, no âmbito da delegacia de polícia, retrata-se, oferecendo seu nome correto e não alcançando, com isso, o fim específico previsto no art. 307 do Código Penal.

Em outras palavras, passei a sustentar que a conduta daquele que, ao ser abordado na rua por policial militar, falseia-lhe a identidade e, uma vez conduzido à delegacia, perante a autoridade policial, retrata-se, ofertando sua verdadeira identidade civil, não é típica, pois a conduta do agente não foi idônea a ludibriar a autoridade policial, tanto que foi conduzido à delegacia, assim como seria se houvesse declinado seu verdadeiro nome, não tendo havido lesão ao bem jurídico tutelado pela norma penal em comento.

Ocorre que, após constante reflexão e, sempre pautando-me pela certeza de que o homem é ser em constante estado de aprimoramento de sua própria obra, debrucei-me uma vez mais sobre a questão - sobretudo em virtude da pacificação de entendimento encampada pelo Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que "típica é a conduta de atribuir-se falsa identidade perante autoridade policial, ainda que em situação de alegada autodefesa (art. 307 do CP)" (REsp 1362524/MG, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, Terceira Seção, j. em 23/10/2013, DJe de 2/5/2014) - pelo que, agora, não vejo mais razão para manter meu entendimento pessoal, amplamente minoritário, que deve, pois, ceder espaço ao princípio da segurança jurídica e da colegialidade.

No mesmo sentido vem entendendo este eg. Tribunal de Justiça, inclusive os meus pares nesta eg. 7ª Câmara Criminal:

> Embargos infringentes em apelação criminal. Falsa identidade. Art. 307 do CP. Fornecimento de nome falso apenas aos policiais militares. Conduta típica. Intenção de obter vantagem em proveito próprio devidamente demonstrada. - É típica a conduta do agente que atribuiu a si nome falso apenas quando abordado pelos policiais militares, por se configurar o especial fim de agir contido no tipo penal do art. 307 do Código Penal, qual seja a intenção de obter vantagem em proveito próprio. V.v. 1. É atípica a conduta de falsa identidade quando inexiste vantagem para o acusado decorrente de sua falsa qualificação à Polícia Militar, considerando-se que a autoridade policial não foi ludibriada por sua conduta, inexistindo qualquer prejuízo à máquina estatal e, em especial, à Justiça. 2. Embargos acolhidos (TJMG - Emb. Infringentes e de Nulidade nº 1.0433.13.031400-1/002, Rel. Des. Agostinho Gomes de Azevedo, 7ª Câmara Criminal, j. em 13/12/2017, p. em 19/12/2017).

> Apelação criminal. Roubo majorado e corrupção de menores. Concurso formal próprio. Reconhecimento. Necessidade. Roubo majorado. Redução das penas-base. Necessidade. Redução do *quantum* de aumento em face das majorantes. Necessidade. Corrupção de menores. Crime formal. Modificação de entendimento. Necessidade. Súmula n° 500 do STJ. Documentos públicos aptos a comprovar a menoridade do adolescente. Falsa identidade. Manutenção da condenação. Decisão vinculante do STF (TJMG. Apelação Criminal nº 1.0024.16.149257-4/001, Rel. Des. Alexandre Victor de Carvalho, 5ª Câmara Criminal, j. em 3/4/2018, p. em 9/4/2018).
>
> Apelação criminal. Roubo majorado. Concurso de agentes e emprego de arma de fogo. Delito de falsa identidade. Orientação do Supremo Tribunal Federal. Conduta típica. Isenção das custas. Pedido prejudicado. Comprovadas a materialidade e a autoria do roubo, deve ser mantida a condenação. As majorantes de emprego de arma de fogo e concurso de agentes estão demonstradas pela prova oral e pela apreensão e perícia do revólver, evidenciando-se a sua eficiência para ofender a integridade física de alguém. O Supremo Tribunal Federal, através do Recurso Extraordinário nº 640.139, submetido ao rito da repercussão geral, ao interpretar o art. 307 do Código Penal, firmou que é típica a conduta de atribuir-se falsa identidade perante a autoridade policial, ainda que em situação de autodefesa. Resta prejudicado o pleito da isenção do pagamento das custas processuais, porque a sentença assim o concedeu, sem irresignação ministerial. Improvimento ao recurso que se impõe (TJMG - Apelação Criminal nº 1.0231.16.029110-1/001, Rel. Des. Antônio Carlos Cruvinel, 3ª Câmara Criminal, j. em 13/3/0018, p. em 23/3/2018).

Logo, ante a remansosa jurisprudência dos Tribunais Superiores, que entende irrelevante o fato de o agente ter se atribuído falsa identidade tão somente perante aos agentes públicos que lhe abordaram, isto é, retratando-se na Delegacia, revejo minha posição quanto ao ponto, sobretudo porque não se trata de hipótese que resvale em entendimento para mim sedimentado e inafastável, mas apenas de adoção de uma corrente doutrinária.

Destarte, em nome da hierarquia estrutural da atividade jurisdicional, da pacificação das decisões e segurança jurídica, passo a entender, na esteira do já consolidado entendimento do Superior Tribunal de Justiça, o qual encontra coro nesta eg. 7ª Câmara Criminal, que a simples atribuição de identidade falsa perante agentes públicos, ainda que em situação de flagrante, ou seja, fora da delegacia de polícia, já é circunstância suficiente a demonstrar a tipicidade da conduta descrita no art. 307 do Código Penal, restando evidente o dolo do agente em obter vantagem indevida, qual seja ocultar o seu passado criminoso, comportamento que ofende a fé pública, bem jurídico tutelado pelo referido tipo penal.

Portanto, após nova reflexão sobre a questão e guiando-me, sobretudo, pela orientação da remansosa jurisprudência pátria, mantenho a condenação do apelante na F.E.F.S. nas iras do art. 307 do Código Penal.

No tocante às penas, não vejo alterações a se fazer, já que fixadas em patamar pouco superior ao mínimo legal em virtude da presença de maus antecedentes e da reincidência, comprovadas pela CAC de f. 109/110. De igual modo, deve ser mantido o regime prisional semiaberto e a negativa de substituição ou suspensão condicional da pena, por conta da reincidência devidamente demonstrada.

Ante tais fundamentos, dou parcial provimento ao primeiro recurso para, mantida a condenação de W.V.A. pelos crimes previstos no art. 180, *caput*, do Código Penal e art. 309 da Lei 9.503/97, reduzir para 2 (dois) meses a suspensão da habilitação para dirigir veículo automotor e suspender a exigibilidade das custas judiciais; e nego provimento ao segundo recurso.

Custas, na forma da sentença, quanto ao 2º apelante. Quanto ao primeiro apelante, custas, sob a condição de suspensão de sua exigibilidade pelo prazo de cinco anos, nos termos do art. 98, § 3º, do NCPC.

É como voto.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES CÁSSIO SALOMÉ e AGOSTINHO GOMES DE AZEVEDO.

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

• • •

Agravo em execução - Indulto nos moldes do Decreto Presidencial 7.648/2011 - Reeducando foragido - Impossibilidade

- Deve ser mantida a decisão que denegou ao reeducando o indulto nos moldes do Decreto Presencial 7.648/2011, pois comprovada a situação de fuga, a execução penal é interrompida, impossibilitando a incidência deste benefício, vez que não preenchidos os requisitos objetivos e subjetivos.

- Desprovimento ao recurso é medida que se impõe.

AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL Nº 1.0024.07.521426-2/002 - Comarca de Belo Horizonte - Agravante: C.V.P. - Agravado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Relator: DES. GLAUCO FERNANDES

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 AGRAVO.

Belo Horizonte, 28 de junho de 2018. - *Glauco Fernandes* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. GLAUCO FERNANDES - Presentes os pressupostos para sua admissibilidade, conhece-se do recurso.

Trata-se de agravo interposto pelo C.V.P. contra a decisão de f. 30, que indeferiu a concessão de indulto ao agravante, uma vez que "o sentenciado teve seu Livramento Condicional revogado em 29/10/2009, estando, desde então, em situação de fuga".

Nas razões de f. 03/08, alega o agravante que faz jus ao benefício do indulto em relação aos dois processos em que fora condenado (0024.07.551.693-0 e 024.99.005.831-5), asseverando que a situação de fuga em que se encontra não lhe retira o direito constatado anteriormente pelo Conselho Penitenciário do Estado de Minas Gerais. Requer que seja deferido o indulto, inclusive seja julgada extinta a punibilidade do agravante pelo cumprimento de pena, em relação ao processo n° 0024.99.005.831-5, bem ainda seja recolhido o mandado de prisão e retificado o Atestado de Pena.

Contrarrazões às f. 11/18.

Em sede de juízo de retratação, a decisão foi mantida (f. 31).

Manifesta-se a douta Procuradoria Geral de Justiça, às f. 38/42, opinando pelo desprovimento do recurso.

É, em síntese, o relatório.

O agravante cumpria pena de 4 (quatro) anos e 2 (dois) meses de reclusão pela prática do crime previsto no art. 121, § 1º, c/c o art. 65, III, *d*, ambos do Código Penal (autos nº 0024.99.005831-5/001), em regime aberto, quando foi beneficiado com o livramento condicional em 27/10/2008.

No curso da execução, sobreveio nova condenação pelo crime previsto no art. 14 da Lei 10.826/03, razão pela qual o MM. Juiz *a quo* revogou o benefício do livramento condicional, unificou as penas, totalizando 7 (sete) anos e 2 (dois) meses de reclusão, e regrediu o regime de cumprimento de pena para o semiaberto, na data de 29/10/2009.

No dia 12/12/2012, o Conselho Penitenciário emitiu parecer favorável à concessão do indulto ao agravado, com base no Decreto 7.648/2011, sendo o benefício indeferido, ao argumento de que o sentenciado teve seu livramento condicional revogado, estando desde 29/10/2009 em situação de fuga, conforme decisão de f. 30, proferida em janeiro de 2013.

Resta evidente a intenção do sentenciado em se eximir de sua responsabilidade perante a Justiça, esquivando-se do cumprimento de sua pena. Ora, estando o reeducando foragido, fica suspensa a execução de sua reprimenda e, consequentemente, a possibilidade da concessão do indulto.

Portanto, considerando-se que o agravado encontra-se foragido, deve ser mantida a decisão que indeferiu o indulto, nos termos do art. 1º, I, do Decreto nº 7.648/2011, uma vez que não preenchidos os requisitos objetivos e subjetivos para a sua concessão.

Nesse sentido, eis a jurisprudência:

> Agravo em execução. Indulto. Decreto 8.615/15. Reeducando foragido. Requisito subjetivo não comprovado. - Tendo o reeducando permanecido foragido durante parte do período, carece de requisito subjetivo para obter o indulto ou a comutação de pena (TJMG - Agravo em Execução Penal 1.0105.16.019925-0/001, Rel. Des. Fortuna Grion, 3ª Câmara Criminal, j. em 6/12/2016, p. em 25/1/2017).
>
> Agravo em execução. Indulto. Reeducando foragido. Impossibilidade de concessão do benefício. Recurso não provido. - Estando o recuperando foragido, a execução da pena interrompe-se, razão pela qual fica impossibilitado o deferimento do pedido de indulto. Precedentes deste Tribunal e do STJ. - Recurso não provido (TJMG - Agravo em Execução Penal 1.0223.13.005518-7/001, Rel. Des. Corrêa Camargo, 4ª Câmara Criminal, j. em 5/10/2016, p. em 11/10/2016).
>
> Agravo em execução penal. Decreto nº 8.615/2015. Indulto e comutação das penas. Impossibilidade. Reeducando foragido. Recurso não provido. - A execução da pena interrompe-se em caso de sentenciado foragido, não havendo que se falar em concessão de benefícios da execução penal, tais como indulto e comutação das penas (TJMG - Agravo em Execução Penal 1.0400.13.003499-6/001, Rel. Des. Júlio César Lorens, 5ª Câmara Criminal, j. em 30/8/2016, p. em 5/9/2016).

Pelo exposto, nega-se provimento ao recurso.

Custas na forma da lei.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES PAULO CÉZAR DIAS e FORTUNA GRION.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO AGRAVO.

• • •

Civil - Processual civil - Ação de alimentos - Diferença de valor ou de percentual na fixação dos alimentos entre filhos - Impossibilidade, em regra - Princípio constitucional da igualdade entre filhos, todavia, que não possui caráter absoluto - Possibilidade de excepcionar a regra quando houver necessidades diferenciadas entre os filhos ou capacidades de contribuições diferenciadas dos genitores - Dever de contribuir para a manutenção dos filhos que atinge ambos os cônjuges - Dissídio jurisprudencial - Cognição diferenciada entre paradigma e hipótese - Premissas fáticas distintas

- Ação distribuída em 6/3/2012. Recurso especial interposto em 22/4/2015 e atribuído à Relatora em 26/8/2016.

- O propósito recursal consiste em definir se é ou não admissível a fixação de alimentos em valores ou em percentuais diferentes entre os filhos.

- Do princípio da igualdade entre os filhos, previsto no art. 227, § 6º, da Constituição Federal, deduz-se que não deverá haver, em regra, diferença no valor ou no percentual dos alimentos destinados a prole, pois se presume que, em tese, os filhos - indistintamente - possuem as mesmas demandas vitais, tenham as mesmas condições dignas de sobrevivência e igual acesso às necessidades mais elementares da pessoa humana.

- A igualdade entre os filhos, todavia, não tem natureza absoluta e inflexível, devendo, de acordo com a concepção aristotélica de isonomia e justiça, tratar-se igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades, de modo que é admissível a fixação de alimentos em valor ou percentual distinto entre os filhos se demonstrada a existência de necessidades diferenciadas entre eles ou, ainda, de capacidades contributivas diferenciadas dos genitores.

- Na hipótese, tendo sido apurado que havia maior capacidade contributiva de uma das genitoras em relação a outra, é justificável que se estabeleçam percentuais diferenciados de alimentos entre os filhos, especial-

mente porque é dever de ambos os cônjuges contribuir para a manutenção dos filhos na proporção de seus recursos.

- Não se conhece do recurso especial pelo dissídio jurisprudencial quando houver substancial diferença entre a cognição exercida no paradigma e a cognição exercida na hipótese, justamente porque são distintas as premissas fáticas em que se assentam os julgados sob comparação. Precedentes.

- Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, desprovido.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.624.050 - MG (2016/0082436-9) - Relatora: MINISTRA NANCY ANDRIGHI

1º Recorrente: J.X.L.B. - 2º Recorrente: C.L.A. (por si e representado) - Advogados: Joaquim Toledo Lorentz, Ana Luiza Campos da Costa Figueiredo e outro - Recorrido: J.X.M.B. - Advogado: Carlos Juarez do Amaral e outro.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos, por unanimidade, conhecer em parte do recurso especial e, nesta parte, negar-lhe provimento, nos termos do voto da Sr.ª Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Paulo de Tarso Sanseverino, Ricardo Villas Bôas Cueva, Marco Aurélio Bellizze e Moura Ribeiro votaram com a Sr.ª Ministra Relatora.

Brasília (DF), 19 de junho de 2018 - *Ministra Nancy Andrighi* - Relatora.

Relatório

A EXMA. SR.ª MINISTRA NANCY ANDRIGHI (Relatora) - Cuida-se de recurso especial interposto por C.L.A. e J.X.L.B., fundamentado no art. 105, III, alíneas *a* e *c*, da Constituição Federal.

Recurso especial interposto em: 22/4/2015.

Atribuído à Relatora: 26/8/2016.

Ação: de divórcio litigioso cumulada com guarda, alimentos e partilha de bens, ajuizada por C.L.A. e J.X.L.B., menor por ela representado, em face de J.X.M.B. (f. 1/17, *e-STJ*).

Sentença: tendo em vista a celebração de sucessivos acordos entre as partes durante a tramitação da demanda, limitou-se a sentença a julgar procedentes os seguintes pedidos: (i) de guarda, estabelecendo-a exclusivamente com a genitora C.L.A.; (ii) de visitas, estabelecendo o regime de convivência quanto ao local e quanto aos períodos (finais de semana, férias, feriados, aniversários e demais festividades); (iii) de alimentos, fixando-os em 20% dos rendimentos líquidos de J.X.M.B., assim compreendido como rendimento líquido "o bruto menos o IR e a contribuição previdenciária oficial", incidindo ainda sobre o 13º salário (f. 571/576, *e-STJ*).

Acórdão da apelação: por maioria de votos, o TJMG deu parcial provimento ao recurso de J.X.M.B., para reduzir a pensão alimentícia para 15% sobre os rendimentos líquidos do alimentante (f. 646/657, *e-STJ*).

Acórdão dos embargos infringentes: interposto pelos recorrentes, foi desprovido, por maioria, em acórdão que ficou assim ementado (f. 708/713, *e-STJ*).

> Ementa: Embargos infringentes. Apelação cível. Direito civil. Família. Ação de divórcio. Fixação de alimentos. Menor. Vínculo de parentesco. Binômio necessidade/possibilidade verificado. Manutenção do valor arbitrado neste tribunal de justiça.

Recurso especial: alega-se violação aos art. 1.694 e 1.695, ambos do CC/2002, ao fundamento de que não é admissível a fixação de alimentos em valores ou percentuais distintos entre filhos de diferentes relacionamentos, devendo os dispositivos legais ser interpretados à luz do art. 227, § 6º, da Constituição Federal; alega-se, ainda, dissenso jurisprudencial (f. 717/735, *e-STJ*).

Ministério Público Federal: pronunciou-se pelo não conhecimento do recurso especial (f. 853/856, *e-STJ*).

É o relatório.

Voto

A EXM.ª SR.ª MINISTRA NANCY ANDRIGHI (Relatora) - O propósito recursal consiste em definir se é ou não admissível a fixação de alimentos em valores ou em percentuais diferentes entre os filhos.

1) Possibilidade de fixação de alimentos em valores ou percentuais desiguais entre os filhos. Alegada violação aos art. 1.694 e 1.695 do CC/2002.

Os dispositivos legais tidos por violados pelos recorrentes possuem o seguinte conteúdo:

> 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.
>
> § 2º Os alimentos serão apenas os indispensáveis à subsistência, quando a situação de necessidade resultar de culpa de quem os pleiteia.
>
> 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.

Em síntese, a tese deduzida no recurso especial é de que tais dispositivos devem ser interpretados à luz do art. 227, § 6º, da Constituição Federal, que veda o tratamento discriminatório entre os filhos, de modo que não seria admissível a fixação de alimentos em valor ou percentual distinto entre eles. Diz a norma constitucional, a propósito:

> 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.

> § 6º Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

Inicialmente, é preciso destacar que a igualdade entre os filhos, havidos ou não na constância do casamento ou da união estável ou, ainda, como frutos de adoção ou de relações esporádicas ou extraconjugais, é princípio constitucional da mais alta grandeza e relevância, sendo merecedor de especial atenção porque por meio dele se pretende corrigir uma histórica discriminação entre os filhos a depender das circunstâncias de suas concepções.

Assim, é possível estabelecer desde logo a tese de que não deverá haver, em regra, a fixação dos alimentos em valor ou em percentual distinto entre a prole, na medida em que se extrai do texto constitucional a presunção de que todos os filhos - indistintamente e independentemente de sua origem - necessitam de alimentos em igual medida, a fim de que, sem esta ou aquela predileção, toda a prole seja atendida em suas demandas mais vitais, tenham todos os filhos condições dignas de sobrevivência e, ainda, que à prole seja dado igual acesso às necessidades mais elementares da pessoa humana (alimentação, saúde, educação, cultura, lazer, etc.).

A igualdade, todavia, não é um princípio de natureza inflexível, de modo que não pode ser interpretado sem que haja prévias categorizações, sobretudo porque se sabe que a igualdade absoluta é algo inatingível. Como há muito ensinou Aristóteles em *Ética a Nicômaco*, o que se deve é "tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades".

Em seu clássico *Ética e Direito*, o filósofo belga Chaïm Perelman, por sua vez, elenca, como um dos critérios de isonomia e consequentemente de justiça, que se deve observar a regra do "a cada qual segundo as suas necessidades". Explica ele:

> Essa fórmula de justiça, em vez de levar em conta méritos do homem ou de sua produção, tenta, sobretudo, diminuir os sofrimentos que resultam da impossibilidade em que ele se encontra de satisfazer suas necessidades essenciais. É nisso que essa fórmula de justiça se aproxima mais de nossa concepção de caridade.
>
> É óbvio que, para ser socialmente aplicável, essa fórmula deve basear-se em critérios formais das necessidades de cada qual, pois as divergências entre tais critérios ocasionam diversas variantes dessa fórmula. Assim, levar-se-á em conta um mínimo vital que cumprirá assegurar a cada homem seus encargos familiares, sua saúde mais ou menos precária, os cuidados requeridos por sua pouca idade ou por sua velhice, etc. (PERELMAN, Chaïm. *Ética e Direito*. Trad. Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 10/11).

Tendo em mente essa premissa, verifica-se que é possível vislumbrar situações em que a fixação de alimentos em valor ou percentual distinto entre a prole é admissível, razoável e até mesmo indispensável, seja a questão examinada sob a ótica da necessidade do alimentado, seja o tema visto sob o enfoque da capacidade contributiva dos alimentantes.

Exemplificando, um filho portador de uma doença congênita pode receber um valor ou percentual diferenciado em relação ao filho nascido saudável, pois possui uma necessidade específica que objetivamente justifica a distinção, não havendo ofensa ao princípio constitucional da igualdade.

De igual modo, é possível também vislumbrar diferenças justificáveis e não ofensivas ao princípio da igualdade, por exemplo, em razão da idade (pois o filho recém-nascido e incapaz de desenvolver quaisquer

Superior Tribunal de Justiça

atividades sem acompanhamento poderá necessitar de mais recursos que o filho em idade mais avançada, com aptidão para o desenvolvimento de atividade laborativa, por exemplo) ou da capacidade cognitiva (filho que apresenta mais dificuldades na fase escolar poderá necessitar de mais recursos do que o filho que não apresenta essas restrições).

A mesma regra se aplica quando se examina a questão sob a perspectiva da capacidade de contribuição do alimentante, sobretudo quando se constata que a regra do art. 1.703 do CC/2002 estipula que é dever de ambos os cônjuges contribuir para a manutenção dos filhos na proporção de seus recursos. Assim, poderá ser justificável a fixação de alimentos diferenciados entre a prole se, por exemplo, sendo os filhos oriundos de distintos relacionamentos, houver melhor capacidade de contribuição de um genitor ou genitora em relação ao outro.

Na hipótese em exame, a fixação dos alimentos a serem prestados pelo recorrido em 15%, quando ao outro filho originado de distinto relacionamento, destina o percentual de 20%, não se revela ofensiva ao princípio constitucional da igualdade porque, de acordo com a imutável moldura fática estampada no acórdão recorrido, apurou-se, nos graus de jurisdição ordinários, que há uma maior capacidade contributiva da recorrente - advogada e professora universitária - em relação à genitora daquele menor que percebe o maior percentual.

Seria possível cogitar de uma potencial violação ao princípio da igualdade entre filhos se houvesse sido apurado que os filhos possuem as mesmas necessidades essenciais e que as genitoras possuem as mesmas capacidades de contribuir para a manutenção de tais necessidades, mas, ainda assim, houvesse a fixação em valor ou patamar distinto.

Dessa situação, contudo, não se trata na hipótese dos autos, motivo pelo qual não merece reparo o acórdão recorrido no particular.

2) Dissenso jurisprudencial. Prevalência do entendimento fixado no acórdão recorrido.

Inicialmente, anote-se que a dessemelhança fática entre o paradigma do Tribunal de Justiça de Santa Catarina e a hipótese em exame impede o conhecimento do recurso especial pela alínea *c* do permissivo constitucional.

Isso porque, no paradigma emanado do TJSC, se examinou a fixação de alimentos provisórios em agravo de instrumento (momento processual em que a tutela é concedida em caráter provisório e no âmbito da aparência do direito vindicado), ao passo que, na hipótese, debate-se sobre alimentos definitivos estabelecidos em recurso de apelação (isto é, em cognição exauriente e após regular instrução).

Em regra, não se conhece do recurso especial pela via do dissídio jurisprudencial quando constatada a existência de substancial diferença entre a cognição exercida na hipótese em exame e no paradigma invocado, justamente porque são distintas as premissas fáticas em que se assentam os julgados sob comparação. Há precedentes desta Corte em situações análogas, examinando a questão sob a ótica do mandado de segurança e do recurso em mandado de segurança: AgRg no REsp 1.354.887/RJ, 2ª Turma, *DJe* 11/6/2014; AgRg no AREsp 417.461/SC, 2ª Turma, *DJe* 5/12/2013; EDcl no AREsp 567.525/ES, 2ª Turma, *DJe* 19/12/2014 e AgInt no REsp 1.135.804/RS, 2ª Turma, *DJe* 11/4/2017.

Em relação ao paradigma do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, a despeito de o dissenso jurisprudencial ter sido suficientemente demonstrado nas razões do recurso especial, a fundamentação

esposada anteriormente demonstra que a interpretação a ser dada aos dispositivos legais em exame não pode ser aquela contida no acórdão paradigma.

3) Conclusão.

Forte nessas razões, conheço em parte do recurso especial e, nessa extensão, nego-lhe provimento.

Certidão

Certifico que a egrégia Terceira Turma, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Terceira Turma, por unanimidade, conheceu em parte do recurso especial e, nesta parte, negou-lhe provimento, nos termos do voto da Sr.ª Ministra Relatora."

Os Srs. Ministros Paulo de Tarso Sanseverino, Ricardo Villas Bôas Cueva, Marco Aurélio Bellizze (Presidente) e Moura Ribeiro votaram com a Sr.ª Ministra Relatora.

Brasília (DF), 19 de junho de 2018. - *Bela. Maria Auxiliadora Ramalho da Rocha* - Secretária.

(Publicado no *DJe* de 22/6/2018.)

Penal e processual penal - *Habeas corpus* - Homicídio qualificado - Decisão de pronúncia alterada pelo tribunal de origem - Inclusão da qualificadora do feminicídio - Alegado *bis in idem* com o motivo torpe - Ausente - Qualificadoras com naturezas diversas - Subjetiva e objetiva – Possibilidade - Exclusão - Competência do tribunal do júri - Ordem denegada

- Nos termos do art. 121, § 2º-A, II, do CP, é devida a incidência da qualificadora do feminicídio nos casos em que o delito é praticado contra mulher em situação de violência doméstica e familiar, possuindo, portanto, natureza de ordem objetiva, o que dispensa a análise do *animus* do agente. Assim, não há falar em ocorrência de *bis in idem* no reconhecimento das qualificadoras do motivo torpe e do feminicídio, porquanto a primeira tem natureza subjetiva, e a segunda, objetiva.

- A sentença de pronúncia só deverá afastar a qualificadora do crime de homicídio se completamente dissonante das provas carreadas aos autos. Isso porque o referido momento processual deve limitar-se a um juízo de admissibilidade em que se examina a presença de indícios de autoria, afastando-se, assim, eventual usurpação de competência do Tribunal do Júri e de risco de julgamento antecipado do mérito da causa.

- *Habeas corpus* denegado.

***HABEAS CORPUS* Nº 433.898 - RS (2018/0012637-0) – Relator: MINISTRO NEFI CORDEIRO**

Impetrante: B.S.M. Advogado: B.S.M. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Paciente: S.F.F.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, denegar a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Antônio Saldanha Palheiro, Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior e Rogerio Schietti Cruz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 24 de abril de 2018. - *Ministro Nefi Cordeiro* - Presidente e Relator

Relatório

O EXMO. SR. MINISTRO NEFI CORDEIRO - Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de S.F.F., em face de decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que proveu parcialmente o recurso em sentido estrito ministerial.

Consta dos autos que a paciente foi pronunciada pela prática do delito previsto no art. 121, § 2º, I, do Código Penal. Ato seguinte, o Ministério Público interpôs recurso em sentido estrito perante a Corte de origem, a qual lhe proveu parcialmente para reconhecer a incidência da qualificadora prevista no art. 121, § 2º, VI, do CP.

A defesa opôs embargos de declaração, os quais foram desacolhidos.

No presente *habeas corpus*, alega a ocorrência de constrangimento ilegal sob o argumento de que a instância de origem teria incorrido em *bis in idem* ao reconhecer as qualificadoras do feminicídio e do motivo torpe, porquanto há um único fato vinculado a dois suportes fáticos (f. 6). Pleiteia, ainda, a sustentação oral.

Requer a concessão da ordem constitucional para que seja afastada a qualificadora do motivo torpe.

Indeferida a liminar, prestadas as informações, manifestou-se o Ministério Público Federal pela denegação da ordem.

É o relatório.

Voto

O EXMO. SR. MINISTRO NEFI CORDEIRO (Relator) - No concernente ao pleito de exclusão da qualificadora do motivo torpe da decisão de pronúncia, tem-se que o Tribunal de origem entendeu devido o reconhecimento da citada qualificadora, nos seguintes termos (f. 669/675):

> *In casu*, o *Parquet* sustenta que há indícios nos autos de que a pronunciada incorreu nas circunstâncias das qualificadoras do recurso que dificultou a defesa da ofendida e do feminicídio.
>
> Cumpre salientar, de pronto, que a materialidade e os indícios da autoria do delito de homicídio qualificado descrito na peça acusatória encontram-se devidamente consubstanciados na ocorrência policial de f. 07/09, auto de apreensão de f. 10, auto de necropsia de f. 58/59, levantamento fotográfico do local do crime de f. 134, laudo pericial de f. 258/291, bem como pela prova oral coligida na fase judicial.
>
> Segundo, relevante aduzir que, na atual fase processual, que é de mero juízo de admissibilidade da acusação, só pode ser operado o afastamento de qualificadoras quando descabidas ou manifestamente divorciadas das provas dos autos.
>
> Descreve a denúncia que "o delito foi praticado com recurso que dificultou a defesa da ofendida, em razão da discrepância entre o porte físico entre as envolvidas e o fato de a denunciada ter investido contra pessoa desarmada, em evidente superioridade de meios, sem qualquer possibilidade de reação e/ou defesa. Também foi praticado contra a mulher por razões da condição de sexo feminino, por envolver violência doméstica e familiar".
>
> Pois bem. Tenho que não se pode falar que a "discrepância entre o porte físico entre as envolvidas" tenha dificultado a defesa da vítima, uma vez que a superioridade física da ré não serve, por si só, para qualificar o delito.
>
> Ademais, comungo do entendimento de que o simples fato de a ofendida estar desarmada não é suficiente para admitir que isso tenha lhe dificultado a defesa, razão pela qual entendo que, pelo menos, uma das condições previstas no inciso IV do § 2° do art. 121 do CP deve estar presente, o que não ocorreu na espécie. Para a incidência da referida qualificadora, não basta apenas que a vítima esteja em desvantagem por estar desarmada, é necessário que seja, ao menos, surpreendida pelo ataque.

> Destarte, sendo improcedente a qualificadora do recurso que dificultou a defesa da vítima, da forma como está narrada na denúncia, mantém-se o afastamento.
>
> [...]
>
> Por conseguinte, a meu ver, a qualificadora do feminicídio reúne indícios suficientes para ser acolhida pela decisão de pronúncia, isso porque existem indicativos de que o crime tenha ocorrido na forma descrita na denúncia, ou seja, a vítima era companheira da ré, com quem vivia há dois anos, e estavam se separando à época do fato.
>
> Assim vê-se que, a princípio, a acusada praticou o crime contra a ofendida em decorrência de violência doméstica, preenchendo o requisito objetivo disposto no § 2°-A, inciso I, do art. 121 do CP.
>
> [...]
>
> De tal modo, a meu ver, à luz da situação fática esboçada nos autos, não houve a demonstração inequívoca da impertinência da inclusão da qualificadora do feminicídio; muito ao contrário, tal causa qualificativa exsurgiu dos fatos delineados pela prova até aqui produzida nos autos, de modo que deve ser encaminhada para apreciação pelos jurados.
>
> E não cabe aqui dizer que o feminicídio não pode coexistir com a qualificadora do motivo torpe (admitida em pronúncia e não impugnada no presente recurso). Muito embora esta julgadora tenha acompanhado o Colega Luiz Mello Guimarães no julgamento do acórdão nº 70070557889, quando reconheceu a ocorrência de *bis in idem* na imputação conjunta destas, revendo o posicionamento adotado, passei a entender que se trata de duas qualificadoras diferentes e independentes, sendo perfeitamente possível a responsabilização da ré, simultaneamente, nos termos dos incisos I e VI, § 2°, do art. 121 do Código Penal.
>
> E isso se dá exatamente porque o feminicídio é uma qualificadora de ordem objetiva - vai incidir sempre que o crime estiver atrelado à violência doméstica e familiar propriamente dita enquanto que a torpeza é de cunho subjetivo, ou seja, continuará adstrita aos motivos (razões) que levaram um indivíduo a praticar o delito.
>
> [...]
>
> Apresentadas tais ponderações, torna-se imperativo o julgamento da ré S.F.F. pelos juízes naturais da causa, por restar incursa nos termos do art. 121, § 2°, incisos I e VI, ambos do Código Penal.
>
> Frente ao exposto, dou parcial provimento ao recurso do Ministério Público, tão somente para incluir a qualificadora do feminicídio na decisão de pronúncia.

Extrai-se dos autos que a Corte de origem entendeu devido o reconhecimento da qualificadora do homicídio, porquanto "existem indicativos de que o crime tenha ocorrido na forma descrita na denúncia, ou seja, a vítima era companheira da ré, com quem vivia há dois anos, e estavam se separando à época do fato" (f. 671).

Asseverou, ainda, que não teria ocorrido o alegado *bis in idem*, uma vez que "o feminicídio é uma qualificadora de ordem objetiva - vai incidir sempre que o crime estiver atrelado à violência doméstica e familiar propriamente dita enquanto que a torpeza é de cunho subjetivo, ou seja, continuará adstrita aos motivos (razões) que levaram um indivíduo a praticar o delito" (f. 673).

Dessa forma, tem-se que o Tribunal *a quo* decidiu em conformidade com o entendimento desta Corte superior, porquanto, tratando-se o motivo torpe de qualificadora de natureza subjetiva, e o feminicídio, de qualificadora objetiva, não há falar em *bis in idem* no reconhecimento de ambas, de modo que não se vislumbra ilegalidade no ponto.

Destaco que, conforme determina o art. 121, § 2º-A, II, do CP, a qualificadora do homicídio deve ser reconhecida nos casos em que o delito é cometido em face de mulher em violência doméstica e familiar.

Nesse sentido, cito o seguinte trecho da decisão monocrática proferida pelo Ministro Felix Fischer, Recurso Especial nº 1.707.113/MG (julgado em 29/11/2017, publicado em 7/12/2017), no qual destacou que:

> Considerando as circunstâncias subjetivas e objetivas, temos a possibilidade de coexistência entre as qualificadoras do motivo torpe e do feminicídio. Isso porque a natureza do motivo torpe é subjetiva, porquanto de caráter pessoal, enquanto o feminicídio possui natureza objetiva, pois incide nos crimes praticados contra a mulher por razão do seu gênero feminino e/ou sempre que o crime estiver atrelado à violência doméstica e familiar propriamente dita, assim o *animus* do agente não é objeto de análise.

Ademais, cabe salientar que, acerca da questão, o entendimento desta Corte é firme no sentido de que a decisão de pronúncia só deve afastar a qualificadora do crime doloso contra a vida se totalmente divorciada do conjunto fático-probatório encartado aos autos. Confira-se:

> Penal e processo penal. Agravo regimental no recurso especial. 1. Tribunal do júri. Dolo eventual e qualificadoras do homicídio. Ausência de incompatibilidade. Decote que depende da manifesta improcedência. Não verificação. Motivo fútil e recurso que dificultou a defesa da vítima. Brincadeira de roleta russa. Análise que incumbe aos jurados. 2. Incidência dos verbetes nos 283/STF e 7/STJ. Não ocorrência. Ausência de reexame fático e probatório. Surpresa e futilidade. Competência do conselho de sentença. 3. Crime de porte de arma de fogo. Prescrição da pretensão punitiva pela pena em abstrato. Ocorrência. Art. 109, IV, c/c o art. 115 do CP. 4. Agravo regimental improvido. Reconhecimento da extinção da punibilidade, apenas quanto ao crime de porte de arma.
>
> 1. É pacífico na doutrina e na jurisprudência que as qualificadoras dos crimes dolosos contra a vida só podem ser afastadas quando totalmente divorciadas do conjunto fático-probatório dos autos, sob pena de usurpar-se a competência do Tribunal do Júri. De fato, não pode a decisão de pronúncia se antecipar ao julgamento do mérito, razão pela qual deve o juiz, salvo nos casos de manifesta improcedência, manter as qualificadoras, possibilitando ao Conselho de Sentença proferir manifestação acerca do tema.
>
> 2. Não sendo possível em juízo de pronúncia adentrar no mérito das qualificadoras, incumbe ao Tribunal do Júri verificar a sua incidência na hipótese dos autos, porquanto estas se mostram controvertidas diante do estágio da ação penal. Assim, não há falar em incidência do enunciado nº 283/STF nem do verbete nº 7/STJ, pois, exatamente por não ser possível revolver fatos e provas na via eleita, é que devem as qualificadoras ser remetidas ao crivo do Tribunal do Júri. Com efeito, cabe ao Conselho de Sentença aferir se havia ou não vontade de surpreender a vítima, bem como se o crime foi praticado por motivo fútil.
>
> 3. Verificado o implemento do lapso prescricional necessário ao reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva estatal, pela pena em abstrato, deve ser declarada extinta a punibilidade do agravante, apenas no que concerne ao delito de porte de arma, conforme disciplina o art. 109, inciso IV, c/c o art. 115, ambos do Código Penal.
>
> 4. Agravo regimental a que se nega provimento. Reconhecimento da extinção da punibilidade, apenas quanto ao delito de porte de arma, pela prescrição da pretensão punitiva com base na pena em abstrato

(AgRg no REsp 1078147/RS, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Quinta Turma, j. em 12/11/2013, *DJe* de 20/11/2013).

Desta feita, considerando que a via eleita não admite o reexame de provas, a matéria deve ser objeto de apreciação pelo Conselho de Sentença, a quem cabe a eventual remoção das qualificadoras, afastando-se, assim, o risco de julgamento antecipado do mérito da causa.

Diante da análise do mérito do *habeas corpus*, fica prejudicado o pedido de reconsideração de f. 864/865.

Ante o exposto, voto por denegar o *habeas corpus*.

Certidão

Certifico que a egrégia Sexta Turma, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Sexta Turma, por unanimidade, denegou a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Antônio Saldanha Palheiro, Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior e Rogério Schietti Cruz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 24 de abril de 2018 - *Bel. Eliseu Augusto Nunes de Santana* – Secretário.

(Publicado no *DJe* de 11/5/2018.)

Constitucional - Ação direta de inconstitucionalidade - Lei estadual de organização judiciária que atribui ao Órgão Pleno do Tribunal de Justiça a competência para o julgamento dos prefeitos perante o Tribunal de Justiça (art. 29, X, da CF) - Emenda parlamentar a projeto de lei de iniciativa exclusiva do Poder Judiciário - Princípio do autogoverno da magistratura (art. 96, I, alínea *a*, e II, alínea *d*) - Ação procedente

- A modificação da norma impugnada, desde que observada a continuidade normativa do conteúdo questionado, além do oportuno aditamento da petição inicial, não impede o conhecimento da ação direta. Precedentes.

- Compete aos Tribunais da República a edição de atos normativos internos para a sua organização e administração, como expressão da autonomia que a Constituição lhes confere (art. 96, I, *a*, da CF).

- Uma vez atribuída aos Tribunais de Justiça a competência para o julgamento dos Prefeitos pela prática de crimes comuns, aí incluídos os crimes de responsabilidade impróprios (art. 1º do Decreto-lei 201/1967), incumbe a essas Cortes definir, em seus respectivos regimentos, o órgão interno responsável pela instrução e julgamento dessas ações.

- É inválida a inclusão de norma com conteúdo próprio à disciplina dos regimentos internos dos Tribunais, por emenda parlamentar, ao projeto de lei apresentado pelo Tribunal de Justiça com o propósito de dispor sobre a organização judiciária do Estado, uma vez que violada a reserva de iniciativa disposta no art. 96, II, *d*, da CF, prevalecendo a previsão do Regimento Interno que comete aos órgãos fracionários do Tribunal (Câmaras Criminais) a competência para julgamento dos prefeitos.

Ação direta julgada procedente.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos estes autos, os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Plenário, sob a Presidência da Senhora Ministra Cármen Lúcia, em conformidade com a ata de julgamento e as notas

taquigráficas, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, acordam em julgar procedente o pedido, para declarar inconstitucional o art. 17 da Lei 10.845/2007 do Estado da Bahia, firmada a prerrogativa do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia para definir, entre seus órgãos internos (Pleno, Órgão Especial ou órgão fracionário), aquele competente para o julgamento dos prefeitos por crimes comuns, incluídos os crimes de responsabilidade impróprios. Ausentes, justificadamente, os Ministros Luiz Fux e Celso de Mello.

Brasília, 20 de junho de 2018. - *Ministro Alexandre de Moraes* - Relator.

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.915 - BA - Relator: MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES

Requerente: Procurador-Geral da República. Interessados: Governador do Estado da Bahia, Assembleia Legislativa do Estado da Bahia.

Relatório

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES (RELATOR) - Trata-se de ação direta proposta pelo Procurador-Geral da República em face do art. 29, XXV, *n*, da Lei 3.731/1979 do Estado da Bahia, com a redação conferida pelo art. 3º da Lei estadual 10.433/2006, de seguinte teor:

> Art. 29 - Compete ao Tribunal Pleno:
>
> [...]
>
> XXV - processar e julgar, originariamente:
>
> [...]
>
> n) os Prefeitos Municipais, nos crimes comuns e de responsabilidade.

O Procurador-Geral afirma que o conteúdo normativo impugnado decorreu da apresentação de emenda parlamentar a projeto de lei encaminhado pelo Tribunal de Justiça local, o que importaria em violação ao art. 96, I, *a*, da Constituição Federal, que confere aos Tribunais da República autonomia orgânica e administrativa para disporem sobre a competência e funcionamento de seus órgãos jurisdicionais e administrativos. Argumenta que a previsão constante do art. 29, X, da CF, que trata do julgamento dos Prefeitos perante os Tribunais de Justiça, não autorizaria que a Assembleia Legislativa do Estado da Bahia atribuísse essa competência ao Plenário da Corte local, considerada a possibilidade de exercício dessa competência por órgão fracionário.

Além disso, a petição inicial da presente ação direta indica que o dispositivo impugnado incorreu em inconstitucionalidade por prever a competência do Tribunal local para o julgamento de prefeitos por crimes de responsabilidade, desviando-se do modelo federal de responsabilização política e administrativa insculpido nos art. 52, I, e art. 86 da Constituição Federal, pelo qual se exigiria julgamento perante o Poder Legislativo local.

A ação direta foi recebida e processada na forma do art. 12 da Lei 9.868/1999, pela então Presidente da Corte, Ministra Ellen Gracie.

A Assembleia Legislativa do Estado da Bahia apresentou manifestação nos autos em que informou que a norma impugnada se originou do trâmite do Projeto de Lei 14.785/2005, encaminhado à Assembleia Legislativa pelo Poder Judiciário baiano, no qual se extinguia o órgão que, até então, detinha competência para o julgamento dos prefeitos - a Câmara Especializada prevista pela Lei Estadual 6.982/1996. Por proposição parlamentar, apresentada pelo Deputado Estadual Carlos Ricardo Gaban, atribuiu-se essa competência ao Tribunal Pleno.

O Governador do Estado da Bahia se pronunciou pela constitucionalidade da norma impugnada, argumentando que não existiria vedação constitucional à apresentação de emenda parlamentar a projetos de lei apresentados pelo Tribunal de Justiça. Também descartou a alegada ofensa aos arts. 52, I, e 86 da CF, por entender que a norma impugnada se limitou a "distribuir internamente a competência outorgada constitucionalmente aos Tribunais de Justiça pra julgar os Prefeitos (art. 29, X, da CF de 1988) nos crimes comuns e de responsabilidade, estes últimos entendidos como aqueles tipificados no art. 1º do Decreto-lei 201/67". Reconhece que, em relação aos ilícitos político-administrativos referidos no art. 4º do Decreto-Lei 201/1967, a competência para julgamento dos prefeitos seria do Poder Legislativo municipal.

O Desembargador Presidente do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia falou nos autos em prol da inconstitucionalidade da norma impugnada, aduzindo que a emenda ao projeto de lei que tratou da organização judiciária do Estado implicou ofensa ao princípio da separação dos Poderes (art. 2º da CF) e ao art. 96, I, da CF.

O Advogado-Geral da União opinou pela constitucionalidade formal da norma, afastada a tese de que o conteúdo normativo veiculado na norma impugnada estaria reservado ao tratamento pelo regimento interno do Tribunal. Destacou que o texto constitucional limita a autonomia dos Tribunais às "normas do processo e as garantias processuais das partes", tal como definidas na legislação federal que disciplina o direito processual e nas leis estaduais de organização judiciária (art. 96, II, *d*, e 125, § 1º, da CF). Também entendeu ausente o alegado vício formal decorrente da emenda parlamentar ao projeto de lei apresentado pelo Tribunal de Justiça, com base na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que admite a emenda parlamentar a projetos de lei de iniciativa reservada, desde que guarde pertinência temática com a proposição original e não acarrete aumento de despesa.

No que diz respeito à inconstitucionalidade material, o Advogado-Geral da União sustentou a necessidade de interpretação conforme da norma impugnada, para que a competência para o julgamento dos prefeitos pelo Tribunal Pleno do TJBA não inclua a apreciação de condutas qualificadas como crimes de responsabilidade próprios, mas apenas aquelas condutas típicas referidas no art. 1º do Decreto-Lei 201/1967 (crimes de responsabilidade impróprios).

Em petição recebida em 11/10/2011, o Procurador-Geral da República requereu o aditamento da petição inicial para incluir em seu objeto o art. 17 da Lei Estadual 10.845/2007, assim redigido:

> Art. 17. As competências do Tribunal Pleno e dos órgãos jurisdicionais fracionários serão definidas por ato do Tribunal de Justiça.
>
> Parágrafo único - O julgamento de prefeitos, no exercício do cargo, será de competência do Tribunal Pleno.

Informou que o art. 29, XXV, *n*, da Lei 3.731/1979 (redação dada pelo art. 3º da Lei 10.433/2006), originariamente impugnado na presente ação direta, foi expressamente revogado pela referida Lei estadual

10.845/2007. Frisou que a nova legislação também foi resultado da apresentação de emenda parlamentar a projeto de lei apresentado pelo Tribunal de Justiça, em razão do que subsistiriam todos os fundamentos lançados na petição inicial.

O Governador da Bahia e o Advogado-Geral da União se opuseram ao pedido de aditamento formulado, ao fundamento de que a alteração legislativa importaria em modificação substancial no conteúdo impugnado, prejudicando o conhecimento da ação direta. O Procurador-Geral da República requereu nova vista dos autos com o propósito de trazer outros elementos relevantes para o julgamento da ação, especialmente em relação à demonstração de ausência de prejuízo ao seu conhecimento.

[acrescentar relato da manifestação que vier da PGR]

É o relatório.

Voto

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES (RELATOR) - Preliminarmente, anoto que a presente ação direta foi movida por autoridade legitimada para a propositura de ações do controle concentrado de constitucionalidade (art. 103, VI, da CF), em face de dispositivo de ato normativo estadual, questionado em confronto com preceitos da Constituição Federal, por meio de petição em que se discriminou o pedido de inconstitucionalidade, com seus fundamentos e especificações (art. 3º da Lei 9.868/1999).

A posterior revogação da norma originalmente impugnada, observada a continuidade do conteúdo normativo que se apontou como inconstitucional, não prejudica o conhecimento da presente ação. Isso porque o julgamento dos prefeitos pelo Plenário do Tribunal de Justiça local ainda é expressamente previsto na legislação estadual atualmente em vigor - agora no art. 17 da Lei Estadual 10.845/2007, que reproduz, no essencial, a previsão original do art. 29, XXV, *n*, da Lei 3.731/1979 (redação dada pelo art. 3º da Lei 10.433/2006). Reproduzo, a seguir, para fins de comparação, as expressões textuais de ambas as normas, a revogada e a atualmente vigente:

Lei 3.731/1979, com a redação da Lei 10.433/2006:

> Art. 29 - Compete ao Tribunal Pleno:
>
> [...]
>
> XXV - processar e julgar, originariamente:
>
> [...]
>
> n) os Prefeitos Municipais, nos crimes comuns e de responsabilidade.

Lei 10.845/2007, vigente Lei de Organização e Divisão Judiciária do Estado da Bahia:

> Art. 1º - Esta Lei regula as atividades de competência do Poder Judiciário do Estado da Bahia, dispondo sobre:
>
> I - divisão, organização, administração e funcionamento da Justiça e dos serviços que lhe são conexos ou auxiliares;
>
> II - magistratura estadual.

> Art. 2º - O Regimento Interno do Tribunal de Justiça fixará as normas sobre a eleição de seus dirigentes e disporá sobre a competência e o funcionamento dos seus órgãos jurisdicionais e administrativos.
>
> [...]
>
> Art. 17. As competências do Tribunal Pleno e dos órgãos jurisdicionais fracionários serão definidas por ato do Tribunal de Justiça.
>
> Parágrafo único - O julgamento de prefeitos, no exercício do cargo, será de competência do Tribunal Pleno.
>
> [...]
>
> Art. 317 - Esta Lei entrará em vigor em 180 (cento e oitenta) dias de sua publicação, ficando revogadas a Lei nº 3731/79 e as demais disposições legais que com ela conflitem.

A nova previsão também teria decorrido de emenda parlamentar a projeto de lei encaminhado à Assembleia Legislativa pelo Poder Judiciário, mantendo, assim, o interesse na apreciação da tese de inconstitucionalidade formal articulada na petição inicial.

Não se constata prejuízo ao conhecimento da ação mesmo em relação à ausência, no texto atual da Lei de Organização Judiciária, de expressa previsão de competência para julgamento de crimes de responsabilidade - em relação a qual se alegou inconstitucionalidade por violação aos arts. 52, I, e 86 da CF (simetria com o modelo federal de responsabilização do Chefe do Poder Executivo). A nova redação não afasta a necessidade de delimitar, no exame da constitucionalidade do novo dispositivo, a abrangência da competência jurisdicional conferida ao TJBA com base no art. 29, X, da CF.

Assim, entendo que não houve alteração substancial no conteúdo normativo impugnado de modo a comprometer o conhecimento da ação, especialmente em vista do pedido de aditamento realizado pelo Procurador-Geral da República. Nesse sentido: ADI 1345, Rel.ª Min.ª Ellen Gracie, Tribunal Pleno, *DJ* de 25/4/2003; ADI 3233, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, *DJe* de 13/9/2007; ADI 2501, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, *DJe* de 18/12/2008; ADI 2418, Rel. Min. Teori Zavascki, Tribunal Pleno, *DJe* de 16/11/2016.

Acolho o pedido de aditamento e conheço da presente ação direta no tocante ao art. 17 da Lei Estadual 10.845/2007.

No mérito, entendo que a norma impugnada, constante da Lei de Organização Judiciária do Estado da Bahia, atribuiu o exercício de competência jurisdicional a determinado órgão do Tribunal, escolha que incumbiria apenas ao próprio Tribunal de Justiça, como expressão da autonomia que a Constituição Federal atribuiu a todos os Tribunais da República.

Embora os Estados possuam competência legislativa para disporem sobre procedimentos e organização judiciária, conforme art. 96, II, *d*, da CF, por iniciativa reservada com exclusividade ao Poder Judiciário, é a própria Constituição quem atribui aos Tribunais a competência para julgamento dos prefeitos, segundo o art. 29, X:

> Art. 29. O Município reger-se-á por lei orgânica, votada em dois turnos, com o interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços dos membros da Câmara Municipal, que a promulgará, atendidos

> os princípios estabelecidos nesta Constituição, na Constituição do respectivo Estado e os seguintes preceitos:
>
> [...]
>
> X - julgamento do Prefeito perante o Tribunal de Justiça;

Dessa feita, não está ao alcance do legislador estadual, ainda que no curso de processo legislativo deflagrado por iniciativa do Tribunal de Justiça, atribuir a determinado órgão da corte respectiva a competência para o julgamento dos prefeitos, pois se trata de mérito atinente à autonomia orgânica e administrativa do Poder Judiciário, conforme prescreve o art. 6 da Constituição.

> Art. 96. Compete privativamente:
>
> I - aos tribunais:
>
> a) eleger seus órgãos diretivos e elaborar seus regimentos internos, com observância das normas de processo e das garantias processuais das partes, dispondo sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos ;
>
> [...]
>
> II - ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores e aos Tribunais de Justiça propor ao Poder Legislativo respectivo, observado o disposto no art. 169:
>
> [...]
>
> d) a alteração da organização e da divisão judiciárias; [...]

Os Tribunais têm a prerrogativa de gerir a competência que lhes é conferida diretamente pela Constituição, por meio da eleição de seus dirigentes, da edição de seus regimentos internos e da organização e gestão de seus órgãos e serviços, entre outras garantias institucionais. O texto constitucional, portanto, erige o princípio do autogoverno do Poder Judiciário como aspecto sensível da independência e equilíbrio harmônico com os demais Poderes de Estado. A esse respeito, manifestei-me em sede doutrinária (*Direito constitucional*, 33. ed. p. 535) nos seguintes termos:

> Essa autonomia e independência ampla encontram resguardo em todos os Estados democráticos de Direito, pois os tribunais têm, sob o ponto de vista estrutural constitucional, uma posição jurídica idêntica à dos outros órgãos constitucionais de soberania. Da mesma forma, desempenham funções cuja vinculatividade está jurídico-constitucionalmente assegurada.

Em consequência disso, certas matérias deverão necessariamente ser tratadas por ato normativo editado por cada Tribunal de Justiça, quando digam respeito à estrutura orgânica dessas Cortes e à distribuição interna de sua competência constitucional. O próprio legislador constituinte, quando tratou da organização interna dos Tribunais, preservou grande margem decisória na esfera de cada Corte, como, por exemplo, ao tratar da possibilidade de criação de Órgão Especial, nos moldes delineados pelo art. 93, XI, da CF (redação da Emenda Constitucional 45/2004). O Supremo Tribunal Federal, apreciando a sede normativa adequada para o exercício da opção política pela criação do órgão especial, estabeleceu que o princípio do autogoverno da magistratura afastaria o tratamento do tema por lei, preservada a opção exercida pelo próprio tribunal

em seu regimento interno, conforme julgamento da ADI 410-MC, Rel. Min. Celso de Mello, redator para acórdão Min. Carlos Velloso, Tribunal Pleno, j. em 27/8/1992, *DJ* de 3/6/1994, assim ementada:

> ADIN. Ato Regimental 2/89 do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina (art. 2, inciso I e paragrafo único). Órgão Especial (CF, art. 93, XI). Criação. Matéria submetida ao domínio do Regimento Interno dos Tribunais (CF, art. 96, I, a). Alegação de ofensa ao princípio da reserva de lei. Ausência de plausibilidade jurídica. Medida cautelar indeferida. - A instituição do Órgão Especial a que se refere o art. 93, XI, da Carta Politica, formalizada em ato regimental editado pelo Tribunal de Justiça, revela-se compatível com o postulado do autogoverno da Magistratura, encontrando fundamento jurídico no art. 96, I, *a*, da Constituição. - Ressalva do ponto de vista do Relator, para quem a instituição de Órgão Especial no âmbito dos Tribunais de Justiça dos Estados constitui matéria que, por referir-se à própria organização judiciária estadual, encontra-se necessariamente sujeita ao princípio da reserva de lei formal, estando assim excluída da esfera de competência regimental dos Tribunais locais.

Especificamente quanto à competência tratada nesta ação direta, há precedente do Supremo Tribunal Federal que reconhece a possibilidade de exercício da competência conferida pelo art. 29, X, da CF, tanto pela composição plena do Tribunal de Justiça quanto por órgão fracionário, conforme se depreende do julgamento do *HC* 71.381, Rel. Min. Moreira Alves, Primeira Turma, j. em 25/10/1994, *DJ* de 1/3/1996, assim ementado:

> *Habeas corpus*. Improcedência da preliminar de incompetência desta Corte. - A Constituição, ao estabelecer, no inciso X do artigo 29, que o julgamento do Prefeito se fará perante o Tribunal de Justiça, impõe que o julgamento se faça pelo Tribunal de Justiça, mas não necessariamente por seu Plenário ou por seu órgão especial, podendo, pois, o regimento interno da Corte designar um órgão fracionário dela para proceder a esse julgamento. E nada há de irregular pelo fato de esse regimento estabelecer que uma de suas Câmaras Criminais tenha competência preferencial para julgamento de ação penal contra Prefeito Municipal. - Inexistência de irregularidade na Câmara julgadora. - Nada impede que o recebimento da denúncia seja feito por Juiz do Tribunal de Alçada regularmente convocado para integrar a Câmara Criminal em substituição a Desembargador, porquanto o substituto atua como se fosse o substituído, exercendo, portanto, integralmente a competência deste, salvo disposição expressa em contrário, o que não ocorre no caso. *Habeas corpus* indeferido.

No caso, observo que o Tribunal de Justiça do Estado da Bahia expressou juízo diverso daquele constante da norma impugnada, no tocante à escolha do órgão do Tribunal para o julgamento dos prefeitos. Assim dispõe o Regimento Interno do TJBA:

> Art. 98 - Compete às Câmaras Criminais processar e julgar:
>
> I - os Prefeitos Municipais nos crimes comuns e de responsabilidade; [...]

Assim sendo, entendo que a norma impugnada - art. 17 da Lei Estadual 10.845/2007 - violou o princípio do autogoverno do Poder Judiciário ao indicar órgão jurisdicional diverso daquele constante do regimento interno do Tribunal de Justiça para o julgamento dos prefeitos.

Ainda que a matéria pudesse ser validamente tratada em sede de lei estadual de organização judiciária, em prejuízo de previsão regimental em sentido contrário, mesmo nessa hipótese, haveria usurpação da iniciativa reservada ao Tribunal de Justiça para a deflagração do processo legislativo respectivo (art. 96, II, *d*, da

CF). A previsão de julgamento dos prefeitos pelo Plenário do TJBA não constava do projeto de lei originariamente encaminhado pela Corte local à Assembleia Legislativa, tendo sido resultado da apresentação de emenda parlamentar. Conforme noticiado pelo Procurador-Geral da República em sua peça de aditamento:

> A norma vigente, assim como a revogada, é resultado de emenda parlamentar a projeto de lei de iniciativa do Poder Judiciário, do qual não constava nenhuma disposição sobre qual órgão da Corte estadual seria competente para o julgamento de prefeitos - Pleno, órgão especial ou órgão fracionário.

O Supremo Tribunal Federal tem sólida jurisprudência de que, nas proposições legislativas sujeitas à exclusividade de iniciativa por autoridade de outro Poder, a prerrogativa parlamentar de apresentação de emendas ao projeto de lei é limitada ao domínio temático da proposta original, também vedada a apresentação de emendas que impliquem aumento de despesas ao Poder ou órgão autônomo respectivo, por imposição da própria regra constitucional que confere a reserva de iniciativa. Cito o precedente firmado no julgamento da ADI 1050-MC, Rel. Min. Celso de Mello, j. em 21/9/1994, *DJ* de 23/4/2004, assim ementada:

> Tribunal de Justiça. Instauração de processo legislativo versando a organização e a divisão judiciárias do Estado. Iniciativa do respectivo projeto de lei sujeita à cláusula constitucional de reserva (CF, art. 125, § 1º, *in fine*). Oferecimento e aprovação, no curso do processo legislativo, de emendas parlamentares. Aumento da despesa originalmente prevista e ausência de pertinência. Descaracterização da proposição legislativa original, motivada pela ampliação do número de comarcas, varas e cargos constantes do projeto inicial. Configuração, na espécie, dos requisitos pertinentes à plausibilidade jurídica e ao "periculum in mora". Medida cautelar deferida. - O poder de emendar projetos de lei - que se reveste de natureza eminentemente constitucional - qualifica-se como prerrogativa de ordem político-jurídica inerente ao exercício da atividade legislativa. Essa prerrogativa institucional, precisamente por não traduzir corolário do poder de iniciar o processo de formação das leis (*RTJ* 36/382, 385 - *RTJ* 37/113 - *RDA* 102/261), pode ser legitimamente exercida pelos membros do Legislativo, ainda que se cuide de proposições constitucionalmente sujeitas à cláusula de reserva de iniciativa (ADI 865/MA, Rel. Min. Celso de Mello), desde que - respeitadas as limitações estabelecidas na Constituição da República - as emendas parlamentares (a) não importem em aumento da despesa prevista no projeto de lei, (b) guardem afinidade lógica (relação de pertinência) com a proposição original e (c) tratando-se de projetos orçamentários (CF, art. 165, I, II e III), observem as restrições fixadas no art. 166, §§ 3º e 4º da Carta Política. Doutrina. Jurisprudência. - Inobservância, no caso, pelos Deputados Estaduais, quando do oferecimento das emendas parlamentares, de tais restrições. Precedentes do Supremo Tribunal Federal. Suspensão cautelar da eficácia do diploma legislativo estadual impugnado nesta sede de fiscalização normativa abstrata.

No mesmo sentido: ADI 2.696, Rel. Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, julgada em 15/12/2016, *DJe* de 13/3/2017; ADI 3.288, Rel. Min. Ayres Britto, Tribunal Pleno, julgada em 13/10/2010, *DJe* de 23/2/2011; ADI 2.350, Rel. Min. Maurício Corrêa, Tribunal Pleno, julgada em 25/3/2004, *DJ* de 30/4/2004.

A inclusão de matéria afeta ao Regimento Interno do TJBA, por meio de emenda parlamentar, no debate legislativo sobre a proposta de lei de organização judiciária daquela unidade federativa implica violação à regra do art. 96, II, *d*, da CF, pois deturpou o conteúdo da proposição legislativa deflagrada pela Corte estadual.

Por fim, no tocante à alegada ofensa ao modelo constitucional de responsabilização política e administrativa do chefe do Poder Executivo (art. 52, I, e art. 86 da CF), extensível aos demais níveis federativos por imposição do princípio da simetria, importa afastar qualquer interpretação dos dispositivos impugnados que confira ao Poder Judiciário local a atribuição de julgar os prefeitos municipais por crimes de

responsabilidade próprios. Mais uma vez, citando meu posicionamento em sede doutrinária (*Direito constitucional*, 33. ed. p. 308-311), destaco o seguinte:

> O inciso X do art. 29 da Constituição Federal inovou a competência para processo e julgamento das infrações penais cometidas por prefeitos municipais, concedendo-lhes foro privilegiado, ao dispor que somente serão julgados pelo Tribunal de Justiça respectivo, ou seja, sempre do Estado da Federação onde estiver seu Município, seja pelo Plenário ou por órgão fracionário competente.
>
> No entanto, o legislador constituinte não foi claro quanto à fixação dessa competência, ao não se referir, expressamente, ao tipo de infração cometida (comum, eleitoral, dolosa contra a vida e federal), cabendo à Jurisprudência essa definição.
>
> [...]
>
> Em relação, entretanto, aos chamados crimes de responsabilidade cometidos pelo prefeito municipal, primeiramente há necessidade de classificá-los em próprios e impróprios. Enquanto os primeiros são infrações político-administrativas, cuja sanção corresponde à perda do mandato e suspensão dos direitos políticos previstos no art. 4º do Decreto-Lei 201, de 1967, os segundos são verdadeiras infrações penais, apenados com penas privativas de liberdade e previstos no artigo 1º do mesmo decreto-lei.
>
> Os crimes denominados de responsabilidade, tipificados no art. 1º do Decreto-Lei 201, de 1967, são crimes comuns, que deverão ser julgados pelo Poder Judiciário, independentemente do pronunciamento da Câmara dos Vereadores (art. 1º), são de ação pública e punidos com pena de reclusão e de detenção (art. 1º, § 1º) e o processo é o comum, do Código de Processo Penal, com pequenas modificações (art. 2º), cujo estudo foi feito anteriormente. No art. 4º, o Decreto-Lei 201, de 1967, cuida das infrações político-administrativas dos prefeitos sujeitas ao julgamento pela Câmara dos Vereadores e sancionadas com a cassação do mandato. Essas infrações é que podem, na tradição do direito brasileiro, ser denominadas crimes de responsabilidade.
>
> Assim, compete ao Poder Judiciário processar e julgar os crimes (comuns e de responsabilidade impróprios) praticados pelos prefeitos municipais (art. 29, X, da CF).
>
> No tocante, porém, às infrações político-administrativas (crimes de responsabilidade próprios), a competência para julgamento é da Câmara Municipal, uma vez que se trata de responsabilidade política do chefe do Poder Executivo local, a ser devida e politicamente apurada pelo Poder Legislativo Municipal. [...]

Nesse mesmo sentido: *HC* 70.671, Rel. Min. Carlos Velloso, Tribunal Pleno, julgado em 13/4/1994, *DJ* de 19/5/1995; R*HC* 73.210, Rel. Min. Maurício Corrêa, Segunda Turma, julgado em 31/10/1995, *DJ* de 1/12/1995; RE 192.527, Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 25/4/2001, *DJ* de 8/6/2001; AP 441, Rel. Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, julgada em 8/3/2012, *DJe* de 6/6/2012.

Portanto, a previsão de competência para julgamento dos crimes de responsabilidade, ainda constante do Regimento Interno do TJBA, somente poderá ser interpretada como permissiva do processamento de ações penais relacionadas os delitos tipificados no art. 1º do Decreto-Lei 201/1967. O julgamento dos prefeitos por ilícitos político-administrativos ocorrerá perante o Poder Legislativo local, sempre ressalvada a competência exclusiva da União para legislar sobre essa matéria, conforme o teor da Súmula Vinculante 46.

Diante do exposto, julgo procedente a presente ação direta, para declarar inconstitucional o art. 17 da Lei 10.845/2007 do Estado da Bahia, firmada a prerrogativa do Tribunal de Justiça da Bahia para definir, entre

seus órgãos internos (Pleno, Órgão Especial ou órgão fracionário), aquele competente para o julgamento dos prefeitos por crimes comuns, aí incluídos os crimes de responsabilidade impróprios.

É o voto.

Extrato de Ata

Decisão: O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, julgou procedente o pedido, para declarar inconstitucional o art. 17 da Lei 10.845/2007 do Estado da Bahia, firmada a prerrogativa do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia para definir, entre seus órgãos internos (Pleno, Órgão Especial ou órgão fracionário), aquele competente para o julgamento dos prefeitos por crimes comuns, incluídos os crimes de responsabilidade impróprios. Ausentes, justificadamente, os Ministros Luiz Fux e Celso de Mello, e, neste julgamento, o Ministro Gilmar Mendes. Presidiu o julgamento a Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 20/6/2018.

Presidência da Senhora Ministra Cármen Lúcia. Presentes à sessão os Senhores Ministros Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Dias Toffoli, Rosa Weber, Roberto Barroso, Edson Fachin e Alexandre de Moraes.

Procuradora-Geral da República, Dra. Raquel Elias Ferreira Dodge.

Doralúcia das Neves Santos Assessora - Chefe do Plenário.

(Publicado no *DJe* de 28/6/2018.)

Ação direta de inconstitucionalidade - Direito constitucional e registral - Pessoa transgênero - Alteração do prenome e do sexo no registro civil - Possibilidade - Direito ao nome, ao reconhecimento da personalidade jurídica, à liberdade pessoal, à honra e à dignidade - Inexigibilidade de cirurgia de transgenitalização ou da realização de tratamentos hormonais ou patologizantes

- O direito à igualdade sem discriminações abrange a identidade ou expressão de gênero.

- A identidade de gênero é manifestação da própria personalidade da pessoa humana e, como tal, cabe ao Estado apenas o papel de reconhecê-la, nunca de constituí-la.

- A pessoa transgênero que comprove sua identidade de gênero dissonante daquela que lhe foi designada ao nascer por autoidentificação firmada em declaração escrita desta sua vontade dispõe do direito fundamental subjetivo à alteração do prenome e da classificação de gênero no registro civil pela via administrativa ou judicial, independentemente de procedimento cirúrgico e laudos de terceiros, por se tratar de tema relativo ao direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade.

Ação direta julgada procedente.

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 4.275-DF - Relator: MINISTRO MARCO AURÉLIO - Redator do Acórdão: MINISTRO EDSON FACHIN

Requerente: Procuradora-Geral da República. Interessado: Presidente da República. Advogado: Advogado-Geral da União. Interessado: Congresso Nacional. *Amicus Curiae*: Instituto Brasileiro de Direito de Família -

IBDFAM. Advogado: Rodrigo da Cunha Pereira e outros. *Amicus Curiae*: Grupo de Advogados pela Diversidade Sexual - GADVS. Advogados: Paulo Roberto Iotti Vecchiatti. *Amicus Curiae*: Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros - ABGLT - Advogados: Paulo Roberto Iotti Vecchiatti. *Amicus Curiae*: Grupo Dignidade - pela Cidadania de Gays, Lésbicas e Transgêneros. Advogados: Ananda Hadah Rodrigues Puchta e outros. Advogados: Gisele Alessandra Shimidt e Silva. *Amicus Curiae*: Laboratório Integrado em Diversidade Sexual e de Gênero, Políticas e Direitos - LIDIS. Advogados: Daniel Antônio de Moraes Sarmento. *Amicus Curiae*: Centro Latino-Americano em Sexualidade e Direitos Humanos - CLAM.

Advogados: Daniel Antônio de Moraes Sarmento. *Amicus Curiae*: Conselho Federal de Psicologia. Advogados: Victor Mendonca Neiva. *Amicus Curiae*: Defensor Público-Geral Federal. Advogado: Gustavo Zortea da Silva.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, sob a Presidência da Ministra Cármen Lúcia, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, vencidos, em parte, os Ministros Marco Aurélio e, em menor extensão, os Ministros Alexandre de Moraes, Ricardo Lewandowski e Gilmar Mendes, em julgar procedente a ação

para dar interpretação conforme a Constituição e o Pacto de São José da Costa Rica ao art. 58 da Lei 6.015/73, de modo a reconhecer aos transgêneros que assim o desejarem, independentemente da cirurgia de transgenitalização, ou da realização de tratamentos hormonais ou patologizantes, o direito à substituição de prenome e sexo diretamente no registro civil.

Brasília, 1º de março de 2018. - *Ministro Edson Fachin* - Redator para o acórdão

Relatório

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Adoto, como relatório, as informações prestadas pelo assessor Dr. Lucas Faber de Almeida Rosa:

> O Procurador-Geral da República ajuizou ação direta de inconstitucionalidade, buscando seja conferida ao artigo 58 da Lei nº 6.015/1973 interpretação conforme ao Texto Maior. Eis o teor do dispositivo questionado:
>
> 'Art. 58. O prenome será definitivo, admitindo-se, todavia, a sua substituição por apelidos públicos notórios'.
>
> Segundo narra, a interpretação do preceito em jogo em consonância com os artigos 1º, inciso III, 3º, inciso IV, e 5º, cabeça e inciso X, da Carta Federal direciona à possibilidade de mudança de sexo e prenome, por transexuais, no registro civil.
>
> Aponta existirem duas abordagens não excludentes da transexualidade: a biomédica, que a define como distúrbio de identidade de gênero, e a social, embasada no direito à autodeterminação da pessoa. Consoante alega, impor a cidadão a manutenção de prenome em descompasso com a própria identidade atenta contra a dignidade e compromete a interlocução com terceiros, em espaços públicos e privados. Alude ao direito comparado, sustentando ter o Tribunal Europeu de Direitos do Homem entendido que a recusa em autorizar a retificação de certidão de nascimento de transexual ofende a garantia à vida privada prevista na Convenção Europeia de Direitos Humanos.
>
> Diz ser incongruente permitir a alteração de prenome sem a correspondente modificação de sexo no registro civil. Assevera que o direito fundamental à identidade de gênero justifica a troca de prenome, independentemente da realização da cirurgia. Pondera que a configuração da transexualidade não depende do procedimento cirúrgico. Reporta-se à experiência alemã, na qual reconhecida, pelo legislador, duas situações de mudança de prenome por transexual: com e sem cirurgia. Informa haver o Tribunal Constitucional Federal alemão condicionado a alteração no registro civil sem a cirurgia à faixa etária - ao menos 18 anos -, à convicção, há três anos, de pertencer ao gênero oposto ao biológico e à aferição da observância dos requisitos por grupo de especialistas.
>
> Argui mostrar-se consentânea com a Carta da República interpretação segundo a qual a expressão 'apelidos públicos notórios', inserida no art. 58 da Lei nº 6.015/1973, abrange o prenome social dos transexuais, ensejando também a modificação relativa ao registro de gênero.
>
> Sob o ângulo do risco, salienta que a não declaração do direito em jogo expõe os transexuais a danos gravíssimos.
>
> Requer, liminarmente, seja conferida ao artigo 58 da Lei nº 6.015/1973 interpretação conforme à Constituição Federal, reconhecendo-se aos transexuais, independentemente da realização de cirurgia de transgenitalização, o direito à mudança de prenome e sexo no registro civil. Pede, caso o indivíduo não opte pela cirurgia, a fixação dos seguintes requisitos para a alteração do assentamento: (i) idade superior a 18 anos; (ii) convicção, há pelo menos três anos, de pertencer ao gênero oposto ao biológico;

e (iii) baixa probabilidade, de acordo com pronunciamento de grupo de especialistas, de modificação da identidade de gênero. Pugna, alfim, pela confirmação da tutela de urgência.

Postula, sucessivamente, caso o Tribunal não entenda suficiente para a solução da questão em jogo a interpretação do artigo 58 da Lei nº 6.015/1973, seja a ação direta admitida como arguição de descumprimento de preceito fundamental, voltada contra decisões judiciais que implicaram o indeferimento do pedido de mudança do registro civil de transexual, anexadas à petição inicial.

Em 23 de julho de 2009, o Presidente do Supremo acionou o disposto no artigo 12 da Lei nº 9.868/1999, solicitando as informações, a manifestação do Advogado-Geral da União e o parecer do Procurador-Geral da República.

O Presidente da República tece considerações sobre a transexualidade. Aponta ter o Poder Executivo tutelado o direito do transexual mediante a instituição, no Sistema Único de Saúde, de processo transexualizador. Defende a possibilidade da retificação do registro civil postulada na peça primeira, desde que não implique a eliminação da averbação originária com o gênero e prenome anteriores.

A Câmara dos Deputados assevera não ter informações a prestar, presente o disposto no artigo 103, § 3º, da Carta da República.

O Senado Federal alude à proporcionalidade e adequação social das normas relativas ao nome e ao registro civil no Brasil. Aduz que o Poder Público promove os direitos fundamentais dos transexuais de forma eficiente, assegurando a realização de cirurgia de transgenitalização. Frisa ser inviável a modificação do assentamento sem a submissão ao procedimento, considerada a imprescindibilidade de o registro corresponder à realidade física. Afirma a impropriedade de o Poder Judiciário atuar como legislador positivo.

A Advocacia-Geral da União diz da inadmissibilidade da ação direta. Consoante alega, o artigo 58 da Lei nº 6.015/1973 não rege a situação relativa à mudança de registro do transexual, não comportando a interpretação conforme buscada pelo requerente. No mérito, sustenta a parcial procedência do pedido. Argumenta que a condição de transexual, a revelar a necessidade de alteração do quanto averbado em relação ao nome e ao gênero, independe da realização de cirurgia de transgenitalização. Ressalva a necessidade de manter registrado o estado anterior, afirmando que o desaparecimento do sujeito pregresso inviabilizaria a cobrança de débitos civis e tributários, bem assim a persecução penal.

O Procurador-Geral da República opina pela procedência do pleito, reiterando as razões expostas na peça primeira.

Em 8 de junho de 2011, Vossa Excelência deferiu o ingresso, como terceiro interessado, do Instituto Brasileiro de Direito de Família - IBDFAM.

Em 20 de setembro de 2013, não acolheu os pedidos de intervenção formulados por Nuances - Grupo pela Livre Expressão Sexual e por Igualdade - Associação de Travestis e Transexuais do Rio Grande do Sul.

Admitiu, em 3 de outubro de 2014, no processo, como terceiros, o Grupo de Advogados pela Diversidade Sexual - GADVS e a Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais - ABGLT.

Em 26 de novembro de 2015, deferiu pleito de ingresso, como interessado, do Grupo Dignidade - Pela Cidadania de Gays, Lésbicas e Trans.

Admitiu, em 23 de agosto de 2016, como terceiros, o Centro Latino-Americano em Sexualidade e Direitos Humanos - CLAM, o Laboratório Integrado em Diversidade Sexual e de Gênero, Políticas e Direitos - LIDIS e o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil.

O processo está concluso no Gabinete.

É o relatório.

Extrato de ata

Decisão: Após o relatório e as sustentações orais, o julgamento foi suspenso. Ausente, neste julgamento, o Ministro Gilmar Mendes. Impedido o Ministro Dias Toffoli. Falaram: pelo Ministério Público Federal, o Dr. Rodrigo Janot Monteiro de Barros, Procurador-Geral da República; pelo *amicus curiae* Instituto Brasileiro de Direito de Família - IBDFAM, a Drª. Maria Berenice Dias; pelo *amicus curiae* Grupo Dignidade - Pela Cidadania de Gays, Lésbicas e Transgêneros, a Drª. Gisele Alessandra Schmidt e Silva; pelos *amici curiae* Laboratório Integrado em Diversidade Sexual e de Gênero Políticas e Direitos - LIDIS e Centro Latino-Americano em Sexualidade e Direitos Humanos - CLAM, o Dr. Wallace Corbo. Presidência da Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 7/6/2017.

Presidência da Senhora Ministra Cármen Lúcia. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Dias Toffoli, Luiz Fux, Rosa Weber, Roberto Barroso, Edson Fachin e Alexandre de Moraes.

Procurador-Geral da República, Dr. Rodrigo Janot Monteiro de Barros. p/ Doralúcia das Neves Santos, Assessora-Chefe do Plenário.

Voto

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) - A questão constitucional em jogo envolve definir a interpretação do artigo 58 da Lei nº 6.015/1973 consentânea com a Carta Federal, relativamente à possibilidade de transexual alterar o registro civil de nome e gênero. Eis o teor do preceito:

> Art. 58. O prenome será definitivo, admitindo-se, todavia, a sua substituição por apelidos públicos notórios.

Rejeito a preliminar, suscitada pela Advocacia-Geral da União, de inadmissibilidade da ação direta. O artigo 58 da Lei nº 6.015/1973 permite a técnica de interpretação conforme a Carta Federal. Embora lacônico, o dispositivo encerra situação excepcional na qual autorizada a substituição do prenome por apelido público notório. O exame do alcance desta última expressão revela a polissemia da norma, sobretudo a partir das balizas do Texto Maior. A ressaltar essa óptica, o preceito tem sido utilizado por magistrados para afastar o direito à mudança do prenome e gênero averbados relativamente a transexual, consoante revelam as decisões judiciais anexadas à petição inicial (folha 31).

A controvérsia submetida ao Supremo consiste em definir se, ante a norma, é possível a modificação de prenome e gênero de transexual no registro civil, independentemente da realização de cirurgia de transgenitalização, estabelecendo-se a interpretação do artigo 58 da Lei nº 6.015/1973 em harmonia com o Diploma Maior.

A adequada solução da questão pressupõe a fixação de premissas corretas no tocante à terminologia própria, sob pena de confundir expressões e vocábulos. A transexualidade, versada nesta ação, não é o mesmo que a homossexualidade - na qual delimitada a orientação sexual -, tampouco alcança travestis - uma vez ausente a repulsa pela genitália do sexo biológico.

Maria Berenice Dias afirma que

> A orientação sexual indica o impulso sexual de cada indivíduo, aponta para a forma como ele vai canalizar sua sexualidade. A orientação sexual tem como referência o gênero pelo qual a pessoa sente atração, desejo afetivo e sexual (DIAS, Maria Berenice. *Homoafetividade e os direitos LGBTI*. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 42).

Segundo as palavras de Maria Berenice Dias

> A transexualidade é uma divergência entre o estado psicológico de gênero e as características físicas e morfológicas perfeitas que associam o indivíduo ao gênero oposto. Caracteriza-se por um forte conflito entre o corpo e a identidade de gênero e compreende um arraigado desejo de adequar - hormonal e cirurgicamente - o corpo ao gênero almejado. Existe uma ruptura entre o corpo e a mente, o transexual sente-se como se tivesse nascido no corpo errado, como se esse corpo fosse um castigo ou mesmo uma patologia congênita. O transexual se considera pertencente ao sexo oposto, entalhado com o aparelho sexual errado, o qual quer ardentemente erradicar. Enquanto o homossexual aceita seu sexo biológico, o transexual rejeita seu próprio sexo anatômico. O transexual masculino tem ego corporal e psíquico femininos. Com o transexual feminino, ocorre o contrário.
>
> [...]
>
> Já travestis são pessoas que, independente da orientação sexual, aceitam o seu sexo biológico, mas se vestem, assumem e se identificam como do gênero oposto. Não sentem repulsa por sua genitália, como ocorre com os transexuais. Por isso não perseguem a redesignação cirúrgica dos órgãos sexuais, até porque encontram gratificação sexual com o seu sexo (DIAS, Maria Berenice. *Homoafetividade e os direitos LGBTI*. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 43 e 269).

O tema é sensível e envolve valores constitucionais de importância maior. Cabe indagar: mostra-se legítimo recusar a transexuais o direito à alteração do prenome e gênero no registro civil? A resposta é desenganadamente negativa.

É tempo de a coletividade atentar para a insuficiência de critérios morfológicos para afirmação da identidade de gênero, considerada a dignidade da pessoa humana. Descabe potencializar o inaceitável estranhamento relativo a situações divergentes do padrão imposto pela sociedade para marginalizar cidadãos, negando-lhes o exercício de direitos fundamentais.

A tutela estatal deve levar em conta a complexidade ínsita à psique humana, presente a pluralidade dos aspectos genésicos conformadores da consciência. É inaceitável, no Estado Democrático de Direito, inviabilizar a alguém a escolha do caminho a ser percorrido, obstando-lhe o protagonismo, pleno e feliz, da própria jornada.

A dignidade da pessoa humana, princípio desprezado em tempos tão estranhos, deve prevalecer para assentar-se o direito do ser humano de buscar a integridade e apresentar-se à sociedade como de fato se enxerga. Solução diversa apenas reforça o estigma que conduz muitos cidadãos transgêneros à depressão, à prostituição e ao suicídio. É o que revela estudo conduzido pelas professoras Liliana Lopes Pedral Sampaio e Maria Thereza Ávila Dantas Coelho:

> [...]
>
> As formas de lidar com as mais diversas situações são explicadas por Flávio como 'um meio de ir levando essa coisa, mas que dói, dói. Eu não quero o meu nome como ele é; eu quero um nome masculino,

> que me represente no masculino' (Flávio). Essa situação se amplia com a dificuldade de ingresso e permanência no mercado de trabalho, mesmo para os que concluíram a formação universitária, como é o caso de mais uma dessas pessoas. Muitas vezes, a assunção da transexualidade implica o abandono do trabalho. Os homens contam que, como forma de sobrevivência, partem para o trabalho autônomo, quando conseguem, ou então se submetem a trabalhar para casas de prostituição, não se prostituindo, mas fazendo a propaganda do lugar. Trabalhar em borracharia é mais uma opção apresentada por Flávio, mas, segundo ele, extremamente difícil, por conta do machismo. Quando não conseguem nenhum trabalho, a alternativa que muitas vezes resta é o tráfico de drogas, o que, segundo Flávio, não é raro acontecer (SAMPAIO, Liliana Lopes Pedral e COELHO, Maria Thereza Ávila Dantas. Quando o estranhamento se traduz em preconceito: trajetórias de vida de pessoas transexuais. In: *Minorias sexuais* - direitos e preconceitos. Brasília: Editora Consulex, 2012. p. 343-344).
>
> [...]

Surge relevante a autonomia da vontade, na vivência desimpedida do autodescobrimento, condição de plenitude do ser humano. É dever do Poder Público, no Estado Democrático de Direito, promover a convivência pacífica com o outro, na seara do pluralismo, sem admitir o crivo da maioria sobre escolhas exclusivamente morais, sobretudo quando decorrem de inafastáveis circunstâncias próprias à constituição somática da pessoa. Cabe a cada qual trilhar a respectiva jornada, arcando com a responsabilidade imposta pela própria consciência, na busca pelos objetivos que se propôs a cumprir.

Consectário lógico desse raciocínio é a autorização da mudança no registro civil, independentemente da cirurgia de transgenitalização. Observem a organicidade do Direito. A alteração no assentamento decorre da dignidade da pessoa humana, presente incompatibilidade da morfologia sexual com a identidade de gênero. Legitima-se a modificação para permitir que a pessoa possa viver plenamente em sociedade, tal como se percebe.

Como se vê, os fundamentos para autorização da mudança do registro civil pressupõem não a submissão a procedimento cirúrgico, o qual altera apenas o aspecto anatômico, mas, sim, a condição de transexual. A disforia e o sofrimento dela decorrentes justificam a troca do prenome, com ou sem cirurgia. A ressaltar essa óptica, Maria Berenice Dias anota que, "atualmente, muitos transexuais não desejam realizar a cirurgia, ainda que não sintam prazer sexual não sentem repulsa por seus órgãos genitais". Impossível, juridicamente, é impor a mutilação àqueles que, tão somente, buscam a plena fruição de direitos fundamentais, a integral proteção assegurada pela dignidade da pessoa humana (DIAS, Maria Berenice. *Homoafetividade e os direitos LGBTI*. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 268].

Contudo, a modificação do registro civil constitui situação excepcional no ordenamento jurídico. O critério morfológico, embora carente de mitigação, ainda é parâmetro relevante para a identificação de cidadãos. Nos casos em que não realizada a cirurgia de transgenitalização, a alteração do assentamento deve ser precedida da verificação de critérios técnicos aptos a comprovar a transexualidade. Mostra-se adequado observar o que preconizado na Resolução nº 1.955, de 3 de setembro de 2010, do Conselho Federal de Medicina. A norma dispõe sobre a cirurgia de transgenitalização, estabelecendo os requisitos a serem atendidos pelo paciente a fim de redefinir, com segurança, os caracteres sexuais. Eis o teor dos dispositivos pertinentes:

> RESOLVE:
>
> [...]

> Art. 3º Que a definição de transexualismo obedecerá, no mínimo, aos critérios abaixo enumerados:
>
> 1) Desconforto com o sexo anatômico natural;
>
> 2) Desejo expresso de eliminar os genitais, perder as características primárias e secundárias do próprio sexo e ganhar as do sexo oposto;
>
> 3) Permanência desses distúrbios de forma contínua e consistente por, no mínimo, dois anos;
>
> 4) Ausência de transtornos mentais.
>
> Art. 4º Que a seleção dos pacientes para cirurgia de transgenitalismo obedecerá a avaliação de equipe multidisciplinar constituída por médico psiquiatra, cirurgião, endocrinologista, psicólogo e assistente social, obedecendo os critérios a seguir definidos, após, no mínimo, dois anos de acompanhamento conjunto:
>
> 1) Diagnóstico médico de transgenitalismo;
>
> 2) Maior de 21 (vinte e um) anos;
>
> 3) Ausência de características físicas inapropriadas para a cirurgia.

Essas condições devem ser transpostas, no que couber, aos casos de modificação do registro civil sem a realização de cirurgia. Decisão com essa relevância pressupõe estar a pessoa em faixa etária condizente com o grau de amadurecimento necessário, bem assim diagnóstico de equipe médica especializada, em lapso temporal a revelar a definitividade da mudança.

A alteração do assentamento de pessoa não submetida à transgenitalização deve ser condicionada ao preenchimento dos seguintes requisitos: (i) idade mínima de 21 anos - cumpre esclarecer, neste ponto, não estar em jogo a maioridade civil, alcançada, nos termos do Código Civil de 2002, aos 18 anos, mas, sim, a maturidade adequada para a tomada de decisão; e (ii) diagnóstico médico de transexualismo, consoante os critérios do artigo 3º da Resolução nº 1.955/2010, do Conselho Federal de Medicina, por equipe multidisciplinar constituída por médico psiquiatra, cirurgião, endocrinologista, psicólogo e assistente social, após, no mínimo, dois anos de acompanhamento conjunto.

Vale notar que esses pressupostos devem ser aferidos em procedimento de jurisdição voluntária, com a participação do Ministério Público, observados os artigos 98 e 99 da Lei nº 6.015/1973.

No campo da forma e da publicidade da mudança do registro civil, cabe acolher o pedido da Advocacia-Geral da União. A adequação do nome à identidade psicossocial de gênero não elimina o caminho trilhado até aquele momento pelo transexual. Trata-se da mesma pessoa, sendo responsável por atos praticados na situação anterior. Inexiste direito absoluto, de modo que a modificação de prenome e sexo no registro civil, embora relativa à esfera íntima, não pode ser justificativa para descontinuidade das informações registradas. É necessário resguardar o interesse público de sanar divergências ou dúvidas relativas ao estado da pessoa, consubstanciado no princípio da veracidade do registro. Isso não significa expor a constrangimentos ou preconceito. Qualquer discriminação por parte de terceiros, decorrente da condição de transgênero, será resolvida no campo da responsabilidade civil.

O acesso de terceiros de boa-fé ao teor da averbação atinente à alteração do nome e do sexo deve ser, contudo, condicionado a autorização judicial, conferida em procedimento de jurisdição voluntária no qual demonstrado justo motivo para o levantamento do sigilo sobre o conteúdo da informação.

Julgo parcialmente procedente o pedido para assentar, como interpretação do artigo 58 da Lei nº 6.015/1973 compatível com a Constituição Federal, a possibilidade de mudança de prenome e gênero no registro civil, mediante averbação no registro original, condicionando- se a modificação, no caso de cidadão não submetido à cirurgia de transgenitalização, aos seguintes requisitos: (i) idade mínima de 21 anos; e (ii) diagnóstico médico de transexualismo, presentes os critérios do artigo 3º da Resolução nº 1.955/2010, do Conselho Federal de Medicina, por equipe multidisciplinar constituída por médico psiquiatra, cirurgião, endocrinologista, psicólogo e assistente social, após, no mínimo, dois anos de acompanhamento conjunto. Tenho como inconstitucional interpretação do artigo que encerre a necessidade de cirurgia para ter-se a alteração do registro quer em relação ao nome, quer no tocante ao sexo.

É como voto.

Voto

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Trata-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade, com pedido de medida cautelar, ajuizada pela Procuradora-Geral da República, com o objetivo de dar interpretação conforme à Constituição ao art. 58 da Lei 6.015/1973, na redação conferida pela Lei 9.708/1998, "reconhecendo o direito dos transexuais, que assim o desejarem, à substituição de prenome e sexo no registro civil, independentemente da cirurgia de transgenitalização".

A Requerente sustenta, em síntese, que "o não reconhecimento do direito dos transexuais à troca de prenome e sexo, correspondente à sua identidade de gênero, importa em lesão a preceitos fundamentais da Constituição, notadamente aos princípios da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III), da vedação à discriminação odiosa (art. 3º, inciso IV), da igualdade (art. 5º, *caput*), da liberdade e da privacidade (art. 5º, *caput* e X)". Afirma, ainda, que "impor a uma pessoa a manutenção de um nome em descompasso com a sua identidade é, a um só tempo, atentatório à sua dignidade e comprometedor de sua interlocução com terceiros, nos espaços públicos e privados".

Em 23 de julho de 2009, foi adotado o rito do art. 12 da Lei 9.868/1999.

O Presidente da República manifestou-se pela procedência do pedido, "desde que a retificação do registro público não implique a eliminação do registro originário que consigna o gênero e o prenome anteriores".

O Presidente da Câmara dos Deputados afirmou não ter informações a prestar.

O Presidente do Senado Federal opinou pela improcedência do pedido. Consignou soar mais razoável "viabilizar a alteração do prenome e do sexo civil tão somente aos transexuais redesignados, caso em que se preservam equilibradamente interesses públicos e privados" e que tal possibilidade já estaria contemplada pelo art. 57 da Lei de Registros Públicos. Argumentou, também, pela a impossibilidade de o Poder Judiciário atuar como legislador positivo.

O Advogado-Geral da União opinou pelo não conhecimento da ação, diante da inviabilidade de interpretação conforme que configure violência à literalidade do texto legal e ao significado que o legislador

pretendeu conferir-lhe. No mérito, sustentou a procedência parcial do pedido, pois a condição de transexual, a revelar a necessidade de alteração do quanto averbado em relação ao nome e ao gênero, independe da realização de cirurgia de transgenitalização. Ressalvou a necessidade de manter no assento o estado anterior, afirmando que o desaparecimento do sujeito pregresso inviabilizaria a cobrança de débitos civis e tributários, bem como a persecução penal.

O Procurador-Geral da República, em parecer, reiterou as razões da inicial, pela procedência do pedido.

Foram admitidos como *amici curiae* o Conselho Federal de Psicologia; o Grupo de Advogados pela Diversidade Sexual/GADvS; a Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais/ABGLT; o Centro Latino-Americano em Sexualidade e Direitos Humanos/CLAM; o Laboratório Integrado em Diversidade Sexual e de Gênero, Políticas e Direitos/LIDIS; o Grupo Dignidade - Pela Cidadania de Gays, Lésbicas e Transgêneros, o Instituto Brasileiro de Direito de Família/IBDFAM e a Defensoria Pública da União/DPU.

É o relatório.

O cerne do objeto da presente ação é saber se é possível dar interpretação conforme à Constituição ao art. 58 da Lei 6.015/1973 (Lei de Registros Públicos), reconhecendo o direito dos transexuais à substituição do prenome e do gênero nos assentos do Registro Civil das Pessoas Naturais, independentemente da cirurgia de transgenitalização.

O dispositivo questionado tem o seguinte conteúdo:

> Art. 58. O prenome será definitivo, admitindo-se, todavia, a sua substituição por apelidos públicos notórios.

O primeiro ponto a assentar é, efetivamente, a inexigibilidade de procedimento cirúrgico como condição para reconhecer a modificação de gênero nos assentos registrais.

Como assinala Camila de Jesus Mello Gonçalves, em Tese de Doutorado defendida na Faculdade de Direito do Largo São Francisco (Universidade de São Paulo), sob a orientação do Professor Celso Lafer:

> Os transexuais são pessoas que se identificam com o gênero oposto ao seu sexo biológico: homens que acreditam e se comportam como se fossem mulheres, e vice-versa. Tal identificação gera um desconforto ou sentimento de inadequação ao próprio corpo, com sofrimento significativo e um desejo de viver e de ser aceito como pessoa pertencente ao outro sexo. Com base nessa crença, promovem alterações em seus corpos, aproximando-os da aparência própria ao seu gênero de identificação (*A transexualidade sob a ótica dos direitos humanos*: uma perspectiva de inclusão, 2012, p. 4).

Há, nesse caso, uma clara contradição entre o estado civil da pessoa e seu modo de ser e agir perante a sociedade (poderíamos dizer: sua imagem pública), situação geradora de desconforto e constrangimento. Tanto é assim que a Organização Mundial de Saúde há tempos classifica esse fenômeno como "transtorno de identidade sexual" (CDI 10 F64.0).

Embora a Resolução 1.955/2010, do Conselho Federal de Medicina, enumere como requisito para o reconhecimento da condição de transexual o "desejo expresso de eliminar os genitais" do sexo original, com vistas a

adquirir as características do sexo oposto, a tendência atual dos ordenamentos jurídicos - inclusive em termos de direito comparado - é no sentido de dispensar a realização de cirurgia de redesignação de sexo.

Em primeiro lugar, há que se ter presente a distinção entre "sexo" e "gênero".

A conformação física externa é apenas uma - mas não a única - das características definidoras do gênero. E a doutrina moderna ressalta "a superioridade do elemento psíquico sobre o físico, considerando suficiente a irreversibilidade da identificação psicológica, que tende a prevalecer" (Camila de Jesus Mello Gonçalves, tese citada, p. 209, reportando-se ao pensamento de Yolanda Bustos Moreno, *La Transexualidad*, Madri, Ed. Dykinson, 2008, p. 178).

Por isso, não parece razoável exigir do transexual a submissão aos riscos - e custos - de um delicado procedimento cirúrgico.

Os subsídios trazidos pelo Direito Comparado apontam nessa mesma direção.

As primeiras leis editadas nessa matéria estabeleceram a exigência de adaptação cirúrgica dos genitais como requisito para alteração registral de nome e gênero. Assim, por exemplo, na Itália (Lei 164/1982) e na República Federal da Alemanha (Lei dos Transexuais - *Transsexuellengesetz*, ou simplesmente TSG, de janeiro de 1981).

No caso da Alemanha, todavia, em janeiro de 2011, o Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht*) declarou inconstitucional a exigência de prévia submissão a cirurgia de mudança de sexo (1BvR 3295/07), com base nos direitos fundamentais à autodeterminação sexual, à integridade física e à privacidade.

E as legislações mais recentes confirmam essa tendência.

Na Grã-Bretanha, o Gender Recognition Act, de 2004, permite a qualquer pessoa maior de dezoito anos a emissão de um "certificado de reconhecimento de gênero", mediante formal declaração de assim viver há pelo menos dois anos, e a intenção de permanecer definitivamente nessa condição, sem necessidade de submeter-se a cirurgia.

Na Espanha, a Lei nº 3, de 15/3/2007, assegura às pessoas com mais de dezoito anos de idade o direito de solicitar diretamente ao agente notarial a retificação do registro relativo ao sexo, e a decorrente alteração de nome (art. 1º), desde que atendidos certos requisitos - entre eles a submissão a tratamento médico durante pelo menos dois anos, destinado a "adaptar suas características físicas às correspondentes ao sexo reclamado" (art. 4º, n. 1, *b*). No entanto, a lei dispensa esse tratamento por razões de "saúde ou idade", e expressamente ressalva a desnecessidade de cirurgia de redesignação sexual (art. 4º, n. 2).

Em Portugal, a Lei n. 7, de 15/3/2011, regula "o procedimento de mudança de sexo e de nome próprio no registo civil" (art. 1º), de "natureza secreta" (art. 2º). O pedido deve ser formulado por pessoa maior de idade e vir acompanhado por relatório médico que confirme "perturbação da identidade de género", elaborado por equipe médica multidisciplinar (art. 3º, 1, *b*). Não há menção alguma à necessidade de intervenção cirúrgica.

Na Argentina, a Lei nº 26.743, de 23/5/2012, reconheceu o direito de todos "ao reconhecimento de sua identidade de gênero", bem como a liberdade de desenvolvimento pessoal conforme essa identidade (art. 1º), permitindo aos maiores de dezoito anos solicitar a retificação do assentamento registrário, com alteração do

nome e do sexo, assegurando que "em nenhum caso" será exigida intervenção cirúrgica (total ou parcial), nem mesmo terapias hormonais ou de outra natureza (art. 4º).

Desse modo, é plenamente atendível o pleito da Requerente no sentido de se dar interpretação conforme a Constituição ao art. 58 da Lei 6.015/1973 (Lei de Registros Públicos), reconhecendo o direito dos transexuais à substituição do prenome e do sexo nos assentos do Registro Civil das Pessoas Naturais, independentemente da cirurgia de transgenitalização.

Todavia, penso que é importante consignar que isso não significa atender a pretensões, deduzidas tanto em sede administrativa como em sede judicial, no sentido de ser suprimida, em definitivo, dos assentamentos registrários, menção ao sexo biológico do indivíduo.

Isso importaria em violação da necessidade básica de se atender ao trinômio "autenticidade, segurança e eficácia", que constitui apanágio dos registros públicos (Lei 6.015/1973, art. 1º), bem como em ferimento do relevante princípio da continuidade registral. Tal cautela é fundamental, também, para resguardar eventuais direitos de terceiros.

A manutenção do assentamento original em nada prejudica os direitos do indivíduo interessado na alteração de seu prenome e de seu sexo no Registro Civil, uma vez que anotações relativas a tais alterações não devem constar das certidões a serem expedidas, permanecendo disponíveis apenas para ele próprio, ou mediante ordem judicial.

Portanto, o sigilo dos registros originais de nome e de gênero não se estende ao próprio interessado, nem às autoridades judiciais.

Note-se que mesmo as legislações acima citadas preveem a manutenção do registro original de nome e de gênero.

Em Portugal, esses dados somente são acessíveis ao próprio interessado e seus herdeiros, ou ainda a "autoridades judiciais ou policiais para efeito de investigação ou instrução criminal" (art. 214, nº 3, do Código de Registo Civil, com a redação dada pela Lei nº 7/2011).

Solução similar é dada pela lei argentina, limitando o acesso aos dados originais àqueles que estejam autorizados pelo próprio titular, ou em caso de ordem judicial escrita e fundamentada (art. 9º da Lei 26.743/2012).

Além disso, estendo aqui - e há vários memoriais distribuídos e pedidos feitos após o início do julgamento - para o reconhecimento, na interpretação conforme, não só do direito dos transexuais, mas uma abrangência maior nessa interpretação para o reconhecimento dos direitos dos transgêneros. Não vejo por que se limitar em relação somente aos transexuais se toda a fundamentação principiológica, toda questão de proteção à dignidade humana também afetaria no gênero, não na espécie, o gênero transgênero.

Em conclusão, e com as ressalvas apontadas, JULGO PROCEDENTE a presente Ação Direta de Inconstitucionalidade, conferindo ao art. 58 da Lei 6.015/1973 (Lei de Registros Públicos) interpretação conforme a Constituição, reconhecendo o direito dos transexuais à substituição do prenome e do gênero nos assentos do Registro Civil das Pessoas Naturais, independentemente da cirurgia de transgenitalização.

ANTECIPAÇÃO AO VOTO

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Senhora Presidente, eminente Relator, eminentes Pares, Advogados e Advogadas que estão aqui presentes.

Inicio, Senhora Presidente, lembrando, tal como fez referência o Ministro Alexandre de Moraes, que já apreciamos em alguma boa medida esse tema no julgamento do recurso extraordinário. Agora temos essa ação declaratória de inconstitucionalidade proposta por uma louvável iniciativa da Procuradoria-Geral da República, que traz um tema de importância extraordinária para uma sociedade que se entenda minimamente digna e com respeito à diversidade. Recordando esse julgamento e as afirmações que lá já fiz das conclusões que cheguei, eu principiaria, mas não sem antes cumprimentar o voto do eminente Ministro-Relator que, de maneira sensível e ilustrada, trouxe seu ponto de vista, em direção ao qual me coloco em grande medida, com algumas dissonâncias, as quais pedirei vênia para suscitar. Também não posso deixar de cumprimentar o papel desenvolvido, nessa ação, pelos diversos *amici curiae*, eis que se trata efetivamente de amigo da Corte no sentido de ser alguém que veicula contribuição para a adequada prestação jurisdicional, e pelas diversas entidades, por seus briosos procuradores e procuradoras de todos os gêneros e que trouxeram contribuições importantes para desate jurídico dessa matéria.

Voto

SÍNTESE DO VOTO

1. O presente voto, ao dispor dos eminentes pares e das partes na íntegra, expressa fundamentação nos termos do inciso IX do art. 93 da Constituição da República Federativa do Brasil, e se contém em aproximadamente 17 páginas. A síntese e a conclusão podem ser apresentadas, sem prejuízo da explicitação no voto contida, à luz do procedimento que se fundamenta nos termos do insculpido no inciso LXXVIII do art. 5º da Constituição Federal de 1988, em cuja abrangência se insere a celeridade de julgamento, mediante sucinta formulação que tem em conta as seguintes premissas e arremate:

1.1. Premissas.

Primeira: O direito à igualdade sem discriminações abrange a identidade ou expressão de gênero.

Segunda: A identidade de gênero é manifestação da própria personalidade da pessoa humana e, como tal, cabe ao Estado apenas o papel de reconhecê-la, nunca de constituí-la.

Terceira: A pessoa não deve provar o que é e o Estado não deve condicionar a expressão da identidade a qualquer tipo de modelo, ainda que meramente procedimental.

1.2. Base constitucional: o direito à dignidade (art. 1º, III, da CRFB), o direito à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem (art. 5º, X, da CRFB); e base convencional (art. 5º, § 2º, da CRFB): o direito ao nome (artigo 18 do Pacto de São José da Costa Rica); o direito ao reconhecimento da personalidade jurídica (artigo 3 do Pacto); o direito à liberdade pessoal (artigo 7.1 do Pacto); e o direito à honra e à dignidade (artigo 11.2 do Pacto).

1.3. Base doutrinária. O voto se assenta no pensamento dos diversos autores nele citados; mencionam-se aqui especialmente os seguintes Luiz Edson Fachin e Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk em "Princípio da

Dignidade Humana (no Direito Civil)"; Carlos Santiago Nino em "Ética y Derechos Humanos"; Stéfano Rodotà; e Álvaro Ricardo de Souza Cruz em "(O) Outro (e) (o) Direito".

1.4. Base em precedentes. O voto se estriba em precedentes que formam jurisprudência deste Tribunal e, especialmente, da Corte Interamericana de Direitos Humanos; especificamente citam-se os seguintes: o RE 670.422, Rel. Ministro Dias Toffoli; a ADPF 54, Rel. Ministro Marco Aurélio; Opinião Consultiva 24/17 da Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre Identidade de Gênero e Igualdade e Não-Discriminação.

1.5. Conclusão do voto: julgo procedente a presente ação direta para dar interpretação conforme a Constituição e o Pacto de São José da Costa Rica ao art. 58 da Lei 6.015/73, de modo a reconhecer aos trangêneros, que assim o desejarem, independentemente da cirurgia de transgenitalização, ou da realização de tratamentos hormonais ou patologizantes, o direito à substituição de prenome e sexo diretamente no registro civil.

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Acolho o bem lançado relatório proferido pelo e. Ministro Marco Aurélio.

Embora a questão versada na presente ação direta seja muito próxima da que se discute no RE 670.422, Rel. Ministro Dias Toffoli, posteriormente ao voto que proferi na sessão de 22/11/2017, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, em 24/11/2017, fez publicar a Opinião Consultiva 24/17 sobre "Identidade de Gênero e Igualdade e Não Discriminação a Casais do Mesmo Sexo" em que definiu as obrigações estatais em relação à mudança de nome, à identidade de gênero e os direitos derivadas de um vínculos entre casais do mesmo sexo. Assim, para além da interpretação constitucionalmente adequada do art. 58 da Lei 6.015/73, deve-se compatibilizar sua interpretação ao disposto no Pacto de São José da Costa Rica.

A fim de subsidiar essa análise, cumpre registrar tratar-se de ação direta que objetiva a atribuição de interpretação conforme a Constituição do art. 58 da Lei 6.015/1973, na redação dada pela Lei 9.708/98. O dispositivo tem o seguinte teor:

> Art. 58. O prenome será definitivo, admitindo-se, todavia, a sua substituição por apelidos públicos notórios.

Nos termos da argumentação da inicial, a tese sustentada "é a de que há um direito fundamental à identidade de gênero, inferido dos princípios da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III), da igualdade (art. 5º, *caput*), da vedação de discriminações odiosas (art. 3º, IV), da liberdade (art. 5º, *caput*), e da privacidade (art. 5º, X)".

Os referidos dispositivos têm a seguinte redação:

> Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
>
> [...]
>
> III - a dignidade da pessoa humana;
>
> Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:
>
> [...]

> IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.
>
> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
>
> [...]
>
> X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

O pedido é para que seja dada interpretação conforme a Constituição de modo a reconhecer aos transexuais, que assim o desejarem, independentemente da cirurgia de transgenitalização, o direito à substituição de prenome e sexo no registro civil. A fim de indicar as balizas necessárias para o deferimento do pedido de alteração, o requerente sugere: "idade igual ou superior a 18 anos, que se encontram há pelo menos três anos sob a convicção de pertencer ao gênero oposto ao biológico, seja presumível, com alta probabilidade, que não mais modificarão a sua identidade de gênero, requisitos que devem ser atestados por um grupo de especialistas que avaliem aspectos psicológicos, médicos e sociais".

Esse é, em síntese, o objeto da presente controvérsia.

Afasto, inicialmente, preliminar arguida pela Advocacia-Geral da União.

Em seu parecer, a Advocacia-Geral suscita a preliminar de não conhecimento, tendo em vista que "a inteligência que a requerente pretende conferir ao artigo 58 da Lei n. 6.015/73 não se caracteriza como uma das interpretações possíveis de referido dispositivo legal, sendo inviável, portanto, o pedido de interpretação conforme a Constituição formulado". Aduz, ainda, que não se poderia cogitar de receber a ação direta como arguição de descumprimento fundamental, porquanto genérico o conteúdo das decisões encartadas na inicial.

Na esteira de pacífica jurisprudência desta Corte, eventual indicação de imprecisão da técnica decisória a ser adotada pelo Supremo Tribunal Federal não inviabiliza o conhecimento da ação direta. Isso porque o Tribunal "não está condicionado, no desempenho de sua atividade jurisdicional, pelas razões de ordem jurídica invocadas como suporte da pretensão de inconstitucionalidade deduzida pelo autor da ação direta" (ADI 561-MC, Rel. Min. Celso de Mello, Pleno, *DJ* de 23/3/2001).

Ademais, a técnica decisória objeto do pedido desta ação direta, embora se afaste do tradicional conceito de interpretação conforme, segundo o qual a interpretação deve ficar adstrita aos limites da intenção legislativa, não é inédita nesta Corte. Com efeito, a interpretação conforme pode implicar o deferimento de "decisão manipulativa de efeito aditivo", como, de resto, já reconheceu o Tribunal, quando do julgamento da ADPF 54, Rel. Ministro Marco Aurélio, Pleno, *DJe* de 29.04.2013. Naquela ocasião, o Ministro Gilmar Mendes, em seu voto, aduziu que:

> [...] No julgamento conjunto das ADIn 1.105 e 1.127, ambas de relatoria do Min. Marco Aurélio, o Tribunal, ao conferir interpretação conforme à Constituição a vários dispositivos do Estatuto da Advocacia (Lei n.º 8.906/94), acabou adicionando-lhes novo conteúdo normativo, convolando a decisão em verdadeira interpretação corretiva da lei [24].

Em outros vários casos mais antigos [25], também é possível verificar que o Tribunal, a pretexto de dar interpretação conforme a Constituição a determinados dispositivos, acabou proferindo o que a doutrina constitucional, amparada na prática da Corte Constitucional italiana, tem denominado de decisões manipulativas de efeitos aditivos [26].

Sobre a evolução da Jurisdição Constitucional brasileira em tema de decisões manipulativas, o constitucionalista português Blanco de Morais fez a seguinte análise:

'[...] o fato é que a Justiça Constitucional brasileira deu, onze anos volvidos sobre a aprovação da Constituição de 1988, um importante passo no plano da suavização do regime típico da nulidade com efeitos absolutos, através do alargamento dos efeitos manipulativos das decisões de inconstitucionalidade.

Sensivelmente, desde 2004 parecem também ter começado a emergir com maior pragnância decisões jurisdicionais com efeitos aditivos.

Tal parece ter sido o caso de uma acção directa de inconstitucionalidade, a ADIn 3105, a qual se afigura como uma sentença demolitória com efeitos aditivos. Esta eliminou, com fundamento na violação do princípio da igualdade, uma norma restritiva que, de acordo com o entendimento do Relator, reduziria arbitrariamente para algumas pessoas pertencentes à classe dos servidores públicos, o alcance de um regime de imunidade tributária que a todos aproveitaria. Dessa eliminação resultou automaticamente a aplicação, aos referidos trabalhadores inactivos, de um regime de imunidade contributiva que abrangia as demais categorias de servidores públicos'.

Assim, observe-se que, nesta ADPF 54, Rel. Min. Marco Aurélio, em que se discute a constitucionalidade da criminalização dos abortos de fetos anencéfalos, caso o Tribunal decida pela procedência da ação, dando interpretação conforme aos arts. 124 a 128 do Código Penal, invariavelmente proferirá uma típica decisão manipulativa com eficácia aditiva.

Ao rejeitar a questão de ordem levantada pelo Procurador- Geral da República, o Tribunal admitiu a possibilidade de, ao julgar o mérito da ADPF 54, atuar como verdadeiro legislador positivo, acrescentando mais uma excludente de ilicitude - no caso de o feto padecer de anencefalia - ao crime de aborto. Isso quer dizer que, pelo menos segundo o meu voto, está rechaçado o argumento da autora, de atipicidade do fato.

Acolho a hipótese de que a Corte criará, ao lado das já existentes (art. 128, I e II), uma nova hipótese de excludente de ilicitude do aborto.

Portanto, não se pode negar que o Supremo Tribunal Federal está a se livrar do vetusto dogma do legislador negativo e, nesse passo, alia-se à mais progressiva linha jurisprudencial das decisões interpretativas com eficácia aditiva, já adotadas pelas principais Cortes Constitucionais europeias. A assunção de uma atuação criativa pelo Tribunal poderá ser determinante para a solução de antigos problemas relacionados à inconstitucionalidade por omissão, que muitas vezes causa entraves para a efetivação de direitos e garantias fundamentais assegurados pelo texto constitucional.

Em verdade, é preciso deixar claro que a prolação de decisões interpretativas com efeitos aditivos não é algo novo na jurisprudência do STF. Poder-se-ia, inclusive, atestar que se trata apenas de uma nova nomenclatura, um novo (e mais adequado) termo técnico para representar formas de decisão que o Tribunal costuma tomar quando realiza a conhecida interpretação conforme a Constituição e, com isso, acaba por alterar, ainda que minimamente, os sentidos normativos do texto legal. Tornou-se algo corriqueiro mencionar a jurisprudência da Corte italiana sobre o tema para, num exercício de direito comparado, defender a 'introdução' de novas técnicas de decisão no controle abstrato no Brasil.

> Não obstante, atente-se para o fato de que os problemas solucionados pela Corte italiana por meio de sentenças aditivas são muitas vezes idênticos àqueles enfrentados pelo Supremo Tribunal Federal quando aplica a técnica da interpretação conforme a Constituição. Portanto, ainda que se queira denominar a decisão tomada nesta ADPF como interpretação conforme, ela não deixará de ser, consoante a nomenclatura tecnicamente mais adequada, uma decisão interpretativa (manipulativa) com efeitos aditivos.
>
> É certo que a incidência de decisões com efeitos aditivos em matéria criminal não está livre de críticas. Parece sensato assumir todas as cautelas quando se trata de produzir decisões manipulativas sobre normas de caráter penal, tendo em vista os princípios da legalidade (e reserva de lei e reserva de Parlamento) e da tipicidade (cerrada) penal. A sentença aditiva *in malam partem* é extremamente reprovável, todavia, se proferida *in bonam partem*, abre-se uma brecha explorável para a prolação de decisão manipulativa que tenha efeito restritivo da norma penal, não ofensiva ao postulado da reserva de lei.
>
> [...]
>
> Porém, o fato de o âmbito normativo penal ser a área mais problemática de aplicação das decisões de efeitos aditivos não deve significar o seu completo rechaço nessa seara. No caso brasileiro - assim como ocorreu também na realidade italiana -, o controle da constitucionalidade da legislação penal pré-constitucional (como é o caso do Código Penal, de 1940) pode impor à Corte a necessidade de adoção de uma interpretação evolutiva atualizadora dessa legislação em face da ordem constitucional de 1988, exigindo uma decisão interpretativa com efeitos aditivos, que ocorrerá *in bonam partem*, no caso em exame.
>
> [...]
>
> Portanto, tal como vivenciado na realidade italiana, não seria incorreto considerar a possibilidade de que, também entre nós, o Supremo Tribunal Federal, ante a premente necessidade de atualização do conteúdo normativo do art. 128 do Código Penal de 1940, venha a prolatar uma decisão com efeitos aditivos para admitir que, além do aborto necessário (quando não há outro meio de salvar a vida da gestante) e do aborto no caso de gravidez resultante de estupro, não se deve punir o aborto praticado por médico, com o consentimento da gestante, se o feto padece de anencefalia.
>
> Essa parece ser uma técnica viável de decisão, que de nenhuma maneira atenta contra os princípios da legalidade (e reserva de lei) estrita e da tipicidade penal. Faço, no entanto, uma imprescindível ressalva: é que as decisões manipulativas de efeitos aditivos, como essa que se propõe, devem observar limites funcionais claros, isto é, elas devem submeter-se à liberdade de conformação do legislador, que poderá, a qualquer tempo, editar norma sobre o tema. Desse modo, é preciso reconhecer que a decisão desta Corte não impedirá o advento de legislação sobre o assunto, devendo antes servir de estímulo à atuação do legislador.

No mérito, é procedente a presente ação direta de inconstitucionalidade.

A solução para a presente questão jurídica deve passar, invariavelmente, pela filtragem da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CRFB) e da cláusula material de abertura prevista no § 2º do art. 5º. Nesse sentido, o presente caso transcende a análise da normatização infraconstitucional de regência dos registros públicos, sendo melhor compreendido e solucionado à luz dos direitos fundamentais, de sua eficácia horizontal e dos direitos da personalidade.

A Constituição em seu art. 5º, *caput*, estabelece a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, ao passo que em seus incisos se podem ver assegurados a: i) igualdade entre

homens e mulheres (inciso I), bem como ii) a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação (inciso X).

Como já consignei, tais dispositivos não podem ser lidos de forma distanciada da cláusula de tutela geral da personalidade fundada no princípio da dignidade da pessoa humana, mote da repersonalização do Direito Privado. Isso porque "os direitos de personalidade não têm por fundamento o dado abstrato da personalidade jurídica, mas, sim, a personalidade como dado inerente ao sujeito concreto" (FACHIN, Luiz Edson; PIANOVSKI RUZYK, Carlos Eduardo. Princípio da Dignidade Humana (no Direito Civil). *In*: TORRES, Ricardo Lobo; KATAOKA, Eduardo Takemi; GALDINO, Flávio (Orgs.). *Dicionário de princípios jurídicos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.p. 314).

Em razão da cláusula material de abertura prevista no § 2º do art. 5º da CRFB, igualmente não podem ser vistos isolados da perspectiva da prevalência dos direitos humanos, princípio que inclusive rege as relações internacionais da República, como estabelecido no art. 4º, II, da CRFB.

Quando se lê a cláusula de igualdade entre homens e mulheres prevista na Constituição da República, não se pode descurar das mais variadas obrigações a que o Brasil se vinculou na esfera internacional no que se refere à proteção dos direitos humanos.

Assim, a igualdade entre homem e mulher, à luz do postulado maior da não discriminação, necessariamente dialoga, entre outros, com o disposto no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, que prescrevem, em seus artigos 2º, 1, e 26, a proibição de qualquer forma de discriminação e garantia a todas as pessoas proteção igual e eficaz contra qualquer discriminação por motivo de raça, cor e sexo, dentre outros. No mesmo sentido, o artigo 1 do Pacto de São José da Costa Rica, afasta qualquer tipo de discriminação seja por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.

Da forma como redigido, o dispositivo da Convenção Americana necessariamente abarca os transgêneros. É nesse sentido que a Corte Interamericana firmou em sua opinião consultiva:

> [...] a Corte Interamericana deixa estabelecido que a orientação sexual e a identidade de gênero, assim como a expressão de gênero, são categorias protegidas pela Convenção. Por isso está proibida pela Convenção qualquer norma, ato ou prática discriminatória baseada na orientação sexual, identidade de gênero ou expressão de gênero da pessoa. Em consequência, nenhuma norma, decisão ou prática do direito interno, seja por parte das autoridades estatais ou por particulares, podem diminuir ou restringir, de modo algum, os direitos de um pessoas à sua orientação sexual, sua identidade de gênero e/ ou sua expressão de gênero. (par. 78).

No que tange à noção de identidade de gênero, extremamente elucidativa a Introdução aos Princípios de Yogyakarta, documento apresentado no Conselho de Direitos Humanos da ONU que versa justamente sobre a aplicação da legislação internacional sobre direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero.

Nele se consigna logo de partida em seu preâmbulo que identidade de gênero:

> [...] como estando referida à experiência interna, individual e profundamente sentida que cada pessoa tem em relação ao gênero, que pode, ou não, corresponder ao sexo atribuído no nascimento, incluindo-

> se aí o sentimento pessoal do corpo (que pode envolver, por livre escolha, modificação da aparência ou função corporal por meios médicos, cirúrgicos ou outros) e outras expressões de gênero, inclusive o modo de vestir-se, o modo de falar e maneirismo.

A Corte Interamericana, por sua vez, assentou que a identidade de gênero:

> também se encontra ligada ao conceito de liberdade e da possibilidade de todo ser humano autodeterminar-se e escolher livremente suas opções e circunstâncias que dão sentido à sua existência, conforme às suas próprias convicções, assim como ao direito à proteção de sua vida privada [...].
>
> Sobre esse ponto, deve-se recordar que a identidade de gênero foi definida nesta opinião como a vivência interna e individual do gênero tal como cada pessoa o sente, o qual pode ou não corresponder com o sexo assinalado no momento do nascimento. [...] o reconhecimento da identidade de gênero encontra-se ligada necessariamente à ideia segundo a qual o sexo e o gênero devem ser percebidos como parte de uma construção identitária que resulta da decisão livre e autônoma de cada pessoa, sem que se deve estar sujeita à sua genitália.
>
> Dessa forma, o sexo, assim como as identidades, as funções e os atributos construídos socialmente que se atribuem a diferenças biológicas em todo o sexo assinalado ao nascer, longe de constituir-se em componentes objetivos e imutáveis do estado civil que individualiza uma pessoa, por ser um fato da natureza física ou biológica, terminam sendo traços que dependem da apreciação subjetiva de quem o detenha ou residam em construção da identidade de gênero autopercebida relacionada com o livre desenvolvimento da personalidade, a autodeterminação sexual e o direito a vida privada. (par. 93- 95).

Sendo, pois, constitutivos da dignidade humana, "o reconhecimento da identidade de gênero pelo Estado é de vital importância para garantir o gozo pleno dos direitos humanos das pessoas trans, incluindo a proteção contra a violência, a tortura e maus-tratos, o direito à saúde, à educação, ao emprego, à vivência, ao acesso a seguridade social, assim como o direito à liberdade de expressão e de associação", como também registrou a Corte Interamericana de Direitos Humanos. Por isso, "o Estado deve assegurar que os indivíduos de todas as orientações sexuais e identidades de gênero possam viver com a mesma dignidade e o mesmo respeito que têm todas as pessoas".

Tal reconhecimento traz implicações diretas para o caso dos autos. Se o Estado deve assegurar que os indivíduos possam viver com a mesma dignidade, deve também assegurar-lhes o direito ao nome, ao reconhecimento de sua personalidade jurídica, à liberdade e à vida privada. Esses direitos têm a seguinte previsão no Pacto de São José da Costa Rica:

> Artigo 18. Direito ao nome
>
> Toda pessoa tem direito a um prenome e aos nomes de seus pais ou ao de um destes. A lei deve regular a forma de assegurar a todos esse direito, mediante nomes fictícios, se for necessário.
>
> [...]
>
> Artigo 3. Direito ao reconhecimento da personalidade jurídica
>
> Toda pessoa tem direito ao reconhecimento de sua personalidade jurídica.
>
> [...]
>
> Artigo 7. Direito à liberdade pessoal

> 1. Toda pessoa tem direito à liberdade e à segurança pessoais.
>
> [...]
>
> Artigo 11. Proteção da honra e da dignidade
>
> 2. Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, na de sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação.

As obrigações dirigidas aos Estados consistem, portanto, em assegurar tais direitos sem discriminação aos transgêneros.

Carlos Santiago Nino, na obra Ética e Direitos Humanos, ao discorrer acerca do princípio da autonomia da pessoa, prescreve que "sendo valiosa a livre eleição individual de planos de vida e da adoção de ideais de excelência humana, o Estado (e demais indivíduos) não deve interferir nessa eleição ou adoção, limitando-se a desenhar instituições que facilitem a persecução individual desses planos de vida e a satisfação dos ideais de virtude que cada um sustenta e impedindo a interferência mútua no curso de tal persecução." (Livre tradução de: NINO. Carlos Santiago. *Ética y derechos humanos*: un ensayo de fundametación. 1. ed. Barcelona: Ariel, 1989).

Na esteira do constitucionalista argentino, portanto, o Estado deve abster-se de interferir em condutas que não prejudicam a terceiros e, ao mesmo tempo, buscar viabilizar as concepções e os planos de vida dos indivíduos, preservando a neutralidade estatal.

Recordo que em relatório formulado pelo Prof. Stéfano Rodotà sobre as conclusões a que se chegou nos debates ocorridos no 23º Colóquio sobre Direito Europeu realizado há mais de vinte anos na Vrije Universiteit Amsterdam, na Holanda, ao tratar dos temas de intimidade e da vida privada ligados ao tema da transexualidade, esquadrinhou naquela ocasião sua preferência expressa pela utilização da expressão esfera privada no lugar de vida privada.

Isso teve em mira, como se poderá constatar, a partir da necessária interação entre a dupla dimensão antes delineada.

Como aduz o autor, os temas ligados à intimidade não devem "[...] ser considerados rigorosamente ligados à ideia de sigilo, mas a algo muito mais complexivo que requeira proteção em razão de escolhas de vida que devem ser protegidas contra o controle estatal e estigmatização social". E continua o professor de Roma o seu raciocínio:

> A vida privada não deve ser considerada tão somente como algo dado, mas sim como algo diretamente construído pela pessoa interessada. Dessa forma, eu prefiro falar em esfera privada no lugar de vida privada, como algo que tem sido construído direta e continuamente pela pessoa interessada; ela [esfera privada] é o resultado de uma interação entre o que é privado e a sociedade, contribuindo bastante para a própria definição da identidade pessoal e, consequentemente, para aquela parte da identidade pessoal que é denominada identidade sexual (Traduções livres de: RODOTÀ, Stefano. General Presentation of Problems related to Transsexualism. *In*: *Transsexualism, medicine and law*: proceedings of the XXIIIrd Colloquy on European Law. Strasbourg: Concil of Europe Publishing, 1995. p. 22-23).

Dito isto, figura-me inviável e completamente atentatório aos princípios da dignidade da pessoa humana, da integridade física e da autonomia da vontade, condicionar o exercício do legítimo direito à identidade à realização de um procedimento cirúrgico ou de qualquer outro meio de se atestar a identidade de uma pessoa.

Evidencia-se, assim, com olhar solidário e empático sobre o outro, que inadmitir a alteração do gênero no assento de registro civil é atitude absolutamente violadora de sua dignidade e de sua liberdade de ser, na medida em que não reconhece sua identidade sexual, negando-lhe o pleno exercício de sua afirmação pública.

É nessa direção que aponta a Corte Interamericana. Conforme consta de sua opinião consultiva, já referida nesta manifestação, os Estados têm a possibilidade de estabelecer e decidir sobre o procedimento mais adequado de conformidade com as características próprias de cada contexto e de seu direito interno, os trâmites e procedimentos para a mudança de nome, adequação de imagem e retificação da referência ao sexo ou ao gênero, em todos os registros e em todos os documentos de identidade para que estejam conformes a identidade de gênero autopercebidas, independentemente de sua natureza jurisdicional ou materialmente administrativa, desde que cumpram com os seguintes requisitos: "a) devem estar dirigidos à adequação integral da identidade de gênero autopercebida; b) devem estar baseados unicamente no consentimento livre e informado do solicitante sem que se exijam requisitos como certificações médicas ou psicológicas ou outros que possam resultar irrazoáveis ou patologizantes; c) devem ser confidenciais e os documentos não podem fazer remissão às eventuais alterações; d) devem ser expeditos e, na medida do possível, devem tender à gratuidade; e e) não devem exigir a realização de operações cirúrgicas ou hormonais" (par. 160).

Tais obrigações se justificam na medida em que a identidade de gênero é manifestação da própria personalidade da pessoa humana e, como tal, cabe ao Estado apenas o papel de reconhecê-la, nunca de constituí-la. Ademais, se ao Estado cabe apenas o reconhecimento, é-lhe vedado exigir ou condicionar a livre expressão da personalidade a um procedimento médico ou laudo psicológico que exijam do indivíduo a assunção de um papel de vítima de determinada condição.

Noutras palavras, a alteração dos assentos no registro público depende apenas da livre manifestação de vontade da pessoa que visa expressar sua identidade de gênero. A pessoa não deve provar o que é e o Estado não deve condicionar a expressão da identidade a qualquer tipo de modelo, ainda que meramente procedimental.

Nesse sentido, a própria Corte Interamericana, no precedente já referido neste voto, assentou:

> [...] é possível sustentar que o Estados têm em princípio uma possibilidade para determinar, de acordo com a realidade jurídica e social nacional, os procedimentos mais adequados para cumprir com os requisitos para um procedimento de retificação de nome e, se for o caso, da referência ao sexo/gênero e a imagem fotográfica nos documentos de identidade e nos registros correspondentes, também é certo que o procedimento que melhor se ajusta aos requisitos estabelecidos nesta opinião é que é de natureza materialmente administrativa ou notarial, dado que o processo de caráter jurisdicional eventualmente podem incorrer, em alguns Estados, em excessivas formalidade e demoras que se observam nos trâmites dessa natureza (par. 159, tradução livre).

De fato, se a livre expressão da identidade de gênero desonera a pessoa de provar quem é, a via para a adequação de sua identidade nos assentos públicos pode ser administrativa ou judicial, não sendo esta imperativa. No Brasil, porque o procedimento constante do art. 109 da Lei 6.015/73 exige documentação e instrução probatória, não é ele instrumento indispensável para a retificação do nome, devendo o oficial de registro proceder, se assim o desejar a pessoa, nos termos do art. 110:

> O oficial retificará o registro, a averbação ou a anotação, de ofício ou a requerimento do interessado, mediante petição assinada pelo interessado, representante legal ou procurador, independentemente de prévia autorização judicial ou manifestação do Ministério Público [...].

Em caso de dúvida, poderá o oficial ou as partes suscitá-la ao juiz, nos termos do art. 198 da Lei 6.015/73. Evidentemente, não poderia o oficial, agindo na condição de delegatário do poder público, impor condicionantes à livre expressão da vontade.

Neste ponto, é adequada a proposta de tese feita pelo *amicus curiae* Grupo de Advogados pela Diversidade Sexual e de Gênero, quando do julgamento colegiado da presente ação direta:

> A pessoa transgênero que comprove sua identidade de gênero dissonante daquela que lhe foi designada ao nascer por autoidentificação firmada em declaração escrita desta sua vontade dispõe do direito fundamental subjetivo à alteração do prenome e da classificação de gênero no registro civil pela via administrativa ou judicial, independentemente de procedimento cirúrgico e laudos de terceiros, por se tratar de tema relativo ao direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade.

Como asseverou Álvaro Ricardo de Souza Cruz: "A prepotência de acreditar saber mais, de acreditar saber o que é melhor, nega ao Outro o direito de ser ouvido". (CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *(O) Outro (e) (o) Direito*. Belo Horizonte: Arraes, 2015. vol. II, p. 155). É esse apelo que deve ser ouvido, aqui enfrentado e, agora, provido.

Diante de todo o exposto, julgo procedente a presente ação direta para dar interpretação conforme a Constituição e o Pacto de São José da Costa Rica ao art. 58 da Lei 6.015/73, de modo a reconhecer aos transgêneros, que assim o desejarem, independentemente da cirurgia de transgenitalização, ou da realização de tratamentos hormonais ou patologizantes, o direito à substituição de prenome e sexo diretamente no registro civil.

É como voto.

ESCLARECIMENTO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) - Presidente, apenas um esclarecimento. Quando versei transexuais - não mergulhei, até mesmo para estabelecer a diferença, nas definições de transexuais e transgêneros -, o fiz considerado o pedido formalizado na inicial da ação direta de inconstitucionalidade. E esse pedido é explícito, diz respeito apenas aos transexuais.

Há referência, reconhecendo o direito dos transexuais que assim o desejarem à substituição de prenome e sexo no registro civil, independentemente da cirurgia de transgenitalização. E o pedido é nesse sentido. O pedido final, com o sucessivo para receber-se, se não admitida a ação direta de inconstitucionalidade, o pleito como a revelar arguição de descumprimento de preceito fundamental.

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Senhora Presidente, o ilustre Ministro-Relator, como não poderia deixa de ser, está coberto de razão, essa é a referência feita na inicial. Eu estou, nada obstante, pedindo vênia a Sua Excelência, adotando o significante transgênero, uma vez que a opinião consultiva é recente e acredito que o significado que um significante possa expressar, eventualmente, carregue algum tipo...

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) - Sem trocadilho, o vocábulo seria mais abrangente...

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Isto! E por isso sugeriria até a Vossa Excelência...

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) - ...mais genérico.

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - ...para sua reflexão, e eu estou adotando, tal como, aliás, fez o Ministro Alexandre de Moraes, o significante transgênero.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Ministro Fachin, um esclarecimento, por gentileza! Salvo engano de minha parte, eu entendi que Vossa Excelência dispensa a autorização judicial para...

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Sem dúvida!

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Pois não! E o Ministro-Relator, Marco Aurélio, prevê a autorização judicial.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) - Sim, no âmbito da jurisdição voluntária, no que não há antagonismo.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - E, pedindo esclarecimento a Sua Excelência, Sua Excelência me disse algo que realmente me impressiona no sentido de que essa alteração vai causar impacto numa situação pretérita num ato jurídico perfeito, que é o registro original, e, portanto, haveria a necessidade de uma autorização judicial para desconstituir esse ato. Apenas estou refletindo em voz alta para traçar melhor as nuances entre o voto de Vossa Excelência, Ministro Fachin, e o voto do eminente Relator.

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Se Vossa Excelência me permitir, e o eminente Ministro-Relator também, apenas para dialogarmos, parto para sugerir a dispensabilidade ou a não necessidade imperativa e cogente, *prima facie*, de um procedimento judicial, em primeiro lugar, porque, de um modo geral, os assentos de nascimento são feitos diretamente ao registro civil. A alteração, não raro, acaba, eventualmente, sendo levada por alguma controvérsia ou debate que se venha à vara dos registros públicos, mas, se houver tal circunstância, o oficial do registro civil poderá, eventualmente, suscitar a dúvida e submeter a matéria ao juiz da vara de registros públicos.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) - Mas, Ministro, vamos raciocinar considerada apenas a mudança do nome. É possível essa mudança sem pronunciamento judicial na área da jurisdição voluntária? A resposta é negativa. Mudança de nome! Porque altera! Altera um registro já feito. Agora, vamos aguardar que cada titular de cartório, no exercício da atividade no campo privado, provoque a judicatura? Penso que o interessado, demonstrando convencimento sobre as mudanças que quer implementar, deve acionar o Estado-Juiz e este atuará no campo da jurisdição voluntária, não haverá aqui conflito de interesses a ser dirimido.

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Permito-me citar um exemplo - eu só vou fazer essa intervenção e já excedi as duas intervenções que o Regimento prevê, mas o diálogo aqui é extremamente importante.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) - Todos de acordo: não se pode compelir, para se alcançar o objetivo, a cirurgia.

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Isto! Vou tomar um exemplo que está aqui no que se anuncia do julgamento. Uma das advogadas se chama Gisele Alessandra Schimidt e Silva. Este é o nome! O nome é composto de várias partículas, do prenome - Gisele Alessandra -, e daquilo em que se tem a identificação de uma descendência genealógica - Schimidt e Silva -, portanto, nós não estamos necessariamente aqui

cogitando dessa alteração da linha da ascendência ou descendência genealógica. Nós estamos falando, na verdade, do nome das partículas identificadoras que, a rigor, compõe o prenome. Isso não precisa de autorização judicial.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) - Também pudera, Ministro, porque aí desconheceríamos a autodeterminação, ou seja, reconhecendo a um descendente a possibilidade de mudar, inclusive, os registros quanto aos ascendentes.

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - É isso que eu estou dizendo que não é possível! Estamos a falar dos prenomes.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) - Não chegamos a tanto!

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Exatamente!

ADITAMENTO AO VOTO

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Presidente, só uma consideração! Eu pedi vênia ao Ministro Marco Aurélio, ampliei para a questão de transgêneros, sem a fixação de requisitos e sem cirurgia.

Eu acabei nem me referindo à questão da necessidade de autorização judicial, porque ainda não havia sido colocada no voto do Ministro Fachin. A necessidade da decisão judicial de jurisdição voluntária não decorre, a meu ver, de nenhuma espécie de discriminação, porque ela é prevista desde a lei de 1973 para qualquer alteração de prenome. É prevista para garantir uma maior segurança jurídica, tanto que a mudança do prenome exige a decisão judicial e eu diria, até, por uma questão de segurança jurídica. Isso foi muito bem colocado pelo Ministro Toffoli, em seu voto no recurso extraordinário: "não parece correto obrigar o transexual - que eu amplio aqui para o transgênero - a, após a obtenção de sentença judicial, passar pelo calvário de enfrentar todas as instituições públicas", eleitoral, previdenciário.

Nós não conseguiríamos esse objetivo se a mudança for só no cartório. O oficial do cartório não tem a força de determinar ao INSS, à justiça eleitoral, toda a mudança. Em verdade, nós perderíamos, a meu ver, a segurança jurídica do sistema como um todo e perderíamos também uma eficácia maior de uma decisão judicial que, automaticamente, oficiaria todos aqueles que têm o nome da pessoa, do transgênero. Imediatamente seria feita a mudança. O que será - e aqui eu coloco a reflexão ao Plenário - que causaria mais transtorno ao transgênero: um procedimento de jurisdição voluntária que, uma vez alterado o nome, automaticamente - como bem colocou em seu voto o Ministro Toffoli -, todos os documentos, Justiça Eleitoral, previdenciário, estariam regularizados; ou a alteração no cartório que, no mais das vezes, vai suscitar dúvida? Mas, mesmo que não suscite, altere, aí o transgênero vai ter que, em cada um dos casos, pedir alteração, com possibilidade de negativa, e, aí sim, ter que entrar com mandado de segurança. A segurança jurídica, parece-me - aqui com a devida vênia ao Ministro Fachin -, ocorre não só em relação ao transgênero, mas em qualquer alteração de prenome, quando mantém-se a necessidade de decisão judicial e, volto a dizer, sem qualquer requisito, só com os requisitos que a lei exige para qualquer alteração.

E há mais um problema aqui, que a lei argentina regulamentou: a questão dos menores de idade. Nós teríamos aqui também que analisar. E os menores de idade? Se, eventualmente, o posicionamento de ir diretamente ao cartório prevalecer, os menores de idade poderão alterar? Com a decisão judicial, como me referi anteriormente, acredito que sim, dependendo do contexto. Ah, mas os menores de idade poderão alterar?

E a lei argentina assim adotou: com a autorização dos pais. Mas me parece também que, para uma maior segurança jurídica do próprio menor de idade, um procedimento de jurisdição voluntária seria adequado.

Então, em relação ao voto anterior que proferi, amplio para a questão dos transgêneros, sem fixação de qualquer requisito pela decisão, com absoluto sigilo, mas garantindo-se à própria pessoa certidão e, por ordem judicial, sem cirurgia, mas permanecendo a necessidade desse procedimento de jurisdição voluntária, decisão judicial, e com imediato ofício a todos os órgãos estatais, para imediata alteração também nesses registros.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) - O que se tem, na verdade, é alteração de um dado concreto, de um registro que é público. Devemos avançar no campo, devemos admitir que esse registro possa ser alterado, mas com algumas cautelas. E a cautela maior está no que também estabeleço requisitos para chegar-se a essa autorização.

As cautelas maiores estão nos requisitos estabelecidos que visam à certeza, à verdade, quanto ao desejo da pessoa de ter a alteração, para não ocorrer algo impensado ou não refletido. E verso a jurisdição, não contenciosa, mas a voluntária.

ESCLARECIMENTO

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Presidente, eu agradeço o esclarecimento, mas insisto, porque já há cinco votos nesse sentido.

No recurso extraordinário com repercussão geral, todos acompanhamos o Ministro Toffoli exatamente para que haja essa alteração de interpretação. E volto aqui à leitura do voto do Ministro Toffoli, o qual eu o acompanhei com o Ministro Fachin, Ministro Barroso e a Ministra Rosa. Então, veja, não parece correto obrigar o transexual a, após a obtenção da sentença judicial, passar pelo calvário de enfrentar todas as instituições públicas, apresentar-se nos balcões de diversos órgãos públicos ou privados e explicar o motivo pelo qual pretende alterar os seus registros internos.

Essa situação atual a qual a Doutora Berenice se referiu.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) - Submeter a pessoa a uma humilhação.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Exato. Aí diz o Ministro Toffoli: assim sendo, de ofício e/ou a pedido desse interessado, a autoridade judiciária há de expedir mandado ou ofício específico para que sejam procedidas às modificações em cada registro público ou privado indicado, identificação civil, eleitoral, fiscal, previdenciária, antecedentes criminais, prestadora de serviço, anotando sempre que o destinatário deverá resguardar o absoluto sigilo da origem das informações.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) - Ministro, veja: será burocratizar muito as alterações. Concordo com a Doutora Berenice, quando colocou que haverá uma alteração no registro civil - que apontaria "como principal" - e, a partir dessa alteração - precedida de um pronunciamento judicial -, lograr-se a certidão e apresentar-se nos diversos órgãos. Se para cada alteração tiver de ser acionada a jurisdição voluntária, ter-se-á uma demasia.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Após ser autorizada e realizada a certidão, o que o Ministro Toffoli, salvo engano - me corrija, foi o que eu entendi no dia -, quer evitar é que o transgênero vá de balcão a balcão.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI - Exatamente.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Basta ir com a certidão, pedir ao juiz, junta a certidão; e o juiz determina. Essa facilidade e segurança jurídica são muito maiores.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI - Eu penso que atende muito mais aos interesses dos jurisdicionados.

Voto

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Presidente, felizmente, nós já estamos discutindo detalhes - que não são desimportantes, mas são detalhes. Eu acho que a questão principal está obtendo consenso. Hoje é um dia muito importante para o Supremo neste caso, sob as relatorias dos Ministros Dias Toffoli e do Ministro Marco Aurélio, eu acho que nós estamos escrevendo uma página libertadora para um dos grupos mais marginalizados e mais estigmatizados dentro da sociedade.

Eu gosto de dizer que a causa da humanidade e o avanço do processo civilizatório consiste na superação dos preconceitos, dos que a gente traz dentro da gente mesmo e dos que a gente incorpora a partir da sociedade. De modo que a evolução da condição humana, essa marcha contínua na direção do bem, é a superação dos preconceitos contra mulheres, contra negros, contra índios, contra judeus, contra deficientes. Portanto, eu acho que hoje nós chegamos, num ponto acima, à superação do preconceito ou ao início do enfrentamento do preconceito contra este grupo particularmente estigmatizado, como disse. Discriminar-se alguém por ser transexual é discriminar a pessoa por uma condição inata, portanto, é como discriminar alguém por ser latino-americano, ou por ser norte-americano, ou por ser árabe, o que, evidentemente, foge a qualquer senso de razão.

E, quando o sentimento majoritário não seja esse, uma razão humanista deve se impor sobre o senso comum majoritário e fazer a História avançar. Portanto, esse é um capítulo importante, eu penso, do aprimoramento civilizatório, que é a capacidade de reconhecer e respeitar quem é diferente da gente, sobretudo quando a diferença não é sequer produto de uma escolha, mas, sim, de uma circunstância da vida. E, portanto, essas pessoas que já enfrentam todas essas dificuldades precisam ter das outras, ou das que pensam a vida de uma forma humanista, a ajuda para a criação de um ambiente acolhedor, de um ambiente inclusivo, que permita que essas pessoas se incorporem à sociedade, e não que vivam de forma marginalizada.

Há uma passagem muito bonita de Vinicius de Moraes, de que eu gosto, Presidente, em que ele disse que bastar-se a si mesmo é a maior solidão. Portanto, o que completa a gente são as pessoas diferentes, são as pessoas que nos enriquecem. O que a gente é a gente já é. O que incorpora coisas novas para as nossas vivências são as pessoas que são diferentes.

Eu não poderia deixar de registrar aqui e prestar homenagem às pessoas que trouxeram essa causa, a começar pela Procuradoria-Geral da República e mais alguns militantes históricos da causa, iniciando pela Doutora Maria Berenice. Eu até acredito que a História é um fluxo contínuo. Mas há pessoas que fazem imensa diferença e ajudam a acelerar a História. E a Doutora Maria Berenice tem sido uma extraordinária e, por vezes - eu que a acompanho -, quase obsessiva embaixadora desta causa LGBT. Eu também cumprimento o

Doutor Paulo Alberto Viotti por um trabalho jurídico de grande qualidade. Tive chance de ler os memoriais de Sua Excelência. E cumprimento Toni Reis, que vejo aqui da plateia, também antigo militante da causa, não sei se ainda é, mas foi presidente da entidade que congrega o movimento LGBT.

Eu tive chance, Presidente, de passar os olhos na longa decisão da Comissão Interamericana de Direitos Humanos. São 120 páginas, e devo dizer que me alinho substancialmente com ela. Embora tenha acompanhado o voto do Ministro Dias Toffoli, que considero um voto histórico nesse Tribunal, eu farei ligeiros ajustes agora na ADI e, retroativamente, ao recurso extraordinário em relação às posições, a aspectos laterais da posição do Ministro Dias Toffoli, em grande parte inspirado pela decisão da Corte Interamericana, e por ter lido os memoriais que foram trazidos pelos *amici curiae* e ter me impressionado com alguns dos argumentos ali trazidos.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) - Vossa Excelência, evidentemente, votará. É claro, não pretende fazer ajuste em meu voto nem no do ministro Dias Toffoli.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Não. Farei ajuste no meu próprio voto anterior. E agora estou votando na ação direta de inconstitucionalidade.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) - É interessante deixar isso bem claro.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI - Senhora Presidente! Desculpe, Ministro Barroso, um aparte. Eu, inclusive, durante a votação do RE, assenti e sugeri que a ação direta, até por ser mais ampla, fosse colocada em primeiro lugar, embora, pelo fato de eu ter prestado informações como advogado-geral da União, estivesse impedido nela. Mas aproveito até a oportunidade para dizer que, realmente, em primeiro lugar: a ação direta é mais ampla. Então, ela abre um leque maior. E temos tido a preocupação, nos recursos extraordinários com repercussão, de, ao decidi-los, limitar a tese ao caso concreto, e não tanto em expandi-los, porque essas outras dimensões não foram trazidas naquele caso concreto, como agora são trazidas dentro de uma ação direta.

E há um segundo ponto, mas isso seria de regimento *ferenda*, *de lege ferenda* - e há uma discussão de reforma regimental que Vossa Excelência conduz e que o Ministro Luiz Fux já nos trouxe -. Eu penso que nós temos que repensar essa questão de que quem atuou como advogado-geral da União não poder participar das decisões abstratas, até porque não necessariamente estará vinculado. É como se dissesse o seguinte: quem foi advogado privado e deu pareceres, ou como professores deram pareceres, não podem votar aquela tese. Isso só para uma discussão futura, porque nós estamos numa questão abstrata e eu não posso aqui votar.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - É verdade. Há um limite.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) - Lembro a óptica de um juiz que honrou muito esta Casa, o Ministro Moreira Alves.

Não concebia impedimento - praticamente não concebia - em processo objetivo.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI - E isso leva, às vezes, Ministro Marco Aurélio, a um impasse, porque ficamos com votações que terminam 5 a 5, ou sem quórum para uma deliberação constitucional.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO - Este Plenário resolveu questão de ordem em determinado processo de controle abstrato e firmou orientação no sentido de que Ministro desta Corte que houvesse

referendado diploma legislativo na anterior condição de Ministro de Estado não estaria impedido de participar de julgamento de ação direta ajuizada contra referida lei.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Vamos retomar, senão não continuaremos com o julgamento. Vossa Excelência tem a palavra, Ministro.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - E retomo então meu voto, Presidente, para reiterar, e aqui acompanhando o eminente Relator, a minha crença na possibilidade de alteração do prenome e do sexo do nascimento no registro civil, para adequá-los à identidade de gênero da pessoa, independentemente da cirurgia de transgenitalização. Portanto, acho que nesse ponto todos estamos de acordo e acho que essa é a questão mais importante.

Agora eu comento, brevemente, questões que acho que são importantes, embora não decisivas, que dizem respeito à possibilidade de se fazer esta alteração pela via administrativa, a questão de exigibilidade ou não de laudos e etc., e do uso do termo transgênero.

A decisão, Presidente, da Comissão Interamericana de Direitos Humanos tem uma passagem em que ela diz o seguinte: "Os Estados devem respeitar a integridade física e psíquica das pessoas, reconhecendo, legalmente, a identidade de gênero autopercebida, sem que existam obstáculos ou requisitos abusivos, que possam constituir violações aos direitos humanos. Nessa perspectiva, recomenda-se que o processo de reconhecimento da identidade de gênero não deve impor aos solicitantes o cumprimento de requisitos abusivos, tais como apresentação de certidões médicas ou estado civil, tampouco se deve submeter os solicitantes a perícias médicas ou psicológicas relacionadas com sua identidade de gênero autopercebida, ou outros requisitos que desvirtuem o princípio segundo o qual a identidade de gênero não se prova. Portanto o trâmite deve estar baseado na mera expressão de vontade do solicitante".

Essa é uma das passagens mais importantes desta decisão fundamental da Corte Interamericana de Direitos Humanos, presidida, como sabem, por um brasileiro, o Doutor Roberto Caldas.

À vista disso, Presidente, eu estou me manifestando no sentido da desnecessidade de decisão judicial. Se nós entendemos que o procedimento é por autodeclaração, qual é o sentido de uma decisão judicial? Se se exigisse uma perícia, faria sentido a decisão ser judicial, mas se é por autodeclaração, a meu ver pode ser prestada perante o oficial do Registro Civil, que, como observou o Ministro Luiz Edson Fachin, se tiver alguma dúvida, suscitá-la-á ao juiz competente.

Nós precisamos ter em conta também que o mundo do Direito, da judicialização, é muito simples para nós que vivemos nele, que falamos essa língua difícil, que usamos essas roupas, mas para as pessoas mais humildes, às vezes em lugares distantes, a necessidade de ir ao Poder Judiciário pode ser um obstáculo insuperável, ou pode ser um constrangimento a mais. De modo que, pedindo todas as vênias e entendendo as razões e preocupações aqui manifestadas, eu evoluo - no julgamento anterior, eu havia aderido inclusive à tese de voto proposta pelo Ministro Dias Toffoli. Eu estou aceitando que esta alteração possa ser feita perante o Registro Civil diretamente, sem procedimento judicial e sem a exigência de laudos médicos, ou de qualquer outra natureza, para qualquer pessoa que seja maior de idade, o que, pelo novo Código Civil, significa 18 anos.

Na sessão passada, eu também tive uma dúvida sobre as terminologias travestis, transexuais e transgêneros. Pedi para fazer uma breve pesquisa, e boa parte do mundo emprega a expressão transgênero, inclusive nos

Estados Unidos é o termo utilizado pela Associação Americana de Psicologia. Se este é o termo com o qual os principais interessados se sentem mais confortáveis, eu não tenho nenhuma razão para não aderir a ele. Portanto, eu também estou aqui empregando o termo transgêneros.

Como é do meu feitio, Presidente, tanto no recurso extraordinário do Ministro Dias Toffoli quanto na ação direta de inconstitucionalidade...

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Ministro, como não apregoei o recurso extraordinário, apenas a ação direta - inclusive Vossa Excelência já adiantou que haverá um pequeno acerto -, gostaria que ficasse apenas na ação direta.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Na verdade, eu sempre concluo o meu voto com uma tese, mesmo nas ações diretas. Então, votando na ação direta, cumprimento uma vez mais o Ministro Marco Aurélio pelo voto nesta ação, pela sensibilidade, que nos ajuda a avançar a história. Às vezes a história anda devagar, mas às vezes ela anda depressa, e este é um domínio em que, em pouco tempo, a percepção do próprio Plenário do Supremo mudou substancialmente, eu diria, no período de um ano, um ano e meio da primeira vez que nós discutimos isso aqui, numa questão que envolvia o uso de banheiros públicos, acho que houve uma sensibilização muito maior para a causa.

Presidente, eu estou acolhendo como tese a proposta apresentada pelo grupo de advogados pela diversidade sexual e de gênero, que é uma tese que tem a seguinte dicção:

A pessoa transgênero que comprove sua identidade de gênero dissonante daquela que lhe foi designada ao nascer, por autoidentificação firmada em declaração escrita dessa sua vontade, dispõe do direito fundamental subjetivo à alteração do prenome e da classificação de gênero no registro civil pela via administrativa ou judicial - que é evidentemente facultada para quem queira -, independentemente de procedimento cirúrgico e laudos de terceiros, por se tratar de tema relativo ao direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade.

Portanto, com esta tese e cumprimentando o eminente Relator, o Ministro Marco Aurélio, eu estou votando pela procedência do pedido, interpretando, portanto, conforme a Constituição, o art. 58 para reconhecer o direito dos transexuais à substituição do prenome e sexo de nascimento no registro civil, independentemente de cirurgia de transgenitalização, independentemente de exigência de ida ao Poder Judiciário e independentemente de laudos de terceiros.

É como voto, Presidente.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Vossa Excelência, então, está acompanhando às inteiras o Ministro Edson Fachin?

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Penso que, integralmente, estamos...

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Se me permite, Ministro Luís Roberto, na minha compreensão, o Ministro Fachin ampliou, porque deixou os transexuais e partiu para os transgêneros.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Eu também, a pessoa transgênero, é o início da minha tese de julgamento.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Sim, mas é que agora, no final, referiu-se aos transexuais. Então, eu questionaria se estaria adstrito ao pedido deduzido ou não.

SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Ministra, perdoe-me, é porque eu li o meu voto tal como ele estava na versão original e, portanto, eu estou usando o termo transgêneros.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Essa ampliação foi iniciada no meu voto, em relação aos transgêneros.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Sim, os transgêneros. Está bem.

ANTECIPAÇÃO AO VOTO

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Senhora Presidente, eu cumprimento o eminente Ministro Marco Aurélio pelo voto proferido.

Também refleti sobre o tema, fiquei extremamente impressionada por essa opinião consultiva da Corte Americana de Direitos Humanos, inclusive ela data de 24 de novembro do ano passado. O Ministro Fachin já referiu. Eu tive oportunidade de lê-la, embora não com todo o cuidado que ela está a merecer, em função da amplitude.

Mas acompanhei, na sessão anterior ao julgamento do recurso extraordinário, o voto, também brilhante, do Ministro Dias Toffoli. E comungo com Sua Excelência quando diz que, no âmbito do recurso extraordinário, nós temos ficado com teses minimalistas, mais enxutas, atentas ao caso concreto, mas que, no controle abstrato de constitucionalidade, ou mesmo de convencionalidade - como aqui -, podemos chegar à compreensão mais ampla.

E, por isso, o Ministro Fachin facilitou a minha tarefa. Eu estou reafirmando todos os princípios e a minha compreensão sobre o tema, que está expressa em voto escrito, mas acolho a ampliação proposta pelo Ministro Fachin, exatamente nos termos colocados. E, agora, de uma certa forma, plenamente endossados pelo Ministro Luís Roberto no que tange à desnecessidade de um comando judicial expresso. A via judicial pode resultar como uma via alternativa. E peço desculpas, Ministro Alexandre, acompanhando, então, a divergência que foi aberta pelo Ministro Alexandre, quanto à ampliação de transexuais para transgêneros.

É como voto, Senhora Presidente.

Voto

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - I. CONTEXTO ARGUMENTATIVO DO PROCESSO.

1. Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade proposta pelo Procurador-Geral da República contra o art. 58 da Lei 6.015/1973, na redação que lhe foi conferida pela Lei 9.708/99, com o objetivo de que seja dada interpretação conforme a Constituição a este ato normativo, a fim de reconhecer-se na ordem jurídica o direito dos transexuais, que assim o desejarem, à substituição de prenome e sexo no registro civil, independentemente da cirurgia de transgenitalização.

O autor sustenta a tutela do direito fundamental à identidade de gênero, a partir dos princípios da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III), da igualdade (art. 5º, *caput*), da vedação de discriminações odiosas (art. 3º, IV), da liberdade (art. 5º, *caput*) e da privacidade (art. 5º, X).

Nessa linha argumentativa, defende "o direito fundamental à identidade de gênero justifica igualmente o direito à troca de prenome, independentemente da realização da cirurgia, sempre que o gênero reivindicado (masculino ou feminino) não esteja apoiado no sexo biológico respectivo. No caso de não haver cirurgia, e na linha do que propõe a jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão, devem ser fixados os seguintes requisitos para as alterações de prenome e sexo no registro civil: pessoas a partir de 18 anos de idade, que se encontram há pelo menos três anos sob a convicção de pertencer ao gênero oposto ao biológico, e seja presumível, com alta probabilidade, que não mais modificarão a sua identidade de gênero, requisitos que devem ser atestados por um grupo de especialistas que avaliem aspectos psicológicos, médicos e sociais".

Subsidiariamente, pede seja cumulada a presente ação direta de inconstitucionalidade com a arguição de descumprimento de preceito fundamental ou que seja recebida a ação apenas como ADPF.

Nesse sentido, requer: "no primeiro caso, a ADI se prestaria à interpretação conforme a Constituição do art. 58 da Lei 6.015/73, no que diz respeito à mudança de prenome, reservando-se a ADPF para a mudança de sexo, no registro civil. No segundo, se se considerar que as matérias suscitadas vão além do alcance que se permite, hermeneuticamente, ao referido art. 58, estão presentes todas as condições legalmente previstas para a ADPF".

2. A Presidência da República, na manifestação apresentada, defende o reconhecimento da tutela do direito dos transexuais, no sentido de afirmar a procedência do pedido pleiteado nesta ação constitucional, que objetiva a interpretação conforme do art. 58 da Lei nº 6.015/1973 à Constituição, desde que a retificação do registro público não implique a eliminação do registro originário que consigna o gênero e o prenome anteriores.

3. A Advocacia-Geral da União alega, preliminarmente, o não conhecimento da presente ação constitucional, seja como ação direta de inconstitucionalidade seja como arguição de descumprimento de preceito fundamental, ao argumento de que o pedido de interpretação conforme do art. 58 da Lei nº 6.015/73 é inviável. Nesse sentido, afirma: "a inteligência que a requerente pretende conferir ao artigo 58 da Lei nº 6.015/73 não se caracteriza como uma das interpretações possíveis de referido dispositivo legal, sendo inviável, portanto, o pedido de interpretação conforme a Constituição formulado." No mérito, manifesta-se pela procedência parcial do pedido, para que o reconhecimento do direito à substituição do prenome e do sexo civil pelos transexuais reste condicionado à manutenção no registro civil de seus dados anteriores, devendo estender-se aos transexuais que assim se qualifiquem de acordo com os critérios previstos pelo 3º da Portaria nº 1.652/02 do Conselho Federal de Medicina.

4. O Senado Federal, por sua vez, na manifestação juntada alega que para a hipótese dos transexuais que tenham realizado o procedimento cirúrgico deve incidir a disciplina jurídica do art. 57 da lei nº 6.015/73, não sendo necessário cogitar interpretação conforme do art. 58. Reconhece, portanto, na situação fática de transexuais que realizaram procedimento cirúrgico, o direito de alteração do prenome e do sexo no registro civil.

Todavia, quanto ao contexto fático dos transexuais que não optaram pelo referido procedimento, afirma que a permissão para alterar o prenome e o sexo nos registros civis viola o interesse público, bem como tutela de forma inadequada e sem efetividade o interesse particular e a dignidade dessa minoria.

Ainda, assevera que a única exceção possível a esse segundo suporte fático reside na situação em que as características físicas do transexual desaconselham a cirurgia, por expressa orientação médica, hipótese em que a permissão para a modificação do registro civil ocorrerá, com fundamento no art. 57 da Lei de Registros Públicos, diante da análise do caso concreto e por meio de decisão judicial.

II. O PROBLEMA JURÍDICO.

A presente ação constitucional tem por objeto conferir ao art. 58 da Lei n. 6.015/73, na sua redação atual, interpretação conforme a Constituição da República, de modo a autorizar a alteração do prenome e do sexo dos transexuais em seus registros civis, independentemente da condição de submissão ao procedimento cirúrgico de redesignação de sexo.

Da análise dos elementos argumentativos trazidos pelas partes, infere-se que a questão controversa trata da possibilidade de alteração do nome e do gênero no assento de registro civil, sem a realização de procedimento cirúrgico de redesignação de sexo, a partir da tutela dos direitos fundamentais do transexual ao reconhecimento da sua identidade de gênero, decorrente dos direitos à igualdade, privacidade e liberdade.

III. DIREITO APLICÁVEL AO CASO.

5. A transexualidade ou neurodiscordância de gênero é comumente tratada como condição médica, e não moral. Nada obstante essa abordagem biomédica, faz-se necessária, para o adequado entendimento da questão da transexualidade, a abordagem social.

A abordagem biomédica define a transexualidade como distúrbio de identidade de gênero, porquanto os transexuais sentem que seu corpo não combina com o que sentem; o comportamento e padrão psíquico não se relacionam com o padrão biológico. A abordagem social, por seu turno, está fundamentada no direito à autodeterminação da pessoa, que pode afirmar livremente a sua identidade, como consequência dos direitos fundamentais à liberdade, à privacidade, à igualdade e à proteção da dignidade da pessoa humana.

No plano internacional, a Organização Mundial de Saúde, através da classificação estatística internacional de doenças e problemas relacionados à saúde (CID-10), define o transexualismo como sendo um transtorno de identidade sexual. A condição transexual é retratada como "um desejo de viver e ser aceito enquanto pessoa do sexo posto. Este desejo se acompanha em geral de um sentimento de mal-estar ou de inadaptação por referência a seu próprio sexo anatômico e do desejo de submeter-se a uma intervenção cirúrgica ou a um tratamento hormonal a fim de tornar seu corpo tão conforme quanto possível ao sexo desejado" (OMS 2010).

A Organização Mundial de Saúde, portanto, a partir da abordagem da sexualidade como questão de saúde pública, entende que a transexualidade é um transtorno da identidade sexual, razão pela qual aos cidadãos transexuais são oferecidos diversos tratamentos médicos, como a prescrição de hormônios e a cirurgia de redesignação do sexo.

Nessa perspectiva do problema, o Conselho Federal de Medicina brasileiro, publicou a Resolução 1.955, em 12/8/2010 (que revogou anterior Resolução n. 1.652/02), regulando a cirurgia de transgenitalismo. Para

tanto definiu no art. 3º o conceito de transexualismo, a partir da conjugação de quatros critérios mínimos, quais sejam: a) desconforto com o sexo anatômico natural; b) desejo expresso de eliminar as genitais, perder as características primárias e secundárias do próprio sexo e ganhar as do sexo oposto; c) permanência desse distúrbio de forma contínua e consistente por pelo menos dois anos; d) ausência de transtornos mentais.

Quanto à abordagem biológica do transexualismo, Tereza Rodrigues Viera afirma: "o transexual reprova veementemente seus órgãos externos, dos quais deseja se livrar por meio de cirurgia. Costumamos dizer que o transexual masculino é uma mulher no corpo de homem, pois suas reações são próprias do sexo com o qual se identifica psíquica e socialmente. Culpar o indivíduo é o mesmo que culpar a bússola por apontar para o norte. A transexualidade, segundo nosso atual modo de pensar, é resultante de uma alteração genética no componente cerebral, combinado com alteração hormonal e o fator social." (Transexuais: adequação de sexo. *Revista Jurídica Consulex*, ano III, n. 31, 1999).

6. Com efeito, essenciais são os avanços científicos da medicina com o objetivo de tornarem a vida dos transexuais digna e consentânea com a identidade de gênero percebida. No Brasil, o Conselho Federal de Medicina, como mencionado, na Resolução n. 1.955/2010, regulamentou a cirurgia de transgenitalismo, bem como os tratamentos médicos endocrinológicos e terapêuticos necessários, sendo que referidos tratamentos estão catalogados e com acesso gratuito por meio do Sistema único de Saúde (não obstante a limitação dos recursos financeiros empregados na disponibilização desses procedimentos). Esse fato demonstra a preocupação e tutela do Estado para com a questão, reconhecida como de saúde pública.

7. As soluções médicas ofertadas resolvem de forma aparente a questão da transexualidade, circunscrevendo-se à abordagem biológica do corpo, deixando de lado o aspecto psíquico, que enfrenta o problema do encontro da identidade e seu reconhecimento perante o próprio indivíduo transexual e a sociedade na qual está inserido.

Conforme literatura médica sobre o transexualismo, assim como a abordagem social e jurídica, o problema mais grave que acomete os transexuais é aquele relacionado com o reconhecimento de sua identidade. Ou seja, a identificação desse cidadão no meio social como ele se percebe e enxerga e não como seu aspecto físico retrata, a fim de que possa viver como todos os demais cidadãos, podendo exercer sua liberdade de escolha de acordo com o padrão que entende ser sua personalidade.

8. Isso porque, conquanto a área médica e o Estado tenham avançado na tarefa de elaboração de políticas públicas e na agenda de proteção da dignidade e do tratamento dos transexuais, é verdade que a tutela adequada e efetiva de seus direitos enquanto cidadãos ainda encontram resistência. Exemplifica essa atuação tímida, e mesmo retrógrada, por parte da ordem jurídica, a ausência de disciplina jurídica suficiente para o reconhecimento da identidade dos cidadãos transexuais, na medida em que a estes não é facultada a oportunidade de alteração do nome e gênero no registro civil, controvérsia jurídica objeto da presente demanda.

Gustavo Tepedino e Anderson Schreiber, quanto à proteção insuficiente do Estado à minoria dos transexuais, afirmam:

> A indiferença do direito positivo brasileiro às minorias sexuais tem gerado consequências verdadeiramente dramáticas nos casos de transexualismo. A Lei 6.015, de 31 de dezembro de 1973, ao dispor sobre os registro públicos, atribuiu ao prenome caráter definitivo; sua alteração só permitida nas hipóteses taxativamente previstas (e.g., exposição ao ridículo e erro de grafia). As cortes brasileiras, em

> sua maioria, não reconhecem a opção pelo homessexualismo ou a realização de operação para mudança de sexo como causas para a alteração do nome ou do sexo no registro civil. Até 1997, os tribunais argumentavam que a cirurgia de mudança de sexo era considerada mutiladora e, portanto, criminosa, face ao direito brasileiro. O argumento caiu diante da edição pelo conselho Federal de Medicina, aqui acertadamente, da Resolução 1.482, de 10 de setembro de 1997, que autoriza a realização destas espécies de cirurgia. A rigidez formal do registro público passou, com isso, a ser a única razão para o indeferimento de retificação registral. Também aqui, todavia, já se encontram decisões que, mais atentas à realidade humana, fogem à orientação majoritária. De fato, o indeferimento do pedido de alteração do registro civil pode gerar efeitos concreto dramáticos. A título de exemplo, vale relatar caso em que o descompasso entre a realidade fática e a legislativa (*rectius*, interpretativa) propiciou verdadeira agressão à dignidade da pessoa humana (Minorias no Direito Civil Brasileiro. *Revista Trimestral de Direito Civil*. vol. 10, abr./jun. 2002, p. 150-151).

9. A discussão acerca do direito de os transgêneros alterarem o nome e gênero no registro civil não é nova na nossa ordem jurisdicional, porquanto a disciplina jurídica legislativa dos direitos da personalidade, notadamente quanto à tutela do nome e gênero, disciplinada na Lei de Registros Públicos (Lei nº 6.015/73), é datada do ano 1973, oportunidade normativa em que ficou excluída a tutela jurídica dos transexuais.

A Lei de Registros Públicos, em decorrência mesmo do momento e contexto social, cultural e jurídico da época, adotou como vetor interpretativo, na matéria relativa ao nome e a proteção da veracidade e publicidade dos documentos públicos, a regra da imutabilidade do prenome e gênero, salvo hipóteses excepcionais, conforme art. 58 daquele diploma legal.

> Art. 58. O prenome será definitivo, admitindo-se, todavia, a sua substituição por apelidos públicos notórios.
>
> Parágrafo único. A substituição do prenome será ainda admitida em razão de fundada coação ou ameaça decorrente da colaboração com a apuração de crime, por determinação, em sentença, de juiz competente, ouvido o Ministério Público.

Desse modo, à vista dessa estrutura jurídica defasada, quando não omissa, a jurisdição brasileira foi chamada para resolver esse problema.

Em face do quadro jurisdicional configurado e para melhor compreensão da validade dos argumentos jurídicos em conflito, colaciono as decisões tomadas pelos tribunais estaduais, as quais refletem notória evolução e amadurecimento jurisprudencial:

> [...] Ora, não há maior exposição ao ridículo do que compelir um indivíduo transexual, como parece ser o caso do autor, com traços, gestos, roupas, cabelos e seios femininos, a se apresentar com nome masculino. São evidentes o constrangimento e a vergonha de quem se identifica como pessoa de sexo diferente daquele que aparenta ser. Tem-se, assim, que compelir o autor - para ver-se livre de humilhação - a prévia realização de cirurgia, reconhecidamente invasiva e dolorosa, constitui abuso e violência, com os quais o Poder Judiciário não pode compactuar (TJSP - APL: 00406989420128260562 SP 0040698-94.2012.8.26.0562, Relator: Carlos Alberto de Salles, Data de Julgamento: 24/6/2014, 3ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 25/6/2014).

Retificação de assento de nascimento. Alteração do nome e do sexo. Transexual. Interessado não submetido a cirurgia de transgenitalização. Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Condições da ação. Presença. Instrução probatória. Ausência. Sentença cassada. - O reconhecimento judicial do direito dos transexuais a alteração de seu prenome conforme o sentimento que eles tem de si mesmos, ainda que não tenham se submetido a cirurgia de transgenitalização, é medida que se revela em consonância com o principio constitucional da dignidade da pessoa humana. Presentes as condições da ação e afigurando-se indispensável o regular processamento do feito, com instrução probatória exauriente, para a correta solução da presente controvérsia, impõe-se a cassação da sentença (TJMG - AC: 10521130104792001 MG, Relator: Edilson Fernandes, Data de Julgamento: 22/4/2014, Câmaras Cíveis/6ª Câmara Cível, Data de Publicação: 7/5/2014).

Apelação Cível. Retificação de Registro. Transexual não submetido a cirurgia de alteração de sexo -Modificação do prenome. Possibilidade. Autor submetido a situações vexatórias e constrangedoras todas as vezes em que necessita se apresentar com o nome constante em seu Registro de Nascimento. Principio da Dignidade da Pessoa Humana. [...] Diante de tal situação, inquestionável o constrangimento ao qual e submetido todas as vezes em que, apesar de possuir aparência feminina, tem que fazer uso de um nome masculino. De fato, não ter reconhecida a identidade sexual a o uai entende inequivocamente pertencer acaba lhe acarretando um sofrimento imensurável, além de lhe impedir de usufruir de todos os atributos de sua personalidade, bem como de ter reconhecido o direito de viver dignamente. Aliás, fechar os olhos para a situação vexatória que vem sendo submetido o apelante, a qual, destaque-se, e reconhecida pela própria medicina, implicaria numa ofensa sem medida ao principio da dignidade da pessoa humana, previsto no art. 1°, III da CF como fundamento da Republica Federativa do Brasil. Ademais, necessário se fez ressaltar que no caso dos autos 0 autor manifestou o interesse de ser submetido a cirurgia de alteração do sexo (TJ-SE, AC 2012209865 SE, Relator: Des.ª Maria Aparecida Santos Gama da Silva, Data de Julgamento: 09/07/2012, 1ª Câmara Cível).

Retificação de registro civil. Transexual que preserva o fenótipo masculino. Requerente que não se submeteu a cirurgia de transgenitalização, mas que requer a mudança de seu nome em razão de adotar características femininas. Possibilidade. Adequação ao sexo psicológico. Laudo pericial que apontou transexualismo. [...] Para conferir segurança e estabilidade às relações sociais, o nome e regido pelos princípios da imutabilidade e indisponibilidade, ainda que o seu detentor não o aprecie. Todavia, a imutabilidade do nome e dos apelidos de família não e mais tratada como regra absoluta. Tanto a lei, expressamente, como a doutrina buscando atendera outros interesses sociais mais relevantes, admitem sua alteração em algumas hipóteses. [...] O autor sempre agiu e se apresentou socialmente como mulher. Desde 1998 assumiu o nome de 'Paula do Nascimento'. Faz uso de hormônios femininos ha mais de vinte e cinco anos e há vinte anos mantem união estável homoafetiva, reconhecida publicamente. [...] O indivíduo tem seu sexo definido em seu registro civil com base na observação dos órgãos genitais externos, no momento do nascimento. No entanto, com o seu crescimento, podem ocorrer disparidades entre o sexo revelado e o sexo psicológico, ou seja, aquele que gostaria de ter e que entende como o que realmente deveria possuir. A cirurgia de transgenitalização não é requisito para a retificação de assento ante o seu caráter secundário. A cirurgia tem caráter complementar, visando à conformação das características e anatomia ao sexo psicológico. Portanto, tendo em vista que o sexo psicológico e aquele que dirige o comportamento social externo do individuo e considerando que o requerente se sente mulher sob o ponto de vista psíquico, procedendo como se do sexo feminino fosse perante a sociedade, não há qualquer motivo para se negar a pretendida alteração registral pleiteada. A sentença, portanto, merece ser reformada para determinar a retificação no assento de nascimento do apelante para que passe a constar como 'Paula do Nascimento'. Sentença reformada. Recurso provido. (TJ-SP-APL: 00139343120118260037 SP 0013934-31.2011.8.26.0037, Relator: Carlos Alberto Garbi, Data de Julgamento: 23/9/2014, 10R Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 25/9/2014).

O Superior Tribunal de Justiça igualmente deliberou acercou do tema. Da análise dos julgados, verifica-se referida evolução jurisprudencial na interpretação jurídica do problema. No julgamento do RESp 1.008.398, Rel.ª Min.ª Nancy Andrighi, a posição de defesa dos direitos dos transexuais ficou clara, conforme ementa abaixo transcrita:

> Direito civil. Recurso especial. Transexual submetido à cirurgia de redesignação sexual. Alteração do prenome e designativo de sexo. Princípio da dignidade da pessoa humana. - Sob a perspectiva dos princípios da Bioética - de beneficência, autonomia e justiça -, a dignidade da pessoa humana deve ser resguardada, em um âmbito de tolerância, para que a mitigação do sofrimento humano possa ser o sustentáculo de decisões judiciais, no sentido de salvaguardar o bem supremo e foco principal do Direito: o ser humano em sua integridade física, psicológica, socioambiental e ético-espiritual. - A afirmação da identidade sexual, compreendida pela identidade humana, encerra a realização da dignidade, no que tange à possibilidade de expressar todos os atributos e características do gênero imanente a cada pessoa. Para o transexual, ter uma vida digna importa em ver reconhecida a sua identidade sexual, sob a ótica psicossocial, a refletir a verdade real por ele vivenciada e que se reflete na sociedade. - A falta de fôlego do Direito em acompanhar o fato social exige, pois, a invocação dos princípios que funcionam como fontes de oxigenação do ordenamento jurídico, marcadamente a dignidade da pessoa humana - cláusula geral que permite a tutela integral e unitária da pessoa, na solução das questões de interesse existencial humano. - Em última análise, afirmar a dignidade humana significa para cada um manifestar sua verdadeira identidade, o que inclui o reconhecimento da real identidade sexual, em respeito à pessoa humana como valor absoluto. - Somos todos filhos agraciados da liberdade do ser, tendo em perspectiva a transformação estrutural por que passa a família, que hoje apresenta molde eudemonista, cujo alvo é a promoção de cada um de seus componentes, em especial da prole, com o insigne propósito instrumental de torná-los aptos de realizar os atributos de sua personalidade e afirmar a sua dignidade como pessoa humana. - A situação fática experimentada pelo recorrente tem origem em idêntica problemática pela qual passam os transexuais em sua maioria: um ser humano aprisionado à anatomia de homem, com o sexo psicossocial feminino, que, após ser submetido à cirurgia de redesignação sexual, com a adequação dos genitais à imagem que tem de si e perante a sociedade, encontra obstáculos na vida civil, porque sua aparência morfológica não condiz com o registro de nascimento, quanto ao nome e designativo de sexo. - Conservar o 'sexo masculino' no assento de nascimento do recorrente, em favor da realidade biológica e em detrimento das realidades psicológica e social, bem como morfológica, pois a aparência do transexual redesignado, em tudo se assemelha ao sexo feminino, equivaleria a manter o recorrente em estado de anomalia, deixando de reconhecer seu direito de viver dignamente. - Assim, tendo o recorrente se submetido à cirurgia de redesignação sexual, nos termos do acórdão recorrido, existindo, portanto, motivo apto a ensejar a alteração para a mudança de sexo no registro civil, e a fim de que os assentos sejam capazes de cumprir sua verdadeira função, qual seja a de dar publicidade aos fatos relevantes da vida social do indivíduo, forçosa se mostra a admissibilidade da pretensão do recorrente, devendo ser alterado seu assento de nascimento a fim de que nele conste o sexo feminino, pelo qual é socialmente reconhecido. - Vetar a alteração do prenome do transexual redesignado corresponderia a mantê-lo em uma insustentável posição de angústia, incerteza e conflitos, que inegavelmente atinge a dignidade da pessoa humana assegurada pela Constituição Federal. No caso, a possibilidade de uma vida digna para o recorrente depende da alteração solicitada. E, tendo em vista que o autor vem utilizando o prenome feminino constante da inicial, para se identificar, razoável a sua adoção no assento de nascimento, seguido do sobrenome familiar, conforme dispõe o art. 58 da Lei n.º 6.015/73. - Deve, pois, ser facilitada a alteração do estado sexual, de quem já enfrentou tantas dificuldades ao longo da vida, vencendo-se a barreira do preconceito e da intolerância. O Direito não pode fechar os olhos para a realidade social estabelecida, notadamente no que concerne à identidade sexual, cuja realização afeta o mais íntimo aspecto da vida privada da pessoa. E a alteração do designativo de sexo, no registro civil, bem como do prenome do operado, é tão importante quanto a adequação cirúrgica, porquanto é desta

> um desdobramento, uma decorrência lógica que o Direito deve assegurar. - Assegurar ao transexual o exercício pleno de sua verdadeira identidade sexual consolida, sobretudo, o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, cuja tutela consiste em promover o desenvolvimento do ser humano sob todos os aspectos, garantindo que ele não seja desrespeitado tampouco violentado em sua integridade psicofísica. Poderá, dessa forma, o redesignado exercer, em amplitude, seus direitos civis, sem restrições de cunho discriminatório ou de intolerância, alçando sua autonomia privada em patamar de igualdade para com os demais integrantes da vida civil. A liberdade se refletirá na seara doméstica, profissional e social do recorrente, que terá, após longos anos de sofrimentos, constrangimentos, frustrações e dissabores, enfim, uma vida plena e digna. - De posicionamentos herméticos, no sentido de não se tolerar 'imperfeições' como a esterilidade ou uma genitália que não se conforma exatamente com os referenciais científicos, e, consequentemente, negar a pretensão do transexual de ter alterado o designativo de sexo e nome, subjaz o perigo de estímulo a uma nova prática de eugenia social, objeto de combate da Bioética, que deve ser igualmente combatida pelo Direito, não se olvidando os horrores provocados pelo holocausto no século passado. Recurso especial provido (RESp. 1.008.398-SP, Rel.ª Min.ª Nancy Andrighi, *DJe* de 18/11/2009).

Orientação jurídica esta que foi ratificada em recente julgado proferido pela 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça (Resp 1626739), em 9/5/2017, cujo voto majoritário, liderado pelo Min. Rel. Luís Felipe Salomão, defendeu interpretação normativa no sentido da prevalência da identidade psicossocial em relação biológica, de modo que para a alteração de gênero em documentos públicos não se faz necessária intervenção médica cirúrgica.

IV. DIREITO COMPARADO SOBRE OS DIREITOS DOS TRANSGÊNEROS.

10. Forte na tutela do direito à dignidade e autonomia dos transexuais, a Corte Europeia de Direitos Humanos, no julgamento do caso AFFAIRE A.P., GARÇON ET NICOT c. FRANCE, ocorrido em 6/4/2017, deliberou e decidiu que a exigência de submissão das pessoas transexuais ao procedimento cirúrgico de esterilização, como premissa fática necessária para o reconhecimento da identidade de gênero nos registros públicos, é medida contrária à Convenção Europeia de Direitos Humanos, motivo por que deve ser rejeitada.

A decisão tomada pela Corte Europeia estabeleceu novo padrão normativos para os países que integram o Conselho da Europa, acerca do alcance e densidade normativa do princípio da igualdade de direitos para os transgêneros.

Em outras palavras: a Corte Europeia de Direitos Humanos, ao decidir contra a esterilização obrigatória (submissão ao procedimento cirúrgico de redesignação do sexo) como requisito para as pessoas transgêneros exercerem o direito fundamental ao reconhecimento de sua identidade, promoveu um significativo avanço interpretativo na matéria de direito dessa minoria.

Importante trazer à deliberação o dado estatístico referente às legislações dos países integrantes da União Europeia, quanto à questão das exigências impostas para o reconhecimento dos direitos à personalidade dos transgêneros. De acordo com a organização Transgender Europe (dados disponíveis no seguinte link: http://tgeu.org/trans-rights-map-2017/), em estudo realizado e publicado em abril de 2017, vinte desses países exigem a submissão ao procedimento cirúrgico de redesignação de sexo e outros trinta e seis exigem um diagnóstico de saúde mental para o referido reconhecimento dos direitos dos transexuais a sua autodeterminação.

Conquanto a Corte Europeia não possa obrigar os Estados a promoverem modificações legislativas, em matéria de reconhecimento e tutela dos direitos de gênero, de modo a assegurar e realizar os direitos das pessoas à privacidade, autodeterminação, não discriminação e dignidade, é certo que os cidadãos transgêneros desses países têm forte precedente jurídico para contestar interpretação divergente adotada nos respectivos tribunais nacionais.

Nesse espaço, cumpre assinalar que doze agências da Organização das Nações Unidas publicaram declaração conjunta sobre os direitos da população LGBT (Declaração para Dar Fim à Violência e Discriminação contra Pessoas Lésbicas, Gays, Bissexuais, Trans e Intersex), em setembro de 2015, como mecanismo de promoção da tutela dos direitos fundamentais das pessoas lésbicas, gays, bissexuais, transgêneros e pessoas intersex. Essa declaração coletiva tem como objeto confrontar a realidade dos abusos dos direitos humanos contras as pessoas LGBTI, os quais têm reflexos nas mais diversas áreas de desenvolvimento dessas pessoas.

A declaração ratifica o compromisso dos Organismos Internacionais com a tutela dos direitos fundamentais de grupo minoritário altamente estigmatizado e exposto às mais diversas agressões e violências, sejam elas físicas e/ou psíquicas, que negam o valor da alteridade e da solidariedade. Ademais, faz um chamado aos Estados para que implementem as condições materiais e disciplina jurídica necessárias para a efetiva realização desses direitos fundamentais.

Quanto ao ponto, consta na declaração:

> O fato de não se respeitar os direitos humanos e as pessoas LGBTI, e de não protegê-las contra abusos, como a violência e as leis e práticas discriminatórias, supõe uma grave violação das normas internacionais de direitos humanos e tem um impacto significativo sobre a sociedade, fomentando uma maior vulnerabilidade a doenças, incluindo infecção pelo HIV, exclusão social e econômica, pressão sobre as famílias e comunidades, e também um impacto negativo sobre o crescimento econômico, o trabalho digno e o progresso para alcançar os futuros Objetivos de Desenvolvimento Sustentável. Sob o direito internacional, os Estados têm a obrigação principal de proteger as pessoas diante de situações de discriminação e violência. Por isso, os governos, parlamentos, poderes judiciais e as instituições nacionais de direitos humanos devem tomar medidas urgentes em relação a essa situação. Os líderes políticos, religiosos e comunitários, as organizações de trabalhadores, o setor privado, os profissionais de saúde, as organizações da sociedade civil e os meios de comunicação também têm um papel importante a desempenhar nesse sentido. Os direitos humanos são universais - não se pode invocar práticas e crenças culturais, religiosas, morais e tampouco atitudes sociais para justificar violações de direitos humanos contra grupo algum, incluindo pessoas LGBTI.

11. Nessa perspectiva de análise do problema jurídico no direito comparado e internacional público, imprescindível identificar e demonstrar a interpretação jurídica firmada pela Corte Interamericana de Direitos humanos, uma vez que o Brasil se submete à jurisdição desta Corte Regional, devendo sempre observar (e exercer) o controle jurisdicional de convencionalidade.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos, no julgamento do caso Atala Riffo e Crianças vs. Chile, cuja sentença foi proferida em 24/2/2012, deliberara sobre a questão da orientação sexual e o direito de guarda de crianças. A argumentação subjacente ao caso cirunscreveu-se à controvérsia da responsabilidade internacional do Estado por tratamento discriminatório e interferência arbitrária na vida privada e familiar.

Embora o problema jurídico retratado naquele caso tenha sido o tratamento discriminatório em decorrência da orientação sexual e interferência estatal na vida privada, na justificativa da decisão, foi adotada como razão de decidir argumento de que os Estados devem abster-se de realizar ações que de alguma forma se destinem, direta ou indiretamente, a criar situações de discriminação de direito ou de fato. Ademais, são obrigados a adotar medidas positivas para reverter ou modificar situações discriminatórias existentes na sociedade, praticadas contra determinado grupo de pessoas.

Dentre esses grupos minoritários, alvo de práticas discriminatórias, a Corte Interamericana abordou a categoria da orientação quanto à identidade de gênero, a fim de interpretar a expressão qualquer outra condição social do artigo 1.1 da Convenção Americana, a partir da escolha da alternativa mais favorável para a tutela dos direitos protegidos por esse Tratado, segundo o princípio da norma mais favorável ao ser humano.

Neste ponto, pertinente a justificativa adotada no parágrafo 91 da decisão:

> 91. Levando em conta as obrigações gerais de respeito e de garantia, estabelecidas no art. 1.1 da Convenção Americana, os critérios de interpretação fixados no artigo 29 da citada Convenção, o estipulado na Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, as resoluções da Assembleia Geral da OEA, as normas estabelecidas pelo Tribunal Europeu e pelos organismos das Nações Unidas (pars. 83 a 90 supra), a Corte Interamericana estabelece que a orientação sexual e a identidade de gênero das pessoas são categorias protegidas pela Convenção. Por isso, a Convenção rejeita qualquer norma, ato ou prática discriminatória com base na orientação sexual da pessoa. Por conseguinte, nenhuma norma, decisão ou prática de direito interno, seja por parte de autoridades estatais, seja por particulares, pode diminuir ou restringir, de maneira alguma, os direitos de uma pessoa com base em sua orientação sexual.

Seguindo essa linha da resolução do problema jurídico, no desenvolvimento dos direitos humanos, notadamente no campo da não discriminação e igualdade, a Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos, em 2008, aprovou quatro resoluções sobre a proteção das pessoas contra tratamento discriminatórios, com base na orientação sexual e identidade de gênero, mediante as quais exigiu adoção de medidas concretas para proteção eficaz contra práticas discriminatórias.

> AG/RES. 2653 (XLI-O/11), Direitos humanos, orientação sexual e identidade de gênero, aprovada na quarta sessão plenária, realizada em 7 de junho de 2011 ('A ASSEMBLEIA GERAL […] RESOLVE: 1. Condenar a discriminação contra pessoas, por motivo de orientação sexual e identidade de gênero, e instar os Estados, de acordo com os parâmetros das instituições jurídicas de seu ordenamento interno, a adotar as medidas necessárias para prevenir, punir e erradicar tal discriminação.'); AG/RES. 2600 (XL-O/10), Direitos humanos, orientação sexual e identidade de gênero, aprovada na quarta sessão plenária, realizada em 8 de junho de 2010 ('A ASSEMBLEIA GERAL […] RESOLVE: 1. Condenar os atos de violência, bem como as violações de direitos humanos de pessoas por motivo de orientação sexual e identidade de gênero e instar os Estados a que investiguem esses atos e assegurem que os responsáveis enfrentem as consequências perante a justiça. 2. Incentivar os Estados a que tomem todas as medidas necessárias para assegurar que não sejam cometidos atos de violência ou outras violações de direitos humanos contra pessoas por motivo de orientação sexual e identidade de gênero e assegurar o acesso à justiça por parte das vítimas em condições de igualdade. 3. Incentivar os Estados membros a que considerem meios de combater a discriminação contra pessoas por motivo de orientação sexual e identidade de gênero.');

> AG/RES. 2504 (XXXIX-O/09), Direitos humanos, orientação sexual e identidade de gênero, aprovada na quarta sessão plenária, realizada em 4 de junho de 2009 ('A ASSEMBLEIA GERAL […] RESOLVE: 1. Condenar os atos de violência e as violações de direitos humanos correlatas, perpetrados contra indivíduos e motivados pela orientação sexual e identidade de gênero. 2. Urgir os Estados a assegurar que se investiguem os atos de violência e as violações de direitos humanos cometidos contra indivíduos em razão da orientação sexual e identidade de gênero e que os responsáveis enfrentem as consequências perante a justiça.'), e AG/RES. 2435 (XXXVIII-O/08), Direitos humanos, orientação sexual e identidade de gênero, aprovada na quarta sessão plenária, realizada em 3 de junho de 2008 ('A ASSEMBLEIA GERAL […] RESOLVE: 1. Expressar preocupação pelos atos de violência e pelas violações aos direitos humanos correlatas, motivados pela orientação sexual e pela identidade de gênero.').

12. A ordem constitucional brasileira, tal como desenhada, está em conformidade e convergência com esse padrão internacional de promoção e defesa dos direitos humanos dos transgêneros, porquanto tem como elemento de identidade normativa, de fundamento estruturante a dignidade da pessoa humana.

Identidade constitucional que é reforçada e confirmada no processo jurídico internacional, como prescreve o art. 5º, § 2º (os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte).

V. TUTELA DA IDENTIDADE DE GÊNERO.

13. Direito à identidade pessoal, que compreende a identidade sexual e de gênero, é um dos direitos fundamentais da pessoa humana. Melhor explicando, o direito à identidade pessoal é o direito dos direitos da pessoa humana, porquanto apenas a partir do reconhecimento da identidade é que o indivíduo pode desenvolver sua personalidade, autonomia e lugar na comunidade a qual pertence.

Aqui cabe a mesma analogia jurídica quanto ao direito de participação, que é tido como o direito dos direitos para a institucionalização e concretude da democracia liberal. A tutela da participação adequada e efetiva dos cidadãos na arena política é o primeiro direito, que permite o desenvolvimento de todas as outras condições para a construção da democracia e, por conseguinte, para o exercício dos demais direitos.

O direito à autodeterminação sexual constitui direito individual que decorre diretamente do princípio da dignidade da pessoa humana enquanto valor-fonte que informa e conforma todo o ordenamento constitucional. A identidade sexual, portanto, qualifica-se como um direito fundamental de personalidade que tem como elemento mínimo de concretização a adequação da concepção individual de sexualidade ao quanto expressado nos assentos do registro civil, como forma de compatibilizar o prenome e o gênero sexual à real condição morfológica e psicológica do indivíduo.

Por seu turno, a identidade de gênero, cumpre enfatizar, está conectada com a forma como o indivíduo se manifesta e se reconhece, de modo que não tem correspondência necessária e consequente com a expectativa social do sexo biológico. A sexualidade não pode ser mais compreendida, no estágio atual evolutivo cultural da sociedade e de seus valores, apenas no seu aspecto anatômico-biológico, mas, antes, a partir do aspecto piscossocial.

14. A Comissão Interamericana de Direitos Humanos, no relatório oficial acerca do problema da violência contra pessoas LGBTI, aprovado e publicado em 12/11/2015, ratificou essa concepção acerca da identidade

de gênero, a partir da abordagem do sexo como construção social, que transcende o conceito de sexo como masculino ou feminino, e como um fenômeno biológico:

> A orientação sexual de uma pessoa é independente do sexo que lhe foi assignado ao nascer, e independente de sua identidade de gênero. A CIDH indicou que a orientação sexual constitui um componente fundamental da vida privada das pessoas e que há uma evidente conexão entre a orientação sexual e o desenvolvimento da identidade e do plano de vida de cada pessoa, incluindo sua personalidade, e as relações com outros seres humanos. Também nesse sentido, a Corte interamericana estabeleceu que a orientação sexual de uma pessoa está vinculada ao conceito de liberdade e à possibilidade de toda pessoa para a autodeterminação e de escolher livremente as circunstâncias que dão sentido à sua existência, conforme suas próprias opções e convicções. (Corte IDH. Caso Karen Atala Riffo e filhas Vs. Chile. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 24 de fevereiro de 2012. Série C No. 239, para. 136) De acordo com os Princípios de Yogyakarta, a orientação sexual é definida como 'a capacidade de cada pessoa de sentir uma profunda atração emocional, afetiva e sexual por pessoas de um gênero diferente ao seu, ou do mesmo gênero, ou de mais de um gênero, assim como a capacidade de manter relações íntimas e sexuais com estas pessoas'.
>
> 20. Conforme os Princípios de Yogyakarta, a identidade de gênero é 'a vivência interna e individual do gênero tal como sentida profundamente por cada pessoa, a qual pode ou não corresponder com o sexo assignado ao momento do nascimento, inclusive a vivência pessoal do corpo (que pode envolver a modificação da aparência ou da função corporal através de meios médicos, cirúrgicos ou de outra natureza, desde que seja por sua livre decisão) e outras expressões de gênero, incluindo a vestimenta, o modo de falar e a conduta'. Pessoas trans é o termo genérico frequentemente utilizado para descrever as diferentes variações das identidades de gênero (incluindo transexuais, travestis, transformistas, dentre outros), cujo denominador comum é que o sexo assignado ao nascer não coincide com a identidade de gênero da pessoa. A identidade de gênero não é determinada pelas transformações corporais, intervenções cirúrgicas ou tratamentos médicos. No entanto, eles podem ser necessários para a construção da identidade de gênero de algumas pessoas trans.

Nessa perspectiva, cumpre assinalar a definição estabelecida nos Princípios de Yogyakarta, que versam sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos às questões de orientação sexual e identidade de gênero, bem como reconhecem a premissa de existência de violência de gênero por parte do Estado e da sociedade no exercício do policiamento da sexualidade, quando impõem normas de gênero e orientação sexual às pessoas por costumes, legislação: "Compreendemos identidade de gênero a profundamente sentida experiência interna e individual do gênero de cada pessoa, que pode ou não corresponder ao sexo atribuído no nascimento, incluindo o senso pessoal do corpo (que pode envolver, por livre escolha, modificação da aparência ou função corporal por meio médico, cirúrgicos ou outros) e outras expressões de gênero, inclusive vestimenta, modo de falar e maneirismos".

> Os Princípios de Yogyakarta tratam de um amplo espectro de normas de direitos humanos e ele sua aplicação a questões de orientação sexual e identidade de gênero. Os Princípios afirmam a obrigação primária dos Estados de implementarem os direitos humanos. [...] Os Princípios de Yogyakarta afirmam normas jurídicas internacionais vinculantes, que devem ser cumpridas por todos os Estados. Os Princípios prometem um futuro diferente, onde todas as pessoas, nascidas livres e iguais em dignidade e prerrogativas, possam usufruir de seus direitos, que são natos e preciosos. Foi ratificado pelo Brasil

O Princípio 3º de Yogyakarta, voltado para a disciplina do direito ao reconhecimento da personalidade jurídica, afirma o direito ao reconhecimento da personalidade jurídica, bem como impõe deveres a serem observados pelos Estados na implementação das garantias ao exercício e reivindicação de tal direito:

> Toda pessoa tem o direito de ser reconhecida, em qualquer lugar, como pessoa perante a lei. As pessoas de orientações sexuais e identidades de gênero diversas devem gozar de capacidade jurídica em todos os aspectos da vida. A orientação sexual e identidade de gênero autodefinidas por cada pessoa constituem parte essencial de sua personalidade e um dos aspectos mais básicos de sua autodeterminação, dignidade e liberdade. Nenhuma pessoa deverá ser forçada a se submeter a procedimentos médicos, inclusive cirurgia de mudança de sexo, esterilização ou terapia hormonal, como requisito para o reconhecimento legal de sua identidade de gênero. Nenhum *status*, como casamento ou *status* parental, pode ser invocado para evitar o reconhecimento legal da identidade de gênero de uma pessoa. Nenhuma pessoa deve ser submetida a pressões para esconder, reprimir ou negar sua orientação sexual ou identidade de gênero.
>
> Os Estados deverão:
>
> a) Garantir que todas as pessoas tenham capacidade jurídica em assuntos cíveis, sem discriminação por motivo de orientação sexual ou identidade de gênero, assim como a oportunidade de exercer esta capacidade, inclusive direitos iguais para celebrar contratos, administrar, ter a posse, adquirir (inclusive por meio de herança), gerenciar, desfrutar e dispor de propriedade;
>
> b) Tomar todas as medidas legislativas, administrativas e de outros tipos que sejam necessárias para respeitar plenamente e reconhecer legalmente a identidade de gênero autodefinida por cada pessoa;
> c) Tomar todas as medidas legislativas, administrativas e de outros tipos que sejam necessárias para que existam procedimentos pelos quais todos os documentos de identidade emitidos pelo Estado que indiquem o sexo/gênero da pessoa - incluindo certificados de nascimento, passaportes, registros eleitorais e outros documentos - reflitam a profunda identidade de gênero autodefinida por cada pessoa.
>
> d) Assegurar que esses procedimentos sejam eficientes, justos e não-discriminatórios e que respeitem a dignidade e privacidade das pessoas;
>
> e) Garantir que mudanças em documentos de identidade sejam reconhecidas em todas as situações em que a identificação ou desagregação das pessoas por gênero seja exigida por lei ou por políticas públicas;
>
> f) Implementar programas focalizados para apoiar socialmente todas as pessoas que vivem uma situação de transição ou mudança de gênero.

15. Este Supremo Tribunal Federal, por seu turno, no julgamento da questão da constitucionalidade do reconhecimento da união homoafetiva (ADI 4.277 e ADPF 132), por unanimidade, definiu interpretação jurídica, quanto ao alcance do significado normativo do direito à liberdade e à escolha no plano da esfera privada da sexualidade, no sentido de que, em razão da aplicabilidade das regras da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da igualdade, do pluralismo, da intimidade, da autodeterminação, da não discriminação e da busca da felicidade, toda pessoa tem o direito fundamental à orientação sexual.

No mesmo julgamento, destacou-se que o sexo das pessoas, salvo disposição constitucional expressa ou implícita em sentido contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica, devendo ser afastada toda forma de preconceito à luz do inciso IV do art. 3º da Constituição Federal.

16. O papel do Estado e da democracia deve ser o de assegurar a máxima igualdade entre as pessoas e o exercício da liberdade de manifestação, de forma a permitir um tratamento entre os indivíduos com igual respeito e consideração.

Ocorre que esse dever de tutela do direito à igualdade pelo Estado constitucional, conquanto encontre seu lugar-comum de realização no plano formal do tratamento igualitário perante o direito, assim como no substantivo, tem no plano da alteridade e diferenças a exigência de sua força normativa. Ou seja, nas situações fáticas, valoradas pelo Direito, caracterizadas pela diferença entre os indivíduos, é que a igualdade incide como vetor interpretativo de resolução dos problemas jurídicos.

Nesse cenário, o direito ao tratamento igualitário, em consideração e respeito entre os cidadãos, exige que a sexualidade e sua manifestação como expressão da personalidade da pessoa humana sejam asseguradas, ainda que esse reconhecimento implique diferenças nas formas de expressão dessa identidade de gênero, quando confrontadas com o padrão esperado pela sociedade.

A identidade sexual e de gênero encontra proteção nos direitos da personalidade e na dignidade da pessoa humana. A partir dessa abordagem, Maria Berenice Dias explica: "indispensável que se reconheça que a sexualidade integra a própria condição humana. Ninguém pode realizar-se como ser humano se não tiver assegurado o respeito ao exercício da sexualidade, conceito que compreende a liberdade sexual, albergando a liberdade da livre orientação sexual. [...] Trata-se, assim, de uma liberdade individual, um direito do indivíduo, sendo, como todos os direitos de primeira geração, inalienável e imprescritível. [...] Igualmente o direito à sexualidade avança para ser inserido como um direito de terceira geração. Esta compreende os direitos decorrentes da natureza humana, mas não tomados individualmente, porém genericamente, a fim de realizar toda a humanidade, integralmente, abrangendo todos os aspectos necessários à preservação da dignidade humana" (Liberdade sexual e os direitos humanos. *Revista Jurídica da Universidade de Franca*, ano 3, nº 5. novembro-2000, p. 163-164).

17. O princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CRFB) e os direitos da personalidade (art. 5º, X, CRFB), marcados pelo elemento da inviolabilidade, o direito à igualdade e à liberdade configuram o quadro normativo que justifica a tutela dos direitos dos transgêneros, notadamente o aspecto jurídico da alteração registral.

A solução constitucionalmente adequada para a controvérsia jurídica em deliberação está no reconhecimento dos direitos dos transgêneros de serem tratados de acordo com sua identidade de gênero, e não com a expectativa social sobre o sexo biológico do cidadão.

A possibilidade de alteração do registro civil nos casos de indivíduos que sofrem de disforia de gênero é uma necessidade para a realização de tais pessoas, porquanto a não alteração daquele pode acarretar a eterna e cíclica repetição do trauma da disforia sempre que seja evocado publicamente pelo nome de registro.

18. É certo que o dever do Estado está na promoção e defesa da liberdade do cidadão, e não na sua limitação. As normas constitucionais, notadamente aquelas instituidoras dos direitos fundamentais, de nada valeriam se fossem lidas de acordo com a opinião da maioria da sociedade.

Quanto ao ponto, cumpre assinalar que a tutela do direito à identidade de gênero não denota a imposição de restrição na liberdade ou autonomia dos demais indivíduos, integrantes da opinião pública majoritária da sociedade, mas sim um limite à invasão na esfera individual dessas pessoas que integram um grupo minoritário e estigmatizado pela comunidade política e jurídica. Na hipótese, não vislumbro direito fundamental que possa ser contraposto ao direito do transgênero ser tratado conforme sua identidade de gênero.

Entendo que questões relacionadas à omissão do transexualismo a futuros parceiros e à impossibilidade de procriação resolvem-se no âmbito das relações privadas, de modo que não têm o condão de restringir a plena eficácia dos direitos da personalidade, especialmente do direito à autodeterminação.

19. Acrescento que a Constituição Federal consagra como objetivo fundamental da República, nos termos do art. 3º da CRFB, a promoção do bem de todos, sem preconceitos de sexo e quaisquer outras formas de discriminação. Portanto, "da natureza não taxativa do dispositivo resta inequívoca a proibição à discriminação com base na orientação sexual de cada indivíduo já recomendada pelo princípio da solidariedade social que se opõe, por definição, a toda forma de intolerância e preconceito. Não se pode dizer, contudo, que a proibição constitucional à discriminação resulte, por si só, em uma efetiva tutela de grupos sexuais minoritários no Brasil" (TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. Minorias no Direito Civil Brasileiro. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 10, abr-jun 2002, p. 147).

20. Nesse contexto normativo-constitucional, a inscrição do termo transexual no assento de nascimento, antes de revelar-se solução razoável para o problema, implica violação ao direito de personalidade, na medida em que inaugura situação vexatória e constrangedora ao cidadão, de modo contrário ao objetivo constitucional prescrito no art. 3º, IV, da CRFB.

O contexto de humilhação e constrangimento revelado com a exposição contrastante entre o nome e o gênero correspondente foi bem descrito no estudo elaborado por Taylor Flynn, que assim esclarece: "Uma mulher transexual, por exemplo, que é legalmente declarada um homem, pode não conseguir alterar seus documentos de identificação (como registro de nascimento, carteira de motorista, ou passaporte) para que eles reflitam o sexo com o qual ela se identifica, um resultado que a expõe à discriminação potencial, perseguição e violência em inúmeras transações que compõem a nossa vida cotidiana. O que deveria ser uma simples tarefa de comprar um item com cartão de crédito (onde identificação pode ser requerida) pode tornar-se um pesadelo: uma pessoa transexual corre o risco de ser humilhada, de que alguém se negue a servi-la, de que espectadores da cena façam-lhe mal - agora conscientes de sua variação de gênero por causa da reação do balconista da loja - e podem segui-la fora da loja. Seu casamento pode ser invalidado, uma multa de trânsito ou férias no exterior podem colocá-la em risco. Ela pode ter um empréstimo negado, ter um serviço negado no banco, ou alcançar o emprego dos seus sonhos somente para ser demitida tão logo quanto ela apresente documentos de identificação no seu primeiro dia" (Taylor Flynn. The ties that (don't) bind: transgender family law and the unmaking of families. *In*: *Transgender rigths*. Organizado por Paisley Currah, Richard M. Juang e Shannon Price Minter. Minneapolis: University of Minnesota Press. p. 36-37).

21. O Estado tem o dever de dar a tutela normativa suficiente para a realização do direito fundamental do transgênero ao reconhecimento de sua identidade e personalidade, como manifestação primária da dignidade da pessoa humana e do tratamento igualitário dos indivíduos.

Todavia, esse direito à identidade de gênero e reconhecimento não pode estar condicionado, pelas razões acima justificadas, à realização da cirurgia de redesignação do sexo, haja vista o caráter experimental e de risco que esta oferece.

22. A exigência da obrigação de cirurgia de redesignação de sexo impõe alto risco à integridade física do cidadão que pretende ser reconhecido pela forma como se apresenta no mundo fenomênico, risco este que implica, muitas das vezes, quadro de esterilidade, que envolve funções corporais dos seres humanos, notadamente nos aspectos físicos, emocionais, familiares e mental. Além disto, expõe severa ambiguidade

na tutela jurídica desse direito à identidade, à autodeterminação e à liberdade dos transgêneros, na medida em que estabelece irreversibilidade da transformação da aparência física. Ou se fala em irreversibilidade da transformação física ou se fala em aparência física, como forma de se expressar.

Essa abordagem jurídica do problema é incompatível com o respeito da liberdade e dignidade da pessoa humana, valores fundamentais em nossa Constituição. Em outras palavras: a obrigação de submissão ao procedimento cirúrgico tem efeito reverso na tutela dos direitos fundamentais em jogo, porquanto priva o transgênero do exercício do direito à identidade sexual pessoal e à vida privada.

A interpretação jurídica de acordo com a máxima efetividade dos direitos fundamentais envolvidos no conflito jurídico ora trazido, e mesmo dos direitos humanos, na linha da jurisprudência internacional formada sobre a questão, deve ser aquela que menos invade a integridade física da pessoa. Não há proporcionalidade nessa contrapartida imposta pelo Estado para a efetividade do direito fundamental à personalidade e identidade, corolários da dignidade da pessoa humana.

23. Como amplamente debatido nesse Colegiado, a intervenção cirúrgica envolve complexidades de alto risco e gravidade tanto na fase do procedimento quanto na recuperação, sendo que o seu alto custo, ou limitada disponibilidade pelo Sistema Único de Saúde, inviabilizam o exercício do direito à autodeterminação e identidade, motivo pelo qual não há como exigir a submissão do recorrente a essa intervenção médica para adequação do sexo biológico ao psicossocial, como premissa necessária para obtenção da alteração do registro civil.

Afirmar a identidade de gênero no registro civil, em favor da realidade biológica e em detrimento das realidades psicológica e social, pois a aparência do transexual, em tudo se manifesta como do sexo oposto, equivaleria a manter o estado de neurodiscordância de gênero e de negativa do seu direito de viver dignamente.

24. Ante o exposto, acolho o pedido de interpretação conforme do art. 58 da Lei de Registro Público. Ainda, registro que, com relação à questão das condicionantes para o reconhecimento do pedido de alteração do prenome e gênero, acompanho, como já expressado, a proposta feita pelo Min. Edson Fachin, motivo pelo qual me eximo de justificar.

É como voto.

ANTECIPAÇÃO AO VOTO

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Senhora Presidente, ilustre representante do Ministério Público, Senhores Ministros, Advogados presentes, principalmente os Advogados que acudiram à tribuna, que se manifestaram de maneira bem percuciente sobre esse tema tão difícil. E isso aqui revela que realmente a tarefa da magistratura é um verdadeiro sacerdócio e um apostolado, porque jamais se poderia imaginar que uma Corte Suprema, com a sua tradição, pudesse chegar ao ponto de emancipar esse tema, trazê-lo para o bojo do Supremo, e já ter aqui uma maioria manifestada no recurso extraordinário que agora vem ser reiterada pelo controle concentrado de constitucionalidade.

Trata-se realmente de matéria extremamente complexa, e eu não tive oportunidade de votar anteriormente, então vou apenas sintetizar, vou fazer juntada de voto por escrito, mas eu estabeleci três premissas, que são exatamente premissas inerentes ao enfrentamento das teses aqui suscitadas.

Num primeiro momento, também gostaria de cumprimentar o Ministro Marco Aurélio, que teve o poder de síntese e ao mesmo tempo de profundidade num tema tão complexo como sói ser esse que ora nos apresenta.

Voto

Registro público. Registro civil das pessoas naturais. Alteração do assento de nascimento. Retificação do gênero sexual no registro civil sem qualquer menção à transexualidade. Princípios da personalidade, dignidade da pessoa humana, intimidade, saúde e a sua convivência com princípios da publicidade e da veracidade dos registros públicos. CF/88, artigos 1º, IV; 3º; 5º, X; e 6º. Ação direta de inconstitucionalidade procedente.

1. O direito à alteração do nome e do sexo no registro civil. O direito à retificação do registro civil, de modo a adequá-lo à identidade de gênero, concretiza a dignidade da pessoa humana, seja por meio da busca da felicidade, seja pelo princípio da igualdade, seja pelo direito ao reconhecimento.

a) As relações jurídicas, forma de reconhecimento recíproco, atribuem autorrespeito ao indivíduo, que se vê titular de direitos oponíveis a terceiros. A inserção social - sua autoconfiança, seu autorrespeito e sua autoestima - decorre dessa titularidade (HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento*: a gramática moral dos conflitos sociais. Ed. 34, 2003. p. 216-217). Ao condicionar a retificação do gênero no registro civil à realização de cirurgia ou à averbação de sua transexualidade, recusa-se amparo jurídico e institucional ao sujeito, perpetuando o sentimento de não pertencimento à sociedade.

b) O reconhecimento externo da identidade de gênero representa um pressuposto de realização pessoal do indivíduo e da busca da felicidade. A associação entre dignidade, direito à autoestima e à busca da felicidade foi reconhecida em diversos precedentes desta Corte (ADPF 132; ARE 692.186 RG) e de cortes constitucionais estrangeiras. Especificamente quanto a direitos de transexuais, cito Acórdão 063/15 da Corte Constitucional da Colômbia e a Opinião Consultiva da Corte Interamericana de Direitos Humanos, de 24 de novembro de 2017: 'as mudanças, correções ou ajustes nos registros e documentos de identidade não devem refletir mudanças de acordo com a identidade de gênero; d) deve ser expedito e, na medida do possível, deve ser livre, e e) não deve exigir o credenciamento de operações cirúrgicas e / ou hormonais. O procedimento que melhor se adapta a esses elementos é o trâmite ou procedimento materialmente administrativo ou notarial. Os Estados podem fornecer em paralelo um canal administrativo, que possibilita a eleição da pessoa' (OC-24/17).

c) O princípio da igualdade assegura a fruição de direitos aos grupos estigmatizados tanto ao lhes estender direitos universais; quanto ao garantir direitos especiais, em razão das suas necessidades particulares. A retificação do sexo no registro civil universaliza o direito à identificação civil, que então se adequa à verdade dos fatos. Por sua vez, a possibilidade de alteração do nome no registro civil é medida positiva diferenciada, cuja resultante será a inclusão.

d) A ponderação da dignidade e de direitos de personalidade com a segurança jurídica, publicidade ou veracidade não obsta a alteração do nome por razões identitárias, assim como ocorre na alteração do prenome para inclusão de apelido ou correção de uma situação vexatória, hipóteses já amplamente consolidadas. A alteração do gênero, de modo a conformá-lo à categoria social e intimamente reconhecida, efetiva o princípio da veracidade dos registros públicos ao espelhar a veracidade dos fatos da vida.

2. A inconstitucionalidade da utilização do termo transexual. A utilização do termo transexual em qualquer campo das certidões públicas mostra-se discriminatória e, portanto, inconstitucional, por violação à dignidade da pessoa humana, ao princípio da igualdade e ao direito à intimidade. As injustiças política e econômica a que se sujeitam os transexuais vêm a reboque do ostracismo social. Há uma

simbiótica correlação entre o reconhecimento e a participação política e econômica, de modo que demandas de grupo se associam ora ao reconhecimento ora à redistribuição (FRASER, Nancy. '*Social justice in the Age of identity Politics*: redistribuition, recognition and participation' *In*: Redistribution or recognition?: a political- philosophical exchange. Verso, 2003. p.32). A referência expressa à transexualidade do sujeito no registro civil compromete a inserção social do sujeito no mercado de trabalho, perpetuando a injustiça.

3. A inconstitucionalidade da exigência de realização de procedimento cirúrgico de redesignação de sexo. A exigência da intervenção como pressuposto para alteração do nome e gênero no registro civil é inconstitucional por violar a autonomia privada ou liberdade individual, bem como o direito à intimidade, à integridade física, à saúde e à igualdade.

a) A autonomia da vontade interdita que alguém possa ser obrigado a submeter-se a um procedimento cirúrgico, máxime em se tratando de um procedimento invasivo, arriscado e irreversível. Transformar o direito à redesignação cirúrgica em uma obrigação ofende a liberdade individual.

b) A exigência de submissão à cirurgia para a retificação do registro civil viola, inclusive, o direito à saúde e envolver sérios riscos ao paciente.

c) Exigir que o homem transexual tenha órgãos genitais para reconhecimento de seus direitos é uma tautologia que oculta o não-reconhecimento. O que configura a transexualidade é a profunda insatisfação do sujeito com seu gênero biológico, sendo este o único critério adequado para lhe condicionar a alteração do registro civil por razões identitárias. Consigno, assim, o direito à autodeclaração.

4. Voto pela procedência da ação direta de inconstitucionalidade, nos termos do voto do Ministro Relator.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade, com pedido de medida cautelar, que visa dar interpretação conforme a Constituição ao art. 58 da Lei de Registros Públicos, na redação conferida pela Lei 9.708/98, "reconhecendo o direito dos transexuais, que assim o desejarem, à substituição de prenome e sexo no registro civil, independentemente da cirurgia de transgenitalização".

A requerente sustenta, em síntese, que "o não reconhecimento do direito dos transexuais à troca de prenome e sexo, correspondente à sua identidade de gênero, importa em lesão a preceitos fundamentais da Constituição, notadamente aos princípios da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III), da vedação à discriminação odiosa (art. 3º, inciso IV), da igualdade (art. 5º, *caput*), da liberdade e da privacidade (art. 5º, *caput*, e X)".

Antecipo que o voto é pela procedência dos pedidos e passo a analisar os três aspectos que integram a tese: (i) o direito à alteração do nome e do sexo no registro civil; (ii) a inconstitucionalidade da utilização do termo transexual; e (iii) a inconstitucionalidade da exigência de realização de procedimento cirúrgico de redesignação de sexo.

(i) O DIREITO À ALTERAÇÃO DO NOME E DO SEXO NO REGISTRO CIVIL.

Como se sabe, transexual é o indivíduo que se identifica como pertencente a gênero (masculino/feminino) diferente do seu biológico. Trata-se, assim, de uma questão identitária, geralmente verificada desde a infância e que repercute em comportamentos sociais. A demanda visa a dissociar a identidade sexual civil da identidade biológica, aproximando-a da identidade psicossocial.

O direito à retificação do registro civil, de modo a adequá-lo à identidade de gênero, concretiza a dignidade da pessoa humana, seja por meio da busca da felicidade, seja pelo princípio da igualdade, seja pelo direito ao reconhecimento.

Isso porque o reconhecimento externo da identidade de gênero representa um pressuposto de realização pessoal do indivíduo e da busca da felicidade. A associação entre dignidade, direito à autoestima e à busca da felicidade foi feita pelo Supremo Tribunal Federal na ADPF 132, em que se assegurou o reconhecimento de uniões homoafetivas, e no ARE 692.186 RG, de minha relatoria, em que se discute o alcance da paternidade socioafetiva.

Especificamente quanto a direitos de transexuais, a Corte Constitucional da Colômbia possui diversos precedentes em que são tutelados como expressão da dignidade da pessoa humana. Confira-se excerto da ementa do acórdão que reitera a jurisprudência do tribunal:

> Direito à dignidade humana, ao livre desenvolvimento da personalidade e ao reconhecimento da personalidade jurídica como fontes básicas de identidade-sexual e de gênero - Reiteração de jurisprudência.
>
> - O direito de cada pessoa definir de forma independente a sua identidade sexual e de gênero e de que as informações no Registro correspondem à sua definição de identidade encontram-se constitucionalmente protegidos pelas disposições que garantam o livre desenvolvimento da personalidade (art. 16 CP), o reconhecimento da personalidade jurídica (art. 14 CP), e respeito pela dignidade humana nas três manifestações antes identificadas: (i) o direito de viver como se quiser; (ii) o direito de viver bem; (iii) o direito de viver sem humilhação. No presente caso, estão em causa as três dimensões, especialmente a primeira e a terceira, enquanto a incompatibilidade entre a identidade sexual e de gênero que pressupõe uma pessoa e que aparece registrado em seus documentos de identidade envolve lhe negar uma dimensão constitutiva da sua autonomia pessoal (o direito de viver como quiser), que por sua vez pode se tornar objeto de rejeição e discriminação por outros (direito de viver sem humilhação) e a lhe dificultar as oportunidades de trabalho que lhe permitam aceder às condições materiais necessárias para uma vida digna (direito de viver bem) (Corte Constitucional da Colômbia. Sentencia T-063/15).

No Brasil, a dignidade também foi içada a argumento central da defesa e reconhecimento da liberdade dos transexuais pelo Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial 1.008.398, em cuja ementa se consignou que:

> Direito civil. Recurso especial. Transexual submetido à cirurgia de redesignação sexual. Alteração do prenome e designativo de sexo. Princípio da dignidade da pessoa humana. - Sob a perspectiva dos princípios da Bioética de beneficência, autonomia e justiça, a dignidade da pessoa humana deve ser resguardada, em um âmbito de tolerância, para que a mitigação do sofrimento humano possa ser o sustentáculo de decisões judiciais, no sentido de salvaguardar o bem supremo e foco principal do Direito: o ser humano em sua integridade física, psicológica, socioambiental e ético-espiritual. - A afirmação da identidade sexual, compreendida pela identidade humana, encerra a realização da dignidade, no que tange à possibilidade de expressar todos os atributos e características do gênero imanente a cada pessoa. Para o transexual, ter uma vida digna importa em ver reconhecida a sua identidade sexual, sob a ótica psicossocial, a refletir a verdade real por ele vivenciada e que se reflete na sociedade. - A falta de fôlego do Direito em acompanhar o fato social exige, pois, a invocação dos princípios que funcionam como fontes de oxigenação do ordenamento jurídico, marcadamente a dignidade da pessoa humana, cláusula geral que permite a tutela integral e unitária da pessoa, na solução das questões de interesse existencial humano. - Em última análise, afirmar a dignidade humana significa para cada um manifestar

> sua verdadeira identidade, o que inclui o reconhecimento da real identidade sexual, em respeito à pessoa humana como valor absoluto. [...] (REsp 1008398, 3ª Turma, Rel.ª Min.ª Nancy Andrighi, julg. 15/10/2009).

Há, ainda, doutrinadores, como Ingo Sarlet, que fundamentam os direitos de grupos estigmatizados no princípio da igualdade (SARLET, Wolfgang Ingo. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição da República de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002). É possível distinguir duas situações: (a) a proteção de direitos universais, muitas vezes denegados aos membros de grupos estigmatizados; e (b) a garantia de direitos especiais, concedidos aos integrantes desses grupos em razão das suas necessidades particulares.

No primeiro caso, a universalização importa a fruição de um mesmo direito e a imposição de um selo social de pertencimento. O direito ao nome e à adequação do registro à verdade dos fatos é inerente à personalidade. É um direito de todos, o que inclui os transexuais. Pretende-se, assim, a fruição do mesmo direito que os demais, um direito universal.

A esse respeito é importante destacar que, em termos vulgares, não existe um "orgulho trans". O sujeito transexual não se identifica como pertencente ao grupo dos transgêneros ou a um terceiro grupo, mas vê-se como homem ou mulher, à semelhança de outros homens e mulheres. Por essa razão, pretende a universalização de direitos e sua inclusão social, como os demais indivíduos. O ponto será desenvolvido adiante.

O critério jurídico feminino-masculino não se refere *ab initio* a questões biológicas, mas ao gênero. A universalização do direito à identificação civil importa que reflita a verdade dos fatos, especificamente, no caso, a identidade de gênero. Se o transexual masculino se identifica como homem íntima e socialmente, por decorrência lógica, pretende a retificação de seu registro, como as demais pessoas que postulam sua identificação civil.

A partir da alteração do registro civil, então, a identidade sexual civil passa a corresponder à social e os direitos de personalidade são estendidos ao transexual, como sói ocorrer com qualquer pessoa.

Nesse ponto, é importante destacar que o argumento do acordão recorrido de que haveria violação ao princípio da veracidade dos registros públicos não se sustenta. Ao contrário, a alteração do gênero, de modo a conformá-lo à categoria social e intimamente reconhecida, efetiva o princípio da veracidade dos registros públicos ao espelhar a veracidade dos fatos da vida.

Na segunda vertente do princípio da igualdade, a igualdade material se obtém pela adoção de medidas positivas diferenciadas, cuja resultante será a inclusão. A inclusão pode ocorrer de diversas formas, como a assistência social e políticas públicas que adaptam ambientes e práticas sociais às necessidades de grupos vulneráveis. No caso dos transexuais, a possibilidade de alteração do nome no registro civil é medida positiva diferenciada, que se justifica em prol da igualdade material.

Não é apenas por ser medida inclusiva que a alteração do nome no registro civil é excepcional. A excepcionalidade decorre da ponderação com a segurança jurídica, que fundamenta a imutabilidade do nome, mitigada apenas nas hipóteses previstas em lei e nas hipóteses trazidas pela doutrina e pela jurisprudência. No cenário internacional, a Argentina editou a Lei de Identidade de Gênero (Lei 26.743, de

9 de maio de 2012), que permite que transexuais sejam inscritos em seus documentos pessoais com o nome e o gênero de eleição.

No Brasil, não há previsão expressa do direito à retificação por identidade de gênero, mas a jurisprudência é pacífica em prestigiar o direito de personalidade na ponderação com a segurança jurídica. Assim, admite-se judicialmente a alteração do registro civil de transexuais, ainda que, por vezes, sob condições. De acordo com os artigos 55 e 58 da Lei de Registros Públicos (Lei 6.015/73), a retificação do nome e sexo registrais deverá ser requerida em processo judicial. Há um projeto de lei em tramitação na Câmara de Deputados, Lei de Identidade de Gênero - PL5.002/2013, por meio do qual se propõe a alteração no artigo 58 da Lei de Registros Públicos e outras disposições voltadas a assegurar a retificação registral diretamente em cartório. Nas ações de alteração de registro civil movidas por transexuais, costumam ser exigidos laudos médicos, prova pericial psiquiátrica, documental e testemunhal, que comprovem a identidade de gênero.

A violação à dignidade humana pode decorrer de um outro elemento específico: o direito ao reconhecimento. Tomando por base as lições de Hegel, a identidade do sujeito surge a partir da visão do outro sobre ele. Ao assumir *status* jurídico de direito fundamental, passa a ser compreendido como "direito ao igual respeito da identidade pessoal", com fundamento em diversos outros preceitos constitucionais, como o pluralismo político, a solidariedade e a igualdade. A respeito, Daniel Sarmento sintetiza:

> É possível extrair do princípio da dignidade da pessoa humana um direito fundamental ao reconhecimento, que também tem fortes conexões com a igualdade e com a solidariedade. Trata-se de um direito 'ao igual respeito da identidade pessoal'. Ele não apenas veda as políticas públicas e práticas sociais que estigmatizam as pessoas por conta das suas identidades, como também impõe que o Estado interfira sobre as relações sociais, buscando eliminar as valorações negativas conferidas pela cultura hegemônica a certos grupos (SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana* - conteúdo, trajetórias e metodologia. Rio de Janeiro: Forum, 2016. p. 334).

A teoria do reconhecimento intersubjetivo identifica três modos de reconhecimento que constroem a identidade plena do sujeito: relações afetivas, solidárias ou jurídicas. As relações jurídicas, forma de reconhecimento recíproco mais pertinente à presente análise, atribuem autorrespeito ao indivíduo, que se vê titular de direitos oponíveis a terceiros. A inserção social decorre dessa titularidade. A prestação jurisdicional e o reconhecimento de um direito empoderam o sujeito.

Ao condicionar a retificação do gênero no registro civil à realização de cirurgia ou à averbação de sua transexualidade, o acórdão recorrido recusa amparo jurídico e institucional ao sujeito, perpetuando o sentimento de não pertencimento à sociedade. É como aponta Axel Honneth, expoente no direito ao reconhecimento, *verbis*:

> para o indivíduo, a denegação de pretensões jurídicas socialmente vigentes significa ser lesado na expectativa intersubjetiva de ser reconhecido como sujeito capaz de formar juízo moral; nesse sentido, de maneira típica, vai de par com a experiência da privação de direitos uma perda de autorrespeito, ou seja, uma perda da capacidade de se referir a si mesmo como parceiro em pé de igualdade na interação com todos os próximos (HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento*: a gramática moral dos conflitos sociais. Ed. 34, 2003. p. 216-217).

Ora, com o desrespeito nas esferas de reconhecimento por relações intersubjetivas, ainda que restritas a uma das três formas, o sujeito vê comprometida a própria formação de sua identidade. Como consequência,

restringem sua autoconfiança, seu autorrespeito e sua autoestima. É razoável supor que um sujeito comprometido nesses pilares básicos de sua formação individual encontrará imensa dificuldade em se insurgir contra o *status quo*. Isso explica por que são relativamente poucos os transexuais assumidos no Brasil e ainda menos numerosos aqueles psicologicamente dispostos a reivindicar seus direitos, expondo-se em processos judiciais longos e invasivos.

Sobre o papel do direito na luta por reconhecimento, convém colacionar as importantes considerações do professor José Reinaldo de Lima Lopes:

> A diferença é, pois, um constructo histórico; e o direito não joga um papel neutro nessa construção: ao contrário, o direito - os ordenamentos jurídicos - ajuda a naturalizar as diferenças e as desigualdades comuns na cultura. A mudança no direito não apenas se segue às mudanças culturais, mas ajuda a promovê-las.
>
> [...] Ao lado dela, é também violência social e silenciosa 'a falta de proteção judicial contra essas ações simbólicas', que estão nos discursos, nos símbolos, na cultura de forma geral. A falta de ação jurídica é um consentimento, uma cumplicidade com essa violência diuturna - uma evidência da 'denegação de igualdade plena' (LOPES, José Reinaldo de Lima. O direito ao reconhecimento para gays e lésbicas. *Revista internacional de direitos humanos*: SUR, 2005. p. 73-75).

Some-se, ainda, que a repercussão social da alteração do registro civil para correção do assento referente a nome e sexo não atinge apenas a esfera íntima do indivíduo, mas também a econômica. A discrepância entre registro civil e aparência física e, pior ainda, a referência expressa à transexualidade do sujeito, geram discriminação no mercado de trabalho e dificultam a inserção social do sujeito na cadeia produtiva. Em outros termos, comprometem a valorização do trabalho humano e a livre iniciativa, fundamentos da ordem econômica, conforme art. 170, *caput*, da CRFB.

Segundo dados acostados aos autos por núcleos vinculados à Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG, "90% das travestis e transexuais exercem o trabalho sexual no Brasil atualmente. Dentre as razões que explicam essa dificuldade de acesso ao trabalho formal destacam-se: o baixo índice de escolaridade, associado principalmente à evasão escolar; a expulsão prematura de casa pelos familiares e a transfobia institucional, sobretudo no que concerne à repercussão negativa diante do descompasso entre a realidade já experienciada por esses sujeitos e seus documentos de identificação".

A retificação, então, traduz-se em medida de adequação à situação presente, construída historicamente, mas também oportuniza uma condição socioeconômica mais promissora. A simbiótica correlação entre reconhecimento e participação política e econômica foi desenvolvida por Nancy Fraser, que aborda a interferência recíproca entre os níveis de injustiças (FRASER, Nancy. "Social justice in the Age of identity Politics: redistribuition, recognition and participation" *In*: FRASER, Nancy; HONNETH, Axel. *Redistribution or recognition?:* a political- philosophical exchange. Verso, 2003. p. 32).

A autora classifica o desrespeito ao reconhecimento (*misrecognition*) como injustiça sociocultural, enquanto a má distribuição (*maldistribuction*) configura injustiça econômica. As demandas de grupo associam-se tanto ao reconhecimento quanto à redistribuição. No caso dos transexuais, especificamente, a redistribuição econômica vem a reboque do ostracismo social. As injustiças política e econômica decorrem da injustiça cultural ou social.

No que se refere ao contraponto com a segurança jurídica, publicidade ou veracidade, importa notar que a alteração do nome já é amplamente regrada pela jurisprudência, possuindo reflexos administrativos bem delimitados, tais como os que ocorrem na alteração para inclusão de apelido ou correção de uma situação vexatória. O contraponto seguirá, então, a mesma *ratio* aplicável a outros casos de alteração de nome.

Mais sensível é a retificação do gênero no registro civil, vez que trará importantes consequências jurídicas. Como exemplo, cite-se o tempo mínimo de aposentadoria, o serviço militar obrigatório, a legislação trabalhista, o encarceramento prisional, o direito à hora extra feminina e licença maternidade por adoção. Até que sobrevenha legislação que discipline essas situações, caberá ao Judiciário dirimir eventuais conflitos, como já vem ocorrendo alhures.

Quanto aos efeitos da retificação de gênero, vale mencionar que o encarceramento foi enfrentado pela Corte Constitucional da Colômbia no precedente transcrito acima (Sentencia T-063/15). No caso, foi assegurado o direito de uma presidiária transexual não compartilhar a mesma cela carcerária que homens.

A Federação Internacional de Vôlei (FIVB), por sua vez, autoriza mulheres transexuais a jogar no time feminino. Foi o que recentemente ocorreu com a brasileira Tifanny Abreu. Admitida no time italiano Golem Volley, a atleta conta que, após quatro anos de tratamento hormonal, sua força caiu 60% e retirou qualquer vantagem física que poderia possuir (http://globoesporte.globo.com/volei/noticia/na-italia-transexual-brasileira-quebra-barreiras-e-joga-entre-as-mulheres.ghtml).

Ademais, a proposta de reforma da previdência equipara a idade mínima para aposentadoria de homens e mulheres, o que o relator considera ser "o ponto mais importante da medida" (http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2017/04/1872354-relator-da- previdencia-quer-idade-minima-de-65-para-homem-e-mulher.shtml).

(ii) A INCONSTITUCIONALIDADE DA UTILIZAÇÃO DO TERMO "TRANSEXUAL" NO REGISTRO CIVIL.

Como mencionado, via de regra, não existe um "orgulho trans" ou um sentimento de pertencimento a um terceiro gênero. Assim, não parece leviano supor que o transexual não quer ser visto como tal, mas sim como ele próprio se vê. Pretendem sua inclusão social, como os demais indivíduos (chamados cisgêneros), de modo que, uma vez alterado o registro, sua identidade sexual biológica possa ser socialmente superada o quanto possível.

A utilização do termo "transexual" no campo referente à designação de gênero do registro civil - bem como o seria em qualquer outro campo das certidões públicas - mostra-se discriminatória e, portanto, inconstitucional. Em outros termos, a menção expressa e pública à transexualidade é inconstitucional. Isso porque, como se verá a seguir, viola a dignidade da pessoa humana, o princípio da não discriminação ou da igualdade e o direito à intimidade.

A violação à dignidade da pessoa humana oculta o não reconhecimento, sendo estigmatizante. A identidade de gênero, repita-se, corresponde ao gênero com o qual a pessoa se identifica psicossocialmente. Não há terceiro gênero, nem é este o pleito. Como a criação do terceiro banheiro, a referência ao "gênero transexual" apenas aumenta o preconceito e a segregação social.

A violação ao princípio da igualdade decorre de a discriminação obstar a inserção social e profissional do transexual sem que sequer haja um contraponto ponderável. A menção expressa à transexualidade no registro não contribui para a segurança jurídica de terceiros, nem traz qualquer benefício social. Senão vejamos:

É sabido que a alteração do registro civil para mudança do nome, em todas as diversas hipóteses juridicamente admissíveis, pode acarretar alguns riscos à segurança jurídica de terceiros interessados, como credores e herdeiros. Nesses casos, em um juízo de ponderação, a segurança jurídica cede espaço para a dignidade, havendo mecanismos de mitigação dos riscos, tais como a manutenção do número de inscrição no cadastro de pessoa física (CPF), do número da carteira de identidade e de outros dados registrais, como filiação.

A retificação do gênero, como visto, que já vem sendo admitida para transexuais que se submeteram à cirurgia de redesignação, acarreta consequências jurídicas diversas. A existência de regimes jurídicos diferentes para homens e mulheres em algumas searas (previdenciária, prisional, desportiva, assistencial etc) demanda uma análise mais sensível do intérprete. No entanto, como não há um terceiro regime jurídico, a menção à transexualidade não contribui para dirimir tais questões. Salvo nos casos em que a diferenciação se funda em aspectos genéticos ou reprodutivos, parece razoável sugerir que o regime jurídico acompanhará a identidade de gênero agora já refletida no registro civil.

Em outras palavras, é razoável supor que o transexual masculino provavelmente não gozará de licença maternidade, somente se aposentará após cumpridos os limites de 65 anos e 35 de contribuição e realizará serviço militar obrigatório. Essas e outras situações serão dirimidas oportunamente, sem que a averbação do termo 'transexual' no registro civil contribua para esclarecer qual o regime aplicável.

Por fim, a medida viola o direito à intimidade por expor uma condição psíquica do sujeito, muitas vezes associada a traumas e repressões, e talvez comprometer relacionamentos afetivos e sociais. É que rotular o sujeito oficialmente de transexual, sob o pretexto de proteção a terceiros, pode ocultar a intenção de 'alertar' outrem da possibilidade de se relacionar afetivamente com um transexual ou de prevenir o parceiro da infertilidade do sujeito.

Situação análoga foi enfrentada pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em recurso que questionava a obrigatoriedade de exteriorização da condição de transexual em documento oficial em nome de direito de terceiros. Verifica-se a respectiva ementa:

> Apelação cível. Registro civil. Alteração do registro de nascimento. Nome e sexo. Transexualismo. Sentença acolhendo o pedido de alteração do nome e do sexo, mas determinando segredo de justiça e vedando a extração de certidões referentes à situação anterior. Recurso do Ministério Público insurgindo-se contra a não publicidade do registro. Sentença mantida. Recurso desprovido. (Segredo de Justiça) (Apelação Cível nº 70006828321, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Catarina Rita Krieger Martins, julgado em 11/12/2003).

Trazendo luz ao debate, a relatora consignou em seu voto: "Quando se fala em prejuízos a terceiro, na verdade se fala na possibilidade de um homem envolver-se emocionalmente e, por que não dizer, sexualmente com o apelado e descobrir, em determinado momento, que ela não poderá ter filhos, ou até mesmo que não é mulher 'de nascimento'. Sendo essa a questão a ser enfrentada, até certo ponto, o mesmo aplicar-se-ia à mulher estéril". Vê-se, assim, que as razões que fundamentam o acórdão recorrido não se sustentam, vez que

a proteção ao interesse de terceiros e aos princípios da publicidade e da veracidade dos registros se asseguram pela manutenção das informações anteriores, sendo a alteração promovida por meio de averbação.

Dessa forma, eventuais interessados poderão consultar o histórico registral, a fim de efetivar seus direitos de responsabilização, creditícios, hereditários ou de qualquer natureza. Some-se, por evidente, que ninguém tem o direito de investigar a intimidade do outro por mero deleite.

(iii) A INCONSTITUCIONALIDADE DA EXIGÊNCIA DE REALIZAÇÃO DE PROCEDIMENTO CIRÚRGICO DE REDESIGNAÇÃO DE SEXO.

O tratamento clínico envolve diversos procedimentos, desde a terapia hormonal até a cirurgia de adequação do corpo biológico à identidade de gênero e social, também chamada de redesignação sexual cirúrgica. À medida que o paciente avança na terapêutica e a própria medicina evolui, mais se aproxima da aparência desejada.

A exigência da intervenção como pressuposto para alteração do nome e gênero no registro civil é inconstitucional, por violar a autonomia privada ou liberdade individual, bem como o direito à intimidade, à integridade física, à saúde e à igualdade. É o que se detalha a seguir.

A ofensa à liberdade individual decorre de se transformar o direito à redesignação cirúrgica em uma obrigação. Condicionar a fruição de um direito de personalidade, essencial à construção da dignidade humana, à realização da cirurgia equivale a obrigar o transexual a isso, como uma "prova" de sua transexualidade. Ninguém pode ser obrigado a submeter-se a um procedimento cirúrgico sem comprometimento de sua autonomia da vontade, ainda mais em se tratando de um procedimento invasivo, irreversível e que repercute no funcionamento dos sistemas excretor e reprodutor.

A violação à intimidade, por sua vez, decorre da necessidade de exposição e comprovação de uma vontade íntima, assim como das restrições em suas escolhas familiares e afetivas, vez que impede definitivamente o transexual de engravidar ou ter relações sexuais.

No entanto, é juridicamente irrelevante a eventual existência de um transexual gestante, hipótese destacada como preocupante no acórdão recorrido. O interesse em evitar uma "mãe homem" é discriminatório. A castração, que decorre da cirurgia de redesignação de sexo, impede a reprodução, mas restringe-se à esfera de intimidade do agente.

A identidade de gênero não condena o transexual à abstinência sexual e não se confunde com orientação sexual (heterossexual/homossexual). É possível, havendo casos famosos, que o transexual se submeta à cirurgia de redesignação sexual após ter filhos, tendo ou não aparência condizente com sua identidade de gênero. É o caso do ex-atleta olímpico Bruce Jenner, que passou a se chamar Caitlyn Jenner e possui seis filhos, e do cartunista Laerte, que teve três filhos.

As Cortes Constitucionais da Áustria e da Alemanha enfrentaram a questão ao admitir que transexuais tivessem seus registros civis alterados sem que precisassem dissolver seus casamentos com suas esposas. O tribunal austríaco ressaltou que "*changing a sex entry in a birth certificate cannot be hindered by marriage*". (Austrian Constitutional Court, BverfG, 1 BvL 1/04, 18 July 2006; e German Constitutional Court, BVerfG, 1BvL 10/05, 27 May 2008).

Some-se, ainda, que a exigência de submissão à cirurgia para a retificação do registro civil viola o direito à saúde, por envolver sérios riscos ao paciente. Em sua manifestação, a Procuradoria da República colaciona trecho de obra sobre faloplastia, em que se demonstra as dificuldades da cirurgia, concluindo o representante do parquet que "não se pode, *data venia*, exigir-se do indivíduo uma mutilação física para assegurar direito constitucional básico".

Dentre as possibilidades de complicações, o pesquisador Gerald Ramsey aponta incontinência urinária, deformidades, espasmos vesicais, colite, fístulas, necrose, cicatrizes e estreitamento de uma das passagens. Além disso, o pênis construído é disfuncional, com alta incidência de falha mecânica ou ereção permanente, não tendo o autor encontrado sequer relatos de "construções de neofalos em que a função de ereção se parecesse com a função própria de um pênis congênito".

Ainda, a exigência de realização de procedimento cirúrgico de redesignação de sexo viola a igualdade, mostrando-se um fator de discriminação. Isso porque há diversos óbices que impedem a redesignação cirúrgica de todos os transexuais e comprometem a escolha livre do transexual.

A sujeição ao Procedimento Transexualizador se apresenta como uma questão socioeconômica, e não apenas psicossocial. Isso porque o procedimento, realizado pelo Sistema Único de Saúde desde as Portarias nº 1.707 e nº 457, de agosto de 2008, conta com apenas nove hospitais habilitados pelo Ministério da Saúde, dos quais apenas cinco realizam a cirurgia (http://portalsaude.saude.gov.br/index.php/o- ministerio/principal/secretarias/sgep/sgep-noticias/27154-ministerio-da-saude-habilita-novos-servicos-ambulatoriais-para-processo-transexualizador). Por ser um tratamento de longo prazo, a eventual necessidade de múltiplos e longos deslocamentos pode comprometer sua universalização, ficando por vezes condicionada ao apoio familiar ou financeiro de quem assegure aos pacientes o acesso a uma dessas unidades.

Nesse sentido, é pertinente a concepção de igualdade complexa de Michael Walzer. A sociedade plural possui diversos bens, que são distribuídos por diferentes agentes sob critérios múltiplos, sem que exista, então, uma igualdade simples.

Para que haja efetiva igualdade complexa é necessário que a distribuição dos bens, como reconhecimento, estima social e direitos, não se fundamente em um único critério - no caso, dinheiro. O princípio distributivo ilimitado de Walzer considera que "nenhum bem social x será distribuído a quem possua algum outro bem y meramente porque possui y e sem consideração ao significado de x" (WALZER, Michael. *Spheres of justice*: A defense of pluralism and equality. Basic Books, 2008). Dessa forma, evita-se o predomínio, em que um bem por si só é capaz de atrair todos os outros bens *("and then all good things come to those who have the one best thing*"). Quando isso ocorre, a desigualdade se perpetua em uma retroalimentação negativa. Por mais que a cirurgia seja custeada pelo SUS, ao transexual pobre ou que mora no interior do Brasil não será efetivamente facultado submeter-se à cirurgia e, consequentemente, ter a chancela jurídica de sua identidade de gênero.

Não são apenas os custos financeiros que tornam discriminatório o critério cirúrgico. É possível que não haja efetivamente uma escolha livre quanto à realização da cirurgia em razão de outros fatores, como reservas religiosas, convicções ideológicas ou riscos cirúrgicos associados a comorbidades.

Ademais, a cirurgia sequer atende ao propósito de identificação do gênero biológico ou do gênero psicossocial. No primeiro aspecto, tem-se que a morfologia genital do sujeito não é critério suficiente para identificação

do gênero biológico, ao que deve se somar a verificação de cromossomos, órgãos internos, hormônios etc. Caso contrário, a ausência do pênis, por mutilação ou dismorfia, alteraria a identidade de gênero.

No segundo aspecto, é evidente que a intenção de submeter-se à cirurgia denota a profunda insatisfação do sujeito com seu gênero biológico, o que configura a transexualidade. No entanto, há outras formas de verificação dessa profunda insatisfação, como entrevistas psicológicas, provas testemunhais e submissão a intervenções hormonais. Como o processo transexualizador pressupõe diversas etapas de avaliação psicológica e se estende por muitos anos, consolidam-se os reflexos sociais dessa transformação paulatina, tornando a percepção mais nítida.

Por fim, vale destacar que, se for preciso ser homem fisicamente para ser homem socialmente, o aspecto psicológico da política identitária se esvazia. Exigir que o homem transexual tenha órgãos genitais para reconhecimento de seus direitos é uma tautologia que oculta o não reconhecimento.

Uma observação adicional se deve a outro efeito da limitação econômica no direito ao reconhecimento de transexuais. A aparência não pode ser critério para concessão de direitos a transexuais. É razoável presumir que as celebridades transexuais, como Rogéria, Roberta Close, Thammy Gretchen e Lea T, submeteram-se a tratamentos adicionais à terapia hormonal promovida pelo Sistema Único de Saúde. A submissão do paciente a intervenções estéticas e cirúrgicas adicionais, bem como sua compleição física e biotipo favorecem a adequação do corpo biológico ao gênero a que se identifica o sujeito.

Ainda prevalece a orientação jurisprudencial de que a cirurgia de redesignação sexual constitui a etapa final do Processo Transexualizador e habilita o sujeito a alterar seu registro civil. No entanto, é possível identificar precedentes em que se admite a retificação do registro de transexuais que não se submeteram à cirurgia, como os do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, a seguir transcritos:

> Apelação cível. Registro civil. Alteração do registro de nascimento relativamente ao sexo. Transexualismo. Possibilidade, embora não tenha havido a realização de todas as etapas cirúrgicas, tendo em vista o caso concreto. Recurso provido (TJRS. Oitava Câmara Cível. Apelação Cível nº 70011691185. Relator Alfredo Guilherme Englert. Julgado em 15/9/2005).

> Apelação cível. Alteração do nome e averbação no registro civil. Transexualidade. Cirurgia de transgenitalização. - O fato de o apelante ainda não ter se submetido à cirurgia para a alteração de sexo não pode constituir óbice ao deferimento do pedido de alteração do nome. Enquanto fator determinante da identificação e da vinculação de alguém a um determinado grupo familiar, o nome assume fundamental importância individual e social. Paralelamente a essa conotação pública, não se pode olvidar que o nome encerra fatores outros, de ordem eminentemente pessoal, na qualidade de direito personalíssimo que constitui atributo da personalidade. Os direitos fundamentais visam à concretização do princípio da dignidade da pessoa humana, o qual atua como uma qualidade inerente, indissociável, de todo e qualquer ser humano, relacionando-se intrinsecamente com a autonomia, razão e autodeterminação de cada indivíduo. Fechar os olhos a esta realidade, que é reconhecida pela própria medicina, implicaria infração ao princípio da dignidade da pessoa humana, norma esculpida no inciso III do art. 1º da Constituição Federal, que deve prevalecer à regra da imutabilidade do prenome. Por maioria, proveram em parte (Apelação Cível nº 70013909874, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relatora: Maria Berenice Dias, julgado em 5/4/2006).

Em 2014, o tema foi abordado na I Jornada de Direito da Saúde do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), sugerindo uma mudança de entendimento. Foram, então, elaborados os Enunciados 42 e 43, *in verbis*:

> Enunciado nº 42, RE 670422 e ADI 4275 21
>
> Quando comprovado o desejo de viver e ser aceito enquanto pessoa do sexo oposto, resultando numa incongruência entre a identidade determinada pela anatomia de nascimento e a identidade sentida, a cirurgia de transgenitalização é dispensável para a retificação de nome no registro civil.
>
> Enunciado nº 43
>
> É possível a retificação do sexo jurídico sem a realização da cirurgia de transgenitalização.

Não é outro o entendimento em doutrina, conforme se verifica a partir das lições de diversos especialistas em bioética, como Miriam Ventura e Fermin Roland Schramm (Limites e possibilidades do exercício da autonomia nas práticas terapêuticas de modificação corporal e alteração da identidade sexual. *Physis Revista de Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, 19: 65-93, 2009), Aníbal Guimarães e Heloisa Helena Barboza (SCHRAMM, FR; BARBOZA, HH; GUIMARÃES, A. *O processo transexualizador no SUS como paradoxo entre o reconhecimento da existência da pessoa transexual e a sua invisibilidade institucional*. VIII Congresso Iberoamericano de Ciência, Tecnologia e Gênero. Abril, 2010). Por todos, confira-se excerto da tese da professora Heloisa Helena Barboza:

> Por conseguinte, o transexual, pelas regras médicas vigentes, tem direito de não realizar a cirurgia de transgenitalização.
>
> Esse direito nada mais é do que uma das formas de expressão da autonomia sobre o próprio corpo, naquilo que concerne ao poder dos indivíduos decidirem sobre sua própria saúde, o que inclui o direito de modificar seu corpo, a seu exclusivo critério, e mesmo de fazer escolhas consideradas não saudáveis pelo poder-saber médico. O respeito à autonomia do paciente não é acatado pelos demais setores da sociedade, especialmente pelo direito, embora a liberdade, que tem na autonomia uma de suas expressões, seja constitucionalmente garantida.
>
> As decisões judiciais que negam o reconhecimento da nova identidade do transexual apresentam variados fundamentos - que podem ser bioeticamente questionados - e atendem às formalidades jurídicas. Contudo, essas decisões têm, na prática, o efeito de uma condenação para o transexual que, sob orientação médica, teve seu corpo transformado, em muitos casos, de modo irreversível (BARBOZA, Heloisa Helena Gomes. *Procedimentos para redesignação sexual:* um processo bioeticamente inadequado. Rio de Janeiro: FioCruz, 2010).

Ex positis, voto pela procedência da ação direta de inconstitucionalidade.

Extrato de ata:

Decisão: Após o relatório e as sustentações orais, o julgamento foi suspenso. Ausente, neste julgamento, o Ministro Gilmar Mendes. Impedido o Ministro Dias Toffoli. Falaram: pelo Ministério Público Federal, o Dr. Rodrigo Janot Monteiro de Barros, Procurador-Geral da República; pelo *amicus curiae* Instituto Brasileiro de Direito de Família - IBDFAM, a Drª. Maria Berenice Dias; pelo *amicus curiae* Grupo Dignidade - Pela Cidadania de Gays, Lésbicas e Transgêneros, a Drª. Gisele Alessandra Schmidt e Silva; pelos *amici curiae* Laboratório Integrado em Diversidade Sexual e de Gênero Políticas e Direitos - LIDIS e Centro Latino-Americano em Sexualidade e Direitos Humanos - CLAM, o Dr. Wallace Corbo. Presidência da Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 7/6/2017.

Decisão: Após o voto do Ministro Marco Aurélio (Relator), julgando parcialmente procedente o pedido, para dar interpretação conforme ao art. 58 da Lei 6.015/1973, nos termos de seu voto, e após os votos dos Ministros Alexandre de Moraes, divergindo em parte do Relator, e o voto do Ministro Edson Fachin, julgando procedente a ação direta, no que foi acompanhado pelos Ministros Roberto Barroso, Rosa Weber e Luiz Fux, o julgamento foi suspenso. Presidência da Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 28/2/2018.

Presidência da Senhora Ministra Cármen Lúcia. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Dias Toffoli, Luiz Fux, Rosa Weber, Roberto Barroso, Edson Fachin e Alexandre de Moraes.

Procuradora-Geral da República, Dra. Raquel Elias Ferreira Dodge.

p/ Doralúcia das Neves Santos Assessora-Chefe do Plenário

01/03/2018 PLENÁRIO - AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.275 DISTRITO FEDERAL

Voto

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (VOGAL) - Trata-se de julgamento conjunto de ação direta de inconstitucionalidade (ADI) 4.275 e de recurso extraordinário (RE) 670.422, nos quais se pretende obter a declaração do direito das pessoas "trans" à substituição do prenome e do gênero no registro civil, independentemente da realização de qualquer intervenção médica.

Em brevíssimo resumo, a Procuradoria-Geral da República propôs a mencionada ADI - cujos fundamentos residem no respeito à liberdade individual de assumir identidade de gênero à luz dos direitos fundamentais inferidos dos princípios da dignidade da pessoa humana (art. 1°, III), da igualdade (art. 5°, *caput*) e da privacidade (art. 5°, X) - objetivando a atribuição de interpretação conforme a Constituição ao art. 58 da Lei 6.015/1973, com a redação dada pela Lei 9.708/1998, para reconhecer o direito à mudança de nome e gênero das pessoas trans no registro civil, independentemente de prova de intervenção médica.

Para a análise dos pedidos de mudança de nome e gênero, propõe que se estabeleça como requisitos a prova (i) de maioridade, (ii) da convicção de pertencer ao gênero oposto ao biológico por mais de três anos e (iii) de que seja presumível, com alta probabilidade, que a pessoa não mais modificará sua identidade de gênero. Defende que tais requisitos devem ser atestados por um grupo de especialistas que avaliem aspectos psicológicos, médicos e sociais.

Já no Recurso Extraordinário interposto, o recorrente assevera a possibilidade de alteração do prenome e do gênero para as pessoas "trans" em obediência ao princípio da dignidade da pessoa humana. Afirma ainda que a mudança de nome e gênero no registro civil não pode estar vinculada a cirurgia médica arriscada, sob pena de afronta ao direito à saúde.

É o relatório. Decido.

Bem examinados os autos, rejeito a preliminar arguida, uma vez que é inconteste o cabimento de ação direta de inconstitucionalidade para conferir interpretação conforme à Constituição a dispositivo legal, conforme decidido por esta Suprema Corte na ADPF 266-AgR/MG.

Imperioso ainda ressaltar que a questão da mudança do prenome de pessoa "trans" resolve-se totalmente pelo art. 58 da Lei de Registros Públicos, e que a mudança de gênero no registro civil é consequência lógica da interpretação dessa norma, na medida em que não se justifica a existência de discrepâncias entre o nome e o gênero no registro civil. Desse modo, é desnecessária a cumulação da presente ação com arguição de descumprimento de preceito fundamental.

No mérito, entendo não haver dúvidas de que os direitos fundamentais invocados justificam a procedência dos pedidos.

Como se sabe, a demanda por reconhecimento é, contemporaneamente, componente essencial do conceito jurídico e filosófico do princípio da igualdade. Nesse diapasão, igualdade como reconhecimento é uma das principais reivindicações de grupos minoritários e de direitos humanos em todo o mundo.

Nancy Fraser, uma das notáveis pensadoras que se dedica ao estudo desse tema, destaca que a demanda por justiça social prestigia, cada vez mais, a política do reconhecimento, visando "contribuir para um mundo amigo da diferença, onde a assimilação à maioria ou às normas culturais dominantes não é mais o preço do igual respeito" (FRASER, Nancy. "Redistribuição, Reconhecimento e Participação: Por uma Concepção Integrada de Justiça." *In*: SARMENTO, D.; IKAWA, D.; Piovesan, F. (orgs.). *Igualdade, diferença e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p.167).

Essa renomada autora chama atenção para o fato de que o pensamento progressista da atualidade não deixou, e nem poderia deixar, de se ocupar com a demanda de redistribuição, voltada à redução real ou material das desigualdades.

Entretanto, reconhece-se, cada vez mais, que a mudança no simbólico - a transformação cultural - também é fundamental para redução das desigualdades reais. No domínio do simbólico, as vítimas da injustiça social não são as "classes" identificadas pelos marxistas, que se definem pelas relações de produção, mas os "grupos de *status*" weberianos que, nas relações de reconhecimento, distinguem-se pela menor estima social de que gozam. Nesse diapasão, "o não reconhecimento não é simplesmente uma questão de atitudes preconceituosas que resultam em danos psicológicos, mas uma questão de padrões institucionalizados de valor cultural que impedem a igual participação na vida social" (FRASER, Nancy. Redistribuição, Reconhecimento e Participação: Por uma Concepção Integrada de Justiça. *In*: D. Sarmento; D. Ikawa; F. Piovesan (Orgs.); *Igualdade, diferença e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p.179).

Outro importante pensador que se dedicou à teoria do reconhecimento foi Axel Honneth, para quem a "'luta por reconhecimento' tem de ser entendida como um quadro interpretativo crítico de processos de evolução social" (HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*. 2. ed. 2. reimpr. São Paulo: Ed. 34, 2015. p. 269), tendo por justificação uma concepção formal de eticidade, que garanta aos sujeitos a proteção de suas condições de autorrealização e que tem por fim universal possibilitar aos indivíduos uma vida feliz. Os padrões de reconhecimento são relevantes na medida em que estão interligados à autorrelação positiva:

> O nexo existente entre a experiência de reconhecimento e a relação consigo próprio resulta da estrutura intersubjetiva da identidade pessoal: os indivíduos se constituem como pessoas unicamente porque, da perspectiva dos outros que assentem ou encorajam, aprendem a se referir a si mesmos como seres a que cabem determinadas propriedades ou capacidades. A extensão dessas propriedades e, por conseguinte, o grau de autorrealização positiva crescem com cada nova forma de reconhecimento, a qual o indivíduo

> pode referir a si mesmo como sujeito: desse modo, está inscrita na experiência do amor a possibilidade da autoconfiança, na experiência do reconhecimento jurídico, a do autorrespeito e, por fim, na experiência da solidariedade, a da autoestima (HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento*: a gramática moral dos conflitos sociais. 2. ed. 2. reimpr. São Paulo: Ed. 34, 2015. p. 272).

Realmente, não há espaço para dúvida quanto à importância do reconhecimento para a autoestima, para a autoconfiança, para a autorrealização e para a felicidade. Aliás, relembro que, no âmbito jurisprudencial, este Supremo Tribunal Federal já teve oportunidade de sublinhar, em importante julgado (Ag. Reg. no RE 477.554-MG, Rel. Min. Celso de Mello), que o direito à busca da felicidade é "verdadeiro postulado constitucional implícito e expressão de uma ideia-força que deriva do princípio da essencial dignidade da pessoa humana".

Neste mesmo julgamento, foram invocados os "Princípios de Yogyakarta sobre a Aplicação da Legislação Internacional de Direitos Humanos em relação à Orientação Sexual e Identidade de Gênero", conhecidos como "Princípios de Yogyakarta", que têm plena incidência no presente caso.

Com efeito, conforme a carta de princípios de Yogyakarta, a identidade gênero é essencial para a dignidade e humanidade de cada pessoa e integra o núcleo dos direitos à igualdade e à não-discriminação. Os Princípios de Yogyakarta voltam-se a tutelar a indivíduo diante da violência, do assédio, da discriminação, da exclusão, da estigmatização e do preconceito dirigidos contra pessoas em todas as partes do mundo por causa de sua orientação sexual ou identidade de gênero.

Dentre eles, está consagrado o "Direito ao Reconhecimento Perante a Lei" (Princípio 3), segundo o qual "...[a] orientação sexual e identidade de gênero autodefinidas por cada pessoa constituem parte essencial de sua personalidade e um dos aspectos mais básicos de sua autodeterminação, dignidade e liberdade. *Nenhuma pessoa deverá ser forçada a se submeter a procedimentos médicos, inclusive cirurgia de mudança de sexo, esterilização ou terapia hormonal, como requisito para o reconhecimento legal de sua identidade de gênero*" (grifos meus).

Para operacionalizar esse princípio, os Estados deverão adotar todas as medidas para "respeitar plenamente e reconhecer legalmente a identidade de gênero autodefinida por cada pessoa" (princípio 3, b), bem como para garantir que "existam procedimentos pelos quais todos os documentos de identidade emitidos pelo Estado que indiquem o sexo/gênero da pessoa - incluindo certificados de nascimento, passaportes, registros eleitorais e outros documentos - reflitam a profunda identidade de gênero autodefinida por cada pessoa" (princípio 3, c), assegurando que "esses procedimentos sejam eficientes, justos e não-discriminatórios e que respeitem a dignidade e privacidade das pessoas"(princípio 3, d).

Transportando essas lições e preceitos para o caso concreto, constata- se que a sociedade reforça a injustiça social contra o indivíduo "trans" ao condicionar indevidamente o reconhecimento do gênero e do nome com que se identifica. Ao incidir dessa maneira sobre a realidade da vida, o Direito cria obstáculos ilegítimos na busca por estima social das pessoas "trans".

A autodeterminação da pessoa "trans" deve integrar o patrimônio normativo na luta por reconhecimento deste grupo minoritário. Isso quer dizer que, numa sociedade igualitária e democrática, que respeite os direitos fundamentais, as pessoas devem ver reconhecido seu direito ao nome e ao gênero de acordo com sua autoidentificação, sem que possam ser exigidas condicionantes irrazoáveis.

Corroborando este entendimento, Camila de Jesus Mello Gonçalves sustenta com precisão que:

> [...] exigir a intervenção cirúrgica como condição para o reconhecimento da identidade de gênero pode acabar implicando uma violação à autonomia e ao direito à integridade, na hipótese em que a pessoa se submeta à operação coagida pela necessidade de obter a adequação entre sua aparência e sua qualificação jurídica, sendo forçada a concordar com a mudança em seu corpo para ter reconhecido seu gênero de identificação. [...]
>
> Nessa hipótese, a cirurgia, ao invés de concretizar o exercício da liberdade e do direito à integridade psicofísica, em prol do desenvolvimento da personalidade, realizar-se-ia como forma de evitar a discriminação; ou seja, acabaria consistindo em um segunda violação de direitos, agora sobre a integridade física, de quem já se sentia discriminado por conta da identidade de gênero (GONÇALVES, Camila de Jesus Mello. *Transexualidade e direitos humanos*: o reconhecimento da identidade de gênero entre os direitos da personalidade. Curitiba: Juruá, 2014. p. 218).

A autora ressaltou também que a Escola Paulista da Magistratura promoveu um debate sobre o tema em que prevaleceu a conclusão, publicada sob a forma de enunciado, de que "Sendo comprovada por perícia médica a situação de transexualidade da pessoa, mesmo sem cirurgia reparadora, a pessoa pode ter seu nome e sexo alterados por decisão judicial, a fim de assegurar sua real identificação de gênero" (Idem, p. 223. O enunciado em questão foi publicado no *Diário de Justiça Eletrônico/SP*, de 18/12/2009, Caderno Administrativo, p. 29).

Felizmente, o Estado brasileiro não tem ficado inerte frente à luta por reconhecimento das pessoas "trans". Prova disso é a edição do Decreto 8.727/2016, que dispôs sobre o uso do nome social e o reconhecimento da identidade de gênero de pessoas "trans" no âmbito da administração pública federal direta, autárquica e fundacional.

Nesse decreto, foram estabelecidos os conceitos, no seu art. 1°, I e II, de nome social e de identidade de gênero, quais sejam:

> I - nome social - designação pela qual a pessoa travesti ou transexual se identifica e é socialmente reconhecida; e
>
> II - identidade de gênero - dimensão da identidade de uma pessoa que diz respeito à forma como se relaciona com as representações de masculinidade e feminilidade e como isso se traduz em sua prática social, sem guardar relação necessária com o sexo atribuído no nascimento.

Ressalte-se que a finalidade da norma foi proteger o indivíduo contra humilhações, constrangimentos e discriminações, tendo em vista que é dever republicano a garantia do princípio da igualdade, da dignidade da pessoa humana e a proteção às minorias. Desse modo, não se pode impor o uso de nome e a identificação de gênero que causará constrangimento à pessoa.

Assim, esta Suprema Corte, atenta ao reclamos contemporâneos na luta por reconhecimento, não pode se omitir na luta pela concretização dos direitos fundamentais das pessoas "trans". E, ao fazê-lo, deve afastar, de uma vez por todas, qualquer resquício de abordagem patologizante da questão, que não se coaduna com um Estado democrático que respeita os indivíduos enquanto tais e lhes confere, a todos, igual estima social. Deve-se, ao contrário, estabelecer um novo paradigma normativo que coloque o reconhecimento em seu

centro (FRASER, Nancy. *Reconhecimento sem ética*. Lua Nova, v. 70, p. 101-138, 2007, p. 102) e que consiga refletir de forma complexa e não binária sobre a identificação da pessoa humana.

Essencial ressaltar que não são os procedimentos médicos que conferem ao indivíduo direito ao reconhecimento de sua condição pessoal. Trata-se de direito indissociável de cláusula geral da dignidade da pessoa humana, que tutela de forma integral e unitária a existência humana.

Por tudo isso, faz-se mister dar interpretação conforme ao art. 58 da Lei 6.015/1973, com a redação dada pela Lei 9.708/1998, para reconhecer o direito à mudança de nome social e gênero dos indivíduos "trans", independentemente de qualquer procedimento médico.

Embora inegavelmente concorde com o mérito da ADI, manifesto-me, porém, de forma contrária ao estabelecimento de requisitos mínimos pré-estabelecidos para a mudança, tal como o prazo proposto pela Procuradoria-Geral da República. Entendo que cabe ao julgador, à luz do caso concreto e vedada qualquer forma de abordagem patologizante da questão, verificar se estão preenchidos os requisitos para a mudança. Para tanto, poderá se valer, por exemplo, de depoimentos de testemunhas que conheçam a pessoa e possam falar sobre sua autoidentificação; ou, ainda, declarações de psicólogos ou médicos, bem assim de outros meios de prova de que o interessado dispuser.

Ressalto, ainda, que a abordagem da questão, do modo como proponho, não difere significativamente da forma como outras ações de mudança de nome vem sendo processadas em nosso País.

Nesse sentido, é importante relembrar que a mera existência de dívidas não obsta a mudança de nome e gênero, embora seja recomendável exigir a comprovação da cientificação dos credores acerca da mudança.

Tampouco a existência de antecedentes criminais pode justificar a vedação à mudança, bastando, para tanto, que sejam igualmente comunicadas as autoridades responsáveis.

Por fim, deve-se esclarecer que não é cabível a publicação de editais ou outras formas de publicidade da mudança, a fim de se preservar a privacidade da pessoa.

Feitas estas considerações, dou provimento ao recurso extraordinário e julgo procedente a ação direta de inconstitucionalidade para dar interpretação conforme à Constituição ao art. 58 da Lei 6.015/1973, com a redação conferida pela Lei 9.708/1998, de modo a permitir a alteração do nome e do gênero da pessoa "trans", independentemente de qualquer procedimento médico.

É o meu voto.

Voto

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO - Este julgamento assume importância fundamental no processo de ampliação e de consolidação dos direitos fundamentais das pessoas e constitui momento culminante na efetivação do dogma - segundo proclama a Introdução aos Princípios de Yogyakarta (2006) - de que todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos, pois todos os direitos humanos são universais, interdependentes, indivisíveis e inter-relacionados, sendo certo, presente esse contexto, que a orientação sexual e a identidade de gênero são essenciais para a dignidade e humanidade de cada pessoa, não devendo ser motivo de discriminação ou abuso.

Violações de direitos humanos que atingem pessoas por causa de sua identidade de gênero traduzem situações que um Estado fundado em bases democráticas não pode tolerar nem admitir.

O direito à autodeterminação do próprio gênero, enquanto expressão do princípio do livre desenvolvimento da personalidade, qualifica-se como poder fundamental da pessoa transgênero, impregnado de natureza constitucional, e traduz, iniludivelmente, em sua expressão concreta, um essencial direito humano cuja realidade deve ser reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal.

É por essa razão que, entre os Princípios de Yogyakarta - que exprimem postulados sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e à identidade de gênero -, há um, o Princípio n. 3, que proclama o direito titularizado por qualquer pessoa "de ser reconhecida, em qualquer lugar, como pessoa perante a lei. As pessoas de orientações sexuais e identidades de gênero diversas devem gozar de capacidade jurídica em todos os aspectos da vida. A orientação sexual e a identidade de gênero autodefinidas por cada pessoa constituem parte essencial de sua personalidade e um dos aspectos mais básicos de sua autodeterminação, dignidade e liberdade".

É preciso conferir ao transgênero um verdadeiro estatuto de cidadania, pois ninguém, absolutamente ninguém, pode ser privado de direitos nem sofrer quaisquer restrições de ordem jurídica por motivo de identidade de gênero.

Isso significa que os transgêneros têm a prerrogativa, como pessoas livres e iguais em dignidade e direitos, de receber a igual proteção das leis e do sistema político-jurídico instituído pela Constituição da República, mostrando-se arbitrário e inaceitável qualquer estatuto que exclua, que discrimine, que fomente a intolerância, que estimule o desrespeito e que desiguale as pessoas em razão de sua identidade de gênero.

Essa afirmação, mais do que simples proclamação retórica, traduz o reconhecimento, que emerge do quadro das liberdades fundamentais, de que o Estado não pode adotar medidas nem formular prescrições normativas que provoquem, por efeito de seu conteúdo discriminatório, a exclusão jurídica de grupos minoritários que integram a comunhão nacional.

Incumbe, por isso mesmo, a esta Suprema Corte, considerada a natureza eminentemente constitucional dessa cláusula impeditiva de tratamento discriminatório, velar pela integridade dessa proclamação, pois, em assim agindo, o Supremo Tribunal Federal, ao proferir este julgamento, estará viabilizando a plena realização dos valores da liberdade, da igualdade e da não discriminação, que representam fundamentos essenciais à configuração de uma sociedade verdadeiramente democrática.

Busca-se, neste processo, a consecução de um fim revestido de plena legitimidade jurídica, política e social, que, longe de dividir pessoas, grupos e instituições, deve estimular a união de toda a sociedade em torno de um objetivo comum, pois decisões que fazem cessar o estado de invisibilidade imposto à coletividade dos transgêneros - estado esse de que resultam situações de injusta exclusão jurídica por eles sofrida, em contextos fundados em preconceitos inaceitáveis e que não mais resistem ao espírito do tempo - possuem a virtude de congregar aqueles que reverenciam os valores da igualdade, da tolerância e da liberdade.

Esta decisão - que torna efetivo o princípio da igualdade, que assegura respeito à liberdade pessoal e à autonomia individual, que confere primazia à dignidade da pessoa humana e que, rompendo paradigmas históricos e culturais, remove obstáculos que inviabilizam a busca da felicidade por parte de transgêneros vítimas de inaceitável tratamento discriminatório - não é nem pode ser qualificada como decisão proferida

contra alguém, da mesma forma que não pode ser considerada um julgamento a favor de apenas alguns, mas, sim, de toda a coletividade social.

Com este julgamento, não hesito em afirmar que o Brasil dá um passo significativo contra a discriminação e contra o tratamento excludente que têm marginalizado grupos minoritários em nosso País, como a comunidade dos transgêneros, o que torna imperioso acolher novos valores e consagrar uma nova concepção de Direito fundada em nova visão de mundo, superando os desafios impostos pela necessidade de mudança de paradigmas, em ordem a viabilizar, como política de Estado, a instauração e a consolidação de uma ordem jurídica genuinamente inclusiva.

É por tal razão que o magistério da doutrina - apoiando-se em valiosa hermenêutica construtiva e emancipadora e invocando princípios fundamentais (como os da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da autodeterminação, da igualdade, do pluralismo, da intimidade, da não discriminação e da busca da felicidade) - tem revelado admirável percepção quanto ao significado de que se revestem tanto o reconhecimento do direito personalíssimo à identidade de gênero quanto a proclamação da legitimidade ético-jurídica do procedimento de adequação dos assentamentos registrais ao nome social e à imagem dos transgêneros, independentemente de prévia cirurgia de transgenitalização, em ordem a permitir que se extraiam, em favor dessas mesmas pessoas, relevantes consequências no plano do Direito e, também, na esfera de suas relações sociais, familiares e afetivas.

É preciso insistir, desse modo, na asserção de que as pessoas têm o direito fundamental ao reconhecimento de sua identidade de gênero e de serem tratadas em consonância com essa mesma autopercepção por elas revelada.

O exercício desse direito básico, que pode importar em modificação da aparência ou em alteração das funções corporais do transgênero, também legitima a possibilidade de retificação dos assentamentos registrais, com a consequente mudança do prenome e da imagem registrados em sua documentação pessoal, sempre que tais elementos de identificação não coincidirem com a identidade de gênero, tal como autopercebida pelo próprio indivíduo.

Na realidade, o Estado não pode limitar, restringir, excluir, obstar ou embaraçar o exercício, por qualquer pessoa, de seus direitos à identidade de gênero, pois esse direito fundamental - decorrente do postulado constitucional consagrador da dignidade da pessoa humana - integra o complexo mínimo que se encerra no âmbito dos direitos da personalidade, a significar que o direito à autodeterminação sexual justifica e confere legitimidade à adequação da identidade da pessoa, segundo a percepção por ela própria revelada e assumida, ao conteúdo dos assentamentos registrais, que poderão ser alterados para assegurar o nome social do transgênero, independentemente da prévia realização do procedimento cirúrgico de transgenitalização, mesmo porque não é a cirurgia que atribui à pessoa a condição de transgênero, nem é esse procedimento cirúrgico que constitui requisito para o livre exercício, pelo transgênero, desse expressivo direito da personalidade.

Não se desconhece que o direito ao reconhecimento da identidade de gênero resulta consagrado, como anteriormente assinalado, nos Princípios de Yogyakarta, que constituem postulados básicos, acolhidos pela comunidade internacional, referentes à aplicação da legislação sobre direitos humanos em relação à orientação sexual e à identidade de gênero.

Esse importante documento internacional - ao proclamar que toda pessoa tem o direito de ser reconhecida, em qualquer lugar, como pessoa perante a lei e que a identidade de gênero, autodefinida pelo próprio interessado, constitui parte essencial de sua personalidade e um dos aspectos básicos de sua autodeterminação, dignidade e liberdade - estabelece que "*Nenhuma pessoa deverá ser forçada a se submeter a procedimentos médicos, inclusive cirurgia de mudança de sexo, esterilização ou terapia hormonal, como requisito para o reconhecimento legal de sua identidade de gênero. Nenhum status, como casamento ou status parental, pode ser invocado para evitar o reconhecimento legal da identidade de gênero de uma pessoa. Nenhuma pessoa deve ser submetida a pressões para esconder, reprimir ou negar sua orientação sexual ou identidade de gênero*" (Princípio n. 3 - grifei).

Impõe-se ao Estado, em consequência, adotar, nos termos do Princípio nº 3 de Yogyakarta, as seguintes providências:

> [...] b) Tomar todas as medidas legislativas, administrativas e de outros tipos que sejam necessárias para respeitar plenamente e reconhecer legalmente a identidade de gênero autodefinida por cada pessoa;
>
> c) Tomar todas as medidas legislativas, administrativas e de outros tipos que sejam necessárias para que existam procedimentos pelos quais todos os documentos de identidade emitidos pelo Estado que indiquem o sexo/gênero da pessoa - incluindo certificados de nascimento, passaportes, registros eleitorais e outros documentos - reflitam a profunda identidade de gênero autodefinida por cada pessoa;
>
> d) Assegurar que esses procedimentos sejam eficientes, justos e não-discriminatórios e que respeitem a dignidade e privacidade das pessoas;
>
> e) Garantir que mudanças em documentos de identidade sejam reconhecidas em todas as situações em que a identificação ou desagregação das pessoas por gênero seja exigida por lei ou por políticas públicas;
>
> f) Implementar programas focalizados para apoiar socialmente todas as pessoas que vivem uma situação de transição ou mudança de gênero.

Enfatizo, ainda, como já acentuei em votos proferidos nesta Suprema Corte, que a proposta ora veiculada nesta sede de controle abstrato encontra suporte legitimador em postulados fundamentais, como os da liberdade, da autodeterminação, da igualdade, do pluralismo, da intimidade e, sobretudo, o da busca da felicidade, que decorre, por implicitude, do núcleo de que se irradia o valor fundante da dignidade da pessoa humana.

Vale destacar, nesse contexto, o papel relevante que assume o postulado da dignidade da pessoa humana - cuja centralidade (CF, art. 1º, III) confere-lhe a condição de significativo vetor interpretativo, verdadeiro valor-fonte que conforma e inspira todo o ordenamento constitucional vigente em nosso País -, que traduz, de modo expressivo, um dos fundamentos em que se assenta, entre nós, a ordem republicana e democrática consagrada pelo sistema de direito constitucional positivo, tal como tem reconhecido a jurisprudência desta Suprema Corte em decisões que, no ponto, refletem, com precisão, o próprio magistério da doutrina (SILVA, José Afonso da. *Poder constituinte e poder popular*, Malheiros, 2000, p. 146; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Afeto, ética, família e o novo Código Civil brasileiro*, Del Rey, 2006, p. 106; SARLET, Ingo W. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*, Livraria dos Advogados, 2002, p. 45; KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*, 2004; CLARET, Martin; NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*: doutrina e

jurisprudência, Saraiva, 2002; FACHIN, Luiz Edson. *Questões do direito civil brasileiro contemporâneo*, Renovar, 2008, v.g.).

Reconheço, bem por isso, que o direito à busca da felicidade - que se mostra gravemente comprometido quando o Estado, muitas vezes influenciado por correntes majoritárias, omite-se na formulação de medidas destinadas a assegurar a grupos minoritários, como os transgêneros, a fruição de direitos fundamentais - representa derivação do princípio da dignidade da pessoa humana, qualificando-se como um dos mais significativos postulados constitucionais implícitos cujas raízes mergulham, historicamente, na própria Declaração de Independência dos Estados Unidos da América, de 04 de julho de 1776.

O texto dessa Declaração, fortemente influenciado pelas ideias iluministas, precedidas, no ponto, pelo pensamento de John Locke, resultou de projeto elaborado por Comissão designada pelo Segundo Congresso Continental dos Estados Unidos da América, constituída por Thomas Jefferson, seu principal autor, John Adams, Benjamim Franklin, Robert R. Livingston e Roger Sherman, ainda que alguns autores - como RAY RAPHAEL (*Mitos sobre a Fundação dos Estados Unidos:* a verdadeira história da independência norte-americana, p. 125, traduzido por Maria Beatriz de Medina, Civilização Brasileira, 2006) - mencionem o fato de que "*Jefferson estava em condições de aproveitar o trabalho de muitos outros, inclusive o de George Mason, que acabara de redigir um documento muito parecido, a Declaração de Direitos da Virgínia*" (grifei).

Não é por outra razão que Stephanie Schwartz Driver (*A Declaração de Independência dos Estados Unidos*, p. 32/35, tradução de Mariluce Pessoa, Jorge Zahar Ed., 2006), referindo-se à Declaração de Independência dos Estados Unidos da América como típica manifestação do Iluminismo, qualificou o direito à busca da felicidade como prerrogativa fundamental inerente a todas as pessoas:

> Em uma ordem social racional, de acordo com a teoria iluminista, o governo existe para proteger o direito do homem de ir em busca da sua mais alta aspiração, que é, essencialmente, a felicidade ou o bem-estar. O homem é motivado pelo interesse próprio (sua busca da felicidade), e a sociedade/governo é uma construção social destinada a proteger cada indivíduo, permitindo a todos viver juntos de forma mutuamente benéfica.

A força normativa de que se acham impregnados os princípios constitucionais e a intervenção decisiva representada pelo fortalecimento da jurisdição constitucional exprimem aspectos de alto relevo que legitimam a atuação do Supremo Tribunal Federal e que lhe permitem, numa perspectiva de implementação concretizadora, a plena realização, em sua dimensão global, do próprio texto normativo da Constituição.

Nesse contexto, o postulado constitucional da busca da felicidade, que decorre, por implicitude, do núcleo de que se irradia o princípio da dignidade da pessoa humana, assume papel de extremo relevo no processo de afirmação, gozo e expansão dos direitos fundamentais, qualificando-se, em função de sua própria teleologia, como fator de neutralização de práticas ou de omissões lesivas cuja ocorrência possa comprometer, afetar ou, até mesmo, esterilizar direitos e franquias individuais.

Registre-se, por oportuno, que o Supremo Tribunal Federal, por mais de uma vez (ADI 3.300-MC/DF, Rel. Min. Celso de Mello - STA 223-AgR/PE, Red. p/ o acórdão Min. Celso de Mello, v.g.), reconheceu, no princípio constitucional (implícito) da busca da felicidade, um "importante vetor hermenêutico relativo a temas de direitos fundamentais", como anota o ilustre Advogado Saul Tourinho Leal, em preciosa obra monográfica (*Direito à Felicidade*, 2018, Almedina).

Desnecessário referir a circunstância de que a Suprema Corte dos Estados Unidos da América tem aplicado esse princípio em alguns precedentes - como In Re Slaughter-House Cases (83 U.S. 36, 1872), Butchers' Union Co. v. Crescent City Co. (111 U.S. 746, 1884), Yick Wo v. Hopkins (118 U.S. 356, 1886), Meyer v. Nebraska (262 U.S. 390, 1923), Pierce v. Society of Sisters (268 U.S. 510, 1925), Griswold v. Connecticut (381 U.S. 479, 1965), Loving v. Virginia (388 U.S. 1, 1967), Zablocki v. Redhail (434 U.S. 374, 1978), v.g. -, nos quais esse Alto Tribunal, ao apoiar os seus *rulings* no conceito de busca da felicidade (*pursuit of happiness*), imprimiu-lhe significativa expansão, para, a partir da exegese da cláusula consubstanciadora desse direito inalienável, estendê-lo a situações envolvendo a proteção da intimidade e a garantia dos direitos de casar-se com pessoa de outra etnia, de ter a custódia dos filhos menores, de aprender línguas estrangeiras, de casar-se novamente, de exercer atividade empresarial e de utilizar anticoncepcionais.

Vale mencionar o fato de que a busca da felicidade foi também positivada, no plano normativo, nos textos da Constituição do Japão de 1947 (Artigo 13), da Constituição da República Francesa de 1958 (Preâmbulo, no qual se faz remissão à Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, em que se contém o reconhecimento desse direito fundamental) e da Constituição do Reino do Butão de 2008 (Preâmbulo).

Parece-me irrecusável, desse modo, considerado o objetivo fundamental da República de "promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação" (CF, art. 3º, IV), que o reconhecimento do direito à busca da felicidade, enquanto ideia-força que emana, diretamente, do postulado constitucional da dignidade da pessoa humana, autoriza, presente o contexto em exame, o acolhimento do pleito ora em julgamento.

Cabe registrar, finalmente, que este julgamento reflete, com absoluta fidelidade, a função contramajoritária que ao Supremo Tribunal Federal incumbe desempenhar no âmbito do Estado Democrático de Direito, em ordem a conferir efetiva proteção às minorias.

Trata-se, na realidade, de tema que, intimamente associado ao debate constitucional suscitado nesta causa, concerne ao relevantíssimo papel que compete a esta Suprema Corte exercer no plano da jurisdição das liberdades: o de órgão investido do poder e da responsabilidade institucional de proteger as minorias contra eventuais excessos da maioria ou, ainda, contra omissões que, imputáveis aos grupos majoritários, tornem-se lesivas, em face da inércia do Estado, aos direitos daqueles que sofrem os efeitos perversos do preconceito, da discriminação e da exclusão jurídica.

Esse particular aspecto da questão põe em relevo a função contramajoritária do Poder Judiciário no Estado Democrático de Direito, considerada a circunstância de que as pessoas transgêneros representam parcela minoritária da população.

O Poder Legislativo, certamente influenciado por valores e sentimentos prevalecentes na sociedade brasileira, tem-se mostrado infenso, nesse tema específico, à necessidade de adequação do ordenamento nacional a essa realidade emergente das práticas e costumes sociais.

Tal situação culmina por gerar um quadro de (inaceitável) submissão de grupos minoritários à vontade hegemônica da maioria, o que compromete, gravemente, por reduzi-lo, o próprio coeficiente de legitimidade democrática da instituição parlamentar, pois, ninguém o ignora, o regime democrático não tolera nem admite a opressão da minoria por grupos majoritários.

É evidente que o princípio majoritário desempenha importante papel no processo decisório que se desenvolve no âmbito das instâncias governamentais, mas não pode legitimar, na perspectiva de uma concepção material de democracia constitucional, a supressão, a frustração e a aniquilação de direitos fundamentais, como o livre exercício da igualdade e da liberdade, sob pena de descaracterização da própria essência que qualifica o Estado Democrático de Direito.

Cumpre enfatizar, presentes tais razões, que o Supremo Tribunal Federal, no desempenho da jurisdição constitucional, tem proferido, muitas vezes, decisões de caráter nitidamente contramajoritário, em clara demonstração de que os julgamentos desta Corte Suprema, quando assim proferidos, objetivam preservar, em gesto de fiel execução dos mandamentos constitucionais, a intangibilidade de direitos, interesses e valores que identificam os grupos minoritários expostos a situações de vulnerabilidade jurídica, social, econômica ou política, que, por efeito de tal condição, tornam-se objeto de intolerância, de perseguição, de discriminação e de injusta exclusão.

Na realidade, o tema da preservação e do reconhecimento dos direitos das minorias deve compor, por tratar-se de questão impregnada do mais alto relevo, a agenda desta Corte Suprema, incumbida, por efeito de sua destinação institucional, de velar pela supremacia da Constituição e de zelar pelo respeito aos direitos, inclusive de grupos minoritários, que encontram fundamento legitimador no próprio estatuto constitucional.

Com efeito, a necessidade de assegurar-se, em nosso sistema jurídico, proteção às minorias e aos grupos vulneráveis qualifica-se, na verdade, como fundamento imprescindível à plena legitimação material do Estado Democrático de Direito.

É por isso que tenho por inteiramente procedentes as observações que fez, em precisa abordagem do tema, o Grupo Arco-Íris de Conscientização Homossexual no julgamento da ADI 4.277/DF:

> O papel desempenhado pelos direitos fundamentais na restrição da soberania popular decorre da limitação imposta pelo princípio do Estado de direito, que não admite a existência de poderes absolutos, nem mesmo o da soberania popular, e do fato de que uma dimensão formal de democracia não está habilitada para proteger efetivamente o funcionamento democrático do Estado.
>
> Portanto, da mesma forma que se veda à maioria que faça determinadas escolhas - suprimindo direitos necessários à participação política de determinados cidadãos -, é igualmente vedado a essa maioria que deixe de tomar decisões necessárias à efetivação da igualdade entre os indivíduos.
>
> [...]
>
> Para salvaguardar os requisitos essenciais à participação dos indivíduos no processo democrático, o Judiciário é mais uma vez chamado a tomar tal posição de vanguarda, garantindo o livre exercício da liberdade e igualdade, atributos da cidadania, e principalmente a dignidade humana. É preciso atuar onde não há certeza e efetividade do sistema nas relações privadas, em prol dessas garantias.
>
> Com efeito, não pode o Estado democrático de direito conviver com o estabelecimento de uma diferença entre pessoas e cidadãos com base em sua sexualidade. Assim como é inconstitucional punir, perseguir ou impedir o acesso dos homossexuais a bens sócio-culturais e é igualmente inconstitucional excluir essa parcela de cidadãos do direito à segurança em suas relações afetivas.
>
> [...]
>
> Nesse passo, o Poder Judiciário assume sua mais importante função: a de atuar como poder contramajoritário; de proteger as minorias contra imposições dezarrazoadas ou indignas das maiorias.

> Ao assegurar à parcela minoritária da população o direito de não se submeter à maioria, o Poder Judiciário revela sua verdadeira força no equilíbrio entre os poderes e na função como garante dos direitos fundamentais.

Para que o regime democrático não se reduza a uma categoria político-jurídica meramente conceitual ou simplesmente formal, torna-se necessário assegurar às minorias, notadamente em sede jurisdicional, quando tal se impuser, a plenitude de meios que lhes permitam exercer, de modo efetivo, os direitos fundamentais que a todos, sem distinção, são assegurados, pois ninguém se sobrepõe, nem mesmo os grupos majoritários, aos princípios superiores consagrados pela Constituição da República.

Isso significa, portanto, numa perspectiva pluralística, em tudo compatível com os fundamentos estruturantes da própria ordem democrática (CF, art. 1º, V), que se impõe a organização de um sistema de efetiva proteção, especialmente no plano da jurisdição, aos direitos, liberdades e garantias fundamentais em favor das minorias, sejam elas quais forem, para que tais prerrogativas essenciais não se convertam em fórmula destituída de significação, o que subtrairia - consoante adverte a doutrina (CUNHA, Sérgio Sérvulo da. *Fundamentos de direito constitucional*. Saraiva, 2004. p. 161-162, item n. 602.73) - o necessário coeficiente de legitimidade jurídico-democrática ao regime político vigente em nosso País.

Sendo assim, e em face das razões expostas, não obstante o primoroso voto proferido pelo eminente Ministro Marco Aurélio, Relator desta causa, peço-lhe vênia para acompanhar a manifestação do eminente Ministro Edson Fachin, notadamente quanto à parte dispositiva de seu substancioso voto.

Em consequência, dispensada a exigência de prévia realização de cirurgia de transgenitalização (ou de reversão sexual), "[...] julgo procedente a presente ação direta para dar interpretação conforme a Constituição e ao Pacto de São José da Costa Rica ao art. 58 da Lei 6.015/73, de modo a reconhecer aos transgêneros, que assim o desejarem, independentemente da cirurgia de transgenitalização ou da realização de tratamentos hormonais ou patologizantes, o direito à substituição de prenome e sexo diretamente no registro civil", tal como consignou, em seu douto voto, o eminente Ministro Edson Fachin.

É o meu voto.

Voto - Vogal

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR): Presidente, estamos diante de processo cujo pedido é atribuição de interpretação conforme à Constituição ao art. 58 da Lei 6.015/73 (Lei de Registros Públicos), segundo o qual "o prenome será definitivo, admitindo-se, todavia, a sua substituição por apelidos públicos notórios".

A pretensão do autor, em síntese, consiste em que o referido dispositivo seja interpretado como autorização para que o transgênero altere tanto o seu prenome como o seu gênero no registro civil, independentemente de cirurgia de transgenitalização.

DA NECESSIDADE DE DECISÃO JUDICIAL PARA A ALTERAÇÃO DO REGISTRO CIVIL.

Ab initio, observo que já há maioria formada, a meu ver acertadamente, no sentido de reconhecer o direito a transgêneros de alterarem o seu registro civil, independentemente de cirurgia de redesignação sexual.

Entretanto, constato certa divergência entre os ministros desta Corte quanto aos critérios para a efetivação dessa mudança. Parece-me que há, pelo menos, as três correntes seguintes de entendimento:

> 1) É possível a alteração do gênero no registro civil, desde que respeitados os requisitos para a configuração do transexualismo, conforme ato normativo do Conselho Federal de Medicina (Portaria 1.652/2002);
>
> 2) A alteração de gênero no registro civil pode ser feita na via administrativa e pressupõe autodeclaração do interessado, que se manifesta sobre o gênero com qual verdadeiramente se identifica;
>
> 3) A modificação de gênero no registro civil da pessoa transgênero é possível, desde que comprovada juridicamente sua condição, independentemente da realização de procedimento cirúrgico de redesignação de sexo.

Desde já, pedindo vênia aos demais colegas, antecipo que meu voto se afilia a esta última corrente, que foi defendida pelos Ministros Alexandre de Moraes e Dias Toffoli no julgamento do Recurso Extraordinário 670.422, processo-paradigma da repercussão geral que trata de questão análoga e está previsto na pauta para continuidade de julgamento.

A propósito, registro que o Min. Toffoli, ao concluir seu voto no referido processo, apresentou a seguinte proposta de tese:

> 1. O transexual, comprovada juridicamente sua condição, tem direito fundamental subjetivo à alteração de seu prenome e de sua classificação de gênero no registro civil, independentemente da realização de procedimento cirúrgico de redesignação de sexo.
>
> 2. Essa alteração deve ser averbada à margem do assento de nascimento, com a anotação de que o ato é realizado 'por determinação judicial', vedada a inclusão do termo 'transexual'.
>
> 3. Nas certidões do registro não constará nenhuma observação sobre a origem do ato, vedada a expedição de certidão de inteiro teor, salvo requerimento do próprio interessado ou por determinação judicial.
>
> 4. A autoridade judiciária determinará, de ofício ou a requerimento do interessado, a expedição de mandados específicos para alteração dos demais registros nos órgãos públicos ou privados pertinentes, os quais deverão preservar o sigilo sobre a origem dos atos.

Entendo que essa proposta, a um só tempo, atende ao direito fundamental subjetivo à alteração de prenome e de gênero no registro civil da pessoa transgênero, independentemente da realização de procedimento cirúrgico de redesignação de sexo, mas também respeita os imperativos de veracidade e de publicidade dos registros públicos.

Para mim, esse conflito entre a autodeterminação do cidadão e proteção da higidez dos registros públicos é bastante sensível, notadamente porque a Corte não pode antever todas a consequências que uma tal alteração no registro civil é capaz de implicar, como nas relações de direito patrimonial entre particulares, por exemplo.

De mais a mais, salvo situações excepcionalíssimas dispostas no art. 110 da Lei de Registros Públicos, a alteração de nome no registro civil já exige autorização judicial para todos (art. 13), independentemente do motivo. A questão da transexualidade não se insere, nem mesmo que se pretenda uma extensão de sentido, em nenhuma das hipóteses legais:

> Art. 110. O oficial retificará o registro, a averbação ou a anotação, de ofício ou a requerimento do interessado, mediante petição assinada pelo interessado, representante legal ou procurador, independentemente de prévia autorização judicial ou manifestação do Ministério Público, nos casos de:
>
> I - erros que não exijam qualquer indagação para a constatação imediata de necessidade de sua correção;
>
> II - erro na transposição dos elementos constantes em ordens e mandados judiciais, termos ou requerimentos, bem como outros títulos a serem registrados, averbados ou anotados, e o documento utilizado para a referida averbação e/ou retificação ficará arquivado no registro no cartório;
>
> III - inexatidão da ordem cronológica e sucessiva referente à numeração do livro, da folha, da página, do termo, bem como da data do registro;
>
> IV - ausência de indicação do Município relativo ao nascimento ou naturalidade do registrado, nas hipóteses em que existir descrição precisa do endereço do local do nascimento;
>
> V - elevação de Distrito a Município ou alteração de suas nomenclaturas por força de lei.

Ora, se o art. 13, I, da Lei de Registros Públicos estabelece que, independentemente do interessado, os atos do registro civil devem ser praticados por ordem judicial - salvo as anotações e as averbações obrigatórias -, não se pode atribuir-lhe um tratamento discriminatório em relação aos transgêneros.

Na realidade, trata-se de cautela exigida pela lei como forma de proteger a higidez dos registros públicos.

Se a decisão judicial é requisito para as alterações de nome, independentemente do sexo ou da orientação sexual do postulante, não há que se estabelecer outro procedimento para os pedidos de alteração de gênero.

Percebo, ainda, que a proposta do Min. Dias Toffoli é bastante conciliatória e preocupada com a efetiva proteção da autodeterminação dos transgêneros e com o combate à discriminação.

Com efeito, Sua Excelência teve o cuidado de resguardar o sigilo acerca do motivo da alteração de gênero, de vedar o uso do termo "transexual" e de determinar que autoridade judiciária, de ofício ou a requerimento do interessado, determine a expedição de mandados específicos para alteração dos demais registros nos órgãos públicos ou privados pertinentes, os quais deverão preservar o sigilo sobre a origem dos atos.

Consigno, finalmente, que o Min. Toffoli estabeleceu que a alteração deve ser averbada à margem do assento de nascimento, com a anotação de que o ato é realizado "por determinação judicial", de modo a conservar, ainda que de forma sigilosa, alguma informação sobre os atos de registro civil originários.

Por tudo isso, entendo que a alteração do registro civil em relação aos transgêneros realmente não prescinde de ordem judicial.

A AUTODETERMINAÇÃO COMO DIREITO FUNDAMENTAL.

Presidente, entendo, com base nos princípios da igualdade, da liberdade, de autodesenvolvimento e da não discriminação por razão de orientação sexual ou de identificação de gênero, que esta Corte tem um dever de proteção em relação às minorias discriminadas.

Relembro que já tivemos a oportunidade de julgar casos em que a Corte reconheceu a inconstitucionalidade de termos discriminatórios, em razão da orientação sexual do destinatário da norma. Nesse sentido, registro

que, ao julgar a ADPF 291, Rel. Min. Roberto Barroso, esta Corte declarou a inconstitucionalidade das expressões "pederastia ou outro" e "homossexual ou não" constantes do art. 235 do Código Penal Militar.

Ao examinar o caso, o Supremo Tribunal Federal entendeu que a criminalização de atos libidinosos praticados por militares em ambientes sujeitos à administração militar justifica-se para a proteção da hierarquia e da disciplina castrenses. Entretanto, não se pode admitir que a lei faça uso de expressões pejorativas e discriminatórias, em virtude do reconhecimento do direito à liberdade de orientação sexual como liberdade existencial do indivíduo. Eis a ementa desse julgado:

> Arguição de descumprimento de preceito fundamental. Art. 235 do Código Penal Militar, que prevê o crime de 'pederastia ou outro ato de libidinagem'. Não recepção parcial pela Constituição de 1988. 1. No entendimento majoritário do Plenário do Supremo Tribunal Federal, a criminalização de atos libidinosos praticados por militares em ambientes sujeitos à administração militar justifica-se, em tese, para a proteção da hierarquia e da disciplina castrenses (art. 142 da Constituição). No entanto, não foram recepcionadas pela Constituição de 1988 as expressões 'pederastia ou outro' e 'homossexual ou não', contidas, respectivamente, no nomen iuris e no *caput* do art. 235 do Código Penal Militar, mantido o restante do dispositivo. 2. Não se pode permitir que a lei faça uso de expressões pejorativas e discriminatórias, ante o reconhecimento do direito à liberdade de orientação sexual como liberdade existencial do indivíduo. Manifestação inadmissível de intolerância que atinge grupos tradicionalmente marginalizados. 3. Pedido julgado parcialmente procedente (ADPF 291, Rel. Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, *DJe* 11/5/2016).

Em outros termos, após a decisão do STF, a prática de ato libidinoso em ambiente castrense continua tipificada pelo Código Penal Militar, entretanto expressões discriminatórias foram eliminadas do tipo penal, de modo que restou claro que a conduta não deve ser punida em razão da orientação sexual do autor, mas diante do desvio comportamental em ambiente de trabalho. Assim, embora essa decisão não tenha alterado o âmbito de incidência da norma penal incriminadora, uma vez que as mesmas condutas continuaram sendo consideradas crime, o precedente teve o condão de assentar a impossibilidade do emprego de termos discriminatórios em atos normativos.

Consigno, ainda, o notório caso das uniões homoafetivas, em que esta Corte conferiu interpretação conforme à Constituição ao art. 1.723 do Código Civil, para excluir desse dispositivo qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Refiro-me ao julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277, Rel. Min. Ayres Britto, Tribunal Pleno, *DJe* de 14/10/2011, oportunidade na qual, em meu voto, sustentei o seguinte:

> É evidente também que aqui nós não estamos a falar apenas da falta de uma disciplina legislativa que permita o desenvolvimento de uma dada política pública. Nós estamos a falar, realmente, do reconhecimento do direito de minorias, de direitos fundamentais básicos. E, nesse ponto, não se trata de ativismo judicial, mas de cumprimento da própria essência da jurisdição constitucional.
>
> A doutrina nacional não se tem ocupado, talvez como devesse, de um dispositivo que consta do Direito Comparado, talvez a sua matriz moderna esteja na Lei Fundamental de Bonn, que fala no direito que cada indivíduo tem de autodesenvolvimento (*Selbstentfaltungsrecht*), quer dizer, o livre desenvolvimento de sua personalidade (*die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit*), desde que não viole direitos de outrem e não se choque contra a ordem constitucional ou os costumes (Art. 2 I GG - *Jeder hat das Recht auf*

die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit, soweit er nicht die Rechte anderer verletzt und nicht gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder das Sittengesetz verstößt).

Claro que isso não nos impede de identificar esse direito no nosso sistema, a partir, sobretudo, do direito de liberdade e em concordância com outros princípios e garantias constitucionais.

Nesse sentido, é possível destacar, dentre outros: os fundamentos da cidadania e da dignidade da pessoa humana (art. 1º, II e III); os objetivos fundamentais de se construir uma sociedade livre, justa e solidária e de se promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, I e IV); a prevalência dos direitos humanos (art. 4º, II); a igualdade de todos perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantida a inviolabilidade do direito à liberdade e à igualdade (art. 5º, *caput*); a punição a qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais (art. 5º, XLI); bem como a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais (art. 5º, § 1º) e a não exclusão de outros direitos e garantias decorrentes do regime constitucional e dos princípios por ela adotados ou incorporados por tratados internacionais (art. 5º, § 2º).

A orientação sexual e afetiva deve ser considerada como o exercício de uma liberdade fundamental, de livre desenvolvimento da personalidade do indivíduo, a qual deve ser protegida, livre de preconceito ou de qualquer outra forma de discriminação - como a que poderia se configurar por meio da impossibilidade de reconhecimento da manifestação de vontade de pessoas do mesmo sexo em se unir por laços de afetividade, convivência comum e duradoura, bem como de possíveis efeitos jurídicos daí decorrentes.

A rigor, a pretensão que se formula aqui tem base nos direitos fundamentais, na proteção de direitos de minorias, a partir da própria ideia do direito de liberdade. Trata-se da afirmação do reconhecimento constitucional da união de pessoas do mesmo sexo, como concretização do direito de liberdade - no sentido de exercício de uma liberdade fundamental, de livre desenvolvimento da personalidade do indivíduo.

Não há dúvida de que se impõe tal proteção, sobretudo em razão do que dispõe o art. 5º, inciso XLI, da Constituição, ao determinar que 'a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais'. Essa garantia e o próprio conteúdo do direito de liberdade de autodesenvolvimento se revelam fundamentos jurídicos adequados e suficientes à proteção da união entre pessoas do mesmo sexo, no sentido de traduzir um desdobramento da liberdade fundamental de livre desenvolvimento da personalidade do indivíduo.

A questão da alteração de sexo no registro civil dos transgêneros ainda é novidade nesta Corte, porém o direito comparado já conta com decisões que endossam o entendimento que estamos a adotar.

Com efeito, recentemente a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), na Opinião Consultativa 24/17, afirmou que viola o direito humano e constitucional ao livre desenvolvimento da personalidade a exigência de laudos de profissionais da saúde, para permitir a retificação de prenome e sexo jurídico do transgênero, por se tratar a identificação de gênero de algo relativo à profunda intimidade, razão pela qual a autoidentificação é soberana. A Corte afirmou o seguinte, no ponto que interessa:

El artículo 54 del Código Civil de Costa Rica, en su redacción actual, sería conforme a las disposiciones de la Convención Americana, únicamente si el mismo es interpretado, bien sea en sede judicial o reglamentado administrativamente, en el sentido que el procedimiento que esa norma establece pueda garantizar que las personas que deseen cambiar sus datos de identidad para que sean conformes a su identidad de género auto-percibida, sea un trámite materialmente administrativo, que cumpla con los siguientes aspectos: a) debe estar enfocado a la adecuación integral de la identidad de género auto-percibida; b) debe estar basado únicamente en el consentimiento libre e informado del solicitante sin que se exijan requisitos como

> *certificaciones médicas y/o psicológicas u otros que puedan resultar irrazonables o patologizantes; c) debe ser confidencial. Además los cambios, correcciones o adecuaciones en los registros, y los documentos de identidad no deben reflejar los cambios de conformidad con la identidad de género; d) debe ser expedito y en la medida de lo posible debe tender a la gratuidad, y e) no debe exigir la acreditación de intervenciones quirúrgicas y/o tratamientos hormonales. En consecuencia, en virtud del control de convencionalidad, el artículo 54 del Código Civil debe ser interpretado de conformidad con los estándares previamente establecidos para que las personas que desean adecuar integralmente los registros y/o los documentos de identidad a su identidad de género auto-percibida puedan gozar efectivamente de ese derecho humano reconocido en los artículos 3, 7, 11.2, 13 y 18 de la Convención Americana en los términos establecidos en los párrafos 162 a 171* (Item 4, página 87-88 da Opinião Consultativa 24/2017 da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Disponível em:<http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf>).

Em sentido semelhante, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos, ao examinar o caso Y.Y. vs. Turquia, decidiu que viola o art. 8 do Convênio Europeu para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais exigir que os transgêneros se submetam à esterilização para conseguir documentos legais que reflitam sua identidade de gênero. Em outros termos, o Tribunal decidiu que essa imposição viola os direitos de não sofrer tratamento desumano e degradante, a desfrutar do mais alto nível possível de saúde e à vida privada e familiar (Cf. Affaire Y.Y c. Turquie. Requête nº 14793/08. Arrêt du 10 mars 2015).

DO DISPOSITIVO.

Ante o exposto, acompanho os votos dos Ministros Dias Toffoli e Alexandre de Moraes para reconhecer o direito dos transgêneros de alterarem seu registro civil, independentemente de cirurgia de redesignação sexual, mediante a observância dos seguintes requisitos: 1) que haja ordem judicial (art. 13, I, da Lei 6.015/1973); e 2) que essa alteração seja averbada à margem no seu assentamento de nascimento, resguardado o sigilo acerca da ocorrência dessa modificação.

É como voto.

ANTECIPAÇÃO AO VOTO

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Senhores Ministros, também considero, como já foi aqui exposto amplamente, ser este um julgamento que marca mais um passo na caminhada pela efetivação material do Princípio da Igualdade no sentido de não discriminação, da negação do preconceito, enfim, mais do que de uma igualdade, acho que é um passo no sentido da igualação, que é a dinâmica do Princípio da Igualdade. A Constituição dispõe sobre igualdade. Entretanto, a igualdade é uma conquista permanente, porque continua havendo intolerância, discriminação, preconceito, todas as formas de manifestação, expressa ou velada.

Lembrou bem aqui o Ministro Celso de Mello que há ainda uma invisibilidade sobre essa como outras formas de discriminação, no caso, quanto aos transgêneros. Há algum tempo, num comentário, Ministro Celso e Ministro Gilmar, eu me impressionei muito com uma fala sobre esse tema. Porque nós mulheres sofremos também muita discriminação, e todas as pessoas que são vítimas de preconceito e discriminação sabem que isso é um sofrimento. Quando eu digo "eu sofro discriminação", estou usando o verbo que quero usar, porque é uma injustiça contra nós por sermos o que somos. Mas, naquela ocasião, uma pessoa me disse, sendo transgênero, o seguinte: "há uma diferença, é que a Senhora pode sofrer discriminação por ser mulher e sofrer todas as formas de injúrias", "mas a Senhora não tem algo que nós, homossexuais ou

transgêneros, às vezes temos - ou uma boa parte tem; é que a Senhora conta com o apoio da sua família para vencer, e, às vezes, a discriminação contra o transgênero e o homossexual está dentro de casa". E ele se faz invisível dentro de casa. Deu-me exemplo, no caso, dele mesmo, que tinha sido expulso pelo pai por causa da sua condição. E ele disse: "no seu caso, o seu pai se indigna junto com você".

Então, há escalas de sofrimento diferentes na vida humana; e essa é uma que continua invisível, porque eu mesma só tomo conhecimento porque me irmano no sofrimento pelo preconceito, mas não vejo, às vezes, que há essa forma pior de preconceito, que habita com a pessoa, dorme com ela. O que me lembrou de algo que é da barbárie mesmo: havia pessoas que eram mortas, em determinadas civilizações - e ainda acredito que haja -, por nascerem com algumas deficiências físicas e simplesmente eram não afastadas da família, mas literalmente, nós sabemos, historicamente, que eram mortas, porque não "prestavam" como ser humano.

E, portanto, nós temos, neste caso, um avanço significativo para dizer não apenas à sociedade no sentido do outro, mas, de dentro de casa, o que isso representa em termos de o outro, o familiar, ser causa não de amparo e apoio - como no meu caso sempre tive -, acredito que a Procuradora-Geral também, Ministra Rosa e todas as mulheres do mundo que, cada vez mais, denunciamos os preconceitos contra nós. Mas, neste caso, quem devia dar o primeiro suporte, o primeiro abraço, às vezes, é quem lança a primeira facada de preconceito e o primeiro lanço de sofrimento. E, por isso, acho que, quando nós dizemos isso, somos todos iguais, sim, na nossa dignidade, mas temos o direito de ser diferentes em nossa pluralidade e nossa forma de ser.

Por isso acho que este é um julgamento da maior importância que vai trazer, cada vez mais, visibilidade aos agravos que só quem sofre o preconceito é capaz de dizer.

Baseei meu voto - farei a juntada - nos princípios constitucionais da igualdade material - como aqui já foi dito e, por isso, não vou repetir; no direito à dignidade na nossa essência humana e no direito de ser diferente, porque cada ser humano é único, mas os padrões realmente se impõem. E o Estado há que registrar o que a pessoa é e não o que o Estado acha que cada um de nós deveria ser, segundo a sua conveniência. Sei que não é o local apropriado, mas lembro uma passagem muito significativa da Cecília Meireles - e que é muito rápida -, em que ela denuncia de uma forma primorosa: "Já fui loura, já fui morena, já fui Margarida e Beatriz. Já fui Maria e Madalena. Só não pude ser como quis".

Nós não podemos ser como queremos. A sociedade, cada vez mais, impõe uniformes que, às vezes, não nos cabem. E o Professor Geraldo Ataliba já dizia que o melhor terno do mundo não cabe necessariamente em todo mundo, porque é de outro tamanho, porque serve para outra situação, porque não há que ser aquele o único padrão de existência humana.

Acho que o princípio da igualdade material há de realizar exatamente isso. E o que o Estado faz é oferecer um registro para nossa identificação sócio-jurídica, como aqui já foi muitas vezes dito. Não se respeita a honra de alguém se não se respeita a imagem do que ele é e se não há coerência entre a essência e a aparência. E ter de viver segundo a aparência que o outro impõe é uma forma permanente de sofrimento.

Adotei como fundamentos jurídicos o direito à dignidade, à intimidade, à vida privada, à honra, à imagem, como posto nos documentos internacionais, especialmente no Pacto de São José da Costa Rica, que garante o direito ao nome, em seu art. 18, à personalidade, à liberdade pessoal; e na doutrina, que, aqui, já foi tantas

vezes exposta e manifestada. Este Supremo Tribunal Federal tem precedentes nessa matéria específica, no recurso extraordinário, e nos votos que já foram até aqui tomados.

Acompanho o voto do Ministro Relator no sentido de julgar procedente a ação para dar interpretação conforme a Constituição e aos pactos internacionais que tratam dos direitos fundamentais, e para reconhecer aos transgêneros, que assim desejarem - porque ser um exercício de liberdade, independentemente da cirurgia - e nesse ponto há unanimidade -, a possibilidade de realização de tratamentos.

Peço vênia ao Ministro Marco Aurélio quanto à necessidade de se ir a juízo buscar, ainda que na jurisdição voluntária, o dado necessário para que esse registro se altere. Divirjo de Vossa Excelência nesse ponto e também nos requisitos, os quais não são necessários, também como posto e bem explicitado no voto do Ministro Fachin, em todas as achegas trazidas e no voto do Ministro Celso de Mello.

Voto

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (VOGAL) - 1. Ação direta de inconstitucionalidade, com requerimento de medida cautelar, ajuizada pela Procuradoria-Geral da República objetivando dar interpretação ao art. 58 da Lei n. 6.015/1973 (alterado pela Lei n. 9.708/1998), conforme a Constituição da República, "reconhecendo o direito dos transexuais, que assim o desejarem, à substituição de prenome e sexo no registro civil, independentemente da cirurgia de transgenitalização".

Tem-se na norma impugnada:

> Art. 58. O prenome será definitivo, admitindo-se, todavia, a sua substituição por apelidos públicos notórios (Redação dada pela Lei nº 9.708, de 1998).
>
> Parágrafo único. A substituição do prenome será ainda admitida em razão de fundada coação ou ameaça decorrente da colaboração com a apuração de crime, por determinação, em sentença, de juiz competente, ouvido o Ministério Público (alterada pela Lei n. 9.807, de 1999).

2. A autora sustenta que "o não reconhecimento do direito dos transexuais à troca de prenome e sexo, correspondente à sua identidade de gênero, importa em lesão a preceitos fundamentais da Constituição, notadamente aos princípios da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III), da vedação à discriminação odiosa (art. 3º, inciso IV), da igualdade (art. 5º, *caput*), da liberdade e da privacidade (art. 5º, *caput*, e X)".

Afirma que "impor a uma pessoa a manutenção de um nome em descompasso com a sua identidade é a um só tempo, atentatório à sua dignidade e comprometedor de sua interlocução com terceiros, nos espaços públicos e privados".

3. Adotou-se o rito do art. 12 da Lei 9.868/1999.

4. O Presidente da República manifestou-se pela procedência do pedido, "desde que a retificação do registro público não implique a eliminação do registro originário que consigna o gênero e o prenome anteriores".

5. A Câmara dos Deputados afirmou não ter informações a prestar.

6. O Senado Federal manifestou-se pela improcedência do pedido. Afirmou parecer mais razoável "viabilizar a alteração do prenome e do sexo civil tão somente aos transexuais redesignados, caso em que

se preservam equilibradamente interesses públicos e privados" e que essa possibilidade já está contemplada pelo art. 57 da Lei de Registros Públicos. Asseverou, ainda, a impossibilidade de o Poder Judiciário atuar como legislador positivo.

7. Foram admitidos como *amici curiae* o Conselho Federal de Psicologia; o Grupo de Advogados pela Diversidade Sexual/GADvS; a Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais/ABGLT; o Centro Latino-Americano em Sexualidade e Direitos Humanos/CLAM; o Laboratório Integrado em Diversidade Sexual e de Gênero, Políticas e Direitos/LIDIS; o Grupo Dignidade - Pela Cidadania de Gays, Lésbicas e Transgêneros, o Instituto Brasileiro de Direito de Família/IBDFAM e a Defensoria Pública da União/DPU.

8. A Advocacia-Geral da União manifestou-se pelo não conhecimento da ação, pois o dispositivo legal não disciplinaria a questão suscitada pela autora, que teria admitido não haver lei regulamentando especificamente o assunto. Se conhecida, posicionou-se pela parcial procedência da ação:

> Constitucional. Pedido de concessão de interpretação conforme à Constituição ao art. 58 da Lei n. 6.015/73, para que se reconheça aos transexuais o direito à substituição de prenome e sexo no registro civil, independentemente da cirurgia de transgenitalização. Preliminar. Inviabilidade de interpretação conforme que configure violência à literalidade do texto legal e ao significado que o legislador pretendeu conferir-lhe. Mérito. Constitucionalidade do direito à alteração do prenome e do sexo civil extensível aos transexuais que assim se qualifiquem em conformidade com os critérios dispostos pelo Conselho Federal de Medicina, desde que sejam mantidos no registro civil os dados anteriores à mudança. Manifestação pelo não conhecimento da ação e, no mérito, pela procedência parcial do pedido.

9. A Procuradoria-Geral da República opinou pela procedência da ação, nos termos da petição inicial.

10. Busca-se, na espécie, dar máxima efetividade à norma escrita na realização de princípios constitucionais centrais de nosso ordenamento, observada a cláusula de abertura material do sistema constitucional de direitos fundamentais, disposta no § 2º do art. 5º de nossa Constituição, pelo que conheço da ação.

11. O gênero, diferentemente da morfologia sexual, é, antes de tudo, um elemento de identificação cultural. E cultura é expressão da vivência humana comunitária, que a Constituição quer agregante, não excludente.

Como enfatizei no julgamento da Ação por Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132, pela qual reconhecida a constitucionalidade das uniões homoafetivas:

> a discriminação é repudiada no sistema constitucional vigente, pondo-se como objetivo fundamental da República, expresso, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, na qual se promova 'o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação' (Art. 3º, inc. III).

Tem-se na ementa daquele julgado:

> Arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF). Perda parcial de objeto. Recebimento, na parte remanescente, como ação direta de inconstitucionalidade. União homoafetiva e seu reconhecimento como instituto jurídico. Convergência de objetos entre ações de natureza abstrata. Julgamento conjunto. Encampação dos fundamentos da ADPF nº 132-RJ pela ADI nº 4.277-DF, com a finalidade de conferir 'interpretação conforme à Constituição' ao art. 1.723 do Código Civil. Atendimento das condições da

> ação. 2. Proibição de discriminação das pessoas em razão do sexo, seja no plano da dicotomia homem/mulher (gênero), seja no plano da orientação sexual de cada qual deles. A proibição do preconceito como capítulo do constitucionalismo fraternal. Homenagem ao pluralismo como valor sociopolítico-cultural. Liberdade para dispor da própria sexualidade, inserida na categoria dos direitos fundamentais do indivíduo, expressão que é da autonomia de vontade. Direito à intimidade e à vida privada. Cláusula pétrea. - O sexo das pessoas, salvo disposição constitucional expressa ou implícita em sentido contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. Proibição de preconceito, à luz do inciso IV do art. 3º da Constituição Federal, por colidir frontalmente com o objetivo constitucional de 'promover o bem de todos'. Silêncio normativo da Carta Magna a respeito do concreto uso do sexo dos indivíduos como saque da kelseniana 'norma geral negativa', segundo a qual 'o que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido'. Reconhecimento do direito à preferência sexual como direta emanação do princípio da 'dignidade da pessoa humana': direito a autoestima no mais elevado ponto da consciência do indivíduo. Direito à busca da felicidade. Salto normativo da proibição do preconceito para a proclamação do direito à liberdade sexual. O concreto uso da sexualidade faz parte da autonomia da vontade das pessoas naturais. Empírico uso da sexualidade nos planos da intimidade e da privacidade constitucionalmente tuteladas. Autonomia da vontade. Cláusula pétrea (ADPF n. 132, Relator o Ministro Ayres Britto, *DJe* de 14/10/2011).

Naquele precedente foi decidido:

> O sexo das pessoas, salvo disposição constitucional expressa ou implícita em sentido contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. Proibição de preconceito, à luz do inciso IV do art. 3º da Constituição Federal, por colidir frontalmente com o objetivo constitucional de 'promover o bem de todos' (ADPF n. 132, Relator o Ministro Ayres Britto, *DJe* de 14/10/2011).

12. O indivíduo transexual alinha-se ao subgrupo da comunidade transgênera. Nas palavras de Rodrigo Bernardes Dias:

> Transgêneros, termo 'guarda chuva' que, na lição de Suiama, incorporando definições de várias fontes, pretende abranger todas as identidades e práticas que cruzam, cortam, movem-se entre, ou de qualquer forma desafiam as fronteiras socialmente contribuídas entre sexo e gênero, incluindo transexuais em processo de transição ou já submetidos a procedimentos de transgenitalização, transexuais que optam por não se submeter a procedimentos de reconstrução genital, travestir, *cross dressers* masculinos e femininos e demais pessoas cuja expressão de gênero conflita com o sexo anatômico.
>
> Em suma, são indivíduos nos quais a identidade de gênero não apresenta congruência com seu sexo biológico, observada na maioria dos indivíduos.
>
> Progressivamente as identidades transgêneras têm se tornado mais sutis, complexas, muitas vezes incompatíveis com as divisões binárias e estereotipadas de gênero, desafiando dessa maneira soluções propostas baseadas na patologização das transgressões de gênero, o que resulta na necessidade de estratégias amplas para incluir todas estas possibilidades.
>
> Dentre os transgêneros, os transexuais, os travestis são definidos pela prática médica.
>
> Nesse sentido, a Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde, em seu item F64.0, sob o Título Transtornos da identidade sexual, define o Transexualismo como 'um desejo de viver e ser aceito enquanto pessoa do sexo oposto. Este desejo se acompanha em geral de um sentimento de mal-estar ou de inadaptação por referência a seu próprio sexo anatômico e do desejo de submeter-se a uma intervenção cirúrgica ou a um tratamento hormonal a fim de tornar seu corpo tão conforme quanto possível ao sexo desejado'. Por sua vez, o Conselho Federal de Medicina, por

> meio da Resolução 1.955/10 autoriza as cirurgias de transgenitalização como tratamento nos casos de transexualismo e o define como o desconforto com o sexo anatômico natural, com o desejo expresso de eliminar os genitais, perder as características primárias e secundárias do próprio sexo e ganhar as do sexo oposto (DIAS, Rodrigo Bernardes. *Estado, sexo e direito*. São Paulo: SRS Editora, 2015. p. 331-332).

Estima-se (Winter S, Diamond M, Green J, Karasic D, Reed T, Whittle S, et al. Transgender people: health at the margins of society. Lancet. 2016 Jul 23;388(10042):390-400. doi: http://dx.doi.org/10.1016/S0140-6736(16)00683-8 PMID: 27323925), atualmente, uma população de 25 milhões de transgêneros no mundo (0.3 a 0.5% da população global), em múltiplas conformações culturais (*hijra*, na Índia; *waria* na Indonésia; *muxé*, no México; *fa'afafine* em Samoa; *kathoey* na Tailândia e mesmo dois espíritos, pelos indígenas norte americanos). Pessoas por vezes reconhecidas, cultural e legalmente, afirmam-se pertencentes a um terceiro gênero, em Países como Austrália, Bangladesh, Alemanha, Índia, Irlanda, Nepal e Paquistão (HANA, Tommy; KHOSLA, Rajat; PEGA, Frank; SAY, Lale; THOMAS, Rebekah; VERSTER, Annette. Ensuring an inclusive global health agenda for transgender people. *Boletim da Organização Mundial de Saúde*, 2017, vol. 95, p. 154. Disponível em: http://www.who.int/bulletin/volumes/95/2/16-183913.pdf?ua=1. Acesso em: 7.4.2017).

A título de exemplo, em 2014, a imprensa mundial repercutiu o reconhecimento, pela Suprema Corte da Índia, do nominado terceiro gênero "não como uma questão social ou médica, mas de direitos humanos", na palavras do juiz K S Radhakrishnan:

> Os transgênero são cidadãos deste país e têm direito à educação e a todos os outros direitos', declarou Radhakrishnan, o juiz principal dos dois que presidiram o caso.
>
> As pessoas transgênero e os eunucos vivem à margem da sociedade indiana, tradicionalmente conservadora, e com frequência são obrigados a recorrer à prostituição, à mendicância e ou a empregos muito precários para sobreviver.
>
> Na Índia, grande parte deles forma a comunidade dos 'hijras', que são encarados com uma mistura de temor e respeito.
>
> O recurso à Suprema Corte havia sido apresentado em 2012 por um grupo de pessoas, entre elas um conhecido eunuco e ativista, Laxmi Narayan Tripathi, para exigir direitos igualitários para a população transgênero aos olhos da lei (G1. 15.4.2014. Disponível em: http://g1.globo.com/mundo/noticia/2014/04/suprema- corte-da-india-reconhece-existencia-de-terceiro-genero.html. Acesso em: 10/4/2017).

Assim também na Alemanha, onde, por força de lei vigente desde 1º de novembro de 2013, se permite o registro de crianças com a indefinição do sexo:

> Essa mudança é uma opção para pais de bebês hermafroditas, que nascem fisicamente com ambos os sexos.
>
> A nova legislação abre a possibilidade de a criança, ao se tornar adulta, escolher posteriormente se prefere ser definida como homem ou mulher. Ou mesmo seguir com o sexo indefinido pelo resto da vida. [...]
>
> A nova lei é amparada em uma decisão do tribunal constitucional alemão que estabeleceu que pessoas que se sentem profundamente identificadas com um determinado gênero têm o direito de escolher seu sexo legalmente.

> Outro assunto ainda a ser definido é matrimônio. A lei alemã só permite atualmente casamentos entre homens e mulheres, o que não contempla pessoas de gêneros indefinidos.
>
> Poucos países no mundo possuem legislações sobre terceiro sexo. A Austrália aprovou uma lei há seis semanas, mas desde 2011 os australianos já têm o direito de identificar-se com o sexo 'X' no passaporte. Na Nova Zelândia, isso é possível desde 2012.
>
> O correspondente da BBC na Alemanha, Demian McGuiness, afirma que ainda há outros pontos em aberto. No caso de uma pessoa de sexo indefinido ser presa, em qual presídio ela seria detida?
>
> O grupo de direitos de pessoas transgêneros Trangender Europe vê avanços na legislação alemã, mas reivindica mais mudanças.
>
> 'É [uma mudança] lógica, mas não é uma lei tão progressista como gostaríamos que fosse', disse Richad Köhler, do Transgender Europe. Ele diz que a lei só contempla bebês que tiveram diagnóstico médico de hermafroditismo" (BBC Brasil. 20/8/2013. Disponível em: http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2013/08/130820_alemanha_terceirosexo_dg, Acesso em: 10/4/2017).

Nesse delicado contexto, a Organização Mundial da Saúde tem avançado para uma aproximação humanística dessas comunidades ("*person-centred aproach*"), cogitando alterar a classificação da identidade transgênero de distúrbio mental (CID) para "condições relativas à saúde sexual".

> Organização Mundial da Saúde (OMS) está avançando no caminho para remover a classificação de identidade transgênero como um distúrbio mental em sua lista de doenças, com um empurrãozinho de um novo estudo que pressiona a mudança da antiga designação. A mudança que até agora tem a aprovação de cada comitê pelo qual passou está em revisão para o próximo manual da OMS, que influencia o tratamento das pessoas em todo o mundo. 'A intenção é reduzir as barreiras com o cuidado', diz Geoffrey Reed, psicólogo que está coordenando o grupo que discute transtornos de saúde mental e de comportamento para a nova publicação, que deve ser lançada em maio de 2018. A medida, de acordo com profissionais de saúde, deve ter impacto na aceitação por parte da sociedade e na luta por direitos dessas pessoas. Mas muitos dos defensores dos direitos desse grupo acreditam que é importante manter a identidade transgênero na lista de doenças porque a designação é usada para cobertura de planos de saúde e para obter dinheiro para pesquisa (Disponível em: folha.online.com) .

A preocupação da OMS muda, portanto, de foco centrando-se não mais no fenômeno da transexualidade entendida como um estágio de conformação do ser, mas na pesada carga de doenças mentais, sexuais e reprodutivas, desproporcionalmente suportadas por essas populações, em decorrência de estigmas perversos, séculos de marginalização e privação a serviços básicos de saúde.

Sofrimento fomentado essencialmente pela discriminação histórica, ancorada no atraso do não reconhecimento da identidade de gênero em desacordo com o sexo anatômico:

> A primeira virada está na proposta de revisão da 11ª edição da classificação internacional e estatística de doenças e problemas de saúde (CID-11). Países usam o CID para definir a elegibilidade e o acesso a serviços de saúde e como base para a conceitualização das condições de saúde, tratamentos e resultados. As autoridades de saúde igualmente se utilizam do CID para facilitar a coleta de dados que guiarão políticas e programas de saúde. Sob essa proposta de alteração do CID-11 pelo grupo de trabalho, as identidades transgêneras não mais seriam classificadas em 'transexualismo', sob a categorização 'saúde e desordens mentais' mas como 'incongruência de gênero na adolescência e idade adulta' sob a categoria 'condições relativas à saúde sexual'. Dessa propositura de reclassificação espera-se reduzir a estigmatização

das pessoas transgêneras enquanto doentes, aprimorando-se a via pela qual a saúde transgênera deve ser entendida, mensurada e conduzida. A reclassificação afetaria ainda, de modo positivo e amplo, a visão da sociedade quanto à identidade de gênero8 (HANA, Tommy; KHOSLA, Rajat; PEGA, Frank; SAY, Lale; THOMAS, Rebekah; VERSTER, Annette. Ensuring an inclusive global health agenda for transgender people. *Boletim da Organização Mundial de Saúde*, 2017, vol. 95, p. 154, tradução livre. Disponível em: http://www.who.int/bulletin/volumes/95/2/16-183913.pdf? ua=1. Acesso em: 7.4.2017).

'Although the political debate on transgender people continues to be highly polarized, three major shifts are underway at the World Health Organization (WHO) that should contribute to tackling these challenges. These shifts are the proposed changes to relevant sections of the 11th edition of the International statistical classification of diseases and related health problems (ICD-11); the adoption of a person-centred approach to transgender people's health; and a shift towards an equity- and rights-based approach to the health of transgender people. The first shift is the proposed revision of the ICD. Countries use the ICD to define eligibility and access to health services and as a basis for conceptualizing health conditions, treatments and outcomes. Health officials also use the ICD to facilitate the collection of data that guides policy and programme decisions. Under current proposals to the ICD-11 working group, transgender identities would no longer be classified as "Transsexualism" under the category of "Mental health and disorders' but would be classified as 'Gender incongruence of adolescence and adulthood' under the category of 'Conditions related to sexual health'. The proposed reclassification is expected to reduce the perception of illness and stigmatization of transgender people, and to lead the way for improvements in such course that transgender health can be understood, measured and addressed. The reclassification is also likely to positively affect how gender identity is viewed by society more broadly.

13. A equalização do gênero à psique da pessoa independe da transgenitalização cirúrgica, cujos efeitos e riscos à saúde se veem advertidos nos autos, por exemplo, do Recurso Extraordinário n. 670.422, Relator o Ministro Dias Toffoli, no qual discutida matéria idêntica (e cujo julgamento se conjuga ao presente):

Observe-se que, no caso, temos uma pessoa que é homem, mas que nasceu em um corpo de mulher.

Por isso, no caso, a cirurgia a que o apelante deveria se submeter para 'convencer' o juiz, seria para a construção do pênis - a chamada 'neofaloplastia'.

Contudo, trata-se de cirurgia experimental, e de duvidosos resultados.

A esse respeito, transcrevo considerações do pesquisador Gerald Ramsey ('*Transexuais* - Perguntas e Respostas', Editora GLS), contidas em material trazido aos autos pela parte apelante:

'A 'faloplastia' é o termo cirúrgico para a modelagem ou formação de um novo pênis [...] Não encontrei relatos de construções de neofalos em que a função de ereção se parecesse com a função própria de um pênis congênito. No pênis congênito, a turgescência, rigidez e elevação do falo é resultado do tecido erétil que se enche de sangue. Contudo, o neofalo pode ser funcionalmente enrijecido por meio de vários artifícios internos e externos. Infelizmente, houve relatos de uma tendência por parte de implantes rígidos para a erosão e a extrusão. Implantes rígidos podem ainda ser uma fonte de embaraço na medida em que o novo pênicas fica permanentemente ereto. Com implantes protéticos há uma alta incidência de falha mecânica [...] Com a faloplastia em geral foram relatados vários problemas. Além dos riscos cirúrgicos normais, tais como os relacionados à anestesia e a infecções, o transexual confronta-se com muitos outros riscos. A lista que se segue é incompleta, mas representativa de potenciais complicações: - espasmos vesiciais (hage, de Graf, van den Hoek e Bloem, 1993) - estenose do meato - estreitamento de uma passagem (idibem); - incontinência urinária (Fitzpatrick, Szierzewski e McGuire, 1993) - colite (Toolenaar, Freundt, Huikeshoven, Drogendijk, Jeekl e Chadha-Ajwani, 1993); - fístulas - deformidades das estruturas que ligam os órgãos ou, no caso de micção, que ligam um órgão interno com o meio

> externo (HAGE, DE GRAAF, BOUMAN e BLOEM, 1993) - necrose do neofalo - isto resulta na perda ou morte literal do pênis' (acórdão recorrido, f. 165/166).

No ponto, como realçado pelo Relator daquele caso, no Tribunal de Justiça do Rio Grande de Sul se reconheceu que a masculinidade não se consubstancia ou reduz ao sexo anatômico. Menos ainda se substitui às intrincadas vias da autodeterminação sexual:

> Pense-se, por exemplo, em alguém que tenha tido ou sofrido um acidente ou uma doença, que tenha resultado em perda do pênis (certos tipos de câncer no pênis, por exemplo, podem levar a isso).
>
> Nem por isso se haverá de pensar que, pela perda do pênis em função do acidente ou da doença, a pessoa deixou de ser homem (acórdão recorrido no RE n. 670.422, Relator o Ministro Dias Toffoli , f. 167).

14. A identificação da "pessoa natural" segundo sua genitalidade, conquanto traduza, no atual estágio civilizatório, elemento naturalístico preponderante, cultural e consensual entre os povos, não esgota, contém, ou minimamente espelha a complexidade da "pessoa humana", que deve ser reconhecida segundo sua dignidade.

É o que se reconhece no constitucionalismo contemporâneo, ao se insculpir o princípio da dignidade da pessoa humana (inc. III do art. 1º da Constituição da República de 1988) como pedra angular do sistema, baliza mestra para a edificação do Estado e suas instituições políticas.

Como leciona Ingo Wolfgang Sarlet:

> Tanto a concepção de dignidade da pessoa humana quanto o próprio jusnaturalismo passaram por um processo de racionalização e secularização, que atingiu seu ponto culminante com o pensamento de Immanuel Kant, que, dialogando com a tradição anterior, construiu uma noção de dignidade fundada na autonomia da vontade e na ideia de que o homem é um fim em si mesmo, não podendo jamais ser tratado como mero objeto, profundamente o pensamento subsequente, mas também deitou raízes no constitucionalismo contemporâneo, apesar da inserção de importantes contribuições de outros autores, como é o caso de Hegel, especialmente naquilo em que aponta para a circunstância de que a dignidade também é uma qualidade a ser conquistada. De qualquer sorte, vinculada à noção de liberdade e de direitos inerentes à natureza (racional) humana, a dignidade passou a ser gradativamente reconhecida e tutelada pelo direito positivo, tanto constitucional quanto internacional, assumindo, no que parece existir considerável dose de consenso, a condição parâmetro de legitimidade do Estado e do Direito, espécie de valor-fonte (Miguel Reale) e 'ponto de Arquimedes' do Estado Constitucional (Haverkate), muitas vezes mesmo sem que tenha havido previsão expressa quanto ao seu reconhecimento como valor e princípio fundamental, como precisamente bem ilustra a evolução constitucional brasileira, onde apenas em 1988 a dignidade da pessoa humana veio a ser expressamente referida - e com o merecido destaque - no texto constitucional (SARLET, Ingo Wolfgang, Art. 1º, inc. III; In: CANOTILHO, J.J. Gomes, et al (Coords.); *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2014. p. 121).

15. Esse princípio também é reconhecido na Declaração Universal dos Direitos Humanos adotada pela Organização das Nações Unidas (10.12.1948):

> PREÂMBULO
>
> Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo,

> Considerando que o desprezo e o desrespeito pelos direitos humanos resultaram em atos bárbaros que ultrajaram a consciência da Humanidade e que o advento de um mundo em que todos gozem de liberdade de palavra, de crença e da liberdade de viverem a salvo do temor e da necessidade foi proclamado como a mais alta aspiração do homem comum,
>
> Considerando ser essencial que os direitos humanos sejam protegidos pelo império da lei, para que o ser humano não seja compelido, como último recurso, à rebelião contra tirania e a opressão,
>
> Considerando ser essencial promover o desenvolvimento de relações amistosas entre as nações,
>
> Considerando que os povos das Nações Unidas reafirmaram, na Carta da ONU, sua fé nos direitos humanos fundamentais, na dignidade e no valor do ser humano e na igualdade de direitos entre homens e mulheres, e que decidiram promover o progresso social e melhores condições de vida em uma liberdade mais ampla,
>
> Considerando que os Estados-Membros se comprometeram a promover, em cooperação com as Nações Unidas, o respeito universal aos direitos humanos e liberdades fundamentais e a observância desses direitos e liberdades, Considerando que uma compreensão comum desses direitos e liberdades é da mais alta importância para o pleno cumprimento desse compromisso,
>
> A ASSEMBLEIA GERAL proclama a presente DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIRETOS HUMANOS como o ideal comum a ser atingido por todos os povos e todas as nações, com o objetivo de que cada indivíduo e cada órgão da sociedade, tendo sempre em mente esta Declaração, se esforce, através do ensino e da educação, por promover o respeito a esses direitos e liberdades, e, pela adoção de medidas progressivas de caráter nacional e internacional, por assegurar o seu reconhecimento e a sua observância universal e efetiva, tanto entre os povos dos próprios Estados-Membros, quanto entre os povos dos territórios sob sua jurisdição.
>
> Artigo 1.
>
> Todas os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade.

Tem-se no § 2º do art. 5º de nossa Constituição9, "cláusula de abertura material do sistema constitucional de direitos fundamentais como sendo um sistema inclusivo e amigo dos direitos fundamentais segundo o qual" (SARLET, Ingo Wolfgang, Art. 1º, inc. III; In: CANOTILHO, J.J. Gomes, *et al* (Coords.); *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2014. p. 517).

> Art. 5º, § 2º - os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

16. É nessa afirmação constitucional que a transexualidade se apresenta não mais como objeto de exame mas como coloração a mais do humano, do que tem de indomável e exuberante. Do que jamais se reduziria a veredictos clínicos ou ao olhar de mera condescendência.

Daí os mencionados esforços da Organização Mundial de Saúde em alterar a classificação de "doença", para "condição", sob o signo de "incongruência de gênero na adolescência e idade adulta", categorizada em "condições relativas à saúde sexual".

17. A linha mestra do direito contemporâneo, que reveste o homem de cidadania, garante-lhe a liberdade para tornar-se o que é, e não para ser o que aparenta ou o que querem que seja.

Na espécie, é o que se concretiza pela garantia do registro civil de prenome e sexo condignos à sua identidade de gênero, científica e judicialmente reconhecida. A identidade que lhe integra os direitos inalienáveis da personalidade, a partir de seu íntimo, projetam-se à sua comunidade, a seus afetos, desde a família de origem até a família que origina.

18. Em 19/11/2015, este Supremo Tribunal iniciou a discussão do tema, no julgamento, com repercussão geral, do Recurso Extraordinário n. 845.779, relator o Ministro Roberto Barroso.

Analisava-se, na espécie, ação de indenização por danos morais ajuizada por transgênero, alegadamente vítima de discriminação quando impedida de utilizar-se de banheiro feminino.

No centro da discussão, o direito de pessoa nascida com sexo masculino, ser publicamente tratada por mulher, gênero de sua identificação psíquica.

Iniciado o julgamento, atualmente interrompido pelo pedido de vista do Ministro Luiz Fux, votaram pelo provimento do recurso e decorrente indenização por danos morais, o Ministro Relator (Roberto Barroso) e Edson Fachin.

Tem-se no voto do Ministro Edson Fachin (liberado para publicação) fundamento de garantia da autodeterminação de gênero e seu consectários jurídicos (uso de banheiro público e adequado tratamento social) exatamente à luz do princípio da dignidade da pessoa (inc. III do art. 1º), da igualdade material (*caput* do art. 5º) e da não discriminação:

> O Brasil é o país que mais mata pessoas trans no mundo. O Projeto de Monitoramento de Assassinatos Trans (Trans Murder Monitoring - TMM - Project) aponta que, em termos absolutos, entre janeiro de 2008 e dezembro de 2014, entre os países em que esses dados foram produzidos, o Brasil foi aquele com o maior número absoluto de assassinatos de pessoas trans (689 homicídios). Corresponde, pois, a 51% dos 1.356 casos desse tipo de homicídio registrados na América Latina.
>
> 14. No mesmo sentido, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização de Estados Americanos (OEA) registrou o Brasil como o país com o maior número de mortes violentas de pessoas trans no continente, no período de janeiro de 2013 a março de 2014. Com uma diferença de 100 casos para o segundo colocado, o país registrou 140 assassinatos. [...]
>
> À luz da narratividade constitucional, do direito constitucional positivo e da triste realidade a que se submetem não apenas as mulheres transexuais, mas também os homens transexuais, afigura-se imprescindível adentrar o debate exercitando alteridade e empatia, à luz da solidariedade que constitui um dos princípios fundamentais de nossa República (art. 3º, I, CRFB). [...]
>
> A Constituição em seu art. 5º, *caput*, estabelece a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, ao passo que em seus incisos se podem ver assegurados a: i) igualdade entre homens e mulheres (inciso I), bem como ii) a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação (inciso X).
>
> Como já consignei, tais dispositivos não podem ser lidos de forma distanciada da cláusula de tutela geral da personalidade fundada no princípio da dignidade da pessoa humana, mote da repersonalização do

Direito Privado. Isso porque 'os direitos de personalidade não têm por fundamento o dado abstrato da personalidade jurídica, mas, sim, a personalidade como dado inerente ao sujeito concreto' (FACHIN, Luiz Edson; PIANOVSKI RUZYK, Carlos Eduardo. Princípio da Dignidade Humana (no Direito Civil). In: TORRES, Ricardo Lobo; KATAOKA, Eduardo Takemi; GALDINO, Flávio (Orgs.). *Dicionário de princípios jurídicos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.p. 314). [...]

Como recentemente frisado pelo Min. Gilmar Mendes neste Plenário, as cláusulas constitucionais, à luz do próprio princípio da maior eficácia aos direitos fundamentais, se veem robustecidas em sua especificidade, à luz do direito internacional, o que inclusive dá concretude à compreensão há muito afirmada em sede doutrinária de sua universalidade.

Assim, a igualdade entre homem e mulher, à luz do postulado maior da não discriminação, necessariamente dialoga, entre outros, com o disposto no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (Artigos 2º, 1, e 26), abaixo transcritos:

'ARTIGO 2º

1. Os Estados Partes do presente pacto comprometem-se a respeitar e garantir a todos os indivíduos que se achem em seu território e que estejam sujeitos a sua jurisdição os direitos reconhecidos no presente Pacto, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer condição.

ARTIGO 26

Todas as pessoas são iguais perante a lei e têm direito, sem discriminação alguma, a igual proteção da Lei. A este respeito, a lei deverá proibir qualquer forma de discriminação e garantir a todas as pessoas proteção igual e eficaz contra qualquer discriminação por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer outra situação'.

Dessa forma, o dispositivo necessariamente abarca as mulheres e os homens transexuais. É necessário, ainda nessa toada, perquirir pela noção de identidade de gênero a fim de se poder compreender a questão em sua plenitude.

Nesse sentido, extremamente elucidativa a Introdução aos Princípios de Yogyakarta, documento apresentado no Conselho de Direitos Humanos da ONU que versa justamente sobre a aplicação da legislação internacional sobre direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero.

Nele se consigna logo de partida em seu preâmbulo que identidade de gênero:

'[...] como estando referida à experiência interna, individual e profundamente sentida que cada pessoa tem em relação ao gênero, que pode, ou não, corresponder ao sexo atribuído no nascimento, incluindo-se aí o sentimento pessoal do corpo (que pode envolver, por livre escolha, modificação da aparência ou função corporal por meios médicos, cirúrgicos ou outros) e outras expressões de gênero, inclusive o modo de vestir-se, o modo de falar e maneirismo'.

No ponto, apontou Sua Excelência a gravosa antijuridicidade na exigência da transgenitalização cirúrgica como condição à redefinição do gênero:

Perceba-se desde logo que não se afiguraria correto, em meu sentir, condicionar o reconhecimento da identidade de gênero à realização de eventual cirurgia de redesignação, pois isso repercutiria como uma segunda e grave violação a também ensejar dano moral.

Colho aqui as importantes lições de Camila de Jesus Mello Gonçalves, construídas em tese defendida na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo sob orientação do professor Celso Lafer e agora publicadas em livro:

'Argumentos favoráveis a admitir o direito à identidade sexual do transexual não operado podem ser alinhavados, com vistas a evitar o aprofundamento de seu constrangimento e de sua dor, pela imposição de uma cirurgia que seria sentida como uma violência física a quem já experimenta um grave desconforto psíquico.

Em tal circunstância, exigir a intervenção cirúrgica como condição para o reconhecimento da identidade de gênero pode acabar implicando uma violação à autonomia e ao direito à integridade, na hipótese em que a pessoa se submeta à operação coagida pela necessidade de obter a adequação entre a sua aparência e a sua qualificação jurídica, sendo forçada a concordar com a mudança em seu corpo para ter reconhecido seu gênero e identificação. [...]

Nessa hipótese, a cirurgia, ao invés de concretizar o exercício de liberdade e do direito à integridade psicofísica, em prol do desenvolvimento da personalidade, realizar-se-ia como forma de evitar a discriminação; ou seja, acabaria consistindo em uma segunda violação de direitos, agora sobre a integridade física de quem já sentia discriminado por conta da identidade de gênero' (GONÇALVES, Camila de Jesus Mello. *Transexualidade e direitos humanos*: o reconhecimento da identidade de gênero entre os direitos da personalidade. Curitiba: Juruá, 2014. p. 218) [...]

Conclui a autora, ressaltando que na cultura ocidental os órgãos sexuais referem-se à dimensão privada da identidade ('partes íntimas'), que há, portanto, na segunda perspectiva, fundamentos aptos à admissão da identidade de gênero independente da anatomia do sexo (GONÇALVES, Camila de Jesus Mello. *Transexualidade e Direitos Humanos*: O Reconhecimento da Identidade de Gênero entre os Direitos da Personalidade. Curitiba: Juruá, 2014. p. 219-221).

Recordo que em relatório formulado pelo Prof. Stéfano Rodotà sobre as conclusões a que se chegou nos debates ocorridos no 23º Colóquio sobre Direito Europeu realizado há mais de vinte anos na Vrije Universiteit Amsterdam, na Holanda, ao tratar dos temas de intimidade e da vida privada ligados ao tema da transexualidade, esquadrinhou naquela ocasião sua preferência expressa pela utilização da expressão esfera privada no lugar de vida privada. [...]

Como aduz o autor, os temas ligados à intimidade não devem '[...] ser considerados rigorosamente ligados à ideia de sigilo, mas a algo muito mais complexivo que requeira proteção em razão de escolhas de vida que devem ser protegidas contra o controle estatal e estigmatização social'. E continua o professor de Roma o seu raciocínio:

'A vida privada não deve ser considerada tão somente como algo dado, mas sim como algo diretamente construído pela pessoa interessada. Dessa forma, eu prefiro falar em esfera privada no lugar de vida privada, como algo que tem sido construído direta e continuamente pela pessoa interessada; ela [esfera privada] é o resultado de uma interação entre o que é privado e a sociedade, contribuindo bastante para a própria definição da identidade pessoal e, consequentemente, para aquela parte da identidade pessoal que é denominada identidade sexual' (Traduções livres de: RODOTÀ, Stefano. General Presentation of Problems related to Transsexualism. In: *Transsexualism, medicine and law*: proceedings of the XXIIIrd Colloquy on European Law. Strasbourg: Concil of Europe Publishing, 1995. p. 22-23).

19. Sujeitar pessoa com prenome masculino ao registro do sexo oposto (ou vice-versa) importaria não apenas em insegurança jurídica, mas em inaceitáveis sofrimento e constrangimento, em afrontosa contrariedade aos direitos de sua personalidade.

Como anotado pelo Desembargador Relator, no Tribunal de Justiça gaúcho, no Recurso Extraordinário n. 670.422, "do ponto de vista lógico-jurídico não é admissível manter no registro o gênero feminino para alguém de prenome tão claramente masculino, o que resta, por aqui e por agora, é fazer a adequação final".

20. Retornando ao julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 132, Relator o Ministro Ayres Britto, o Plenário deste Supremo Tribunal assentou a "proibição de discriminação das pessoas em razão do sexo, seja no plano da dicotomia homem/mulher (gênero), seja no plano da orientação sexual de cada qual deles".

Naquela assentada, reafirmei lição na qual, "contra todas as formas de preconceito, contra quem quer que seja, há o direito constitucional. E este é um tribunal que tem a função precípua de defender e garantir os direitos constitucionais". E, projetando a visão jurídica desse constante aprimoramento humano, ponderei:

> Observo, inicialmente, que a conquista de direitos é tão difícil quanto curiosa. A luta pelos direitos é árdua para a geração que cuida de batalhar pela sua aquisição. E parece uma obviedade, quase uma banalidade, para as gerações que os vivem como realidades conquistadas e consolidadas.
>
> Bobbio afirmou, na década de oitenta do séc. XX, que a época não era de conquistar novos direitos, mas tornar efetivos os direitos conquistados.
>
> Este julgamento demonstra que ainda há uma longa trilha, que é permanente na história humana, para a conquista de novos direitos. A violência continua, minorias são violentadas, discriminações persistem.

"Veredas há a serem palmilhadas, picadas novas há a serem abertas para o caminhar mais confortável do ser humano" (ADPF n. 132).

Anotei ainda:

> É certo; nem sempre a vida é entendível. E pode-se tocar a vida sem se entender; pode-se não adotar a mesma escolha do outro; só não se pode deixar de aceitar essa escolha, especialmente porque a vida é do outro e a forma escolhida para se viver não esbarra nos limites do Direito. Principalmente, porque o Direito existe para a vida, não a vida para o Direito. [...]
>
> Para ser digno há que ser livre. E a liberdade perpassa a vida de uma pessoa em todos os seus aspectos, aí incluído o da liberdade de escolha sexual, sentimental e de convivência com outrem.
>
> O que é indigno leva ao sofrimento socialmente imposto. E sofrimento que o Estado abriga é antidemocrático. E a nossa é uma Constituição democrática.
>
> Garantidos constitucionalmente os direitos inerentes à liberdade (art. 5º, *caput*, da Constituição) há que se assegurar que o seu exercício não possa ser tolhido, porque, à maneira da lição de Ruy Barbosa, o direito não dá com a mão direita para tirar com a esquerda. Não seria pensável que se assegurasse constitucionalmente a liberdade e, por regra contraditória, no mesmo texto se tolhesse essa mesma liberdade, impedindo-se o exercício da livre escolha do modo de viver, pondo-se aquele que decidisse exercer o seu direito a escolhas pessoais livres como alvo de preconceitos sociais e de discriminações, à sombra do direito.
>
> 7. A discriminação é repudiada no sistema constitucional vigente, pondo-se como objetivo fundamental da República, expresso, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, na qual se promova "o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação" (Art. 3º, inc. III).

> Se a República põe, entre os seus objetivos, que o bem de todos haverá de ser promovido sem preconceito e de qualquer forma de discriminação, como se permitir, paralelamente, seja tida como válida a inteligência de regra legal, que se pretenda aplicada segundo tais princípios, a conduzir ao preconceito e à discriminação?
>
> Realça-se, aqui, o princípio da igualdade, porque se tem o direito de ser tratado igualmente no que diz com a própria humanidade e o direito de ser respeitado como diferente em tudo é a individualidade de cada um. A escolha da vida em comum com quem quer que seja é uma eleição que concerne à própria condição humana, pois a afeição nutrida por alguém é o que pode haver de mais humano e de mais íntimo de cada um (ADPF n. 132).

21. Na espécie, retorna a este Supremo Tribunal a discussão quanto ao mais elementar no humano: a prerrogativa de reconhecer-se segundo saudáveis convicções íntimas e de ser reconhecido como tal. Asseverou o Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero, no Recurso Extraordinário nº 845.779:

> [...] o reconhecimento público do gênero que as pessoas transexuais designam para si mesmas é essencial para reconhecê-las como humanas, dignas de respeito e consideração pela sua forma particular de estar no mundo. Parte desse reconhecimento inclui a necessidade de permitir às pessoas transexuais a vivência do gênero declarado sem necessidade de comprovar processo de redesignação corporal. A experiência do gênero diversa da sexagem feita no nascimento é uma das várias formas de se viver o corpo e o gênero, e o impedimento à sua expressão constitui prática discriminatória e violação de direitos fundamentais.

22. Assentadas essas premissas, questiona-se a necessidade de assentamento, no registro civil, da condição de transexualidade ou da manutenção dos dados anteriores, indicativos da transição de gênero, o que resguardaria o princípio da publicidade e da veracidade dos registros públicos.

A alegação, contudo, carece de suficiente envergadura constitucional considerada a inviolabilidade dos direitos fundamentais ponderados, conformadores da personalidade humana.

23. A identidade de gênero não pode espelhar o único critério da anatomia desconsiderando a vida psíquica do indivíduo. A pessoa vive e convive com outros, apresentando-se e sendo socialmente reconhecida. Como enfatizou a Procuradoria-Geral da República no Recurso Extraordinário n. 670.422 (julgamento conjunto):

> A inclusão do termo transexual no registro do recorrente não retrata a verdade sexual psicológica, além de embaraçar o exercício da liberdade e a aquisição da identidade plena, mantendo o recorrente em inaceitável situação de angústia e incerteza, situação violadora da dignidade da pessoa humana assegurada pela Constituição Federal (RE n. 670.422, Relator o Ministro Dias Toffoli, parecer f. 232).

24. Note-se que, nos registros de filiação por adoção, vínculo jurídico constituído por sentença judicial que, na forma do § 6º do art. 227 da Constituição, impõe seu assentamento sem "nenhuma observação sobre a origem do ato", que não constará das certidões do registro:

> Lei n. 8.069/90. Art. 47. O vínculo da adoção constitui-se por sentença judicial, que será inscrita no registro civil mediante mandado do qual não se fornecerá certidão.
>
> [...] § 4º Nenhuma observação sobre a origem do ato poderá constar nas certidões do registro. (Redação dada pela Lei nº 12.010, de 2009)

> Nessa perspectiva, a Constituição consagrou, em seus artigos 226 e 227, essa nova significação da família, centrada no afeto como valor preponderante, inclusive no que tange ao reconhecimento e estabelecimento da paternidade.
>
> E é nessa conjuntura que o instituto da adoção ganha relevo, ao deixar de se assemelhar a um favor ou caridade a um menor, para, efetivamente, estabelecer laços de paternidade irrenunciáveis, com a equiparação entre filhos biológicos e filhos adotivos para quaisquer fins: 'Com efeito, o estatuto constitucional da filiação reflete uma filiação una, igualitária, qualquer que seja sua origem. Para a norma constitucional não há vínculo mais forte, nem o de sangue, nem o do amor. Filho é tão somente filho. E esse filho, não importa a que forma de família pertença, encontra nela instrumento de realização de direitos (VENCELAU, Rose Melo. *O elo perdido da filiação*: entre a verdade jurídica, biológica e afetiva no estabelecimento do vínculo paterno-filial. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 44- 45).

O que a lei e a jurisprudência deste Supremo Tribunal garantem à pessoa adotada (art. 48 da Lei n. 8.069/1990 "Art. 48. O adotado tem direito de conhecer sua origem biológica, bem como de obter acesso irrestrito ao processo no qual a medida foi aplicada e seus eventuais incidentes, após completar 18 (dezoito) anos. Redação dada pela Lei nº 12.010, de 2009") o direito à verdade biológica, o que tampouco se vincula à genitalidade, mas à investigação genética (teste de DNA), mesmo para fins patrimoniais. Nesse sentido, o julgado do Recurso Extraordinário n. 898.060:

> O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, fixou tese nos seguintes termos: 'A paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios', vencidos, em parte, os Ministros Dias Toffoli e Marco Aurélio. Ausente, justificadamente, o Ministro Roberto Barroso, participando do encontro de juízes de Supremas Cortes, denominado Global Constitutionalism Seminar, na Universidade de Yale, nos Estados Unidos. Presidiu o julgamento a Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 22.09.2016 (RE n. 898.060, Relator o Ministro Luiz Fux, acórdão pendente de publicação).

25. Impõe-se, assim, a alteração do registro civil segundo a identidade de gênero, sem anotação da condição transexual, pela inviolabilidade constitucional do direito à personalidade, à luz do princípio da dignidade da pessoa (inc. III do art. 1º), da solidariedade e não discriminação (inc. I do art. 3º), da igualdade material (*caput* do art. 5º), e da universalidade dos direitos fundamentais.

26. Pelo exposto, e na esteira da divergência inaugurada pelo Ministro Edson Fachin, voto no sentido de julgar procedente o pedido para, interpretando o art. 58 da Lei n. 6.015/1973, conforme a Constituição, assegurar "à pessoa humana, na condição de transgênero, a alteração do prenome e do sexo originariamente lançados no registro civil de nascimento, segundo aqueles com os quais se identifica, por autodeclaração, na via administrativa (cartorária), independentemente de prévia autorização judicial".

Extrato de ata

Decisão: Após o relatório e as sustentações orais, o julgamento foi suspenso. Ausente, neste julgamento, o Ministro Gilmar Mendes. Impedido o Ministro Dias Toffoli. Falaram: pelo Ministério Público Federal, o Dr. Rodrigo Janot Monteiro de Barros, Procurador-Geral da República; pelo *amicus curiae* Instituto Brasileiro de Direito de Família - IBDFAM, a Drª. Maria Berenice Dias; pelo *amicus curiae* Grupo Dignidade - Pela Cidadania de Gays, Lésbicas e Transgêneros, a Drª. Gisele Alessandra Schmidt e Silva; pelos *amici curiae* Laboratório Integrado em Diversidade Sexual e de Gênero Políticas e Direitos - LIDIS e Centro

Latino- Americano em Sexualidade e Direitos Humanos - CLAM, o Dr. Wallace Corbo. Presidência da Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 7/6/2017.

Decisão: Após o voto do Ministro Marco Aurélio (Relator), julgando parcialmente procedente o pedido, para dar interpretação conforme ao art. 58 da Lei 6.015/1973, nos termos de seu voto, e após os votos dos Ministros Alexandre de Moraes, divergindo em parte do Relator, e o voto do Ministro Edson Fachin, julgando procedente a ação direta, no que foi acompanhado pelos Ministros Roberto Barroso, Rosa Weber e Luiz Fux, o julgamento foi suspenso. Presidência da Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 28/2/2018.

Decisão: O Tribunal, por maioria, vencidos, em parte, os Ministros Marco Aurélio e, em menor extensão, os Ministros Alexandre de Moraes, Ricardo Lewandowski e Gilmar Mendes, julgou procedente a ação para dar interpretação conforme a Constituição e o Pacto de São José da Costa Rica ao art. 58 da Lei 6.015/73, de modo a reconhecer aos transgêneros que assim o desejarem, independentemente da cirurgia de transgenitalização, ou da realização de tratamentos hormonais ou patologizantes, o direito à substituição de prenome e sexo diretamente no registro civil. Impedido o Ministro Dias Toffoli. Redator para o acórdão o Ministro Edson Fachin. Presidiu o julgamento a Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 1º/3/2018.

Presidência da Senhora Ministra Cármen Lúcia. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Dias Toffoli, Luiz Fux, Rosa Weber, Roberto Barroso, Edson Fachin e Alexandre de Moraes.

Procuradora-Geral da República, Dra. Raquel Elias Ferreira Dodge.

P/ Doralúcia das Neves Santos - Assessora-Chefe do Plenário.

(Publicado no *DJe* de 28/3/2019.)

• • •

Questão de ordem - Denúncia oferecida pela Procuradora-Geral da República - Direito penal - Direito processual penal - Competência - Precedente - AP 937-QO - *Ratio decidendi* - Aplicabilidade a toda e qualquer autoridade que possua prerrogativa de foro - Questão de ordem resolvida para declinar da competência ao juízo de 1ª Instância

1. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao concluir o julgamento, na data de 3/5/2018, da AP 937-QO, aprovou, por maioria, as teses de que: "(i) O foro por prerrogativa de função aplica-se apenas aos crimes cometidos durante o exercício do cargo e relacionados às funções desempenhadas; e de que "(ii) Após o final da instrução processual, com a publicação do despacho de intimação para apresentação de alegações finais, a competência para processar e julgar ações penais não será mais afetada em razão de o agente público vir a ocupar outro cargo ou deixar o cargo que ocupava, qualquer que seja o motivo".

2. A *ratio decidendi* do julgamento realizado pelo Supremo Tribunal Federal na AP 937-QO aplica-se, indistintamente, a qualquer hipótese de competência especial por prerrogativa de função, tanto que a discussão acerca da possibilidade de modificação da orientação jurisprudencial foi conduzida objetivamente pelo Plenário em consideração aos parâmetros gerais da sobredita modalidade de competência especial, isto é, sem qualquer valoração especial da condição de parlamentar do réu da AP.

3. *In casu*, os fatos imputados na peça acusatória foram praticados, em tese, pelos dois denunciados, respectivamente, no exercício e em razão do cargo de Governador do Estado e no exercício do cargo de Deputado Estadual, embora, nesse último caso, sem pertinência com o cargo em questão; sendo que, em ambos os casos, os denunciados não mais exercem os cargos no exercício dos quais praticaram, em tese, as condutas: o então Governador de Estado é, atualmente, Senador da República no exercício do cargo de Ministro de Estado; sendo que o então Deputado Estadual é, atualmente, Conselheiro do Tribunal de Contas do Estado do Mato Grosso.

4. O elemento persuasivo (vinculante ou vinculativo, conforme o caso) do precedente não decorre das partes ou do dispositivo da decisão, mas sim dos fundamentos jurídicos adotados para justificá-la, ou seja, da chamada *ratio decidendi*. *In casu*, a) não cabe cogitar da competência do STF para conhecer da denúncia oferecida, uma vez que o hoje Senador da República e Ministro de Estado não praticou, em tese, o fato no exercício e em razão daqueles últimos cargos; b) não se visualiza competência do STJ, uma vez que o denunciado Blairo não mais exerce o cargo de Governador do Estado e o denunciado Sérgio, embora exerça atualmente o cargo de Conselheiro de Tribunal de Contas, não praticou, em tese, o fato no exercício do aludido cargo; c) não se visualiza competência do Tribunal local, uma vez que o denunciado Sérgio, embora tenha praticado o fato, em tese, na condição de Deputado Estadual, não mais exerce o cargo em questão; d) por exclusão, o único Juízo competente para conhecer da peça acusatória é o da 1ª instância, mais precisamente, da Justiça Estadual do Mato Grosso, considerando não se visualizar, a princípio, competência da Justiça Federal quanto aos crimes imputados.

5. Voto no sentido de resolver a questão de ordem por meio da declinação da competência para conhecer da denúncia à 1ª instância da Justiça Estadual do Mato Grosso.

QUESTÃO DE ORDEM NO INQUÉRITO 4.703-DF - Relator: MINISTRO LUIZ FUX

Autor: Ministério Público Federal. Procurador: Procurador-Geral da República. Investigado: Blairo Borges Maggi. Advogado: Fabio Galindo Silvestre. Investigado: Sergio Ricardo de Almeida. Advogado: Antonio Carlos de Almeida Castro e outro.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência do Senhor Ministro Alexandre de Moraes, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por maioria, em declinar da competência, remetendo os autos à Primeira Instância da Justiça Estadual de Mato Grosso, vencido o Ministro Alexandre de Moraes, Presidente, que declinava da competência para o Superior Tribunal de Justiça. Na sequência, por unanimidade, afastou a alegação de prevenção, tudo nos termos do voto do Relator.

Brasília, 12 de junho de 2018. *Ministro Luiz Fux* - Relator.

Relatório

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (Relator) - Trata-se de denúncia (f. 04-52) oferecida pela Procuradora-Geral da República em face de Blairo Borges Maggi e Sérgio Ricardo de Almeida, imputando-lhes o cometimento dos crimes previstos nos arts. 333, *caput* e parágrafo único, do CP e art. 1º, *caput*, V e VII, da Lei nº 9.613/98 (apenas Sérgio Ricardo).

Em apertada síntese, ao denunciado Blairo Maggi foi imputado o cometimento do crime de corrupção ativa (em duas oportunidades, na forma do art. 69 do CP), por meio de condutas praticadas, em tese, no primeiro semestre do ano de 2009, quando aquele se encontrava no exercício do cargo de Governador do Estado do Mato Grosso. Ademais, conforme a denúncia, as condutas foram praticadas por Blairo em razão do cargo eletivo exercido.

Já ao denunciado Sérgio Ricardo foi imputado o cometimento dos crimes de corrupção ativa (em duas oportunidades, na forma do art. 69 do CP) e lavagem de dinheiro, por meio de condutas praticadas, em tese, respectivamente, no primeiro semestre do ano de 2009, no período compreendido entre janeiro e maio de 2012 e no período compreendido entre dezembro de 2009 e abril de 2010, quando aquele se encontrava no exercício do cargo de Deputado Estadual do Mato Grosso. De acordo com a peça acusatória, as condutas em questão não foram praticadas por Sérgio em razão do cargo de Deputado Estadual exercido, mas visando a viabilizar a futura assunção, por aquele denunciado, do cargo de Conselheiro do Tribunal Estadual de Contas.

Autuada a denúncia, determinou este Relator que se desse vista dos autos à Procuradora-Geral da República, para o fim de que, em consideração aos parâmetros fixados pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal no julgamento da questão de ordem suscitada na AP 937, se manifestasse quanto à competência dessa Corte para o processamento da peça acusatória (f. 250).

A Procuradora-Geral da República, então, reconhecendo a incompetência do Supremo Tribunal Federal para conhecer da denúncia, requereu a remessa dos autos ao Superior Tribunal de Justiça. Para tanto, argumentou que o mencionado precedente da AP 937 restringir-se-ia ao foro por prerrogativa de função

de Deputados Federais e Senadores da República, sem qualquer reflexo quanto à interpretação da norma constitucional que prevê a competência do STJ para o julgamento de ação penal em face de Conselheiro de Tribunal de Contas Estadual (art. 105, I, *a*, da CF), cargo atualmente exercido pelo denunciado Sérgio Ricardo (f. 254-256).

Nesse contexto, suscito a presente questão de ordem, para o fim de que esta Egrégia Turma delibere acerca da competência para o conhecimento da peça acusatória oferecida.

Por fim, no último dia 8/6/2018, quando já pautado o julgamento, sobrevieram os autos petições interpostas pela defesa dos denunciados, requerendo que, previamente ao conhecimento da questão de ordem acima suscitada, deliberasse a Turma acerca da suposta prevenção do Ministro Dias Toffoli e, consequentemente, da Segunda Turma, para conhecer da denúncia. Para tanto, alega-se, em síntese, (a) que, em março de 2014, foi instaurado no STF o INQ 3842, a partir da notícia do envolvimento do Senador Blairo Maggi em investigação que então tramitava na 5ª Vara Federal da Seção Judiciária do Estado do Mato Grosso (Inquérito 182/2012); (b) que o INQ 3842 foi distribuído ao Ministro Dias Toffoli; (c) que um dos fatos investigados no INQ 3842 versaria sobre a compra de vagas no Tribunal de Contas do Estado do Mato Grosso, justamente o fato que constitui objeto da presente denúncia; (d) que, em agosto de 2015, o Ministro Dias Toffoli determinou o desmembramento do INQ 3842, para o fim de que remanescesse no STF apenas a investigação relativa ao Senador Blairo Maggi; (e) que, a partir do desmembramento determinado, foi autuado no Superior Tribunal de Justiça o INQ 1087, em cujos autos, posteriormente, foram produzidas provas em parte utilizadas pela PGR na presente denúncia, o que demonstraria o vínculo daquela investigação originária com a presente denúncia; (f) que, por fim, apesar de o Ministro Dias Toffoli ter determinado, em maio de 2016, o arquivamento do INQ 3842 (alegando não haver indícios suficientes do envolvimento delitivo de Blairo Maggi), ele seria prevento para conhecer da presente denúncia, justamente porque ela corresponderia, em parte, ao objeto do INQ 3842.

É o relatório.

Voto

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (Relator) - Senhor Presidente, egrégia Turma, ilustre representante do Ministério Público.

a) Da alegação de prevenção:

Diferentemente do que alegam as defesas, os atuais desdobramentos da Operação Ararath no STF não possuem qualquer conexão com os fatos que constituíram objeto do INQ 3842, o que foi expressamente reconhecido pela Presidência desta Corte Constitucional ao determinar a livre distribuição do expediente que originou as novas fases da Operação, acolhendo despacho do Ministro Dias Toffoli, que não visualizava nenhuma justificativa para que a distribuição ocorresse por prevenção.

Ou seja, já há decisão expressa do Ministro Dias Toffoli declarando a inocorrência de prevenção e decisão da Presidência do STF referendando aquela primeira determinação.

Em breve síntese, cumpre relatar que o Min. Dias Toffoli determinara o arquivamento do INQ 3842 em maio de 2016. Então, em agosto de 2016, sobreveio aos autos pedido da PGR para homologação de acordo de colaboração premiada envolvendo a pessoa de Marilene Ribeiro, trazendo novos indícios do envolvimento

de autoridades com prerrogativa de foro no STF, pedido esse de homologação de acordo de colaboração premiada que restou autuado como PET 6201. Foi, então, analisando os fatos que constituíam objeto da PET 6201 que o Min. Dias Toffoli concluiu que eles não possuíam qualquer relação com aqueles que eram objeto do INQ 3842, razão pela qual questionou a distribuição por prevenção. Então, em despacho proferido na data de 6/9/2016, a Presidência do STF acolheu a manifestação do Min. Dias Toffoli e determinou a livre redistribuição da PET 6201, que, assim, restou redistribuída a este Relator. Posteriormente, já na condição de Relator, homologuei o acordo de colaboração premiada objeto da PET 6201 em 10/10/2016. A partir de então, todos os novos expedientes relacionados a esse primeiro acordo passaram a ser distribuídos, por prevenção, a este Relator, constituindo os atuais desdobramentos da Operaçâo Ararath no STF, os quais não possuem relação com o INQ 3842.

Ou seja, a alegação de prevenção ora suscitada já foi decidida pela Presidência do STF.

De qualquer modo, para não haver dúvidas, importa enfatizar que manifestação proferida pelo Ministro Dias Toffoli afastando a existência de prevenção foi motivada pelo fato de que o objeto originário do INQ 3842 não possuía qualquer conexão com os novos fatos relatados pela colaboradora Marilene Ribeiro e que originaram os atuais desdobramentos da Operação Ararath.

Com efeito, vejamos. O objeto do INQ 3842 foi assim descrito pelo Min. Dias Toffoli:

> A hipótese apuratória é a de que, entre 2005 e 2013, em Cuiabá/MT e Várzea Grande/MT, Gercio Marcelino Mendonça Júnior, utilizando-se, de início, da interposição de sua empresa Globo Fomento Mercantil Ltda., e, depois, de sua rede de postos de combustíveis Comercial Amazônia de Petróleo Ltda., fez operar, sem autorização do Banco Central do Brasil, instituição financeira.

O objeto acima descrito não possui qualquer relação com os novos fatos noticiados pela colaboradora Marilene e nem com a compra de vagas no TCE/MT, tanto que o Ministro Dias Toffoli assim destacou:

> Nos termos do art. 69, *caput*, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, 'a distribuição da ação ou do recurso gera prevenção para todos os processos a eles vinculados por conexão ou continência'. Ora, não há vínculo por conexão ou continência entre a presente Petição e o Inq. 3.842/MT, o que, a meu sentir, não justifica a distribuição por prevenção. [...] Em momento algum foi determinada, no INQ 3842, uma espécie de 'avocação universal', que pudesse alargar a competência da Suprema Corte para conhecer de todos os ilícitos investigados, independentemente de quem fosse o seu autor, no âmbito da denominada Operação Ararath.

Assim, não há falar em fundamento que justifique eventual prevenção do Min. Dias Toffoli e, consequentemente, da Segunda Turma, para conhecer da questão de ordem ora suscitada.

b) Do Mérito da Questão de Ordem Suscitada por este Relator:

Quando da resolução, em julgamento concluído na data de 3/5/2018, da questão de ordem proposta pelo Min. Relator Roberto Barroso na AP 937, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, por maioria, acompanhou o Relator para o fim de fixar as seguintes teses:

"(i) O foro por prerrogativa de função aplica-se apenas aos crimes cometidos durante o exercício do cargo e relacionados às funções desempenhadas;

e (ii) Após o final da instrução processual, com a publicação do despacho de intimação para apresentação de alegações finais, a competência para processar e julgar ações penais não será mais afetada em razão de o agente público vir a ocupar outro cargo ou deixar o cargo que ocupava, qualquer que seja o motivo".

Decidiu-se, ademais, que "a nova linha interpretativa deve se aplicar imediatamente aos processos em curso, com a ressalva de todos os atos praticados e decisões proferidas pelo STF e pelos demais juízos com base na jurisprudência anterior, conforme precedente firmado na Questão de Ordem no Inquérito 687 (Rel. Min. Sydney Sanches, j. em 25.08.1999)" .

Nesse contexto, é de se notar, inicialmente, que, embora o réu da AP 937 fosse Deputado Federal (tendo praticado o fato supostamente delitivo antes da diplomação), em nenhuma das teses fixadas, optou-se por restringir expressamente o novo entendimento do Plenário quanto à amplitude de interpretação da competência por prerrogativa de função ao universo dos parlamentares federais. Caso essa, efetivamente, tivesse sido a intenção do Plenário, a redação aprovada para as teses, para o fim de guardar correspondência com o julgamento realizado, contemplaria ressalva expressa no sentido de que a mudança de orientação jurisprudencial teria sua aplicação limitada àquele universo. Contudo, não foi o que ocorreu. E tampouco se pode afirmar que a omissão da ressalva foi fortuita.

Ocorre que é possível extrair da análise do voto proferido pelo Ministro Relator Roberto Barroso e dos votos dos Ministros que o acompanharam para a formação da maioria que os fundamentos invocados para justificar a mudança da orientação jurisprudencial não possuíam relação específica com os direitos e obrigações de natureza parlamentar - que constituem o que se convencionou denominar Estatuto dos Congressistas -, mas sim com o instituto em si da competência especial por prerrogativa de função, independentemente do cargo a que estivesse relacionada.

Com efeito, quando se destacou que a interpretação, em consideração à natureza do instituto da prerrogativa de foro e dos aspectos políticos e jurídicos que justificam a sua aplicação, que melhor contemplaria a preservação do princípio republicano em sua devida amplitude era a da necessidade de observância dos critérios de concomitância temporal e da pertinência temática entre a prática do fato e o exercício do cargo, não se o fez em consideração às prerrogativas específicas dos congressistas, até porque não faria nenhum sentido diferenciar, para o alcance do aludido desiderato, a situação, por exemplo, de um membro do Poder Legislativo da de um membro dos Poderes Executivo ou Judiciário.

Ou seja, em suma, independentemente da constituição subjetiva do polo passivo da relação processual de fundo, a *ratio decidendi* do paradigmático julgamento realizado pelo Supremo Tribunal Federal aplica-se, indistintamente, a qualquer hipótese de competência especial por prerrogativa de função, tanto que a discussão acerca da possibilidade de modificação da orientação jurisprudencial foi conduzida, na forma de questão de ordem proposta pelo Relator, objetivamente pelo Plenário em consideração aos parâmetros gerais da sobredita modalidade de competência especial, isto é, sem qualquer valoração especial da condição de parlamentar do réu da AP 937.

Nesse plano de análise, não se mostra por demais lembrar que, conforme tradicional lição de teoria geral do processo, o elemento persuasivo (vinculante ou vinculativo, conforme o caso) do precedente não decorre das partes ou do dispositivo da decisão, mas sim dos fundamentos jurídicos adotados para justificá-la, ou seja, da chamada *ratio decidendi*. Nesse sentido, é a doutrina de Fredie Didier Jr., Rafael Alexandria de

Oliveira e Paula Sarna Braga (*Curso de Direito Processual Civil*. Volume 2: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória. 10. ed. Salvador: Jus Podivm, 2015, p. 441/442).

> De acordo com Cruz e Tucci, 'todo precedente é composto de duas partes: a) as circunstâncias de fato que embasam a controvérsia; e b) a tese ou o princípio jurídico assentado na motivação (*ratio decidendi*) do provimento decisório'. Além desses dois elementos, compõe o precedente, também, a argumentação jurídica. Assim, embora comumente se faça referência à eficácia obrigatória ou persuasiva do precedente, deve-se entender que o que pode ter caráter obrigatório ou persuasivo é a sua *ratio decidendi*, que é apenas um dos elementos que compõem o precedente.
>
> Na verdade, em sentido estrito, o precedente pode ser definido como sendo a própria *ratio decidendi*.
>
> A *ratio decidendi* - ou, para os americanos, a *holding* - são os fundamentos jurídicos que sustentam a decisão; a opção hermenêutica adotada na sentença, sem a qual a decisão não teria sido proferida como foi. 'A *ratio decidendi* [...] constitui a essência da tese jurídica suficiente para decidir o caso concreto (*rule of law*)'.

No presente caso, os fatos imputados na peça acusatória foram praticados, em tese, pelos dois denunciados, respectivamente, no exercício e em razão do cargo de Governador do Estado e no exercício do cargo de Deputado Estadual, embora, nesse último caso, sem pertinência com o cargo em questão; sendo que, em ambos os casos, os denunciados não mais exercem os cargos no exercício dos quais praticaram, em tese, as condutas: o então Governador de Estado é, atualmente, Senador da República no exercício do cargo de Ministro de Estado; sendo que o então Deputado Estadual é, atualmente, Conselheiro do Tribunal de Contas do Estado do Mato Grosso.

Diante de tal quadro, nos termos da tese "(i)" aprovada pelo Plenário desta Corte quando do paradigmático julgamento acima referido, não se visualiza outra alternativa senão a remessa dos autos à primeira instância para fins de processamento da denúncia oferecida.

Ocorre que, conforme admitiu a PGR em sua manifestação, não cabe cogitar da competência do STF, uma vez que o hoje Senador da República e Ministro de Estado não praticou, em tese, o fato no exercício e em razão daqueles cargos.

Ademais, não se visualiza competência do STJ, uma vez que o denunciado Blairo não mais exerce o cargo de Governador do Estado e o denunciado Sérgio, embora exerça atualmente o cargo de Conselheiro de Tribunal de Contas, não praticou, em tese, o fato no exercício do aludido cargo. Quanto a essa última circunstância, é que impende enfatizar a aplicabilidade, nos termos acima destacados, do entendimento adotado no julgamento da QO na AP 937 também ao âmbito dos Conselheiros de Contas, como se faria em relação a qualquer outro cargo dotado de prerrogativa de foro, mesmo que alheio ao Parlamento Federal. E a premissa do precedente é, repita-se, simples: não se visualiza a competência especial cogitada, porque o denunciado não praticou o fato no exercício e em razão do cargo que a justificaria.

Por fim, não se visualiza competência do Tribunal local, uma vez que o denunciado Sérgio, embora tenha praticado o fato, em tese, na condição de Deputado Estadual, não mais exerce o cargo em questão.

Portanto, por exclusão, o único Juízo competente para conhecer da denúncia criminal oferecida nos presentes autos é a da 1ª instância, mais precisamente, da Justiça Estadual do Mato Grosso, considerando

não se visualizar, a princípio, competência da Justiça Federal em consideração aos crimes imputados na presente peça acusatória.

Diante do exposto, nos termos da manifestação exarada pela Procuradoria-Geral da República na presente sessão, em retificação ao parecer escrito anteriormente apresentado, voto no sentido de afastar a alegação de prevenção e de declinar da competência para conhecer da denúncia à 1ª instância da Justiça Estadual do Mato Grosso.

É como voto.

Debate

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (Relator) - Aqui basicamente a questão de ordem que se suscita diz respeito à prevenção da competência. O eminente investigado foi submetido já a uma investigação que tramitou no gabinete do Ministro Toffoli, que arquivou esse inquérito, porque entendeu que não havia motivos suficientes para prosseguir. Posteriormente, no desdobramento desta operação, surgiram fatos novos que - porque cessada a jurisdição, pelo arquivamento, pelo Ministro Dias Toffoli - deram ensejo a um outro Inquérito, e esse, sim, foi distribuído para o meu gabinete.

Há um aspecto interessante também: ao aplicar a jurisprudência ora estabelecida pelo Plenário, nem eu nem o Ministro Toffoli seremos competentes - acredito eu.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES (PRESIDENTE) - No foro?

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - É, no foro.

Então, a questão de ordem era para remeter esse inquérito para o Ministro Toffoli, que, sobre ele, já dispôs em grau de definitividade. Esta é a questão de ordem: saber se tem que remeter este inquérito desdobrado para o Ministro Toffoli.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Vossa Excelência me permite?

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - Pois não.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Em relação aos processos em geral, o Regimento Interno versa a prevenção quando o Relator do primeiro procedimento, do primeiro recurso, do primeiro incidente, haja adentrado a matéria de fundo.

Aliás, estou para propor que se modifique essa óptica, quanto aos *habeas corpus*, porque chegou ao meu conhecimento - até foi estampado no "Estado de São Paulo" - que, às vezes, há impetrações sucessivas para levar-se o *habeas corpus* ao colo de juiz que tenha visão mais progressista quanto ao Direto Penal e ao Direito Processual Penal.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - Só queria fazer uma observação. Eu só queria chamar atenção para o fato de que, há um mês, distribuí uma proposta de um novo Regimento Interno e estou aguardando sugestões. Não podemos ficar com isso só em grau de especulação, podem apresentar...

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Não sei se teremos sustentação da tribuna, mas penso que não há a prevenção do Ministro Dias Toffoli; em segundo lugar, que não é competente o Supremo para capitanear o inquérito, mais sim a primeira instância.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES (PRESIDENTE) - Queria fazer duas observações. Primeiro, ao que se referiu o Ministro Marco Aurélio. Eu até pedi um levantamento, semana passada, para realizar uma consulta...

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Vossa Excelência chegou à conclusão de quem é o juiz preferido para julgar *habeas corpus*?

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES (PRESIDENTE) - ...em que *habeas corpus* não conhecido pelo Ministro-Relator, com base, por exemplo, na Súmula 691, há advogados que ingressam com outro *habeas corpus*, aí, o novo Ministro também não conhece, e vai tentando, até, eventualmente, obter uma liminar; quando, em relação aos *habeas corpus*, o Regimento não trata diretamente nisso.

Fiz um levantamento - pedi para a Secretaria realizar um levantamento - para demonstrar que isso, simplesmente, quase que ampliaria o trabalho das Turmas em 70%, porque a média de "não conhecimento" é em torno de 70%. Então, vou levar até a Presidente, exatamente para evitar o que Vossa Excelência disse, que é o "poder escolher" o Relator, um *habeas corpus* em cima de outro *habeas corpus*, até, eventualmente, obter a decisão.

Aqui, a segunda questão, Ministro Fux, só para meu esclarecimento e, talvez, dos demais membros da Turma, na questão de ordem, Vossa Excelência não traz a questão de competência: "declinada a competência"?

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - Não. Mas também tem um feito próprio para isso.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Apenas quanto à prevenção.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES (PRESIDENTE) - Só quanto à prevenção.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - Isso foi uma questão de ordem suscitada mais recentemente.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES (PRESIDENTE) - Certo.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Senhor Presidente, apenas há prevenção, a teor do disposto no artigo 69, § 2º, do Regimento Interno, quando o Relator anterior haja adentrado a matéria de fundo. Isso não ocorreu relativamente à atuação do ministro Dias Toffoli no inquérito pretérito.

Quanto ao segundo tema, a jurisprudência está pacificada. Tem-se a prerrogativa de foro considerada a prática criminosa no exercício e em razão do mandato. O interessado, envolvido, investigado, já não é governador. Portanto, competente para tocar o inquérito e, posteriormente, se houver o ajuizamento da ação penal, o processo-crime é a primeira instância.

Acompanho o Relator.

O SENHOR FÁBIO MEDINA OSÓRIO (ADVOGADO) - O Conselheiro segue sendo Conselheiro, questão de fato.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Mas ele está sendo investigado também neste inquérito?

O SENHOR FÁBIO MEDINA OSÓRIO (ADVOGADO) - É, ele está sendo investigado.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Presidente, há elemento complicador, ante o envolvimento de Conselheiro, que tem a prerrogativa de ser julgado pelo Superior Tribunal de Justiça. Surge o aspecto ligado à conexão, à continência, e deve ser ferido não pelo Supremo, mas pelo Tribunal competente, que é o Superior Tribunal de Justiça. Retifico o voto, Presidente, para assentar, portanto, o envio ao Superior Tribunal de Justiça.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES (PRESIDENTE) - Eu quero fazer duas observações, porque, a meu ver, são duas hipóteses diversas.

O que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, da relatoria do Ministro Luís Roberto Barroso - obviamente, sem a possibilidade de uma evolução em outros casos e uma análise diferenciada -, fixou, naquele momento, alterando seu posicionamento anterior, foi em relação a mandatos parlamentares. Houve uma ampla discussão no Plenário, se nós estaríamos analisando o art. 102, I, letra *b*, como um todo, para todas as competências do Supremo Tribunal Federal, todas as competências originarias do Supremo Tribunal Federal, ou para mandatos. No meu voto, salientei que haveria a necessidade de uma análise diferenciada: se tratasse de mandatos ou se tratasse de cargos efetivos vitalícios. Não que pudesse até chegar na mesma conclusão, mas não se tratava, naquele recurso extraordinário, essa análise, principalmente em relação a cargos onde há uma hierarquia judiciária, como o Judiciário, Ministério Público, nós não adentramos essa análise.

Eu me recordo - e o Ministro Luís Roberto Barroso me corrija se eu estiver errado - que solicitei um esclarecimento no retorno do julgamento e, em virtude do esclarecimento, nem adiantei a questão de cargos vitalícios, se se aplicaria, ou não, a nova regra. Por que digo isso? Porque aqui há, numa das hipóteses, um cargo de conselheiro do Tribunal de Contas que, nos termos dos arts. 73 e 75 da Constituição, tem as mesmas prerrogativas do Poder Judiciário. Então, entendo que haveria a necessidade de se analisar se vamos ou não estender a nova regra do foro aos conselheiros e, consequentemente, também aos magistrados, porque a regra constitucional é a mesma.

Em relação a isso, entendo que o objeto tratado não foi definido pelo Supremo. Consequentemente, até me sentiria mais à vontade que o Plenário deliberasse sobre essa extensão. E só se aplica a extensão no segundo caso do denunciado Sérgio Ricardo de Almeida. Porque, em relação ao denunciado Blairo Borges Maggi, apesar de que, no momento da suposta prática da infração penal, ele exercia o cargo de governador e, hoje, ele exerce o cargo de Ministro de Estado, Senador licenciado, já há algum tempo, e nessas delações todas que deram sequência a essas investigações, o Supremo vem entendendo que parlamentar federal, seja deputado federal, seja senador, independentemente de licenciado, exercendo, por exemplo, cargos de secretário estadual, independentemente de ser licenciado, pelo fato de ter um mandato, estaria com a competência no Supremo Tribunal Federal. Então, não entendo necessário estender uma interpretação para dizer: "aqui estamos interpretando que a Ministro de Estado se aplica aquela regra também do Plenário".

Aqui, em relação a Blairo Borges Maggi, se aplica exatamente o precedente do Plenário, porque a investigação foi iniciada por delação, a fixação de competência do Supremo foi em virtude de, mesmo licenciado, ele ser Senador da República. Mas é Senador da República, os fatos não foram praticados enquanto Senador, consequentemente haveria o declínio de competência. Há um fato único, porque é acusação de compra e venda para favorecimento. Um teria comprado para favorecer o outro - a conexão, pelo fato único, inclusive com o Conselheiro Sérgio Ricardo de Almeida, do Tribunal de Contas.

Então, nesse aspecto, pedindo venha ao Ministro Luiz Fux, eu acompanho o Ministro Marco Aurélio: declinar a competência para o Superior Tribunal de Justiça.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Presidente, é que vou retificar o voto.

O Conselheiro não teria praticado o crime alusivo à imputação no exercício do cargo, já que o nomeado a partir do que se alega que configurou corrupção.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - Eu acabei sintetizando porque achei que a questão de ordem é prioritária. O primeiro pressuposto processual que o juiz analisa é a competência, porque, se ele não for competente, não pode analisar as condições da ação, não pode analisar nada.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - O sistema é o mesmo.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - Eu coloquei um inciso no meu voto que diz: o elemento persuasivo do precedente do Supremo não decorre das partes, mas, sim, dos fundamentos adotados para justificar aquela nossa conclusão de que é no cargo ou em razão do cargo. Depois eu digo: no caso, não cabe cogitar da competência do Supremo para conhecer da denúncia oferecida, uma vez que hoje o Senador e Ministro de Estado não praticou, em tese, o fato no exercício e em razão daqueles últimos cargos. Não se visualiza a competência do STJ, uma vez que o denunciado a que Vossa Excelência se referiu - não gosto de me referir, ainda, antes de condenar - não mais exerce o cargo de Governador do Estado, e o denunciado que era Conselheiro, embora exerça atualmente o cargo de Conselheiro, não praticou, em tese, o fato no exercício do aludido cargo. Não se visualiza, assim, competência do Tribunal local, uma vez que o denunciado praticou o fato, em tese, em outra condição que não a de Conselheiro.

Foi por isso que votei nesse sentido.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Presidente, retifiquei porque não tive, inicialmente, ao votar, presente a circunstância de o Conselheiro não ter praticado o crime - simples imputação, alegação de que teria praticado o crime - no e em razão do cargo. A ficha caiu antes de o ministro Luiz Fux prestar esse esclarecimento, e, como estou sempre pronto, como juiz, a dar a mão à palmatória, a estou dando.

Aditamento ao voto

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES (PRESIDENTE) - Eu continuo pedindo vênia ao Ministro Luiz Fux, porque, como disse, no precedente do Plenário - o que, a meu ver, não evita ou não impede que, futuramente, isso seja estendido -, não houve a discussão dessa nova regra em relação aos cargos vitalícios, independentemente do momento da prática do fato. Então entendo que deve haver o declínio de competência ao Superior Tribunal de Justiça.

Em relação à prevenção, eu guardo reservas ao art. 69, § 2º, quanto a inquéritos, porque o art. 231, § 6º, quando prevê a possibilidade, com base no art. 18 do Código de Processo Penal, de reabertura do inquérito, não fala num novo inquérito, é reabertura do inquérito. Se é uma reabertura, seria com o Relator anterior. Mas, na hipótese em questão, como bem ressaltou o Ministro Fux, o próprio Ministro que seria o prevento disse que não é o Ministro Prevento. E acredito - já votei anteriormente no Plenário em relação à prevenção - que quem mais conhece o caso são os ministros relatores. O próprio Ministro Dias Toffoli disse que não seria prevento. Então afasto também a prevenção.

Explicação

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Presidente, só para fazer um comentário. Vossa Excelência tem toda razão que, na decisão do Plenário, nós nos pronunciamos apenas sobre a questão dos parlamentares. Ficou subentendido, ou talvez explicitado por mim mesmo, que as outras hipóteses seriam apreciadas na medida em que surgissem. Como surgiu esta hipótese aqui, eu já estou me pronunciado no sentido de que, no caso de Conselheiro do Tribunal de Contas, se aplica a mesma lógica: fatos praticados no cargo e em razão do cargo. Quando chegar a juiz, acho que teremos de nos pronunciar sobre essa questão. Em relação aos juízes, só para adiantar, eu só tenho uma preocupação, que é uma situação específica em que juiz de primeiro grau venha a julgar desembargador, pela única razão de que o desembargador vota na promoção dos juízes de primeiro grau. Não estou me comprometendo com a tese, mas esta é uma situação que merece alguma reflexão. No caso de Conselheiro, eu não teria dúvida em aplicar a lógica do que decidimos em Plenário.

Extrato de Ata

Decisão: A Turma, por maioria, declinou da competência, remetendo os autos à Primeira Instância da Justiça Estadual de Mato Grosso, vencido o Ministro Alexandre de Moraes, Presidente, que declinava da competência para o Superior Tribunal de Justiça. Na sequência, por unanimidade, afastou a alegação de prevenção, tudo nos termos do voto do Relator. Falaram: o Dr. Fábio Medina Osório e a Dra. Cláudia Sampaio Marques, Subprocuradora-Geral da República, pelo Ministério Público Federal. Primeira Turma, 12.6.2018.

Presidência do Senhor Ministro Alexandre de Moraes. Presentes à Sessão os Senhores Ministros Marco Aurélio, Luiz Fux, Rosa Weber e Luís Roberto Barroso.

Compareceu o Senhor Ministro Dias Toffoli para julgar processos a ele vinculados, assumindo a cadeira do Senhor Ministro Alexandre de Moraes.

Carmen Lilian Oliveira de Souza - Secretária da Primeira Turma

(Publicado no *DJe* de 1º.10.2018.)

• • •

Órgão Especial

Número	Espécie	Comarca	Relator: Des.	Pág.
1.0000.16.041431-4/000	Mand. de Segurança	Pouso Alegre	Pedro Bernardes	51
1.0000.17.084082-1/000	Mand. de Segurança	Belo Horizonte	Belizário de Lacerda	55

Jurisprudência Cível

Número	Espécie	Comarca	Relator: Des.	Pág.
1.0000.18.047447-0/001	Ap. Cível	Belo Horizonte	Alexandre Santiago	284
1.0024.11.068238-2/001	Ap. Cível	Belo Horizonte	Dárcio Lopardi Mendes	317
1.0024.11/149752-5/001	Ap. Cível	Belo Horizonte	José Augusto Lourenço dos Santos	327
1.0024.13.251048-8/002	Ap. Cível/Rem.Nec.	Belo Horizonte	Wilson Benevides	346
1.0024.14.241493-7/001	Ap. Cível	Belo Horizonte	Ramom Tácio	337
1.0024.17.084739-6/001	Ap.Cível	Belo Horizonte	Adriano de Mesquita Carneiro (J.D.conv.)	323
1.0027.11.016296-6/001	Ap. Cível	Betim	Arnaldo Maciel	251
1.0028.14.003120-5/001	Ap. Cível	Andrelândia	Afrânio Vilela	186
1.0079.12.062742-1/001	Ap.Cível/Rem.Nec.	Contagem	Luiz Arthur Hilário	308
1.0079.12.066548-8/001	Ap. Cível	Contagem	Jair Varão	313
1.0145.13.019437-9/002	Ap. Cível	Juiz de Fora	Otávio de Abreu Portes	255
1.0145.14.057793-6/001	Ap. Cível	Juiz de Fora	Luís Carlos Gambogi	297
1.0145.14.060778-2/001	Ap. Cível	Juiz de Fora	Marcos Henrique Caldeira Brant	303
1.0145.15.002996-8/002	Ap. Cível	Juiz de Fora	Claret de Moraes	175

1.0145.18.000283-7/001	Agr.Instr.Cível	Juiz de Fora	Corrêa Junior	89
1.0151.16.001109-5/001	Agr.Instr.Cível	Cássia	Peixoto Henriques	112
1.0183.17.000236-8/002	Ap. Cível	Conselheiro Lafaiete	Alberto Vilas Boas	85
1.0188.10.000603-3/001	Ap. Cível	Nova Lima	João Cancio	93
1.0216.16.002089-9/001	Ap. Cível/Rem.Nec.	Diamantina	Edilson Olímpio Fernandes	192
1.0243.10.000909-7/001	Ap. Cível	Espinosa	Shirley Fenzi Bertão	104
1.0251.02.001827-0/001	Ap. Cível	Extrema	Carlos Roberto de Faria	146
1.0313.08.246651-4/001	Ap. Cível	Ipatinga	José Flávio de Almeid	341
1.0313.14.030468-1/001	Ap. Cível	Ipatinga	Juliana Campos Horta	279
1.0334.13.000048-5/001	Ap. Cível	Itapajipe	Moacyr Lobato	71
1.0342.05.056189-9/005	Ap. Cível	Ituiutaba	José Américo Martins da Costa	90
1.0344.14.006196-3/001	Reex.Nec.Cível	Iturama	Raimundo Messias Júnior	212
1.0363.15.000223-8/001	Ap. Cível	João Pinheiro	Alberto Henrique	79
1.0394.14.005128-2/001	Ap.Cível	Manhuaçu	Renato Dresch	198
1.0395.16.003078-3/001	Ap. Cível	Manhumirim	Luciano Pinto	180
1.0400.14.004264-1/001	Ap.Cível	Mariana	Octávio de Almeida Neves (J.D.conv.)	193
1.0407.15.000029-4/001	Ap. Cível	Mateus Leme	Ana Paula Caixeta	64
1.0418.10.001129-9/001	Rem.Nec.Cível	Minas Novas	Afrânio Vilela	116
1.0435.15.000661-5/001	Ap. Cível	Morada Nova de Minas	Alberto Vilas Boas	100
1.0439.16.001212-6/001	Ap. Cível	Muriaé	Evandro Lopes da Costa Teixeira	20
1.0440.12.002038-1/001	Ap. Cível	Mutum	Mariângela Meyer	153
1.0461.11.007347-9/001	Ap. Cível	Ouro Preto	Yeda Athias	222
1.0472.17.001246-3/002	Ap. Cível	Paraguaçu	Marco Aurelio Ferenzini	126
1.0480.17.003282-9/001	Ap. Cível/Rem.Nec.	Patos de Minas	Edgard Penna Amorim	189
1.0481.15.007562-2/001	Ap. Cível	Patrocínio	Luiz Arthur Hilário	229
1.0518.11.015766-7/001	Ap. Cível	Poços de Caldas	Vasconcelos Lins	246
1.0518.14.014736-5/001	Ap. Cível	Poços de Caldas	Paulo Balbino	243
1.0521.10.002650-4/001	Ap. Cível	Ponte Nova	Luiz Carlos Gomes da Mata	171
1.0521.16.012927-1/001	Ap. Cível/Rem.Nec.	Ponte Nova	Áurea Brasil	237
1.0525.15.008300-0/002	Ap. Cível	Pouso Alegre	José Américo Martins da Costa	233
1.0598.12.001450-4/001	Ap. Cível	Santa Vitória	Marco Aurelio Ferenzini	142
1.0620.15.002219-7/001	Ap. Cível	S.Gonç.do Sapucaí	Amauri Pinto Ferreira	167

1.0686.15.020920-9/001	Ap. Cível	Teófilo Otoni	Paulo Balbino	260
1.0694.16.002013-7/003	Ap. Cível	Três Pontas	Marco Aurelio Ferenzini	150
1.0702.10.022667-0/001	Ap. Cível	Uberlândia	Álvares Cabral da Silva	263
1.0702.13.006722-7/001	Ap. Cível	Uberlândia	Marcos Lincoln	217
1.0702.14.024604-3/001	Ap. Cível	Uberlândia	Pedro Bernardes	270
1.0704.11.005984-4/001	Ap. Cível	Unaí	Rogério Medeiros	208
1.0707.11.028620-0/001	Ap. Cível/Rem.Nec.	Varginha	Alice Birchal	274
1.0710.15.001268-4/001	Ap. Cível	Vazante	Jair Varão	130

Jurisprudência Criminal

Número	Espécie	Comarca	Relator: Des.	Pág.
1.0000.18.007113-6/000	Desaf.de Julg.	Mesquita	Renato Martins Jacob	438
1.0000.18.033040-9/000	*HC* Criminal	Jequitinhonha	Fortuna Grion	450
1.0017.11.003255-8/001	Ap. Criminal	Almenara	Jaubert Carneiro Jaques	398
1.0024.07.521426-2/002	Agr.em Exec.Penal	Belo Horizonte	Glauco Fernandes	463
1.0024.16.153163-7/001	Ap. Criminal	Belo Horizonte	Marcílio Eustáquio Santos	454
1.0024.17.019751-1/001	Agr.em Exec.Penal	Belo Horizonte	Cássio Salomé	446
1.0026.10.003313-8/001	Ap. Criminal	Andradas	Júlio César Lorens	403
1.0027.12.001017-1/002	Ap. Criminal	Betim	Furtado de Mendonça	376
1.0027.17.006518-2/001	Ap. Criminal	Betim	Edison Feital Leite	424
1.0177.12.001312-9/001	Ap. Criminal	Conc.do Rio Verde	Rubens Gabriel Soares	379
1.0194.16.006314-6/001	Ap. Criminal	Coronel Fabriciano	Kárin Emmerich	417
1.0205.17.000850-7/001	Ap. Criminal	Cristina	Paulo Calmon Nogueira da Gama	368
1.0216.13.005783-1/001	Ap. Criminal	Diamantina	Matheus Chaves Jardim	414
1.0324.16.007503-6/002	Agr.em Exec.Penal	Itajubá	Antônio Carlos Cruvinel	443
1.0372.17.002062-5/001	Ap. Criminal	Lagoa da Prata	Alberto Deodato Neto	384
1.0439.17.004776-5/001	Agr.em Exec.Penal	Muriaé	Eduardo Brum	409
1.0447.15.000134-8/001	Ap. Criminal	Nova Era	Eduardo Machado	355
1.0527.15.000941-5/001	Ap. Criminal	Prados	Doorgal Andrada	372

1.0529.15.003083-9/001	Ap. Criminal	Pratápolis	Beatriz Pinheiro Caires	388
1.0674.14.000227-2/001	Ap. Criminal	Silvianópolis	Fernando Caldeira Brant	365

Superior Tribunal de Justiça

Número	**Espécie**	**Relator:**	
1.624.050-MG	Recurso Especial	Ministra Nancy Andrighi	465
433.898-RS	*Habeas Corpus*	Ministro Nefi Cordeiro	471

Supremo Tribunal Federal

Número	**Espécie**	**Relator:**	
3.915-BA	Ação Direta de Inconstitucionalidade	Ministro Alexandre de Moraes	476
4.275-DF	Ação Direta de Inconstitucionalidade	Ministro Marco Aurélio (Redator do Acórdão)	486
4.703-DF	Questão de Ordem no Inquérito	Ministro Luiz Fux	575

- A -

AÇÃO ANULATÓRIA

Débito fiscal - ICMS - Aproveitamento de crédito tributário - Adquirente de boa-fé - Nota fiscal inidônea - Veracidade da compra 243

Empréstimo consignado - Absolutamente incapaz - Sentença de interdição posterior - Efeitos *ex tunc* - Instituição financeira - Má-fé - Ausência de prova - Inexistência de prejuízo - Validade do contrato 255

AÇÃO CIVIL PÚBLICA

Asilo municipal - Projeto contra incêndio e pânico - Inércia da Administração Pública municipal - Condenação do Município para apresentação do projeto ao Corpo de Bombeiros e execução no prazo fixado .237

Dano ao meio ambiente - Construção em área de preservação permanente - Ocupação antrópica consolidada - Ausência de prova - Demolição - Projeto de recuperação da área degradada 100

Município - Operação irregular do aterro sanitário - Depósito de resíduos sólidos urbanos a céu aberto - Dano ao meio ambiente 162

Reforma de estádio - Intervenções necessárias - Impossibilidade de atender ao padrão determinado pela ABNT - Pessoas portadoras de deficiência física - Acessibilidade garantida 346

AÇÃO COMINATÓRIA

Município - Matrícula em creche próxima à residência - UMEI - Acesso à educação - Direito subjetivo público - Multa 85

AÇÃO DE ANULAÇÃO - Use: **AÇÃO ANULATÓRIA**

AÇÃO DE COBRANÇA

Plano de saúde - Prestação de serviços médicos - Estado de perigo - Vício de consentimento - Anulação.....337

Saldo de reserva de poupança - Entidade fechada de previdência complementar - Regulamento - Ex-participante - Continuidade do vínculo com a patrocinadora - Improcedência do pedido 308

Seguro lotérico - Transporte de valores - Quantia superior à estabelecida na apólice - Limitação do valor indenizatório - Cláusula contratual - Não configuração de abusividade 193

Transação comercial - Depósito em conta corrente de contador da empresa por equívoco - Prova - Apropriação indébita 208

AÇÃO DE REGRESSO

Compra e venda - Bem imóvel - Corretagem - Cobrança - Restituição dos valores recebidos - Sub-rogação 55

AÇÃO DECLARATÓRIA

Inexistência de débito - Indenização por perdas e danos - Cumulação de pedidos - Prestação de serviços - Cumprimento parcial do contrato - Contraprestação devida - Improcedência dos pedidos 217

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

Lei 6.015/1973, Art. 58 - Interpretação conforme a Constituição e o Pacto de São José da Costa Rica - Transgêneros - Direito à substituição de prenome e sexo diretamente no registro civil - Procedência da representação 486

Lei estadual 10.845/2007, art. 17 - Estado da Bahia - Prefeito - Crimes comuns e de responsabilidade - Projeto de lei - Iniciativa do Poder Judiciário - Emenda parlamentar - Atribuição de órgão julgador diverso - Procedência da representação 476

AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE

Registro público - Reconhecimento voluntário - Paternidade socioafetiva - Inexistência de vício de consentimento - Anulação - Não cabimento 130

AÇÃO PREVIDENCIÁRIA

Auxílio-doença - Acidente do trabalho - Incapacidade - Exercício da atividade rural na infância - Regime de economia familiar - Concessão do benefício 104

AÇÃO REIVINDICATÓRIA

Não cabimento - Desapropriação indireta - Incorporação do bem ao patrimônio público - Perdas e danos 116

ALIMENTOS

Diferença de valor ou percentual entre filhos - Princípio da igualdade - Excepcionalidade - Necessidades diferenciadas dos alimentados - Capacidade contributiva diversa dos alimentantes 465

ALVARÁ JUDICIAL

Visita ao pai preso - Menor acompanhado da avó - Interesse processual - Risco à integridade física e psicológica do menor - Ausência de prova 327

ASSÉDIO MORAL

Agente de segurança penitenciário - Alterações psicológicas - Retorno às atividades - Uso de arma de fogo - Instrumento de trabalho - Constrangimento e humilhação - Ausência de prova 297

ASSINATURA DIGITAL

Interposição de recurso - Imagens de documentos com assinatura - Impossibilidade de aferição de autenticidade 270

ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA

Advogado nomeado - Honorários advocatícios - Cabimento 130

Condenado assistido por defensor público - Isenção de custas processuais - Não cabimento - Suspensão da exigibilidade do pagamento 446

ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS

Vínculo estável e permanente entre os agentes - Ausência de prova - Princípio *in dubio pro reo* - Absolvição 398

ATO DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS TRANSITÓRIAS

Art. 10, II, *b* - ADCT - Vedação da dispensa arbitrária ou sem justa causa da empregada gestante - Período constitucional da estabilidade 55

- B -

BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO

Auxílio-doença - Acidente do trabalho - Menor - Regime de economia familiar - Amputação de falange média de três dedos da mão direita - Redução da capacidade laborativa 104

Pensão por morte - Equiparação aos vencimentos ou proventos do servidor - Requisitos preenchidos - Juros de mora - Correção monetária - Termo inicial 317

Use também: **PREVIDÊNCIA PRIVADA**

- C -

CÓDIGO CIVIL

Arts. 43, 944 - Pessoa jurídica de direito público interno - Danos a terceiros - Responsabilidade civil - Aferição do valor indenizatório 64

Art. 156 - Estado de perigo - Risco de grave dano - Assunção de obrigação excessivamente onerosa - Pessoa não pertencente à família - Decisão judicial - Análise das circunstâncias 337

Arts. 186, 264, 927, 945, 1.630 - Poder familiar - Filho menor - Dever de proteção - Culpa concorrente - Seguradora - Solidariedade - Ato ilícito - Indenização 153

Arts. 186, 927 - Ato ilícito - Dano - Nexo causal - Dever de indenizar 142

Arts. 205, 927 c/c 186 - Indenização - Vício de construção - Dever de indenizar - Prazo prescricional ...327

Arts. 346, III, 722 a 729 - Contrato de corretagem - Restituição de valor - Sub-rogação - Intermediação - Remuneração do corretor 55

Art. 405 - Responsabilidade contratual - Indenização - Juros moratórios - Termo inicial 246

Art. 476 - Exceção do contrato não cumprido - Não isenção da contraprestação devida - Princípio da boa-fé objetiva 217

Art. 504 - Direito de preferência - Função social da propriedade - Bem imóvel em condomínio - Prazo decadencial 233

Art. 951 - Indenização - Exercício da atividade profissional - Culpa 175

Arts. 1.238, 1.243 - Usucapião - Requisitos - Lapso temporal - Soma da posse do interessado com a do possuidor antecessor - Exigência da mesma qualificação 167

Arts. 1.571, I, 1.851 - Morte do cônjuge herdeiro - Extinção da sociedade conjugal - Direito de representação - Descendentes - Sucessão nos direitos 112

Arts. 1.593, 1.604 - Parentesco não resultante de consanguinidade - Registro de nascimento - Fé pública - Presunção de veracidade - Erro ou falsidade - Inexistência 130

CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Lei 8.078/1990, arts. 2º, 3º, 14, 22 - CDC - Contrato - Empresa de transporte coletivo - Prestação de serviço oneroso - Serviço defeituoso - Passageiro - Destinatário final 246

Lei 8.078/1990, arts. 2º, *caput*, 12 - CDC - Produto defeituoso - Utilização do veículo em transporte de carga - Mitigação pelo STJ da teoria finalista - Pessoa jurídica como consumidor - Vulnerabilidade 93

Lei 8.078/1990, art. 3º, § 2º - CDC - Contrato de seguro - Interpretação favorável ao consumidor - Presunção de vulnerabilidade - Cláusula restritiva de direitos - Redação em destaque - Boa-fé 193

Lei 8.078/1990, art. 12, § 3º, II, III - CDC - Produto defeituoso - Ausência de prova - Inobservância de orientação na embalagem e no manual de instrução - Excludente de responsabilidade 171

Lei 8.078/1990, art. 14 - CDC - Falha na prestação de serviço - Risco da atividade desenvolvida - Responsabilidade civil objetiva 251

Lei 8.078/1990, art. 14, § 4º - CDC - Profissionais liberais - Obrigação de meio - Culpa - Responsabilidade subjetiva - Ônus da prova 175

CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL/1973

Art. 543-C - STJ - Recurso repetitivo - Adquirente de mercadoria de boa-fé - Nota fiscal posteriormente declarada inidônea - Prova da veracidade da operação - Aproveitamento do crédito do ICMS - Licitude.....243

CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL/2015

Art. 85, § 2º - Honorários advocatícios - Arbitramento.....341

Art. 85, § 11 - Honorários de sucumbência - Honorários advocatícios recursais.....71
126, 246, 297

Art. 98, § 3º - Pedido de assistência judiciária - Custas processuais - Suspensão da exigibilidade 368

Art. 110 - Morte de uma das partes - Prosseguimento do feito - Sucessão pelo espólio ou herdeiros 126

Arts. 141, 489, III, 1.013, § 3º - Decisão de mérito nos limites do pedido - Resolução das questões principais - Processo em condições de julgamento - Apreciação do mérito pelo Tribunal 217

Art. 188 - Validade dos atos processuais - Prática em conformidade com as exigências legais 270

Art. 300 - Tutela de urgência - Tutela antecipada - Ausência de requisito - Classificação de candidato fora do número de vagas para matrícula em instituição de ensino 89

CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

Art. 155, *caput* - Fase inquisitiva - Utilização de elementos informativos - Validade - Prova judicializada 424

Art. 383 - *Emendatio libelli* - Nova definição jurídica do fato - Admissibilidade em segunda instância 403

Art. 386, VII - Maus-tratos - Ausência de prova suficiente - Absolvição 372

Art. 427 - Desaforamento do julgamento - Dúvida fundada sobre a imparcialidade dos jurados 438

Art. 804 - Custas processuais - Efeito da condenação - Isenção - Não cabimento 355

CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO

Lei 9.503/1997, art. 31 - CTB - Ultrapassagem de veículo de transporte coletivo parado - Desembarque de passageiro - Redução da velocidade - Dever de cuidado 153

Lei 9.503/1997, art. 58 - Condutor de bicicleta - Inexistência de ciclovia, ciclofaixa ou acostamento - Circulação no mesmo sentido regulamentado para a via 303

Lei 9.503/1997, art. 69, *caput* - CTB - Pedestre - Cruzamento da pista de rolamento - Precauções de segurança 313

Lei 9.503/1997, arts. 293, §§ 1º, 2º, 309 - Delito de trânsito - Condução de veículo automotor sem habilitação - Suspensão de permissão ou habilitação para dirigir 446

CÓDIGO PENAL

Art. 33, § 2º, *b*, *c* - Réu primário - Circunstâncias judiciais favoráveis - Pluralidade de delitos - *Quantum* das penas - Regime semiaberto - Regime aberto 368

Arts. 33, §§ 2º, 3º, 69, 148, § 1º, I, 155, § 1º 157, § 2º, I, V, - Cárcere privado - Não reconhecimento - Roubo circunstanciado - Furto - Concurso material de crimes - Regime semiaberto 403

Arts. 71, parágrafo único, 121, § 2º, I, IV, 288 - Homicídio qualificado - Motivo torpe - Recurso que dificultou a defesa das vítimas - Continuidade delitiva específica ou qualificada - Associação criminosa 409

Arts. 107, IV; 109, V; 110, § 1º, 299, parágrafo único - Falsidade ideológica - Prescrição da pretensão punitiva - Prescrição retroativa - Declaração de ofício 379

Art. 121, § 2º, I e IV - Homicídio qualificado - Réu pronunciado - Periculosidade - Desaforamento 438

Art. 121, § 2º, I, IV - Homicídio qualificado - Crime contra ascendente - Reincidência 368

Art. 121, § 2º, I, VI, § 2º-A, II - Homicídio - Qualificadoras - Motivo torpe - Natureza subjetiva - Feminicídio - Violência contra a mulher em contexto doméstico - Natureza objetiva 471

Art. 136, § 3º - Maus-tratos - Causa especial de aumento de pena - Menor de quatorze anos - Aplicação de meio corretivo - Ausência de excesso - Não configuração do delito.....372

Art. 157, *caput*, - Roubo - Autoria - Materialidade delitiva - Prova - Condenação 355

Arts; 180, *caput*, 307 - Receptação - Posse de bem de origem ilícita - Falsa identidade - Abordagem por policiais 446

Art. 312, c/c art. 327 - Peculato - Depositário infiel - Equiparação a funcionário público - Apropriação do bem depositado 365

CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL

Art. 38 - CTN - ITBI - Fato gerador - Base de cálculo - Valor venal dos bens ou direitos transmitidos 274

COMPETÊNCIA

Ação penal - Foro por prerrogativa de função - Precedente do STF - AP 937-QO - Tese - Crimes praticados no exercício do cargo e relacionados às funções - Mudança do cargo somente após publicação do despacho de intimação para alegações finais 575

COMPRA E VENDA

Bem imóvel - Incorporação imobiliária - Defeito de construção - Vício aparente - Construtora - Obrigação de reparar os danos 327

CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO

Transporte coletivo - Acidente automobilístico - Atropelamento de ciclista - Culpa exclusiva da vítima - Dever de indenizar - Não configuração 303

CONCURSO DE CRIMES - Use: **CONCURSO MATERIAL**

CONDOMÍNIO

Imóvel rural - Bem divisível - Venda da fração ideal - Bem em estado de indivisão - Direito de preferência do comunheiro - Testemunha - Contradita - Preclusão 233

CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Arts. 5º, XXXIII, 37, *caput* e § 3º, II - Direito à informação - Informações sobre atos de governo - Princípio da publicidade 212

Art. 7º, XVIII, c/c art. 39, § 3º - Licença à gestante - Servidora pública 55

Art. 7º, XXXIII - Interpretação em favor da criança e do adolescente - Menor de quatorze anos - Atividade laboral - Direitos dos trabalhadores - Posição do STF 104

Art. 12, II, *b* - Requisitos para naturalização 51

Art. 37, § 6º - Administração Pública - Responsabilidade civil do Estado 71 186, 297

Art. 37, § 6º - Concessionária de energia elétrica - Responsabilidade civil 222

Art. 37, § 6º - Pessoa jurídica de direito público - Município - Dano a terceiros - Dever de indenizar - Responsabilidade civil objetiva 64

Art. 37, § 6º - Responsabilidade civil do Estado - Teoria do risco administrativo 198

Art. 40, § 7º - Norma de eficácia plena e aplicação imediata - Pensão por morte - Dependente de servidor público estadual - Valor - Paridade e integralidade com os vencimentos ou proventos do servidor falecido 317

Art. 96, I, *a*, II, *d* - Organização e administração interna - Edição de atos normativos - Competência privativa dos tribunais 476

Art. 196 - Poder Público - Prestação de serviço integral de saúde - Dever do Estado 189

Arts. 205, 208 - Direito à educação - Dever do Estado - Educação infantil, em creche e pré-escola 85

Art. 227 - Direito à convivência familiar da criança e do adolescente - Dever da família, da sociedade e do Estado 327

Arts. 227, 244 - Pessoas portadoras de deficiência - Direito de acesso a logradouros e edifícios de uso público 346

CONTRATO BANCÁRIO

Empréstimo consignado - Desconto das parcelas em conta corrente - Autorização do mutuário - Não limitação ao percentual estabelecido nos arts. 45 da Lei 8.112/1990 e 1º da Lei 10.820/2003 279

Juros remuneratórios - Não limitação - Taxas compatíveis com as do mercado financeiro - Inaplicabilidade da Lei de Usura 255

CRIME CONTRA A FÉ PÚBLICA - Use: **FALSA IDENTIDADE, FALSIDADE IDEOLÓGICA**

CRIME CONTRA A VIDA - Use: **HOMICÍDIO**

CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO - Use: **FURTO, RECEPTAÇÃO, ROUBO**

CRIME CULPOSO - Use: **HOMICÍDIO CULPOSO**

- D -

DANO MATERIAL - Use também: **DANOS MORAIS E MATERIAIS, DANOS MATERIAIS, MORAIS E ESTÉTICOS**

DANO MORAL - Use também: **DANOS MORAIS E MATERIAIS, DANOS MATERIAIS, MORAIS E ESTÉTICOS**

DECADÊNCIA

Inaplicabilidade do art. 26 do Código de Defesa do Consumidor - Vício na construção de imóvel - Responsabilidade do construtor - Prazo de garantia - Art. 618 do Código Civil 327

DECISÃO *CITRA PETITA*

Reconvenção - Ausência de análise - Sentença - Nulidade 217

DENÚNCIA

Corrupção ativa - Agente público - Prerrogativa de foro - Mudança de cargo - Momento - Precedente do STF - AP 937-QO - Questão de ordem - Declinação da competência para o Juízo de 1ª Instância 575

DESAFORAMENTO

Dúvida quanto à imparcialidade dos jurados - Periculosidade do réu - Temor da população local - Ameaça a testemunha - Influência da família na região - Interesse da ordem pública 438

DESVIO DE RENDAS PÚBLICAS EM PROVEITO PRÓPRIO OU ALHEIO

Secretário de Obras - Canalização de esgoto - Benefícios aos moradores - Obra de caráter coletivo - Ausência de prejuízo ao erário - Inexistência de dolo específico - Conduta atípica - Absolvição 414

DIREITO DAS SUCESSÕES

Herdeiro pré-morto - Descendentes - Exercício do direito de representação 112

DISPENSA DE LICITAÇÃO FORA DAS HIPÓTESES PREVISTAS EM LEI

Secretário Municipal de Saúde - Administrador de sociedade empresária - Prestação de serviços hospitalares - Emergência - Inexistência de prejuízo ao erário - Ausência de dolo - Absolvição 388

DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL

Substancial diferença entre a cognição exercida na hipótese e no paradigma - Premissas fáticas distintas dos julgados - Recurso especial - Não conhecimento 465

DOAÇÃO

Bem imóvel - Cláusula de impenhorabilidade e inalienabilidade - Usufruto vitalício - Venda de quota-parte a coproprietário - Permissão averbada pelo doador 120

- E -

EMBARGOS À EXECUÇÃO

Cheque - Discussão da *causa debendi* - Possibilidade - Irregularidade formal - Numeral por extenso rasurado - Ausência de requisito essencial - Invalidade do título executivo - Extinção da execução 290

Município - Excesso de execução - Sentença homologatória de acordo - Ausência de impugnação dos cálculos - Rediscussão da decisão exequenda - Violação da coisa julgada 260

EMBARGOS DE TERCEIRO

Averbação da execução no registro de imóveis - Cancelamento - Bem gravado com cláusula de impenhorabilidade e inalienabilidade 120

EMBARGOS DO DEVEDOR - Use: **EMBARGOS À EXECUÇÃO**

ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Lei 8.069/1990, arts. 4º, 53, V, 54, IV - ECA - Direito à educação - Acesso à escola pública e gratuita próxima de residência - Atendimento em creche e pré-escola - Dever do Estado 85

Lei 8.069/1990 art. 11, § 2º - ECA - Acesso integral às linhas de cuidado voltadas à saúde da criança e do adolescente - Poder Público - Fornecimento gratuito de medicamentos, órteses, próteses aos necessitados.....189

Lei 8.069/1990, art. 19, § 4° - ECA - Direito à convivência familiar - Visitação de menor a pais presos promovida pelo responsável - Dispensa de autorização judicial 327

Lei 8069/1990, art. 244-B, § 2º - ECA - Corrupção de menores - Prática de infração penal em concurso de agentes 409

ESTATUTO DA OAB

Lei 8.906/1994, art. 22, § 1º - Advogado nomeado pelo juiz - Fixação de honorários advocatícios 130

ESTATUTO DO DESARMAMENTO

Lei 10.826/2003, art. 12 - Posse irregular de arma de fogo de uso permitido - Pena de detenção - Regime aberto 368

ESTATUTO DO ESTRANGEIRO

Lei 6.815/1980, art. 121 - Não recepção pela Constituição Federal 51

ESTATUTO DO IDOSO

Lei 10.471/2003, art. 48, parágrafo único - Entidade de atendimento a idosos - Manutenção das unidades - Inscrição de programas em órgão de vigilância sanitária e Conselho Municipal de Pessoa Idosa 237

EXAME DE DNA

Realização antes da ação anulatória de paternidade - Possibilidade - Ausência de vício ou nulidade - Veracidade do resultado 130

EXECUÇÃO DA PENA

Pena restritiva de direitos - Apenado não localizado - Pedido de ofício a operadoras de telefonia - Indeferimento - Intimação por edital 446

Regime fechado - Doença grave - Tratamento no presídio - Possibilidade - Necessidade de tratamento em domicílio - Ausência de prova 450

Remição da pena pelo trabalho - Contagem do período - Jornada de trabalho diária 443

EXECUÇÃO FISCAL

Prescrição intercorrente - Suspensão do processo - Inexistência de bens penhoráveis 146

EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA

Condenação em segunda instância - Expedição do mandado de prisão - Não violação ao princípio da presunção de inocência .....
368, 403, 424

- F -

FALSA IDENTIDADE

Atribuição de identidade falsa perante autoridade policial - Alegação de autodefesa - Tipicidade da conduta 446

FALSIDADE IDEOLÓGICA

Prescrição da pretensão punitiva - Prescrição retroativa - Extinção da punibilidade 379

FALTA DE HABILITAÇÃO PARA DIRIGIR VEÍCULO

Condução de veículo automotor em via pública - Colisão - Dano - Suspensão de permissão ou habilitação - Redução da pena - Proporcionalidade à pena privativa de liberdade 446

FIANÇA

Restituição - Inviabilidade - Não ocorrência das hipóteses previstas no art. 337 do CPP 355

FIXAÇÃO DA PENA

Circunstâncias judiciais - Culpabilidade, motivo, circunstâncias e consequências do crime - Análise equivocada - Regime fechado 424

Circunstâncias judiciais - Maus antecedentes - Redução da pena - Regime semiaberto 384

Homicídio qualificado - Pluralidade de vítimas - Continuidade delitiva específica ou qualificada - Número de crimes e circunstâncias judiciais - Aumento da pena à metade - Regime fechado 409

Receptação - Pena-base fixada no mínimo legal - Penas restritivas de direitos - Regime aberto - Corréu - Maus antecedentes - Reincidência - Pena acima do mínimo legal - Regime semiaberto 446

Roubo circunstanciado - Furto - Penas-base fixadas no mínimo legal - Concurso material - *Quantum* da pena - Réu primário - Circunstâncias judiciais favoráveis - Regime semiaberto 403

FRAUDE À EXECUÇÃO

Não configuração - Execução averbada no registro de imóveis - Alienação de quota-parte do bem imóvel - Risco de insolvência dos executados - Ausência de prova 120

FRUSTRAR OU FRAUDAR O CARÁTER COMPETITIVO DE LICITAÇÃO

Pregão presencial - Publicação em veículo de grande circulação e sítio eletrônico da Prefeitura - Cláusulas do edital - Capacitação técnica na gestão hospitalar - Não violação ao art. 30 da Lei de Licitação - Inexistência de dolo - Absolvição 388

FURTO

Repouso noturno - Causa de aumento de pena - Não reconhecimento - Casa desabitada - Ausência de prova do horário da prática delituosa 403

- G -

GRAVIDEZ

Servidora pública - Direito à licença-maternidade e à estabilidade provisória - Exoneração - Administração Pública - Dever de indenizar - Cargo em comissão - Irrelevância 55

- H -

HABEAS CORPUS

Homicídio qualificado - Réu pronunciado - Inclusão de qualificadora pelo Tribunal - Motivo torpe - Feminicídio - Natureza diversa - *Bis in idem* - Não ocorrência - Denegação da ordem 471

Réu condenado a regime fechado - Mandado de prisão - Enfermidade grave - Tratamento adequado - Constrangimento ilegal - Não ocorrência - Denegação da ordem 450

HERANÇA

Morte da sogra - Viúva do herdeiro - Extinção do matrimônio - Direito de representação restrito aos descendentes 112

HOMICÍDIO QUALIFICADO

Feminicídio - Motivo torpe - Pronúncia - Exclusão de qualificadora não manifestamente improcedente - Submissão ao Conselho de Sentença 471

Motivo torpe - Recurso que dificultou a defesa da vítima - Pluralidade de vítimas - Crime continuado - Concurso de agentes - Tribunal do Júri - Conselho de Sentença - Condenação 409

Motivo torpe - Recurso que dificultou a defesa da vítima - Possibilidade de uma qualificadora como circunstância judicial desfavorável - Agravantes - Crime contra genitor - Réu reincidente - Regime fechado 368

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

Defensor dativo - Pedido formulado nas contrarrazões recursais - Atuação em segunda instância - Honorários recursais - Cabimento 409

HONORÁRIOS DE ADVOGADO - Use: **HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS**

- I -

IDENTIDADE DE GÊNERO

Declaração escrita - Direito fundamental subjetivo - Manifestação da personalidade - Reconhecimento pelo Estado 486

INDENIZAÇÃO

Dano material - Vício do produto - Veículo automotor sinistrado - *Recall* - Responsabilidade do fabricante - Dever de indenizar 93

Dano moral - Acidente de trânsito - Atropelamento - Morte de filho menor - Dever de cuidado dos pais - Ultrapassagem - Culpa concorrente - Pensão mensal - *Quantum* indenizatório 153

Dano moral - Acidente de trânsito - Atropelamento - Morte - Culpa exclusiva da vítima - Improcedência do pedido 313

Dano moral - Agressão física por motorista de ônibus - Concessionária de serviço de transporte coletivo - Dever de indenizar - *Quantum* indenizatório - Juros de mora - Correção monetária 246

Dano moral - Ajuizamento indevido de execução fiscal - Ato ilícito - Violação ao nome - Atributo da personalidade - *Quantum* indenizatório - Critério de fixação 64

Dano moral - Corpo estranho em embalagem de produto alimentício - Serviço defeituoso - Evento danoso - Nexo causal - Dever de indenizar - Juros de mora - Correção monetária 251

Dano moral - Erro médico - Cirurgia cesariana - Corpo estranho no corpo da paciente - Hospital - Nexo causal - Ato ilícito - Dever de indenizar - *Quantum* indenizatório 175

Dano moral - Não configuração - Contrato de mútuo - Desconto das parcelas em conta corrente - Percentual - Consentimento do mutuário 279

Dano moral - Não configuração - Seguro -Transporte de valores - Roubo - Seguradora - Negativa do pagamento integral da quantia prevista na apólice - Valor limitado por descumprimento de cláusula contratual 193

Dano moral - Não configuração - Servidor público - Alterações psicológicas - Afastamento do trabalho - Arma de fogo - Instrumento de trabalho - Retorno às atividades sem ressalvas pelo INSS 297

Dano moral - Não configuração - Servidor público municipal - Desconto indevido em folha de pagamento - Restituição do valor no mês seguinte - Ausência de prova de abalo moral 186

Dano moral - Pessoa jurídica - Protesto indevido de título - Ofensa à honra objetiva - *Quantum* indenizatório - Critério de fixação - Juros de mora - Correção monetária 142

Dano moral - Tratamento *home care* - Recusa da operadora do plano de saúde - Morte da parte autora - Herdeiros - *Quantum* indenizatório - Critério de fixação 126

Danos materiais, morais e estéticos - Acidente de trânsito - Atropelamento - Ciclista - Contramão direcional - Inobservância de parada obrigatória - Culpa exclusiva da vítima - Improcedência do pedido 303

Danos morais e materiais - Morte de aluno nas dependências da escola - Menor -Briga de alunos - Intimidação pelas redes sociais - *Quantum* indenizatório - Pensão mensal 198

Danos morais e materiais - Não configuração - Saques em terminais eletrônicos - Fraude - Ausência de prova 229

Danos morais e materiais - Queda de cabelo após tintura - Não realização do teste de sensibilidade - Instruções do fornecedor - Excludente de responsabilidade 171

Danos morais e materiais - Queda de ciclista - Buraco em via pública - Concessionária de serviço público - Omissão na conservação e sinalização - *Quantum* indenizatório - Juros de mora - Correção monetária - Termo inicial 71

Danos morais e materiais - Rompimento de cabo de energia elétrica - Transeuntes atingidos pelos fios - Nexo causal - *Quantum* indenizatório - Juros moratórios 222

Danos morais e materiais - Seguro de vida - Rescisão contratual - Necessidade de notificação - Restituição das parcelas pagas - Não cabimento - Ofensa a direito da personalidade - Inexistência 180

Danos morais e materiais - Vício na construção de imóvel - *Quantum* indenizatório - Apuração em liquidação de sentença - Dano moral - Necessidade de lesão a direito da personalidade 327

Perdas e danos - Desapropriação indireta - Bem incorporado ao patrimônio público - *Quantum* indenizatório - Juros compensatórios - Juros de mora - Correção monetária - Termo inicial 116

Seguro de vida em grupo - Acidente - Invalidez permanente - Negativa de cobertura -. Doença preexistente - Inexistência de exame clínico - Má-fé - Ausência de prova 263

INDULTO

Fuga do reeducando - Ausência de requisitos objetivos e subjetivos - Impossibilidade de concessão do benefício 463

INVENTÁRIO

Morte da sogra - Herdeiro pré-morto - Viúva - Extinção do casamento - Direito de representação restrito aos descendentes 112

INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE - Use: **EXAME DE DNA**

- J -

JULGAMENTO *CITRA PETITA* - Use: **DECISÃO *CITRA PETITA***

- L -

LEGISLAÇÃO

Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência - Estados signatários - Adoção de medidas para acesso ao meio físico, ao transporte, à informação e comunicação.....346

Decreto 3.298/1989, art. 4º, III - Definição de pessoa portadora de deficiência visual 263

Decreto 22.626/1933 - Lei de Usura - Inaplicabilidade às instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional - Taxas de juros e outros encargos 255

Decreto municipal 2006/2013, art. 6º - Município de Pratápolis - Prefeito - Situação de emergência - Áreas essenciais - Autorização aos secretários para contratação direta 388

Decreto Presidencial 7.648/2011, art. 1º, I - Indulto - Situação de fuga - Suspensão da execução da pena - Ausência de requisito 463

Decreto-Lei 201/1967, art. 1º - Crime de responsabilidade - Crime comum - Prefeito - Julgamento pelo Poder Judiciário independentemente de pronunciamento da Câmara de Vereadores 476

Decreto-Lei 201/1967, art. 1º, II - Crime de responsabilidade - Prefeitos - Desvio ou aplicação indevida de rendas ou verbas públicas - Ausência de dolo - Não configuração do delito 414

Decreto-Lei 3.365/1941. arts, 15-A, 15-B, 27, § 1º, 27, § 3º, 35 - Desapropriação indireta - Ação reivindicatória - Não cabimento - Perdas e danos - Juros compensatórios - Juros de mora - Honorários advocatícios 116

Lei 6.830/1980, art. 40, § 4º - Dívida ativa da Fazenda Pública - Decurso do prazo prescricional - Reconhecimento da prescrição intercorrente 146

Lei 7.853/1989, art. 2º - Pessoas portadoras de necessidades especiais - Exercício dos direitos básicos 346

Lei 8.213/1991, arts. 19, 59 a 63 - Acidente do trabalho - Exercício da atividade laboral - Incapacidade temporária - Auxílio-doença 104

Lei 9.455/1997, art. 1º, I, *a*' e § 4º, III - Crime de tortura - Dolo - Aplicação de castigo pessoal - Sujeição das vítimas a sofrimento psicológico 424

Lei 10.098/2000 e Decreto 5.296/2004 - Integração social de pessoas com deficiência ou com mobilidade reduzida - Garantia de acessibilidade aos edifícios de uso público e aos privados de uso coletivo 346

Lei 11.445/2007 - Diretrizes nacionais para saneamento básico - Preservação da saúde pública - Proteção do meio ambiente 162

Lei 12.016/2009, art. 25 - Lei do mandado de segurança - Condenação em honorários advocatícios - Não cabimento 51

Lei 12.305/2010, art. 47 - Política Nacional de Resíduos Sólidos - Formas de destinação de resíduos sólidos ou rejeitos - Proibições 162

Lei 12.527/2011, art. 8º, § 1º, IV - Acesso às informações públicas - Dever dos órgãos e entidades públicas - Interesse coletivo ou geral - Procedimentos licitatórios 212

Lei 13.185/2015, arts. 1º, 2º, parágrafo único, 4º, 5º - Combate à intimidação sistemática - Prevenção à prática de *bullying* - Dever do estabelecimento de ensino 198

Lei Complementar federal 109/2001, art. 14, *caput* e inc. III - Entidade fechada de previdência complementar - Resgate - Parcelas de custeio - Desconto 308

Lei estadual 552/1949 - Pensão por morte - Valor fixo - Não recepção pela Constituição Federal - Integralidade do valor dos vencimentos ou proventos do servidor 317

Lei estadual 14.130/2001 - Projeto de prevenção de incêndios e pânico em espaços públicos - Elaboração e implantação 237

Lei estadual 14.309/2002, art. 11, §§ 1º, 4º - Área de preservação permanente - Ocupação antrópica - Laudo técnico - Vedação de expansão da área ocupada 100

Lei estadual 14.939/2003, art. 10, II - Isenção de custas processuais - Vício de iniciativa - Declaração de inconstitucionalidade pelo Órgão Especial do TJMG 446

Resolução CGI.BR 2008/008, art. 4º, I, *a*, *b*, 5º, III - Registro de nome de domínio - Responsabilidade do titular do domínio 341

Resolução MPS/CGPC 6/2003 do Conselho de Gestão da Previdência Complementar, art. 22 - Plano instituído por patrocinador - Regulamento - Condicionamento do resgate à cessação do vínculo empregatício 308

Resolução Conjunta 204/2016 SEDS/TJMG - Regulamentação do projeto *Remição pela Leitura* 409

Use também: **ATO DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS TRANSITÓRIAS**, **CÓDIGO CIVIL, CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR**, **CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO, CÓDIGO PENAL, CONSTITUIÇÃO FEDERAL, ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE, ESTATUTO DA OAB**, **ESTATUTO DO ESTRANGEIRO, ESTATUTO DO IDOSO, LEI DE EXECUÇÃO PENAL, LEI DE LICITAÇÕES, LEI DE REGISTROS PÚBLICOS**

LEGITIMATIO AD CAUSAM - Use: **LEGITIMIDADE DE PARTE, LEGITIMIDADE PASSIVA**

LEGITIMIDADE DE PARTE

Reforma de estádio - Empresa concessionária - Manutenção e conservação do imóvel - Sub-rogação nos deveres e obrigações do Estado - Legitimidade passiva 346

Ressarcimento de valores - Legitimidade passiva - Comissão de corretagem 55

LEI ANTIDROGAS

Lei 11.343/2006, art. 33, § 4º - Tráfico de entorpecentes - Dedicação à atividade criminosa - Causa especial de diminuição de pena - Inaplicabilidade 368

Lei 11.343/2006, art. 33, § 4º - Tráfico de entorpecentes - Maus antecedentes - Causa especial de diminuição de pena - Inaplicabilidade 384

Lei 11.343/2006, art. 35, *caput* - Associação para o tráfico de drogas - Vínculo estável e permanente - Inexistência de prova - Não configuração do delito 398

LEI DE EXECUÇÃO PENAL

Lei 7.210/1984, arts. 33, 126 - LEP - Remição da pena - Desconto de um dia para três trabalhados - Carga horária de seis a oito horas diárias 443

Lei 7.210/1984, art. 117 - LEP - Rol taxativo - Prisão domiciliar - Regime aberto 450

Lei 7.210/1984, art. 126, com a redação dada pela Lei 12.433/2011 - LEP - Interpretação extensiva *in bonam partem* - Remição da pena pela leitura 409

Lei 7.210/1984, art. 149, II - LEP - Intimação para cumprimento da pena restritiva de direitos 446

LEI DE LICITAÇÕES

Lei 8.666/1993, art. 16 - Relação de compras feitas pela Administração direta ou indireta - Publicidade mensal - Órgãos de divulgação oficial ou quadro de avisos de amplo acesso 212

Lei 8.666/1993, arts. 24, IV, 89, 90 - Dispensa de licitação - Emergência ou calamidade pública - Pregão presencial - Fraude ao procedimento licitatório - Não caracterização 388

LEI DE ORGANIZAÇÃO E DIVISÃO JUDICIÁRIAS

Estado da Bahia - Emenda parlamentar a projeto de lei de iniciativa do Poder Judiciário - Matéria afeta ao Regimento Interno do TJBA - Inconstitucionalidade 476

LEI DE REGISTROS PÚBLICOS

Lei 6.015/1973, art. 58 - Registro civil - Interpretação conforme a Constituição e o Pacto de São José da Costa Rica - Alteração de prenome e sexo - ADI - Procedência 486

LEI ORGÂNICA DO MUNICÍPIO

Art. 157, § 1º, II - Município de Belo Horizonte - Disponibilização de vagas para crianças de zero a seis anos de idade - Creche e pré-escola - Período integral 85

- M -

MANDADO DE SEGURANÇA

Câmara de Vereadores - Requisição de informações ao Prefeito - Documentos referentes a licitações - Relação de todas as dívidas - Pedido genérico - Concessão parcial da segurança 212

ITBI - Aquisição de lote não edificado - Posterior construção - Base de cálculo - Valor venal do imóvel excluída a edificação 274

Liminar deferida - Concurso público - Candidata estrangeira aprovada - Negativa de nomeação - Edital - Exigência de prova de naturalização - Ilegalidade - Concessão da segurança 51

Liminar deferida - Servidora pública gestante - Cargo comissionado - Presidente de fundação pública - Estabilidade provisória - Dispensa - Direito a indenização substitutiva - Concessão parcial da segurança 55

Pensão - Morte de servidor público - Valor - Equiparação aos vencimentos ou proventos do servidor - Preenchimento dos requisitos - Concessão da segurança 317

MAUS-TRATOS

Genitor - Saúde de filha menor - Exposição a perigo - Não ocorrência - *Animus corrigendi* ou *animus disciplinandi* - Ausência de dolo de perigo 372

MEDIDA CAUTELAR

Registro do nome de domínio - Sítio eletrônico - Internet - Titular do domínio - Responsabilidade pelo fornecimento dos dados - Legitimidade passiva 341

- N -

NATURALIZAÇÃO

Reconhecimento - Portaria do Ministro de Estado de Justiça - Caráter declaratório - Retroatividade dos efeitos à data do requerimento de aquisição da nacionalidade brasileira 51

- O -

OBRIGAÇÃO DE FAZER

Adoção de medidas pelo Município para obtenção de licença ambiental - Aterro sanitário - Tratamento dos resíduos sólidos urbanos - Multa cominatória - Possibilidade 162

Complemento de pensão - Morte do genitor - Manutenção após 24 anos de idade do beneficiário - Impossibilidade - Ausência de previsão contratual e legal 150

Plano de saúde coletivo - Rescisão unilateral - Notificação do beneficiário - Oportunidade de migração para plano individual - Valores diversos - Previsibilidade 79

Transferência de paciente - Cirurgia - Relatório médico - Profissional vinculado ao SUS - Tratamento alternativo ou inadequação da medida não demonstrados pelo ente público.....189

- P -

PECULATO

Depositário infiel - Equiparação a funcionário público - Apropriação de bem sob sua guarda e conservação - Venda de motocicleta penhorada - Condenação 365

PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE

Substituição por penas restritivas de direitos - Prestação de serviços à comunidade - Prestação pecuniária - Regime aberto - Peculato 365

PERÍCIA

Perícia indireta - Acidente automobilístico provocado por defeito do veículo - *Recall* - Nova vistoria - Indeferimento - Cerceamento de defesa - Não ocorrência 93

PETIÇÃO INICIAL

ADI - Emenda à inicial - Revogação da lei originariamente impugnada - Nova lei - Continuidade do conteúdo normativo apontado como inconstitucional - Acolhimento do pedido pelo STF 476

PLANO DE SAÚDE

Home care - Exclusão de cobertura - Necessidade de tratamento em domicílio - Negativa da operadora - Ato ilícito - Princípio da boa-fé contratual - Princípio da dignidade da pessoa humana 126

Operadora integrante do mesmo grupo econômico - Identidade do objeto social, denominação, logomarca, formulários - Teoria da aparência - Contratos sucessivos 337

PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE

Diligências infrutíferas na localização do devedor ou de seus bens - Não suspensão ou interrupção do prazo prescricional 146

PRESTAÇÃO DE SERVIÇO

Contrato administrativo sem licitação - Urgência - Prefeitura - Perda de todos os arquivos de computador - Treinamento de agentes de saúde - Licitação posterior - Licitante único - Ausência de prova de fraude 388

PREVIDENCIA PRIVADA

Complemento de pensão por morte - Beneficiária com 24 anos de idade - Prorrogação do benefício previdenciário - Inviabilidade 150

Previdência complementar - Regulamento do plano - Resgate das contribuições - Condicionamento à extinção do vínculo empregatício com a empresa patrocinadora 308

PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

Inaplicabilidade - Ausência de previsão legal - Roubo - Crime complexo - Violência ou grave ameaça contra a pessoa 355

- R -

RECEPTAÇÃO

Posse de bem de origem ilícita - Inversão do ônus da prova - Autoria - Materialidade - Condenação 446

RECURSO

Alegação de culpa concorrente - Inovação recursal - Não conhecimento de parte do apelo 303

Assinatura digitalizada - Inadmissibilidade - Mera chancela eletrônica - Decurso do prazo para sanar o vício *in albis* - Preclusão - Não conhecimento do apelo 270

Interposição apenas pela defesa - Sentença - *Error in judicando* - Correção pelo Tribunal 368

REGIME DE CUMPRIMENTO DE PENA - Use: **REGIME ABERTO, REGIME SEMIABERTO, REGIME FECHADO**

REGISTRO CIVIL

Alteração do prenome e do sexo - Transgênero - Direito à personalidade jurídica, liberdade pessoal, honra, dignidade - Inexigibilidade de cirurgia de transgenitalização ou tratamento hormonal ou patologizante 486

REMIÇÃO PENAL

Remição da pena pela leitura - Obra literária, científica ou filosófica - Produção de resenha - Recomendação 44/2013 do CNJ - Requisitos objetivos e subjetivos - Deferimento do pedido 409

RESPONSABILIDADE CIVIL

Acidente automobilístico - Motocicleta dirigida por policial militar - Morte - Culpa exclusiva da vítima - Estado - Excludente de responsabilidade 313

Ato ilícito - Dano - Nexo causal - Dever de indenizar - Sociedade de economia mista - Teoria do risco administrativo - Responsabilidade objetiva 71

Concessionária de serviço público - Danos causados a terceiros - Responsabilidade objetiva 222

Concessionária de serviço público - Transporte coletivo - Agressão a passageiro por motorista - Responsabilidade objetiva 246

Fabricante - Embalagem de alimento contendo inseto - Serviço defeituoso - Responsabilidade objetiva 251

Hospital - Erro médico - Profissional contratado - Esquecimento de objeto no corpo de paciente durante cirurgia - Dever de indenizar 175

Instituição pública de ensino - Morte de aluno no interior da escola - Omissão - Responsabilidade subjetiva 198

Município - Conduta de agente público - Dano - Nexo causal - Responsabilidade objetiva 186

Município - Ajuizamento equivocado de execução fiscal - Violação ao direito da personalidade - Responsabilidade objetiva 64

Responsabilidade aquiliana - Acidente de trânsito - Culpa - Seguradora - Responsabilidade solidária - Dever de indenizar 153

RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA

Entes federados - Prestação de serviço de saúde - Paciente do SUS - Necessidade de transferência para hospital com CTI neonatal - Tratamento essencial 189

RESTITUIÇÃO DE COISA APREENDIDA

Tráfico de entorpecentes - Apreensão de objeto - Emprego na prática do delito - Ausência de prova da origem lícita 384

ROUBO

Simulação de arma de fogo - Grave ameaça - Desclassificação para o crime de furto - Impossibilidade - Autoria - Materialidade - Prova - Condenação 355

ROUBO MAJORADO - Use: **ROUBO CIRCUNSTANCIADO**

ROUBO CIRCUNSTANCIADO

Emprego de arma - Restrição à liberdade da vítima - Finalidade única de subtração de bens - Autoria - Materialidade - Prova - Condenação - Cárcere privado - Não configuração 403

- S -

SEGURO DE VIDA

Inadimplemento contratual - Cancelamento da apólice - Ausência de notificação prévia - Seguradora - Falha na prestação do serviço 180

SENTENÇA *CITRA PETITA* - Use: **DECISÃO *CITRA PETITA***

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Enunciado Administrativo 02 - Decisões publicadas até 17/3/2016 - Interposição de recurso com fundamento no CPC/1973 - Requisitos de admissibilidade na forma nele prevista 104

Súmula 45 - Reexame necessário - Condenação imposta à Fazenda Pública - *Reformatio in pejus* - Inviabilidade 116

Súmula 54 - Responsabilidade extracontratual - Juros de mora - Termo inicial - Evento danoso 222

Súmula 105 - Processo de mandado de segurança - Inadmissibilidade de condenação em honorários advocatícios 51

Súmula 114 - Desapropriação indireta - Juros compensatórios - Termo inicial - Cálculo sobre o valor da indenização corrigido monetariamente 116

Súmula 314 - Execução fiscal - Não localização de bens penhoráveis - Suspensão do processo - Prescrição quinquenal intercorrente 146

Súmula 382 - Juros remuneratórios - Taxa superior a 12% ao ano - Não indicação de abusividade 255

Súmula 522 - Atribuição de falsa identidade perante autoridade policial - Situação de alegada autodefesa - Tipicidade 446

Súmula 563 - Entidade fechada de previdência complementar - Código de Defesa do Consumidor - Inaplicabilidade 308

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Súmula 110 e Súmula 470 - ITBI - Não incidência sobre construção realizada pelo promitente comprador 274

Súmula 271 - Mandado de segurança - Efeito patrimonial pretérito - Inadmissibilidade - Parcelas anteriores à impetração do *writ* - Reclamação pela via judicial própria 55

Súmula 596 - Inaplicabilidade da Lei de Usura às instituições de crédito integrantes do SFN 255

Súmula 618 - Desapropriação - Taxa de juros compensatórios 116

- T -

TORTURA

Dolo específico - Aplicação de castigo - Intenso sofrimento psicológico - Desclassificação para lesão corporal - Não cabimento - Prova - Depoimento de policiais - Credibilidade - Condenação 424

TRÁFICO DE DROGAS - Use também: **TRÁFICO DE ENTORPECENTES**

TRÁFICO DE ENTORPECENTES

Finalidade mercantil - Dedicação à atividade criminosa - Minorante - Inaplicabilidade - Condenação ..368

Negativa de autoria - Materialidade - Depoimento de policiais - Valor probante - Conjunto probatório - Minorante - Inaplicabilidade - Maus antecedentes - Condenação 384

Use também: **TRÁFICO DE DROGAS**

TRÁFICO DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE - Use: **TRÁFICO DE ENTORPECENTES, TRÁFICO DE DROGAS**

TRIBUNAL DO JÚRI

Conselho de Sentença - Dúvida quanto à imparcialidade - Abordagem de jurados - Grande influência da família na região - Desaforamento deferido 438

TUTELA DE URGÊNCIA

Indeferimento de matrícula - Instituição de ensino mantida pela Polícia Militar - Inscrições superiores ao número de vagas - Sorteio - Previsão em edital - Critério objetivo - Princípio da isonomia 89

- U -

USUCAPIÃO EXTRAORDINÁRIA

Posse com *animus domini* - Preenchimento dos requisitos legais - Soma de posses com idênticas características - Possibilidade 167